



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**



Universidad del
Rosario

Facultad de
Jurisprudencia



Colegio
de Abogados
Comercialistas

Administradores Societarios

© Superintendencia de Sociedades
© Universidad del Rosario - Facultad de Jurisprudencia
© Colegio de Abogados Comercialistas



ADMINISTRADORES SOCIETARIOS

Autores

Billy Escobar Pérez

Andrés Gaitán Rozo

Camilo Armando Franco Leguízamo

Nicolás Pájaro Moreno

Jennifer Torres Molina

Tomás Holguín Mora

Darío Laguado Giraldo

Gloria Johanna Yáñez Torres

Luz Amparo Cardoso Canizalez

Mauricio Español León

Juan Esteban Sanín Gómez

Juan David Soler Peña

Diana Camila Gaitán Hemelberg

Jorge Arturo Abello Gual

Coordinadores académicos

Andrés Gaitán Rozo

Yira López-Castro



Superintendencia de Sociedades
Colegio de Abogados Comercialistas
Facultad de Jurisprudencia - Universidad del Rosario

ADMINISTRADORES SOCIETARIOS

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares mediante alquiler o préstamo públicos.

© Superintendencia de Sociedades

© Universidad del Rosario - Facultad de Jurisprudencia

© Colegio de Abogados Comercialistas

Autores

Billy Escobar Pérez

Andrés Gaitán Rozo

Camilo Armando Franco Leguízamo

Nicolás Pájaro Moreno

Jennifer Torres Molina

Tomás Holguín Mora

Darío Laguado Giraldo

Gloria Johanna Yáñez Torres

Luz Amparo Cardoso Canizalez

Mauricio Español León

Juan Esteban Sanín Gómez

Juan David Soler Peña

Diana Camila Gaitán Hemelberg

Jorge Arturo Abello Gual

Coordinadores académicos

Andrés Gaitán Rozo

Yira López-Castro

ISBN: 978-958-678-039-1

Tabla de Contenido

Presentación.....	14
--------------------------	-----------

Capítulo 1	22
-------------------------	-----------

Los deberes generales de los administradores societarios	23
---	-----------

Billy Escobar Pérez

Introducción.....	23
-------------------	----

1. Los deberes generales.....	24
-------------------------------	----

1.1. De la buena fe.....	25
--------------------------	----

1.2. De la lealtad.....	28
-------------------------	----

1.3. De la diligencia de un buen hombre de negocios.....	34
--	----

2. Fortalecimiento de los deberes generales.....	39
--	----

Conclusiones	55
--------------------	----

Referencias	56
-------------------	----

Capítulo 2.....	61
------------------------	-----------

Juntas directivas: siete preguntas claves.....	62
---	-----------

Andrés Gaitán Rozo

Introducción.....	62
-------------------	----

1. ¿Qué se entiende por empresa de familia para efectos del artículo 435 del Código de Comercio?.....	63
---	----

2. ¿Los miembros de la junta directiva, en su calidad de administradores, tienen la facultad de solicitar información a los empleados de la sociedad?.....	66
--	----

3. ¿Es posible delegar en la junta directiva la facultad de autorizar a los administradores para celebrar actos que impliquen conflictos de intereses?.....	70
---	----

4. ¿Existen diferencias entre los deberes del representante legal y los de los miembros de junta directiva de acuerdo con lo señalado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995?.....	75
---	----

5. ¿Los miembros de juntas directivas de empresas de un mismo grupo empresarial están exonerados del régimen de conflictos de intereses cuando se realizan operaciones intragrupo?	79
--	----

6. ¿Un miembro de junta directiva puede participar en las decisiones que impliquen su nombramiento, cese o remoción?.....	82
---	----

7. La junta directiva en una S.A.S. está integrada por tres miembros: uno que, a su vez, es el representante legal (Armando), su esposa y representante legal suplente (Juana) y un externo. Los únicos accionistas son Armando y Juana. La junta debe aprobar un contrato de prestación de servicios con Juana. ¿El máximo órgano social debe autorizar a estos dos administradores de acuerdo con lo señalado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995?.....	85
Conclusiones.....	88
Referencias.....	91

Capítulo 3.....95

Investigaciones administrativas contra los administradores societarios....96

Camilo Armando Franco Leguizamo

Introducción.....	96
1. La distinción entre las competencias judiciales y las administrativas asignadas a la Superintendencia de Sociedades.....	98
2. Investigaciones administrativas de oficio y a solicitud de parte.....	104
3. El procedimiento administrativo sancionatorio.....	108
4. Principales deberes a cargo de los administradores.....	114
5. Casuística.....	116
5.1. La convocatoria a la reunión ordinaria y su relación con la rendición de cuentas y el derecho de inspección.....	116
5.2. El deber de abstenerse de participar en actos en conflicto de intereses o de competencia.....	120
5.2.1 El deber de abstenerse de participar en actos en conflicto de intereses.....	120
5.2.2 El deber de abstenerse de participar en actos en conflicto de e competencia.....	122
5.3. La contabilidad regular conforme a las prescripciones legales, los estados financieros y los libros de actas.....	125
5.4. Otros casos.....	127
Conclusiones.....	129

Referencias.....	131
------------------	-----

Capítulo 4.....136

Las acciones de responsabilidad de socios, administradores, revisores fiscales y empleados en el régimen de insolvencia empresarial.....137

Nicolás Pájaro Moreno

Introducción.....	137
1. Regulación legal.....	138
2. Naturaleza jurídica de la acción	139
2.1. Es una acción de responsabilidad.....	139
2.2. Es una acción de responsabilidad subsidiaria.....	140
2.3. Tiene un carácter indemnizatorio, sujeto a tasación legal.....	143
2.4. En algunos casos puede conllevar el levantamiento del velo societario	144
2.5. Tiene un propósito ético y promueve un incentivo económico...	145
3. Sujetos de la acción.....	146
3.1. Legitimación en la causa por activa.....	146
3.2. Legitimación en la causa por pasiva.....	149
3.3. Interés para obrar.....	151
4. Elementos axiológicos de la acción.....	152
4.1. Ámbito de aplicación.....	152
4.1.1. Existencia de un proceso de insolvencia empresarial.....	152
4.1.2. Naturaleza del deudor en concurso.....	154
4.2. Hecho dañino. Daño y perjuicio a los acreedores.....	154
4.2.1 Desmejora en la prenda común de los acreedores	155
4.2.2 Existencia de un pasivo externo	156
4.3. Conducta dolosa o culposa de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados	157
4.3.1. Evaluación de la conducta del administrador a la luz del criterio de los deberes de buena fe, lealtad y diligencia del buen hombre de negocios.....	157
4.3.2. Presunción de culpa por infringir las normas legales y por extralimitar sus funciones.....	159

4.3.3. Algunos supuestos específicos.....	160
4.4. Nexos de causalidad.....	161
4.5. Ineficacia de estipulaciones contractuales.....	162
4.6. Autonomía de la acción de responsabilidad.....	164
5. Aspectos procesales.....	165
5.1. Competencia	165
5.2. Posibilidad de acudir a una segunda instancia	166
5.3. Trámite	168
5.4. Naturaleza de la sentencia.....	168
5.4.1 Se trata de una sentencia de condena.....	168
5.4.2 ¿Debe determinar una condena en concreto?.....	169
5.5. Acumulación con otras pretensiones, demandas o procesos	171
5.6. Ejecución	173
6. Extinción de la responsabilidad.....	173
6.1. Prescripción	173
6.2. Otras formas de extinción de la responsabilidad	175
Conclusiones	176
Referencias	177

Capítulo 5.....185

El controlante de hecho y el administrador de hecho en Colombia.....186

Andrés Gaitán Rozo

Jennifer Torres Molina

Introducción	186
1. El control de hecho en Colombia.....	187
2. El administrador de hecho en Colombia.....	200
3. Diferencias entre el control de hecho y la administración social de hecho	214
Conclusiones	220
Referencias	222

Capítulo 6.....227
La configuración de conflictos de intereses por parte de administradores sociales.....228

Tomás Holguín Mora
Darío Laguado Giraldo

Introducción.....	228
1. El deber de lealtad.....	229
2. Conflicto de intereses.....	232
2.1. Ausencia de definición legal.....	232
2.2. Los elementos propuestos por la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades para la configuración de los conflictos de intereses.....	235
2.3. Hipótesis en las que se configura un conflicto de intereses.....	237
3. Comentarios finales	244
3.1. Las relaciones de afectividad como causal para configurar una situación de conflicto de intereses	244
3.2. Conflictos de intereses en los grupos empresariales.....	246
3.3. Cláusulas arbitrales y su rol en la definición de los conflictos relacionados con administradores.....	250
3.4. ¿Quién aprueba las operaciones conflictivas en la junta directiva?	257
Referencias.....	261

Capítulo 7.....268
Deberes especiales en materia de SAGRILAFT y el Régimen de Medidas Mínimas.....269

Gloria Johanna Yáñez Torres

Introducción.....	269
1. Las personas jurídicas que deben implementar el Sagrilaft o el RMM	273
1.1. Las sociedades civiles no deben implementar el Sagrilaft ni el RMM	274
1.2. Las empresas que cuentan con un supervisor especial podrían no	

tener el deber de implementar el Sagrilaft ni el RMM.....	277
1.3. El deber de los administradores de determinar si su representada es vigilada o controlada por la Superintendencia de Sociedades	281
1.4. De las demás características que deben tener las empresas.....	286
1.5. Las cámaras de comercio y las entidades sin ánimo de lucro extranjeras con negocios permanentes en Colombia.....	288
2. De los deberes de los administradores en la implementación del Sagrilaft y el RMM.....	290
2.1. De los deberes del representante legal.....	293
2.1.1. Deberes específicos del representante legal en la implementación del Sagrilaft.....	295
2.1.1.1. Proponer al oficial de cumplimiento ante el máximo órgano social y verificar que tenga la disponibilidad y la capacidad necesarias	295
2.1.1.2. Asignar los recursos para implementar el Sagrilaft y apoyar al oficial de cumplimiento	296
2.1.1.3. Divulgar las medidas adoptadas y apoyar la capacitación de los empleados.....	297
2.1.1.4. Estudiar los resultados de la evaluación de los riesgos, establecer los planes que correspondan y presentar informes a la junta directiva o al máximo órgano social.....	298
2.1.1.5. Certificarle a la Superintendencia de Sociedades el cumplimiento de lo previsto en el Capítulo X de la Circular.....	300
2.1.1.6. Documentar las actividades que resulten del Sagrilaft.....	300
2.1.1.7. Verificar que los procedimientos del Sagrilaft desarrollen la política adoptada por la junta directiva o el máximo órgano social.....	303

2.1.1.8. Otras funciones	303
2.1.2. Deberes del representante legal en la implementación del RMM	304
2.1.2.1. Instruir sobre los riesgos de LA/FT/FPADM y comunicar el RMM.....	305
2.1.2.2. Identificar al beneficiario final de la contraparte, su estructura y adoptar las medidas necesarias.....	305
2.1.2.3. Otros deberes.....	307
2.2. De los deberes de la junta directiva en el Sagrilaft.....	308
2.2.1. Seleccionar y designar al oficial de cumplimiento	308
2.2.2. La junta directiva es el principal responsable de la puesta en marcha del Sagrilaft	309
2.2.3. Estudiar los resultados de la evaluación de los riesgos y tomar las medidas pertinentes	310
2.2.4. Constatar que la empresa cumpla con el Capítulo X de la Circular	311
2.2.5. Otras funciones	312
3. Las consecuencias jurídicas que podrían enfrentar los administradores por el incumplimiento de lo señalado en el Capítulo X de la Circular	313
Conclusiones	314
Referencias.....	316

Capítulo 8.....319

Responsabilidad de los administradores frente a la causal de disolución por no cumplir la hipótesis de negocio en marcha.....320

Luz Amparo Cardoso Canizalez

Mauricio Español León

Introducción.....	320
1. Objetivo, utilidad y responsabilidad de los administradores frente a la información financiera con propósito general.....	321
2. Reglas sobre el deterioro patrimonial que llevan a la sociedad a la causal de disolución	323

3. Causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha	326
Conclusiones	335
Referencias	338

Capítulo 9.....340

La responsabilidad tributaria de los administradores societarios.....341

Juan Esteban Sanín Gómez

Introducción.....	341
1. Encuadramiento de la responsabilidad tributaria dentro del marco general de la responsabilidad de los administradores	342
1.1.El deber de buena fe	343
1.2.El deber de lealtad	344
1.3.El deber de diligencia o cuidado	345
2. Las reglas especiales de responsabilidad tributaria de los administradores.....	346
3. Las reglas tributarias sobre la responsabilidad de los administradores..	349
3.1.Sanción a administradores y representantes legales (artículo 658-1 del ET)	349
3.2.Responsabilidad por la contabilidad que evidencie una omisión de ingresos gravados.....	350
3.3.Doble contabilidad.....	351
3.4.Inclusión de costos o deducciones inexistentes	352
3.5.Inclusión de pérdidas im procedentes	353
Conclusiones	356
Referencias	357

Capítulo 10.....360

La administración societaria en las Sociedades BIC: una mirada a los desafíos y responsabilidades.....361

Juan David Soler Peña

Introducción	361
1. Cambio de perspectiva	363

2. Antecedentes	367
3. Sociedades BIC en Colombia	369
3.1. Adopción de la condición BIC.....	370
3.2. Obligaciones y deberes de las sociedades BIC y de sus administradores	372
3.3. Reporte de gestión BIC y la responsabilidad del administrador en su elaboración y presentación	377
Conclusiones	383
Referencias.....	385

Capítulo 11.....389
La responsabilidad de los administradores en las decisiones laborales de alto impacto.....390

Diana Camila Gaitán Hemelberg

Introducción	290
1. Los administradores y la representación societaria y laboral	391
2. La responsabilidad de los administradores y la acción social de responsabilidad	394
3. Decisiones laborales de alto impacto que pueden implicar responsabilidad de los administradores.....	396
3.1. Situaciones de conflicto de interés.....	396
3.2. Negligencia en la toma de decisiones laborales	399
3.2.1. Terminaciones de contratos y firma de acuerdos de transacción	399
3.2.2. Conductas antisindicales.....	407
Conclusiones	411
Referencias	412

Capítulo 12.....413
La responsabilidad penal del representante legal en el derecho penal
empresarial.....414

Jorge Arturo Abello Gual

Introducción	414
1. Concepto de administrador	415
2. El representante legal	418
3. El representante de hecho y el representante de derecho.....	423
4. La figura del actuar por otro	425
5. La posición de garante	427
6. La delegación de funciones y principio de confianza.....	432
Conclusiones	437
Referencias.....	439

PRESENTACIÓN

Esta obra colectiva aborda las temáticas más relevantes y actuales sobre el régimen legal de los administradores societarios en Colombia. Los lectores encontrarán doce estudios prácticos que profundizan los diversos escenarios de desarrollo de los deberes de los administradores. La Superintendencia de Sociedades, en asocio con el Colegio de Abogados Commercialistas y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario han unido sus esfuerzos para lograr este proyecto académico esperando que el amplio auditorio de este libro encuentre en su lectura y consulta una herramienta de aprendizaje y reflexión sobre una temática medular en el derecho societario contemporáneo.

Los autores de este libro merecen un reconocimiento especial por su generosidad y su compromiso riguroso con las reflexiones sobre la materia. Sus aportes harán que los lectores tengan la oportunidad de aprovechar esta obra singularmente aportante al entendimiento y desarrollo del régimen de administradores societarios en nuestro país.

El libro comienza con un estudio sobre los deberes generales de los administradores societarios escrito por Billy Escobar Pérez. Este capítulo analiza los deberes de buena fe, lealtad y diligencia de los administradores y su robustecimiento en diferentes escenarios, como en la zona de insolvencia, en los procesos judiciales de extinción de dominio, en los procesos judiciales de intervención estatal, en la adopción de programas relacionados con la transparencia y ética empresarial, en las sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (BIC), en el reporte de operaciones sospechosas a la Unidad de Información y Análisis Financiero y en el Sistema de Autocontrol y Gestión del

Riesgo Integral de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo. El texto concluye que la Superintendencia de Sociedades, en desarrollo de su política de supervisión, ha establecido lineamientos claros para el adecuado cumplimiento de los deberes generales y específicos de los administradores, dependiendo de las circunstancias particulares que atañen a las compañías.

En el siguiente capítulo, Andrés Gaitán Rozo, con un acercamiento práctico, resuelve siete preguntas claves sobre problemas jurídicos relevantes relacionados con las juntas directivas. De esa forma, el capítulo responde qué se entiende por sociedades de familia y por qué el concepto propuesto por la doctrina de la Superintendencia de Sociedades es útil para efectos de la aplicación de las reglas sobre conformación de mayorías en las juntas directivas (artículo 435 del Código de Comercio) y para la implementación de diferentes instrumentos de gobierno corporativo. Así mismo, el autor analiza si los miembros de una junta directiva tienen la facultad de solicitar información a los empleados de la sociedad; si es posible delegar en la junta directiva la facultad de autorizar a los administradores para celebrar actos que impliquen conflictos de intereses; si existen diferencias entre los deberes del representante legal y los de los miembros de junta directiva; si los miembros de juntas directivas de empresas de un mismo grupo empresarial están exonerados del régimen de conflictos de intereses cuando se realizan operaciones intragrupo y si un miembro de junta directiva puede participar en las decisiones que impliquen su nombramiento, cese o remoción. El capítulo termina con el análisis de un problema práctico sobre los conflictos de intereses en las sociedades de familia.

El incumplimiento de los deberes a cargo de los administradores puede ser objeto de una investigación administrativa y tener como consecuencia la imposición de multas a favor del Estado. Sobre este asunto, Camilo Armando Franco Leguízamo examina el concepto de supervisión subjetiva y las competencias de la Superintendencia de Sociedades para llevar a cabo investigaciones administrativas contra los administradores societarios. El autor aborda la distinción entre las competencias judiciales y las administrativas asignadas a la Superintendencia de Sociedades en relación con los administradores; las diferencias entre las investigaciones administrativas de oficio y las de solicitud de parte; el procedimiento administrativo sancionatorio y los casos más relevantes en materia de infracciones de los deberes de los administradores. El autor resalta la importancia de las investigaciones administrativas como una forma de intervención del Estado en la economía, que tiene por finalidad el bien común, así como la preservación del orden público económico.

Nicolás Pájaro Moreno estudia las acciones de responsabilidad de socios, administradores, revisores fiscales y empleados en el régimen de insolvencia empresarial y concluye que son una construcción importante para remediar los efectos nocivos de la insolvencia empresarial cuando tiene origen en el comportamiento de los sujetos a cargo de aspectos claves de su funcionamiento. El autor explica que el derecho concursal ha mostrado un interés cada vez mayor en la atención oportuna de la crisis y ha puesto un especial enfoque en la actuación de los administradores societarios o de las personas que mantienen una especial cercanía con la toma de decisiones administrativas en virtud de su interés o de sus funciones. El capítulo resalta que, en contextos de insolvencia, e incluso en escenarios en donde esta no ha llegado a desplegarse plenamente, cobra especial

importancia la existencia de mecanismos que asignen consecuencias al impacto que las decisiones de estos sujetos hayan tenido sobre la suerte del concurso y que reivindicquen la responsabilidad que se deriva de ellas.

El controlante de hecho y el administrador de hecho son analizados por Andrés Gaitán Rozo y Jennifer Torres Molina, quienes abordan las consecuencias jurídicas de estas figuras y sus factores diferenciadores. En relación con el control societario, los autores analizan la posibilidad de reconocer controlantes por fuera de las presunciones contempladas en el Código de Comercio y presentan algunos casos en los que se han reconocido estructuras de control de hecho. Así mismo, el capítulo trata los principales desarrollos doctrinarios que ha tenido el concepto del administrador de hecho en Colombia. Finalmente, los autores resaltan los importantes pronunciamientos que la Superintendencia de Sociedades ha proferido, en sede administrativa y en sede jurisdiccional, reconociendo situaciones concretas de control por fuera de las presunciones del artículo 261 del Código de Comercio y de administradores de hecho conforme al artículo 27 de la Ley 1258 de 2008.

Tomás Holguín Mora y Darío Laguado Giraldo examinan la configuración de conflictos de intereses por parte de los administradores sociales. Los autores explican que, a pesar de contar con una importante producción jurisprudencial y doctrinaria, existe todavía confusión acerca del alcance del régimen de conflictos de intereses aplicable a los administradores de sociedades en Colombia. Para los autores, resolver esta confusión se torna relevante dado que los conflictos de interés son uno de los problemas centrales del

derecho societario contemporáneo, puesto que, como resultado de la delegación de funciones que tiene lugar en el ámbito de las sociedades de capital surgen problemas de agencia entre administradores y accionistas. El capítulo contextualiza el conflicto de intereses como manifestación del deber de lealtad de los administradores, identifica sus elementos configuradores y finaliza con algunas problemáticas concretas del régimen de conflictos de intereses.

En el capítulo “deberes especiales en materia de SAGRILAF y el Régimen de Medidas Mínimas”, Gloria Johanna Yáñez Torres aborda las obligaciones especiales de los administradores de las empresas que deben implementar programas para la prevención, control, gestión y corrección del riesgo de lavado de activos, financiación del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva (LA/FT/FPADM). La autora advierte que la materialización de este tipo de riesgos conlleva la afectación reputacional, legal, de contagio y operativa de una empresa y resalta que es deber de los administradores una adecuada implementación de los programas de autogestión y prevención de estos riesgos. Así, este capítulo da pautas a los administradores para que identifiquen si están obligados a implementar en sus empresas el programa de Sagrilaft o el Régimen de Medidas Mínimas y resalta aspectos que deben tener en cuenta, pues de esta manera cumplirán con su deber de actuar de forma prudente y diligente y estarán velando porque las empresas cumplan con las disposiciones legales y reglamentarias.

Luz Amparo Cardoso Canizalez y Mauricio Español León, en el capítulo “responsabilidad de los administradores frente a la causal de disolución por no cumplir la hipótesis de negocio en marcha”, analizan la consagración legal de la obligación de los administradores de evaluar

si la sociedad tiene perspectivas claras de continuar o no como negocio en marcha y las particularidades de la causal de disolución de la que trata el artículo 4 de la Ley 2069 de 2020. Los autores explican en detalle cómo al momento de elaborar los estados financieros de propósito general al cierre del ejercicio, los administradores se encuentran en la obligación de evaluar toda la información disponible sobre el futuro de la empresa y ponderar los factores relacionados con su perdurabilidad. Si de su evaluación se concluye que es inminente la liquidación de la sociedad, se deberá revelar esta información a los asociados. Los autores concluyen que esta obligación no es nueva frente a la preparación y presentación de la información financiera de propósito general, lo que sí resulta novedoso es el efecto preciso como causal de disolución.

La responsabilidad tributaria de los administradores societarios es estudiada por Juan Esteban Sanín Gómez, quien, a partir del análisis general de los principios de responsabilidad de los administradores, desciende a la aplicación de las reglas especiales contenidas en el régimen tributario. Así, este texto analiza los elementos del régimen sancionatorio fiscal de los administradores, incorporado en el artículo 658-1 del Estatuto Tributario, y presenta los problemas que tiene su aplicación, los cuales pueden afectar la sancionabilidad de las conductas que de allí se derivan. Así mismo, el autor presenta los avances que ha tenido la jurisprudencia societaria en materia de responsabilidad de los administradores y la constitucionalización del derecho sancionatorio y, a partir de estos avances, propone que, mientras se desarrolla la responsabilidad tributaria, los operadores de dicho sistema (la DIAN y el juez tributario) deben aplicar instituciones como la regla de la discrecionalidad, la prohibición de la aplicación

analógica desfavorable y el *in dubio pro* disciplinado, que permiten la aplicación garantista de sanciones.

Juan David Soler Peña presenta los desafíos y responsabilidades de la administración societaria en las sociedades de beneficio e interés colectivo (BIC). El autor resalta que la normativa actual incorpora nuevas cargas en las obligaciones de los administradores de las sociedades que tengan la condición BIC, pues además de tener en cuenta el interés de la sociedad y el de sus socios, los administradores deben velar por el cumplimiento de los compromisos de beneficio e interés colectivo definidos en los estatutos sociales. Los administradores deben asegurarse de que las decisiones empresariales procuren generar un impacto económico, social y/o ambiental positivo y presentar un reporte de gestión que refleje el cumplimiento de estos propósitos. El capítulo concluye que el régimen de las sociedades BIC incorpora en el ordenamiento colombiano modelos que son tendencia en el mundo, como la gobernanza de los *stakeholders* o la *stakeholder theory*.

En el siguiente artículo, Diana Camila Gaitán Hemelberg presenta un estudio sobre la responsabilidad de los administradores en las decisiones laborales de alto impacto. El capítulo ejemplifica diversas situaciones en las relaciones de las empresas con sus trabajadores que, por su relevancia económica, constituyen decisiones que pueden generar responsabilidad de los administradores. La autora advierte que no deben subestimarse las consecuencias que puede tener una decisión con respecto a un solo trabajador, pues las decisiones de alto impacto no son solo las sindicales o las que se toman de cara a varios trabajadores. Así mismo, es importante que los administradores no olviden que en materia laboral existe la representación tácita, la cual

podría implicar responsabilidad por actuaciones de otros miembros de la organización que obligan a la empresa de cara a los trabajadores. De esa forma, el capítulo concluye que es importante que los administradores establezcan mecanismos de control para estar al tanto de las decisiones más relevantes que se toman con el personal.

El libro termina con el texto “la responsabilidad penal del representante legal en el derecho penal empresarial” escrito por Jorge Arturo Abello Gual. Este texto trata la responsabilidad penal de los administradores y presenta algunos criterios esenciales para establecer la responsabilidad de los representantes legales. El texto analiza la figura del representante legal de hecho, muy importante en el derecho penal para evitar la impunidad de aquellas personas que toman decisiones en una empresa, pero que no aparecen formalmente dentro su estructura societaria. Así mismo, este capítulo estudia figuras penales como el actuar por otro, la posición de garante, el principio de confianza y la delegación de funciones, las cuales son fundamentales para entender la responsabilidad penal en las estructuras societarias.

Andrés Gaitán Rozo
Yira López Castro
Enero de 2024

CAPÍTULO 1

LOS DEBERES GENERALES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS

Billy Escobar Pérez



LOS DEBERES GENERALES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS

Billy Escobar Pérez¹

Introducción

La legislación colombiana establece una serie de deberes generales sobre los cuales los administradores societarios deben enmarcar su conducta en el ejercicio de sus respectivos cargos: la buena fe, la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, conforme al artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Copiosa doctrina especializada sobre la materia y jurisprudencia se ha ocupado de estudiar estos deberes generales, sobre los que se cimentan diversos deberes específicos en el ordenamiento jurídico para los administradores societarios.

Este artículo abordará, de manera breve, los deberes generales de los administradores societarios y el robustecimiento de estos parámetros de conducta en diferentes escenarios, como en la zona de insolvencia, en los procesos judiciales de extinción de dominio, en los procesos

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia; magíster en Administración de Negocios de la Universidad de los Andes y en Seguridad Social de la Universidad de Alcalá de Henares (España). Experto en el asesoramiento jurídico de empresas de cualquier sector y en el desarrollo de consultorías en temáticas de *compliance*. Cuenta con una amplia experiencia en la representación, ante instituciones judiciales, de empresas, de la administración pública y de pares del sector privado, así como en la asesoría en la constitución, gestión, modificación o disolución de cualquier tipo de sociedad mercantil. Tiene más de 30 años de experiencia en la administración y gestión de instituciones de educación superior y en el ejercicio de la docencia en las áreas de Derecho del Trabajo, Comercial, Seguridad Social, Derecho Procesal y Derecho Probatorio en universidades nacionales y extranjeras entre las que destacan la Universidad Externado de Colombia, la Universidad del Rosario, la Universidad Central, la Universidad Santo Tomás, la Universidad de la Sabana, la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano, la Universidad de Guadalajara (México), la Universidad de Udine (Italia) y la Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia). En la actualidad se desempeña como Superintendente de Sociedades.

judiciales de intervención estatal, en el Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo y Financiación de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (LA/FT/FPADM) y el reporte de operaciones sospechosas a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), en la adopción de programas relacionados con la transparencia y ética empresarial y en las sociedades que adoptan voluntariamente la condición de beneficio e interés colectivo (BIC).

1. Los deberes generales

En consonancia con el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores societarios, de hecho² o de derecho³, deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, sin distinción del tipo societario de que se trate. En este sentido, sus actuaciones se cumplirán en beneficio de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. Se trata de verdaderos estándares que guían la conducta de los administradores

² De acuerdo con el párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, “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”. Ver: Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diciembre 5 de 2008. DO. N.º 47194.

³ Según el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, “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”. Ver: Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156. Igualmente, conforme al numeral 5.1. de la Circular Externa 100-000008 del 12 de julio de 2022 emitida por la Superintendencia de Sociedades, “también se considerarán administradores a los suplentes de los administradores, sin perjuicio de que solo puedan llegar a responder por sus deberes como tal, cuando en casos de ausencia temporal o definitiva de los principales, actúen efectivamente.

Podrán ser administradores tanto personas naturales como jurídicas. En el caso de las últimas, la responsabilidad sobre el cumplimiento de los deberes y obligaciones recaerá sobre la persona jurídica y sobre quien actúe como su representante legal”.

societarios en el ejercicio de sus funciones para que se alineen con el interés social y que, en caso de inobservancia, son el presupuesto fundamental del régimen de responsabilidad contra los mismos, previsto, entre otras disposiciones legales, en el artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995.

En este sentido, las prestaciones de lealtad y de diligencia de un buen hombre de negocios se considerarán ejecutadas siempre que se prefiera el interés social, es decir, el de la persona jurídica societaria, siendo otro el factor consistente en el beneficio o el perjuicio que perciban los asociados por la prevalencia o la realización de los objetivos de la empresa. Esto, en el marco de la relación jurídica de los administradores societarios con la compañía, concordante con la perspectiva del mandato o de la teoría orgánica, según la posición que se adopte⁴.

1.1. De la buena fe

En consonancia con los artículos 1603 del Código Civil⁵ y 871 del Código de Comercio⁶, las personas en sus relaciones jurídicas han de comportarse siempre de buena fe. En verdad, se trata de un principio general del derecho que ha sido elevado a rango constitucional en el

⁴ Córdoba Acosta, Pablo Andrés, *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 589.

⁵ Artículo 1603. “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”. Ver: Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887.

⁶ Artículo 871. “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”.

artículo 83 de la Constitución Política⁷ al prever que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. En el régimen general de deberes y responsabilidad de los administradores societarios se exige para estos sujetos cualificados un actuar exento de fraude o vicio, libre de culpa o de dolo, y obrar conforme a la ley y a los estatutos sociales.

En este orden de ideas, el numeral 5.2.1. de la Circular Externa 100-000008 del 12 de julio de 2022 (Circular Básica Jurídica) emitida por la Superintendencia de Sociedades subraya que la buena fe “es un principio de derecho que presume que las actuaciones de las personas son legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio. En el contexto de los administradores [societarios], su aplicación significa que deben obrar frente a todas las exigencias de la actividad de la sociedad y de los negocios que ésta celebre y no solamente respecto de los aspectos formales que su actividad demande. Se entiende como el obrar con la conciencia recta, con honradez y lealtad [negrita fuera de texto]”.

Luego, el deber general descrito se enmarca en la “buena fe *objetiva*”, esto es, “como ‘principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones *deberes* coherentes con un modelo *de comportamiento objetivo*’, el del *bonus vir*, que se expresa a través de las reglas de honestidad y corrección propias de dicho modelo”⁸. En otras palabras, la buena fe objetiva se erige como una regla de conducta fundada en la

⁷ Laguado Giraldo, Darío. “La responsabilidad de los administradores”, *Vniversitas*, 2004, 53, (108), p 246, en <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14726>, consulta del 18 de junio de 2023.

⁸ Neme Villareal, Martha Lucía, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado*, 2009, 17, pp. 45-76, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/410>, consulta del 18 de junio de 2023, p. 49.

honestidad, en la rectitud, en la lealtad y, principalmente, en la consideración del interés del otro⁹, para el caso en concreto, el de la persona jurídica societaria, y conlleva la necesidad de cumplir de manera efectiva los deberes que emanan de la buena fe, como los de información y de transparencia, por ejemplo.

La buena fe es un requisito esencial en la gestión de los administradores societarios. Así, cuando se evidencia la mala fe “en ciertas ocasiones frente a la actuación dolosa de los administradores [societarios], que también pueden ser socios, se pueden aplicar medidas estrictas como, por ejemplo, lo indicado en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008”¹⁰. Esto es, la desestimación de la personalidad jurídica, por cuya virtud, cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada (SAS) en fraude a la ley o en perjuicios de terceros, los accionistas y los administradores societarios que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados¹¹.

⁹ Neme Villareal, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva”, p. 49.

¹⁰ Gaitán Roza, Andrés, “Administradores en empresas familiares”, *Revista Foro del Jurista*, 2020, 37, pp. 140-172, en <https://www.camaramedellin.com.co/biblioteca/foro-del-jurista-edicion-37>, consulta del 18 de junio de 2023, p. 147.

¹¹ Artículo 42. “Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario.

La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario”. Ver: Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diciembre 5 de 2008. DO. N.º 47194.

Sobre este último punto vale la pena resaltar que, en sede jurisdiccional, la Superintendencia de Sociedades tiene facultades para declarar la nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión cuando se utilice la compañía en fraude a la ley o en perjuicio de terceros en los términos descritos en las líneas precedentes, en concordancia con el literal d del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso¹². Es por ello, precisamente, que existe una tendencia mayoritaria a considerar que la citada disposición normativa extendió la figura mencionada a los demás tipos societarios.

1.2. De la lealtad

De conformidad con el numeral 5.2.2. de la Circular Externa 100-000008, la lealtad:

“Es el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la sociedad, para lo cual debe evitar que en situaciones en las que se presente conflicto de intereses, dicho administrador se beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus asociados. Al

¹² Artículo 24. “Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas:

[...]

5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a:

[...]

d) La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios”. Ver: Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO. N.º 48489.

respecto el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reitera el deber de lealtad y expresa que las actuaciones de los administradores deben adelantarse en interés de la sociedad y de forma expresa señala el legislador que se debe considerar el interés de los asociados, de manera que resulta claro que, si los intereses de los asociados se apartan de los fines de la sociedad, deben prevalecer los intereses de esta última”.

En los términos descritos, el deber de lealtad supone que el administrador social consulte los mejores intereses de la persona jurídica societaria, con fundamento en la confianza depositada en quien funge como tal, es decir, anteponer siempre, incluso a su propio interés, el de la sociedad. Los ordenamientos jurídicos contemporáneos establecen una mayor exigencia frente al deber de lealtad, que para el caso colombiano se concreta particularmente en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 al establecer que los administradores societarios 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, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

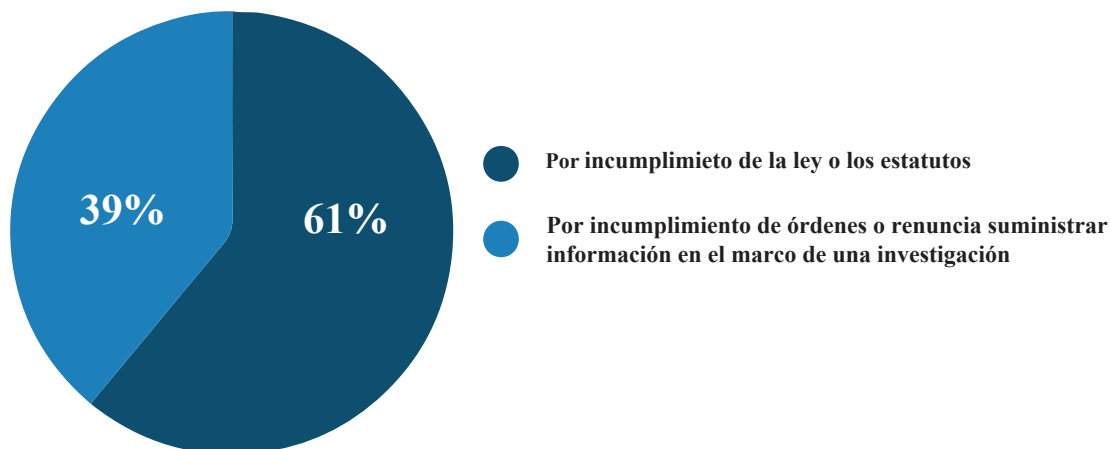
Es palmario que los conflictos de intereses se presentan constantemente en el desarrollo de las actividades económicas de la compañía, por lo que no se pretende evitar o castigar al administrador social por su aparición, sino prever un mecanismo para su gestión y solución, evitando que logre un provecho propio o ajeno a expensas de la sociedad. Por lo tanto, el citado numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reglamentado en el Decreto 1925 de 2009, compilado en el Decreto 1074 de 2015, prevé que el administrador social debe ordenar la convocatoria o convocar al máximo órgano

social, señalando dentro del orden del día la solicitud de autorización para la actividad que representa conflicto de intereses con la sociedad, suministrar toda la información que sea relevante para la toma de la decisión y no votar en la determinación si fuere asociado.

Bajo la premisa de una supervisión preventiva, la Superintendencia de Sociedades publicó un documento sobre las principales infracciones en materia de deberes de los administradores societarios y de los revisores fiscales, y sobre las sanciones impuestas por su Delegatura de Supervisión Societaria con el propósito de evitar la comisión de aquellas. Del estudio respectivo se determinó que una de las infracciones más frecuentes es, precisamente, no abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros en actos respecto en los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas, conforme al numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015.

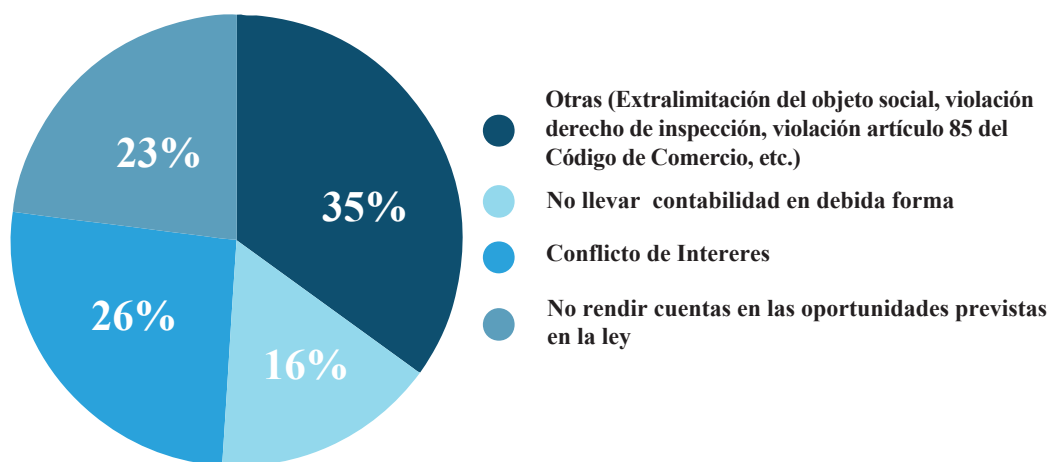
En las estadísticas generales de las multas impuestas por el incumplimiento de órdenes impartidas por la Superintendencia de Sociedades, la ley o los estatutos sociales, contenidas en el mismo documento, durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2022, el 61 % corresponde al incumplimiento de la ley o los estatutos sociales, mientras que el 39 % al incumplimiento de órdenes o a la renuencia a suministrar información en el marco de una investigación administrativa surtida por la entidad, como se puede apreciar en los gráficos 1 y 2.

Gráfico 1- Multas Impuestas



Fuente: Superintendencia de Sociedades, Principales infracciones y sanciones en materia de deberes de administradores y revisores fiscales, Bogotá, s. f., p. 18. en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/20122/1229072/CARTILLA-PRINCIPALES-INFRACCIONES-SANCIONADAS-POR-SS.pdf/>, consulta del 18 de junio de 2023.

Gráfico 2 - Multas Impuestas



Fuente: Superintendencia de Sociedades, Principales infracciones y sanciones, p. 18.

Sobre el particular, es común que se presenten conflictos de intereses en sociedades de familia¹³ y en esquemas de subordinación y de grupos empresariales, escenarios que son objeto de revisión constante en atención a la legislación vigente. En el primer evento se ha estimado que el administrador social podría estar incurriendo en conflictos de intereses por interpuesta persona cuando la compañía celebra operaciones con: (i) el cónyuge o compañero permanente del administrador social o personas con análoga relación de afectividad; (ii) los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador social o del cónyuge o compañero permanente del mismo, y (iii) los cónyuges o compañeros permanentes de los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador social o del cónyuge o compañero permanente del mismo¹⁴.

De acuerdo con las disposiciones normativas actuales, en estos eventos los administradores societarios deben cumplir con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 2 del Decreto 1925 de 2009, compilado en el artículo 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015, absteniéndose de participar en estos actos hasta tanto obtengan la autorización por parte de la asamblea general de accionistas o la junta de socios para los efectos, en los términos establecidos en la ley y su decreto reglamentario.

¹³ “En efecto, las sociedades de familia, independientemente del tipo societario (colectivas, en comanditas, limitadas, anónimas) son en la práctica aquellas controladas por miembros de una misma familia, que bien pueden ser hermanos, primos, sobrinos, tíos, abuelos, nietos, etc. En particular en las sociedades de segunda y tercera generación es apenas lógico que aparezcan miembros de la familia que tienen un parentesco más distante que el señalado en la norma comentada [Artículo 6° del Decreto Reglamentario 187 de 1975], sin que eso desnaturalice la esencia del control que siguen ejerciendo miembros de una familia, cuyas relaciones se proyectan en el campo de la empresa, la familia y la propiedad, según se analizará en los capítulos siguientes”. Ver: Gaitán Rozo, Andrés y Castro Velasco, José Danilo, *Sociedades de familia en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2001, p. 19.

¹⁴ *Cfr.* Numeral 5.4.3. de la Circular Externa 100-000008 de la Superintendencia de Sociedades.

En este sentido, Andrés Gaitán Rozo y Jennifer Torres Molina señalan la conveniencia de introducir una regulación especial sobre conflictos de intereses en las sociedades de familia. Lo anterior parte de la premisa de que con frecuencia se presentan conflictos de intereses para los administradores societarios en las compañías de familia, por ejemplo, en la contratación laboral de los hijos del gerente, el otorgamiento de préstamos a los asociados, la contratación como proveedores de miembros de la familia, etcétera; y de que en las empresas de familia “concurren tres dimensiones relevantes: empresa, familia y propiedad. Esta realidad implica, en la práctica, un relacionamiento entre socios muy diferente al que distingue a las sociedades que no son de control familiar y un sistema especial de riesgos y de instrumentos de gobierno corporativo, en particular, los protocolos de familia y los acuerdos de accionistas”¹⁵.

En el segundo evento se ha dicho que el administrador social podría estar incurriendo en conflictos de intereses por interpuesta persona cuando la compañía celebra operaciones con personas con las cuales tiene una relación de dependencia¹⁶. Luego, en sede administrativa y jurisdiccional la Superintendencia de Sociedades ha establecido que la celebración de negocios jurídicos entre matrices o controlantes y subordinadas o entre estas con una misma matriz o controlante representa conflictos de intereses para los administradores societarios que participan en ellos, en virtud de la ascendencia de la matriz o la controlante sobre la sociedad subordinada o de su potestad de

¹⁵ Gaitán Rozo, Andrés y Torres Molina, Jennifer, “Conflictos de intereses en grupos empresariales y situaciones de control”, en Gaitán Rozo, Andrés y López Castro, Yira (Coord.), *Conglomerados en Colombia: Actualidad y perspectivas*, Superintendencia de Sociedades, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y Colegio de Abogados Comercialistas, Bogotá, 2022, p. 105.

¹⁶ *Cfr.* Numeral 5.4.3. de la Circular Externa 100-000008 de la Superintendencia de Sociedades.

remoción de los administradores societarios en cualquier momento, entre otros.

1.3. De la diligencia de un buen hombre de negocios

La diligencia de un buen hombre de negocios exige al administrador social una “particular diligencia que implica una forma de actuar propia de personas conocedoras de las técnicas de administración”¹⁷, asumiendo riesgos en forma consciente y razonada, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia en la conducción de los asuntos sociales. Según el numeral 5.2.3. de la Circular Externa 100-000008, la diligencia de un buen hombre de negocios:

“Hace relación a que las actuaciones de los administradores deben ejecutarse con la diligencia que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y a los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa.

La diligencia del buen hombre de negocios, lleva implícitos 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

¹⁷ Reyes Villamizar, Francisco, como se citó en Velásquez Posada, Obdulio, *Responsabilidad civil extracontractual*, segunda edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2015, p. 531.

desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas”.

En un reciente pronunciamiento judicial, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia aseguró que:

“La connotación que destaca este deber, es que se trata de una obligación general, cuya satisfacción no exige una conducta concreta, sino la adecuación de las tareas o compromisos propios del administrador, con arreglo a un estándar o modelo de comportamiento específico, esto es, el de un “*buen hombre de negocios*”, diferente, como ya se dijo, al patrón medio para evaluar la conducta en el derecho común, referido al buen padre de familia.

[...]

Ese patrón o modelo de comportamiento que marca cómo ha de ser o de qué manera puede evaluarse si un acto de administración fue diligente o no, es en palabras de la ley, el de un “*buen hombre de negocios*”, frase que encierra la consagración de una diligencia superior a la del hombre medio, valga anotar, la de un profesional en el manejo de los asuntos de la empresa, pues, el legislador no se limitó a exigir el actuar que tiene cualquier negociante en el desempeño de sus responsabilidades, sino aquél que es característico de los “*buenos hombres de negocios*”.

[...]

Es decir, en otros términos, que el administrador en relación con las obligaciones legales, estatutarias y contractuales que asume en razón de su cargo de representación y gestión, ha de ser visto como un deudor de carácter cualificado, cuya diligencia ha de ir más allá que la empleada de ordinario por una persona promedio en sus negocios, porque, se reitera, se trata de un deber o diligencia profesional, que como bien lo apunta la doctrina extranjera autorizada, “*consistirá en una mayor previsión y prudencia en las actuaciones, al igual que una actitud distinta ante las situaciones planteadas, una actitud que manifiesta un superior iniciativa y capacidad técnica*”¹⁸.

Así las cosas, el deber de diligencia de un buen hombre de negocios es un parámetro de conducta para los administradores societarios para que en el ejercicio de sus funciones y, en especial, en la toma de sus decisiones actúen como lo haría una persona medianamente prudente en una situación o circunstancia similar. Entonces, el deber de diligencia de un buen hombre de negocios lleva implícita la obligación para el administrador social de obtener la información necesaria para la toma de decisiones, sin que se pueda exigir que consiga toda en todos los eventos¹⁹, ni su confirmación o valoración.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Julio 7 de 2021). Sentencia SC2749-2021. Radicación 08001-31-03-005-2012-00109-01. [MP. Álvaro Fernando García Restrepo], pp. 23-24.

¹⁹ Al respecto, Pablo Andrés Córdoba Acosta señala que “conviene entonces afirmar que la administración de sociedades comerciales, especialmente de la anónima de dimensiones importantes, no escapa a la imposibilidad de contar con toda la información para la toma de todas las decisiones empresariales, pues pensar lo contrario equivaldría a excluir el riesgo como factor inherente a la actividad empresarial. La actividad empresarial tiene en su estructura el riesgo, pues dentro de la rentabilidad de una operación económica siempre este se encuentra calculado, esto hasta el extremo de existir una mayor utilidad cuando hay mayor riesgo y viceversa. Exigir a los administradores el total de la información, en todos los casos, con anterioridad a las decisiones empresariales correspondientes, equivaldría a eliminar la totalidad del riesgo inherente a la actividad económica”. Ver: Córdoba Acosta, *El derecho de sociedades*, p. 602.

Mediante la variación del “buen padre de familia” incorporado en el derecho civil por el del “buen hombre de negocios” desarrollado en el derecho mercantil y, en especial, en este deber general para los administradores societarios, “se reconoce la especificidad y la profesionalidad de la actividad administrativa de las sociedades en el mundo de hoy, y la gran diferencia que existe entre ésta y aquella doméstica y agraria que tuvo lugar en épocas pasadas. Desde esta perspectiva se evidencia que es muy distinto administrar un patrimonio de familia que un patrimonio de especulación en el contexto económico”²⁰, por lo que se acoge un régimen de responsabilidad más estricto.

El mencionado parámetro de conducta puede variar sustancialmente en razón del cargo y las funciones desempeñadas en virtud del administrador social. Así, por ejemplo, “mientras el representante legal se encuentra más vinculado al deber de informarse y trata de manera crítica los datos que recibe para procesar adecuadamente las decisiones de gestión interna y externa con el fin de tomar determinaciones razonables, los miembros de junta directiva deberán instalar e implementar mecanismos de control que proporcionen la información necesaria para desarrollar la supervisión de lo actuado por el representante legal, obviamente sin olvidar que periódicamente deberán estar examinando los dispositivos creados para dictaminar si están funcionando o no”²¹.

En materia de gobierno corporativo se ha enfatizado en los importantes deberes que tienen los miembros de la junta directiva en

²⁰ Laguado Giraldo, “La responsabilidad de los administradores”, p. 247.

²¹ Córdoba Acosta, *El derecho de sociedades*, p. 591.

su calidad de administradores societarios, de acuerdo con lo señalado en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995²². Vale la pena resaltar que no es necesario que la decisión respectiva sea acertada para cumplir con el deber de diligencia de un buen hombre de negocios, es decir, que genere el éxito económico de la compañía con su adopción, pues la obligación del administrador social es de medios y no de resultados. Como lo expone Francisco Reyes Villamizar: “El director o gerente debe poner todo su empeño para lograr que las decisiones administrativas se adopten con pleno conocimiento e ilustración sobre los diversos factores que se relacionan con ellas. Pero si, a pesar de haber actuado con diligencia y buena fe, los resultados de gestión no son buenos, tal circunstancia no debe generar responsabilidad para el gerente o director”²³.

En este orden de ideas, diferentes sistemas jurídicos, incluido el colombiano, han optado por no exigir una excesiva diligencia para los administradores societarios, pues entorpecería su labor y generaría una aversión al riesgo. En cambio, al momento de valorar el comportamiento de los administradores societarios se ha acudido a la regla de discrecionalidad (*business judgement rule*), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones que hayan adoptado los administradores societarios en su juicio de negocios, salvo que se hayan presentado situaciones ilegales, abusivas o viciadas

²² “La junta directiva, también denominada consejo de administración, es la principal responsable de la definición de las estrategias corporativas, de la determinación de las políticas de negocios y de la fijación y control de la dirección estratégica de la institución. Adicionalmente, supervisa la gestión de las diferentes áreas de negocios y soporte de la organización. De igual manera, evalúa los resultados mediante su comparación con los planes y estrategias previamente aprobados, con la gestión de años anteriores y el sistema en su entorno”. Ver: Gaitán Roza, Andrés, Castro Velasco, José Danilo e Hincapié Cardona, Alba Lucía, *Estudio sobre empresas colombianas perdurables. Casos de éxito*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2013, pp. 68-69.

²³ Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, cuarta edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2020, p. 702.

por conflictos de intereses. En la Sentencia 801-000072 del 11 de diciembre de 2013 la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades ratificó esta postura²⁴.

Con todo, la Superintendencia de Sociedades cuenta con facultades jurisdiccionales por medio de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles (y del Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial cuando preceda una cláusula compromisoria o un compromiso) para resolver los conflictos societarios y las diferencias que ocurran entre los accionistas o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores societarios en desarrollo del negocio jurídico societario. En ambos casos se tienen en cuenta las previsiones generales y específicas desarrolladas por vía legal, jurisprudencial y doctrinaria relacionadas con los deberes y la responsabilidad de los administradores societarios en ejercicio de sus funciones, como las descritas en la regla de discrecionalidad (*business judgement rule*).

2. Fortalecimiento de los deberes generales

Sin perjuicio de las consideraciones que preceden, los deberes de buena fe, de lealtad y de diligencia de un buen hombre de negocios de los administradores societarios en ejercicio de sus funciones han adquirido un análisis especial atendiendo a circunstancias particulares como las que se describen enseguida (a título de ejemplo), de acuerdo con la evolución social y económica que se ha presentado en los últimos años.

²⁴ Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Diciembre 11 de 2013). Sentencia 801-000072. Proceso 2013-801-082. Aldemar Tarazona Monter, Lizardo Antonio Amaya Díaz y Rodolfo Antonio Rivera Rozo contra Alexander Ilich León Rodríguez. [Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles: José Miguel Mendoza].

(a) Dependiendo la etapa en la que se halle la compañía, esto es, en solvencia, zona de insolvencia o insolvencia, los deberes de los administradores se estudian de manera disímil. En particular, llama la atención la denominada zona de insolvencia, descrita por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades como una situación “cercana” o “próxima” a la insolvencia de una sociedad, la cual impone una valoración distinta de las actuaciones de los administradores societarios una vez acaecida en distintos regímenes societarios, porque los intereses e incentivos de los administradores societarios y de los socios o accionistas varían de una situación a otra²⁵.

En sentido análogo, cuando la prenda común de los acreedores es desmejorada con ocasión de conductas dolosas o culposas, la Delegatura para Procedimientos de Insolvencia de la misma entidad, ante el estudio de uno de los subsistemas de responsabilidad de los administradores societarios en el contexto concursal colombiano,

²⁵ Al respecto, el despacho precisó que “es importante poner de presente que en los distintos regímenes societarios generalmente se diferencian los casos en los que hay responsabilidad del administrador por actuaciones realizadas en una situación ‘cercana’ a la insolvencia, de aquellos en que las actuaciones fueron cometidas durante el giro ordinario de los negocios de una compañía. Ello obedece a que los intereses e incentivos de los administradores sociales y los accionistas varían de una situación a otra, así como el régimen de deberes aplicable a los administradores.

Para el caso colombiano, es preciso anotar que el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 no hace dicha diferencia. En Colombia, el régimen de deberes y responsabilidades a cargo de los administradores sociales contiene una serie de obligaciones que deben ser respetadas por los administradores indistintamente de la situación en la que se encuentre la sociedad”. Ver: Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Abril 26 de 2017). Sentencia 800-000031. Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa contra Alessandro Corridori, Jhon Jairo Herreño Marín, Claudia Victoria Carvajal Jiménez, Edward Yonathan Martínez, Pedro Antonio Castellanos Sepúlveda, Marlon Jonathan Fernández Penagos y Carolina Pascagaza Cortés. [Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles: Catalina Guío Español].

regulado en el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006²⁶, subrayó el contraste que existe entre juzgar la conducta de un administrador social en desarrollo del giro ordinario de los negocios de una compañía en situación de normalidad crediticia y el de una compañía cercana a la insolvencia o de insolvencia propiamente dicha (*financial distress*); situación que él conoce o debe conocer y que no puede pasar inadvertida a los ojos de una administración competente²⁷.

²⁶ Artículo 82. “Cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas, dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo.

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

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

La demanda deberá promoverse por cualquier acreedor de la deudora y será tramitada por el proceso abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil, ante el juez del concurso, según sea el caso en uso de facultades jurisdiccionales y en trámite independiente al de la insolvencia, el cual no será suspendido.

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

²⁷ El despacho afirmó que “una cosa es juzgar la conducta de un administrador, en desarrollo del giro ordinario de los negocios de una compañía en situación de normalidad crediticia, y muy otra es hacerlo cuando el administrador actúa en circunstancia de cercanía a la insolvencia, o de insolvencia propiamente dicha (*financial distress*), situación que él conoce o debe conocer a partir de su propio entendimiento del negocio y del mercado, y de indicadores financieros como el estado del pasivo, fijo y corriente, y el flujo de caja de la compañía, en contraste con los vencimientos de las obligaciones.

La denominada situación de cercanía o proximidad a la insolvencia, que es una categoría doctrinal asignada a la fase anterior a la situación de cesación de pagos o de incapacidad inminente de pagos, no puede pasar inadvertida a los ojos de una administración competente. Es cierto que esta situación particular es de difícil aprehensión, en especial en lo que atañe a la fijación de un lindero temporal cierto a partir del cual se considere que la situación excede las normales angustias cotidianas de flujo de caja, y pasa a ser una situación comprometedora para el futuro empresarial de la compañía, pero puede emerger a partir de la valoración de indicios, particularmente consistentes en indicadores financieros y contables”. Ver: Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (Enero 4 de 2018). Auto 400-000237. Aluminio Reynolds Santodomingo S.A., en Liquidación Judicial. [Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia: Nicolás Polanía Tello].

De este modo, el administrador social debe ajustar su comportamiento ante una crisis empresarial con el fin de evitar tensiones o maniobras oportunistas derivadas de los intereses que emanan, como los de la sociedad, normalmente alineados con los de los accionistas o socios mayoritarios y los de los acreedores, últimos quienes en la zona de insolvencia y en la insolvencia tienen especial interés en la manera en que los administradores manejan los activos del deudor ante el riesgo de impago en estos escenarios²⁸. De ahí que una eventual insolvencia implica el robustecimiento de los deberes generales de los administradores societarios, teniendo en cuenta que confluyen otros intereses en estos eventos, como los de los acreedores, grupo de interés especialmente afectado por su acaecimiento, en armonía con la posición de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades en la Sentencia 810-000051 del 26 de julio de 2021.

En este orden de ideas, Juan José Rodríguez Espitia asegura que en la etapa previa al concurso recuperatorio aplica el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y, por tanto, los deberes generales contemplados en esta disposición normativa: “Sin perjuicio de ello, es necesario manifestar que, detectada la crisis, el concepto de interés social cambia y en esa medida, debe primar la protección de los derechos de los acreedores, asunto de no poca monta y que ha dado lugar a álgidos debates en la doctrina comparada. En esa medida, quiero manifestar que la protección debe estar dirigida a los acreedores de manera concurrente con la empresa, quedando en un segundo plano los derechos de los socios”²⁹.

²⁸ Superintendencia de Sociedades. Auto 400-000237.

²⁹ Rodríguez Espitia, Juan José, “Los deberes de los administradores sociales en la etapa previa del concurso recuperatorio, en su trámite y en su ejecución”, *Ágora Mercatorum*, Bogotá, 2022,

En armonía con lo esbozado, uno de los acontecimientos más relevantes en la legislación colombiana sobre los deberes y responsabilidad de los administradores en la zona de insolvencia lo introdujo, en materia concursal, la causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, establecida en el artículo 4 de la Ley 2069 de 2020 y desarrollada en el Decreto 854 de 2021. Esta supone la obligación de los administradores societarios de “hacer monitoreos de los estados financieros, la información financiera y las proyecciones de la empresa, para establecer la existencia o posibilidad de deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia”³⁰, y en caso de verificar razonablemente su acaecimiento, abstenerse de iniciar nuevas operaciones, distintas al giro ordinario de los negocios, y convocar al máximo órgano social para que adopte las medidas necesarias, *so pena* de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber³¹.

(b) A la par, es oportuno resaltar que respecto de los bienes de una sociedad o de las acciones, cuotas o partes de interés que integran su capital se puede declarar la extinción de dominio mediante sentencia en firme o decretar medidas cautelares en procesos judiciales de extinción de dominio. Los bienes con extinción de dominio y afectados con medidas cautelares dentro del proceso judicial de extinción de dominio son administrados por la Sociedad de Activos

en <https://agoramercatorum.uexternado.edu.co/los-deberes-de-los-administradores-sociales-en-la-etapa-previa-del-concurso-recuperatorio-en-su-tramite-y-en-su-ejecucion/>, consulta del 18 de junio de 2023.

³⁰ Decreto 854 de 2021. Por el cual se señalan razones financieras o criterios para establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia y se dictan otras disposiciones. Agosto 3 de 2021. DO. N.º 51755, artículo 1.

³¹ Ley 2069 de 2020. Por medio del cual se impulsa el emprendimiento en Colombia. Diciembre 31 de 2020. DO. N.º 51544, artículo 4.

Especiales S.A.S., compañía administradora de los bienes del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (Frisco)³², de acuerdo con los mecanismos establecidos en la Ley 1708 de 2014 y en el Decreto 2136 de 2015, último que reglamenta el Capítulo VIII del Título III del Libro III de la Ley 1708 de 2014.

Específicamente, el artículo 92 de la Ley 1708 de 2014 prevé que los bienes con extinción de dominio y afectados con medidas cautelares dentro del proceso judicial de extinción de dominio se podrán administrar utilizando, de forma individual o concurrente, entre otros mecanismos, el depósito provisional en virtud del cual se designa a una persona natural o jurídica que reúna las condiciones de idoneidad necesarias para que los administre, cuide, mantenga, custodie y procure que continúen siendo productivos y generadores de empleo. La selección, asignación y evaluación del mecanismo de administración descrito se llevan a cabo bajo los procedimientos de: (i) depositarios provisionales, (ii) depositarios provisionales con funciones de liquidador y (iii) depositarios provisionales populares³³.

³² “Artículo 90. Competencia y reglamentación. El Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (Frisco) es una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. (SAE), sociedad de economía mixta del orden nacional autorizada por la ley, de naturaleza única y sometida al régimen del derecho privado, de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes o su equivalente, con el objetivo de fortalecer el sector justicia, la inversión social, la política de drogas, el desarrollo rural, la atención y reparación a víctimas de actividades ilícitas, y todo aquello que sea necesario para tal finalidad.

De igual forma, el Presidente de la República expedirá, dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia de este Código, el reglamento para la administración de los bienes. Dicho reglamento deberá tener en cuenta las normas previstas en este título”. Ver: Ley 1708 de 2014. Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio. Enero 20 de 2014. DO. N.º 49039.

³³ “**Procedimiento de Depositarios Provisionales:** dirigido a la selección, asignación y evaluación de todas aquellas personas naturales y/o personas jurídicas interesadas en formar parte del Registro de Depositarios Provisionales de sociedades, establecimientos de comercio, inmuebles urbanos e inmuebles rurales, siempre y cuando cumplan con las condiciones y

Con todo, cuando un depositario provisional sea designado para administrar sociedades debe cumplir las obligaciones contenidas en los artículos 193 del Código de Comercio y 23 de la Ley 222 de 1995, y lo cobija el régimen de responsabilidad de los administradores societarios previsto en los artículos 24 y 25 de la Ley 222 de 1995³⁴.

requisitos previstos en el presente documento. Asimismo, la SAE – S.A.S., busca provisionar el Registro de Depositarios Provisionales para todo el país.

Procedimiento de Depositarios Provisionales con funciones de Liquidador: dirigido a la selección, asignación y evaluación de todas las personas naturales y/o jurídicas que deseen formar parte del registro en calidad de Depositarios con función de Liquidador, con el fin de administrar los activos del FRISCO, y de aquellos que por mandato legal, convencional y contractual sean administrados por SAE – S.A.S., siempre y cuando cumplan con las condiciones y requisitos previstos en el presente documento. Asimismo, la SAE - SAS busca provisionar el Registro de Depositarios Provisionales con funciones de liquidador para todo el país.

Procedimiento de Depositarios Provisionales Populares: dirigido a la selección, asignación y evaluación de todas las organizaciones sociales, populares y comunitarias, que estén conformadas como Persona Jurídica ESAL (Entidad Sin Ánimo de Lucro) territorialmente en cada una de las zonas de influencia de las Gerencias Regionales de la SAE S.A.S, y/o, tengan la capacidad administrativa, financiera, legal para ser parte del Registro de Depositarios Provisionales Populares de inmuebles urbanos y rurales con el fin de hacerlos productivos, generar valor público y fortalecer el trabajo asociativo en el territorio; cumpliendo con las condiciones y requisitos previstos en este capítulo”. Ver: Sociedad de Activos Especiales S.A.S., *Conjunto de procedimientos internos propios para la administración de los bienes del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado – FRISCO. Metodología de Administración de los Bienes del Frisco*, Versión n.º 15, Bogotá, 2023, p. 55.

³⁴ “Artículo 99. Depósito provisional. Es una forma de administración de bienes afectados con medidas cautelares o sobre los cuales se haya declarado la extinción de dominio, ya sean muebles e inmuebles, sociedades, personas jurídicas, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica, en virtud del cual se designa una persona natural o jurídica que reúna las condiciones de idoneidad necesarias para que las administre, cuide, mantenga, custodie y procure que continúen siendo productivas y generadores de empleo.

El administrador designará mediante resolución al depositario provisional, según la naturaleza del bien, persona jurídica, sociedad, establecimiento o unidad de explotación económica, siguiendo los procedimientos, fijando los derechos y obligaciones, los toques de honorarios y las garantías que se señalen en el reglamento emitido por el Presidente de la República, pudiendo relevarlos cuando la adecuada administración de los bienes lo exija. El administrador comunicará a las autoridades encargadas de llevar registro de los bienes su decisión sobre el depositario provisional, así como las que la modifiquen, ratifiquen, adicionen o revoquen.

Parágrafo. El depositario provisional designado para la administración de sociedades deberá cumplir las obligaciones contenidas en los artículos 193 del Código de Comercio y 23 de la Ley 222 de 1995, como administrador de la sociedad. Al depositario provisional se aplicará la responsabilidad que en los artículos 24 y 25 de la Ley 222 de 1995 se señalan para los administradores por sus actuaciones”. Ver: Ley 1708 de 2014.

Esta situación se justifica, ya que los depositarios provisionales ostentan la calidad de representantes legales en los términos del Código de Comercio, la Ley 222 de 1995 y la Ley 1116 de 2006³⁵. Al tiempo, en cumplimiento de sus funciones se consideran auxiliares de la justicia y, en consecuencia, responden también civil, penal, fiscal y disciplinariamente por los actos u omisiones que cometan en ejercicio de su calidad de depositarios provisionales, al tenor del artículo 2.5.5.6.7. del Decreto 2136 de 2015.

Dada la naturaleza, la importancia y el fin de los procesos judiciales de extinción de dominio para combatir la capacidad operativa de las organizaciones criminales³⁶, el ordenamiento jurídico colombiano contiene una serie de deberes específicos para los depositarios

³⁵ “Artículo 2.5.5.6.9. Reglas especiales para los depositarios o liquidadores de sociedades, acciones, cuotas, partes o derechos de una sociedad o persona jurídica, establecimiento de comercio y en general unidad de explotación económica. Los depositarios provisionales o liquidadores de sociedades, acciones, cuotas, partes o derechos de una sociedad o persona jurídica, establecimientos de comercio y en general, unidad de explotación económica, además de tener todos los derechos, atribuciones y facultades, y estar sujeto a todas las obligaciones, deberes y responsabilidades que las leyes señalan para los depositarios judiciales o secuestres, ostenta la calidad de representante legal de la sociedad en los términos del Código de Comercio y lo dispuesto en la Ley 222 de 1995, 1116 de 2006 en lo que resulte pertinente y demás normas que la modifiquen o replacen. En consecuencia, su nombramiento deberá registrarse en el registro mercantil correspondiente”. Ver: Decreto 2136 de 2015. Por el cual se reglamenta el Capítulo VIII del Título III del Libro III de la Ley 1708 de 2014. Noviembre 4 de 2015. DO. N.º 49686.

³⁶ La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito sostiene que “el derecho a la propiedad válidamente adquirido puede perderse por medio de la extinción de dominio, cuando el titular de ese derecho da a los bienes un uso contrario a la función social que es inherente a la propiedad, pues se entiende que ese uso constituye un ejercicio arbitrario e injusto del derecho subjetivo que se ostentaba. [...] las causales de extinción de dominio son fundamentalmente dos: a) las que se relacionan con el origen de los bienes, que se fundamentan en el artículo 34 de Constitución Política, y b) las que se relacionan con la destinación de los bienes, que se fundamentan en el artículo 58 de la Carta Política. Por consiguiente, la extinción de dominio procede frente a dos clases de bienes: a) los adquiridos ilícitamente, y b) aquellos adquiridos lícitamente que han sido utilizados de manera contraria a la función social que les corresponde”. Ver: Martínez Sánchez, Wilson Alejandro, Santander, Gilmar y Novoa Velásquez, Néstor Armando, *et. al.*, *La extinción del derecho de dominio en Colombia. Especial referencia al nuevo Código*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Bogotá, 2015, pp. 9-10.

provisionales en desarrollo de sus funciones en la Metodología de Administración del Frisco³⁷, dentro de los que se hallan los veintiocho enlistados en el artículo 2.5.5.6.6. del Decreto 2136 de 2015, verbi *gratia*, velar porque se mantenga la productividad de los bienes y la actividad económica que les corresponda, siempre que esta sea lícita; adoptar de manera oportuna las medidas correctivas, y realizar las gestiones necesarias para garantizar la eficiente administración de los bienes.

En la *Cartilla de administración para depositarios provisionales*³⁸, la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. destaca los deberes generales de buena fe y lealtad de estos sujetos cualificados, salvaguardando “el interés de los activos”, absteniéndose de desarrollar actos que les ocasionen daño o lesionen sus intereses y evitando situaciones de conflicto de intereses. Y es que el ordenamiento jurídico colombiano ha sido consistente en exigirles altos estándares de conducta a los depositarios provisionales, al punto de solicitarles, en calidad de tomadores, la constitución de garantías (pólizas de cumplimiento de disposiciones legales) tendientes a preservar el buen ejercicio de la designación efectuada para la gestión de los bienes a favor de la Sociedad de Activos Especiales S.A.S., en calidad de asegurada.

³⁷ “Artículo 2.5.5.1.2. Definiciones. Los términos no definidos en el presente título y utilizados frecuentemente, deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio.

Para efecto del presente título, los términos aquí utilizados con mayúscula inicial deben ser entendidos con el significado que a continuación se indica:

[...]

f) Metodología de Administración. Conjunto de procedimientos internos propios para la administración de los bienes del FRISCO, los cuales serán desarrollados por el Administrador del FRISCO”. Ver: Decreto 2136 de 2015.

³⁸ Sociedad de Activos Especiales S.A.S., *Cartilla administración para depositarios provisionales*, Bogotá, 2021, en https://www.saesas.gov.co/tramites_servicios/deposito_provisional/cartilla_depositarios_provisionales, consulta del 18 de junio de 2023.

La Superintendencia de Sociedades ejerce la *vigilancia* respecto de sociedades cuyos bienes o acciones, cuotas o partes de interés se vinculan a una acción de extinción de dominio, siempre que no la realice otra superintendencia, con arreglo al numeral 2 del artículo 2.2.2.1.1.4. del Decreto 1074 de 2015. Por tal motivo, la entidad adelanta la supervisión y las investigaciones administrativas de las sociedades inmersas en procesos judiciales de extinción de dominio, de oficio o a petición de cualquier interesado, en las que se presenten conductas presuntamente constitutivas de abusos por parte de los órganos sociales o irregularidades de orden contable, administrativo, jurídico y económico.

(c) Con la Circular Externa 100-000014 del 13 de agosto de 2021, la Superintendencia de Sociedades impartió instrucciones claras y precisas dirigidas a los agentes interventores en el marco del proceso judicial de intervención estatal. Ciertamente, conforme al artículo 335 de la Constitución Política y el Decreto Ley 4334 de 2008, el Gobierno nacional, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, puede intervenir los negocios, operaciones y el patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, para lo cual se le otorgaron a la entidad amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado.

La intervención estatal está conformada por dos etapas: (i) una investigativa administrativa y otra (ii) jurisdiccional a través de un proceso judicial de intervención donde se decide la procedencia de adoptar alguna de las medidas descritas en el artículo 7 del Decreto Ley 4334 de 2008, y con ello, devolverles a los afectados, lo más pronto

posible, los recursos entregados a los captadores. En la segunda hipótesis, el ordenamiento jurídico colombiano contempla que los auxiliares de la justicia que ejercen su cargo en procesos de intervención son todos agentes interventores, pero en el evento en el que se adopte la medida de liquidación judicial el auxiliar de la justicia deberá ocuparse, adicionalmente, de las labores que les corresponden a los liquidadores, como lo describe la Circular Externa 100-000014 del 13 de agosto de 2021.

En todo caso, los agentes interventores están sometidos a las mismas cargas, deberes y responsabilidades que la ley dispone para los liquidadores, indistintamente de si se trata de una medida de toma de posesión o de liquidación judicial, en armonía con el artículo 2.2.2.11.1.4. del Decreto 1074 de 2015, “y cuando el Decreto Ley 4334 de 2008 no establezca una solución normativa, en lo que resulte aplicable y compatible con la finalidad del proceso de intervención, deberá acudirse a lo que prescriban las normas del Régimen de Insolvencia Empresarial como lo señala el artículo 15 del Decreto Ley 4334 de 2008”³⁹, sin perjuicio de las obligaciones propias del cargo que desempeña en los procesos judiciales de intervención y su exigibilidad adicional.

(d) A través de la Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020, modificada por las circulares externas 100-000004 del 9 de abril de 2021 y 100-000015 del 24 de septiembre de 2021, la Superintendencia de Sociedades estableció el Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo y Financiación de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (LA/FT/FPADM) y el Reporte de Operaciones

³⁹ Superintendencia de Sociedades. Circular Externa 100-000014.

Sospechosas a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF). Es así como las “empresas obligadas”, descritas en el numeral 4 de dicha circular, deben poner en marcha un sistema de autocontrol y gestión del riesgo integral de LA/FT/FPADM (Sagrilaft) que deberá establecer, entre otros elementos, una política LA/FT/FPADM y un manual de procedimientos de gestión del riesgo LA/FT/FPADM.

En materia de deberes y responsabilidad de los administradores societarios es oportuno subrayar que hay un listado mínimo de funciones (desglosado en los numerales 5.1.4.1. y 5.1.4.2. de la citada circular) que deben desarrollar la junta directiva o la asamblea general de accionistas (o la junta de socios, cuando aquella no existe) y el representante legal en la puesta en marcha y efectividad del Sagrilaft. De esta forma, adquiere mayor relevancia el deber general de diligencia de un buen hombre de negocios de los administradores societarios para cumplir con las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia de Sociedades en estos aspectos para prevenir y combatir adecuadamente los riesgos LA/FT/FPADM en beneficio de los inversionistas, los administradores societarios, los demás empleados de la empresa y del orden público económico en general. Entre las aludidas funciones, se destacan:

- La “empresa obligada” debe designar un oficial de cumplimiento encargado de promover, desarrollar y velar por el cumplimiento de los procedimientos específicos de prevención, actualización y mitigación del riesgo LA/FT/FPADM a través de la junta directiva. En el evento de que no exista junta directiva, el representante legal debe proponer la persona que ocupará la función de oficial de

cumplimiento para la designación por parte del máximo órgano social.

- La empresa obligada debe certificar que el oficial de cumplimiento cuenta con los requisitos exigidos. Esto deberá informarlo por escrito a la Delegatura de Asuntos Económicos y Societarios de la Superintendencia de Sociedades dentro de los quince días hábiles siguientes a la designación.
- El representante legal y la junta directiva, o en su ausencia el máximo órgano social, deben disponer de las medidas operativas, económicas, físicas, tecnológicas y de recursos que sean necesarias para que el oficial de cumplimiento pueda desarrollar sus labores de manera adecuada.
- La empresa obligada, su representante legal y la junta directiva (cuando existe este órgano social) deben disponer de las medidas operativas, económicas, físicas, tecnológicas y de recursos necesarios para poner en marcha el Sagrilaft y para el desarrollo adecuado de las labores de su auditoría y cumplimiento.
- El proyecto de Sagrilaft lo deben presentar conjuntamente el representante legal y el oficial de cumplimiento. Su aprobación será responsabilidad de la junta directiva o, cuando no exista, del máximo órgano social.
- El Sagrilaft debe incluir las sanciones o consecuencias para empleados, administradores societarios asociados o terceros por el incumplimiento o inobservancia de sus disposiciones.

- El Sagrilaft debe ser divulgado dentro de la empresa obligada y a las demás partes interesadas en la forma y frecuencia necesarias para asegurar su adecuado cumplimiento, como mínimo, una vez al año. Igualmente, la empresa obligada debe capacitar, por lo menos una vez al año, a los empleados, asociados y, en general, a todas las partes interesadas que considere que deban conocer el Sagrilaft.
- La empresa obligada debe establecer y asignar, de forma clara, a quién corresponde el ejercicio de las facultades y de las funciones necesarias para ejecutar las etapas, los elementos y las demás actividades asociadas al Sagrilaft, que son reglas de conducta que orientan la actuación de la empresa obligada, de sus empleados, asociados, administradores societarios y de los demás vinculados o partes interesadas.

La Superintendencia de Sociedades está legitimada para aplicar su facultad investigativa y sancionatoria por el incumplimiento de estas obligaciones especiales cuando haya lugar y una vez agotado el correspondiente proceso administrativo sancionatorio. En este sentido, el numeral 8 de la Circular Externa 100-000016 contempla que el incumplimiento de las órdenes e instrucciones impartidas en el Capítulo X de la Circular Básica Jurídica dará lugar a las investigaciones administrativas que sean del caso y a la imposición de las sanciones administrativas pertinentes a la empresa obligada, al oficial de cumplimiento, al revisor fiscal o a sus administradores societarios de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995, sin perjuicio de las acciones que

correspondan a otras autoridades.

(e) De forma análoga a la precedente, la Circular Externa 100-000011 del 9 de agosto de 2021 de la Superintendencia de Sociedades modificó el Capítulo XIII de la Circular Básica Jurídica y estableció instrucciones y recomendaciones administrativas encaminadas a poner en marcha programas de transparencia y ética empresarial para la prevención de riesgos de soborno transnacional y corrupción (ST/C) dirigidos a determinadas sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras y a empresas unipersonales aludidas en su numeral 4. En este evento también se prevén obligaciones específicas para la junta directiva o el máximo órgano social cuando no existe la primera, y para los representantes legales (numerales 5.1.5.1. y 5.1.5.2.).

En caso de incumplimiento de las órdenes e instrucciones impartidas en este cuerpo normativo, la Superintendencia de Sociedades podrá adelantar las actuaciones administrativas respectivas e imponer las sanciones correspondientes a las entidades obligadas, a su revisor fiscal o a sus administradores societarios con arreglo al numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995 y al numeral 23 del artículo 7 del Decreto 1736 de 2020, sin perjuicio de las acciones que correspondan a otras autoridades (numeral 8 de la Circular Externa 100-000011).

(f) Igualmente, los deberes generales de los administradores societarios adquieren una connotación especial cuando se trata de sociedades que adoptan voluntariamente la condición de BIC. En efecto, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 1901 de 2018, los administradores de sociedades BIC deberán tener en cuenta el interés de la sociedad y el de sus socios o accionistas y el beneficio e interés colectivo que se haya

definido en sus estatutos sociales. Luego, el ordenamiento jurídico colombiano adoptó una tendencia clara para promover la responsabilidad social empresarial, y los administradores de sociedades BIC deben tener en cuenta los intereses de la sociedad, de sus asociados, de la colectividad y del medio ambiente en la toma de decisiones, cambiando sustancialmente el régimen general de deberes y responsabilidad de estos sujetos cualificados.

En criterio de Reyes Villamizar:

“La modificación principal que introduce la ley 1901 sobre las sociedades BIC está, precisamente, en la posibilidad que tienen los gestores de la empresa social de tener en cuenta intereses diferentes de los de la sociedad y los asociados. [...] El precepto que acaba de citarse [refiriéndose al artículo 4 *ibídem*] pone de manifiesto la modificación del régimen de responsabilidad de los administradores. Ciertamente, los gestores de la empresa social no estarán sujetos a responsabilidad por el hecho de realizar actos que no se orienten a favorecer, de manera exclusiva, los intereses de los accionistas o socios. Así, pues, en la medida en que los administradores actúen dentro del ámbito previsto en los estatutos (tanto en actividades lucrativas como en las que no lo son), estarán amparados de posibles responsabilidades frente a la sociedad, los asociados o terceros”⁴⁰.

⁴⁰ Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, pp. 900-901.

Conclusiones

1. La intensidad de los deberes generales de los administradores varía según cada caso en particular. En efecto, en el momento en que se haga un examen sobre el cumplimiento de estos, la autoridad competente deberá tener en cuenta, entre otros factores, si el tipo societario conlleva o no la administración social en cabeza de los asociados y las obligaciones especiales que derivan para estos sujetos cualificados atendiendo a la realidad que afronta la compañía.
2. Aunque se apunta a la existencia mayoritaria de sociedades con un capital concentrado en pocas manos, es pertinente que se examine la posibilidad de robustecer el control interno de los órganos de administración para prevenir inconvenientes generados ante el poder de estos. Sobre el particular, es viable mencionar que la legislación colombiana no impide la creación de órganos estatutarios o no estatutarios para tales efectos.
3. La Superintendencia de Sociedades, en desarrollo de su política de supervisión, al igual que otras entidades públicas, se ha ocupado de establecer lineamientos claros y precisos dirigidos a los administradores societarios para el adecuado cumplimiento de sus deberes generales y específicos, dependiendo de las circunstancias particulares que atañen a las compañías.

Referencias

- Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887.
- Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.
- Córdoba Acosta, Pablo Andrés, *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Julio 7 de 2021). Sentencia SC2749-2021. Radicación 08001-31-03-005-2012-00109-01. [MP. Álvaro Fernando García Restrepo].
- Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Mayo 26 de 2015. DO. N.º 49523.
- Decreto 2136 de 2015. Por el cual se reglamenta el Capítulo VIII del Título III del Libro III de la Ley 1708 de 2014. Noviembre 4 de 2015. DO. N.º 49686.
- Decreto 1736 de 2020. Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Sociedades. Diciembre 22 de 2020. DO. N.º 48434.
- Decreto 854 de 2021. Por el cual se señalan razones financieras o criterios para establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia y se dictan otras disposiciones. Agosto 3 de 2021. DO. N.º 51755.
- Decreto Ley 4334 de 2008. Por la cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008. Noviembre 17 de 2008. DO. N.º 47176.
- Gaitán Rozo, Andrés. “Administradores en empresas familiares”, *Revista Foro del Jurista*, 2020, 37, pp. 140-172, en

<https://www.camaramedellin.com.co/biblioteca/foro-del-jurista-edicion-37>, consulta del 18 de junio de 2023.

Gaitán Rozo, Andrés y Castro Velasco, José Danilo, *Sociedades de familia en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2001.

Gaitán Rozo, Andrés, Castro Velasco, José Danilo e Hincapié Cardona, Alba Lucía, *Estudio sobre empresas colombianas perdurables. Casos de éxito*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2013.

Gaitán Rozo, Andrés y Torres Molina, Jennifer, “Conflictos de intereses en grupos empresariales y situaciones de control”, Gaitán Rozo, Andrés y López Castro, Yira (Coord.), *Conglomerados en Colombia: Actualidad y perspectivas*, Superintendencia de Sociedades, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y Colegio de Abogados Comercialistas, Bogotá, 2022, pp. 85-109.

Laguado Giraldo, Darío, “La responsabilidad de los administradores”, *Vniversitas*, 2004, 53, (108), pp. 225-279, en <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14726>, consulta del 18 de junio de 2023.

Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.

Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. DO. N.º 46494.

Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diciembre 5 de 2008. DO. N.º 47194.

- Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO. N.º 48489.
- Ley 1708 de 2014. Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio. Enero 20 de 2014. DO. N.º 49039.
- Ley 1901 de 2018. Por medio de la cual se crean y desarrollan las sociedades comerciales de Beneficio e Interés Colectivo (BIC). Junio 18 de 2018. DO. N.º 50628.
- Ley 2069 de 2020. Por medio del cual se impulsa el emprendimiento en Colombia. Diciembre 31 de 2020. DO. N.º 51544.
- Martínez Sánchez, Wilson Alejandro, Santander, Gilmar y Novoa Velásquez, Néstor Armando, *et. al.*, *La extinción del derecho de dominio en Colombia. Especial referencia al nuevo Código*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Bogotá, 2015.
- Neme Villareal, Martha Lucía, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado*, 2009, 17, pp. 45-76, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/410>, consulta del 18 de junio de 2023.
- Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, cuarta edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2020.
- Rodríguez Espitia, Juan José, “Los deberes de los administradores sociales en la etapa previa del concurso recuperatorio, en su trámite y en su ejecución”, *Ágora Mercatorum*, Bogotá, 2022, en <https://agoramercatorum.uexternado.edu.co/los-deberes-de-los-administradores-sociales-en-la-etapa-previa-del-concurso-recuperatorio-en-su-tramite-y-en-su-ejecucion/>, consulta del 18 de junio de 2023.

Sociedad de Activos Especiales S.A.S., *Cartilla administración para depositarios provisionales*, Bogotá, 2021, en https://www.saesas.gov.co/tramites_servicios/deposito_provisional/cartilla_depositarios_provisionales, consulta del 18 de junio de 2023.

Sociedad de Activos Especiales S.A.S., *Conjunto de procedimientos internos propios para la administración de los bienes del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado - FRISCO. Metodología de Administración de los Bienes del Frisco*, Versión n.º 15, Bogotá, 2023, en <https://www.saesas.gov.co/index.php?idcategoria=1889>, consulta del 18 de junio de 2023.

Superintendencia de Sociedades. (Diciembre 24 de 2020). Circular Externa 100-000016.

Superintendencia de Sociedades. (Agosto 9 de 2021). Circular Externa 100-000011.

Superintendencia de Sociedades. (Agosto 13 de 2021). Circular Externa 100-000014.

Superintendencia de Sociedades. (Julio 12 de 2022). Circular Externa 100-000008. Circular Básica Jurídica.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (Enero 4 de 2018). Auto 400-000237. Aluminio Reynolds Santodomingo S.A., en Liquidación Judicial. [Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia: Nicolás Polanía Tello].

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Diciembre 11 de 2013). Sentencia 801-000072. Proceso 2013-801-082. Aldemar Tarazona Monter, Lizardo Antonio Amaya Díaz y Rodolfo Antonio Rivera Roza contra

Alexander Ilich León Rodríguez. [Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles: José Miguel Mendoza].

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Abril 26 de 2017). Sentencia 800-000031. Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa contra Alessandro Corridori, Jhon Jairo Herreño Marín, Claudia Victoria Carvajal Jiménez, Edward Yonathan Martínez, Pedro Antonio Castellanos Sepúlveda, Marlon Jonathan Fernández Penagos y Carolina Pascagaza Cortés. p. 105. En: [Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles: Catalina Guío Español].

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Julio 26 de 2021). Sentencia 810-000051. Multiversiónes Bolívar S.A.S. y Seguros Comerciales Bolívar S.A. contra Mauricio Cuervo Ocampo. [Directora de Jurisdicción Societaria I: María Victoria Peña Ramírez].

Superintendencia de Sociedades, *Principales infracciones y sanciones en materia de deberes de administradores y revisores fiscales*, Bogotá, s. f. en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/20122/1229072/CARTILLA-PRINCIPALES-INFRACCIONES-SANCIONADAS-POR-SS.pdf/>, consulta del 18 de junio de 2023.

Velásquez Posada, Obdulio, *Responsabilidad civil extracontractual*, segunda edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2015.

CAPÍTULO 2

JUNTAS DIRECTIVAS: SIETE PREGUNTAS CLAVES

Andrés Gaitán Rozo



JUNTAS DIRECTIVAS: SIETE PREGUNTAS CLAVES

Andrés Gaitán Rozo⁴¹

Introducción

La profesionalización de las juntas directivas es uno de los aspectos más relevantes para el buen gobierno de las empresas. Diferentes estudios demuestran la importancia que estos órganos de administración tienen para la perdurabilidad de las sociedades. En el libro *Empresas colombianas perdurables. Casos de éxito*⁴² se evidenció que el 64,3 % de las organizaciones empresariales analizadas con más de 50 años de existencia han tenido estos cuerpos colegiados desde el principio.

En el presente artículo se formulan siete preguntas sobre problemas jurídicos relevantes relacionados con las juntas directivas y sus posibles

⁴¹ Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana con especialización en Derecho Comercial. Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Experto en gobierno corporativo de empresas familiares. Realizó estudios de Filosofía y Psicología en el SMB. Diplomado en Gestión Legal y Administrativa del Talento Humano. Diplomado en Conciliación en la Cámara de Comercio de Bogotá. Profesor de Gerencia de Empresas de Familia, Grupos Empresariales y Derecho de Sociedades en programas de maestría, especialización y pregrado en las universidades del Rosario, Sergio Arboleda y de la Sabana. Autor del libro *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*. Coautor de los libros *Sociedades de familia en Colombia*; *Empresas colombianas perdurables – Casos de éxito*; *Causas de la liquidación obligatoria de sociedades - Estrategias para prevenir la crisis*; *Empresas colombianas: actualidad y perspectivas*; *Empresas de familia: estrategias de éxito y permanencia*; *Cómo acrecentar y cuidar el patrimonio*; *Levantamiento del velo corporativo*, *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada* y *Conglomerados en Colombia. Actualidad y perspectivas*. En el Cuarto Congreso de Derecho Comercial, organizado por la Cámara de Comercio de Bogotá, obtuvo mención de honor por la ponencia presentada sobre estrategias para superar las crisis empresariales. En la Superintendencia de Sociedades se ha desempeñado como asesor del superintendente, director de Supervisión de Asuntos Especiales y coordinador de los grupos de Control, Buen Gobierno y Conglomerados. agaitanrozo@yahoo.es

⁴² Gaitán Rozo, Andrés, Castro Velasco, Danilo e Hincapié, Alba Lucía, *Empresas colombianas perdurables. Casos de éxito*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2013, p. 437.

respuestas. El objetivo es contribuir a optimizar el funcionamiento de estos órganos, así como motivar a los diferentes grupos de interés para mejorar la autorregulación en esta materia con la adopción de reglas claras sobre su conformación y funcionamiento. También se plantean algunas sugerencias con el fin de que sirvan para propiciar reformas legislativas.

Se hace un especial agradecimiento a Nicolle Vanessa Contreras Naranjo, abogada de la Universidad del Rosario y monitora en la materia Derecho de Sociedades, por el apoyo brindado en la organización de las fuentes utilizadas en la elaboración de este artículo.

1. ¿Qué se entiende por empresa de familia para efectos del artículo 435 del Código de Comercio?

El artículo 435 del Código de Comercio establece que en las juntas directivas no podrá haber una mayoría cualquiera formada con personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, excepto en las sociedades reconocidas como de familia. Carecerán de toda eficacia las decisiones adoptadas por la junta con el voto de una mayoría que contravenga lo señalado en esta disposición⁴³.

La excepción del cumplimiento de esta norma en las sociedades de familia ha llevado a que la Superintendencia de Sociedades, por vía de doctrina, precise el alcance de este concepto. Durante muchos años la entidad acudió a la aplicación analógica del Decreto 187 de 1975: a) la existencia de un control económico, financiero o administrativo y b)

⁴³ De acuerdo con el artículo 38 de la Ley 1258 de 2008, esta prohibición no aplica para las sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.).

que dicho control sea ejercido por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil.

Por medio del Oficio 220-000479 del 6 de enero de 2016, la Oficina Asesora Jurídica de esta superintendencia modificó su doctrina y acogió la propuesta de definición señalada en el libro *Sociedades de familia en Colombia*:

“Esta definición de sociedad de familia, que de acuerdo al ordenamiento jurídico actual es la aplicable para efectos del artículo 435 del Estatuto Mercantil, resulta inadecuada a la hora de realizar un estudio sobre la realidad de este tipo de organizaciones. En efecto, las sociedades de familia, independientemente del tipo societario (colectivas, en comanditas, limitadas, anónima) son en la práctica, aquellas controladas por miembros de una misma familia, que bien pueden ser hermanos, primos, sobrinos, tíos, abuelos, nietos, etc. En particular en las sociedades de segunda y tercera generación es apenas lógico que aparezcan vinculados miembros de la familia que tienen un parentesco más distante que el señalado en la norma comentada, sin que eso desnaturalice la esencia del control que siguen ejerciendo miembros de una familia, cuyas relaciones se proyectan en el campo de la empresa, la familia y la propiedad”⁴⁴.

Con la doctrina anterior, una sociedad conformada por primos al llegar a una tercera generación no sería empresa de familia. Con la

⁴⁴ Gaitán, Andrés y Castro Velasco, Danilo, *Sociedades de familia en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, 2001, p. 19.

ampliación del concepto es claro que en la actualidad lo fundamental es el control por parte de los miembros de una misma familia, independientemente del grado de vinculación⁴⁵.

Ahora bien, el concepto de control es el señalado en el artículo 260 del Código de Comercio⁴⁶, es decir, la posibilidad de que miembros de una misma familia tengan el máximo poder decisorio. Si bien, en la mayoría de los casos este control deriva de una participación superior al 50 % en el capital social, es posible que existan otras fuentes del poder y que, incluso, aunque una familia no tenga una participación mayoritaria en el capital sí tenga el control. El control puede estar fundamentado en presupuestos diferentes a la participación mayoritaria, como los señalados en los numerales 2 y 3 del artículo 261 del Código de Comercio⁴⁷. Así, por ejemplo, por medio de un acuerdo

⁴⁵ Gaitán Roza, Andrés, “Administradores en empresas familiares”, en *Revista Foro del Jurista*, 37, Medellín, 2020, p. 140, en <https://www.camaramedellin.com.co/biblioteca/foro-del-jurista-edicion-37>, consulta del 13 de octubre de 2023.

⁴⁶ El artículo 260 del Código de Comercio señala que: “Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”.

⁴⁷ El artículo 261 del Código de Comercio establece que: “Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50 %) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.
2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.
3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

PARÁGRAFO 1o. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50 %) del

de accionistas puede pactarse que un grupo de asociados se reserve el control administrativo o que tenga la capacidad de imponer a la mayoría de los miembros de la junta directiva.

2. ¿Los miembros de la junta directiva, en su calidad de administradores, tienen la facultad de solicitar información a los empleados de la sociedad?

El artículo 22 de la Ley 222 de 1995 establece que los miembros de junta directiva tienen la condición de administradores. Esto significa que no son simples asesores, sino que su rol implica un alto nivel de responsabilidad y que asumen los deberes correlativos, tales como velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias.

Para verificar el cumplimiento normativo es frecuente que los miembros de junta directiva les soliciten a diferentes empleados de la sociedad información relativa a los contratos, la nómina, el presupuesto, los proyectos, la planeación estratégica, los soportes contables, los pagos de impuestos, entre otros temas.

Algunos miembros de junta directiva, al observar que la propia ley los considera administradores, interpretan que se les faculta para intervenir en la operación diaria de la compañía y que pueden hacer requerimientos e impartir instrucciones.

capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

PARÁGRAFO 2o. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior”.

Al respecto, la Superintendencia de Sociedades en múltiples pronunciamientos ha precisado que la junta es un órgano colegiado, es decir, que sus determinaciones se adoptan en conjunto, de tal manera que de ningún modo un miembro de junta directiva puede, de forma independiente, ordenar que le entreguen documentos de la sociedad⁴⁸. Este concepto armoniza con lo expuesto por el profesor John Carver: “Un gobierno excelente requiere que los consejos pongan fin a la práctica común de dar más énfasis a las acciones individuales opcionales de algunos consejeros que al obligatorio reto del gobierno de grupo”⁴⁹.

Aunque la ley no regula el derecho de información de los administradores, no debe entenderse que las facultades propias del órgano se extienden a cada uno de sus miembros individualmente considerados, “echando de menos y de paso haciendo nugatoria la colegialidad y colectividad características de dicho órgano de administración, lo que impone la necesidad de que sea considerado objetivamente”⁵⁰.

Ahora bien, la junta directiva, como órgano colegiado, debe tener fácil acceso a la información necesaria y debe permitírsele, en cualquier momento, la revisión de los libros y documentos que requiera⁵¹. Durante las reuniones, los miembros de la junta deben presentar las peticiones de información para que por medio de su presidente se realice la solicitud al representante legal de la sociedad.

⁴⁸ Superintendencia de Sociedades. (Septiembre 6 de 2008). Oficio 220-087032.

⁴⁹ Carver, John, *Consejos de administración que crean valor*, Deusto, Barcelona, 2002, p. 56.

⁵⁰ Superintendencia de Sociedades. (Enero 21 de 2000). Oficio 220-3036.

⁵¹ Superintendencia de Sociedades. (Enero 16 de 1987). Oficio EX 00635.

Es preciso reconocer que, en la práctica, puede verse como una contradicción que por una parte se establezca un régimen de grandes responsabilidades para los miembros de junta directiva y por otra se indique que tienen ciertas restricciones para obtener la información. En este aspecto debe enfatizarse la importancia de la autorregulación en cuanto al funcionamiento de este órgano de administración.

Una de las recomendaciones en materia de gobierno corporativo es la adecuada elaboración de estatutos, protocolos de familia, códigos de buen gobierno y reglamentos de junta directiva, en los que se establezcan mecanismos eficientes y eficaces para que todos los integrantes de este órgano reciban información completa, veraz y oportuna.

El Código de Comercio no regula en forma detallada lo relacionado con la conformación y funcionamiento de la junta directiva, por lo cual se trata de un asunto que debe ser regulado por el máximo órgano social para diseñar un marco que optimice el buen gobierno empresarial y garantice el acceso a la información, sin permitir interferencias individuales de sus integrantes fuera del ámbito colegiado.

Frente a ese acceso a la información por parte de los miembros de junta directiva surgen dudas sobre la posibilidad de que el máximo órgano social les exija que suscriban un acuerdo de confidencialidad y de que el ejercicio de sus funciones se condicione a su firma. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades respondió de forma afirmativa a la primera de estas preguntas. Señaló que las normas relacionadas con las obligaciones de los administradores imponen unos deberes estrechamente vinculados con el deber de

confidencialidad, de tal manera que es viable que la asamblea de accionistas o la junta de socios exijan la firma de dicho acuerdo.

En cuanto a la segunda, precisó que quien fuere designado miembro de junta directiva en una sociedad comercial queda habilitado para actuar en ejercicio de su cargo y debe contabilizarse dentro del quórum, así no haya suscrito el acuerdo de confidencialidad, “sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda acarrear, por los perjuicios que por dolo o culpa ocasione a los asociados, a la sociedad o a terceros, por conductas que impliquen conflicto de interés o competencia con la sociedad en violación a la ley y sin la debida autorización de la asamblea de accionistas o junta de socios”⁵². En este mismo pronunciamiento, la autoridad recomendó:

“Las prácticas de buen gobierno corporativo, podrían incluir la existencia de un Reglamento para el funcionamiento y manejo de las reuniones de la Junta Directiva, en el que en la práctica puede preverse un **ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD**, que cubija las actuaciones tanto de los principales como de los suplentes, teniendo en cuenta los deberes, responsabilidades y principios, pacto que se obligarán a suscribir al inicio del período para el cual fueron nombrados, con el fin de guardar y proteger la información de carácter reservada o confidencial de la sociedad, de conformidad con la ley o la regulación vigente, aspectos que se podrán implementar mediante procesos de inducción a quienes resulten elegidos, mediante el establecimiento de plazos de días para la aceptación de su designación, la obligación de informar si se encuentran incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad o tienen algún

⁵² Superintendencia de Sociedades. (Enero 14 de 2020). Oficio 220-004231.

impedimento para ser miembros de la junta directiva, sin perjuicio desde luego, de la inclusión en el mismo reglamento, de los deberes legales de los administradores (artículo 23 de la ley 222 de 1995), así como los parámetros de las actuaciones y conductas que deben observar en su rol directivo y a través del cual se promueva la construcción o el fortalecimiento de una cultura corporativa en, la que las fugas de información son percibidas como una conducta inaceptable y de mala fe”⁵³.

Desde la perspectiva de los deberes de los miembros de la junta directiva hay que considerar que no les está permitido dar información o responder preguntas a ningún asociado que individualmente lo solicite. Es durante las reuniones de las asambleas de accionistas o juntas de socios que se pueden hacer exigencias o pedir explicaciones sobre los resultados o gestiones que adelanta la administración en favor de los intereses de la sociedad y de sus accionistas⁵⁴. Esto armoniza con el énfasis en el carácter orgánico que distingue a la estructura de las sociedades.

3. ¿Es posible delegar en la junta directiva la facultad de autorizar a los administradores para celebrar actos que impliquen conflictos de intereses?

De acuerdo con el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores deben

“7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen

⁵³ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-004231

⁵⁴ Superintendencia de Sociedades. (Julio 29 de 2014). Oficio 220-118991.

competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

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

En la última década, la Superintendencia de Sociedades ha proferido numerosas sentencias y actos administrativos relacionados con la relevancia de este importante deber. Así, por ejemplo, en el caso de Carlos Hakim Dacah contra Jorge Hakim Tawil y otros, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles sostuvo que cuando no se cumpla de forma adecuada el trámite previsto en la Ley 222 de 1995 para los casos de conflictos de intereses, podrá solicitarse la nulidad absoluta de los negocios correspondientes. En ese caso, aunque los demandados consideraban que tal violación debería generar consecuencias distintas a la nulidad, el juez societario enfatizó que existen suficientes argumentos para sostener que esta última es la sanción que procede bajo el ordenamiento colombiano⁵⁵.

En la Circular Básica Jurídica, la Superintendencia de Sociedades precisó que el máximo órgano social, al adoptar la decisión autorizando a los administradores para participar en actos que

⁵⁵ Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. (Junio 8 de 2016). Sentencia 800-52.

impliquen conflictos de intereses o competencia con la sociedad, no puede perder de vista que el bienestar de la sociedad es el objetivo prioritario de su trabajo y de su poder⁵⁶. Esto implica que solo habrá lugar a impartir la autorización cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad⁵⁷.

Respecto a este trámite de autorización ha surgido la pregunta sobre la posibilidad de delegar esa facultad en la junta directiva. Este problema jurídico fue ampliamente analizado en el caso de Azul y Blanco Millonarios F.C. S.A. En esa sociedad existía una cláusula estatutaria que atribuía a la junta directiva la competencia para autorizar al presidente para participar en actos que implicaran conflictos de intereses o competencia con la compañía.

En esa oportunidad, la Superintendencia de Sociedades enfatizó que, de acuerdo con lo señalado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, el órgano encargado por ley de autorizar, en estos casos, a los administradores es la asamblea de accionistas o la junta de socios, y que no es factible delegar en la junta directiva esta atribución. La entidad ordenó modificar la correspondiente cláusula estatutaria. Dicha disposición no estableció excepciones frente a la competencia asignada al máximo órgano social en esta materia.

Dentro de los argumentos mencionados para sustentar la orden impartida, la Superintendencia de Sociedades se refirió al derecho comparado al indicar que en Colombia fue acogido por el legislador el régimen de autorización previa, al igual que en Francia y a diferencia

⁵⁶ Superintendencia de Sociedades. (Julio 12 de 2022). Circular Externa 100-000008. Circular Básica Jurídica, numeral 5.4.5.

⁵⁷ Aunque sea evidente que el acto no va a generar perjuicios, siempre que existan conflictos de intereses de los administradores es necesario solicitar la autorización correspondiente.

otros países en los que no se requiere y solo se consagra la posibilidad de controles posteriores. En ese mismo sentido, señaló que

“En consideración a lo anterior, hay que señalar que, contrario a lo afirmado por la representante legal suplente de la Sociedad, los planteamientos plasmados en el artículo denominado “Reflexiones sobre el tratamiento de los conflictos de intereses de los administradores en el Derecho de Sociedades” de José María Garrido, no pueden ser tenidos en cuenta para este caso en concreto, pues ese resulta ser un estudio cuyo sustento jurídico es un modelo o sistema jurídico diferente al colombiano, es decir al régimen de autorización previa, motivo por el cual, mal haría este Despacho en recibirlo como argumento de defensa, pues así, desconocería lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y la norma que lo reglamenta (artículo 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015)”⁵⁸.

También se observa que en investigaciones administrativas se han impuesto sanciones con fundamento en el mismo criterio. Por ejemplo, por medio de la Resolución 301-002526 del 7 de abril de 2020 fueron sancionados el representante legal y los miembros de la junta directiva de Continental Paper S.A. Entre otros motivos, porque la autorización para celebrar un contrato de arrendamiento de un establecimiento de comercio con el cual existían conflictos de intereses fue impartida por la junta directiva y no por el máximo órgano social de la compañía⁵⁹.

⁵⁸ Superintendencia de Sociedades. (Enero 5 de 2017). Resolución 302-000012.

⁵⁹ Superintendencia de Sociedades. Resolución 301-002526.

A su vez, la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Sociedades manifestó que no es jurídicamente viable delegar en la junta directiva la facultad de autorizar o no los actos o actividades sobre los que existan conflictos de intereses, puesto que la prohibición está concebida para quienes ostenten la calidad de administradores, entre los que, de acuerdo con lo regulado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se incluyen los miembros de la junta directiva⁶⁰.

Conviene señalar que en opinión de Nicolás Uribe Lozada sí es posible efectuar esa delegación en la junta directiva:

“En principio se podría pensar que el numeral en comento no es una norma imperativa en la totalidad del texto y no siendo la autorización de operaciones conflictivas al administrador por parte del máximo órgano social una función privativa o exclusiva de este, como sí lo son aquellas referentes a la aprobación de los estados financieros, decreto de utilidades, reforma de los estatutos y constitución de reservas estatutarias u ocasionales, podría delegarse por estatutos a la junta directiva, órgano este último que por cierto, podría deliberar con mayor profundidad y velocidad en aras de defender los intereses de la sociedad, dado que como se ha indicado, las situaciones de conflicto y competencia entre el administrador y la sociedad no son perjudiciales *per se*”⁶¹.

El criterio de la Superintendencia de Sociedades en este tema es acertado, teniendo en cuenta que no hay duda de que la disposición analizada es de carácter imperativo. Sin embargo, para una posible

⁶⁰ Superintendencia de Sociedades. (Mayo 14 de 2019). Oficio 220-045512.

⁶¹ Uribe Lozada, Nicolás, *El régimen general de responsabilidad civil de los administradores de sociedades y su aseguramiento*, Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013, p. 135.

reforma legislativa debería considerarse la opinión del profesor Juan Antonio Gaviria:

“Este trabajo sostiene que, salvo casos excepcionales, la ley debería exigir la autorización de la junta directiva, cuando tal órgano social ha sido estipulado estatutaria o legalmente, y no la aprobación de la asamblea general de accionistas. El argumento que justifica esta proposición consiste en que exigir siempre la aprobación de la asamblea general de accionistas genera elevados costos de transacción sin que existan beneficios correlativos que los justifiquen o compensen. Como se puede observar, el análisis en este punto se circunscribe a sociedades anónimas y sociedades por acciones simplificadas, ya que en las primeras siempre hay junta directiva mientras que en las segundas los accionistas pueden estipular la existencia de dicho órgano social (si guardan silencio, tal junta directiva no existirá). En las demás sociedades, ante la imposibilidad de tener junta directiva o algún otro órgano social intermedio entre la representación legal y el máximo órgano social, sí es razonable o por lo menos inevitable que sea este último el que otorgue la mencionada autorización”⁶².

4. ¿Existen diferencias entre los deberes del representante legal y los de los miembros de junta directiva de acuerdo con lo señalado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995?

El artículo 22 de la Ley 222 de 1995 consagra que tienen la calidad de administradores el representante legal, el liquidador, el factor, los

⁶² Gaviria, Juan Antonio, “Una crítica al régimen sobre conflictos de intereses en el derecho societario colombiano”, en *Revista de Derecho Privado*, 2017, 32, pp. 324-325, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5029/6855#citations>, consulta del 19 de octubre de 2023.

miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones. Adicionalmente, el artículo 23 de la misma ley establece de manera genérica los deberes de los administradores, sin señalar diferencias sobre la enumeración contenida en el artículo anterior.

La primera parte de esta última disposición impone que los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de los asociados. Se trata de unos parámetros relevantes que deben regir la conducta de todos los administradores. En una segunda parte detalla siete importantes deberes y tampoco aquí se distingue entre los tipos de administradores. En este punto conviene reflexionar sobre las diferencias prácticas entre las responsabilidades de los representantes legales y las de los miembros de juntas directivas.

Es palmario que las funciones del gerente se distinguen de forma significativa de las que se les asignan a los miembros de la junta directiva. El gerente asume el liderazgo en el direccionamiento habitual de la compañía. Es el ejecutivo clave encargado, precisamente, de liderar la ejecución de la planeación estratégica. Por regla general, se vincula a la compañía para estar disponible en el día a día de los negocios. Como líder supremo debe permanecer atento a resolver los grandes problemas en la administración de la empresa. Asume, además, la representación legal de la compañía, suscribiendo contratos y comprometiéndola de diversas formas. Este nivel de vinculación implica, por lo general, la asignación de salarios u honorarios que suelen guardar relación con el nivel jerárquico que detenta en la organización y con la disponibilidad de tiempo dedicado a esa labor.

Por su parte, los miembros de junta directiva, en la mayoría de los casos, asumen este rol de manera esporádica. Lo más frecuente es que las juntas se reúnan cada mes o cada dos meses. Sus miembros externos suelen recibir información pocos días antes de la reunión. La remuneración puede pactarse como honorarios por sesión que, en la mayoría de los casos, no son cifras muy altas, teniendo en cuenta las horas dedicadas a esta función.

Algunos de los deberes consagrados en el referido artículo 23 se aplican de manera similar tanto a los representantes legales como a los miembros de junta directiva. Así, por ejemplo, la obligación de 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 haya conflictos de intereses, salvo que exista la ya analizada autorización del máximo órgano social. Lo mismo ocurre con los deberes de realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social, de guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad y de abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.

En cuanto a la obligación de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias, consideramos que debe existir un tratamiento diferente al momento de evaluar su aplicación, según la clase de administrador. Aunque los miembros de junta directiva deben tener una visión integral del negocio, en la práctica resulta difícil exigirles el mismo nivel de responsabilidad que es atribuido al representante legal. A este último se le exige velar por la observancia de todas las normas con un alto nivel de detalle. De los miembros de junta directiva también se espera que, en razón del deber de diligencia,

realicen gestiones tendientes a la verificación de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, pero en condiciones diferentes en virtud de su rol y de las funciones que se le asignen a este órgano en los estatutos.

En lo relativo a la obligación de dar un trato equitativo a todos los socios o accionistas y de respetar el ejercicio de su derecho de inspección, es claro que es principalmente al representante legal a quien le corresponde cumplirlo. No obstante, la junta directiva debe indagar sobre la manera como se les garantiza a los asociados este derecho y verificar que todos tengan acceso a la información en las oportunidades y demás condiciones establecidas en la ley y los estatutos. En caso de una investigación en esta materia, será necesario establecer las diferencias en los roles, y ante una eventual sanción, tener en cuenta esos criterios para la graduación correspondiente.

Es recomendable que en los estatutos sociales se detallen las funciones de las juntas directivas, de tal manera que incluyan los temas prioritarios de gobierno corporativo, como la revisión, aprobación y seguimiento de la planeación estratégica; liderar el sistema de control interno; verificar la efectividad y transparencia de los sistemas contables, y direccionar el proceso de sucesión de la gerencia y de los ejecutivos claves.

En todo caso, los miembros de las juntas directivas deben entender el alcance real de los deberes que la ley les impone, porque, según estos, no cumplen una simple función de asesoría, sino que jurídicamente adquieren la condición de administradores, con todo lo que esto implica.

5. ¿Los miembros de juntas directivas de empresas de un mismo grupo empresarial están exonerados del régimen de conflictos de intereses cuando se realizan operaciones intragrupo?

Para algunos, la existencia de un grupo empresarial conlleva la desaparición de los conflictos de intereses entre las operaciones intragrupo, como consecuencia de la unidad de propósito y dirección, que es un elemento esencial de estos fenómenos jurídicos, de acuerdo con lo señalado en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995. Así, por ejemplo, en el caso de la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. contra Diego Fernando García y otros, el demandado expresó que “la operación celebrada entre Interamericana de Aguas de México S.A. y la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. se enmarca dentro de la unidad de propósito y dirección de los grupos empresariales, por lo que su acaecimiento no configura un conflicto de intereses”. El Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles no aceptó esa argumentación y señaló:

“En el presente caso, para este Despacho ha quedado suficientemente acreditado que el señor Sarabia Huyke se encontraba incurso en un conflicto de intereses en la celebración del contrato del 2 de junio de 2015 pues, para dicha época, el administrador en cuestión ocupaba el cargo de miembro de la junta directiva de la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. y, a su vez, participó en la celebración del negocio jurídico en comento en representación de Interamericana de Aguas de México S.A.

Así las cosas, es claro entonces que Germán Sarabia Huyke omitió cumplir con el deber previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con lo normado

mediante Decreto 1925 de 2009, pues no convocó a la asamblea general de accionistas de la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. a efectos de develar el conflicto de intereses, suministrar la información correspondiente y generar la autorización del máximo órgano de la compañía al negocio respectivo. Y en el caso no se está señalando que su conflicto está en firmar el contrato por la sociedad mexicana, sino en el no haber utilizado los mecanismos para que la Asamblea de Accionistas de la sociedad colombiana, de la cual también era administrador, pudiera decidir autorizar el negocio con pleno conocimiento de la situación de conflicto y sopesando la situación”⁶³.

La unidad de propósito y dirección, propia de los grupos empresariales, no significa una alteración frente a las normas que regulan la actuación de los administradores que se encuentran en situaciones de conflictos de intereses. Aunque haya unas finalidades comunes, cada una de las sociedades vinculadas conserva su individualidad⁶⁴, con sus atributos propios, y en ese sentido se mantiene el deber de los administradores de obrar en interés de cada compañía, por lo cual es común que se presenten múltiples conflictos de intereses.

Ahora bien, en el artículo *Conflictos de intereses en grupos empresariales y situaciones de control*⁶⁵ se señala que, contrario a lo

⁶³ Superintendencia de Sociedades. (Marzo 17 de 2021). Sentencia 2021-01-083260. Caso de Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. contra Diego Fernando García Arias, Germán Sarabia Huyke y Andrés Fernández Garrido.

⁶⁴ Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2011, p. 48.

⁶⁵ Gaitán Rozo, Andrés y Torres Molina, Jennifer, “Conflictos de intereses en grupos empresariales y situaciones de control”, en Gaitán Rozo, Andrés y López Castro, Yira (Coord.), *Conglomerados en Colombia: Actualidad y perspectivas*, Superintendencia de Sociedades, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y Colegio de Abogados Comercialistas, Bogotá, 2022, p. 85.

expuesto en el denominado caso Handler⁶⁶, la sola presencia de un grupo empresarial o de una situación de control no puede implicar, *per se*, la configuración de un conflicto de intereses para los administradores de sociedades que forman parte de estas estructuras y que pretendan celebrar operaciones entre ellas.

Consideramos que debe distinguirse entre los administradores que actúan simultáneamente en dos o más compañías y los que solo tienen vinculación con una, sin que existan otros factores que pueden indicar un conflicto de intereses. El solo hecho de contar con unos controlantes comunes no debería implicar la necesidad de acudir al trámite de autorización referido. No obstante, este no es el criterio acogido por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles en esta materia. En la misma línea, el profesor Jaime Moya Suárez plantea que “el establecimiento de un control *ex ante*, que exige la autorización del máximo órgano social, a las operaciones intragrupo desconoce la naturaleza, racionalidad económica y frecuencia de tales operaciones”⁶⁷.

p. 99, en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/20122/533587/Libro-Conglomerados-en-Colombia.pdf/513ce4f3-6649-3d5a-57a4-2a9ccd027ac8?t=1668634943445>, consulta del 23 de octubre del 2023.

⁶⁶ Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. (Noviembre 9 de 2015). Sentencia 800-000142. Proceso 2014-801-099. Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar Correa contra Handler S.A.S., Liliana Castillo Bautista, Omar Fernando Martínez Lozano y Edison Emir Hernández. [Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles: José Miguel Mendoza].

⁶⁷ Moya Suárez, Jaime, “Régimen de conflictos de interés en operaciones intragrupo empresarial”, en López Castro, Yira, Oviedo Albán, Jorge y Ávila Cristancho, Mario Fernando (Coord.), *Transformaciones del derecho comercial. Reflexiones a propósito de los 50 años del Código de Comercio*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2021, p. 154.

En las motivaciones de los proyectos de Ley 070 de 2015⁶⁸ y 002 de 2017⁶⁹ se destacó la necesidad de introducir una regulación especial para los grupos empresariales en relación con la autorización para la celebración de operaciones que impliquen conflictos de intereses para los administradores. Es necesario un régimen más flexible en esta materia.

6. ¿Un miembro de junta directiva puede participar en las decisiones que impliquen su nombramiento, cese o remoción?

Se trata de un interrogante que ha generado posiciones diferentes. Por una parte, en sentencia del 23 de agosto de 2005 la Superintendencia de Sociedades consideró que cuando el administrador es socio o tiene voto en la junta directiva se configura un conflicto de interés si toma parte en las decisiones que impliquen su cese o remoción, por tanto, debe abstenerse de participar en las mismas⁷⁰. En segunda instancia, el Tribunal Superior de Bogotá revocó esa determinación señalando que esa restricción de voto no está contemplada en la ley⁷¹.

Sobre el particular, de forma acertada Jorge Hernán Gil Echeverry expresó que “la designación de administradores, la deliberación y votación relacionada con una acción social de responsabilidad, o la decisión relativa al reparto de utilidades, no son instituciones jurídicas que originen, por sí mismas, conflicto de intereses, y por tanto, al no existir previamente un conflicto de intereses no resulta aplicable lo

⁶⁸ Proyecto de Ley 070 de 2015. Por medio de la cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones. Agosto 12 de 2015.

⁶⁹ Proyecto de Ley 002 de 2017. Por la cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones. Sala Civil. Radicado 2302. Julio 20 de 2017.

⁷⁰ Superintendencia de Sociedades. Sentencia del 23 de agosto de 2005. Verbal sumario de Melani Alvarado Ramírez Ltda.

⁷¹ Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia del 18 de marzo de 2006. Verbal sumario de Melani Alvarado Ramírez Ltda.

previsto en el artículo 23 numeral 7 de la Ley 222 de 1995 que inhabilita el voto del administrador”⁷².

Privar al administrador de participar en votaciones en las que se decida su nombramiento o el cese de sus funciones podría implicar la afectación de sus derechos sin que en realidad se presente un conflicto de intereses, pues de ninguna manera se entiende que por esa circunstancia sean intereses en diferente sentido.

Es posible que un accionista con una participación superior al 50 % designe a la mayoría de los miembros de la junta directiva y que él forme parte de ese órgano de administración. Si se entiende equivocadamente que él no puede participar en la decisión de la junta que pretende designarlo como representante legal, podría significar, en algunos casos, que la determinación sería adoptada por los otros miembros de la junta propuestos por los accionistas minoritarios. En este evento, de manera injustificada, se perdería el control por una supuesta inhabilidad no contemplada en la ley.

Al respecto, resulta afortunado lo expresado por la Superintendencia:

“no existe óbice, salvo estipulación estatutaria en contrario, para que los miembros de la junta directiva con sujeción a las reglas que al efecto apliquen en cuanto a mayoría decisoria y quórum, puedan votar a favor de sí mismos para ser elegidos como representantes legales de la sociedad y, para desempeñar de manera simultánea uno y otro cargo, siempre que en ese evento se acate lo dispuesto para cada caso en los estatutos y la ley”⁷³.

⁷² Gil Echeverry, Jorge Hernán, *La especial responsabilidad del administrador societario*, Editorial Legis, Bogotá, 2015, p. 348.

⁷³ Superintendencia de Sociedades. (Septiembre 18 de 2010). Oficio 220-085455.

Situación diferente se presenta cuando los miembros de la junta directiva aprueban sus honorarios. En esta circunstancia lo que ocurre es que se trata de un asunto propio del máximo órgano social, quien es el encargado de designarlos y removerlos. No ocurre lo mismo cuando el accionista que también es miembro de la junta directiva o es el representante legal participa en las decisiones de la asamblea de accionistas o junta de socios en las que se fijan las remuneraciones de los administradores.

En este punto sería conveniente revisar la posición adoptada por la Superintendencia de Sociedades en el Oficio 220-000086 del 2 de enero de 2020, cuando se conceptuó que “a menos que los estatutos le permitan expresamente al representante legal socio participar en la decisión sobre su remuneración, se configura un conflicto de intereses”. Esta no parece una adecuada interpretación jurídica. Basta considerar el caso de un accionista único de una S.A.S. que pretende nombrar en la asamblea a los miembros de una junta directiva de la cual forma parte y, con fundamento en la facultad atribuida al máximo órgano social en los estatutos, se designara como representante legal y, además, fijara las remuneraciones. Si se entiende que hay conflicto de intereses, entonces implicaría la imposibilidad de decidir en esta materia.

7. La junta directiva en una S.A.S. está integrada por tres miembros: uno que, a su vez, es el representante legal (Armando), su esposa y representante legal suplente (Juana) y un externo. Los únicos accionistas son Armando y Juana. La junta debe aprobar un contrato de prestación de servicios con Juana. ¿El máximo órgano social debe autorizar a estos dos administradores de acuerdo con lo señalado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995?

Resulta obvio que no es posible autorizarlos porque los dos únicos accionistas presentan conflicto de intereses y, por lo tanto, no pueden votar esa decisión. Podría sostenerse que entonces la autorización la imparta solo el miembro externo en el ámbito de la junta directiva, pero también estaría en un posible conflicto de intereses por cuanto fue designado, precisamente, por quienes suscribirán el contrato, lo que genera una cierta relación de dependencia.

Otra hipótesis es que en la asamblea de accionistas solo exista un accionista que no tenga conflicto de intereses, que sea titular del 1 % de las acciones, que haya tenido problemas personales con los otros accionistas-administradores y que, además, sean sus hermanos. Esta persona tendría la facultad de negar la operación, aunque no perjudique realmente a la compañía.

Con estos casos se pretende ilustrar lo complejo que en la práctica del universo de las sociedades de familia es aplicar el régimen de conflictos de intereses contenido en la mencionada disposición legal y, por lo tanto, la necesidad de que se haga una reforma legal.

Como se ha expresado en otras oportunidades⁷⁴, en las empresas de familia la prioridad no es reducir el tema de los conflictos de intereses al cumplimiento de la formalidad de la autorización del máximo órgano social, sino propiciar acuerdos de accionistas, protocolos de familia y reformas estatutarias que establezcan reglas claras para regular las tres dimensiones fundamentales de este tipo de organizaciones: familia, empresa y propiedad.

Así, en el caso propuesto en la pregunta sería muy importante acordar, entre muchos otros temas, unas normas sobre el ingreso de los familiares a la empresa, las remuneraciones, los procedimientos disciplinarios, las posibilidades de ascenso y de retiro, las evaluaciones de desempeño y, por supuesto, lo relativo a los conflictos de intereses.

El profesor Juan Antonio Gaviria plantea, de forma acertada, la necesidad de buscar en la regulación de los conflictos de intereses “el justo medio”:

“El que las normas actuales sobre conflictos de intereses sean excesivamente protectoras de los accionistas minoritarios genera al menos dos problemas. De una parte, se frenan transacciones entre una sociedad y sus accionistas (*e.g.*, otras sociedades) que pueden ser provechosas para ambas partes o incluso indispensables. De otro lado, se puede estar creando un derecho de veto o, incluso, un incentivo para que los accionistas minoritarios se comporten de manera oportunista, al demandar una transacción que fue beneficiosa para la sociedad simplemente por desatar un conflicto con los accionistas mayoritarios, con ánimo de revancha por posibles decisiones del

⁷⁴ Gaitán Rozo y Torres Molina, “*Conflictos de intereses*”, p. 105.

pasado, o por ignorancia. Antes que soluciones de extremo, la ley debe abogar por hallar el justo medio. En palabras del juez Frank Easterbrook y del profesor Daniel R. Fischer, las normas societarias, de un lado, deben otorgar cierta protección a los inversionistas minoritarios para asegurar que estos reciban un retorno adecuado sobre su inversión si el negocio es exitoso; de otro lado, tales normas no pueden otorgar demasiados derechos, ya que la minoría los puede ejercer de manera oportunista con el fin de desviar resultados”⁷⁵.

⁷⁵Gaviria, “Una crítica al régimen”, p. 342.

Conclusiones

1. La modificación doctrinaria del concepto de “sociedades de familia” por parte de la Superintendencia de Sociedades es afortunada en la medida en que refleja la realidad de este tipo de organizaciones en las que el control puede estar en miembros de una misma familia que pertenecen a diferentes generaciones. Este cambio es útil no solo para efectos de la aplicación del artículo 435 del Código de Comercio, sino también para la implementación de diferentes instrumentos de gobierno corporativo, tales como acuerdos de accionistas, protocolos de familia, reglamentos de juntas directivas, entre otros.
2. La junta directiva es un órgano colegiado, de tal manera que sus miembros individualmente considerados no tienen la facultad de requerir información directamente a los empleados de la compañía. No obstante, se recomienda que en cada sociedad se regule lo relativo a la forma como los integrantes de este órgano puedan obtener información completa, oportuna y veraz, que les posibilite cumplir sus múltiples deberes, y que se suscriban acuerdos de confidencialidad.
3. La ley colombiana no permite delegar en la junta directiva la facultad de autorizar a los administradores para celebrar actos que impliquen conflictos de intereses. La Superintendencia de Sociedades ha fijado una clara posición al respecto. Para eventuales reformas legislativas deben estimarse valiosas opiniones sobre casos especiales en los que convendría dar esta posibilidad.

4. Aunque el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 no distingue entre los deberes de los representantes legales y los de los miembros de las juntas directivas, es importante diferenciar con claridad las funciones de cada uno, entre otras razones, para determinar responsabilidades. Conviene incluir en los estatutos y códigos de buen gobierno las tareas de la junta directiva desde la perspectiva de un buen gobierno corporativo, no solo atendiendo a la verificación de los mínimos legales.
5. La unidad de propósito y dirección definida en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, como elemento esencial para la existencia de los grupos empresariales, no implica que los administradores de las empresas vinculadas queden exonerados de cumplir el procedimiento establecido en la ley para participar en actividades que representen competencia con la sociedad o en actos en los cuales existan conflictos de intereses. Se insiste en la necesidad de una reforma legislativa que permita un trámite más flexible.
6. Existen distintas posiciones sobre la posibilidad de que los miembros de juntas directivas puedan participar en decisiones que impliquen su nombramiento o remoción. En este trabajo se sustenta una respuesta positiva en ese sentido, pero se reconoce que se trata de una controversia interesante en la que conviene profundizar.
7. El régimen actual para el manejo de los conflictos de intereses tiene varias dificultades en la práctica. Como ejemplos se exponen diversas situaciones, especialmente en las sociedades de familia, en las que los miembros de junta directiva, además

de su rol como integrantes de este órgano, poseen todas las acciones de la compañía o su gran mayoría. La prioridad no es reducir el tema de los conflictos de intereses al cumplimiento de la formalidad de la autorización del máximo órgano social, sino propiciar acuerdos de accionistas, protocolos de familia y reformas estatutarias en las que se establezcan reglas claras para regular las tres dimensiones fundamentales de este tipo de organizaciones: familia, empresa y propiedad.

Referencias

- Carver, John, *Consejos de administración que crean valor*, Deusto, Barcelona, 2002.
- Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.
- Decreto 187 de 1975. Por medio del cual se dictan disposiciones reglamentarias en materia de impuestos sobre la renta y complementarios. Febrero 8 de 1975. DO. N.º 34259.
- Gaitán Rozo, Andrés, “Administradores en empresas familiares”, en *Revista Foro del Jurista*, 37, Medellín, 2020, pp. 140-172, en <https://www.camaramedellin.com.co/biblioteca/foro-del-jurista-edicion-37>, consulta del 13 de octubre de 2023.
- Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2011.
- Gaitán Rozo, Andrés y Castro Velasco, Danilo, *Sociedades de familia en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, 2001.
- Gaitán Rozo, Andrés, Castro Velasco, Danilo e Hincapié, Alba Lucía, *Empresas colombianas perdurables. Casos de éxito*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá de Sociedades, 2013.
- Gaitán Rozo, Andrés y Torres Molina, Jennifer, “Conflictos de intereses en *grupos empresariales y situaciones de control*”, en Gaitán Rozo, Andrés y López Castro, Yira (Coord.), *Conglomerados en Colombia, Actualidad y perspectivas*, Superintendencia de Sociedades, 2022, pp. 85-109, en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/20122/533587/Libro-Conglomerados-en-Colombia.pdf/513ce4f3-6649-3d5a-57a4-2a9ccd027ac8?t=1668634943445>, consulta del 23 de octubre del 2023.

- Gaviria, Juan Antonio, “Una crítica al régimen sobre conflictos de intereses en el derecho societario colombiano”, en *Revista de Derecho Privado*, 2017, 32, pp. 317-350, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5029/6855#citations>, consulta del 19 de octubre de 2023.
- Gil Echeverry, Jorge Hernán, *La especial responsabilidad del administrador societario*, Editorial Legis, Bogotá, 2015.
- Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diciembre 5 de 2008. DO. N.º 47194.
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.
- Moya Suárez, Jaime, “Régimen de conflictos de interés en operaciones intragrupo empresarial”, en López Castro, Yira, Oviedo Albán, Jorge y Ávila Cristancho, Mario Fernando (Coord.), *Transformaciones del derecho comercial. Reflexiones a propósito de los 50 años del Código de Comercio*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2021, pp. 141-155.
- Proyecto de Ley 070 de 2015. Por medio de la cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones. Agosto 12 de 2015.
- Proyecto de Ley 002 de 2017. Por la cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones. Sala Civil. Radicado 2302. Julio 20 de 2017.
- Superintendencia de Sociedades. (Julio 12 de 2022). Circular Externa 100-000008. Circular Básica Jurídica.
- Superintendencia de Sociedades. (Enero 16 de 1987). Oficio EX 00635.

- Superintendencia de Sociedades. (Enero 21 de 2000). Oficio 220-3036.
- Superintendencia de Sociedades. (Septiembre 6 de 2008). Oficio 220-087032.
- Superintendencia de Sociedades. (Septiembre 18 del 2010). Oficio 220-085455.
- Superintendencia de Sociedades. (Julio 29 de 2014). Oficio 220-118991.
- Superintendencia de Sociedades. (Enero 6 de 2016). Oficio 220-000479.
- Superintendencia de Sociedades. (Enero 5 de 2017). Resolución 302-000012.
- Superintendencia de Sociedades. (Mayo 14 de 2019). Oficio 220-045512.
- Superintendencia de Sociedades. (Enero 2 de 2020). Oficio 220-000086.
- Superintendencia de Sociedades. (Enero 14 de 2020). Oficio 220-004231.
- Superintendencia de Sociedades. (Abril 7 de 2020). Resolución 301-002526.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. (Noviembre 9 de 2015). Sentencia 800-000142. Proceso 2014-801-099. Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar Correa contra Handler S.A.S., Liliana Castillo Bautista, Omar Fernando Martínez Lozano y Edison Emir Hernández. [Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles: José Miguel Mendoza].
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. (Junio 8 de 2016). Sentencia 800-52.

Superintendencia de Sociedades. Sentencia del 23 de agosto de 2005.

Verbal sumario de Melani Alvarado Ramírez Ltda.

Superintendencia de Sociedades. (Marzo 17 de 2021). Sentencia 2021-01-083260. Caso de Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. contra Diego Fernando García Arias, Germán Sarabia Huyke y Andrés Fernández Garrido.

Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia del 18 de marzo de 2006.

Verbal sumario de Melani Alvarado Ramírez Ltda.

Uribe Lozada, Nicolás, *El régimen general de responsabilidad civil de los administradores de sociedades y su aseguramiento*, Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013.

CAPÍTULO 3

INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS CONTRA LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS

Camilo Armando Franco Leguizamo



INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS CONTRA LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS

Camilo Armando Franco Leguízamo⁷⁶

Introducción

Con ocasión del análisis de constitucionalidad del artículo 24 de la Ley 222 de 1995, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-123 de 2006⁷⁷, tuvo la oportunidad de reflexionar, entre otros aspectos, acerca de la responsabilidad de los administradores y poner de presente la importancia de sus deberes, por el alcance de los poderes que detentan y, en particular, por su impacto en el orden social y económico.

Concordantemente, diversas son las herramientas dispuestas por el legislador para garantizar el cumplimiento de los deberes a cargo de los administradores, que abarcan desde acciones judiciales⁷⁸ hasta investigaciones administrativas⁷⁹, siendo estas últimas sobre las que se ocupa este artículo, específicamente con respecto a los asuntos de

⁷⁶ Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Derecho Empresarial del Centro de Estudios Garrigues (España) y Máster Universitario en Práctica Jurídica Empresarial de la Universidad Antonio de Nebrija (España). Desde 2019 se desempeña como Director de Supervisión de la Superintendencia de Sociedades. Ha sido parte de diversas firmas de abogados en donde ha prestado asesoría en derecho de sociedades, contratos y, en general, en temas empresariales.

⁷⁷ Corte Constitucional. Sala Plena. (Febrero 22 de 2006). Sentencia C-123. Expediente D-5936. [MP. Clara Inés Vargas Hernández].

⁷⁸ Código General del Proceso, artículo 24, numeral 5, literal b; Ley 222 de 1995, artículo 25; Decreto 1074 de 2015, artículo 2.2.2.3.5.

⁷⁹ Ley 222 de 1995. Artículo 87, numeral 3, modificado por el artículo 152 del Decreto Ley 19 de 2012.

competencia, en sede administrativa, de la Superintendencia de Sociedades⁸⁰.

En ese orden, es pertinente precisar que, dicha autoridad ejerce, por regla general, según lo ha reconocido la jurisprudencia, una supervisión subjetiva, esto es, que recae sobre el sujeto (la sociedad) y no sobre su actividad⁸¹, para velar, esencialmente, porque en su funcionamiento se ajuste a la ley y a los estatutos. Dicha función hace parte de las denominadas funciones de policía administrativa⁸², y es, naturalmente, una forma de intervención del Estado en la economía⁸³,

⁸⁰ Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156, artículo 82.

⁸¹ “El legislador, a través de las facultades otorgadas por el numeral 7º del artículo 150 de la Constitución Política ha creado superintendencias de diversa naturaleza, algunas asociadas a una clase de sujetos (Sociedades, Financiera) o bien delimitadas por su objeto (Industria y Comercio, Salud). A partir de esa división, es claro que el control ejercido puede ser subjetivo, es decir, cuando se controla el ente en sí mismo, u objetivo, cuando el control recae sobre la materia o asunto al cual se dedica el sujeto vigilado. Esto hace que, en ocasiones, el control sea concurrente o compartido por dos o más Superintendencias. La concurrencia entonces, implica diferenciar entre el objeto y el sujeto de control, y se presenta como una consecuencia de la especialización de cada superintendencia en ciertas materias”. Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 26 de enero de 2006. Radicado 11001-03-06-000-2005-00016-00(C). [CP. Gustavo Aponte Santos].

⁸² “Así las cosas se tiene que la principal razón de existencia de las superintendencias es el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control en cada uno de los escenarios en los que actúan los particulares. Dichas potestades están enmarcadas dentro de las funciones de policía administrativa, es decir, que implica que, de manera preventiva, se adopten las medidas coercitivas necesarias para que los particulares ajusten sus actividades a la preservación del orden público”. Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de julio de 2016. Radicación 25000-23-26-000-2006-01728-01(38815). [CP. Marta Nubia Velásquez Rico].

⁸³ “Es claro que las funciones de inspección, vigilancia y control, en el ámbito al que se refiere la norma que se acaba de citar, se inscriben dentro de la perspectiva más amplia de la necesaria intervención del Estado y del interés público que debe ser resguardado y también lo es que constituyen mecanismos especiales diseñados para realizar, de modo concreto y en un sector determinado de la actividad económica, las orientaciones generales de la política estatal y para verificar, en el área respecto de la cual operan, la cristalización de los imperativos anejos al interés colectivo”. Ver: Corte Constitucional. Sala Plena. (Mayo 15 de 1997). Sentencia C-233. Expediente D-1488. [MP. Fabio Morón Díaz].

que tiene por finalidad el bien común, así como la preservación del orden público económico⁸⁴.

Bajo ese contexto se abordará: (i) la distinción entre las competencias judiciales y las administrativas asignadas a la Superintendencia de Sociedades; (ii) las diferencias entre las investigaciones administrativas de oficio y las de solicitud de parte; (iii) el procedimiento administrativo sancionatorio; (iv) los principales deberes a cargo de los administradores objeto de verificación; (v) la casuística sobre los asuntos de mayor relevancia en materia de infracciones de los deberes de los administradores y; (vi) cerraremos con las respectivas conclusiones.

1. La distinción entre las competencias judiciales y las administrativas asignadas a la Superintendencia de Sociedades

Las ramas ejecutiva y judicial del poder público se caracterizan por las funciones que les son propias, así como por las reglas que siguen para emitir sus decisiones y por el control que procede contra las mismas⁸⁵;

⁸⁴ Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Mayo 26 de 2015. DO. N.º 49523, artículo 1.2.1.1.

⁸⁵ “Tanto los actos administrativos como los actos jurisdiccionales son actos de creación de disposiciones particulares o de ejecución de la ley, la cual por definición tiene carácter general o abstracto, con la diferencia de que los primeros son expedidos por funcionarios sometidos a una jerarquía funcional, es decir, dependientes en el ejercicio de sus competencias, y los segundos son expedidos por funcionarios independientes, no sometidos a jerarquía funcional alguna. Los actos administrativos gozan de presunción de legalidad pero son provisionales y están sometidos al control jurisdiccional, por cuyo efecto se declaran nulos cuando en el proceso respectivo se desvirtúa dicha presunción”. Ver: Corte Constitucional. Sala Plena. (Noviembre 26 de 2008). Sentencia C-1159. Expediente D-7321. [MP. Jaime Araújo Rentería].

“Existen elementos formales que permiten establecer una diferencia entre ambos tipos de actos. De un lado, por sus efectos, pues el acto administrativo no goza de fuerza de cosa juzgada mientras que el jurisdiccional es definitivo, por lo cual el primero puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada, mientras que el acto jurisdiccional, una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, es irrevocable. De otro lado, estos actos también se diferencian por la naturaleza de sujeto que

siendo relevante indicar que, la primera, tiene por propósito “hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades”⁸⁶ consagrados en la Constitución Política y en la Ley; en tanto que, la segunda, persigue “la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política”⁸⁷, naturalmente, con sujeción a la Ley⁸⁸.

Ahora bien, descendiendo al asunto que nos ocupa, es pertinente recordar que, el contrato de sociedad es producto de la autonomía privada⁸⁹, de allí que los derechos y las obligaciones que surgen de él

los emite, pues sólo puede producir actos judiciales un funcionario que tenga las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces”. Ver: Corte Constitucional. Sala Plena. (Mayo 6 de 1998). Sentencia C-189. Expediente D-1859. [MP. Alejandro Martínez Caballero].

“[R]esulta claro que en la Superintendencia de Sociedades radican funciones administrativas y jurisdiccionales. Las primeras se desarrollan mediante actos y operaciones que hacen posible gestiones de naturaleza ejecutiva regulados en su forma por el Código Contencioso Administrativo (hoy contenido en la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-), susceptibles de ser atacados en vía gubernativa, a través de los recursos de reposición y apelación, y ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo invocando la acción que responda a las pretensiones de validez, restablecimiento o reparación. En cuanto a las segundas, encaminadas a solventar controversias en el marco de actividades privadas, se resuelven a través de providencias judiciales, con apego a lo regulado en el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso. Decisiones que, si llegaren a causar daño, podrían ser cuestionadas por las víctimas como lo prevé el artículo 90 de la Carta, esto es, conforme a lo reglado por el artículo 86 del C.C.A. (hoy 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo)”. Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 23 de mayo de 2018. Radicación 25000-23-26-000-2005-01584-01(39832). [CP. Stella Conto Díaz del Castillo].

⁸⁶ Ley 270 de 1996. Estatutaria de la administración de justicia. Marzo 7 de 1996. DO. N.º 42745, artículo 1.

⁸⁷ Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diciembre 29 de 1998. DO. N.º 43464, artículo 4.

⁸⁸ Constitución Política de Colombia. (1991). En http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html consulta del 14 de abril de 2023. Artículos 6 y 121.

⁸⁹ *Cfr.* Corte Constitucional. Sala Plena. (Noviembre 29 de 2006). Sentencia C-993. Expediente D-6349. [MP. Jaime Araújo Rentería].

tienen como fuero natural, en caso de controversias, a la jurisdicción propiamente dicha⁹⁰, o bien, por excepción⁹¹, a las autoridades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales⁹². Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio de la función de intervención del Estado en la economía, que justifica las atribuciones de fiscalización a cargo de diferentes autoridades administrativas, entre ellas, la Superintendencia de Sociedades⁹³, y que pretende garantizar el bien común y el orden público económico.

Naturalmente, unas son las competencias de los jueces y otras las que les corresponden a las autoridades administrativas⁹⁴ y que explican por

Cfr. Hinestrosa, Fernando, “Autonomía privada y tipicidad contractual”, *Revista de Derecho Privado*, 2013, 24, pp. 3–13, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3300>, consulta del 14 de abril de 2023.

Cfr. Reyes Villamizar, Francisco, “La sociedad por acciones simplificada: Una verdadera innovación en el derecho societario latinoamericano”, *Foro Derecho Mercantil*, 2009, 22, pp. 43–77, en https://xperta.legis.co/visor/rmercantil/rmercantil_7680752a800f404ce0430a010151404c/revista-foro-de-derecho-mercantil/la-sociedad-por-acciones-simplificada%3a-una-verdadera-innovacion-en-el-derecho-societario-latinoamericano, consulta del 14 de abril de 2023.

⁹⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. (Febrero 24 de 2004). Sentencia C-154. Expediente D-4733. [MP. Álvaro Tafur Galvis].

⁹¹ “en virtud del principio de división de funciones entre las ramas del poder público, opera una regla de cierre según la cual todos los asuntos sobre los que no exista una excepción taxativamente consagrada en la Constitución o la Ley, serán de competencia de los jueces”. Ver: Corte Constitucional. Sala Plena. (Marzo 20 de 2013). Sentencia C-156. Expediente D-9185. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].

⁹² “La ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas, pero siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias no sólo se encuentren previamente determinados en la ley sino que gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejercita una función judicial”. Ver: Corte Constitucional. Sala Plena. (Noviembre 29 de 2000). Sentencia C-1641. Expediente D-2974. [MP. Alejandro Martínez Caballero].

⁹³ Corte Constitucional. Sentencia C-233.

⁹⁴ “Lo anterior equivale a dar por sentado que mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido por la Constitución y la ley, los funcionarios del Estado tan sólo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas. Y es natural que así suceda, pues quien está detentando el poder necesita estar legitimado en sus actos, y esto opera por medio de la autorización legal. Es a todas luces contrario al principio señalado, suponer que al no estar algo expresamente prohibido, bien sea para el legislativo, o para cualquiera otra rama del poder público, sus integrantes pueden hacerlo, porque esta prerrogativa es exclusiva de los particulares.

qué en sede judicial proceden declaratorias de nulidades, medidas cautelares, restituciones, indemnizaciones e, incluso, la desestimación de la personalidad jurídica, y que las mismas no puedan adelantarse en sede administrativa⁹⁵.

De forma concordante, el legislador ha previsto que determinadas controversias, por ejemplo, entre accionistas o socios, o entre estos y la sociedad o sus administradores, abuso del derecho de voto, impugnación de decisiones sociales, reconocimiento de presupuestos de ineficacia, responsabilidad de socios y liquidadores, entre otras, sean resueltas en sede jurisdiccional, bien por la Superintendencia de Sociedades, bien por otras autoridades judiciales, conforme al numeral 5 del artículo 24 de la Ley 1564 de 2012⁹⁶ y los artículos 28 y 29 de la

Los servidores públicos tan sólo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las leyes o los reglamentos, y no pueden, bajo ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a su competencia. Esto, como una garantía que la sociedad civil tiene contra el abuso del poder por parte de aquellos servidores”. Ver: Corte Constitucional. Sala Plena. (Agosto 19 de 1993). Sentencia C-337. Expediente D-296. [MP. Vladimiro Naranjo Mesa].

⁹⁵ “Es de señalar que, la intervención en sede administrativa no comprende la competencia para declarar nulidades, medidas cautelares, restituciones ni indemnizaciones producto de la responsabilidad de los administradores, asuntos que conocerán y decidirán los árbitros designados para ello, los jueces, o bien esta Entidad en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, en este último caso, de acuerdo al artículo 24, numeral 50, literal b) del Código General del Proceso, mediante proceso verbal y previa demanda, según lo dispuesto en el referido Código”. Ver: Superintendencia de Sociedades. (Julio 12 de 2022). Circular Externa 100-000008. Circular Básica Jurídica, p. 50.

⁹⁶ “ARTÍCULO 24. EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas: [...] 5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a: a) Las controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos. b) La resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral. c) La impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión. Con todo, la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven del acto o decisión que se declaren nulos será competencia exclusiva del Juez. d) La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los

Ley 1429 de 2010; 133, 136 y 138 de la Ley 446 de 1998, y 191 al 193 del Código de Comercio. Igualmente, que las acciones relacionadas con la situación de insolvencia de la deudora o de sus controlantes, socios o administradores se tramiten jurisdiccionalmente, tal y como se establece, entre otros, en los artículos 61, 74 y 82 de la Ley 1116 de 2006, y que buscan proteger a los acreedores.

De otro lado, en sede administrativa son diversas las funciones asignadas a la Superintendencia de Sociedades, que, en tratándose de los deberes de los administradores y, específicamente, las investigaciones administrativas relacionadas con aquellos, se concreta, en esencia, en las investigaciones de oficio o a solicitud de parte. Estas, en general, a diferencia de las acciones judiciales, tienen una consecuencia típica, propia de la manifestación del poder de la policía administrativa y del debido proceso, consistente en la imposición de una multa a favor del Estado, con la cual se pretende el cumplimiento

administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios. e) La declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. <Numeral adicionado por el artículo 91 de la Ley 1676 de 2013. Rige a partir del 20 de febrero de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia de garantías mobiliarias”.

y la eficacia⁹⁷ del ordenamiento jurídico⁹⁸, no así el reconocimiento de perjuicios, nulidades, entre otros, reservados y propios de las instancias judiciales.

⁹⁷ “La ‘eficacia’ de las normas puede ser entendida tanto en un sentido jurídico como en un sentido sociológico; es el primero el que resulta relevante para efectos del asunto bajo revisión. El sentido jurídico de ‘eficacia’ hace relación a la producción de efectos en el ordenamiento jurídico por la norma en cuestión; es decir, a la aptitud que tiene dicha norma de generar consecuencias en derecho en tanto ordena, permite o prohíbe algo. Por su parte, el sentido sociológico de ‘eficacia’ se refiere a la forma y el grado en que la norma es cumplida en la realidad, en tanto hecho socialmente observable; así, se dirá que una norma es eficaz en este sentido cuando es cumplida por los obligados a respetarla, esto es, cuando modifica u orienta su comportamiento o las decisiones por ellos adoptadas”. Ver: Corte Constitucional. Sala Plena. (Septiembre 30 de 2003). Sentencia C-878. Expediente D-4668. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].

⁹⁸ “Es innegable que a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas”. Ver: Corte Constitucional. Sala Plena. (Agosto 9 de 2005). Sentencia C-818. Expediente D-5521. [MP. Rodrigo Escobar Gil].

“La potestad sancionadora administrativa se diferencia cualitativamente de la potestad punitiva penal. Con la potestad punitiva penal, además de cumplirse una función preventiva, se protege ‘el orden social colectivo, y su aplicación persigue esencialmente (sin perjuicio de la concurrencia de otros fines difusos) un fin retributivo abstracto, expiatorio, eventualmente correctivo o resocializador, en la persona del delincuente’, mientras que con la potestad administrativa sancionatoria se busca garantizar la organización y el funcionamiento de las diferentes actividades sociales. La Corte ha resaltado que la potestad sancionadora de la administración es un medio necesario para alcanzar los objetivos que ella se ha trazado en el ejercicio de sus funciones”. Ver: Corte Constitucional. Sala Plena. (Agosto 6 del 2002). Sentencia C-616. Expediente D-3860. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].

“Siempre se ha sostenido que el derecho penal reprocha el resultado, incluso en los denominados delitos de peligro, comoquiera que se requiere una puesta efectiva en riesgo del bien jurídico objeto de protección. Esta situación no se presenta en el ámbito administrativo en el que por regla general la ‘...esencia de la infracción radica en el incumplimiento de la norma’, de allí que se sostenga que el reproche recae sobre ‘la mera conducta’. En derecho sancionatorio, interesa la potencialidad del comportamiento, toda vez que el principal interés a proteger es el cumplimiento de la legalidad, de forma tal que tiene sustancialidad (antijuridicidad formal y material) ‘la violación de un precepto que se establece en interés colectivo, porque lo que se sanciona es precisamente el desconocimiento de deberes genéricos impuestos en los diferentes sectores de actividad de la administración.’ Así las cosas, el derecho administrativo sancionador se caracteriza por la exigencia de puesta en peligro de los bienes jurídicos siendo excepcional el requerimiento de la lesión efectiva”. Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de octubre de 2012. Radicación 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738). [CP. Enrique Gil Botero].

Lo anterior, sin perjuicio de las órdenes que el legislador ha contemplado se pueden impartir por la Superintendencia de Sociedades, por ejemplo: (i) en las controversias con relación al derecho de inspección⁹⁹, que opera respecto de las sociedades sometidas a su inspección, vigilancia o control; (ii) para subsanar las irregularidades encontradas en las visitas a las sociedades sometidas a su vigilancia o control¹⁰⁰; (iii) para ordenar que se modifiquen las cláusulas estatutarias cuando no se ajusten a la ley en el universo de las sociedades vigiladas o controladas¹⁰¹ y en aquellas inspeccionadas que cumplen los requisitos previstos para las denominadas medidas administrativas¹⁰² y; (iv) para ordenar que se subsanen situaciones críticas en las sociedades sometidas a control mediante acto administrativo de carácter particular¹⁰³; y que en sí, en su conjunto, no son sanciones, sino medidas preventivas, que no van precedidas de un procedimiento administrativo sancionatorio.

Luego de la breve ilustración de estos escenarios continuamos con las investigaciones administrativas propiamente dichas, que surgen de las faltas a los deberes de los administradores.

2. Investigaciones administrativas de oficio y a solicitud de parte

Según se ha puesto de presente, la finalidad de la función administrativa es satisfacer las necesidades generales y, en el caso particular de la Superintendencia de Sociedades, preservar el orden

⁹⁹ Ley 222 de 1995. Artículo 48.

¹⁰⁰ Ley 222 de 1995. Artículo 84, numeral 1, y artículo 85, numeral 6.

¹⁰¹ Ley 222 de 1995. Artículo 84, numeral 10, y artículo 85.

¹⁰² Ley 222 de 1995. Artículo 87, numeral 2, modificado por el artículo 152 del Decreto Ley 19 de 2012.

¹⁰³ Ley 222 de 1995. Artículo 85.

público económico¹⁰⁴, lo que justifica las investigaciones administrativas de oficio¹⁰⁵, esto es, sin instancia de parte¹⁰⁶. Un ejemplo de ello son las investigaciones adelantadas contra los exadministradores y exrevisores fiscales de las diferentes empresas de Odebrecht en Colombia¹⁰⁷ y que ilustran el despliegue oficioso de las respectivas funciones administrativas.

Ahora bien, en la práctica, las investigaciones administrativas de oficio suelen realizarse sobre sociedades vigiladas y controladas porque, en primer lugar, son supervisadas de forma permanente, con la finalidad de velar porque en su funcionamiento se ajusten a la ley y los estatutos¹⁰⁸, como también, porque normalmente, el criterio dimensional¹⁰⁹ o el impacto de cierta sociedad en la economía¹¹⁰ son los

¹⁰⁴ Decreto 1074 de 2015. Artículo 1.2.1.1.

¹⁰⁵ Ley 222 de 1995. Artículo 83.

¹⁰⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.5 en línea], en <https://dle.rae.es/oficio#7i553QS>, consulta del 14 de abril de 2023.

¹⁰⁷ Mantilla Gómez, Carlos Gerardo, Ortiz Zabala, Juan Camilo, Franco Leguizamo, Camilo Armando y Montes Peñaranda, Stephania, *Pronunciamientos Administrativos V*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2022, en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/20122/1229075/Pronunciamientos-Administrativos-V.pdf/005f6206-d856-13d5-9a94-114d8ebd9f7f?t=1654292378180>, consulta del 14 de abril de 2023, pp. 5-7; resoluciones 301-006688 del 18 de noviembre de 2020 y 301-000051 del 12 de enero de 2021.

¹⁰⁸ Ley 222 de 1995. Artículo 84.

¹⁰⁹ Decreto 1074 de 2015. Artículo 2.2.2.1.1.1. (Causales de vigilancia por activos o ingresos).

¹¹⁰ “Tanto la regulación, como las facultades de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades tienen como propósito proteger los múltiples intereses que subsisten dentro de una sociedad comercial. Así, por un lado, se encuentran los intereses patrimoniales de la sociedad, los cuales deben ser protegidos de los abusos o actividades irregulares de los administradores o los órganos sociales. Por otro lado, existen también los intereses de los socios, los cuales pueden ser divergentes entre ellos mismos, o diferir con los de la propia sociedad. Igualmente, aparecen los intereses de los terceros que tienen relaciones con la persona jurídica, tal como ocurre, por ejemplo, con los acreedores. Adicionalmente, la función de supervisión de la Superintendencia de Sociedades encuentra justificación en el interés general de la economía nacional, debido al impacto que tienen sobre ellas las sociedades comerciales. Finalmente, las facultades de supervisión de la Superintendencia de Sociedades tienen como objetivo lograr una cumplida ejecución de las normas que gobiernan la formación, funcionamiento y objeto social de las sociedades mercantiles, no supervisadas por otras superintendencias. Ahora bien, las competencias de la Superintendencia de Sociedades en materia

que determinan una mayor fiscalización por parte de la Superintendencia de Sociedades, en atención a su objetivo.

De otro lado, las investigaciones a solicitud de parte se reservan, por disposición de ley, a las solicitudes que realicen “uno o más asociados representantes de no menos del diez por ciento del capital social o alguno de sus administradores, siempre que se trate de sociedades, empresas unipersonales o sucursales de sociedad extranjeras que a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior registren activos iguales o superiores a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes o ingresos iguales o superiores a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”¹¹¹. Esto es, sociedades obligadas a tener revisor fiscal¹¹² y que se relacionen con un criterio racional en el ejercicio de la fiscalización a cargo de la Superintendencia de Sociedades, así como con los recursos que se destinan para tales fines, bajo el principio de economía que rige las actuaciones y procedimientos administrativos¹¹³.

En concordancia, según el legislador, quienes no acrediten estos requisitos “podrán hacer uso de la conciliación ante la Superintendencia de Sociedades para resolver los conflictos surgidos entre los asociados o entre estos y la sociedad”, sin perjuicio de “acudir en vía judicial”¹¹⁴.

de inspección, control y vigilancia se encuentran establecidas en la Ley 222 de 1995”. Ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión de 29 de octubre de 2019. Radicación 11001-03-06-000-2019-00092-00(C). [CP. Álvaro Namén Vargas].

¹¹¹ Ley 222 de 1995. Artículo 87, modificado por el artículo 152 del Decreto Ley 19 de 2012.

¹¹² Ley 43 de 1990. Por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público y se dictan otras disposiciones. Diciembre 13 de 1990. DO. N.º 39602, párrafo 2 del artículo 13.

¹¹³ Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2011. DO. N.º 47956, numeral 12 del artículo 3.

¹¹⁴ Ley 222 de 1995. Parágrafo 2 del artículo 87, modificado por el artículo 152 del Decreto Ley 19 de 2012.

Todo lo anterior ilustra la distinción entre las investigaciones administrativas de oficio y las de solicitud de parte que, naturalmente, se diferencian por quién las promueve y por los requisitos que por ley se exigen a las segundas. En las de solicitud de parte, que no reúnan requisitos, la legislación favorece y remite a la conciliación y la vía judicial, que considera más adecuadas para garantizar los derechos y las obligaciones que surgen del contrato de sociedad, celebrado y ejecutado por las partes, según lo visto en el acápite precedente. Concordantemente, en línea con los temas que son judiciales y no administrativos, el escenario de las impugnaciones es de competencia de las autoridades jurisdiccionales, en atención a lo dispuesto en el Código General del Proceso¹¹⁵ y a las consideraciones que en su momento expuso la Corte Constitucional con relación al texto, para entonces vigente, del artículo 194 del Código de Comercio¹¹⁶, y que hoy se reproducen en los artículos correspondientes del Código General del Proceso¹¹⁷.

¹¹⁵ Ley 1564 de 2012. Numeral 8 del artículo 20.

¹¹⁶ “Las decisiones adoptadas en el contexto de una asamblea de socios o de una junta directiva han de cumplir con un conjunto de requisitos legales a fin de producir plenos efectos jurídicos. No observar tales exigencias, puede traer consigo la ineficacia, la nulidad relativa o absoluta y la no oponibilidad de las actuaciones. De ahí que la cautela legal contenida en el artículo 194 demandado según la cual las acciones de impugnación consignadas en las normas citadas habrán de ser ventiladas ante las autoridades judiciales estatales, así se haya pactado previamente cláusula compromisoria, adquiere un sentido específico cual es evitar que las partes de un contrato sometan a transacción aquellos asuntos ligados con la presencia de defectos que cuestionan la validez o la legitimidad de las actuaciones por ellas suscritas. Esta previsión legal se encamina a proteger objetivos tales como la garantía de igual acceso a la administración de justicia de los ciudadanos y las ciudadanas quienes tienen el derecho de controvertir la validez y legitimidad de decisiones societarias”. Ver: Corte Constitucional. Sala Plena. (Abril 23 de 2008). Sentencia C-378. Expediente D-6932. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto].

¹¹⁷ Numeral 8 del artículo 20 y numeral 5, literal c del artículo 24.

3. El procedimiento administrativo sancionatorio

La Ley 222 de 1995 no regula un procedimiento administrativo sancionatorio especial para adelantar investigaciones administrativas contra los administradores societarios. Esta ley sí prevé procedimientos para la adopción de las medidas administrativas contempladas en los numerales 1 y 2 del artículo 87 (modificado por el artículo 152 del Decreto Ley 19 de 2012). Estas consisten en: i) la convocatoria de la asamblea o junta de socios cuando no se hayan reunido en las oportunidades previstas en los estatutos o en la ley y; ii) en la orden para que se reformen las cláusulas o estipulaciones de los estatutos sociales que violen normas legales. Las dos coinciden en concluir bien con una orden o bien con un archivo, lo que corresponda, y no con la imposición de una multa que, a diferencia de estas, es el resultado eventual de un procedimiento administrativo sancionatorio¹¹⁸.

De otro lado, la Ley 222 de 1995 sí contempla las consecuencias de incumplir las órdenes impartidas por la Superintendencia de Sociedades, la ley o los estatutos en materia societaria y contable¹¹⁹; como también lo que la misma ley denomina “prescripción” de las acciones administrativas, que son las derivadas del incumplimiento de lo previsto en el Libro II del Código de Comercio y en ese mismo cuerpo normativo¹²⁰.

Lo expuesto conduce a la aplicación del procedimiento administrativo sancionatorio contemplado en el artículo 47 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, y excluye, por sustracción de materia, los párrafos 1 y 2 del

¹¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-818.

¹²⁰ Ley 222 de 1995. Artículo 235.

artículo 47, el artículo 47 A, el parágrafo del artículo 49, el artículo 49 A¹²¹ y el artículo 52¹²² de la misma ley.

Ahora bien, el procedimiento a seguir tiene las siguientes etapas:

i) Averiguaciones preliminares. Estas averiguaciones pueden iniciar con la solicitud de información que realice la Superintendencia de Sociedades, en virtud de la atribución de inspección y que consiste en “solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria o sobre operaciones específicas de la misma”¹²³.

Así mismo, dentro de las averiguaciones preliminares se incluyen las visitas, calificadas como de inspección, que no requieren previo aviso

¹²¹ Referentes al procedimiento administrativo sancionatorio fiscal.

¹²² Que regula la caducidad de la facultad sancionatoria y cuyo tenor inicia por señalar que aplica “Salvo lo dispuesto en leyes especiales”. Por este motivo se sigue lo previsto en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995.

Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 22 de abril de 2010. Radicado 25000-23-24-000-2002-01082-01. [CP: María Claudia Rojas Lasso].

Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 8 de marzo de 2018. Radicación 25000-23-24-000-2007-00249-01. [CP: María Elizabeth García González].

Cfr. “[L]a Sala entrará a analizar: (i) Si operó el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Sociedades; [...] En el presente caso, la normatividad que resulta aplicable es el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 y no el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, por ser esta una norma especial y preferente sobre la disposición de carácter general, pues el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo sólo opera “[...] salvo disposición especial en contrario”. Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2021. Radicación 25000-23-24-000-2002-00687-01 y 25000-23-24-000-2002-00688-01 (acumulados 25000-23-24-000-2002-00693-01 y 25000-23-24-000-2002-00699-01). [CP: Roberto Augusto Serrato Valdés].

¹²³ Ley 222 de 1995. Artículo 83.

y que buscan verificar el cumplimiento de las disposiciones cuya fiscalización compete a la Superintendencia de Sociedades¹²⁴.

Concordantemente, “[C]uando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado”¹²⁵. Lo anterior, entendido en su sentido natural y obvio¹²⁶, esto es, cuando como resultado del análisis de la información recaudada se advierta, de forma preliminar, irregularidades o violaciones a la ley o a los estatutos.

Naturalmente, este acto se comunica como lo indica la norma. No se notifica, porque apenas se trata de una actuación preliminar que no pone fin a una actuación¹²⁷ ni sobre la que se exija ese último medio de

¹²⁴ “las visitas de inspección no son diligencias o actuaciones cuya práctica requiera autorización judicial previa o control de legalidad posterior, por lo cual, no vulnera el derecho al debido proceso que las visitas de inspección sean realizadas sin previa notificación a los investigados [...] la práctica de visitas de inspección sin previo aviso persigue una finalidad legítima, en el sentido de permitir recaudar las pruebas necesarias para definir si las entidades investigadas están dando cumplimiento a sus obligaciones legales. Dicha finalidad se vería obstaculizada si no se garantizara el ‘factor sorpresa’ pues el aviso permitiría que el sujeto investigado ocultara información relevante”. Ver: Corte Constitucional. Sala Plena. (Abril 10 de 2019). Sentencia C-165. Expediente D-12536. [MP. Alejandro Linares Cantillo].

¹²⁵ Ley 1437 de 2011. Artículo 47.

¹²⁶ Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887, artículo 28.

¹²⁷ Ley 1437 de 2011. Artículo 67.

publicidad¹²⁸, y frente a la cual la ley no impone además un contenido específico, como sí lo hace en materia de cargos¹²⁹.

Sumado a lo anterior, el acto es eminentemente de trámite y contra el cual no proceden recursos¹³⁰.

ii) Cargos. Esta etapa inicia, conforme a la ley, cuando concluyen las averiguaciones preliminares y solo “si fuere del caso”¹³¹, es decir, cuando la autoridad tenga evidencias de presuntas vulneraciones a la ley. De ahí que se exija que se señalen “con precisión y claridad, los hechos que lo originan [el o los cargos], las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes”. La ley también dispone que “[E]ste acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados”, y que, contra dicha decisión “no procede recurso”¹³².

En armonía, se dispone que “[L]os investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos,

¹²⁸ En un caso análogo, esto es, la comunicación a terceros prevista en el artículo 37 de la Ley 1437 de 2011, la Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-341 del 4 de junio de 2014, magistrado ponente Mauricio González Cuervo, expediente D-9945, sostuvo que “lo importante es que el tercero afectado por la decisión conozca de la existencia de la medida administrativa – realizando el principio de la función pública de la publicidad [...]. Como se observa, el acto de comunicación previsto por el Legislador en la disposición subexamine, se enmarca en las etapas preliminares de la actuación administrativa, en las cuales se pone en conocimiento la existencia de la actuación - previa la expedición del acto administrativo -, sin que con ello se esté creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica particular y la cual tiene por objeto que los terceros que puedan resultar afectados con la decisión que posteriormente en ellas se adopte, conozcan de su existencia y puedan ejercer el derecho a la defensa y contradicción”.

¹²⁹ Ley 1437 de 2011. Artículo 47.

¹³⁰ Ley 1437 de 2011. Artículo 75.

¹³¹ Ley 1437 de 2011. Artículo 47.

¹³² Ley 1437 de 2011. Artículo 47.

presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer”.

iii) Pruebas. Es la etapa en la que se decide sobre el material probatorio solicitado o aportado por el investigado, y sobre el cual el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “[S]erán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente”.

A su vez, el artículo 40 de la misma ley, que regula lo atinente a las pruebas en general durante la actuación administrativa, determina que “[S]erán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil” [hoy Código General del Proceso], y que “[D]urante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales”. Establece, además, que “[E]l interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo”, lo cual, en el caso del procedimiento administrativo sancionatorio, se debe entender dentro de las etapas previstas en los artículos 47 y siguientes de la citada ley.

Así mismo, la norma establece que “[C]ontra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos”. Ante esto se pronunció la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-034 de 2014. En ella declaró exequible lo anterior y precisó, además de las diferencias entre las garantías del debido proceso en sede judicial y administrativa¹³³, que

¹³³ “Si bien una de las características más destacadas del orden constitucional adoptado en 1991 es la extensión de las garantías del debido proceso a toda actuación administrativa, también ha señalado la Corte que su extensión y aplicación no es idéntica a la que se efectúa en el ámbito judicial. Como se indicó en los fundamentos normativos de esta providencia, ello obedece a dos

“[L]a restricción del derecho de defensa y contradicción que comporta la norma cuestionada no es muy intensa pues, aunque no contempla el ejercicio de recursos en un momento procesal específico, no constituye una clausura definitiva de la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las pruebas. Para comprender esta afirmación, debe repararse en el contenido de los artículos 77 y 79 del CPACA, en los cuales expresamente se plantea la opción de solicitar pruebas al momento de ejercer los recursos de reposición y apelación”.

Lo que es congruente con la improcedencia de recursos contra los actos de trámite, prevista en el artículo 75 de la referida ley.

Ahora bien, sobre el período probatorio, el artículo 48 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “[C]uando deban practicarse pruebas se señalará un término no mayor a treinta (30) días. Cuando sean tres (3) o más investigados o se deban practicar en el exterior el término probatorio podrá ser hasta de sesenta (60) días”.

razones: La primera es que, el debido proceso judicial se encuentra ligado a la materialización de los derechos, la protección de la Constitución o de la ley; en tanto que la actuación administrativa atañe al adecuado ejercicio de funciones públicas de diversa naturaleza para la satisfacción de los intereses de toda la comunidad. Por ello, también ha puntualizado la Corte, la segunda debe ceñirse a la vez a los artículos 29 y 209, Superiores. Además, los procesos judiciales deben otorgar una respuesta definitiva a los conflictos sociales, en tanto que las actuaciones administrativas son susceptibles de control ante la jurisdicción. Por ello, aunque el debido proceso se aplica en toda actuación administrativa o judicial, en el primer escenario ocurre bajo estándares más flexibles para asegurar la eficiencia, eficacia, celeridad y economía por parte de la Administración. Así las cosas, si de una parte la disposición acusada restringe los derechos de defensa y contradicción en materia probatoria, en una etapa específica de la actuación administrativa; desde la otra orilla del conflicto, el principio democrático, la potestad de configuración legislativa y los principios de la función pública, sugieren la validez de la regulación demandada. Este tipo de conflictos, de conformidad con la jurisprudencia constitucional deben resolverse mediante el análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la medida”. Ver: Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-034 del 29 de enero de 2014. Expediente D-9566. [MP. María Victoria Calle Correa].

iv) Traslado para alegatos. Vencido el período probatorio, el artículo 48 de la Ley 1437 de 2011 dispone que se dará traslado al investigado por 10 días para que “presente los alegatos respectivos”.

v) Decisión y recursos. Agotada la etapa anterior, conforme al artículo 49 de la Ley 1437 de 2011, “[E]l funcionario competente proferirá el acto administrativo definitivo dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de los alegatos”. La misma norma establece los parámetros de la decisión de fondo que, según lo previsto en su artículo 67, se le deberá notificar al investigado personalmente.

En cuanto a los recursos, se aplicará lo dispuesto en los artículos 74 a 82 de la Ley 1437 de 2011. Sobre estos, es oportuno destacar que su efecto es suspensivo según al artículo 79 de la misma ley.

4. Principales deberes a cargo de los administradores

En este punto se deben recordar los principales deberes de los administradores, que, en la práctica, suelen ser objeto de verificación por parte de la Superintendencia de Sociedades, según los supuestos de hecho de cada caso, entre ellos, y sin limitación a estos, los siguientes:

i) Rendir cuentas al final del ejercicio en la oportunidad prevista en la ley o en los estatutos, conforme a los artículos 45 al 47 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con las disposiciones pertinentes en materia de los estados financieros, individuales y consolidados, los informes del representante legal y la junta directiva, el informe del revisor fiscal, el proyecto de distribución de utilidades, etcétera.

ii) Permitir el ejercicio del derecho de inspección de acuerdo con los artículos 23 (numeral 6) y 48 de la Ley 222 de 1995, así como las disposiciones aplicables según cada tipo societario.

iii) Convocar oportunamente las reuniones de asamblea o junta de socios conforme a los artículos 181, 182 y 422 del Código de Comercio y 20 de la Ley 1258 de 2008, según el caso.

iv) Abstenerse de participar en actos de competencia o en conflicto de intereses según lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 en concordancia con el artículo 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015.

v) Llevar contabilidad y conservar con arreglo a la ley, la correspondencia y los documentos relacionados con los negocios de sus representadas, de conformidad con los artículos 19 (numerales 3 y 4) y 48 a 60 del Código de Comercio, la Ley 1314 de 2009, el Decreto 2420 de 2015 y demás disposiciones concordantes.

vi) Llevar en debida forma los libros de actas y de registro de accionistas o socios de sus representadas según lo dispuesto en el artículo 195 del Código de Comercio, el artículo 175 del Decreto Ley 19 de 2012 y los artículos 13 y 14 del Anexo 6 del Decreto 2420 de 2015.

vii) Convocar al máximo órgano social en caso de cesación de pagos de conformidad con lo previsto en el artículo 224 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 9 de la Ley 1116 de 2006.

viii) Convocar al máximo órgano social cuando se pueda verificar razonablemente el acaecimiento de la causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, según lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 4 de la Ley 2069 de 2020, en concordancia con el Anexo 5 del Decreto 2420 de 2015.

ix) En las sociedades reguladas por el Código de Comercio abstenerse de incurrir en las prohibiciones previstas en sus artículos 185, 202 y 404. Esto no aplica a las sociedades por acciones simplificadas, a menos que en los estatutos se disponga lo contrario.

x) Abstenerse de adelantar actuaciones en extralimitación del objeto social o de las atribuciones contempladas en los estatutos sociales conforme a los artículos 99 y 196 del Código de Comercio.

5. Casuística

5.1. La convocatoria a la reunión ordinaria y su relación con la rendición de cuentas y el derecho de inspección

En el caso de Alphacredit Latam S.A.S. (hoy en liquidación)¹³⁴, tras solicitudes de información de oficio y la práctica de una visita¹³⁵, que evidenciaron la ausencia de convocatorias, actas de reuniones ordinarias y de estados financieros, se iniciaron investigaciones contra varios administradores por violaciones a la ley y los estatutos consistentes en: i) no convocar a reuniones ordinarias, ii) no rendir

¹³⁴ Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión Empresarial. (Octubre 7 de 2022). Resolución 301-016039.

¹³⁵ Actuaciones iniciadas de oficio en el marco de las atribuciones de inspección, vigilancia y control sobre la sociedad referida, así como sobre ACSA Atento S.A.S., AXS Colombia S.A.S., Alpha Capital S.A.S. y Vive Créditos Kusida S.A.S.

cuentas al final del ejercicio y iii) no permitir el ejercicio del derecho de inspección.

Esto, porque los administradores no convocaron a la reunión ordinaria de 2021 ni de 2022 que, conforme al artículo 422 del Código de Comercio, debían realizarse “por lo menos una vez al año, en las fechas señaladas en los estatutos y, en silencio de éstos, dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio”.

Producto de la falta de convocatoria tampoco rindieron cuentas, esto es, no presentaron a la asamblea general de accionistas para su aprobación o improbación¹³⁶ los estados financieros de fin de ejercicio¹³⁷, la certificación de los mismos¹³⁸, el dictamen del revisor fiscal¹³⁹ y, en general, los documentos que deben someterse a aprobación del máximo órgano social en reuniones ordinarias.

Como consecuencia de la falta de convocatoria y la ausencia de los documentos que son objeto del derecho de inspección, se concluyó que los administradores no habían puesto a disposición de los accionistas, en las oficinas de la administración, los documentos que exige la ley para garantizar el derecho de inspección¹⁴⁰.

Los administradores intentaron excusar el incumplimiento de sus deberes en la existencia de un grupo empresarial cuyas compañías en el exterior detectaron inconsistencias en su información financiera, lo que generó reprocesos en todas las sociedades del grupo, así como el

¹³⁶ Ley 222 de 1995. Artículos 45 al 47.

¹³⁷ Ley 222 de 1995. Artículo 34.

¹³⁸ Ley 222 de 1995. Artículo 37.

¹³⁹ Ley 222 de 1995. Artículo 38.

¹⁴⁰ Código de Comercio. Artículo 447; Ley 222 de 1995. Artículo 48.

trámite de admisión de algunas de ellas l Código de Bancarrota de los Estados Unidos de América (Capítulo 11). También afirmaron que como la sociedad tenía un accionista único, este, de forma permanente, había estado informado de la situación de la sociedad y que, en cualquier caso, en 2022 se convocó una reunión en la que se examinó lo pertinente.

Estos argumentos se desestimaron porque los administradores no acreditaron con las respectivas pruebas haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios (velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias) ni pusieron a disposición del accionista la información que es objeto de la reunión ordinaria en las oportunidades previstas en la ley y los estatutos.

Se precisó, además, que una vez constituida, la sociedad forma una persona jurídica distinta de sus socios individualmente considerados. Por este motivo las situaciones acaecidas a otras sociedades del grupo en el exterior no justificaban las violaciones a la ley ni a los estatutos en la sociedad representada por los investigados. También se puso de presente, que los mismos administradores reconocieron que la información de la sociedad en Colombia no presentaba inconsistencias ni era parte del proceso de insolvencia que se tramitaba en el exterior.

Sobre las consideraciones del accionista único y de la reunión extraordinaria en la que se sometió a aprobación la información pertinente, con base en lo cual los administradores manifestaron que no se causó perjuicio alguno, se puso de presente la finalidad del derecho administrativo sancionatorio¹⁴¹, es decir, el cumplimiento de las disposiciones legales, así como la falta de diligencia en el

¹⁴¹ Consejo de Estado. Sentencia de 22 de octubre de 2012.

cumplimiento de los deberes a su cargo. A esto se debería sumar, al margen de lo decidido en el caso expuesto y sus particularidades, que en tratándose del orden público económico, que se examina en sede administrativa, el objetivo de la ley no es que los accionistas absuelvan a los administradores de su negligencia ni que la sociedad responda por sus faltas (vistos el inciso final del artículo 200¹⁴² y el artículo 201¹⁴³ del Código de Comercio, y el inciso final del artículo 45¹⁴⁴ de la Ley 222 de 1995).

En coherencia, es oportuno destacar que la reunión ordinaria tiene, entre otros propósitos, considerar los estados financieros de fin de ejercicio, que en el mes siguiente de haber sido aprobados deben depositarse ante la cámara de comercio del domicilio social o ante la autoridad que ejerza inspección, vigilancia y control y que así lo exija¹⁴⁵. También es pertinente recordar que según la ley, la finalidad de los estados financieros es brindar “información financiera comprensible, transparente y comparable, pertinente y confiable, útil para la toma de decisiones económicas por parte del Estado, los propietarios, funcionarios y empleados de las empresas, los inversionistas actuales o potenciales y otras partes interesadas, para mejorar la productividad, la competitividad y el desarrollo armónico de la actividad empresarial de las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras”¹⁴⁶. En otras palabras, se trata de un asunto de orden público económico.

¹⁴² Modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995: “Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos”.

¹⁴³ “Las sanciones impuestas a los administradores por delitos, contravenciones u otras infracciones en que incurran no les darán acción alguna contra la sociedad”.

¹⁴⁴ “La aprobación de las cuentas no exonerará de responsabilidad a los administradores, representantes legales, contadores públicos, empleados, asesores o revisores fiscales”.

¹⁴⁵ Ley 222 de 1995. Artículo 41.

¹⁴⁶ Ley 1314 de 2009. Por la cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia, se señalan las autoridades

5.2. El deber de abstenerse de participar en actos en conflicto de intereses o de competencia¹⁴⁷

5.2.1. El deber de abstenerse de participar en actos en conflicto de intereses

En el caso de Lácteos San José del Fragua S.A.S. (hoy en liquidación)¹⁴⁸, por una solicitud de adopción de una medida administrativa de investigación¹⁴⁹ formulada por un accionista minoritario se iniciaron averiguaciones preliminares que condujeron a la formulación de cargos contra quien en la época en que ocurrieron los hechos fungía como representante legal de la sociedad. Uno de los cargos fue la infracción al deber de abstenerse de participar en actos en los que había conflicto de intereses hasta no tener la debida autorización del máximo órgano social, específicamente, por la celebración de operaciones de adquisición de materias primas a una compañía controlada por la accionista controlante de la sociedad.

competentes, el procedimiento para su expedición y se determinan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento. Julio 13 de 2009. DO. N.º 47409, artículo 1.

¹⁴⁷ “Es de señalar que, la intervención en sede administrativa no comprende la competencia para declarar nulidades, medidas cautelares, restituciones ni indemnizaciones producto de la responsabilidad de los administradores, asuntos que conocerán y decidirán los árbitros designados para ello, los jueces, o bien esta Entidad en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, en este último caso, de acuerdo al artículo 24, numeral 50, literal b) del Código General del Proceso, mediante proceso verbal y previa demanda, según lo dispuesto en el referido Código”. Ver: Superintendencia de Sociedades. Circular Externa 100-000008, p. 50.

¹⁴⁸ Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión Empresarial. (Mayo 11 de 2022). Resolución 301-009654. En <https://www.supersociedades.gov.co/documents/20122/1229075/LIBRO-DE-PRONUNCIAMIENTOS-ADMINISTRATIVOS-06.pdf>, consulta del 14 de abril de 2023.

¹⁴⁹ Ley 222 de 1995. Numeral 3 del artículo 87, modificado por el artículo 152 del Decreto Ley 19 de 2012.

Se analizó y evidenció que la accionista controlante de la sociedad, por su participación en el capital y por lo dispuesto en los estatutos, que no exigían mayorías calificadas, tenía la capacidad suficiente para designar y remover al administrador. Además, que a la luz de la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia vigentes en materia de conflicto de intereses debía cumplir lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 2 del Decreto 1925 de 2009 (compilado en el artículo 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015): abstenerse de participar, por intermedio de terceros, en el acto que representaba un conflicto de intereses, ordenar la convocatoria de la asamblea general de accionistas, suministrar toda la información relevante y excluirse el voto del administrador si fuere accionista o socio.

Igualmente, se analizó y se acreditó que la compañía que proveyó la materia prima también era subordinada de la controlante de la sociedad. Debido a esto, se trajo a colación la jurisprudencia de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles en materia de expropiación de accionistas minoritarios en línea con el análisis hecho con relación al conflicto de intereses¹⁵⁰.

El investigado, por su parte, afirmó que durante la época de las operaciones que constituían conflicto de intereses el accionista minoritario no tenía clara su condición de accionista de la sociedad. Por este motivo decidió no asistir a las reuniones de asamblea, por lo que no se surtió el procedimiento de autorización que exige la ley. No obstante, manifestó que luego de su celebración le informó al

¹⁵⁰ Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. Sentencias 800-142 del 9 de noviembre de 2015 y 800-94 del 3 de octubre de 2017.

minoritario sobre las operaciones para la adquisición de materias primas.

En ese orden, como el administrador no acreditó el cumplimiento de sus deberes a la luz de las circunstancias descritas frente a un conflicto de intereses, no prosperaron sus argumentos y se lo sancionó.

5.2.2. El deber de abstenerse de participar en actos de competencia

En el caso de Compañía de Almacenamiento y Logística S.A.¹⁵¹, debido a la solicitud de adopción de una medida administrativa de investigación¹⁵² hecha por unos accionistas minoritarios se iniciaron averiguaciones preliminares que condujeron a la formulación de cargos contra el entonces representante legal de la sociedad. La causa, entre otros hechos, fue la infracción al deber de abstenerse de participar en actos en los que había conflicto de intereses y que, además, constituían competencia con la sociedad, específicamente, porque el investigado constituyó una compañía que prestaba servicios similares a los de su representada. El representante legal, además, designó a su hermano como administrador, para lo cual celebró un contrato. Todo esto sin dar previo cumplimiento a los deberes a su cargo previstos en el numeral 7 del artículo 23 de Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 2 del Decreto 1925 de 2009 (compilado en el artículo 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015).

El administrador investigado manifestó que la asamblea de accionistas sabía de la existencia del contrato con la compañía de su propiedad y

¹⁵¹ Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Sociedades. (Noviembre 12 de 2019). Resolución 301-006069.

¹⁵² Ley 222 de 1995. Numeral 3 del artículo 87, modificado por el artículo 152 del Decreto Ley 19 de 2012.

que aceptó continuarlo al encontrar que beneficiaba a su representada. Igualmente, afirmó que cualquier nulidad derivada del conflicto de intereses había sido saneada con las mayorías correspondientes. Sumado a esto, el investigado adujo en su defensa la regla de discrecionalidad reconocida jurisprudencialmente para esa época por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades.

Tras el análisis pertinente se concluyó que si bien mediaba una decisión de la asamblea general de accionistas, atinente al beneficio o no de los respectivos actos y las medidas que se estimaron pertinentes de cara a la ejecución del contrato y la similitud de objetos sociales entre la compañía de propiedad del administrador y la sociedad, también se había acreditado que el administrador no había cumplido los deberes de abstenerse de participar en los mencionados actos y de convocar a la asamblea, en atención a que ello había ocurrido a instancia de los accionistas quejosos.

Se abordó allí mismo, la regla de la discrecionalidad¹⁵³ y, con base ella, se concluyó que su aplicación en ningún caso implica que las

¹⁵³ A partir de la Sentencia 800-52 del 1 de septiembre de 2014 de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, “las normas que rigen las actuaciones de los administradores buscan promover un delicado equilibrio entre la autonomía con la que deben contar tales sujetos para conducir los negocios sociales y la responsabilidad que debe atribuírseles por el cumplimiento inadecuado de esa gestión. Este equilibrio parte de la denominada regla de la discrecionalidad (*‘business judgment rule’*), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones que hayan adoptado los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios. [...] Aunque la regla de la discrecionalidad busca que estos funcionarios cuenten con suficiente espacio para conducir los negocios sociales, los administradores no pueden anteponer sus intereses a los de la compañía o sus accionistas. Por ello, como lo ha sostenido esta entidad, hay numerosas razones que podrían justificar un cercano escrutinio judicial de la gestión de los administradores. Se trata de hipótesis en las que el juicio objetivo de estos funcionarios se encuentra comprometido por alguna circunstancia, como ocurre cuando un administrador está incurso en un conflicto de interés. Como lo explicó este Despacho en el caso de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., en nuestra legislación se ha reconocido el efecto nocivo que pueden tener los conflictos de interés sobre la gestión de los

actuaciones de los administradores están exentas de cumplir los procedimientos contemplados en la ley en materia de conflicto de intereses.

De cara a los actos de competencia se puso de presente la similitud entre los objetos sociales de la compañía de propiedad del administrador y su representada, así como la decisión de la asamblea general de accionistas de ordenarle al administrador modificar el objeto social de su compañía para cesar cualquier posible competencia. Sin embargo, para esa época eso no se había cumplido, previa verificación con la información del registro mercantil correspondiente. Como consecuencia, el administrador fue sancionado.

A lo anterior hay que agregar, en materia de competencia, que la doctrina de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades afirma que el deber contenido en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 “prohíbe a los administradores que participen en actividades que impliquen competencia con la sociedad, sin calificar la forma como se desarrolla esa competencia; es decir, sin precisar si la actividad implica una práctica restrictiva de la competencia o competencia desleal. Para estos efectos lo que trasciende es el hecho de participar en actividades que impliquen competencia y nada más”¹⁵⁴. Naturalmente, esta prohibición no es absoluta, o, en palabras de la doctrina, “no impide definitivamente la realización de tales actos, sino que somete su celebración a un riguroso

administradores. Las reglas consagradas en la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009 les imponen a estos sujetos la necesidad de obtener la autorización del máximo órgano social para participar en operaciones viciadas por esta clase de conflictos”.

¹⁵⁴ Superintendencia de Sociedades. Circular Externa 100-000008, p. 46.

procedimiento mediante el cual se pretende, en lo esencial proteger los intereses de la sociedad, sus asociados y terceros interesados”¹⁵⁵.

5.3. La contabilidad regular conforme a las prescripciones legales, los estados financieros y los libros de actas

En el caso de Legatum Investment Group S.A.S.¹⁵⁶, la Superintendencia de Sociedades adelantó una investigación de oficio por una toma de información realizada a comienzos de 2020 a la sede principal de la sociedad y en la que se encontró que no contaba con libros de contabilidad, estados financieros ni con libros de actas de asamblea ni de registro de accionistas.

En el curso del procedimiento administrativo sancionatorio, el administrador investigado no presentó descargos, pruebas, ni alegatos. Por este motivo prosperaron los cargos en su contra. El primero, por incumplir su deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales por no llevar la contabilidad de la sociedad en debida forma, según el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con los artículos 19 (numeral 3), 48, 50, 51, 53, 55, 59, 61 y 66 del Código de Comercio; los artículos 56 y 123 al 125 del Decreto 2649 de 1993 (vigentes para la época), y el Anexo 2 del Decreto 2420 de 2015 (Grupo 2). El segundo, por incumplir su deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales, porque la sociedad no llevaba libros de actas de asamblea ni de registro de accionistas conforme al numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con los artículos 195 y 431 del Código de

¹⁵⁵ Reyes Villamizar, Francisco, *SAS: La sociedad por acciones simplificada*”, segunda edición, Editorial Legis, Bogotá, 2012, pp. 139-140.

¹⁵⁶ Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión Empresarial. Resolución 301-000324 del 10 de febrero de 2021.

Comercio y 130 y 131 del Decreto 2649 de 1993 (vigentes para la época).

Como estaba en tiempo para hacerlo, el administrador investigado interpuso recursos alegando que se había violado el *non bis in ídem* porque la sociedad fue objeto de una intervención administrativa por captación no autorizada y por la indebida notificación de los cargos, hecho que fue superado por haber entregado los documentos de la sociedad al agente interventor designado.

Frente a esto se precisó, en primer lugar, que la decisión de multar al administrador por incumplir los deberes a cargo no guardaba identidad con la intervención administrativa de toma de posesión por captación ilegal, masiva y habitual de dineros del público sin la debida autorización estatal¹⁵⁷, considerando los hechos que motivaban cada una, así como las normas en que se basó cada decisión. En segundo lugar, se acreditó que se surtió la notificación de los cargos en debida forma, por aviso, conforme al artículo 69 de la Ley 1437 de 2011. En tercer lugar, se puso de presente que no se trataba de un hecho superado el incumplimiento que fue constatado cuando se realizó la visita, en la que no se encontraron los documentos que motivaron los cargos. Para el efecto, se puso de presente la jurisprudencia sobre la finalidad del derecho administrativo sancionador¹⁵⁸. Por todo esto el administrador fue sancionado y su multa confirmada.

¹⁵⁷ Superintendencia de Sociedades. Grupo de Admisiones. (Julio 21 de 2020). Auto 460-007070.

¹⁵⁸ “4. Esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que el derecho sancionador del Estado en ejercicio del ius puniendi, es una disciplina compleja que envuelve, como género, al menos cuatro especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario y el derecho correccional. Salvo la primera de ellas, las demás especies del derecho punitivo del Estado, corresponden al denominado derecho administrativo sancionador. [...] Y sobre la finalidad de la potestad sancionadora de la administración puntualizó la Corte: ‘En la actualidad, es innegable que a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de

5.4. Otros casos

En los últimos años, la Superintendencia de Sociedades en su serie de libros *Pronunciamientos Administrativos*¹⁵⁹ ha publicado diferentes casos en materia de (i) deficiencias en los mecanismos de control y gestión de riesgos, (ii) falta de colaboración con los revisores fiscales, (iii) la indebida preparación y presentación de los estados financieros por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, (iv) el deber de vigilancia de los miembros de junta directiva, (v) el uso indebido de información privilegiada por parte de un miembro de la junta directiva, (vi) las violaciones en materia contable por medición de valor razonable de activos y (vii) los préstamos a socios, entre otros, que son relevantes en materia de deberes a cargo de los administradores y de las investigaciones adelantadas en su contra.

En todos, y en los expuestos en este artículo, se hace énfasis en la diligencia de un buen hombre de negocios, esto es, en las actuaciones propias de quienes deben comportarse como profesionales, a saber, los administradores, con conductas positivas y no omisivas y acciones oportunas y cuidadosas, informadas, en el sentido de informarse e informar, para tomar decisiones que correspondan a cada órgano social y para difundir la información de la sociedad de manera apropiada, dirigidas al cumplimiento de la ley.

una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas⁷. Ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 30 de octubre de 2013. Radicación 11001-03-06-000-2013-00392-00 (2159). [CP. Álvaro Namén Vargas].

¹⁵⁹ Disponibles en <https://www.supersociedades.gov.co/supervision-societaria>

Por último, y no menos relevante, de cara al propósito de este artículo, es pertinente recordar que la Superintendencia de Sociedades publica anualmente su rendición de cuentas¹⁶⁰ para cumplir lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011. Desde los últimos años allí se presentan las estadísticas del Grupo de Investigaciones Administrativas, relativas a actuaciones concluidas sin multa, a multas impuestas, a las principales infracciones, al valor total de las multas y a los tiempos que toman las investigaciones. Información sobre la materia que puede ser relevante para el público general.

¹⁶⁰ Disponibles en <https://www.supersociedades.gov.co/es/web/nuestra-entidad/informes-anuales>

Conclusiones

En primer lugar, tenemos que, el incumplimiento de los deberes a cargo de los administradores puede ser objeto de una investigación administrativa y tener como consecuencia la imposición de multas a favor del Estado, a diferencia de la responsabilidad que puede perseguirse en un proceso judicial, y en el que sí proceden, según el caso, nulidades, medidas cautelares, restituciones e indemnizaciones a favor de los legitimados.

En segundo lugar, las investigaciones administrativas, a solicitud de parte, se sujetan a los requisitos de ley¹⁶¹, dado que el legislador procura la solución de controversias entre partes por las vías judiciales, en tanto que, las actuaciones de oficio, sin instancia de parte, se realizan en asuntos que afectan a la comunidad en general, al orden público económico.

En tercer lugar, como no existe un procedimiento administrativo sancionatorio especial por el incumplimiento de los deberes a cargo de los administradores, el que aplica la Superintendencia de Sociedades en los asuntos de su competencia es el contemplado en el artículo 47 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

En cuarto lugar, la casuística sobre las investigaciones administrativas contra los administradores es diversa. Sin embargo, suelen ser recurrentes, la no rendición de cuentas en debida forma, asociada o no, a la falta de convocatoria a reuniones ordinarias, y la posible vulneración o no al derecho de inspección; el incumplimiento del deber de abstenerse de participar en actos en los que exista conflicto

¹⁶¹ Ley 222 de 1995. Artículo 87, modificado por el artículo 152 del Decreto Ley 19 de 2012.

de intereses y convocar al máximo órgano social para tomar la decisión correspondiente; el incumplimiento del deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales en materia contable, entre otras.

Referencias

- Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 30 de octubre de 2013. Radicación 11001-03-06-000-2013-00392-00 (2159). [CP. Álvaro Namén Vargas].
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión de 29 de octubre de 2019. Radicación 11001-03-06-000-2019-00092-00(C). [CP. Álvaro Namén Vargas].
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 26 de enero de 2006. Radicado 11001-03-06-000-2005-00016-00(C). [CP. Gustavo Aponte Santos].
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2021. Radicación 25000-23-24-000-2002-00687-01 y 25000-23-24-000-2002-00688-01 (acumulados 25000-23-24-000-2002-00693-01 y 25000-23-24-000-2002-00699-01). [CP. Roberto Augusto Serrato Valdés].
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de octubre de 2012. Radicación 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738). [CP. Enrique Gil Botero].
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de julio de 2016. Radicación 25000-23-26-000-2006-01728-01(38815). [CP. Marta Nubia Velásquez Rico].
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 23 de mayo de 2018. Radicación 25000-23-26-000-2005-01584-01(39832). [CP. Stella Conto Díaz del Castillo].

- Constitución Política de Colombia. (1991). En http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html consulta del 14 de abril de 2023.
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Agosto 19 de 1993). Sentencia C-337. Expediente D-296. [MP. Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Mayo 15 de 1997). Sentencia C-233. Expediente D-1488. [MP. Fabio Morón Díaz].
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Mayo 6 de 1998). Sentencia C-189. Expediente D-1859. [MP. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Noviembre 29 de 2000). Sentencia C-1641. Expediente D-2974. [MP. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Agosto 6 de 2002). Sentencia C-616. Expediente D-3860. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Septiembre 30 de 2003). Sentencia C-878. Expediente D-4668. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Febrero 24 de 2004). Sentencia C-154. Expediente D-4733. [MP. magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis].
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Agosto 9 de 2005). Sentencia C-818. Expediente D-5521. [MP. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Febrero 22 de 2006). Sentencia C-123. Expediente D-5936. [MP. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Noviembre 29 de 2006). Sentencia C-993. Expediente D-6349. [MP. Jaime Araújo Rentería].
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Abril 23 de 2008). Sentencia C-378. Expediente D-6932. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Noviembre 26 de 2008). Sentencia C-1159. Expediente D-7321. [MP. Jaime Araújo Rentería].

- Corte Constitucional. Sala Plena. (Marzo 20 de 2013). Sentencia C-156. Expediente D-9185. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Enero 29 de 2014). Sentencia C-034. Expediente D-9566. [MP. María Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Junio 4 de 2014). Sentencia C-341. Expediente D-9945. [MP. Mauricio González Cuervo].
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Abril 10 de 2019). Sentencia C-165. Expediente D-12536. [MP. Alejandro Linares Cantillo].
- Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Mayo 26 de 2015. DO. N.º 49523.
- Hinestrosa, Fernando, “Autonomía privada y tipicidad contractual”, *Revista de Derecho Privado*, 2013, 24, pp. 3-13, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3300>, consulta del 14 de abril de 2023.
- Ley 43 de 1990. Por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público y se dictan otras disposiciones. Diciembre 13 de 1990. DO. N.º 39602.
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.
- Ley 270 de 1996. Estatutaria de la administración de justicia. Marzo 7 de 1996. DO. N.º 42745.
- Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diciembre 29 de 1998. DO. N.º 43464.

- Ley 1314 de 2009. Por la cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia, se señalan las autoridades competentes, el procedimiento para su expedición y se determinan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento. Julio 13 de 2009. DO. N.º 47409.
- Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2011. DO. N.º 47956.
- Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO. N.º 48489.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.5 en línea], disponible en www.rae.es, en <https://dle.rae.es/oficio#7i553QS> consulta del 14 de abril de 2023.
- Reyes Villamizar, Francisco, “La sociedad por acciones simplificada: Una verdadera innovación en el derecho societario latinoamericano”, *Foro Derecho Mercantil*, 2009, 22, pp. 43-77 en https://xperta.legis.co/visor/rmercantil/rmercantil_7680752a800f404ce0430a010151404c/revista-foro-de-derecho-mercantil/la-sociedad-por-acciones-simplificada%3a-una-verdadera-innovacion-en-el-derecho-societario-latinoamericano, consulta del 14 de abril de 2023.
- Reyes Villamizar, Francisco, *SAS: La sociedad por acciones simplificada*, segunda edición, Editorial Legis, Bogotá, 2012.
- Superintendencia de Sociedades. (Julio 12 de 2022). Circular Externa 100-000008. Circular Básica Jurídica.

- Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. (Septiembre 1 de 2014). Sentencia 800-52.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. (Noviembre 9 de 2015). Sentencia 800-142.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. (Octubre 3 de 2017). Sentencia 800-94.
- Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Sociedades. (Noviembre 12 de 2019). Resolución 301-006069.
- Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión Empresarial. (Febrero 10 de 2021). Resolución 301-000324.
- Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión Empresarial. (Mayo 11 de 2022). Resolución 301-009654. En <https://www.supersociedades.gov.co/documents/20122/1229075/LIBRO-DE-PRONUNCIAMIENTOS-ADMINISTRATIVOS-06.pdf>, consulta del 14 de abril de 2023.
- Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión Empresarial. (Octubre 7 de 2022). Resolución 301-016039.
- Superintendencia de Sociedades. Grupo de Admisiones. (Julio 21 de 2020). Auto 460-007070.

CAPÍTULO 4

LAS ACCIONES DE
RESPONSABILIDAD DE SOCIOS,
ADMINISTRADORES, REVISORES
FISCALES Y EMPLEADOS EN
EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA

Nicolás Pájaro Moreno



LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DE SOCIOS, ADMINISTRADORES, REVISORES FISCALES Y EMPLEADOS EN EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL

*Nicolás Pájaro Moreno*¹⁶²

Introducción

La evolución reciente del derecho concursal ha mostrado un interés cada vez mayor en la atención oportuna de la crisis, incluso en escenarios en donde esta no ha llegado a desplegarse plenamente. Los estados de “preinsolvencia”, como la doctrina ha optado llamarlos, han puesto un especial enfoque en la actuación de los administradores societarios o de las personas que mantienen una especial cercanía con la toma de decisiones administrativas en virtud de su interés o de sus funciones. En este contexto cobra especial importancia la existencia de mecanismos que asignen consecuencias al impacto que las decisiones de estos sujetos hayan tenido sobre la suerte del concurso y que reivindiquen la responsabilidad que se deriva de ellas.

La Ley 1116 de 2006 (régimen de insolvencia empresarial) incluyó, dentro del catálogo de acciones paralelas a la insolvencia, reglas relacionadas con la responsabilidad especial que corresponde a algunos de estos sujetos. Sus artículos 61 y 82 previeron unas normas especiales para atender lo concerniente a las conductas de las matrices,

¹⁶² Profesor principal de carrera en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y director de la Maestría en Derecho Corporativo de la misma universidad. Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Comercial y magíster en Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Ex Superintendente Delegado para Procedimientos de Insolvencia de la Superintendencia de Sociedades. Expresidente del Colegio de Abogados Comercialistas. Miembro de los institutos colombianos de Derecho Procesal y de Derecho Concursal.

controlantes, socios, administradores, revisores fiscales y empleados que condujeron a la deudora al estado de insolvencia. El presente capítulo versará sobre la segunda de estas normas.

A lo largo de las siguientes páginas se buscará introducir ciertos aspectos de 1) la regulación legal de la figura, 2) su naturaleza jurídica, 3) los sujetos involucrados en ella, 4) los elementos axiológicos requeridos para su prosperidad, 5) algunas cuestiones procesales relevantes en su trámite, 6) además de unas consideraciones relacionadas con su extinción.

1. Regulación legal

La acción de responsabilidad de socios, administradores, revisores fiscales y empleados hace parte del conjunto de mecanismos paralelos previstos en el régimen de insolvencia empresarial de 2006. Junto con las acciones revocatorias y de simulación concursales¹⁶³ y las de responsabilidad de matrices y controlantes¹⁶⁴ conforman el catálogo de procesos accesorios a los de reorganización, validación de acuerdos extrajudiciales de reorganización y liquidación judicial. Se trata de una acción jurisdiccional que, en virtud de dicha naturaleza, debe estar regulada a través de una ley de la república¹⁶⁵, y que encuentra su eje central en el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006.

¹⁶³ Ley 1116 de 2006, artículos 74-75.

¹⁶⁴ *Ibidem*, artículo 61.

¹⁶⁵ Sobre la reserva legal de las acciones y procedimientos judiciales, *cfr.* artículo 93 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia) y las sentencias de la Corte Constitucional C-037 del 5 de febrero de 1996 [MP. Vladimiro Naranjo Mesa], expediente. P.E.-008, y C-507 del 16 de julio de 2014 [MP. Mauricio González Cuervo], expediente D-10000.

2. Naturaleza jurídica de la acción

2.1. Es una acción de responsabilidad

Desde la perspectiva del derecho privado, la responsabilidad civil es “la obligación de reparar, resarcir o indemnizar un daño causado injustamente”¹⁶⁶ y “plantea la necesidad del traslado total o parcial del quebranto padecido por la víctima a otra persona, en orden al retorno de aquella a su situación anterior”¹⁶⁷.

Ahora bien, al establecerse en el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 que los socios, administradores, revisores fiscales y empleados responden civilmente por el pago del pasivo faltante en el procedimiento de insolvencia respectivo se indica que a ellos les corresponde cubrir, a título de indemnización, el perjuicio ocasionado por el estado de insolvencia al que han llevado sus conductas dolosas o culposas.

La doctrina ha considerado, además, que se trata de un caso de responsabilidad extracontractual sin débito¹⁶⁸: quien ejerce la acción busca que los sujetos contra los cuales se dirige asuman el pago del pasivo de la concursada así no hayan estado originalmente obligados a atenderlo.

¹⁶⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto de 2009. Expediente 11001-3103-038-2001-01054-01. [MP. William Namén Vargas].

¹⁶⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 1968. [MP. Fernando Hinestrosa Forero]. GJ. CXXIV, p. 62.

¹⁶⁸ Rodríguez Espitia, Juan José, *Nuevo Régimen de Insolvencia*, segunda edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, p. 1078.

2.2. Es una acción de responsabilidad subsidiaria

La responsabilidad asumida por los socios, administradores, revisores fiscales y empleados de la sociedad deudora, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82 del régimen de insolvencia empresarial, tiene un carácter subsidiario o de segundo grado. De manera que solo están llamados a cubrir el pasivo de la deudora si el patrimonio de ella es insuficiente para satisfacer a los acreedores del concurso. Por tanto, solo pueden ser obligados a responder por el faltante del pasivo externo.

La responsabilidad subsidiaria es consustancial a diversos contratos e instituciones que tienen una función de garantía de una obligación principal, como la fianza, y que solo se activa cuando el acreedor ha reclamado previamente el pago de la obligación a su deudor principal. De no haberlo reclamado, el fiador y, en términos generales, el deudor llamado a responder subsidiariamente por el crédito podrá proponer el beneficio de excusión como excepción de mérito¹⁶⁹.

El régimen mercantil ha establecido otras situaciones de responsabilidad subsidiaria. Es el caso de los socios de sociedades colectivas y los socios gestores en las sociedades en comandita que están llamados a responder “cuando se demuestre, aun extrajudicialmente, que la sociedad ha sido requerida vanamente para el pago”¹⁷⁰, “configurándose de esta suerte, entre la sociedad y la clase de socios tantas veces mencionada, un vínculo accesorio de garantía

¹⁶⁹ Código Civil, artículo 2383.

¹⁷⁰ Código de Comercio, artículo 294. Norma aplicable también a las sociedades en comandita por remisión del artículo 352 del citado código.

análogo al que se da entre un deudor principal y su fiador”¹⁷¹. Se trata, por tanto, de una obligación de carácter accesorio, en los términos del artículo 1499 del Código Civil, cuestión que incide en algunos de los alcances de esta figura, como el de la sentencia que la declara o los modos de su extinción.

Ahora bien, en diversas sentencias relacionadas con otra acción concursal (la contenida en el artículo 61 del régimen de insolvencia empresarial), la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la subsidiariedad de este tipo de acciones exige que el demandante acredite

“que en el marco de la liquidación obligatoria ha debido el acreedor reclamar su derecho y, en el ámbito del proceso judicial subsecuente dirigido contra la matriz, ha debido demostrar no solo lo anterior sino que dicha diligencia fue vana, bien porque habiendo terminado el trámite concursal no quedaron bienes y derechos suficientes para satisfacer su crédito, o ya porque no habiendo culminado, a todas luces se avizora esa circunstancia, recaudos cardinales para entender la necesidad de la activación del proceso judicial tendiente a la demostración de la aludida y presunta responsabilidad subsidiaria”¹⁷².

Diferimos de la postura expuesta por la Corte. En nuestro sentir, dicha tesis parte de un equívoco, pues confunde dos momentos distintos de la responsabilidad subsidiaria: el de su existencia y el de su exigibilidad.

¹⁷¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 19 de febrero de 1999. Expediente 5099. [MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss].

¹⁷² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Julio 25 de 2018). Sentencia SC2837-2018. Expediente 05001310301320010011501. [MP. Margarita Cabello Blanco].

Consideramos que esta forma de responsabilidad puede ser declarada siempre que se demuestre un daño en el patrimonio del deudor en concurso, ocasionado por conductas dolosas o culposas de sus socios, administradores, revisores fiscales o empleados. Algo distinto es que los acreedores interesados solo puedan ejecutar dicha responsabilidad cuando, además, se encuentre demostrada la insuficiencia patrimonial del deudor para pagar (y sería por el monto de ese faltante).

La responsabilidad subsidiaria de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados sigue la misma lógica de la que opera en la fianza, en donde el fiador está llamado a responder subsidiariamente por el crédito afianzado, en ocasiones incluso antes de ser reconvenido por el acreedor¹⁷³. Sin embargo, en virtud de la subsidiariedad, mientras el acreedor no haya intentado obtener el pago de este último, dicha responsabilidad no es exigible y el fiador puede oponerse a cualquier reclamación en este sentido a través del beneficio de excusión¹⁷⁴.

Adicionalmente, la postura planteada por la Corte Suprema de Justicia hace imposible el ejercicio de la acción de responsabilidad como un proceso paralelo a una reorganización empresarial, a pesar de que dicha hipótesis está comprendida en las hipótesis del artículo 82 de la Ley 1116 de 2006. Es innegable que los supuestos de responsabilidad subsidiaria son más frecuentes y fáciles de demostrar en un escenario liquidatorio, pero no se limitan a este tipo de procesos. La tesis defendida por la jurisprudencia de la Corte haría imposible controvertir la responsabilidad que llevó a la imposición de quitas en un acuerdo de reorganización o la fijación de tasas de interés inferiores

¹⁷³ Código Civil. Artículo 2379.

¹⁷⁴ Código Civil. Artículo 2383.

a la indexación. Cerrar la puerta a la acción de responsabilidad en estos casos resulta, a nuestro juicio, contrario a los principios y finalidades mismas de todo sistema de insolvencia empresarial que busca salvaguardar, en lo posible, la empresa, el empleo y el crédito.

Finalmente, se ha discutido si en caso de existir múltiples sujetos responsables por unos mismos hechos estos deberán hacerse cargo de la condena como codeudores solidarios o si, por el contrario, responden individualmente por tratarse de una obligación conjunta¹⁷⁵. La mayor parte de la doctrina parece decantarse por la responsabilidad solidaria, teniendo en cuenta su naturaleza extracontractual¹⁷⁶ o el principio general de solidaridad pasiva del artículo 825 del Código de Comercio¹⁷⁷.

2.3. Tiene un carácter indemnizatorio, sujeto a tasación legal

El artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 señala que, en caso de prosperar, los socios, administradores, revisores fiscales y empleados están llamados a responder por el “pago del faltante del pasivo externo”. Esta norma establece una tasación legal de la responsabilidad de tales sujetos, que no se encuentra vinculada ni a los perjuicios efectivamente

¹⁷⁵ Francisco Reyes Villamizar trae al caso las posturas divergentes presentadas por los autores José Gabino Pinzón y José Ignacio Narváez a propósito de la responsabilidad de los administradores. Para el primero, la responsabilidad entre varios codeudores debe ser individual por no estar establecida de manera expresa en una disposición legal y según el precepto del artículo 1568 del Código Civil. Para el segundo, la responsabilidad debe ser solidaria en aplicación del principio general de solidaridad pasiva contenido en el artículo 825 del Código de Comercio. Ver: Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, tercera edición, Temis S.A., Bogotá, 2016, pp. 719-720.

¹⁷⁶ En virtud de la regla dispuesta en el artículo 2344 del Código Civil. Así lo plantean, entre otros, Rodríguez Espitia, *Nuevo Régimen de Insolvencia*, p. 1078. En el mismo sentido, Isaza Upegui, Álvaro y Londoño Restrepo, Álvaro, *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial. Ley 1116 de 2006*, segunda edición, Legis, Bogotá, 2008, pp. 357-358.

¹⁷⁷ Así, Isaza Upegui y Londoño Restrepo, *Comentarios al régimen*, y Narváez, como se citó en Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, Tomo I, pp. 719-720.

causados por sus conductas dolosas o culposas ni a su participación en el estado de insolvencia de la compañía. Dicho criterio tiene una doble naturaleza: es un límite cuando los perjuicios causados son superiores, pero también puede extender la responsabilidad cuando el perjuicio ocasionado es inferior.

2.4. En algunos casos puede conllevar el levantamiento del velo societario

La acción prevista en el artículo 82 del estatuto de insolvencia empresarial conlleva un levantamiento del velo societario¹⁷⁸ cuando se ejerce contra los socios o accionistas de la compañía deudora. En estos casos, las acciones culposas o dolosas de estos, ubicadas dentro del contexto de un proceso de insolvencia, conducen a establecer una excepción al régimen de limitación de responsabilidad, que se hace especialmente evidente en las sociedades por acciones.

Así, a diferencia de otros casos de desestimación de la personalidad jurídica¹⁷⁹, el régimen especial de la Ley 1116 de 2006 no requiere que se acredite la existencia de actos fraudulentos por parte de los socios o accionistas demandados ni la utilización de la sociedad con el propósito de causar perjuicio a los acreedores (interposición societaria). Su procedencia se sujeta a los elementos axiológicos

¹⁷⁸ Así lo ha reconocido la doctrina jurídica de la Superintendencia de Sociedades, tal como se observa en los oficios 220-039930 del 15 de agosto de 2007 y 220-171379 del 19 de diciembre de 2011, entre otros. En el mismo sentido, ver: Martínez Neira, Néstor Humberto, *Cátedra de sociedades. Régimen comercial y bursátil*, Legis, Bogotá, 2020, p. 521; y Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, Tomo I, pp. 318-319.

¹⁷⁹ Por ejemplo, el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, complementado desde el punto de vista procesal por el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 1564 de 2012. Del mismo modo, el artículo 207 de la Ley 222 de 1995, que sirvió de antecedente directo del régimen previsto en el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006, establecía como elemento necesario para la prosperidad de este tipo de acciones que “se demuestre que los socios utilizaron la sociedad para defraudar a los acreedores”.

establecidos en el artículo 82 del régimen de insolvencia empresarial, tal como se desarrollará más adelante en este texto.

2.5. Tiene un propósito ético y promueve un incentivo económico

Es innegable que detrás del establecimiento de un régimen de responsabilidad de socios, administradores, revisores fiscales y empleados de la compañía en insolvencia se esconde o un propósito ético o uno económico. Por un lado, este tipo de acciones busca ajustar la conducta de los sujetos vinculados con la gestión de la compañía a las pautas que se derivan del principio de buena fe, así como de los principios, valores y reglas constitucionales.

Entendida como lealtad y corrección (*Treu und Glauben*), la buena fe obliga a las partes de cualquier relación jurídica a tomar en cuenta, además de sus propios intereses, la situación de los demás sujetos involucrados en la actividad (*stakeholders*). El legislador de 2006 impone así a los socios, administradores, revisores fiscales y empleados orientarse por criterios de prudencia, teniendo en cuenta, junto con la utilidad de la compañía, los intereses de los terceros acreedores.

Simultáneamente, la acción de responsabilidad impone un incentivo a las partes interesadas con miras a que el proceso de insolvencia logre, entre otros, preservar el derecho de crédito. Ante la posibilidad de ser condenados a cubrir el faltante del pasivo externo, la Ley 1116 de 2006 destacó la conveniencia de que los sujetos vinculados con la deudora contribuyan al buen suceso del concurso con miras a preservar el valor de los activos sociales y, con ello, a proteger su propio patrimonio.

3. Sujetos de la acción

3.1. Legitimación en la causa por activa

De acuerdo con el artículo 82 del régimen de insolvencia empresarial, la demanda de responsabilidad “deberá promoverse por cualquier acreedor de la deudora”. Lo anterior es una consecuencia lógica de la naturaleza de este tipo de acciones, pues por principio general la responsabilidad solo debe ser intentada por las personas afectadas por el daño, y en el contexto de un desmejoramiento del patrimonio del deudor, serán los acreedores quienes se vean afectados por las conductas de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados de la deudora.

- *El acreedor demandante debe ser anterior al concurso.* Consideramos que todos los acreedores del concurso están legitimados para reclamar la responsabilidad de que trata el artículo 82, independientemente de que sus créditos estén reconocidos, calificados y graduados en el concurso o hayan sido postergados. Viceversa, no están legitimados para demandar la responsabilidad los acreedores posteriores al inicio del concurso (como los de gastos de administración) y aquellos cuyos créditos se hayan originado en el acuerdo o en el otorgamiento de recursos frescos a la compañía.

En el caso de los acreedores especialmente vinculados con el deudor¹⁸⁰, vale la pena anotar que podrían no estar legitimados para demandar cuando hagan parte del grupo de los sujetos

¹⁸⁰ Ley 1116 de 2006. Numeral 1 y párrafo 2 del artículo 69.

llamados a responder, en virtud del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, a menos que no hubiesen conocido los hechos que sirven de fundamento a la responsabilidad, hayan votado en contra y no hayan ejecutado las actuaciones reprochadas¹⁸¹.

- *El acreedor demandante debe ser anterior al hecho dañino.* En las pocas decisiones existentes sobre la materia se recalca la amplitud de la expresión legal “cualquier acreedor”, en la que parecerían caber los titulares de acreencias anteriores y posteriores a la conducta reprochable¹⁸². En nuestro parecer, sin embargo, solo debería poder reclamar la responsabilidad el titular de un crédito anterior a las conductas dañinas, pues él fue quien se vio perjudicado con el deterioro patrimonial ocasionado por los socios, administradores, revisores fiscales o empleados demandados¹⁸³.

En efecto, si las acciones de responsabilidad buscan resarcir un daño, es natural que quien las promueve deba, como mínimo,

¹⁸¹ Ley 1116 de 2006. Inciso segundo del artículo 82.

¹⁸² Por ejemplo, las sentencias de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades 2021-01-325422 del 14 de mayo de 2021, proferida dentro del proceso verbal de Transportes Líquidos de Colombia T.L.C. S.A.S. y otros contra Jaime Alberto Ochoa Muñoz y C.I. International Fuels S.A.S., y 2021-01-451644 del 14 de julio de 2021, proferida en el marco del proceso verbal de Cooperativa Santandereana de Transportadores - Copetrán Ltda. contra C.I. International Fuels S.A.S.

¹⁸³ En el mismo sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia expresó, en Sentencia SC3414-2019 del 26 de agosto de 2019, radicación 76001-31-03-013-2004-00011-01 [MP. Álvaro Fernando García Restrepo], que por vía de principio, el llamado a ejercer las acciones de responsabilidad debe ser el acreedor “al que le sobrevino una lesión patrimonial”, por ser él el afectado con la conducta dañina del demandado. Esta sentencia también fue citada en el fallo de la Sentencia 2021-094879 del 25 de marzo de 2021 de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, proferida en el proceso verbal de Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa en liquidación forzosa administrativa contra Interbolsa S.A.

haber sido uno de los sujetos afectados con las conductas reprochadas. Ello ocurre cuando el acreedor es anterior al hecho dañino, no cuando se adquirió un crédito con posterioridad, respaldado en un patrimonio que ya estaba deteriorado.

- *El acreedor demandante debe ser parte del proceso concursal.* La acción de responsabilidad tiene como efecto cubrir el faltante del pasivo externo del concurso. Con respecto a esta medida, consideramos que el acreedor que demanda debe necesariamente ser parte del proceso de insolvencia respectivo, sin importar que se encuentre postergado en su pago. En consecuencia, no pueden demandar los acreedores excluidos del concurso, como está previsto en el artículo 26 de la Ley 1116 de 2006.
- *No se requiere que el acreedor sea titular de un crédito cierto.* Los acreedores litigiosos y condicionales están legitimados para iniciar las acciones de responsabilidad de que trata el artículo 82 del régimen de insolvencia empresarial. La norma les reconoce el derecho a ser calificados y graduados y a que se realicen provisiones contables para respaldar su eventual pago. En esta medida, ellos también han podido afectarse con la conducta de los administradores, socios, revisores fiscales y empleados y pueden demandar la responsabilidad subsidiaria de estos sujetos para proteger su “germen de derecho”.
- *Sujetos no legitimados para demandar.* La responsabilidad de que trata el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006, a pesar de estar estructurada como un mecanismo en beneficio de la

universalidad de los acreedores del concurso, excluyó a algunos sujetos con interés. Así, no atribuye el derecho a demandar la responsabilidad a la compañía en concurso¹⁸⁴ ni al auxiliar de la justicia (promotor o liquidador); tampoco dota al juez del concurso de la posibilidad de iniciarlas de oficio, a diferencia de lo que ocurre en otras acciones paralelas a la insolvencia, como las revocatorias y las simulaciones concursales.

3.2. Legitimación en la causa por pasiva

El artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 agrupa una cantidad variada de supuestos de responsabilidad dentro de la misma acción. Esto se evidencia de manera particularmente intensa en los sujetos contra los cuales puede promoverse esta acción, en una aglutinación antitécnica y “desafortunada”¹⁸⁵.

- *Administradores.* El régimen del artículo 82 debe complementarse con las disposiciones del Código de Comercio y de la Ley 222 de 1995 en materia de responsabilidad de administradores¹⁸⁶. Solo están llamados a responder aquellos administradores enunciados en el catálogo del artículo 22 de la Ley 222 de 1995, incluidos los suplentes, en la medida en que efectivamente hayan ejercido el cargo¹⁸⁷ y dentro de los límites temporales en que lo hayan ejercido. En caso de que el administrador sea una persona jurídica, su responsabilidad se

¹⁸⁴ Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Marzo 25 de 2021). Sentencia 800-000021. Proferida dentro del proceso verbal de Interbolsa Sociedad Comisionista de Bolsa S.A. contra Interbolsa S.A. en liquidación judicial y otros.

¹⁸⁵ Rodríguez Espitia, *Nuevo Régimen de Insolvencia*, p. 1078.

¹⁸⁶ Isaza Upegui y Londoño Restrepo, *Comentarios al régimen*, p. 344.

¹⁸⁷ Superintendencia de Sociedades. (Octubre 1 de 2007). Oficio 220-048046.

extiende a quien haya actuado como su representante legal. En todo caso, no están llamados a responder quienes que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

- *Socios o accionistas.* Este supuesto de levantamiento del velo societario¹⁸⁸ comprende a los socios o accionistas que hayan tenido dicha calidad al momento del hecho dañino, salvo que no hayan tenido conocimiento del mismo o hayan votado en contra, siempre que no hayan ejecutado la decisión respectiva. Estimamos que en este grupo caben también otros sujetos que han recibido derechos políticos de naturaleza temporal en la compañía, como los usufructuarios de acciones y los acreedores garantizados con quienes se haya acordado dicha prerrogativa, pues el supuesto de responsabilidad reside en el ejercicio de un poder para intervenir en la toma de las decisiones que conciernen la suerte de la compañía.
- *Revisores fiscales.* Su régimen de responsabilidad debe complementarse con lo previsto en otros estatutos, como los artículos 207 y siguientes del Código de Comercio, 41 de la Ley 43 de 1990 y 42 y siguientes de la Ley 222 de 1995. En esta medida, su responsabilidad se limita a las funciones que legal y estatutariamente les corresponden y, por tanto, pueden achacárseles las actuaciones administrativas de la compañía para la cual presten sus servicios.
- *Empleados.* El artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 incluyó a los “empleados” de la compañía dentro de los sujetos del régimen

¹⁸⁸ Ver numeral 2.4. de este escrito.

de responsabilidad, término demasiado genérico en su redacción, que podría comprender a una enorme cantidad de sujetos. Al parecer, el legislador buscaba referirse, específicamente, a la situación del contador, como un complemento a su función de otorgar fe pública en los actos propios de su profesión¹⁸⁹. En los demás casos, consideramos que debe acotarse el sentido de la norma para que únicamente comprenda a aquellos que, sin ser administradores, hayan cumplido funciones de dirección, confianza o manejo de los asuntos de la compañía.

3.3. Interés para obrar

De acuerdo con los supuestos del artículo 82 de la Ley 1116 de 2006, es evidente que solo tendrían interés para demandar la responsabilidad subsidiaria de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados aquellos acreedores que en virtud del concurso no podrán recibir el pago total de su crédito.

El caso paradigmático de este interés se manifiesta en aquellos procesos de liquidación en los que, con posterioridad a la adjudicación de los activos del deudor, se mantengan saldos sin pagar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se evidencia “bien porque habiendo terminado el trámite concursal no quedaron bienes y derechos suficientes para satisfacer su crédito, o ya porque no habiendo culminado, a todas luces se avizora esa circunstancia”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Ley 43 de 1990, artículo 10.

¹⁹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC2837-2018.

Consideramos que, además de estas situaciones, pueden presentarse otros eventos de interés para obrar en procesos distintos de los liquidatorios. A manera de ejemplo exponemos algunos casos: i) los acreedores que puedan proyectar que no serán pagados a partir de los criterios contables dispuestos para las empresas en estado de liquidación, de acuerdo con lo expresado en el Decreto 2101 de 2016 y con las proyecciones de gastos fijadas por el liquidador; ii) los acreedores que no reúnan las condiciones para votar un eventual acuerdo de adjudicación o un acuerdo de reorganización en el proceso de liquidación judicial, según los criterios dispuestos en el artículo 2.2.2.13.4.1. del Decreto 1074 de 2015; iii) el acreedor que no haya sido comprendido en mecanismos como el de “salvamento de empresas en estado de liquidación judicial inminente” al que se refería el Decreto 560 de 2020, y iv) el acreedor de la reorganización que, sin haber votado a favor del acuerdo, fue cobijado por una cláusula que rebajó el capital de su acreencia.

4. Elementos axiológicos de la acción

4.1. Ámbito de aplicación.

4.1.1. Existencia de un proceso de insolvencia empresarial

Por tratarse de un proceso paralelo y accesorio a los concursales regulados por la Ley 1116 de 2006, es preciso que la compañía deudora haya iniciado un proceso de reorganización, de validación de acuerdos extrajudiciales de reorganización o de liquidación judicial, previstos en el régimen de insolvencia empresarial. En consecuencia, no es posible adelantar un proceso de responsabilidad de socios, administradores, revisores fiscales o empleados cuando la compañía

deudora no cursa uno de los procesos concursales regulados por la Ley 1116 de 2006 o cuando esté sujeta a un concurso especial¹⁹¹.

Para tal efecto, no importa que el proceso concursal haya concluido al momento en que se promueva o se falle la acción de responsabilidad. Lo anterior es consecuencia del principio de no prejudicialidad previsto en el estatuto de insolvencia empresarial¹⁹², así como de una línea jurisprudencial uniforme según la cual las sociedades liquidadas mantienen su capacidad de adelantar e intervenir procesos jurisdiccionales¹⁹³. La propia práctica ha mostrado que algunas sentencias de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades se han proferido años después de terminado el proceso concursal e, incluso, de la liquidación de la sociedad deudora¹⁹⁴.

¹⁹¹ Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Marzo 25 de 2021). Sentencia 800-000021. Expediente 2013-802-018. Proceso verbal de Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa en liquidación forzosa administrativa contra Interbolsa S.A. en liquidación judicial y otros.

¹⁹² Ley 1116 de 2006. Artículo 7. Sobre el punto, cabe destacar la Sentencia C-006 de 2018 [MP. Cristina Pardo Schlessinger], mediante la cual la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de dicha norma legal.

¹⁹³ Así, por ejemplo, las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, del 19 de febrero de 1993 [MP. Carmelo Martínez Conn], expediente 3760, y del 19 de abril de 1996 [MP. Guillermo Chahín Lizcano], expediente 7557; y de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 7 de noviembre de 2007 [MP. Jaime Alberto Arrubla Paucar], expediente 11001-02-03-000-2005-00872-00, reiterada en las sentencias del 5 de agosto de 2013 [MP. Ariel Salazar Ramírez], expediente 66682-31-03-001-2004-00103-01, y STC7136-2015 del 5 de junio de 2015 [MP. Luis Armando Tolosa Villabona], expediente 15001-22-13-000-2015-00197-01.

¹⁹⁴ Por ejemplo, las acciones de responsabilidad que se originaron en el proceso de insolvencia de Interbolsa S.A., que aunque iniciaron cuando aún estaba en curso, fueron decididas años después de su terminación. Mientras que la aprobación de la rendición de cuentas finales de la liquidación se dio mediante Auto 400-003799 del 8 de marzo de 2016, las sentencias proferidas en los procesos respectivos se dieron mediante los fallos 800-000031 del 26 de abril de 2017 y 800-000021 del 25 de marzo de 2021.

4.1.2. Naturaleza del deudor en concurso

Por tratarse de un proceso accesorio al de insolvencia empresarial, la responsabilidad del artículo 82 en principio es aplicable a las personas naturales y jurídicas que no han sido excluidas ni sometidas a un régimen especial, a las sucursales de sociedades extranjeras y a los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales¹⁹⁵. Sin embargo, es evidente que la mayor parte de los supuestos de responsabilidad regulados en la norma solo pueden aplicarse a concursos que se adelanten contra sociedades o sucursales de sociedades extranjeras.

En el caso de los patrimonios autónomos sujetos a concurso, cabe preguntarse si esta acción procede contra el fiduciario. Esto dependerá de la amplitud de la noción de “administrador” que se asuma, y de si se limitará a los sujetos listados por la Ley 222 de 1995 o de si admite alguna extensión dadas las particularidades del contrato de fiducia. En el caso de las personas naturales, la acción del artículo 82 solo tendría sentido en supuestos excepcionalísimos y, específicamente, en el caso de ciertos empleados.

4.2. Hecho dañino. Daño y perjuicio a los acreedores

Para determinar en qué casos se ha comprometido la capacidad de la concursada para pagar a los acreedores concursales y estos han sufrido perjuicios, la Ley 1116 de 2006 estableció dos requisitos: uno de existencia y uno de exigibilidad. En primer lugar, es necesario que se haya desmejorado el patrimonio del deudor que sirve como prenda general de los acreedores; en segundo lugar, para que dicha

¹⁹⁵ Cfr. Ley 1116 de 2006. Artículos 2 y 3.

responsabilidad pueda ser efectiva es preciso que exista un faltante para satisfacer los pasivos del concurso.

4.2.1. Desmejora en la prenda común de los acreedores

El artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 establece que la acción de responsabilidad procede en todos aquellos casos en los que “la prenda común de los acreedores sea desmejorada”. Pero ¿qué se debe entender por ello?

Una perspectiva clásica del problema parte de hacer un análisis estático de la situación financiera de la compañía y de los resultados de la acción, omisión u operación en estudio en el balance de la empresa. En este entendido, cualquier conducta que desequilibre la relación activo-pasivo de la compañía, especialmente aquellas que generan o agravan una situación deficitaria, desmejora la prenda general de los acreedores.

Si bien es una visión sencilla y directa, no siempre es adecuada para juzgar la conducta de los indagados ni para evaluar todos los tipos de perjuicios patrimoniales. Por un lado, porque está ligada a un momento, corte o fecha específica que puede ser útil en escenarios liquidatorios, mas no en un contexto dinámico como el de una empresa en recuperación. Por otro, porque puede pasar por alto actuaciones en apariencia inofensivas, pero que podrían ser fuente de perjuicios para la compañía, como ocurre en el caso de algunas operaciones financieramente neutras que dificultan las condiciones de funcionamiento de la empresa y sus posibilidades de recuperación. Por lo tanto, es importante abordar el problema de la desmejora patrimonial con un rasero más amplio.

4.2.2. Existencia de un pasivo externo faltante

Como requisito de exigibilidad¹⁹⁶, el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 requiere que exista un faltante para pagar el pasivo externo del concurso. Al respecto, es necesario hacer algunas precisiones que quizá parezcan obvias. En primer lugar, el faltante debe referirse al pasivo externo de la sociedad en concurso y no al del acreedor que demanda¹⁹⁷. Esta precisión puede resultar particularmente útil cuando la crisis involucra a distintas compañías vinculadas en virtud de situaciones de control o de grupo empresarial y, en particular, cuando el régimen especial al que se sujeta la insolvencia del acreedor demandante no contempla una acción como la prevista en el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006¹⁹⁸. En segundo lugar, dicho faltante solo se extiende a los créditos con acreedores externos a la compañía y no comprende el pasivo interno. Así, por medio de esta acción los socios o accionistas solo pueden reclamar créditos distintos de los eventuales remanentes de que tratan los artículos 247 y siguientes del Código de Comercio, sin perjuicio de los casos de confusión a los que nos referiremos más adelante¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Sobre este punto nos remitimos a la distinción entre existencia y exigibilidad de la responsabilidad subsidiaria, expuestas en el numeral 2.2. de este escrito.

¹⁹⁷ Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos de Insolvencia. (Marzo 25 de 2021). Sentencia 800-000021. Expediente 2013-802-018. Proceso verbal de Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa en liquidación forzosa administrativa contra Interbolsa S.A. en liquidación judicial y otros.

¹⁹⁸ Este es el caso del fallo citado en la nota anterior (Sentencia 800-000021 de la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia). En él, la Superintendencia de Sociedades negó las pretensiones formuladas por la sociedad demandante porque encontró que la acción no buscaba cubrir el pasivo faltante de la compañía, que se encontraba bajo el régimen de la Ley 1116 de 2006, sino el de la parte actora, que estaba sujeta al régimen de liquidación del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

¹⁹⁹ Ver numeral 6.2. de este escrito.

4.3. Conducta dolosa o culposa de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados

El artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 establece un régimen de responsabilidad de raigambre subjetivo, derivado de “conductas, dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados”. Se trata de un sistema de culpa probada en el que la carga de la prueba del dolo o de la negligencia corresponde al acreedor que haya ejercido la acción²⁰⁰, según pautas similares a las que la Ley 222 de 1995 prevé para los administradores societarios²⁰¹.

4.3.1. Evaluación de la conducta del administrador a la luz del criterio de los deberes de buena fe, lealtad y diligencia del buen hombre de negocios

Si bien el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 hace una referencia genérica a las conductas “dolosas o culposas”, no ofrece mayores elementos para determinar los criterios aplicables en función de la gradación de culpas del artículo 63 del Código Civil²⁰² o de la naturaleza del acto o negocio que originó el perjuicio reclamado²⁰³. Para ello habrá

²⁰⁰ Código General del Proceso. Artículo 167.

²⁰¹ Rodríguez Espitia, *Nuevo Régimen de Insolvencia*, p. 1081.

²⁰² Según Jorge Pinzón Sánchez, el criterio de diligencia predicable del buen hombre de negocios “es un arquetipo construido con fundamento en el buen padre de familia” y, por tanto, un desarrollo en materia mercantil de las reglas generales del derecho civil previstas en el artículo 63 del Código Civil. Ver: Pinzón Sánchez, Jorge, “El buen hombre de negocios y la crisis de la empresa”, en *Nuevos retos del derecho comercial*, Biblioteca Jurídica Diké, Colombia y Colegio de Abogados de Medellín, 2000, p. 33. En el mismo sentido, ver: Rodríguez Espitia, *Nuevo Régimen de Insolvencia*. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el patrón del buen hombre de negocios, más que un desarrollo, es una excepción a las pautas comunes del artículo 63 del Código Civil. Ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Diciembre 7 de 2021). Sentencia SC5430-2021. Expediente 05001 31 03 010 -2014 01068 01. [MP. Octavio Augusto Tejeiro Duque].

²⁰³ Código Civil. Artículo 1604.

que analizar la conducta de los administradores a la luz de los deberes de buena fe, lealtad y diligencia.

En virtud del deber de buena fe, los administradores deben comportarse con lealtad y corrección. Se espera que sus actuaciones busquen cumplir tanto el objeto de la sociedad como los intereses que a través de ella se expresan: los de los accionistas mayoritarios y minoritarios y los de los terceros impactados por las actividades de la compañía²⁰⁴. Para ello, habrá de juzgarse la conducta de los administradores a la luz del régimen de conflictos de interés²⁰⁵ y, en especial, de lo relacionado con los intereses de terceros, debido a que el buen estado patrimonial de la compañía afecta el derecho de los acreedores, que se manifiesta en la prenda general²⁰⁶.

En cuanto al deber de diligencia, las actuaciones de los administradores se deben juzgar de acuerdo con el criterio de la profesionalidad²⁰⁷. En consecuencia, sus actuaciones se juzgarán según los deberes predicables del hombre común en sus negocios, a partir del patrón de comparación del “buen hombre de negocios”²⁰⁸; del cumplimiento de los deberes implícitamente comprendidos en su

²⁰⁴ Hansmann, Henry & Kraakman, Reinier, “Agency Problems and Legal Strategies”, en *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, United States, 2004, pp. 23-24; Reyes Villamizar, Francisco, *Análisis económico del derecho societario*, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Bancolombia y Editorial Ibáñez, Colombia, 2012, pp. 69-71.

²⁰⁵ Superintendencia de Sociedades. (Julio 12 de 2022). Resolución 100-000008 (Circular Básica Jurídica), numeral 5.2.2. Sobre el deber de lealtad y los casos de conflicto de interés que lo ponen en entredicho, ver: Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Septiembre 1 de 2014). Sentencia 800-000052. Proceso verbal de sucesión de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. en liquidación.

²⁰⁶ Al respecto, nos remitimos a lo dicho en el numeral 2.5. de este escrito sobre la expresión de la lealtad con los variados intereses en juego como expresión de la buena fe objetiva.

²⁰⁷ Isaza Upegui y Londoño Restrepo, *Comentarios al régimen*, p. 344; Rodríguez Espitia, *Nuevo Régimen de Insolvencia*, p. 1081.

²⁰⁸ Ley 222 de 1995. Artículo 23.

cargo²⁰⁹; de las disposiciones legales y estatutarias, y de los códigos de buen gobierno empresarial²¹⁰. Al respecto, la jurisprudencia societaria parte de la existencia de un margen de discrecionalidad (*business judgement rule*) dentro del cual se considera admisible la toma de decisiones y la ejecución de operaciones, de manera que el administrador no puede ser reprochado por los actos que razonablemente ejerza dentro de dicho margen de autonomía²¹¹.

4.3.2. Presunción de culpa por infringir las normas legales y por extralimitar sus funciones

El artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 presume la culpa de quien ha incumplido o se ha extralimitado en las funciones que le corresponden, o de quien ha infringido disposiciones legales o estatutarias. Esta norma replica el contenido del artículo 200 del Código de Comercio y lo desarrolla con algunas reglas derivadas de los artículos 769 y 1525 del Código Civil.

Por tratarse de un medio de prueba indirecto, la referida presunción no desvirtúa ni exime de la carga de la prueba. Para que ella opere se requiere que el acreedor demandante demuestre el supuesto de base: la infracción, incumplimiento o extralimitación respectiva. Se trata,

²⁰⁹ Superintendencia de Sociedades. Resolución 100-000008 (Circular Básica Jurídica). Numeral 5.2.3.

²¹⁰ Isaza Upegui y Londoño Restrepo, *Comentarios al régimen*, p. 354.

²¹¹ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-000052 y Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. (Julio 9 de 2015). Sentencia 800-000085. Proceso verbal de Morocota Gold S.A.S. contra Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara.

El criterio de la regla de la discrecionalidad o *business judgement rule* se ha empezado a acoger en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Julio 7 de 2021). Sentencia SC2749-2021. Expediente 08001-31-03-005-2012-00109-01. [MP. Álvaro Fernando García Restrepo].

finalmente, de una presunción legal que admite prueba en contrario y es susceptible de ser desvirtuada por el interesado²¹², sea a través de la prueba de la diligencia predicable del sujeto demandado o de una causa extraña.

4.3.3. Algunos supuestos específicos

La reglamentación de la norma realizada por el Gobierno nacional incluye, a título ilustrativo, una serie de casos que pueden ser tenidos en cuenta por el juez del concurso para juzgar la responsabilidad de los socios en el contexto de un “grupo de empresas”²¹³. Entre otros eventos, han de destacarse aquellos supuestos que, de acuerdo con la ley, pueden ser sancionables con inhabilidad para ejercer el comercio²¹⁴. Ahora bien, como estos últimos casos también podrían ser alegados como una cuestión accesoria que debe ser resuelta como incidente dentro del proceso concursal²¹⁵, en el evento en que así hubiese ocurrido, al proceso verbal de responsabilidad de socios, administradores, revisores fiscales y empleados se podrían trasladar tanto las pruebas que se practiquen en el curso de dicho trámite²¹⁶ como la decisión con la que el juez del concurso hubiese resuelto el incidente.

²¹² Al respecto, en lo relacionado con la presunción incluida en el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, que subrogó el artículo 200 del Código de Comercio, ver: Corte Constitucional. Sentencia C-123 de 2006. [MP. Clara Inés Vargas Hernández] y Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Mayo 26 de 2015. DO. N.º 49523, artículo 2.2.2.14.1.1., modificado por el artículo 27 del Decreto 991 de 2018 y el artículo 2.2.2.14.3.4., que compiló el artículo 24 del Decreto 1749 de 2011.

²¹⁴ Ley 1116 de 2006. Artículo 83.

²¹⁵ Ley 1116 de 2006. Artículo 8.

²¹⁶ Para el efecto, deberá seguirse lo dispuesto en el artículo 174 del Código General del Proceso.

4.4. Nexo de causalidad

A diferencia de lo que ocurre con las acciones de responsabilidad de matrices y controlantes del artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, las del artículo 82 exigen que el demandante pruebe que existe un nexo de causalidad entre la conducta de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados y los perjuicios ocasionados a la prenda general de los acreedores. En esta medida, el acreedor demandante habrá de acreditar los factores contables, financieros, administrativos o comerciales que llevaron a que las conductas que se reprochan a los socios, administradores, revisores fiscales y empleados se materializaran en el daño a la prenda general del deudor.

En este marco, es necesario demostrar que las conductas de los demandados efectivamente generaron o agravaron el detrimento patrimonial del deudor. En nuestro sentir, debe considerarse, entre otros elementos, el porcentaje de participación del socio en el capital de la compañía y qué tanto incidió en la toma de las decisiones cuestionadas; si el socio no fue quien tomó las decisiones reprochadas; si en caso de que, en virtud de un acuerdo parasocial o de otro tipo de figura legal, ese tipo de decisiones correspondían a otro socio o a un tercero, qué tanto control tenía el socio demandado en la producción de la conducta recriminada; si existía un vínculo entre las funciones legales y estatutarias del administrador o del revisor fiscal y los daños ocasionados; cuáles eran las actividades asignadas al empleado, en virtud de su contrato de trabajo o de los manuales de procesos, procedimientos y funciones de la compañía, y qué tanta independencia tenía el empleado frente a otros administradores o funcionarios de la empresa.

En el estudio sobre el nexo de causalidad también han de comprenderse los eventuales hechos eximentes, predicables del socio, administrador, revisor fiscal o empleado respectivo, como no haber conocido las actuaciones dañinas o, si las votó en contra, no haberlas ejecutado²¹⁷; haber obrado con la diligencia de un buen hombre de negocios²¹⁸, y las funciones propias de su encargo. También se discutirá si existen circunstancias externas que incidieron en la producción del daño, como los eventos de caso fortuito o la fuerza mayor, hechos de terceros e incluso hechos de la propia víctima demandante.

Tal como lo han manifestado varios autores²¹⁹, no parece adecuado que el régimen de insolvencia empresarial haya exigido los mismos supuestos de exclusión de responsabilidad a los socios, administradores, revisores fiscales y empleados, pues muchos de ellos carecen de funciones administrativas y algunos incluso no tienen más remedio que ejecutarlas debido al vínculo de subordinación al que están sujetos los empleados. Estimamos que el juez que conozca de este tipo de casos debe tener una aproximación amplia al problema y evitar exacerbar los efectos de la equiparación realizada por el legislador.

4.5. Ineficacia de estipulaciones contractuales

El artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 dispone, de una manera muy semejante a como lo prevé el artículo 200 del Código de Comercio, la ineficacia de pleno derecho de las estipulaciones contractuales con las

²¹⁷ Sobre el punto, ver numerales 3.2.1. y 3.2.2. de este escrito.

²¹⁸ Ver numeral 4.3.1. de este escrito.

²¹⁹ Rodríguez Espitia, *Nuevo Régimen de Insolvencia*, p. 1082. Y en lo relacionado específicamente con los socios, Isaza Upegui y Londoño Restrepo, *Comentarios al régimen*, p. 389.

cuales se busque exonerar de responsabilidad a los socios, administradores, revisores fiscales o empleados por los supuestos allí previstos. Se trata de un esfuerzo por lograr la efectividad de la responsabilidad prevista en la norma, más allá de cualquier intento convencional por enervar o limitar sus alcances a topes que el legislador considera inadmisibles, como el monto de las cauciones ofrecidas²²⁰.

La referida disposición es el producto de una larga evolución en nuestra cultura jurídica, relacionada con la validez de las cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad²²¹. Consideramos que este tipo normas de orden público²²² son saludables para dotar de prudencia la actividad de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados en el ámbito de la preinsolvencia. Sin embargo, algún sector de la doctrina las ha atacado recientemente por su “gran rigidez” y por su arraigo a lo que consideran un “principio obtuso”²²³. Se ha llegado a proponer que, con fundamento en la regla de la discrecionalidad (*business judgement rule*), se derogue este tipo de sanciones legales²²⁴, que incluso sustentan, con cierto dramatismo, en el ejemplo de algún caso aislado²²⁵.

²²⁰ Rodríguez Espitia, *Nuevo Régimen de Insolvencia*, p. 1084.

²²¹ Cfr. Sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 9 de diciembre de 1936 [MP. Antonio Rocha], GJ. XLIV, p. 405 y siguientes; del 6 de marzo de 1972 [MP. Humberto Murcia Ballén], GJ. CXLII, p. 106; del 13 de diciembre de 1962 [MP. Enrique López de la Pava], GJ. C, p. 280, y del 8 de septiembre de 2011 [MP. William Namén Vargas], expediente 11001-3103-026-2000-04366-01, entre muchas otras.

²²² Isaza Upegui y Londoño Restrepo, *Comentarios al régimen*, pp. 344 y 389.

²²³ Reyes Villamizar, Francisco, “Apuntes para una reforma al régimen de sociedades”, *Proyecto de reforma al régimen societario*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2015, p. 30.

²²⁴ Así, en el artículo 35 del Proyecto de Ley 70 de 2015, promovido por el entonces Superintendente de Sociedades, Francisco Reyes Villamizar, se proponía la posibilidad de pactar cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad a favor de los administradores sociales. Ver: Superintendencia de Sociedades, *Proyecto de reforma al régimen societario*, Bogotá, 2015, p. 88.

²²⁵ Mendoza, José Miguel, “Revisitando la responsabilidad de administradores en la insolvencia”, *Actualidad concursal*, 2021, 4, pp. 4-12.

Más allá de esta discusión, en la que no es del caso profundizar, no puede dejar de notarse que esta ineficacia, que se justifica en lo relacionado con la situación de los administradores, resulta algo exótica en lo que hace a algunos de los supuestos regulados, es decir, frente a los socios, administradores, revisores fiscales y empleados del deudor en concurso²²⁶.

4.6. Autonomía de la acción de responsabilidad

La acción de responsabilidad de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados es autónoma de otros supuestos y sanciones previstas en la ley respecto de dichos sujetos²²⁷. Se trata de una responsabilidad de tipo civil, que coexiste con otros supuestos de responsabilidad, como la penal, la administrativa, la disciplinaria o la fiscal, así se deriven de los mismos hechos, y que es perfectamente compatible con la imposición de sanciones pecuniarias por parte de otras autoridades, como las multas que se fijan en procesos penales, fiscales, disciplinarios o en investigaciones administrativas, en el marco de las funciones de inspección, vigilancia y control.

Por su parte, la acción de responsabilidad del artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 se circunscribe a los efectos de las conductas de los intervinientes en el pasivo del deudor, sin tomar en consideración otro tipo de perjuicios, como los extrapatrimoniales o los patrimoniales distintos de los allí indicados, o a favor de sujetos distintos de los acreedores concursales. En consecuencia, la acción en comento no excluye la posibilidad de reclamar la responsabilidad contractual o

²²⁶ En el mismo sentido, ver: Rodríguez Espitia, *Nuevo Régimen de Insolvencia*, pp. 1083-1084.

²²⁷ Rodríguez Espitia, *Nuevo Régimen de Insolvencia*, p. 1084.

extracontractual en procesos de naturaleza ordinaria, con miras a resarcir esos otros perjuicios.

Finalmente, en algunos supuestos es posible que la responsabilidad regulada en el artículo 82 coexista con otras acciones paralelas a la insolvencia, como las de responsabilidad de matrices o controlantes o las acciones revocatorias y de simulación concursales. Sobre estos asuntos volveremos más adelante²²⁸.

5. Aspectos procesales

5.1. Competencia

El artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 establece la competencia del proceso de responsabilidad en el juez del concurso, quien conocerá del caso en un proceso independiente. Se trata de una competencia exclusiva y excluyente y, por tanto, la demanda se debe presentar ante la misma autoridad jurisdiccional que conoce el proceso de insolvencia, sin necesidad de reparto.

Por tratarse de una competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso, consideramos que a este tipo de acciones no les aplican las reglas sobre pérdida de competencia previstas en la legislación procesal por exceso en el término máximo de duración del proceso. En efecto, el conocimiento de este tipo de procesos estará siempre atado al funcionario que conozca del proceso de insolvencia, sin que sea jurídicamente posible trasladarlo a un juez distinto, y la competencia

²²⁸ Ver numeral 5.5. de este escrito.

del juez del concurso está excluida, por ministerio de la ley, de las reglas sobre término máximo de duración del proceso²²⁹.

5.2. Posibilidad de acudir a una segunda instancia

Las acciones de responsabilidad de socios, administradores, revisores fiscales y empleados están diseñadas para ser tramitadas ante el mismo juez del concurso, pero mediante un “trámite independiente al de la insolvencia”. Tal vez una de las principales consecuencias derivadas de la independencia de su trámite consiste en la posibilidad de acudir a una segunda instancia para apelar la sentencia que decida sobre el caso y las demás providencias que, de acuerdo con la ley, sean susceptibles de alzada.

Ahora bien, en otros procedimientos paralelos a la insolvencia, como las acciones revocatorias y de simulación concursales, se ha discutido la cuestión ante el Tribunal Superior de Bogotá y ante la Corte Suprema de Justicia. Se ha llegado incluso a sostener que las decisiones que tome el juez del concurso en los procesos de este tipo no son apelables debido a que los de insolvencia se deben tramitar en única

²²⁹ Código General del Proceso. Parágrafo 5 del artículo 24: “Las decisiones adoptadas en los procesos concursales y de reorganización, de liquidación y de validación de acuerdos extrajudiciales de reorganización, serán de única instancia, y seguirán los términos de duración previstos en el respectivo procedimiento” [subrayado fuera de texto]. Para una cabal comprensión de esta norma, nos remitimos al informe de ponencia para segundo debate en el Senado de la República del proyecto de ley del Código General del Proceso. En él se expuso: “en el parágrafo 5° se expresa que los términos de duración previstos para los procedimientos concursales se regirán por lo dispuesto en la legislación especial que regula la materia puesto que, en virtud de la complejidad de las cuestiones debatidas y la pluralidad de sujetos que allí intervienen, en muchas ocasiones los tiempos previstos en la ley para ellos desbordan desde su mismo diseño legislativo el plazo previsto en el artículo 121”. Ver: Congreso de la República. Informe de Ponencia para segundo debate en el Senado de la República (Plenaria) al proyecto de ley número 159 de 2011 Senado, 196 de 2011 Cámara ‘por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones’. Gaceta del Congreso año XXI, número 261, Bogotá, 23 de mayo de 2012, p. 19.

instancia y a que las de revocatorias y de simulación son acciones accesorias de ellos²³⁰.

Sin profundizar sobre el punto, consideramos que dicha discusión no cabe en las acciones de responsabilidad materia del presente escrito. La simple redacción de la ley, que insiste en la independencia del trámite de esta acción y del proceso de insolvencia, debería bastar para remitirse a las disposiciones generales en materia de procedimiento que establecen la segunda instancia como regla para los procesos en los que se ventilen controversias societarias²³¹ y de acuerdo con las cuales corresponderá su conocimiento al tribunal del distrito judicial de la sede donde se haya proferido la decisión respectiva²³². En armonía con lo anterior, el Tribunal Superior de Bogotá ya ha tramitado y resuelto de fondo varios recursos de apelación contra providencias proferidas por la Superintendencia de Sociedades en este tipo de procesos²³³.

²³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias STC8098-2016 del 16 de junio de 2016 [MP. Luis Alonso Rico Puerta]; STC8123-2016 del 17 de junio de 2016 [MP. Luis Armando Tolosa Villabona], y STC17798-2016 del 7 de diciembre de 2016 [MP. Luis Armando Tolosa Villabona]; y Auto AC4840-2018 del 9 de noviembre de 2018 [MP. Álvaro Fernando García Restrepo].

²³¹ Código General del Proceso. Artículos 9 (principio general de doble instancia), 20.4 (competencia de los jueces civiles del circuito para conocer en primera instancia las controversias originadas en el contrato de sociedad) y 24 parágrafo 3 (identidad de vías procesales entre los procesos adelantados ante las superintendencias y ante los jueces ordinarios).

²³² Código General del Proceso. Artículo 31.2.

²³³ *Cfr.* Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, sentencia del 1 de diciembre de 2017 [MP. Liana Aida Lizarazu Vaca], expediente 11001319900220140203803, que confirmó el fallo proferido por la Superintendencia de Sociedades en el proceso verbal de Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa contra Alessandro Corridori y otros. Y Sentencia del 5 de noviembre de 2019 [MP. Iván Darío Zuluaga Cardona], expediente 11001310302220160040802, que confirmó el fallo proferido por la misma autoridad administrativa en el proceso de Know Group Inc. S.A. contra Jorge Enrique Vargas Amézquita y otros.

Finalmente, por tratarse de un proceso declarativo, los fallos que llegue a proferir el Tribunal en segunda instancia pueden ser susceptibles de recurso extraordinario de casación cuando cumplan los requisitos dispuestos para ello por el Código General del Proceso.

5.3. Trámite

Si bien en su versión original el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 disponía que este tipo de procesos debían seguir el trámite abreviado, desde la expedición de la Ley 1395 de 2010²³⁴, primero, y del Código General del Proceso²³⁵, todos estos asuntos deben tramitarse por el procedimiento verbal.

5.4. Naturaleza de la sentencia

5.4.1. Se trata de una sentencia de condena

La sentencia que se profiera en el marco de un proceso de responsabilidad de socios, administradores, revisores fiscales y empleados tiene la naturaleza de un fallo de condena. En caso de encontrar probados los supuestos de la responsabilidad, el juez del concurso impondrá al demandado la prestación de responder por el faltante del pasivo externo que no será satisfecho en el concurso.

En la parte resolutive de este tipo de sentencias no es necesario que el juez declare la existencia de los presupuestos de éxito de la acción de responsabilidad, como la afectación en la prenda general de los acreedores, la existencia de un faltante en el pago del pasivo externo o

²³⁴ Ley 1395 de 2010. Artículos 21 y siguientes, en especial, el artículo 44, que derogó los artículos 408 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

²³⁵ Código General del Proceso. Artículo 368 y siguientes.

el nexo de causalidad con las acciones u omisiones de los demandados²³⁶. Tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás, toda reclamación (y, añadimos, toda resolución) de condena “lleva implícita la de la causa que la origina”²³⁷.

5.4.2. ¿Debe determinar una condena en concreto?

Cabe preguntarse si a la hora de proferirse la sentencia el juez del concurso está obligado a determinar el monto de la condena en concreto o si, por el contrario, basta con que se condene a los demandados vencidos a asumir el pago, en abstracto, del faltante del pasivo externo.

El artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 no establece los términos en los que debe proferirse la condena; en consecuencia, una primera aproximación al asunto parecería apuntar a que el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 283 del Código General del Proceso y realizar la condena “por cantidad y valor determinados”.

Sobre este punto, las decisiones de la Superintendencia de Sociedades han sido vacilantes y contradictorias. En un principio profirió condenas en abstracto por “el faltante del pasivo externo” y defirió el asunto a lo que se determinase en el proceso liquidatorio²³⁸. Sin

²³⁶ Esta parece ser una práctica frecuente en las sentencias de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades. Así, por ejemplo, en las sentencias 800-000031 de 26 de abril de 2017, proceso verbal de Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa contra Alessandro Corridori y otros, y la 2020-01-528072 del 30 de septiembre de 2020, proferida en el proceso verbal de Distribuciones y Empaques S.A. contra Pablo Alonso Arango Mesa y otra.

²³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de noviembre de 1988. [MP. Alberto Ospina Botero] (no publicada).

²³⁸ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-000031. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Sentencia del 1 de diciembre de 2017. Expediente 11001339900220140203803. [MP. Liana Aida Lizarazu Vaca].

embargo, dicha postura fue rectificada con posterioridad y la entidad fijó una suma en concreto, que calculó “por el monto correspondiente a la totalidad del pasivo externo faltante [...] de conformidad con la información suministrada por la Delegatura para Procedimientos de Insolvencia de esta Superintendencia”²³⁹.

Consideramos que esta última postura es inadecuada y debe ser recogida en futuras decisiones. En primer lugar, porque en virtud del principio de no prejudicialidad el contenido de la sentencia que se profiera en el proceso de responsabilidad no puede depender de lo que se decida en el proceso de insolvencia. En segundo lugar, porque el pasivo faltante es algo que se determina en el seno del concurso y que depende de las múltiples contingencias y vicisitudes que puedan llegar a ocurrir en él, muchas de ellas, incluso, posteriores al informe que pueda rendirse en un momento dado con destino al proceso de responsabilidad²⁴⁰. En caso de que las condiciones del concurso lleguen a cambiar, no podría variarse la sentencia proferida en el proceso de responsabilidad²⁴¹ ni cabría alegar dicha situación como fundamento de un recurso extraordinario.

En tercer lugar, para ejecutar el fallo de responsabilidad no es necesario que la sentencia que la declare haya cuantificado el monto de la condena en concreto. En ese caso, la ejecución requeriría de un título ejecutivo complejo, compuesto de la sentencia y de otra providencia proferida en el proceso concursal. En cuarto lugar, cuando el concurso no ha concluido aún, el juez del proceso de

²³⁹ Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Febrero 20 de 2020). Sentencia 800-000013. Proferida en el proceso verbal de Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa contra Alessandro Corridori y otros.

²⁴⁰ Al respecto, ver las formas de extinción de la responsabilidad que se enuncian en el numeral 6.2. de este escrito.

²⁴¹ Código General del Proceso. Artículo 285.

responsabilidad carece de elementos suficientes para determinar qué créditos quedarían insolutos; ello solo puede determinarse en el proceso de insolvencia, una vez superadas las etapas respectivas, y teniendo en cuenta el orden de prelación de créditos. Confiamos que en el futuro la Superintendencia de Sociedades reevalúe esta postura y regrese a su posición original, según la cual el fallo que declare la responsabilidad se debe ceñir a condenar (en abstracto) por el faltante del pasivo externo.

5.5. Acumulación con otras pretensiones, demandas o procesos

El Código General del Proceso, en sus artículos 88 y 148, establece la posibilidad de acumular pretensiones, demandas o procesos declarativos. De acuerdo con lo allí dispuesto, estimamos viable que junto con las pretensiones de responsabilidad del artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 se puedan acumular pretensiones de otra especie.

En primer término, estimamos viable la acumulación con pretensiones, acciones y procesos accesorios al proceso concursal, como las acciones revocatorias y de simulación concursales²⁴², o las acciones de responsabilidad de matrices y controlantes²⁴³, siempre y cuando se organicen como pretensiones principales, subsidiarias o consecuenciales, de manera que no resulten excluyentes. La experiencia ya ofrece algunos casos de acumulaciones de esta especie²⁴⁴.

²⁴² Ley 1116 de 2006. Artículos 74 y 75.

²⁴³ Ley 1116 de 2006. Artículo 61.

²⁴⁴ Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. Sentencia 800-000021.

En segundo término consideramos posible acumular en un mismo proceso la acción concursal de responsabilidad del artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 con otras acciones de naturaleza ordinaria, como las previstas en los artículos 200 del Código de Comercio y 25 de la Ley 222 de 1995, o las derivadas del levantamiento del velo societario previstas en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, siempre y cuando la misma autoridad jurisdiccional sea competente para conocer de todas ellas, como ocurre en muchos casos con la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades.

La selección de cuál de las acciones se debe ejercer de manera principal o subsidiaria depende, en este caso, de las distintas ventajas o desventajas que desde el punto de vista sustancial o probatorio pueden derivarse de una u otra. En esta decisión inciden, entre otros asuntos, consideraciones sobre la envergadura del perjuicio reclamado: si se limita a la compensación por el pasivo dejado de pagar en el concurso o si, por el contrario, comprende otro tipo de indemnizaciones; sobre la extensión de los efectos de la sentencia en la medida en que esta cubre únicamente a las partes del proceso o si, por el contrario, impacta a la totalidad de la masa del concurso y beneficia también a otros acreedores del concurso que no se hicieron parte del proceso, y sobre la legitimación para promover la acción y de si requiere de alguna condición especial para su ejercicio, como la calidad de acreedor, la de auxiliar de la justicia o la de representante legal de la sociedad.

5.6. Ejecución

La ejecución de las condenas que se impongan en virtud de la responsabilidad del artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 sigue, en términos generales, el mismo trámite dispuesto por el Código General del Proceso. Sin embargo, consideramos oportuno realizar unas anotaciones puntuales que pueden significar algunas diferencias relevantes en su trámite.

En primer lugar, cuando el juez del concurso que conoció del proceso de responsabilidad es la Superintendencia de Sociedades no es posible adelantar la ejecución en el mismo expediente ni ante el mismo juez, cuyas funciones jurisdiccionales son de aplicación restrictiva. En esos casos, la ejecución de la sentencia se remitirá al juez o a la oficina de reparto respectiva, de acuerdo con las reglas y factores generales de competencia del Código General del Proceso.

En segundo lugar, como el beneficiario de las condenas es la masa concursal y no el acreedor demandante, consideramos que la ejecución del fallo corresponde al deudor en concurso o al auxiliar de la justicia con funciones de representación legal o de administración de sus bienes.

6. Extinción de la responsabilidad

6.1. Prescripción

De acuerdo con las reglas generales predicables de cualquier acción resarcitoria, las acciones de responsabilidad contra socios, administradores, revisores fiscales y empleados se extinguen por

prescripción cuando el paso del tiempo y la ausencia de demanda por parte de los interesados ocasionan el fenecimiento del derecho.

A este punto es pertinente preguntarse cuál es el régimen aplicable a la prescripción de este tipo de acciones y, en particular, si válidas las reglas generales establecidas en el artículo 2536 del Código Civil para la extinción de las acciones ordinarias, o si, por el contrario, se debe seguir un término especial, como el de cinco años contenido en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995²⁴⁵. Nos inclinamos por la solución²⁴⁶ de esta última norma, teniendo en cuenta que las acciones de responsabilidad del artículo 82 de la Ley 1116 originalmente estaban reguladas en la Ley 222 de 1995. En esa medida, dicha materia está comprendida de forma expresa en el régimen de prescripción de esta ley. La discusión es trascendente, porque según lo dispuesto en el artículo 2545 del Código Civil, los términos especiales de prescripción corren contra toda persona y no se pueden suspender²⁴⁷.

El plazo de prescripción se debe contar de manera individual por cada una de las conductas generadoras de responsabilidad desde el momento en que ocurrieron los actos de gestión o de representación en los que se funda la responsabilidad invocada²⁴⁸. Como todo término de prescripción, este debe ser alegado oportunamente por el socio, administrador, revisor fiscal o empleado interesado, o por alguno de sus acreedores, sin que pueda ser declarado oficiosamente por el juez²⁴⁹. Con todo, el demandado podrá renunciar a la prescripción una

²⁴⁵ Rodríguez Espitia, *Nuevo Régimen de Insolvencia*, p. 1082.

²⁴⁶ En el mismo sentido, ver: Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho societario*, Tomo II, tercera edición, Temis S.A., Bogotá, 2017, p. 728.

²⁴⁷ En este sentido, ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 17 de julio de 2012. Expediente 66001-3103-001-2007-00055-01. [MP. Ruth Marina Díaz Rueda].

²⁴⁸ Neira Archila, Luis Carlos, *Apuntaciones generales al derecho de sociedades*, Temis, Bogotá, 2006, p. 128.

²⁴⁹ Código Civil. Artículo 2513; Código General del Proceso, artículo 282.

vez cumplida, de manera expresa (con un acto que así lo indique) o tácita (con cualquier conducta que, de manera inequívoca, la dé a entender²⁵⁰), como ocurre cuando venció el término de contestación sin que se haya propuesto la excepción de mérito respectiva²⁵¹.

6.2. Otras formas de extinción de la responsabilidad

Por tratarse de una especie de responsabilidad subsidiaria, la obligación de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados de cubrir el pasivo faltante dependerá de la suerte del concurso de la deudora y de la forma en que en el proceso se haya logrado satisfacer la totalidad del pasivo externo a su cargo. Se trata, por supuesto, de un caso de sustracción de materia al haberse extinguido el objeto por el cual dichos sujetos estaban llamados a responder.

A esto puede llegarse por la obtención de nuevos activos como consecuencia del cobro de cartera, de las gestiones del auxiliar de la justicia o de sentencias judiciales favorables al concursado. También puede ocurrir por actuaciones de los mismos acreedores por remisión de deudas, porque no aceptaron los bienes adjudicados o por el desistimiento tácito de algunos créditos o reclamaciones²⁵². Puede, asimismo, extinguirse la responsabilidad en virtud de la confusión cuando el pasivo externo pendiente contiene créditos a favor de la misma persona llamada a responder.

²⁵⁰ Código Civil. Artículo 2514.

²⁵¹ Código General del Proceso. Artículo 282. Declarado exequible con la sentencia de la Corte Constitucional C-091 de 2018 [MP. Alejandro Linares Cantillo].

²⁵² Sobre la procedencia del desistimiento tácito, véase lo decidido por la Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos de Insolvencia, Auto 400-015356 de 26 de octubre de 2017, liquidación judicial como medida de intervención de Rentafolio Bursátil y Financiero S.A.S. y otros.

Conclusiones

Las acciones de responsabilidad de socios, administradores, revisores fiscales y empleados del deudor en concurso son una construcción importante para remediar los efectos nocivos de la insolvencia empresarial cuando tiene origen en el comportamiento de los sujetos a cargo de aspectos claves de su funcionamiento. No obstante, y pese a su aparente versatilidad, por la variedad de sujetos contra los cuales se puede ejercer y su conexión directa con las resultas del proceso concursal debemos destacar los escasos desarrollos que en la práctica han tenido, en especial, en comparación con otro tipo de procesos paralelos a la insolvencia, como las acciones revocatorias y de simulación concursales. Atribuimos lo anterior, en parte, a algunas fallas en la interpretación y en la aplicación de ciertos preceptos del artículo 82 de la Ley 1116 de 2006, que han limitado de manera excesiva su radio de acción. En las páginas que anteceden pusimos en evidencia algunos de los problemas que actualmente tiene su puesta en práctica y que la jurisprudencia concursal y societaria deben trabajar para dotar estas acciones de un verdadero impacto práctico.

Referencias

- Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887.
- Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971.
- Congreso de la República. Informe de Ponencia para segundo debate en el Senado de la República (Plenaria) al proyecto de ley número 159 de 2011 Senado, 196 de 2011 Cámara ‘por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones’. Gaceta del Congreso año XXI, número 261, Bogotá, 23 de mayo de 2012.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 19 de febrero de 1993. Expediente 3760. [MP. Carmelo Martínez Conn].
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 19 de abril de 1996. Expediente 7557. [MP. Guillermo Chahín Lizcano].
- Corte Constitucional, sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa, Exp. P.E.-008.
- Corte Constitucional, sentencia C-507 de 16 de julio de 2014, magistrado ponente Mauricio González Cuervo, Exp. D-10000.
- Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, sentencia C-621 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia C-123 de 2006. [MP. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 2018. [MP. Cristina Pardo Schlessinger].
- Corte Constitucional, sentencia C-091 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de diciembre de 1936. [MP. Antonio Rocha]. GJ. XLIV.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 1962. [MP. Enrique López de la Pava]. GJ. C.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 1968. [MP. Fernando Hinestrosa Forero]. GJ. CXXIV.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de marzo de 1972. [MP. Humberto Murcia Ballén]. GJ. CXLII.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de noviembre de 1988. [MP. Alberto Ospina Botero] (no publicada).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 19 de febrero de 1999. Expediente 5099. [MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 2 de agosto de 1999, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, G.J. tomo CCLXI, p. 127
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de noviembre de 2007. Expediente 11001-02-03-000-2005-00872-00. [MP. Jaime Alberto Arrubla Paucar].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto de 2009. Expediente 11001-3103-038-2001-01054-01. [MP. William Namén Vargas].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de septiembre de 2011. Expediente 11001-3103-026-2000-04366-01. [MP. William Namén Vargas].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de julio de 2012. Expediente 66001-3103-001-2007-00055-01. [MP. Ruth Marina Díaz Rueda].

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de agosto de 2013. Expediente 66682-31-03-001-2004-00103-01. [MP. Ariel Salazar Ramírez].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Junio 5 de 2015). Sentencia STC7136-2015. Expediente 15001-22-13-000-2015-00197-01. [MP. Luis Armando Tolosa Villabona].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Junio 16 de 2016). Sentencia STC8098-2016. [MP. Luis Alonso Rico Puerta].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Junio 17 de 2016). Sentencia STC8123-2016. [MP. Luis Armando Tolosa Villabona].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Diciembre 7 de 2016). Sentencia STC17798-2016. [MP. Luis Armando Tolosa Villabona].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Julio 25 de 2018). Sentencia SC2837-2018. Expediente 05001310301320010011501. [MP. Margarita Cabello Blanco].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Noviembre 9 de 2018). Auto AC4840-2018. [MP. Álvaro Fernando García Restrepo].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Agosto 26 de 2019). Sentencia SC3414-2019. Radicación 76001-31-03-013-2004-00011-01. [MP. Álvaro Fernando García Restrepo].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Julio 7 de 2021). Sentencia SC2749-2021. Expediente 08001-31-03-005-2012-00109-01. [MP. Álvaro Fernando García Restrepo].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Diciembre 7 de 2021). Sentencia SC5430-2021. Expediente 05001 31 03 010 - 2014 01068 01. [MP. Octavio Augusto Tejeiro Duque].
- Decreto Ley 1023 de 2012.

- Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Mayo 26 de 2015.
- Decreto 560 de 2020. Por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia. en el marco del Estado de Emergencia. Social y Ecológica. Abril 15 de 2020.
- Hansmann, Henry & Kraakman, Reinier, “Agency Problems and Legal Strategies”, en *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, United States, 2004, pp. 2-31.
- Isaza Upegui, Álvaro y Londoño Restrepo, Álvaro, *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial. Ley 1116 de 2006*, segunda edición, Legis, Bogotá, 2008.
- Laguado Giraldo, Darío. “La separación patrimonial y el levantamiento del velo corporativo”, en Laguado Giraldo, Darío (coord.) *Derecho societario contemporáneo. Artículos*. Ibáñez, Bogotá, 2021.
- Ley 43 de 1990. Por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público y se dictan otras disposiciones. Diciembre 13 de 1990.
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio. se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995.
- Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006.
- Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diciembre 5 de 2008.
- Ley 1395 de 2010. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Julio 12 de 2010.

- Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012.
- Martínez Neira, Néstor Humberto, *Cátedra de sociedades. Régimen comercial y bursátil*, Legis, Bogotá, 2020.
- Mendoza, José Miguel, “Revisitando la responsabilidad de administradores en la insolvencia”, *Actualidad concursal*, 2021, 4, pp. 4-12.
- Neira Archila, Luis Carlos, *Apuntaciones generales al derecho de sociedades*, Temis, Bogotá, 2006.
- Pinzón Sánchez, Jorge, “El buen hombre de negocios y la crisis de la empresa”, en *Nuevos retos del derecho comercial*, Biblioteca Jurídica Díké y Colegio de Abogados de Medellín, Colombia, 2000, pp. 31-94.
- Reyes Villamizar, Francisco, “Apuntes para una reforma al régimen de sociedades”, *Proyecto de reforma al régimen societario*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2015, pp. 9-38.
- Reyes Villamizar, Francisco, *Análisis económico del derecho societario*, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Bancolombia y Editorial Ibáñez, Colombia, 2012.
- Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, tercera edición, Temis S.A., Bogotá, 2016.
- Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho societario*, Tomo II, tercera edición, Temis S.A., Bogotá, 2017.
- Rodríguez Espitia, Juan José, *Nuevo Régimen de Insolvencia*, segunda edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos de Insolvencia. (Octubre 26 de 2017). Auto 400-015356. Liquidación judicial como medida de intervención de Rentafolio Bursátil y Financiero S.A.S. y otros.

- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Marzo 25 de 2021). Sentencia 800-000021. Expediente 2013-802-018. Proceso verbal de Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa en liquidación forzosa administrativa contra Interbolsa S.A. en liquidación judicial y otros.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Septiembre 1 de 2014). Sentencia 800-000052. Proceso verbal de sucesión de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. en liquidación.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Julio 9 de 2015). Sentencia 800-000085. Proceso verbal de Morocota Gold S.A.S. contra Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Abril 26 de 2017). Sentencia 800-000031. Proceso verbal de Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa contra Alessandro Corridori y otros.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Febrero 20 de 2020). Sentencia 800-000013. Proceso verbal de Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa contra Alessandro Corridori y otros.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Septiembre 30 de 2020). Sentencia 2020-01-528072. Proferida en el proceso verbal de Distribuciones y Empaques S.A. contra Pablo Alonso Arango Mesa y otra.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Marzo 25 de 2021). Sentencia 2021-094879. Proferida en el proceso verbal de Interbolsa S.A. Sociedad

Comisionista de Bolsa en liquidación forzosa administrativa contra Interbolsa S.A.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Marzo 25 de 2021). Sentencia 800-000021. Proferida dentro del proceso verbal de Interbolsa Sociedad Comisionista de Bolsa S.A. contra Interbolsa S.A. en liquidación judicial y otros.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Mayo 14 de 2021). Sentencia 2021-01-325422. Proceso verbal de Transportes Líquidos de Colombia T.L.C. S.A.S. y otros contra Jaime Alberto Ochoa Muñoz y C.I. International Fuels S.A.S.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Julio 14 de 2021). Sentencia 2021-01-451644. Proferida en el marco del proceso verbal de Cooperativa Santandereana de Transportadores - Copetrán Ltda. contra C.I. International Fuels S.A.S.

Superintendencia de Sociedades. (Agosto 15 de 2007). Oficio 220-039930.

Superintendencia de Sociedades. (Octubre 1 de 2007). Oficio 220-048046.

Superintendencia de Sociedades. (Diciembre 19 de 2011). Oficio 220-171379.

Superintendencia de Sociedades. oficio 220-142300 de 4 de septiembre de 2014.

Superintendencia de Sociedades. oficio 220-017159 de 20 de febrero de 2015.

Superintendencia de Sociedades. oficio 220-144180 de 25 de septiembre de 2018.

Superintendencia de Sociedades. (Julio 12 de 2022). Resolución 100-000008 (Circular Básica Jurídica).

Superintendencia de Sociedades, *Proyecto de reforma al régimen societario*, Bogotá, 2015.

Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Sentencia del 1 de diciembre de 2017. Expediente 11001339900220140203803. Proceso verbal de Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa contra Alessandro Corridori y otros. [MP. Liana Aida Lizarazu Vaca].

Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 2019. Expediente 11001310302220160040802. Proceso verbal de Know Group Inc. S.A. contra Jorge Enrique Vargas Amézquita y otros. [MP. Iván Darío Zuluaga Cardona].

CAPÍTULO 5

EL CONTROLANTE DE HECHO Y EL ADMINISTRADOR DE HECHO EN COLOMBIA

Andrés Gaitán Roso
Jennifer Torres Molina



EL CONTROLANTE DE HECHO Y EL ADMINISTRADOR DE HECHO EN COLOMBIA

Andrés Gaitán Rozo²⁵³

Jennifer Torres Molina²⁵⁴

Introducción

El ordenamiento jurídico colombiano contempla las figuras de subordinación y de administración de hecho que han sido estudiadas ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia por su impacto y sus consecuencias jurídicas.

²⁵³ Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana con especialización en Derecho Comercial. Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Experto en gobierno corporativo de empresas familiares. Realizó estudios de Filosofía y Psicología en el SMB. Diplomado en Gestión Legal y Administrativa del Talento Humano. Diplomado en Conciliación en la Cámara de Comercio de Bogotá. Profesor de Gerencia de Empresas de Familia, Grupos Empresariales y Derecho de Sociedades en programas de maestría, especialización y pregrado en las universidades del Rosario, Sergio Arboleda y de la Sabana. Autor del libro *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*. Coautor de los libros *Sociedades de familia en Colombia*; *Empresas colombianas perdurables - Casos de éxito*; *Causas de la liquidación obligatoria de sociedades - Estrategias para prevenir la crisis*; *Empresas colombianas: actualidad y perspectivas*; *Empresas de familia: estrategias de éxito y permanencia*; *Cómo acrecentar y cuidar el patrimonio*; *Levantamiento del velo corporativo*, y *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*, y *Conglomerados en Colombia: actualidad y perspectivas*. En el Cuarto Congreso de Derecho Comercial, organizado por la Cámara de Comercio de Bogotá, obtuvo mención de honor por la ponencia presentada sobre estrategias para superar las crisis empresariales. En la Superintendencia de Sociedades se ha desempeñado como asesor del superintendente, coordinador de los grupos de Control, Buen Gobierno y Conglomerados y Director de Supervisión de Asuntos Especiales.

²⁵⁴ Abogada de la Universidad Militar Nueva Granada con especialización en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y en Derecho de Sociedades de la Pontificia Universidad Javeriana. Diplomada en Derecho Societario Contemporáneo en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali y el Instituto de Estudios Societarios (IDEAS). Coautora del libro *Conglomerados en Colombia: actualidad y perspectivas*. Abogada del Grupo de Conglomerados de la Superintendencia de Sociedades.

En este artículo abordamos de manera breve ambas figuras. En primer lugar, analizamos lo relacionado con el control societario y con la posibilidad de reconocer controlantes por fuera de las presunciones contempladas en el artículo 261 del Código de Comercio, y presentamos algunos casos en los que se han reconocido estructuras de control de hecho.

En segundo lugar, tratamos el concepto del administrador de hecho y nos aproximamos a los principales desarrollos doctrinarios que ha tenido el tema en Colombia. También detallamos algunos casos relevantes definidos por la Superintendencia de Sociedades. Finalmente, comparamos las dos figuras, destacamos las principales diferencias y comentamos algunas posiciones doctrinarias.

1. El control de hecho en Colombia

En los términos del artículo 260 del Código de Comercio, una sociedad será subordinada cuando su poder de decisión se encuentra sometido a la voluntad de otra u otras personas naturales o jurídicas que serán su matriz o controlantes individuales o conjuntas, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria. De esta forma, habrá subordinación cuando una o varias personas naturales o jurídicas, societarias o no, nacionales o extranjeras tengan el poder de decisión al interior de una compañía, pues no existe excepción alguna en el ordenamiento jurídico colombiano en estos escenarios.

El artículo 261 del Código de Comercio establece unas presunciones de subordinación legales o *iuris tantum* y de carácter enunciativo: (i)

cuando la matriz tiene la participación mayoritaria en el capital de la subordinada, superior al 50 %, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de estas; (ii) cuando la matriz tiene el derecho a emitir votos constitutivos de la mayoría en el máximo órgano social o el número de votos necesario para elegir a la mayoría de los miembros de la junta directiva, si la hubiere, y (iii) cuando la matriz celebra un acto o negocio jurídico con la subordinada o con sus asociados que le permite a la matriz ejercer la influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración social de la subordinada, de modo que se puede limitar la voluntad independiente y autónoma de uno de los intervinientes, haciendo que uno se convierta en controlante y el otro en subordinado; este es el caso del contrato de franquicia²⁵⁵.

Se reitera que estos casos de subordinación no son taxativos. De modo que, pueden existir diversas formas de control societario que se ajustan al concepto general de subordinación previsto en el artículo 260 del Código de Comercio, esto es, el control de hecho. Así las cosas:

“lo fundamental es la “realidad” del control, de tal manera que este puede presentarse aun cuando se encuentre atomizado el capital social o el controlante no tenga la calidad de socio. Por supuesto, para que proceda una declaratoria de control por fuera de los presupuestos señalados será necesario que existan pruebas que demuestren categóricamente que el poder de decisión en una determinada sociedad se encuentra sometido a la voluntad de otra u otras personas. Si se dan los presupuestos

²⁵⁵ Montiel Fuentes, Carlos Mario, “Acercamiento al concepto de grupos empresariales: concurrencia de elementos para su existencia”, *Revista e-Mercatoria*, 2009, 8, (1), pp. 16-17, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emercia/article/view/2038/1825>, consulta del 30 de octubre de 2023.

de subordinación es al presunto controlante a quien le corresponde desvirtuar el control, mientras que cuando la declaratoria se hace por fuera de las presunciones normativas es al interesado a quien le corresponde probar ese control real y efectivo sobre la sociedad”.²⁵⁶

Ciertamente, pueden existir diversas circunstancias que configuran subordinación del modo descrito en el artículo 260 del Código de Comercio cuando el poder de decisión de una o varias sociedades está sometido a la voluntad de otra u otras personas naturales o jurídicas. Se trata de escenarios de control formal o contractual no previstos por el legislador mercantil en el artículo 261 del Código de Comercio, en Colombia o desde Colombia, donde lo fundamental es determinar si alguien tiene la capacidad de imponer sus decisiones en los órganos sociales o en la dirección de la empresa, sin perjuicio de que los extremos de la relación de control societario conserven sus atributos y obligaciones propios²⁵⁷.

Esta tesis ha sido reiterada por la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Sociedades en múltiples conceptos²⁵⁸, y por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Esta última aseguró que el ordenamiento jurídico colombiano tiene una definición mixta y complementaria de subordinación que comprende una tesis amplia y abstracta de la figura y una lista de casos no taxativos en los que se presume, los cuales constituyen una parte de la definición general, por lo que no son óbice para que ante cualquier otro evento

²⁵⁶ Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2011, p. 67.

²⁵⁷ Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, pp. 47-48.

²⁵⁸ Véase, por ejemplo: Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Abril 13 de 1998). Oficio 220-15430.

en el que se configuren los elementos de la norma general se produzca el fenómeno de la subordinación con los efectos propios que supone²⁵⁹.

Es oportuno mencionar que, cuando además del vínculo de subordinación, exista unidad de propósito y dirección entre las entidades que lo conforman, habrá grupo empresarial, figura que introdujo el legislador mercantil en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995. La unidad de propósito y dirección supone alcanzar un objetivo determinado por la matriz en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, llevando a cabo actuaciones u operaciones para obtenerlo. Su manifestación puede darse con la presencia de administradores sociales comunes, la integración vertical u horizontal de procesos productivos o de servicios, con políticas comunes establecidas por la matriz y con el relacionamiento contractual entre las partes vinculadas²⁶⁰.

Las personas naturales o jurídicas que tengan la calidad de controlantes individuales o conjuntas verdaderas están obligadas a cumplir, entre otros²⁶¹, el deber de revelación de la situación de control o de grupo

²⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (Septiembre 24 de 2019). Oficio 1589. Radicación interna 2420. Número único 11001-03-06-000-2019-00094-00. [C.P. Édgar González López], pp. 29 y 30.

²⁶⁰ Gaitán Roza, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, p. 69.

²⁶¹ “Entre los efectos de los grupos empresariales y las situaciones de control suelen destacarse (i) el deber de inscripción en el registro mercantil de la respectiva situación de control o de grupo empresarial, a cargo de la matriz o de la controlante, dentro de los treinta días siguientes a su configuración; (ii) la preparación y presentación de un informe especial por los administradores de la matriz y las subordinadas al máximo órgano social, en los casos de grupo empresarial; (iii) la preparación y difusión de estados financieros de propósito general consolidados; (iv) la prohibición imbricación, es decir, de participación de la subordinada en el capital de su matriz o controlante; (v) la posibilidad de comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre vinculadas; (vi) el tratamiento especial previsto para el pago del dividendo en acciones o cuotas liberadas; (vii) la posibilidad de coordinar los procesos de insolvencia de varios deudores vinculados entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, y (viii) la responsabilidad subsidiaria de la matriz por la[s] obligaciones de las subordinadas en situación de insolvencia cuando haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones derivadas de la situación

empresarial respectivo en el registro mercantil de las entidades vinculadas (*verbi gratia*, personas naturales comerciantes, sociedades nacionales, sucursales de sociedades extranjeras), en concordancia con el artículo 30 de la Ley 222 de 1995. De ahí que, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control deben hacer constar en un documento privado esta circunstancia y presentarlo para su inscripción en el Registro Público Mercantil que llevan las cámaras de comercio, correspondiente a la circunscripción de cada una de las entidades vinculadas.

Con todo, las personas naturales o jurídicas podrán ser declaradas controlantes individuales o conjuntas de compañías, de oficio o por solicitud de cualquier interesado, por la Superintendencia de Sociedades o, en su defecto, por la Superintendencia Financiera de Colombia, en uso de sus atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias en sede administrativa, en concordancia con el artículo 30 de la Ley 222 de 1995. Esto supone que se surta un procedimiento administrativo sancionatorio que se rige por la primera parte de la Ley 1437 de 2011, en especial, por los artículos 47 y siguientes, y que comprende unas indagaciones preliminares y una investigación administrativa formal una vez proferido el pliego de cargos correspondiente.

En diferentes oportunidades la Superintendencia de Sociedades ha precisado que la atribución de declarar situaciones de control y de grupo empresarial no se desprende de las facultades de inspección, vigilancia y control que, tratándose de las sociedades comerciales,

de control, lo cual se presume”. Ver: Gaitán Rozo, Andrés y Torres Molina, Jennifer, “Conflictos de intereses en grupos empresariales y situaciones de control”, en Gaitán Rozo, Andrés y López Castro, Yira (Coord.), *Conglomerados en Colombia. Actualidad y perspectivas*, Superintendencia de Sociedades, 2022, p. 95.

ejerce el Presidente de la República a través de la Entidad. Lo anterior, según el numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 82 de la Ley 222 de 1995. Se trata de una función administrativa reglada y autónoma, que faculta a la Superintendencia de Sociedades para surtir actuaciones administrativas con el propósito de determinar si se configuran situaciones de control o de grupo empresarial, en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio y 28 y 30 de la Ley 222 de 1995²⁶².

Para los propósitos de este artículo de investigación es pertinente destacar que la Superintendencia de Sociedades ha conocido diversos casos de control de hecho, se insiste, el que se presenta fuera de las presunciones de subordinación contenidas en el artículo 261 del Código de Comercio, dentro de los cuales se destacan los siguientes.

²⁶² En este sentido, la Superintendencia de Sociedades indicó: “En efecto, **la facultad para declarar situaciones de control y grupos empresariales que contempla el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 es autónoma de las atribuciones de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades mercantiles previstas en los artículos 83, 84 y 85 de la Ley 222 de 1995.** Se trata de una función administrativa reglada, en virtud de la cual esta Entidad puede surtir actuaciones administrativas con el propósito de determinar si se configuran situaciones de control o de grupo empresarial, en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, y los artículos 28 y 30 de la Ley 222 de 1995. Y es que, si bien la Superintendencia de Sociedades ejerce por delegación las atribuciones de inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, **también tiene facultades que le señala la ley en relación con otros entes, personas jurídicas y personas naturales,** en consonancia con el artículo 1o del Decreto 1736 de 2020.

Lo anterior no corresponde a una posición caprichosa del Despacho, sino que se trata de una interpretación sistemática y teleológica de las disposiciones normativas enunciadas, que ha sido acogida por el Consejo de Estado en el precedente judicial de ‘**Minski Donskoy y Cía., S. en C.** y otros’. Ciertamente, en sentencia del 17 de mayo de 2002, el tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo afirmó que ‘la Ley 222 de 1995 señala que existe subordinación cuando ‘el poder de decisión de una sociedad está sujeto a la voluntad de otra u otras’, esas ‘otras’ pueden ser personas naturales o jurídicas, civiles o mercantiles, societarias o no, pues la atribución que otorga la norma legal en cita no se desprende de aquella constitucional que ejerce [la Superintendencia de Sociedades], por delegación del Presidente de la República, relativa a la vigilancia, inspección y control de las sociedades mercantiles, sino que resulta una facultad autónoma de aquella”. Ver: Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales. (Julio 4 de 2023). Resolución 302-008612. [Director de Supervisión de Asuntos Especiales: Andrés Gaitán Roza], p. 12.

Industrias Aquiles S.A. y otras

Por medio de la Resolución 125-001317 del 3 de abril de 2007 la Superintendencia de Sociedades declaró la existencia de un grupo empresarial conformado por el señor Aquiles Ricardo Jiménez Jiménez, en calidad de controlante individual, e Industrias Aquiles S.A., ZAP Smith S.A., Industrias Kaak S.A., Zapattina S.A., Mitsukoshi S.A., Squaw S.A., Quinko S.A., Testone S.A., Neez S.A., Exzellenz S.A., Vialavoro S.A., Porschuz S.A., Gravatti S.A., Fatt S.A. y ZAP Michelle S.A., en calidad de subordinadas; ordenó la inscripción en el Registro Público Mercantil del grupo empresarial en cuestión y le impuso una multa al señor Aquiles Ricardo Jiménez Jiménez por el incumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

En la investigación administrativa, la Entidad determinó que el señor Aquiles Ricardo Jiménez Jiménez tenía el verdadero poder de decisión en las compañías. Su influencia dominante en se constató con diferentes pruebas, entre ellas, sus cargos como representante legal y miembro principal de la junta directiva de la mayoría de las subordinadas, su participación en el capital “significativa” en gran parte de las compañías; su presentación ante terceros, como entidades bancarias, como “superusuario” y “administrador del programa”; su capacidad de manejo de cuentas corrientes, y su percepción de honorarios o de salarios considerables en algunas de las subordinadas.

Por tal motivo, el Despacho determinó que se configuró una situación de control societario, en consonancia con el artículo 260 del Código de Comercio, en donde una persona natural ejerció, en la realidad, el control societario de todas las sociedades nacionales involucradas. A

su vez, la Superintendencia de Sociedades constató que había unidad de propósito y dirección entre estas últimas. En este punto fueron significativos sus administradores sociales comunes, la misma dirección de domicilio social y las actividades económicas desempeñadas, pues la mayoría se dedicaban a la comercialización y distribución de calzado y demás artículos de cuero de la marca Aquiles²⁶³.

Este caso es de especial interés porque al analizar la composición accionaria de las sociedades involucradas se observaba una estructura imbricada²⁶⁴, es decir, existían participaciones recíprocas en las que no era posible identificar una forma de control por participación ni individual ni conjunta. No obstante, las pruebas evidenciaron que el máximo poder de decisión lo tenía una persona natural, aunque no estaba incurso en ninguna de las presunciones de control del artículo 261 del Código de Comercio.

Sigmasteel S.A.S. en Reorganización y otras

Con la Resolución 302-005593 del 23 de septiembre de 2021 la Superintendencia de Sociedades declaró la existencia de un grupo empresarial integrado por G y J Ramírez S.A., en calidad de matriz, y por G y J Ferreterías S.A., Alambres y Mallas S.A.S., Consorcio

²⁶³ En el libro *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia* se advirtió que “en el caso del grupo empresarial Aquiles una persona natural fue declarada como controlante de 15 sociedades, a pesar de no configurarse ninguna de las tres presunciones de control, con fundamento en diferentes pruebas que demostraban un control real y efectivo por parte de dicha persona, quien teniendo la capacidad para imponer sus decisiones en las diferentes empresas resultó con atribuciones superiores a las de un simple administrador”. Ver: Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, p. 68.

²⁶⁴ De acuerdo con el artículo 262 del Código de Comercio, está prohibida la participación de las subordinadas en el capital de las sociedades que las dirijan o controlen. No obstante, están permitidas las participaciones recíprocas entre sociedades subordinadas, lo cual puede generar estructuras imbricadas en las que resulta difícil identificar a los controlantes.

Metalúrgico Nacional S.A.S. y Sigmasteel S.A.S. en Reorganización, en calidad de subordinadas, por intermedio de Milchan Finance Corp. y Anturium Consulting Inc., constituidas y existentes bajo las leyes de la República de Panamá; ordenó la inscripción en el Registro Público Mercantil del grupo empresarial y le impuso una multa a la investigada por el incumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

Aunque en un inicio el Despacho identificó la inscripción previa en el Registro Público Mercantil de un grupo empresarial integrado por G y J Ramírez S.A., en condición de matriz, y por G y J Ferreterías S.A. y Alambres y Mallas S.A.S., en condición de subordinadas, de acuerdo con el material probatorio la estructura empresarial en comento no correspondía con la realidad corporativa. En este sentido, la Entidad subrayó que el incumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1995 puede devenir de la omisión o inscripción errónea o extemporánea. Por lo tanto, podrá declarar la respectiva situación de control o de grupo empresarial; ordenar la inscripción, la modificación y/o la cancelación de revelaciones hechas en el Registro Público Mercantil contrarias al resultado obtenido en la investigación administrativa, e imponer una sanción consistente en una multa de hasta 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes (smmlv), según el caso, en concordancia con el numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995.

Y es que, la Superintendencia de Sociedades recalcó que, si bien en el registro mercantil se pueden revelar unas situaciones de control y/o de grupos empresariales, ello no es impedimento para cumplir su propósito de indagar que se acate, debida y oportunamente, el deber de revelación de dichas estructuras empresariales en protección del interés general. En consecuencia, producto de la amplia facultad conferida en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia

de Sociedades podría ordenar la cancelación de inscripciones que estén en el Registro Público Mercantil y que sean contrarias al resultado de la investigación administrativa surtida correctamente, permitiéndoles a todos los interesados la posibilidad de ejercer el derecho de defensa.

Igualmente, el Despacho pudo concluir que concurrían los supuestos necesarios para acreditar la existencia de un grupo empresarial entre las sociedades nacionales y extranjeras vinculadas. De un lado, la subordinación, con apoyo de las declaraciones bajo la gravedad de juramento de empleados y exempleados de las compañías involucradas que afirmaban que la investigada interfirió en el manejo de Consorcio Metalúrgico Nacional S.A.S. y de Sigmasteel S.A.S. en Reorganización para la época en que Milchan Finance Corp. y Anturium Consulting Inc., en su orden, se convirtieron en sus accionistas, y adoptó planes, políticas y programas comunes para una estrategia de crecimiento de las sociedades nacionales vinculadas, que se hicieron constar en algunas actas de las reuniones sociales de sus órganos de dirección y administración.

Por otro lado, la Entidad halló un contrato de prestación de servicios suscrito entre Consorcio Metalúrgico Nacional S.A.S., en calidad de contratante, y G y J Ramírez S.A., en calidad de contratista, en el que se previeron amplias atribuciones para la gestión social de la primera por la segunda. Este negocio jurídico fue reprochado por la Superintendencia de Industria y Comercio porque se trataba de una operación de integración no informada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, y es que, en su criterio, incluyó la administración y control de G y J Ramírez S.A. sobre Consorcio Metalúrgico Nacional S.A.S. Por tal motivo, la

Superintendencia de Sociedades aclaró que, aunque los argumentos desarrollados por la Superintendencia de Industria y Comercio se fundamentaron, principalmente, en normas propias del régimen de libre competencia, en el caso concreto, daban cuenta del control desde el régimen de sociedades porque revelaron que G y J Ramírez S.A. ejerció una influencia dominante en los órganos de administración de Consorcio Metalúrgico Nacional S.A.S.

Al tiempo, la Entidad encontró información pública en la que todas las sociedades nacionales involucradas eran enlistadas como parte de una sola organización empresarial. Por ejemplo, cartillas informativas y redes sociales de la investigada y publicaciones de diarios de amplia circulación nacional, al igual que correos electrónicos cruzados entre “todo el grupo empresarial G y J Ramírez S.A. y su subordinada Sigmasteel S.A.S. en Reorganización”, que contenían directrices impartidas desde G y J Ramírez S.A., acogidas dentro de cada una de las compañías y relativas, entre otros aspectos, al nombramiento del representante legal, del revisor fiscal principal, del revisor fiscal suplente, del director administrativo y del director financiero de Sigmasteel S.A.S. en Reorganización; así como el tratamiento de aspectos económicos y contables de Consorcio Metalúrgico Nacional S.A.S. y Sigmasteel S.A.S. en Reorganización.

Como resultado, el Despacho determinó el sometimiento del poder de decisión de las compañías referenciadas de que trata el artículo 260 del Código de Comercio, por las directrices que fueron impartidas desde G y J Ramírez S.A. a través de sus distintos directivos y empleados.

De otro lado, la Superintendencia de Sociedades verificó la unidad de propósito y dirección por la proximidad de las actividades económicas de las compañías vinculadas; por las políticas comunes evidenciadas; por los apoderados generales y especiales y administradores sociales comunes, y por la intensidad de sus relaciones contractuales.

Emilio José Tapia Aldana

Por medio de la Resolución 302-000991 del 18 de febrero de 2023 la Superintendencia de Sociedades declaró al señor Emilio José Tapia Aldana como controlante individual de ICM Ingenieros S.A.S. en Liquidación Judicial y Omega Buildings Constructora S.A.S. en Liquidación Judicial, sociedades que formaron parte de la Unión Temporal Centros Poblados Colombia, conocida públicamente por el escándalo relativo al contrato celebrado con el Ministerio de Tecnologías y la Información de Colombia (MinTic).

En esta investigación administrativa, aunque los representantes legales de las sociedades involucradas no aportaron la documentación requerida sobre los libros de registro de acciones, los libros de actas de las reuniones sociales de la asamblea general de accionistas, los certificados sobre la evolución de la composición del capital ni los estados financieros, la Entidad se basó en declaraciones rendidas por el investigado y en la figura de confesión presunta consagrada en el artículo 205 del Código General del Proceso para declarar al señor Tapia Aldana como controlante individual de hecho, en los términos del artículo 260 del Código de Comercio.

Merco Cargo S.A. y otras

La Superintendencia de Sociedades inició unas averiguaciones preliminares para determinar la existencia de una situación de control o de grupo empresarial que involucraba a Merco Cargo S.A., a la Agencia de Aduanas Merco S.A., a Inversiones Pérez Sarabia & Cía. S.A.S., a Inversiones y Asesorías Pérez Sarabia & Cía. S. en C., a Merco Logistics Group International S.A.S., a Opermec Andinos S.A.S., a Multimodal de Transporte Andino Ltda. y a Servicio Integral de Transporte Andino S.A.

En el marco de las indagaciones previas, la Entidad obtuvo información corporativa de las compañías aludidas, en donde se evidenció una composición del capital diluida e imbricada que no permitía identificar una situación de control individual o conjunto. No obstante, la Superintendencia de Sociedades adelantó una visita administrativa en la que logró establecer que se trataba de sociedades de familia cuyo máximo poder decisorio estaba en unas mismas personas naturales²⁶⁵. Luego de la visita administrativa, los padres, Reginaldo Pérez Pérez y Sara Beatriz Sarabia Padilla, inscribieron un grupo empresarial integrado por ellos, en calidad de controlantes conjuntos, y por las compañías referidas, en calidad de subordinadas, conforme a los artículos 260 del Código de Comercio y 28 de la Ley 222 de 1995.

²⁶⁵ Superintendencia de Sociedades. Grupo de Conglomerados. (Agosto 24 de 2023). Acta de Diligencia de Visita Administrativa 125-001713.

2. El administrador de hecho en Colombia

El ordenamiento jurídico colombiano contempla un sistema formalista para la calificación de las personas naturales o jurídicas que se entienden como administradores sociales, esto es, el ámbito subjetivo para la aplicación de los deberes y la responsabilidad propia de tales sujetos. En este sentido, el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 establece que son administradores sociales el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos sociales ejerzan o detenten esas funciones, conocidos, en conjunto, como administradores de derecho. A la par, la Superintendencia de Sociedades ha estimado que se considerarán administradores sociales los suplentes cuando actúen en dicha condición por la ausencia temporal o definitiva de los principales²⁶⁶.

El párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 amplió el ámbito subjetivo de aplicación de este régimen especial en la sociedad por acciones simplificada (S.A.S.), pues introdujo la figura del administrador de hecho en Colombia para las personas naturales o jurídicas que, sin ocupar cargos formales de administración social como los enlistados previamente, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad. Se trata de una disposición jurídica complementaria de las existentes, no modificatoria o derogatoria, que posee un carácter genérico y amplio, por lo que no se circunscribe al mero elemento negativo del administrador de derecho, sino que tiene una entidad y teoría propia²⁶⁷.

²⁶⁶ Superintendencia de Sociedades. (Julio 12 de 2022). Circular Externa 100-000008. Circular Básica Jurídica, Capítulo V.

²⁶⁷ Hernández Martínez, William David, “Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, 2012, 14, (2), p. 280, en

La figura del administrador de hecho está regulada de forma amplia en el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, y recoge términos específicos que se pueden encontrar en otros ordenamientos jurídicos, *verbi gratia*, el norteamericano, el francés, el español y el inglés²⁶⁸. En este último, por ejemplo, se distinguen tres categorías de administrador social: (i) los *de jure directors* que han sido designados formalmente en estos cargos; (ii) los *de facto directors* que se presentan como administradores sociales de la compañía sin haber sido nombrados debidamente como tal, y (iii) los *shadow directors* que emiten instrucciones que son recibidas y acatadas por los *de jure directors*²⁶⁹.

En palabras del profesor Francisco Reyes Villamizar, la figura del administrador de hecho:

“se introdujo en la Ley 1258 de 200[8], debido a la circunstancia frecuente en la que individuos ajenos a la administración de la sociedad, amparados en la indemnidad que les da su carácter de ‘no administradores’, pueden controlar la administración de la sociedad y, en no pocas ocasiones, causarles perjuicios a esta, a los asociados y a terceros. A pesar de que el ejercicio de una administración ‘a la sombra’ constituye una práctica

<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/2066>, consulta del 30 de octubre de 2023.

²⁶⁸ Vid. Reyes Villamizar, Francisco, *SAS La sociedad por acciones simplificada*, cuarta edición, Legis Editores S.A., Bogotá, 2018, pp. 172 y siguientes, y Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. Grupo de Jurisdicción Societaria I. (Marzo 26 de 2019). Sentencia 2019-01-075549. Proceso 2017-800-00247. Sebastián Agustín Martínez Arango contra María Carolina Martínez Flórez. [Coordinadora Grupo de Jurisdicción Societaria I: María Victoria Peña Ramírez], pp. 2 a 10.

²⁶⁹ Moore, Colin R., *Obligations in the shade: The application of fiduciary directors' duties to shadow directors*, University of Kent, 2017, en Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2019-01-075549, p 5.

relativamente frecuente en las sociedades cerradas, la legislación colombiana era silenciosa sobre las consecuencias, muchas veces nocivas, de esta clase de interferencia en la gestión de la empresa social”.²⁷⁰

En la Sentencia 820-000078 del 11 de agosto de 2017 la Superintendencia de Sociedades se aproximó al estudio de la figura del administrador de hecho e indicó que para determinar si alguien detenta dicha condición se debe verificar que no tenga la calidad de administrador social formal y que se inmiscuye en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad. De este modo, la Entidad citó algunos ejemplos desarrollados por la doctrina especializada para constatar si alguien reviste la condición de administrador de hecho, como lo son: “(i) Dirigir las actuaciones de los demás administradores [sociales], (ii) obligar a la compañía a asumir obligaciones cuantiosas, (iii) ser reconocido explícitamente por la sociedad como administrador [social], (iv) presentarse ante terceros como director y (v) adoptar decisiones trascendentales para el funcionamiento de la compañía”²⁷¹.

Posteriormente, en la Sentencia 2019-01-075549 del 26 de marzo de 2019 la misma autoridad administrativa, respecto de la actividad positiva de gestión, administración o dirección, anotó que

“Sobre el particular, lo primero que debe decirse es que la actividad puede consistir en una influencia determinante sobre las actuaciones u omisiones del administrador formal, o en el

²⁷⁰ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2019-01-075549.

²⁷¹ Q. C., Simon Mortimore, *Company directors: duties, liabilities, and remedies*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 66, en Superintendencia de Sociedades. Sentencia 820-000078, p. 15.

ejercicio directo de actuaciones relativas al cargo pese a la existencia de un administrador formal o ante su ausencia permanente. Ahora bien, en la medida en que debe tratarse de una actividad “positiva”, el análisis debe concentrarse, para cada caso, en el acto o actos efectivamente realizados por el sujeto y en los efectos que, por acción u omisión, pueden derivarse de esa actuación concreta respecto de la sociedad, los asociados o terceros [...].

A lo anterior debe agregarse que la actividad de gestión, administración o dirección habrá de ser autónoma, vale decir, no sujeta a las instrucciones de otro órgano social. Por el contrario, si el administrador de hecho coexiste con un administrador formal, es este último el que podría perder su autonomía, ya sea porque el administrador de hecho influye determinantemente sobre su gestión, o porque simplemente realiza actividades de administración sin consultarlo con aquel”.²⁷²

En sede administrativa²⁷³ y en sede jurisdiccional²⁷⁴, la Superintendencia de Sociedades ha precisado que la figura del administrador de hecho solo es aplicable en la sociedad por acciones simplificada, pues fue incorporada por una norma especial y, en este orden de ideas, es de aplicación restringida²⁷⁵. Sin embargo, en criterio de los autores es

²⁷² Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2019-01-075549, p. 9.

²⁷³ Cfr. Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Marzo 31 de 2015). Oficio 220-047792, p. 1.

²⁷⁴ Reyes Villamizar, Francisco, *SAS La sociedad por acciones simplificada*, pp. 180-181.

²⁷⁵ Sobre el particular, María Mónica Pino Solano, Víctor Manuel Armero Osorio y Camilo Cubillos Garzón opinan que “desde un punto de vista práctico y sin considerar que se trata de una discusión retórica, sino que por el contrario es necesaria en tanto que el dinamismo de los negocios así lo exige, máxime que ahora se consagra la figura del *administrador de hecho*, y al estar contenida en una ley especial, puede concluirse que no es predicable para otros tipos

oportuno que se revise la legislación actual porque puede haber administradores de hecho en otros tipos societarios; y es que, como se dijo, es común que individuos que no detentan la calidad de administradores de derecho se inmiscuyan en la gestión social, como es el caso de los accionistas o socios mayoritarios de una compañía.

Una pregunta académica frecuente es la diferencia entre la representación aparente y la administración de hecho. En esta línea es necesario señalar que los artículos 842 del Código de Comercio y 2199 del Código Civil regulan la representación aparente. El primero prevé que quien dé motivo a que se crea que, conforme con las costumbres comerciales o por su culpa, alguien está facultado para celebrar un negocio jurídico quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe. El segundo dispone que todas las veces que el mandato expire por una causa ignorada o conocida por el mandatario, obliga al mandante a lo que el mandatario haya pactado con terceros de buena fe.

Las disposiciones normativas citadas son complementarias, pero regulan hipótesis distintas. En la primera se parte de la idea de que nunca hubo representación, no obstante, se dejó creer a terceros de buena fe que la había. En la segunda hubo representación, sin embargo, culminó por una causa ignorada o conocida por el mandatario, quien siguió actuando como tal frente a terceros de buena fe. En estos eventos se sanciona el comportamiento negligente de aquel que por su falta de acción deja creer a terceros de buena fe que hay una relación de representación. Luego, lo importante es que el

societarios”. Ver: “El administrador de hecho (SAS) frente al director oculto”, *Revista e-Mercatoria*, 2010, 9, [1], p. 24, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emercar/article/view/2011>, consulta del 30 de octubre de 2023.

representado hubiese tenido conocimiento de que alguien se estaba presentando como su representante y no hubiese hecho nada al respecto, por lo que surge la apariencia de la representación.

Dicho esto, y ante la inquietud propuesta, consideramos que, si bien puede haber puntos de conexión entre una y otra figura, el administrador de hecho puede interferir en la gestión social de la compañía, sin que ello implique que necesariamente se inmiscuya en la representación de esta. En efecto, se reitera que la administración de hecho supone que una persona natural o jurídica realice actividades positivas de gestión, administración o dirección, que no implican *per se* la representación de la sociedad. En el Oficio 220-164753 del 30 de septiembre de 2014, la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Sociedades anotó que:

“la representación aparente a la que alude el artículo 842 del Código de Comercio, se relaciona con actuaciones de quien sin ser representante legal, induce a terceros de buena fe a creer que actúa legítimamente autorizado para hacerlo; así se desprende del texto de la norma y lo confirman innumerables sentencias en las que a partir del material probatorio arrimado a la actuación, el Juez puede determinar que en efecto, el contrato se suscribió bajo la convicción errada y de buena fe de estar contratando con quien es su representante legal, en razón a conductas propiciadas por el mismo demandado. Así pues, el tema de la representación aparente es un asunto de carácter probatorio que necesariamente debe resolverse por vía judicial”.²⁷⁶

²⁷⁶ Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Septiembre 30 de 2014). Oficio 220-164753, p. 1.

Ahora bien, en Colombia, las personas naturales o jurídicas podrán ser reconocidas como administradores de hecho mediante una sentencia o un laudo arbitral –en los eventos en que decida un tribunal arbitral con ocasión de un pacto arbitral previo suscrito entre las partes–. Esto, siempre que se surtan las etapas propias de los trámites judiciales y arbitrales correspondientes, los cuales tendrán por efecto la extensión del régimen de deberes generales (buena fe, lealtad y diligencia de un hombre de negocios), de deberes específicos y de responsabilidad civil solidaria e ilimitada por los perjuicios que por dolo o culpa los administradores de hecho hayan ocasionado a la sociedad, a los socios o a terceros.

También, es posible que la Superintendencia de Sociedades a través de un acto administrativo reconozca que alguien es administrador de hecho y haga exigibles los deberes generales y específicos de los administradores sociales. Empero, contrario a lo acontecido en los procesos judiciales y arbitrales, no es posible solicitar medidas cautelares, el reconocimiento de responsabilidad civil solidaria e ilimitada ni el resarcimiento por los perjuicios ocasionados en el trámite administrativo. Sin embargo, la autoridad administrativa competente estará facultada para imponer las sanciones a que haya lugar contra el administrador de hecho.

En todos los casos, es necesario acreditar las actividades de gestión, administración o dirección, al igual que la inobservancia de los deberes generales y específicos de los administradores sociales para que procedan las consecuencias correspondientes, vale decir, la responsabilidad civil solidaria e ilimitada por los perjuicios ocasionados para sí o para la compañía o la imposición de sanciones.

Para ello, resulta fundamental la prueba indiciaria con observancia de las previsiones antes reseñadas, en el entendido de que se debe acreditar una verdadera intromisión en la gestión social. En especial, dentro de los trámites judiciales y arbitrales se debe demostrar que hubo culpabilidad, daño y nexo de causalidad entre la actuación del administrador de hecho y los perjuicios ocasionados.

Vale la pena precisar que, no todo administrador de hecho está obligado a cumplir los deberes específicos de los administradores de derecho inscritos en el Registro Público Mercantil, en concordancia con los artículos 164 y 442 del Código de Comercio. Y es que, en sede jurisdiccional, la Superintendencia de Sociedades ha dejado claro que no es posible hacer exigible al administrador de hecho el cumplimiento genérico de todas las funciones inherentes al cargo de administrador de derecho, por ejemplo, convocar a las reuniones ordinarias al máximo órgano social, preparar y difundir los estados financieros de fin de ejercicio, adelantar actuaciones orientadas a explotar el objeto social, entre otras, pues corresponden al administrador de derecho, que no se exime de sus deberes y responsabilidad por la coexistencia de un administrador de hecho²⁷⁷.

En sede administrativa y en sede jurisdiccional, la Superintendencia de Sociedades ha estudiado la figura del administrador de hecho en diferentes casos, dentro los que se destacan los siguientes.

*Corporación de Desarrollo Educativo y Social CORDES S.A.S.
y Universidad INCCA de Colombia*

²⁷⁷ Vid. Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2019-01-075549, p. 9, y Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2020-01-564292, p. 7.

Mediante la Resolución 301-003622 del 22 de octubre de 2015 la Superintendencia de Sociedades le impuso una multa al señor Iván Enrique Conti Fajardo, en su calidad de administrador de hecho de la Corporación de Desarrollo Educativo y Social CORDES S.A.S. por incurrir en conductas que implicaron conflicto de intereses sin la autorización previa del máximo órgano social, con arreglo al numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Al respecto, dentro de las cláusulas de un “Acuerdo Privado” constaba que todos los accionistas de la Corporación de Desarrollo Educativo y Social CORDES S.A.S. eran mandatarios sin representación del señor Iván Enrique Conti Fajardo, en la proporción que a cada uno le correspondía, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 1262 del Código de Comercio, y que la participación del mismo se circunscribía a las gestiones societarias que tuvieran por objeto el desarrollo de convenios educativos en las diferentes localidades donde se emprendieran. En criterio del Despacho, el citado documento privado daba cuenta de la condición de administrador de hecho del señor Conti Fajardo en la compañía, toda vez que, en cabeza suya, se dispuso la realización de una de las principales actividades del objeto social.

Ciertamente, la Superintendencia de Sociedades anotó que el objeto social de Corporación de Desarrollo Educativo y Social CORDES S.A.S. contemplaba como una de sus actividades principales “administrar y gestionar programas de educación superior en convenio con instituciones de educación superior, debidamente reconocidas en Colombia por el Ministerio de Educación Nacional”. Por consiguiente, siendo una de las funciones primordiales de los administradores sociales la gestión de los negocios comprendidos en el objeto social era razonable concluir que el señor Iván Enrique Conti

Fajardo era administrador de hecho de la Corporación de Desarrollo Educativo y Social CORDES S.A.S.

En estos términos, la Entidad subrayó que la Corporación de Desarrollo Educativo y Social CORDES S.A.S. celebró “Convenios Interinstitucionales de Cooperación Académica” con la Universidad INCCA de Colombia, firmados por la señora Maritza del Pilar Quiroz Castro, en calidad de representante legal de la primera, y por el señor Enrique Conti Bautista, padre del señor Iván Enrique Conti Fajardo, en calidad de rector y representante legal de la segunda. De ahí que, existía un conflicto de intereses para el señor Iván Enrique Conti Fajardo, por su condición de administrador de hecho e hijo del representante legal de una de las partes contractuales, que debió informar al máximo órgano social para que impartiera la autorización previa prevista en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, sin que lo hubiera realizado.

Sebastián Agustín Martínez Arango contra María Carolina Martínez Flórez

Por medio de la Sentencia 2019-01-075549 del 26 de marzo de 2019 la Superintendencia de Sociedades declaró que María Carolina Martínez Flórez era administradora de hecho de Rafael Martínez S.A.S. y que, en esta condición, incumplió el deber general de lealtad consagrado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el deber específico previsto en el numeral 2 del mismo artículo.

En este caso, a partir de la muerte del señor Rafael Alfredo Martínez Rodríguez, anterior representante legal y accionista único de Rafael Martínez S.A.S., y la falta de un representante legal suplente, pues

también falleció, la señora María Carolina Martínez Flórez comenzó a realizar de facto actuaciones positivas de administración y gestión propias de un administrador social, sin revestir la condición de administradora formal de Rafael Martínez S.A.S. o reportar otra calidad distinta a la de accionista de la compañía. En verdad, en el acervo probatorio constaba que la señora Martínez Flórez asumió el principal negocio de explotación de la sociedad que consistía en el arrendamiento de sus apartamentos, que perpetraba actuaciones orientadas a la conservación de los bienes sociales (un bien inmueble y un vehículo automotor), y que estuvo al frente de trámites relacionados con el pago de impuestos y servicios públicos²⁷⁸.

De ahí que, el Despacho declaró que la señora María Carolina Martínez Flórez era administradora de hecho de Rafael Martínez S.A.S. y le hizo extensivo el régimen especial de deberes de los administradores sociales. En particular, la Entidad encontró que la señora María Carolina Martínez Flórez, en calidad de administradora de hecho de Rafael Martínez S.A.S., transgredió el deber general de lealtad, pues utilizó de manera indebida los recursos sociales. Ciertamente, la señora Martínez Flórez reconoció que residía en uno de los apartamentos en los que estaba dividido el bien inmueble de la compañía sin cancelar alguna suma por concepto de arrendamiento, y que percibía las rentas por el arrendamiento de este bien inmueble sin que hubiera certeza de la destinación dada a los ingresos y la contabilidad de la compañía era insuficiente para arribar a conclusiones con fundamento en sus libros contables. Sumado a esto, que usaba para su servicio el vehículo automotor de Rafael Martínez S.A.S.

²⁷⁸ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2019-01-075549, pp. 10 a 12.

En consecuencia, la Superintendencia de Sociedades declaró que la señora María Carolina Martínez Flórez, en su calidad de administradora de hecho de Rafael Martínez S.A.S., infringió su deber de lealtad al apropiarse y utilizar indebidamente los recursos y activos sociales consagrado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y al no velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales relativas a su obligación de llevar debidamente la contabilidad de la compañía sobre tales asuntos ni rendir cuentas sobre los negocios sociales cuya gestión decidió asumir, en concordancia con el numeral 2 de la norma.

Por otro lado, en la demanda se solicitó la indemnización de perjuicios por daño emergente consistente en el 50% de los ingresos generados por los arrendamientos del bien inmueble de propiedad de Rafael Martínez S.A.S., y por los perjuicios derivados del uso del vehículo de la sociedad. A la par, como lucro cesante se solicitó la actualización de las sumas causadas por tales conceptos a la fecha, junto con los intereses moratorios desde la presentación de la demanda y, de forma subsidiaria, el pago de los mismos perjuicios, pero en favor de Rafael Martínez S.A.S.

Sobre estas pretensiones, el Despacho resaltó que, aunque se hubiera acreditado que la señora María Carolina Martínez Flórez infringió ciertos deberes a su cargo como administradora de hecho de Rafael Martínez S.A.S., tales infracciones no daban lugar, automáticamente, a la indemnización de perjuicios. Para esto era indispensable que (i) se comprobara la existencia de un detrimento patrimonial que fuera imputable, en forma directa, a las actuaciones positivas de gestión y administración de la demandada que fueron censuradas y (ii) que los

perjuicios, además, se hubieran causado directamente al patrimonio de quien los reclamó²⁷⁹, lo que no sucedió.

En esta línea, la Entidad manifestó que “los perjuicios derivados de las actuaciones censuradas se causaron directamente a la compañía. Ciertamente, la utilización y apropiación indebida de recursos sociales genera impacto directo al patrimonio de la sociedad y, apenas indirectamente, a los accionistas. Lo propio ocurre en relación con la infracción al deber de llevar la contabilidad social en debida forma y de rendir cuentas” y agregó que “tampoco puede considerarse que los perjuicios al demandante provienen de los dividendos que habría recibido si se hubieran distribuido las utilidades percibidas por concepto de los contratos de arrendamiento en cuestión. Sobre el particular, este Despacho también se ha manifestado en el sentido de que no es posible ordenar el pago de dividendos por determinada suma, si el máximo órgano social no se ha pronunciado sobre la distribución de utilidades”²⁸⁰.

Y pese a que la indemnización de perjuicios fue solicitada también, en favor de Rafael Martínez S.A.S., en opinión del Despacho la única vía prevista en la ley para tales efectos es la acción social de responsabilidad, sujeta, en todos los casos, a su aprobación por parte del máximo órgano social en los términos del artículo 25 de la Ley 222 de 1995. Por ende, se declaró que el demandante carecía de legitimación en la causa para solicitar el pago de perjuicios a favor de Rafael Martínez S.A.S.

²⁷⁹ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2019-01-075549, p. 15.

²⁸⁰ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2019-01-075549, p. 15-16.

Yenny del Socorro Jaramillo Franco contra Lina Rocío Rodríguez Parra

Con la Sentencia 2023-01-276820 del 21 de abril de 2023 la Superintendencia de Sociedades declaró que la señora Lina Rocío Rodríguez Parra fue administradora de hecho de AIG S.A.S. desde el 7 de abril de 2021 hasta el 31 de diciembre de 2022.

En este evento, la demanda buscaba que se declarara que la señora Lina Rocío Rodríguez Parra fue administradora de hecho de AIG S.A.S. en 2018 y 2019 de forma concurrente con la administración social de la señora Yenny del Socorro Jaramillo Franco, y de 2020 a 2022 sin la administración social de la señora Yenny del Socorro Jaramillo Franco, y que se le ordenara a la señora Lina Rocío Rodríguez Parra hacer entrega de todos los bienes sociales que estaban bajo su custodia.

El Despacho estableció que la señora Yenny del Socorro Jaramillo Franco fue representante legal de AIG S.A.S. y cesó sus actividades el 7 de abril de 2021. Durante este lapso, la Entidad estimó que no existía material probatorio suficiente para acreditar una intromisión en los asuntos internos de la compañía por la señora Lina Rocío Rodríguez Parra, pues la señora Yenny del Socorro Jaramillo Franco seguía cumpliendo con sus funciones como representante legal de AIG S.A.S., por ejemplo, firmaba actos y negocios jurídicos de la sociedad, y la señora Lina Rocío Rodríguez Parra parecía estar cumpliendo las actividades laborales que le correspondían como empleada de la compañía.

Durante el lapso subsiguiente, la demandante sostuvo ya no ejercía como representante legal de la compañía de forma autónoma por una enfermedad. En este periodo, la Superintendencia de Sociedades identificó que la señora Lina Rocío Rodríguez Parra suscribió actos y negocios jurídicos en nombre de la sociedad que solía realizar la señora Yenny del Socorro Jaramillo Franco en calidad de representante legal de AIG S.A.S. que la contadora de la empresa le rendía cuentas, y que se presentaba ante terceros como la persona con capacidad de obligar a la sociedad. Esto, sumado a una confesión hecha en la contestación de la demanda, según la cual las actividades de administración social fueron realizadas por la señora Rodríguez Parra después de que la señora Jaramillo Franco presentara la renuncia al cargo de representante legal el 7 de abril de 2021, permitió concluir que hubo una intromisión en las actividades de gestión y administración de la compañía por parte de la demandada.

Sin embargo, el Despacho desestimó la pretensión de hacer entrega de todos los bienes sociales que estaban bajo la custodia de Rodríguez Parra “al considerar que la eventual necesidad de conocer sobre las gestiones realizadas por Rodríguez Parra, en vigencia de su administración de hecho, se verían satisfechas en un eventual proceso de rendición de cuentas”²⁸¹.

3. Diferencias entre el control de hecho y la administración social de hecho

La doctrina especializada coincide en que en el régimen de matrices, subordinadas y grupos empresariales los administradores sociales de la matriz o la matriz misma pueden inmiscuirse en la administración

²⁸¹ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2019-01-075549, p. 8.

social de las subordinadas, lo que puede dar lugar a que sean calificados como administradores de hecho de estas, haciéndoles exigibles los deberes generales y específicos y la responsabilidad propia de tal condición²⁸².

Por esta razón, en opinión del profesor Andrés Parias Garzón, “es conveniente que los grupos empresariales tengan en cuenta estas disposiciones para que el ejercicio del poder de subordinación propio del control, y más específicamente de la unidad de propósito y dirección del grupo empresarial, se efectúe mediante canales formales, respetuosos de la separación patrimonial y autonomía de las subordinadas, para evitar que se genere la consecuencia atrás referida”²⁸³.

Y es que, como lo manifiesta el profesor Jorge Hernán Gil Echeverry, es frecuente que en los esquemas de subordinación y en los grupos empresariales, en especial, en los compuestos por sociedades de familia, haya una cabeza que delegue la administración social en sus herederos o funcionarios de confianza y, sin embargo, directa o indirectamente, a través de diversos mecanismos, dirija la suerte de las empresas dando instrucciones y órdenes a los administradores sociales²⁸⁴. En criterio del mismo autor, un indicio grave “se infiere cuando en favor de dicho administrador [social] o de su grupo familiar, se estipulan políticas de contratación general e individual a precios no comerciales, en perjuicio de la sociedad y de los socios minoritarios,

²⁸² Vid. Parias Garzón, Andrés, “Aspectos relevantes de la SAS en los grupos empresariales”, en Reyes Villamizar, Francisco (Coord.), *La SAS y su influencia en América Latina: 10 años de un modelo exitoso*, Cámara de Comercio de Bogotá y Legis, Bogotá, 2018, pp. 239-240.

²⁸³ Reyes Villamizar, Francisco, *La SAS y su influencia en América Latina: 10 años de un modelo exitoso*, p. 240.

²⁸⁴ Gil Echeverry, Jorge Hernán, *La especial responsabilidad del administrador societario*, Legis, Bogotá, 2015, p. 198.

lo que evidencia que maneja la administración [social] imponiendo sus intereses particulares”²⁸⁵.

Es claro que los controlantes individuales o conjuntos, en especial, los de hecho, y los administradores de hecho comparten características comunes, por ejemplo, por su actuar “oculto” o “a la sombra” en ocasiones y su intromisión en la gestión social. No obstante, en opinión de los autores, la subordinación y la administración de hecho son dos figuras distintas con consecuencias disímiles. En este sentido, el profesor Alberto Bravo Rey afirma que se puede resolver la sobreposición de las dos figuras reconociendo “que existe una pérdida de autonomía legítima, derivada de la situación de control, y una influencia censurable, aquella que resulta de la administración de hecho”²⁸⁶.

En relación con la posición del profesor Bravo Rey debemos referir que la influencia en la gestión social propia de la administración de hecho no necesariamente es censurable, pues no se puede presumir que la persona natural o jurídica que comienza a ejecutar actividades positivas de gestión, administración o dirección en una sociedad lo hace de mala fe o de forma ilegal. Por ejemplo, en las sociedades de

²⁸⁵ Gil Echeverry, Jorge Hernán, *La especial responsabilidad del administrador societario*, p. 199.

²⁸⁶ Bravo Rey, Alberto, “La administración de hecho como mecanismo alternativo al levantamiento del velo corporativo y el abuso del derecho”, en *Diez años de las S.A.S.: Análisis y perspectivas desde una visión académica*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2020, p. 164. El profesor Bravo Rey agrega: “En esta nueva perspectiva, podemos volver sobre las preguntas planteadas ¿pueden coincidir las figuras de control y administración de hecho? Si [*sic*], cuanto más estricto el control mayor la posibilidad de que coincidan. ¿Deben entonces coincidir en todos los casos? No, mientras el controlante determina la voluntad de la subordinada como consecuencia del ejercicio de sus derechos, el control no implicará la administración de hecho. Por el contrario, se le impondrá el régimen de administrador al accionista, controlante o no, que utilice mecanismos distintos a los canales institucionales para influenciar, que no determinar, el resultado de las decisiones de la sociedad”. Ver: “La administración de hecho”, p. 164.

familia puede haber un fundador que ejerza una situación de control en una o más compañías y, por ciertas circunstancias, sus hijos empiezan a interferir en la gestión social, dado su parentesco de consanguinidad y relación de confianza.

Con todo, como se dijo, el control societario implica el máximo poder de decisión en una compañía, mientras que la administración de hecho envuelve actividades positivas y autónomas en las acciones u omisiones del administrador formal, o en el ejercicio directo de las funciones relativas a su cargo. De este modo, es posible que una o varias personas naturales o jurídicas al mismo tiempo sean controlantes individuales o conjuntos y administradores de hecho de una singularidad o una pluralidad de compañías, sin embargo, no siempre acontece. La autoridad judicial o administrativa competente deberá valorar en cada caso los elementos de prueba disponibles de acuerdo con las reglas de la sana crítica para determinar si concurren los presupuestos para acreditar la existencia de una y/u otra figura.

Para los autores, es posible destacar las siguientes diferencias entre la subordinación y la administración de hecho, que podrían servir de base para que los interesados ejerzan las acciones a que haya lugar por la trasgresión de sus derechos, según el caso particular.

Criterio diferenciador	Subordinación	Administración de hecho
<i>Fuente jurídica</i>	Artículos 260 y 261 del Código de Comercio.	Parágrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008.

Criterio diferenciador	Subordinación	Administración de hecho
<i>Definición</i>	Una o más personas naturales o jurídicas que tienen el máximo poder de decisión en una compañía.	Una o más personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores formales, se inmiscuyen en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de una compañía.
<i>Aplicación en los diferentes tipos societarios</i>	Se puede predicar en todos los tipos societarios.	Se puede predicar en la sociedad por acciones simplificada.
<i>Reconocimiento</i>	Por medio de un acto administrativo proferido por la Superintendencia de Sociedades o, en su defecto, por la Superintendencia Financiera de Colombia para efectos del artículo 30 de la Ley 222 de 1995. Excepcionalmente otras autoridades	Por medio de una sentencia, laudo arbitral o de un acto administrativo emitido por la autoridad judicial, arbitral o administrativa competente.

Criterio diferenciador	Subordinación	Administración de hecho
	judiciales y administrativas podrían hacer una valoración donde identifiquen controlantes individuales o conjuntos, por ejemplo, para temas de colusión en procesos de licitación pública.	
<i>Efectos</i>	Definidos taxativamente por el ordenamiento jurídico colombiano, entre otros, los previstos en los artículos 30 y 35 de la Ley 222 de 1995; 262, 265 y 455 del Código de Comercio, y 12, 15, 32, 61 y 69 de la Ley 1116 de 2006.	Extensión de los deberes generales y específicos y la responsabilidad especial de los administradores sociales, en concordancia con los artículos 23, 24 y 25 de la Ley 222 de 1995.
<i>Responsabilidad</i>	Se limita la responsabilidad de la matriz en escenarios de insolvencia.	Puede sobrevenir en cualquier etapa de la vida societaria.

Conclusiones

1. El ordenamiento jurídico colombiano prevé una definición amplia de subordinación, en consonancia con el artículo 260 del Código de Comercio, y una lista de casos no taxativos en los que se presume contemplados en el artículo 261 del Código de Comercio, los cuales constituyen una parte de la definición general. Por lo tanto, ante cualquier otro evento en el que se configuren los elementos de la norma general se puede producir el fenómeno de la subordinación con los efectos propios que supone.
2. En la actualidad, la figura del administrador de hecho solo aplica en las sociedades por acciones simplificadas cuando una o más personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores formales, se inmiscuyen en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de una compañía, de acuerdo con el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008. Estos criterios han sido ampliamente desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina especializada para esclarecer cuándo se podría configurar y, de esta forma, hacer extensivo el régimen de deberes y de responsabilidad de los administradores sociales.
3. El control societario implica el máximo poder de decisión en una compañía, mientras que la administración de hecho envuelve actividades positivas y autónomas en las acciones u omisiones del administrador formal, o en el ejercicio directo de las funciones relativas a su cargo. Así, es posible que una o varias personas naturales o jurídicas sean al mismo tiempo

controlantes individuales o conjuntos y administradores de hecho de una singularidad o una pluralidad de compañías, sin embargo, no siempre coinciden.

4. La Superintendencia de Sociedades ha proferido, en sede administrativa y en sede jurisdiccional, importantes pronunciamientos reconociendo situaciones concretas de control por fuera de las presunciones del artículo 261 del Código de Comercio y de administradores de hecho conforme al artículo 27 de la Ley 1258 de 2008.

Referencias

- Bravo Rey, Alberto, “La administración de hecho como mecanismo alternativo al levantamiento del velo corporativo y el abuso del derecho”, en *Diez años de las S.A.S.: Análisis y perspectivas desde una visión académica*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2020.
- Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887.
- Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (Septiembre 24 de 2019). Oficio 1589. Radicación interna 2420. Número único 11001-03-06-000-2019-00094-00. [C.P.: Édgar González López].
- Constitución Política de Colombia. 1991.
- Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2011.
- Gaitán Rozo, Andrés y Torres Molina, Jennifer, “Conflictos de intereses en grupos empresariales y situaciones de control”, en Gaitán Rozo, Andrés y López Castro, Yira (Coord.), *Conglomerados en Colombia. Actualidad y perspectivas*, Superintendencia de Sociedades, 2022.
- Gil Echeverry, Jorge Hernán, *La especial responsabilidad del administrador societario*, Legis, Bogotá, 2015.
- Hernández Martínez, William David, “Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, 2012, 14, (2), pp. 241-288, en <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/2066>, consulta del 30 de octubre de 2023.

- Ley 155 de 1959. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Diciembre 24 de 1959. DO. N.º 30138.
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.
- Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. DO. N.º 46494.
- Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diciembre 5 de 2008. DO. N.º 47194.
- Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2011. DO. N.º 47956.
- Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO. N.º 48489.
- Montiel Fuentes, Carlos Mario, “Acercamiento al concepto de grupos empresariales: concurrencia de elementos para su existencia”, *Revista e-Mercatoria*, 2009, 8, (1), pp. 1-27, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2038/1825>, consulta del 30 de octubre de 2023.
- Pino Solano, María Mónica, Armero Osorio, Víctor Manuel y Cubillos Garzón, Camilo, “El administrador de hecho (SAS) frente al director oculto”, *Revista e-Mercatoria*, 2010, 9, (1), pp. 1-28, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2011>, consulta del 30 de octubre de 2023.

- Reyes Villamizar, Francisco (Coord.), *La SAS y su influencia en América Latina: 10 años de un modelo exitoso*, Cámara de Comercio de Bogotá y Legis, Bogotá, 2018.
- Reyes Villamizar, Francisco, *SAS La sociedad por acciones simplificada*, cuarta edición, Legis, Bogotá, 2018.
- Superintendencia de Sociedades. (Julio 12 de 2022). Circular Externa 100-000008. Circular Básica Jurídica.
- Superintendencia de Sociedades. (Abril 3 de 2007). Resolución 125-001317.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. Grupo de Jurisdicción Societaria II. (Agosto 11 de 2017). Sentencia 820-000078. Proceso 2015-800-267. Miguel Antonio Sánchez Cerquera, Luis Eduardo Quintero Suárez, Camilo Ramírez Sánchez, Jaime Tamayo Marles y Campo Emilio Sánchez Cerquera contra Hufaca S.A.S., Hugo Fernelio Falla Casanova, Mariana Casanova, Faiber Eucario Falla Casanova, Martha Jimena Lizcano Bustos, Reinel Jiménez Alvarado, Asociación de Pequeños Piscicultores de Garzón (Asopez) y Pedro García Correa. [Coordinador del Grupo de Jurisdicción Societaria II: Juan Pablo Amaya Prieto].
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. Grupo de Jurisdicción Societaria I. (Marzo 26 de 2019). Sentencia 2019-01-075549. Proceso 2017-800-00247. Sebastián Agustín Martínez Arango contra María Carolina Martínez Flórez. [Coordinadora Grupo de Jurisdicción Societaria I: María Victoria Peña Ramírez].
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Octubre 25 de 2020). Sentencia 2020-01-564292. Proceso 2019-800-00206. Argolide S.A. contra Ana Denis Torres Rivera y Jorge Enrique Torres Rivera. [Superintendente

Delegado para Procedimientos Mercantiles: Francisco Hernando Ochoa Liévano].

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. Dirección de Jurisdicción Societaria III. (Abril 21 de 2023). Sentencia 2023-01-276820. Proceso 2022-800-00085. Yenny del Socorro Jaramillo Franco contra Lina Rocío Rodríguez Parra. [Directora de Jurisdicción Societaria III: Natalia Jacobo Dueñas].

Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales. (Septiembre 23 de 2021). Resolución 302-005593. [Director de Supervisión de Asuntos Especiales: Juan Camilo Ortiz Zabala].

Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales. (Febrero 18 de 2023). Resolución 302-000991. [Director de Supervisión de Asuntos Especiales: Andrés Gaitán Rozo].

Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales. (Julio 4 de 2023). Resolución 302-008612. [Director de Supervisión de Asuntos Especiales: Andrés Gaitán Rozo].

Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Sociedades. (Octubre 22 de 2015). Resolución 301-003622. [Directora de Supervisión de Sociedades: Diana Marcela Mantilla Cupaban].

Superintendencia de Sociedades. Grupo de Conglomerados. (Agosto 24 de 2023). Acta de Diligencia de Visita Administrativa 125-001713.

Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Abril 13 de 1998). Oficio 220-15430.

Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica.
(Septiembre 30 de 2014). Oficio 220-164753.

Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Marzo 31
de 2015). Oficio 220-047792.

CAPÍTULO 6

LA CONFIGURACIÓN DE CONFLICTOS DE INTERESES POR PARTE DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

Tomás Holguín Mora
Darío Laguado Giraldo



LA CONFIGURACIÓN DE CONFLICTOS DE INTERESES POR PARTE DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

Tomás Holguín Mora²⁸⁷

Darío Laguado Giraldo²⁸⁸

Introducción

A pesar de contar con una altísima producción jurisprudencial, arbitral y doctrinaria, existe todavía una gran dosis de confusión acerca del alcance del régimen de conflictos de intereses aplicable a los administradores de sociedades en Colombia. La confusión se torna aún más relevante cuando esta discusión se ha convertido en uno de los problemas centrales del derecho societario contemporáneo²⁸⁹ y, de manera particular, en el país²⁹⁰.

En efecto, como resultado de la delegación de funciones que tiene lugar en el ámbito de las sociedades de capital y del consecuente problema de agencia que puede surgir entre administradores y accionistas (que, entre nosotros, en realidad esconde muchas veces un problema de agencia entre los accionistas mayoritarios y los accionistas

²⁸⁷ Abogado, especialista de la Universidad del Rosario con maestría en leyes (LLM) de la Universidad de Columbia. Actualmente es socio en la firma Brigard & Urrutia Abogados.

²⁸⁸ Abogado, especialista de la Pontificia Universidad Javeriana con LLM de la Universidad de Harvard. Actualmente es socio en la firma Brigard & Urrutia Abogados.

²⁸⁹ Enríques, Luca, “Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (With a Critique of the European Commission Proposal)”, en *Law Working Paper*, 2014, (267), en <http://ssrn.com/abstract=2505188>, consulta del 28 de septiembre de 2023.

²⁹⁰ Ver los reportes “Procesos Mercantiles: Datos y Cifras-Procesos Societarios en Curso” publicados por la Superintendencia de Sociedades para los años 2020 y 2021, disponibles en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/20122/533354/INFORME-MERCANTILES-2020.pdf/04765792-5325-4352-80b6-8085174ad454?t=1663091271367> y <https://www.supersociedades.gov.co/documents/20122/533587/INFORME-PROCESOS-MERCANTILES-2021.pdf/7e45a1a8-3362-ed83-5de0-9e5b45f38fad?t=1663090429876>. Consulta del 28 de septiembre de 2023.

minoritarios), la regulación de los conflictos de interés se erige como uno de los problemas nucleares del derecho de sociedades.

Por lo anterior, en una primera parte del presente artículo contextualizaremos el conflicto de intereses como la manifestación más relevante del deber de lealtad. En una segunda parte, nos concentraremos en identificar aquellos elementos configuradores de un conflicto de intereses. Y en la tercera parte expondremos algunas problemáticas concretas relevantes del régimen actual de conflictos de intereses.

1. El deber de lealtad

El modelo de agencia permea un número importante de instituciones legales²⁹¹. En términos generales, en estos casos la función del derecho es proteger al principal de la vulnerabilidad que causa toda relación de agencia por cuanto el principal expone su propiedad o sus intereses al riesgo de acciones oportunistas o motivadas por el interés exclusivo del agente²⁹². Desde una perspectiva económica, en estos casos el derecho cumple la función de minimizar, junto con otros mecanismos, los costos de agencia. Una de las estrategias principales para hacerlo es mediante la imposición de deberes en cabeza del agente (el administrador), cuya transgresión da lugar a su responsabilidad.

No cabe duda de que el beneficio que perciben los accionistas depende de la gestión de los administradores. Sin embargo, como en

²⁹¹ Hansmann, Henry & Kraakman, Reinier, “What is Corporate Law? The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach”, Oxford University Press, (2004). 1-19.

²⁹² Hansmann & Kraakman, “What is Corporate Law?”.

toda relación de agencia, los administradores pueden comportarse de forma egoísta u oportunista, de manera que sus intereses personales pueden desviarse de los intereses de los accionistas. Este es el origen de los conflictos de intereses y de la necesidad de gestionarlos. Hay ejemplos muy notorios de ello. Por un lado, en materia de compensación, los administradores pueden buscar aumentar su compensación a expensas de los intereses de la sociedad²⁹³. De otro lado, pueden tener una tendencia por retener utilidades y reinvertirlas en la sociedad a efectos de aumentar los activos de la sociedad y el poder de la administración (práctica que se conoce como *empire building*)²⁹⁴. Por último, y de manera general, asunto que es objeto de este artículo, en la toma de decisiones los administradores pueden obrar bajo el efecto de un conflicto de intereses, directo o indirecto, que puede ser contrario o divergir de los intereses de la sociedad.

En términos de la Corte Constitucional, el deber de lealtad de los administradores tiene como fundamento “la confianza depositada no solamente en razón a las calidades profesionales y gerenciales del elegido que aseguren su desempeño eficiente, sino que reposa de manera prevalente en las condiciones éticas del mismo, que garanticen la lealtad en el manejo de los asociados”²⁹⁵. El deber de lealtad no se

²⁹³ Bebchuk, Lucian Arye & Fried, Jesse M., “Executive Compensation as an Agency Problem”, en *Journal of Economic Perspectives*, 2003, (3), pp. 71-92.

²⁹⁴ Jensen, Michael & Meckling, William, “Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure”, en *Journal of Financial Economics*, 1976, pp. 305-360. Los autores sostienen que la vocación a la construcción de imperios hace que los administradores esencialmente gasten todos los fondos disponibles en proyectos de inversión. Esto, con la creencia de que dichas inversiones incrementarán los recursos internos disponibles, lo cual se traduce, igualmente, en una reducción de las utilidades disponibles para ser distribuidas entre los accionistas.

²⁹⁵ Corte Constitucional. (Abril 23 de 2008). Sentencia C-384. Expediente D-6974. [MP. Jaime Córdoba Triviño]. En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia manifestó que “aunque emparentado con el deber de obrar de buena fe, en el contexto de la taxonomía de los deberes, el de lealtad tiene entidad propia, que consiste en el desempeño del cargo de administrador como un representante leal o fiel, que implica que en desarrollo de las facultades que le son propias, no

limita a la prohibición de obrar bajo un conflicto de intereses, sino que, como se señaló, tiene un espectro más amplio²⁹⁶.

Así, de las obligaciones del administrador de anteponer el interés social y de promover su consecución nacen otros deberes específicos²⁹⁷ que se concretan en la prohibición de utilizar información privilegiada, violar la reserva comercial e industrial de la sociedad, celebrar operaciones viciadas por conflictos de intereses, usurpar oportunidades de negocios de la sociedad y, en general, todo acto que por las circunstancias en que se desarrolla contraría los intereses de la sociedad, tomando ventaja sobre ella y los asociados²⁹⁸, postura que comparten la Delegatura de Procedimientos Mercantiles (en adelante,

las utilice para fines que son distintos para los que han sido otorgadas. Además, el deber de lealtad acarrea guardar secreto sobre los asuntos propios de su cargo, con las salvedades propias producto de lo establecido en la ley y de lo ordenado por autoridades judiciales o administrativas. Consustancial también a este deber de fidelidad, es la adopción del representante de todas aquellas medidas indispensables para que no se den situaciones estructurantes de conflicto de intereses [...] con el deber de lealtad, los directores deben, principalmente, trabajar con la mira puesta en el mejor interés de la sociedad, y trazar una línea demarcatoria que separe sus intereses personales de los intereses de la compañía, caso, por ejemplo, como el de utilizar el nombre de ella en búsqueda de su beneficio particular”. Ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Julio 7 de 2021). Sentencia SC2749-2021. Radicación 08001-31-03-005-2012-00109-01. [MP. Álvaro Fernando García Restrepo].

²⁹⁶ Martínez Neira, Néstor Humberto, *Cátedra de Derecho Contractual Societario*, Editorial Legis, Bogotá, 2020, p. 194.

²⁹⁷ Suescún de Roa, Felipe, “Deberes de los Administradores en fusiones y adquisiciones: la versión colombiana de la ‘píldora venenosa’”, en *Revista de Derecho Privado*, 2015, (53), pp. 1-43.

²⁹⁸ Laguado Giraldo, Darío y Holguín Mora, Tomás, “La regulación de los conflictos de intereses en el derecho colombiano”, en *Derecho Societario Contemporáneo*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2021, p. 222.

la Delegatura) de la Superintendencia de Sociedades²⁹⁹ y la Corte Suprema de Justicia³⁰⁰.

De manera negativa, se podría decir que el deber de lealtad implica el reproche de todas aquellas conductas que defrauden la confianza de la que son depositarios los administradores y que vayan en contravía del interés social. Si bien dejaremos para otro momento profundizar en el concepto de interés social al que hace referencia el deber de lealtad³⁰¹, para efectos del presente artículo basta decir que el administrador, en cuanto agente fiduciario de los accionistas, debe abstenerse de anteponer su interés personal, directo o indirecto, por encima de los intereses de la sociedad³⁰².

2. Conflicto de intereses

2.1. Ausencia de definición legal

No hay una definición legal en la regulación comercial que indique cuándo se está en presencia de un conflicto de intereses. Esta situación

²⁹⁹ Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. Sentencia proferida en proceso 2020-800-00059 en el caso de Multinversiones Bolívar SAS y Seguros Comerciales Bolívar S.A. c. Mauricio Cuervo Ocampo: “bajo el deber general de lealtad, estos funcionarios deben actuar en el mejor interés de la compañía, de manera que les está prohibido valerse de su cargo para privilegiar sus intereses personales. De ahí que, a la luz del precitado deber, sea posible censurar actos celebrados en conflicto de interés, actos de competencia y usurpación de oportunidades de negocio, actos de apropiación o desviación irregular de recursos sociales, uso de información privilegiada en interés personal, entre otros”.

³⁰⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Julio 7 de 2021). Sentencia SC2749-2021. Radicación 08001-31-03-005-2012-00109-01. [MP. Álvaro Fernando García Restrepo].

³⁰¹ Sabogal Bernal, Luis Fernando, “El ‘Interés Social’: Apuntes Teóricos en el Marco Socioeconómico del Derecho de Empresa”, en *Revista e-Mercatoria*, 2011, 10, (1), pp. 16-17. Ver, además, el interesante análisis que hace Fernando Alfredo Castillo Mayorga en el artículo “El abuso del derecho de voto como mecanismo de control del accionista mayoritario”, en *Derecho Societario Contemporáneo*, Editorial Ibáñez, 2021, p. 131.

³⁰² Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 2023, p. 701.

no es exclusiva del caso colombiano. Como bien indica Mustapha Mekki ³⁰³, ante la ausencia de una definición clara se deben (i) determinar sus elementos y (ii) eliminar los fantasmas que existen en torno a qué sí y qué no es un conflicto de intereses.

En efecto, ni la Ley 222 de 1995 ni ninguna otra norma del ordenamiento mercantil se ocupan de dicha definición. En materia financiera, en cambio, sí existe una regulación que lo define. El Decreto 2555 de 2010, en su artículo 2.11.4.2.1, establece que “se entiende por conflicto de interés la situación en virtud de la cual una persona en razón de su actividad se enfrenta a distintas alternativas de conducta con relación a intereses incompatibles, ninguno de los cuales puede privilegiar en atención a sus obligaciones legales o contractuales”.

Por su parte, el Decreto 1486 de 2018, aplicable a los conglomerados financieros, en el artículo 2.39.3.1.3. establece que “en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 1870 de 2017, en lo que corresponde al holding financiero, a las entidades que hacen parte de un conglomerado financiero, y a sus vinculados, se entiende por conflicto de interés aquella situación que surge o puede surgir para una o más personas que puedan tomar decisiones, o incidir en la adopción de las mismas, cuando se identifiquen intereses contrarios e incompatibles respecto de un acto o negocio”. Este decreto, por lo demás, contiene un régimen creativo y práctico que elimina varios de los escollos que tiene

³⁰³ Mustapha Mekki, *La lutte contre les conflits d'intérêts: essor de la transparence ou règne de la méfiance?*, como se citó en Boucant, Nicolas, *Les conflits d'intérêts en droit des sociétés*, tesis doctoral, Université Paris Est-Créteil, París, 2022.

el régimen general de los conflictos de intereses, al cual volveremos más adelante³⁰⁴.

Tanto en materia comercial, por el silencio del legislador, como en materia financiera, a pesar de la definición existente, la configuración de un conflicto de intereses es una cuestión que debe examinarse y determinarse caso por caso, a la luz de las circunstancias concretas, con las complejidades que esto genera, no solo para los comerciantes, sino para los operadores judiciales³⁰⁵.

Finalmente, vale la pena indicar que en las distintas decisiones arbitrales relativas a la solución de conflictos de intereses por parte de administradores se ha reconocido, de manera homogénea, la ausencia de una definición legal acerca de este fenómeno³⁰⁶.

³⁰⁴ Este decreto, que desarrolla la Ley 1870 de 2017 tiene, entre otros, el propósito de establecer los criterios y mecanismos para que las entidades que hacen parte del conglomerado financiero identifiquen, administren y revelen los conflictos de interés entre estas y sus vinculados. En este contexto, es muy interesante ver el procedimiento contemplado en esta regulación para solucionar las situaciones de conflicto de intereses que se presenten al interior del conglomerado. Para estos efectos, ver el artículo 2.39.3.1.4., relacionado con la administración y revelación de los conflictos de interés.

³⁰⁵ “Tal incertidumbre, sumada a las severas sanciones por la violación de la regla contenida en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 —incluida la posible inhabilidad para ejercer el comercio, en los términos del Decreto 1925 de 2009— podría tener un efecto desalentador sobre la gestión de los administradores, aún ante la escasa aplicación del régimen bajo estudio. El vacío en cuestión también les impone una abrumadora carga a los jueces, quienes deberán esforzarse por detectar la configuración de conflictos de interés en operaciones societarias potencialmente complejas”. Ver: Mendoza, José Miguel, “La definición de Conflictos de Interés en el Derecho Societario Colombiano”, en *UNA revista de Derecho*, 2016, 1, p. 6.

³⁰⁶ Ver, entre otros los laudos: (i) Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo del 15 de mayo de 2018 en el caso de Carlos Hakim Daccach v. Gyptec S.A. y otros. Árbitros: Luis Suárez Cavelier, Gabriel Pardo Otero y Adriana Polanía Polanía; (ii) Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo del 7 de noviembre de 2018 en el caso de Bertrand Jacques Emile Roger Jequier v. Industria y Tecnología Symtek S.A.S., Crisamar S.A.S., Intech S.A.S., Jorge Enrique Cortés Díaz y Claudia Teresa Niño Santos. Árbitro: Alfonso Miranda Londoño; (iii) Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo del 8 de noviembre de 2021 en el caso de Promoambiental Distrito S.A.S. E.S.P. v. Procesador de información del servicio de aseo S.A.S. y otros. Árbitros: Juan Carlos Expósito Vélez, Héctor Mauricio Medina Casas y Felipe Cuberos de las Casas; y (iv)

2.2. Los elementos propuestos por la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades para la configuración de los conflictos de intereses

Según la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades³⁰⁷, “existe un conflicto de intereses cuando 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”. Agrega, además, que existe un conflicto de intereses si el administrador cuenta con un “interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada, así como cuando se presenten circunstancias que configuren un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido”.

Esta definición contiene tres criterios para configurar un conflicto de intereses: (i) la imposibilidad de un administrador social de satisfacer dos intereses simultáneamente; (ii) la imposibilidad de tomar la decisión con un “juicio objetivo”, y (iii) que al tomar la decisión el

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo del 15 de diciembre de 2020 en el caso de Aura Nayibe Mejía López, Manuel Mejía López v. Fruto Mejía López, María Antonia Mejía López, Rápido Duitama Ltda. Árbitros: José Octavio Zuluaga Rodríguez, Adriana María Polanía Polanía y Liliana Otero Álvarez.

³⁰⁷ Superintendencia de Sociedades. (Julio 12 de 2022). Circular Externa 100-000008. Circular Básica Jurídica.

administrador vea su discernimiento comprometido³⁰⁸. Las decisiones a nivel arbitral son igualmente consistentes con estos elementos³⁰⁹.

Nótese que dentro de los elementos propuestos por la Circular Básica Jurídica para la configuración del conflicto no se requiere que la operación sea perjudicial para la sociedad. Se reconoce que si ese es un resultado posible *ex ante* (visto por un juzgador imparcial antes de la toma de la decisión), se puede configurar el conflicto³¹⁰. Esta consideración no deja de ser relevante, pues hay un buen número de circunstancias en las cuales el conflicto puede ser sutil y sus efectos menos predecibles y verificables³¹¹.

³⁰⁸ Hay interpretaciones distintas según las cuales los dos elementos descritos son una consecuencia del primero, mas no deben presentarse autónomamente. Así, la misma definición pareciera reconocer que el primer criterio es, en realidad, la causa de los otros dos, de ahí la expresión “en el mismo sentido”, la cual parece equiparar el primer criterio con el segundo y el tercero. Con lo anterior, la imposibilidad de satisfacer dos intereses es la situación de hecho que compromete el discernimiento del administrador o le impide tener un juicio objetivo.

³⁰⁹ Frecuentemente, los laudos arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá han citado las sentencias de la Delegatura en los casos de (i) Luque Torres Ltda., (ii) el Puente S.A. y (iii) Nydia Rocío Cepeda Lemus e Hijos y Cía. S. en C. v. Jorge Alberto Montañez Vásquez. Ver: Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo del 13 de diciembre de 2017. Árbitros: Jesús Vall de Rutén Ruiz, Mateo Peláez García, Omar Rodríguez Olaya, en el caso de Jorge Moreno Ramírez v. ASTAF Colombia S.A.S. En este caso, al estudiar la situación en la que un representante legal, quien también tenía la calidad de accionista, aprobó una capitalización para pagar en especie un crédito que tenía con la sociedad, los árbitros identificaron los elementos de los conflictos de interés de la siguiente manera: “por su parte, el conflicto de interés, en nuestro medio, con su tesitura de enfrentamiento coyuntural ha sido delineado mediante la confluencia de dos elementos fundamentales. Son tales: ‘1. La existencia de dos intereses contrapuestos, uno en cabeza de la sociedad y el otro en la: del administrador; 2. La posibilidad del administrador de elegir a favor de los intereses propios frente a los de la sociedad que administra”.

³¹⁰ Sobre este asunto, ver: Paces, Alessio, “Control Matters: Law and Economics of Private Benefits of Control”, *ECGI Working Paper*, 2009, (131), donde se analizan los potenciales beneficios que se pueden obtener de celebrar operaciones al interior de grupos empresariales.

³¹¹ “No se olvide que el supuesto de hecho ‘conflicto de interés’ constituye un tipo de peligro, no un tipo de lesión, y el peligro está en la propia inclinación de la naturaleza humana a favorecer lo propio o lo próximo en detrimento de lo ajeno, incluso aunque no haya una voluntad deliberada de hacerlo, debido a los sesgos cognitivos y morales que nos acechan. Cuando una persona ejercita su juicio en una situación de conflicto, puede ser difícil para ella, incluso aunque subjetivamente quiera actuar con total honestidad, tener la certeza de que ha excluido de su proceso mental consideraciones relativas a sus propios intereses”. Ver: Paz-Ares Rodríguez, José

2.3. Hipótesis en las que se configura un conflicto de intereses

Así como no hay una definición, la legislación colombiana tampoco contiene un listado de los posibles hechos en los cuales podría entenderse que hay un conflicto de intereses³¹². No obstante, la Circular Básica Jurídica³¹³ y los precedentes de la Delegatura permiten elaborar un catálogo (a todas luces incompleto) de las situaciones que, efectivamente, dan lugar a que se presente un conflicto de intereses. La Superintendencia de Sociedades ha indicado un listado de hipótesis que son un riesgo real de conflicto de interés y que, esquemáticamente, ha dividido en intereses directos e indirectos³¹⁴.

Los conflictos de intereses directos se presentan, típicamente, cuando los administradores de la sociedad celebran operaciones con la propia sociedad. Así, se configura un conflicto cuando los administradores reciben préstamos, honorarios, anticipos u otro tipo de pagos de la sociedad³¹⁵ sin haber sido debidamente autorizados. En estas circunstancias es evidente el riesgo de que estos pagos se utilicen para

Cándido, “¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión”, en *Derecho de Sociedades, cuestiones sobre órganos sociales*, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2019, p. 1512. Con una carga más ética que jurídica, véase Smith, Lionel, “Fiduciary Relationships: Ensuring the Loyal Exercise of Judgement on Behalf of Another”, 130 *Law Quarterly Review*, 2014, pp. 608-634, en <https://ssrn.com/abstract=2559974>, consulta del 28 de septiembre de 2023.

³¹² En los proyectos de ley presentados al Congreso se incluían listados no taxativos de situaciones que generarían conflictos de intereses.

³¹³ Superintendencia de Sociedades. Circular Externa 100-000008. Capítulo V.3.J.a.

³¹⁴ Superintendencia de Sociedades. Circular Externa 100-000008. Capítulo V, Sección 3.H.; Superintendencia de Sociedades, *Guía de Conflicto de Intereses*, Bogotá, 2022, en <https://incp.org.co/wp-content/uploads/2022/07/Guia-SuperSociedades.pdf>, consulta del 28 de septiembre de 2023.

³¹⁵ Superintendencia de Sociedades. (Octubre 20 de 2015). Sentencia 800-134. María Virginia Cadena López y Fernando Alfredo Cadena López v. Amira López de Cadena, Miguel Eduardo Cadena López, Hacienda Los Mangos López de C. & Cía. S. en C. y MCH S.A.S.; y Superintendencia de Sociedades. (Julio 9 de 2018). Radicado 810-000057. Metabólica S.A.S. v. Miguel Ángel Rodríguez.

enriquecer a los administradores a expensas de la sociedad.

El caso de SAC Estructuras Metálicas³¹⁶ ilustra muy bien la existencia de un interés económico directo como fuente de un conflicto. En este caso, los administradores le prestaron dinero a la sociedad para atender necesidades urgentes de liquidez. El juez societario notó que si bien la operación era benéfica y necesaria para la sociedad, los administradores no surtieron el procedimiento legal requerido para levantar su conflicto de intereses. La configuración del conflicto, como señala la Delegatura, resultaba evidente, pues los intereses de los administradores y de la sociedad eran claramente incompatibles: cualquier ahorro en intereses obtenido para la sociedad era una menor ganancia para los administradores, y viceversa³¹⁷.

En realidad, la pregunta de fondo que se debió hacer la Delegatura era que, como principio, si bien la operación fue utilizada para favorecer a la sociedad a costa de los administradores, habría podido ser usada para favorecer a los administradores a costa de la sociedad. De haber sido lo segundo, no sería una buena política para administrar este tipo de situaciones. La sociedad y sus socios, por tanto, debían tener la oportunidad de evaluar a cuál de los dos supuestos correspondía, y como no la tuvieron, resultaba procedente su anulación.

Otro caso de conflicto directo se encuentra cuando el administrador tiene “suficiente” interés económico en la transacción. Así, por

³¹⁶ Superintendencia de Sociedades. (Julio 9 de 2013). Sentencia 801-35. En el caso SAC Estructuras Metálicas S.A. v. Praxedis José Daniel Correa, Santiago Francisco Correa y Gloria Estella Gallo Pérez.

³¹⁷ En un contexto ligeramente distinto, ver: Superintendencia de Sociedades. (Mayo 14 de 2014). Sentencia 800-29. Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. v. Shirley Natalia Ávila Barrios: “[m]ientras que el interés de la compañía es obtener la máxima tasa permitida y las más sólidas garantías disponibles, el interés personal del administrador que recibe el préstamo apunta en el sentido exactamente contrario”.

ejemplo, se configura un conflicto de intereses cuando una sociedad contrata con el cónyuge de uno de sus administradores³¹⁸, o cuando se celebra un contrato “en paralelo” con el padre del administrador³¹⁹. En estos casos, además del interés afectivo, puede haber un interés económico derivado de la vocación sucesoral³²⁰.

Por el contrario, no hay necesariamente un conflicto si la sociedad contrata con el sobrino de un administrador³²¹ (aunque podría haberlo si se prueba una especial cercanía en el caso concreto³²²). Tanto la falta de cercanía presumible como la de interés económico derivado de las normas sucesorales pueden tener una influencia en esta posición de la Delegatura³²³.

También se presentan conflictos de intereses directos por la potencial contraposición o divergencia de tales intereses, de manera que la

³¹⁸ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-29.

³¹⁹ Superintendencia de Sociedades. (Agosto 4 de 2015). Sentencia 800-102. En el caso de Ángela María Azuero Figueroa y María Teresa Figueroa Clausen v. El Puente S.A. Esta decisión muestra la dificultad para detectar conflictos de intereses: el padre del administrador no es contraparte de la sociedad, es el vendedor de un lote contiguo al vendido por la sociedad. La dificultad es que el comprador de los dos lotes necesita adquirirlos en conjunto y el padre del administrador tiene urgencia de vender el suyo. Según la Delegatura, el administrador tenía un conflicto, pues podría permitir que la sociedad vendiera en condiciones subóptimas para facilitar la venta del padre.

³²⁰ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-102.

³²¹ Superintendencia de Sociedades. (Septiembre de 2014). Sentencia 800-52. Sucesión de María del Pilar Luque c. Luque Torres Ltda. en liquidación.

³²² Puede ocurrir que un administrador tenga tal nivel de afecto, admiración o respeto por uno de estos parientes que lo ponga en un conflicto. En esos casos el demandante debe allegar las pruebas que demuestren y permitan corroborar la existencia de tales lazos afectivos o de otra índole.

³²³ Como lo hemos sostenido, *so pena* de generalizar, se puede sostener que hay buenas razones para presumir que un administrador tiene un conflicto de intereses si en la operación tienen interés sus padres, su cónyuge o sus hermanos (es decir, parientes en el primer y segundo grado de consanguinidad). Como se mencionó, el conflicto en estos casos tiene un carácter afectivo y un carácter económico por la expectativa sucesoral que puede existir. De otro lado, no es tan claro que exista un conflicto de intereses cuando el familiar interesado es un tío, un sobrino o un primo (técnicamente, parientes en el tercer y cuarto grado de consanguinidad). En estas situaciones no hay vocación sucesoral directa y no se puede suponer, como se concluyó en el caso Luque Torres reseñado arriba, que el parentesco genera lazos afectivos tan íntimos que puedan nublar el juicio del administrador.

satisfacción del uno pueda ir en desmedro del otro. Esto sucede cuando un administrador desempeña la misma labor en dos sociedades que se contratan entre sí³²⁴. En esta situación, como afirma la doctrina, “el conflicto de interés es fácilmente identificable por virtud de la obligación legal que les corresponde a los administradores de actuar conforme a los mejores intereses de la compañía en la que ejercen sus funciones. Como una persona no puede satisfacer simultáneamente esta carga legal cuando forma parte de la administración de dos sociedades contratantes, la Superintendencia ha hecho énfasis en la necesidad de que en estos casos se surta el procedimiento contemplado en el numeral 7 del artículo 23”³²⁵. Por esta razón, la Delegatura ha indicado que cuando un administrador es miembro de la junta directiva de dos sociedades que contratan entre sí, se configura un conflicto de interés³²⁶.

La pregunta es que si para que se configure un conflicto el administrador debe estar en posición de tomar una decisión que afecte los intereses de la sociedad en la cual desempeña sus funciones. Una primera tesis sostendría que no basta con que haya administradores comunes entre las sociedades que contratan, porque para configurarse un conflicto de intereses deberían tener una posición que les permita obrar y en la que su discernimiento se pueda comprometer por la existencia de intereses contrapuestos a los de la sociedad. Para que esto

³²⁴ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-52.

³²⁵ Mendoza, “La Definición de Conflictos de Interés”, p. 13.

³²⁶ En palabras de la Delegatura en el Auto 801-7259 del 19 de mayo de 2014, “en su calidad de director de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P., cualquier actuación del señor Roa Barragán respecto del referido contrato de asistencia técnica debe cumplirse en interés de la sociedad, según dispone el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Con todo, al ocupar un puesto en la junta directiva de Codensa S.A. E.S.P., el señor Roa Barragán debe actuar también en interés de esta última compañía. Al confluir en cabeza del señor Roa Barragán los intereses contrapuestos a que se ha hecho referencia, parece haberse configurado la hipótesis fáctica del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995”.

sucedan deberían acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido.

Sin embargo, la Delegatura ha ampliado, si se quiere, este concepto indicando que se configura un conflicto inclusive en “el evento en el que el administrador interesado no participa, en ninguna calidad, en la celebración del respectivo negocio jurídico. Ciertamente, de acuerdo con lo precisado por la doctrina comparada, el administrador en conflicto debe poner en conocimiento del máximo órgano social esta circunstancia respecto del interés que se contrapone en forma tanto directa como indirecta”³²⁷. En el caso de administradores de cuerpos colegiados, el acto que da lugar al conflicto es el voto con respecto a una transacción en la cual tiene interés el administrador (propio o de un tercero)³²⁸.

³²⁷ Superintendencia de Sociedades. (Junio 27 de 2017). Sentencia-800-302. En el caso de Julio Ramón Gálvez Ospina v. Sandra Bibiana Piedrahita Echeverry y otros. La Delegatura, en la citada Sentencia 800-52, explicó, en el marco de un contrato de mutuo, que es posible que un miembro principal de la junta directiva de la compañía mutuante también detente el 100 % de las acciones de la sociedad que recibe el dinero. Si el correspondiente contrato no debe ser examinado por la junta directiva de la compañía que hace el préstamo, el director en cuestión no tendría la oportunidad de participar en la celebración de ese negocio jurídico. Es decir, que el administrador mencionado no podría determinar las condiciones bajo las cuales se celebraría la respectiva operación. Sin embargo, los intereses en conflicto subsisten, aunque el director no participe en la celebración de este contrato de mutuo. En efecto, el aludido miembro de la junta directiva está obligado legalmente a velar por los intereses de la sociedad mutuante. Al mismo tiempo, como accionista de la sociedad mutuaría, el director en comento tiene un interés económico significativo en procurar que los términos del contrato de mutuo favorezcan a esta última compañía. La concurrencia de estos intereses contrapuestos suele ser suficiente para que se predique un conflicto de interés, siempre que el director conozca de la existencia del respectivo negocio jurídico.

³²⁸ La Superintendencia de Sociedades, en la sentencia proferida en el proceso de referencia 2017-800-60 del 23 de marzo de 2018, sostiene que si un miembro de junta tiene un conflicto debe obtener autorización de la asamblea para poder votar en la junta. En igual sentido, la Delegatura ha sostenido que podría predicarse la existencia de un conflicto de interés de un miembro principal de la junta directiva de una compañía que celebra un contrato con otra sociedad en la que “ese director ostenta la calidad de asociado controlante. Aunque el contrato no deba ser examinado o autorizado por la junta directiva de la primera sociedad, es posible que el director

Finalmente, en este catálogo incompleto hay conflicto de intereses en las transacciones que se realizan con partes relacionadas³²⁹. En opinión de la Delegatura, la potencial afectación del juicio del administrador de la sociedad subordinada en transacciones con su controlante o con entidades vinculadas a su controlante le genera una situación de conflicto de intereses porque al estar el administrador en deuda con el accionista mayoritario, quien podría reemplazarlo si no aprueba una transacción que le beneficia, le genera una situación de conflicto de intereses. La Delegatura ha sostenido que el hecho de que una transacción pueda configurarse como una transacción entre partes relacionadas es suficiente para que se configure un conflicto de interés:

“Como se ha reconocido en la doctrina societaria comparada, los administradores sociales tienen una relación de dependencia con las personas que pueden removerlos en cualquier momento [...]. Debe entonces insistirse en que la celebración de contratos con los accionistas mayoritarios le

incida o instigue al representante legal de esa compañía sobre los términos de la negociación”. Ver: Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-52.

³²⁹ De acuerdo con la legislación española, según relata Paz-Ares Rodríguez, las transacciones intragrupo, “en la medida en que tienen lugar entre partes vinculadas, están prohibidas por el derecho común (arts. 228 e) y 229 LSC) a no ser que cada una de ellas sea objeto de dispensa ad hoc, para lo cual es preciso observar un procedimiento no exento de complejidad: (i) comunicar al órgano de la filial que proceda -el consejo de administración o la junta general- la operación conflictiva que pretende realizarse (art. 229.2 LSC); (ii) obtener de dicho órgano la autorización correspondiente, lo que cabalmente significa que se le reserva la competencia para aprobar la operación (arts. 230.2 y 529-ter.1h) LSC); y (iii) abstenerse los administradores dominicales de la matriz en la filial de participar en la adopción de dicho acuerdo o autorización (arts. 228 c) y 529-ter. 1 h) LSC), todo ello con el agravante de la existencia de un mecanismo de enforcement muy disuasorio. Para anular el acuerdo o la transacción o exigir responsabilidad a los administradores no hay que entrar en el fondo. Basta con probar que no se cumplió el procedimiento legalmente previsto, una circunstancia formal fácilmente observable por el accionista y fácilmente verificable por el juez”. Ver: Paz-Ares Rodríguez, “¿Derecho común?”, p. 1508.

representa un manifiesto conflicto de interés a los administradores que participaron en el respectivo negocio. En efecto, la relación de dependencia que existe entre controlantes y administradores es de suficiente entidad como para comprometer el juicio objetivo de estos funcionarios en el curso de una operación determinada. Según las explicaciones antes formuladas, este conflicto de interés se concreta, específicamente, en la potestad de los controlantes de remover a los administradores en cualquier momento”.³³⁰

En efecto, para esta autoridad todas las transacciones, sin distinción, entre partes relacionadas dan lugar a un conflicto de interés para los administradores de las sociedades controladas, pues existe el riesgo de que las controlantes “se valgan de su ascendencia sobre la sociedad para extraer prerrogativas económicas inmerecidas en el curso de una relación contractual”³³¹. Por ejemplo, siempre se configura un conflicto en supuestos de venta de activos a un accionista controlante. Al respecto, la Delegatura ha dicho que “en la venta de activos sociales a un accionista controlante, por ejemplo, los administradores podrían verse alentados a fijar un precio irrisorio, aunque con ello se perjudique el patrimonio de la sociedad. [...] la potestad que suele tener el controlante de remover a los administradores en cualquier momento hace que tales funcionarios se muestren dispuestos a acatar las órdenes del asociado mayoritario”³³².

³³⁰ Superintendencia de Sociedades. (Octubre 11 de 2015). Sentencia 2015-01-444233.

³³¹ Superintendencia de Sociedades. (Noviembre 9 de 2015). Sentencia -800-142.

³³² Superintendencia de Sociedades. Sentencia S-800-142.

Incluso, la Delegatura ha dado a entender que aun en situaciones de un control de *facto*, configurado, por ejemplo, a partir de la predominancia de un socio en la toma de decisiones sociales o en la existencia de acuerdos entre socios para codeterminar la gestión de la sociedad se podría presentar un conflicto. En un caso fallado por la Delegatura, a pesar de que el demandante no logró probar una situación de control de *facto*, dado que el capital de la sociedad estaba disperso, la autoridad indicó que “no obstante, de verificarse que el señor Salcedo Borrero ejerció una influencia a tal grado que pudiera haber llegado a entorpecer el discernimiento objetivo del demandado [liquidador de la sociedad], se habría configurado un conflicto de la naturaleza indicada”³³³.

3. Comentarios finales

3.1. Las relaciones de afectividad como causal para configurar una situación de conflicto de intereses

Existe la creencia de que una relación de amistad es una causal objetiva para configurar una situación de conflicto de intereses por parte de los administradores. En la construcción de la definición de conflicto de intereses, la Circular Básica Jurídica indica que se configura cuando “por interpuesta persona cuando además de los requisitos expuestos previamente, la sociedad celebra operaciones con alguna de las siguientes personas: [...]. El cónyuge o compañero permanente del administrador, o las personas con análoga relación de afectividad”

³³³ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2016-01-440821. Rodrigo Restrepo Delgado y Daraxa S.A.S. c. Francisco Javier Salcedo Ruiz. En este caso, la autoridad no encontró pruebas suficientes de un control *de facto* que conflictuara a los administradores con respecto a decisiones que involucraban al supuesto “controlante”.

[subraya fuera de texto]”³³⁴. Como se ve, para nublar el discernimiento de un administrador no basta con que haya una amistad. Se requiere, además, una relación de afectividad análoga a la que se tiene con el cónyuge o compañero permanente. Los fallos de la Delegatura reiteran este criterio excepcional y profundo.

En el caso de Operadora de Carbón de Santa Marta Ltda. Carbosán Ltda. contra Mauricio Suárez Ramírez³³⁵, una de las pretensiones era la declaración de un conflicto de interés basado en que el demandado tenía una relación de amistad con su contraparte contractual. El demandante aportó un informe de auditoría forense que menciona la existencia de correos electrónicos en los que Suárez Ramírez y Javier Prada Sánchez, accionista y administrador de la contraparte contractual, manifiestan tener una estrecha relación de amistad. Para la época que antecedió a la celebración del contrato, Prada Sánchez “organizó y propició” un viaje a Costa Rica para el demandado. El demandante aportó múltiples mensajes de datos en los que se usaban expresiones como “socio”, “amigo” o “compa”.

Al respecto, la Delegatura indicó que “conforme con la máxima de la experiencia de este despacho, es insuficiente por sí sola para la determinación de una relación de cercanía que tuviese el potencial para nublar el juicio objetivo del señor Suárez Ramírez en su rol de administrador. Claramente no se descarta, pero tampoco se cuenta con pruebas suficientes para darla por hecho”. Inclusive, la autoridad analizó otras pruebas y sobre el viaje señalado manifestó que “se destaca que la disposición de las atenciones de un familiar del señor Javier Enrique Prada Sánchez en la República de Costa Rica tampoco

³³⁴ Superintendencia de Sociedades. Circular Externa 100-000008.

³³⁵ Superintendencia de Sociedades. (Octubre 6 de 2021). Sentencia 800-078. En el caso de Operadora de Carbón de Santa Marta Ltda. v. Mauricio Suárez Ramírez.

puede erigirse como prueba de una relación de amistad, toda vez que esta clase de actos puede llegar a constituir una forma de fortalecer relaciones comerciales o de negocios y no únicamente relaciones de afecto o cercanía como lo alega la parte demandante”.

Esta decisión luego fue analizada, en sede de apelación, por el Tribunal Superior de Bogotá³³⁶, que no aceptó los argumentos propuestos por el apelante sobre este punto. Por el contrario, trajo a colación, por analogía, el concepto de amistad íntima desarrollado por vía jurisprudencial por la Corte Suprema de Justicia al momento de resolver impedimentos que se fundan en esa causal: “obedece a sentimientos subjetivos integrantes del fuero interno del individuo, por lo que no es necesario acompañarla con elementos de prueba que respalden su configuración. No obstante, también se ha precisado que es insoslayable, para auscultar su eventual concurrencia, la presentación de argumentos consistentes que permitan advertir que el vínculo de amistad —o enemistad de ser el caso—, cuenta con una entidad tal que perturba el ánimo del funcionario judicial para decidir de manera imparcial el asunto sometido a su conocimiento, en atención a circunstancias emocionales propias al ser humano y aptas para enervar su ecuanimidad”³³⁷.

3.2. Conflictos de intereses en los grupos empresariales

Como indican Andrés Gaitán Rozo y Jennifer Torres Molina, el tratamiento de los conflictos de intereses al interior de sociedades que

³³⁶ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil de Decisión. Sentencia del 7 de octubre de 2022. Radicación 110013199 002 2019 00407 07. En el caso de Operadora de Carbón de Santa Marta Ltda. v. Mauricio Suárez Ramírez. [MP. Liana Aida Lizarazo].

³³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (Noviembre 20 de 2013). Radicación 42698.

forman parte de grupos empresariales, conglomerados o situaciones de control se ciñe a las disposiciones normativas ordinarias contempladas en los artículos 23 y siguientes de la Ley 222 de 1995³³⁸, puesto que no existen excepciones expresas en la norma.

Como se vio anteriormente en el proceso de Luz Amparo Mancilla y Alfonso Bolívar contra Handler S.A.S. y otros³³⁹, la Delegatura sentó su doctrina actual sobre el tratamiento de los deberes de los administradores en el contexto de transacciones entre partes relacionadas³⁴⁰. Antes de ese famoso caso, el régimen legal colombiano descansaba en una serie de reglas cuyo propósito era, igualmente, evitar que por intermedio de este tipo de operaciones el accionista controlante obtuviera beneficios privados a costa del minoritario³⁴¹.

³³⁸ Gaitán Roza, Andrés y Torres Molina, Jennifer, “Conflictos de Intereses en Grupos empresariales y situaciones de control”, en Gaitán Roza, Andrés y López Castro, Yira (Coord.), *Conglomerados en Colombia: Actualidad y perspectivas*, Superintendencia de Sociedades

³³⁹ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-142 de noviembre de 2015. En el caso de Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar Correa v. Handler S.A.S., Liliana Castillo Bautista, Omar Fernando Martínez Lozano y Edisson Emir Hernández.

³⁴⁰ Esta tesis sobre conflictos de intereses entre partes vinculadas ha sido reiterada en, por lo menos, los Autos 800-015314 del 12 de noviembre de 2015 y 800-006317 del 25 de abril de 2016, en la Sentencia 800-000094 del 3 de octubre de 2017 y en la Resolución 301-008582 del 9 de diciembre de 2021. La Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Sociedades ha ido incluso más lejos al indicar, mediante el Oficio 220-178947, que “cuando un administrador va a celebrar una operación en conflicto de intereses con un accionista único o controlante, es necesario que acuda a la asamblea de accionistas, pues la competencia de la asamblea como órgano social no desaparece por el hecho de que exista accionista único o controlante. El pronunciamiento formal de este órgano es indispensable para separar los actos de la sociedad de los actos de sus administradores y de su controlante, en beneficio de la sociedad y de los terceros interesados”.

³⁴¹ “La regulación legal de las operaciones intragrupo, contenida en el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995, dispone de herramientas suficientes para controlar el riesgo de desviación de valor social inherente a este tipo de operaciones, principalmente si se consideran las reglas de transparencia (inscripción de las situaciones de control y grupo empresarial, informe especial a la asamblea) y las facultades de control ex post atribuidas a las autoridades de inspección, vigilancia y control y a los jueces”. Ver: Moya Suárez, Jaime Alejandro. “Régimen de conflictos de interés en operaciones intragrupo empresarial”, en López Castro, Yira (Coord.). *Transformaciones del Derecho Comercial. Reflexiones a propósito de los 50 años del Código de Comercio*, Editorial Tirant lo Blanch, Bogotá, 2021, p. 154. En igual sentido, el autor indica que “Los dos pilares de la regulación [de la Ley 222 de 1995 relativos a las situaciones de control y grupos empresariales] son la publicidad de las situaciones de control y grupo empresarial, que se concreta en el deber de inscribir su existencia en el registro mercantil, y la divulgación anual al máximo órgano social del denominado ‘informe especial’, en el que la administración debe referirse a las principales operaciones intragrupo celebradas por las sociedades vinculadas” (p. 146)

En el caso de Handler S.A.S., la Delegatura estableció que en estas transacciones la administración de las sociedades controladas tenía un conflicto de interés estructural, pues contaba con incentivos para actuar en beneficio de la matriz y no de la subordinada y todos sus accionistas. La novedad de este proceso fue someter al control previo del máximo órgano social todas las operaciones que se celebren entre las sociedades del mismo grupo. Si bien la construcción de la regla por parte de la Delegatura es discutible, porque, entre otras, generaliza un sentimiento del fuero interno de los administradores de las sociedades controladas, lo que incluye a miembros independientes de juntas directivas, lo que más extraña es que la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de sus funciones administrativas, no admita, como lo propusimos en el 2021³⁴² y ha sido ampliamente reconocido por la doctrina, mecanismos tendientes a que las operaciones al interior de los grupos empresariales o conglomerados se sometan a procedimientos de autorización en bloque que faciliten su operatividad.

En este contexto es interesante traer a colación la solución propuesta en el Decreto 1486 de 2018 para el caso de los conglomerados financieros. Bajo estas reglas, el *holding* financiero, a través de su junta directiva, debe determinar las directrices generales para identificar y establecer las reglas de revelación, administración y control de los conflictos de interés que surgen o pueden surgir en las operaciones que

³⁴² Ver: Laguado, Dario, y Holguín, Tomás, (2021) La Regulación de Los Conflictos de Intereses de Los Administradores de Sociedades En El Derecho Colombiano. En: D. Laguado (Coord.). Derecho Societario Contemporáneo (p. 459-510). Bogotá: Ibáñez, Brigard y Urrutia.

se lleven a cabo al interior del conglomerado financiero y sus vinculados, “respetando el equilibrio entre sus intereses, los de las subordinadas, los del conglomerado en su conjunto, los inversionistas y afiliados, sin perjuicio de las obligaciones legales que le asisten a los administradores de cada una de las entidades que integran el conglomerado financiero”³⁴³.

El mencionado decreto incorpora, igualmente, un procedimiento diferente al regulado en la Ley 222 de 1995 para la administración de los conflictos de intereses. Dicho procedimiento admite resolver los conflictos por un órgano diferente a la asamblea de accionistas, con lo cual el temor de contaminación en los órganos plurales desaparece para las sociedades que hacen parte de un conglomerado financiero. La política de conflicto de intereses debe contener, por lo menos, los siguientes deberes: a) de abstención o prohibición de actuación; b) de información; c) de obtener una decisión motivada por las juntas directivas de las entidades involucradas; d) de revelación, que consiste en incluir en el informe de rendición de cuentas de fin de ejercicio presentado a la asamblea de accionistas un capítulo especial con la identificación detallada de las situaciones de conflictos de interés que se hubiesen presentado, junto con las decisiones y acciones tomadas al respecto, e) y el de transparencia. En el desarrollo de las operaciones en las que se observen conflictos de interés el *holding* y demás entidades que conformen el conglomerado financiero deben velar y propender por la transparencia y la celebración de las mismas en condiciones y precios de mercado.

³⁴³ Decreto 1486 de 2018. Artículo 2.39.3.1.4. Administración y revelación de los conflictos de interés.

Si bien en el completo artículo de Gaitán Rozo y Torres Molina³⁴⁴ se indica que “esto no obsta para que, en los estatutos sociales sea posible incorporar cláusulas sucintas y detalladas con la identificación plena de este tipo de operaciones, por ejemplo, en el acápite de facultades y limitaciones de los órganos de administración, evitando las reuniones sociales o limitando la frecuencia con que se aborden estos puntos en las mismas”, el Oficio 220-178947 del 30 de diciembre de 2019 de la Superintendencia de Sociedades parece restringir esta alternativa³⁴⁵.

Debería reevaluarse la posibilidad de establecer procedimientos similares en los grupos empresariales porque el actual, por su rigidez, complejidad y por los costos asociados con su implementación, en ocasiones impide una debida atención a los conflictos o es un obstáculo para adoptar decisiones que requieren rapidez.

3.3. Cláusulas arbitrales y su rol en la definición de los conflictos relacionados con administradores

Con frecuencia se discute el alcance que tienen las cláusulas compromisorias de los estatutos. El artículo 384 del Código de Comercio es claro al indicar que los accionistas de una sociedad se adhieren a sus estatutos cuando suscriben o compran acciones³⁴⁶. Sin embargo, existen profundas discusiones acerca de si esa regla aplica a

³⁴⁴ Gaitán Rozo y Torres Molina, “Conflictos de Intereses en Grupos Empresariales y Situaciones de Control”, p. 103.

³⁴⁵ Para una visión contraria, ver: Parias, Andrés, “Los blanket no han muerto! Que vivan los blanket!”, en <https://www.blogsocietario.com/post/los-blanket-no-han-muerto-que-vivan-los-blanket>, consulta del 28 de septiembre de 2023.

³⁴⁶ Ver, entre otros, Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-49207 del 26 de septiembre de 2002: “Por consiguiente el contrato de suyo consensual, se entiende perfeccionado desde el momento que se concreta el acuerdo de voluntades entre el suscriptor que se obliga en los términos del reglamento de colocación y la sociedad que hizo la oferta, luego es a partir de la aceptación de la oferta, dentro del término de la misma, que el suscriptor adquiere la calidad de accionista con todos los derechos que la ley le confiere dentro de las limitaciones preestablecidas en la ley o en los estatutos, ya sea respecto del voto, del traspaso o negociación de acciones, etc.”.

la cláusula arbitral y si, además, cobija a los administradores. En palabras de Sergio Michelsen y Fernando Castillo,

“los socios concurren a formar el contrato de sociedad para que ésta desarrolle un negocio, normalmente a través de personas contratadas para el efecto: los administradores. Así presentadas las cosas, pareciera que sociedad, socios y administradores son todos engranajes de una misma máquina, en calidad de persona jurídica societaria, partes del contrato social y órganos sociales, respectivamente. Pero esta metáfora oculta el fenómeno contractual subyacente. La sociedad no es parte del contrato que la constituye, y los administradores contratan con la sociedad pero no con los socios. La voluntad de adherir a los estatutos, entonces, sólo se puede predicar claramente de los asociados. Y lo mismo se puede decir de la voluntad de someter disputas a arbitraje. Luego, aun a este nivel “interno”, el alcance del pacto arbitral estatutario puede dar lugar a problemas. Estos problemas son más obvios cuando se trata de involucrar a los administradores. Dicho esto, incluso entre socios y sociedad se pueden presentar problemas de aplicación de la cláusula compromisoria”.³⁴⁷

Históricamente, la Delegatura ha adoptado posiciones diversas. En una primera postura se rehúsa a extender la cláusula compromisoria estatutaria a los administradores. El principal argumento es la violación de la interpretación que hacen de los principios de habilitación y del

³⁴⁷ Michelsen, Sergio y Castillo, Fernando, “De la nulidad y la responsabilidad como mecanismos para disciplinar administradores y socios (y algunas inquietudes a que da lugar la cláusula compromisoria estatutaria)]”, en *Lecciones de Arbitraje en Derecho Societario*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2021, en <https://incp.org.co/wp-content/uploads/2021/12/Lecciones-de-arbitraje-en-derecho-societario-1.pdf>, consulta del 28 de septiembre de 2023, p. 222.

denominado *kompetenz-kompetenz*. Sin el ánimo de profundizar, el primero de estos principios establece que los particulares tienen la capacidad de *habilitar* a otros particulares para que decidan sobre situaciones transigibles a la luz del inciso 4 del artículo 116 de la Constitución Política³⁴⁸. El segundo se refiere a la capacidad que tienen los árbitros de decidir sobre su propia competencia³⁴⁹. Pues bien, con base en estos dos principios se ha manifestado que la cláusula arbitral no es extensible a los administradores porque estos, por el simple hecho de aceptar ocupar un cargo en la administración de la sociedad, no dan su consentimiento expreso para someterse a procedimientos arbitrales³⁵⁰.

³⁴⁸ “El anterior recuento jurisprudencial demuestra la importancia dada por la Constitución a la autonomía de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral, y que el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta”. Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-170 de 2014. [MP. Alberto Rojas Ríos]. Para Roberto Aguilar este principio “consiste en la declaración de voluntad clara y expresa de las partes de deferir en árbitros la resolución de sus conflictos con su nombramiento directo, mediante la identificación del mecanismo para su designación o a través de la remisión expresa o tácita a la ley”. Ver: Aguilar, Roberto, *Proceso arbitral nacional e internacional*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2022, p. 29,

³⁴⁹ Este principio ha sido estudiado por la Superintendencia de Sociedades, que en la Sentencia 800-118 de 2019, en el caso Arquitectos e Ingenieros Civiles S.A.S. v. Compañía Energética del Tolima S.A. E.S.P., indicó que “así, determinado el alcance de la aludida cláusula, debe establecerse que, por virtud del principio Kompetenz-Kompetenz, corresponde al tribunal arbitral que se designe por los interesados establecer su propia competencia y determinar si son ellos los competentes o no en el presente evento, puesto que no existe una circunstancia que evidentemente excluya la mencionada competencia, sino posibles interpretaciones diferentes”.

³⁵⁰ “Una disposición en los estatutos, que no es suscrita por los administradores, no es una manifestación de voluntad que los vincule al pacto. Tampoco lo es ser un órgano social. Si bien se puede coincidir en la conveniencia de unificar foros para el litigio societario, y en hacerlo a través del arbitraje, como afirma Conejero Roos, ‘[t]odas [las] razones prácticas no pueden soslayar una limitación evidente que nace del carácter consensual del arbitraje: nadie puede beneficiarse de o ser arrastrado a un arbitraje si no ha consentido en someterse al mismo.’ (Roos e Ibarra de la Cruz, Lima Arbitration N° 5 - 2012/2013, pp.59). Si se ha de aplicar la cláusula al administrador es porque se puede concluir que dicho administrador aceptó, de una u otra forma, el pacto. Como afirma Conejero, ‘la única manera de conciliar el efecto relativo del contrato con la inclusión de una persona o entidad no signatario del contrato que contiene el convenio arbitral’”. Ver: Michelsen y Castillo, “De la nulidad”, p. 223.

Al principio, la Delegatura estuvo de acuerdo con esta aproximación. Por ejemplo, en el caso de Pollo Plus C.I. S.A. se demandó a la administradora, quien interpuso la excepción previa de la existencia de la cláusula compromisoria³⁵¹. Según la demandante, cuando los administradores ostentan también la calidad de accionistas no es necesario que hayan suscrito expresamente la cláusula compromisoria³⁵². La Delegatura estuvo en desacuerdo, declarando probada la excepción previa de cláusula compromisoria respecto de algunas pretensiones de la demanda, por cuanto el pacto arbitral consagrado en los estatutos de Pollo Plus C.I. S.A. cobijaba las controversias suscitadas entre los accionistas de la compañía³⁵³. Así, la autoridad concluyó que era indispensable una manifestación positiva e inequívoca del administrador de someterse al arbitramento para hacer extensible la cláusula arbitral, encontrando procedente la excepción previa³⁵⁴.

La segunda postura indica que el administrador, como parte de los órganos sociales, tiene la función fundamental de hacer cumplir los estatutos sociales, lo que incluye los mecanismos de resolución de conflictos que los accionistas hayan previsto en el contrato social. Esta

³⁵¹ Contenida en el numeral 2 del artículo 100 del Código General del Proceso.

³⁵² Correa Valencia, Camila, Ibarra Ibarra, Gustavo y Arteta Caballero, Pablo J., “La aplicación de la cláusula compromisoria a los conflictos con administradores sociales”, en *Revista Universitas*, 2022, 71, en <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj71.accc> consulta del 28 de septiembre de 2023.

³⁵³ Posteriormente, ver la sentencia que decidió el proceso, ver: Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2018-800-00371 de julio de 2021. En el caso de Jacqueline Pinzón Martínez y Zaira Lizeth de las Mercedes Arias Pinzón v. Nydia Stella Caballero Gámez, Edinsson René Pinzón Martínez, Julio César Caballero Gámez, Productores Avícolas de Colombia (Proavicol) S.A.S. e Inversiones M&S S.A.S. en liquidación.

³⁵⁴ Esta línea interpretativa fue expuesta por la Superintendencia de Sociedades. (Mayo 14 de 2021). Auto 2021-01-325511. Proceso 2019-800-00463. En el caso de E.P.S. Servicio Occidental de Salud S.A. En el mismo sentido, véase Superintendencia de Sociedades, Auto 2018-01-152277 del 12 de abril de 2018, proceso 2017-800-00342, en el caso de Tuberías Válvulas y Filtros Ltda.- en liquidación.

postura se sustenta en la teoría organicista de las sociedades. En palabras de la Corte Suprema de Justicia: “De acuerdo con la teoría organicista, la sociedad tiene órganos determinados en los estatutos con su propia esfera de actividad y competencia, pues unos emiten la voluntad social, afectando la vida interna del ente, y otros la ejecutan, interesando sus relaciones externas”³⁵⁵. Esta postura recoge la obligación genérica de los administradores de hacer cumplir los estatutos sociales, contenida en el artículo 23 numeral 2 de la Ley 222 de 1995.

La posición fue adoptada por la Delegatura en 2021, cuando en un proceso la parte demandada alegó la falta de competencia de la Delegatura por la existencia de una cláusula compromisoria en los estatutos sociales. Al respecto, la autoridad indicó que

“Aunque los administradores sociales no son, propiamente, las partes del contrato de sociedad, el pacto arbitral se refiere a “[t]oda controversia o diferencia relativa a este contrato”, aunque no se suscite necesariamente entre las partes contractuales.

Es más, la cláusula es verdaderamente amplia en cuanto a su alcance, sin establecer limitaciones por sujetos.

De ahí que resulte claro que esta controversia se encuentra comprendida dentro del pacto arbitral invocado, pues busca una declaración de nulidad que tiene origen en la infracción a uno de los deberes de los administradores sociales, funcionarios que adquieren dicha condición,

³⁵⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de febrero de 1998.

justamente, con ocasión del contrato social. Este contrato se rige por los estatutos sociales y la ley, en cuyas normas se regula la conducta de los administradores sociales, entre ellas, la prohibición de celebrar operaciones en conflicto de interés”.³⁵⁶

Es relevante mencionar que la cláusula arbitral no hacía mención expresa a los conflictos con administradores como anteriormente lo había exigido la Superintendencia de Sociedades³⁵⁷. En este caso, la Delegatura tampoco analizó, debido a la amplitud de la cláusula, si existía una manifestación expresa por parte de los administradores y dio por terminado el proceso.

Al margen de las disquisiciones teóricas, en la práctica este debate es fuente de inseguridad jurídica. Si bien es posible ofrecer argumentos a favor de una u otra posición, lo cierto es que en un asunto como este el conglomerado social se beneficia mucho de tener una regla clara que disminuya los costos de ejecución, que no desgaste a la administración de justicia y que no se preste para maniobras litigiosas. Bajo una perspectiva económica, siguiendo el teorema de Coase, cuál posición se adopte es irrelevante, pues el beneficio económico radica en lo clara que sea. Y si alguien en particular no se siente cómodo con la posición adoptada, siempre podrá separarse contractualmente de la misma. Entonces, convendría mucho que mediante la legislatura o la consolidación de la jurisprudencia relevante se adoptara una posición única al respecto.

³⁵⁶ Superintendencia de Sociedades. (Junio 3 de 2021). Auto 2021-800-00004. Proceso 2021-800-00004. En el caso de Camilo Andrés Castro Zabala contra Fabio Hermes David Pinzón Rodríguez e Ingecund Ltda.

³⁵⁷ Esta cláusula indicaba que “toda controversia o diferencia relativa a este contrato se resolverá por un tribunal de arbitramento, que se sujetará al reglamento de Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de acuerdo con las siguientes reglas”. *Ibid.*

En el entretanto, en aras de evitar discusiones de competencia con la Delegatura y el tribunal arbitral se debe pactar una cláusula que, expresamente, incluya o excluya la vinculación de los administradores. En el primer caso no sobra solicitar que cuando el administrador acepte su designación, acepte también su adhesión al pacto arbitral. Vale la pena mencionar que la cláusula tipo que propone el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Superintendencia de Sociedades incluye los dos requisitos inicialmente previstos por la autoridad (pacto y aceptación expresos)³⁵⁸. Una redacción como la de la cláusula tipo despejaría cualquier duda frente a su aplicabilidad en conflictos con administradores, contrario a un pacto arbitral genérico, que podría dar lugar a escenarios arbitrales incluso cuando esta no era la intención de los accionistas. Entonces, será labor de ellos (y de los administradores al aceptar sus designaciones) sopesar la conveniencia y los costos de regular con mayor o menor detalle la cláusula de resolución de conflictos.

³⁵⁸ “Toda diferencia que se presente respecto de los asociados entre sí, constituyentes o futuros, o entre dichos asociados y la sociedad o con sus administradores, teniendo en cuenta que estos últimos se adhieren a la presente cláusula compromisoria con la aceptación de su cargo, que surja por causa, con ocasión o en desarrollo del contrato de sociedad o del acto unilateral por medio del cual se constituyó, incluida la impugnación de las decisiones sociales del máximo órgano o de la junta directiva, las controversias sobre acuerdos de socios, negociación y transferencia de alícuotas sociales, receso y exclusión de socios, sobre los contratos de usufructo y prenda de alícuotas sociales, fusión o escisión de la sociedad, enajenación global de activos, entre otras controversias, o por las actividades que ejecute la sociedad, deberá dirimirse ante un Tribunal de Arbitraje adelantado ante el Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial de la Superintendencia de Sociedades, en observancia de las siguientes reglas”. Ver: Superintendencia de Sociedades. *Cláusula arbitral modelo*, en <https://supersociedades.gov.co/documents/78685/350848/Modelo-clausula-compromisoria-societaria-v4.pdf/c8d9dea1-97e4-c86b-65c5-dd8f831553f2?t=1662125726372> consulta del 28 de septiembre de 2023.

3.4. ¿Quién aprueba las operaciones conflictivas en la junta directiva?

Esta es una de las discusiones más relevantes en materia de conflictos de intereses de los últimos tiempos. Según una postura, el máximo órgano social no puede pronunciarse de fondo acerca del acto conflictuado, sino, simplemente, levantar el conflicto de intereses para que la decisión regrese al administrador conflictuado (en concreto, a la junta directiva) quien, con base en esta autorización, estaría habilitado para celebrar el acto jurídico. Con poco criterio y sin ofrecer mayor argumentación al respecto, esta tesis ha sido avalada por la Delegatura y el Tribunal Superior de Bogotá.

De acuerdo con la sentencia del tribunal en el caso de Alimentos Bonfiglio contra Almacenes Éxito S.A. del 30 de mayo de 2018, el artículo 23-7 de la Ley 222 de 1995 no traslada a la asamblea de accionistas la facultad de decidir sobre el acto conflictuado ni despoja a la junta directiva de su función asignada estatutariamente. Por el contrario, según el tribunal, si el máximo órgano social se abroga esta facultad sin estar autorizada para el efecto en los estatutos, generaría la nulidad absoluta de la operación por usurpación de funciones.

Quienes la defienden consideran que esta posición descansa en dos premisas. La primera, que tendría que ver con la tesis organicista, pretender que una determinada decisión pase a la órbita de un órgano distinto al originario, es decir, que pase a la asamblea, lo que iría en contra de dicha tesis. Sin embargo, la tesis organicista es una construcción legal, de modo que es la propia ley la que determina su fisionomía. Así como la ley puede establecer que ciertas decisiones corresponden a la asamblea de accionistas y otras a la junta directiva,

también puede definir que en ciertos casos, como en los conflictos de intereses, una decisión pase de un órgano a otro. En un nivel de abstracción mayor, este argumento parece descansar en alguna especie de jusnaturalismo o dogmatismo societario, desconociendo el carácter ficcional sobre el que descansa el derecho de sociedades.

La segunda premisa dice que permitir que la asamblea adopte de fondo la situación pondría la decisión en manos del controlante, volviendo poco efectivo el mecanismo. Sin embargo, este argumento olvida que existen, al menos, tres herramientas de revisión *ex post* para evitar ese resultado: las acciones por abuso del derecho, las acciones por violar el deber de lealtad del accionista controlante (en caso de que esta tesis tuviera fundamento) y el propio régimen de conflictos de intereses que impide que la decisión se adopte si va en contravía del interés social³⁵⁹.

Según otra postura, el máximo órgano social debe adoptar una decisión de fondo sobre el asunto afectado por el conflicto. Es decir, el sistema previsto en la ley no pretende que la asamblea simplemente levante el conflicto y que el administrador, tomando prestada terminología de carácter procesal, reasuma la competencia para decidir de fondo sobre el asunto. En nuestra opinión, esta es la lectura adecuada del artículo 23-7 de la Ley 222 de 1995 y del Decreto 1074 de 2015. Además de lo que ya se mencionó, esto se desprende de las consideraciones que se analizarán a continuación.

En primer lugar, una postura contraria desconoce las más esenciales pautas del comportamiento humano. En efecto, el conflicto de intereses es una circunstancia de hecho que no desaparece como por

³⁵⁹ Laguado Giraldo y Holguín Mora, “La regulación”.

arte de magia porque el máximo órgano social así lo indique. Por ejemplo, si el administrador tiene un conflicto de intereses porque en el negocio jurídico que se pretende celebrar participan su madre o una sociedad en la que ejerce funciones de administrador o el accionista controlante que lo ha nominado poco sentido tendría que el máximo órgano social levantara dicho conflicto y le diese la libertad (o mejor, le impusiera la carga) de tomar una decisión de fondo, incluyendo decidir si el negocio es conveniente o no para la sociedad, y sus términos específicos (precio, plazos, obligaciones y derechos de las partes, etcétera). Por mucho que lo quisiesen los socios y el propio administrador, el conflicto no habría desaparecido y su criterio seguiría comprometido.

Aquí nuevamente es ilustrativa la analogía con el derecho procesal: como lo establecen los artículos 140 y siguientes del Código General del Proceso, es bien sabido que si un juez está impedido para conocer una causa, debe ser retirado de la misma. Sería absurdo que bastase una declaración de otro juez u organismo para que mantuviese su competencia. Es claro que dicha declaración no aniquilaría la causal de impedimento y que cualquiera que sea la circunstancia que afecta la imparcialidad del juez para fallar seguiría existiendo.

En segundo lugar, el artículo 2.2.2.3.4 del Decreto 1074 de 2015 establece que los socios que hayan autorizado expresamente realizar un acto en el que haya conflicto de interés o competencia y perjudique los intereses de la sociedad serán responsables solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que le ocasionen a esta, a los socios y a terceros. El sistema de responsabilidad descansa sobre la posibilidad de atribuir o imputar un resultado dañoso a la conducta de un individuo. Así, si la ley imputa responsabilidad a los socios es

porque supone que los mismos deben tomar una decisión de fondo sobre el respectivo negocio jurídico. No parece tener sentido que los socios sean responsables cuando la decisión sobre el negocio jurídico y sobre sus términos corresponda a un tercero. Aunque podría sostenerse que la imputación de responsabilidad procedería por el solo hecho de haber levantado el conflicto, bajo una especie de responsabilidad indirecta, por supuesto, sería ir demasiado lejos.

En tercer lugar, esta lectura es consistente con el modelo de agencia y ofrece una respuesta lógica cuando se presenta un conflicto de intereses. En efecto, cuando ello ocurre la facultad en la toma de decisiones debe retornar al principal (en este caso, a los accionistas), liberando así al agente de dicha decisión. No parece tener fundamento económico ni conductual que el agente retenga la facultad decisoria en casos como este. Sin embargo, esta postura no ha prosperado, y en nuestro país se ha venido sedimentando la creencia de que lo único que hace la asamblea es levantar el conflicto y reenviar la decisión a la junta directiva. La experiencia ha demostrado que esto genera todo tipo de dificultades. Por ejemplo, que una decisión trascendental para la sociedad quede en manos de una minoría de la junta directiva o que la asamblea decida de fondo y luego, para evitar caer en un escenario litigioso, la junta haga lo propio. En nuestra opinión, todas estas anomalías obedecen a un entendimiento equivocado del régimen de los conflictos de intereses, al pretender reducir el rol del máximo órgano social a devolver la facultad a un órgano que está y seguirá viéndose afectado por el conflicto. No es tarde para corregir el rumbo.

Referencias

- Aguilar, Roberto, *Proceso arbitral nacional e internacional*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2022.
- Bebchuk, Lucian Arye & Fried, Jesse M., “Executive Compensation as an Agency Problem”, en *Journal of Economic Perspectives*, 2003, (3), pp. 71-92.
- Boucant, Nicolas, *Les conflits d'intérêts en droit des sociétés*, tesis doctoral, Université Paris Est-Créteil, París, 2022.
- Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 13 de diciembre de 2017. Árbitros: Jesús Vall de Rutén Ruiz, Mateo Peláez García, Omar Rodríguez Olaya, en el caso de Jorge Moreno Ramírez v. ASTAF Colombia S.A.S.
- Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.
- Correa Valencia, Camila, Ibarra Ibarra, Gustavo y Arteta Caballero, Pablo J., “La aplicación de la cláusula compromisoria a los conflictos con administradores sociales”, en *Revista Universitas*, 2022, 71, en <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj71.accc> consulta del 28 de septiembre de 2023.
- Corte Constitucional. (Abril 23 de 2008). Sentencia C-384. Expediente D-6974. [MP. Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional. Sentencia C-170 de 2014. [MP. Alberto Rojas Ríos].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de febrero de 1998.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Julio 7 de 2021). Sentencia SC2749-2021. Radicación 08001-31-03-005-2012-00109-01. [MP. Álvaro Fernando García Restrepo].

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (Noviembre 20 de 2013). Radicación 42698.
- Decreto 1925 de 2009. Por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y demás normas concordantes, en lo relativo a conflicto de interés y competencia con la sociedad por parte de los administradores de la sociedad. Mayo 28 de 2009. DO. N.º 47364.
- Decreto 2555 de 2010. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. Julio 15 de 2010. DO. N.º 47771.
- Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Mayo 26 de 2015. DO. N.º 49523.
- Decreto 1486 de 2018. Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con los criterios para determinar la calidad de vinculados, límites de exposición, concentración de riesgos y conflictos de interés de los conglomerados financieros, y se dictan otras disposiciones. Agosto 6 de 2018. DO. N.º 50677.
- Enriques, Luca, “Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (With a Critique of the European Commission Proposal)”, en *Law Working Paper*, 2014, (267), en <http://ssrn.com/abstract=2505188>, consulta del 28 de septiembre del 2023.
- Gaitán Rozo, Andrés y Torres Molina, Jennifer, “Conflictos de intereses en grupos empresariales y situaciones de control”, en: Gaitán Rozo, Andrés y López Castro, Yira (Coord.), *Conglomerados en Colombia: Actualidad y perspectivas*, Superintendencia de Sociedades, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y Colegio de Abogados Comercialistas, Bogotá, 2022, pp. 85-109.

- Hansmann, Henry & Kraakman, Reinier, “What is Corporate Law? The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach”, en *Yale Law & Economics Research Paper*, 2004, (300), pp. 1-19.
- Jensen, Michael & Meckling, William, “Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure”, en *Journal of Financial Economics*, 1976, pp. 305-360.
- Laguado Giraldo, Darío y Holguín Mora, Tomás, “La regulación de los conflictos de intereses en el derecho colombiano”, en *Derecho Societario Contemporáneo*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2021, pp. 219-284.
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156. Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO. N.º 48489.
- Martínez Neira, Néstor Humberto, *Cátedra de Derecho Contractual Societario*, Editorial Legis, Bogotá, 2020, p. 194.
- Mendoza, José Miguel, “La definición de Conflictos de Interés en el Derecho Societario Colombiano”, en *UNA revista de Derecho*, 2016, 1, pp. 1-26.
- Michelsen, Sergio y Castillo, Fernando, “De la nulidad y la responsabilidad como mecanismos para disciplinar administradores y socios (y algunas inquietudes a que da lugar la cláusula compromisoria estatutaria)”, en *Lecciones de arbitraje en derecho societario*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2021, pp. 206-242, en <https://incp.org.co/wp-content/uploads/2021/12/Lecciones-de-arbitraje-en-derecho-societario-1.pdf>, consulta del 28 de septiembre de 2023.

- Moya Suárez, Jaime Alejandro, “Régimen de conflictos de interés en operaciones intragrupo empresarial”, en: López Castro, Yira (Coord.). *Transformaciones del Derecho Comercial. Reflexiones a propósito de los 50 años del Código de Comercio*, Editorial Tirant lo Blanch, Bogotá, 2021, pp. 141-155.
- Paz-Ares Rodríguez, José Cándido, “¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión”, en *Derecho de Sociedades, cuestiones sobre órganos sociales*, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2019, pp. 1479-1631.
- Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 2023.
- Sabogal Bernal, Luis Fernando, “El ‘Interés Social’: Apuntes Teóricos en el Marco Socioeconómico del Derecho de Empresa”, en *Revista e-Mercatoria*, 2011, 10, (1), pp. 16-17.
- Suescún de Roa, Felipe, “Deberes de los Administradores en fusiones y adquisiciones: la versión colombiana de la ‘píldora venenosa””, en *Revista de Derecho Privado*, 2015, (53), pp. 1-43.
- Superintendencia de Sociedades. (Mayo 14 de 2021). Auto 2021-01-325511. Proceso 2019-800-00463. En el caso de E.P.S. Servicio Occidental de Salud S.A.
- Superintendencia de Sociedades. (Junio 3 de 2021). Auto 2021-800-00004. Proceso 2021-800-00004. En el caso de Camilo Andrés Castro Zabala contra Fabio Hermes David Pinzón Rodríguez e Ingecund Ltda.
- Superintendencia de Sociedades. (Julio 12 de 2022). Circular Externa 100-000008. Circular Básica Jurídica.
- Superintendencia de Sociedades, *Cláusula arbitral modelo*, en <https://supersociedades.gov.co/documents/78685/350848/Modelo-clausula-compromisoria-societaria-v4.pdf/c8d9dea1-97e4->

[c86b-65c5-dd8f831553f2?t=1662125726372](https://incp.org.co/wp-content/uploads/2022/07/Guia-SuperSociedades.pdf) consulta del 28 de septiembre de 2023.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. (Mayo 19 de 2014). Auto 801-7259.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. Sentencia proferida en proceso 2020-800-00059 en el caso de Multinversiones Bolívar SAS y Seguros Comerciales Bolívar S.A. c. Mauricio Cuervo Ocampo (26 de julio de 2021).

Superintendencia de Sociedades, *Guía de Conflicto de Intereses*, Bogotá, 2022, en <https://incp.org.co/wp-content/uploads/2022/07/Guia-SuperSociedades.pdf>, consulta del 28 de septiembre de 2023.

Superintendencia de Sociedades. (Septiembre 26 de 2002). Oficio 220-49207.

Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Diciembre 30 de 2019). Oficio 220-178947.

Superintendencia de Sociedades. (Julio 9 de 2013). Sentencia 801-35. Número del proceso: 2013-801-007. En el caso SAC Estructuras Metálicas S.A. v. Praxedis José Daniel Correa, Santiago Francisco Correa y Gloria Estella Gallo Pérez. [Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles: José Miguel Mendoza].

Superintendencia de Sociedades. (Julio 9 de 2018). Radicado 810-000057. Metabólica S.A.S. v. Miguel Ángel Rodríguez.

Superintendencia de Sociedades. (Mayo 14 de 2014). Sentencia 800-29. Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. v. Shirley Natalia Ávila Barrios.

Superintendencia de Sociedades. (Septiembre 1 de 2014). Sentencia 800-52. Sucesión de María del Pilar Luque c. Luque Torres Ltda. en liquidación.

- Superintendencia de Sociedades. (Agosto 4 de 2015). Sentencia 800-102. En el caso de Ángela María Azuero Figueroa y María Teresa Figueroa Clausen v. El Puente S.A.
- Superintendencia de Sociedades. (Octubre 11 de 2015). Sentencia 2015-01-444233.
- Superintendencia de Sociedades. (Octubre 20 de 2015). Sentencia 800-134. María Virginia Cadena López y Fernando Alfredo Cadena López v. Amira López de Cadena, Miguel Eduardo Cadena López, Hacienda Los Mangos López de C. & Cía. S. en C. y MCH S.A.S.
- Superintendencia de Sociedades. (Noviembre 9 de 2015). Sentencia S-800-142.
- Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-142 de noviembre de 2015. En el caso de Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar Correa v. Handler S.A.S., Liliana Castillo Bautista, Omar Fernando Martínez Lozano y Edisson Emir Hernández.
- Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2016-01-440821. Rodrigo Restrepo Delgado y Daraxa S.A.S. c. Francisco Javier Salcedo Ruiz (Agosto 31 de 2016).
- Superintendencia de Sociedades. (Junio 27 de 2017). Sentencia S-800-302. En el caso de Julio Ramón Gálvez Ospina v. Sandra Bibiana Piedrahita Echeverry y otros.
- Superintendencia de Sociedades. (Marzo 23 de 2018). Sentencia 2017-800-60.
- Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-118 de 2019.
- Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2018-800-00371 de julio de 2021. En el caso de Jacqueline Pinzón Martínez y Zaira Lizeth de las Mercedes Arias Pinzón v. Nydia Stella Caballero Gámez, Edinsson René Pinzón Martínez, Julio César Caballero Gámez,

Productores Avícolas de Colombia (Proavicol) S.A.S. e Inversiones M&S S.A.S. en Liquidación.

Superintendencia de Sociedades. (Octubre 6 de 2021). Sentencia 800-078.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil de Decisión. Sentencia del 7 de octubre de 2022. Radicación 110013199 002 2019 00407 07. En el caso de Operadora de Carbón de Santa Marta Ltda. v. Mauricio Suárez Ramírez. [MP. Liana Aida Lizarazo].

CAPÍTULO 7

DEBERES ESPECIALES EN MATERIA DE LA SAGRILAFT Y EL RÉGIMEN DE MEDIDAS MÍNIMAS

Gloria Johanna Yáñez Torres



DEBERES ESPECIALES EN MATERIA DE SAGRILAFY Y EL RÉGIMEN DE MEDIDAS MÍNIMAS

Gloria Johanna Yáñez Torres³⁶⁰

Introducción

En el presente capítulo se abordarán algunas obligaciones especiales de los administradores de las empresas³⁶¹ que deben implementar programas para la prevención, control, gestión y corrección del riesgo de lavado de activos, financiación del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva (LA/FT/FPADM).

La materialización de este tipo de riesgos conlleva la afectación reputacional, legal, de contagio y operativa de la empresa, y tiene un impacto negativo en la economía y en el progreso del país. Por tal motivo, y teniendo como punto de partida los tratados internacionales firmados por Colombia, así como las recomendaciones de organismos intergubernamentales como el Grupo de Acción Financiera Internacional (Financial Action Task Force) (GAFI)³⁶², el Grupo de

³⁶⁰ Abogada de la Universidad del Rosario con especialización en Derecho Comercial y Derecho de Sociedades de la Pontificia Universidad Javeriana y magíster en Derecho (LLM) de la Stetson University College of Law en Estados Unidos. Admitida para ejercer como abogada en Colombia y en el estado de Nueva York. Posee experiencia profesional en Colombia y en el estado de Florida. Previo a trabajar en la Superintendencia de Sociedades, en donde ha laborado por más de ocho años en la Delegatura para Procedimientos Mercantiles y en la Delegatura de Supervisión Societaria, se desempeñó como abogada sustanciadora en el Consejo de Estado y en una firma especializada en derecho comercial y societario. Es docente universitaria en temas de inspección, vigilancia y control. *Las manifestaciones contenidas en este artículo son responsabilidad exclusiva de su autora, con fines académicos, y no comprometen la responsabilidad ni la posición de la entidad para la cual trabaja.

³⁶¹ Cuando en este artículo se utiliza la palabra empresa se está haciendo referencia a las sociedades comerciales, sucursales de sociedad extranjera y empresas unipersonales supervisadas por la Superintendencia de Sociedades.

³⁶² El GAFI es una institución intergubernamental que desarrolla estándares internacionales que buscan prevenir las actividades ilegales de lavado de activos y financiación del terrorismo, así

Acción Financiera de Latinoamérica (Gafilat)³⁶³ y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la Superintendencia de Sociedades estableció, como parte de su política de supervisión, que algunas de sus supervisadas tuvieran la obligación de implementar un sistema de autocontrol, gestión y corrección del riesgo de LA/FT/FPADM (en adelante, Sagrilajt), o, en algunos casos, el régimen de medidas mínimas (RMM).

Tal como lo han sostenido los referidos organismos, es importante que en los países se adopte un conjunto de reglas y principios que establezcan un sistema de detección, prevención y represión eficiente de los riesgos mencionados. En este sentido, el GAFI desarrolló una serie de estándares que incluyen medidas financieras, legales y de conducta para el control de este tipo de delitos con un enfoque basado en riesgos³⁶⁴. Para cumplir este fin, el organismo sugirió en sus

como los daños que causan a la sociedad. Traducción libre de: Financial Action Task Force, “Our Topics”, s.f., en <https://www.fatf-gafi.org/en/home.html>, consulta del 18 de mayo de 2023.

³⁶³ El Gafilat “es una organización intergubernamental de base regional que agrupa a 18 países de América del Sur, Centroamérica y América del Norte. El Gafilat fue creado para prevenir y combatir el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, a través del compromiso de mejora continua de las políticas nacionales contra estos flagelos y la profundización en los distintos mecanismos de cooperación entre los países miembros”. Ver: Grupo de Acción Financiera Internacional, “¿Qué es el Gafilat?”, Argentina, s.f., en <https://www.gafilat.org/index.php/es/gafilat/que-es-gafilat#:~:text=El%20GAFILAT%20fue%20creado%20para,en%20los%20distintos%20mecanismos%20de>, consulta del 18 de mayo de 2023.

³⁶⁴ “Los países deben identificar, evaluar y entender sus riesgos de lavado de activos/financiamiento del terrorismo, y deben tomar acción, incluyendo la designación de una autoridad o mecanismo para coordinar acciones para evaluar los riesgos, y aplicar recursos encaminados a asegurar que se mitiguen eficazmente los riesgos. Con base en esa evaluación, los países deben aplicar un enfoque basado en riesgo (EBR) a fin de asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo sean proporcionales a los riesgos identificados.

[...]

El enfoque basado en riesgo (EBR) es una forma eficaz de combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. [...] Mediante la adopción de un enfoque basado en riesgo, las autoridades competentes, instituciones financieras y APNFD deben ser capaces de asegurar que las medidas dirigidas a prevenir o mitigar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo correspondan con los riesgos identificados, y que les permita tomar decisiones sobre cómo

estándares, entre otros, que las actividades y profesiones no financieras designadas (APNFD) también deberían estar sujetas a sistemas eficaces de regulación y supervisión.

En virtud de lo anterior, la Superintendencia de Sociedades tuvo en cuenta las cuarenta recomendaciones del GAFI³⁶⁵ para desarrollar las directrices establecidas en el Capítulo X de la Circular Básica Jurídica 100-000005 de 2017, modificado integralmente por la Circular Externa 100-000016 de 2020, así como por las circulares 100-000004 del 9 de abril de 2021, 100-000015 del 24 de septiembre de 2021 y 100-000004 del 4 de octubre de 2023 (en adelante, la Circular).

Esto, en desarrollo del mandato constitucional establecido en cabeza del presidente de la República en el numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia, el cual fue delegado a la Superintendencia de Sociedades respecto de las sociedades comerciales, empresas unipersonales y sucursales de sociedad extranjera, a través de lo preceptuado en los artículos 82 y 84 de la Ley 222 de 1995 y el numeral 28 del artículo 7 del Decreto 1736 de 2020, modificado por el artículo 4 del Decreto 1380 de 2021, que le otorgó a la Superintendencia de Sociedades la facultad de instruir “a entidades sujetas a su supervisión sobre las medidas que deben adoptar para promover la transparencia y ética empresarial en sus prácticas de negocios para contar con mecanismos internos de prevención de actos de corrupción, al igual que mecanismos de gestión para la prevención del riesgo de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, y

asignar sus propios recursos del modo más eficaz”. Ver: Grupo de Acción Financiera del Caribe, “40 RECOMENDACIONES”, Trinidad y Tobago, s.f., en <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/407-fatf-recomendacion-1-evaluacion-de-riesgos-y-aplicacion-de-un-enfoque-basado-en-riesgo>, consulta del 20 de mayo de 2023, Recomendación 1.

³⁶⁵ <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones>

de financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva por parte de sus supervisados”.

En este orden de ideas, el presente capítulo busca, en primer lugar, darles pautas a los administradores para que identifiquen si están obligados a implementar en sus empresas el programa de Sagrilaft o el RMM y, posteriormente, poner de presente algunos aspectos que deben tener en cuenta, pues de esta manera cumplirán con su deber de actuar de forma prudente y diligente como lo haría un buen hombre de negocios, pero, además, porque estarán velando porque sus empresas cumplan con las disposiciones legales y reglamentarias, como lo establece el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Sobre este último punto, y en vista de que el capítulo busca resaltar los deberes de los administradores sociales, es importante traer a colación el precedente judicial desarrollado por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, en el que ha sostenido que:

las normas que rigen las actuaciones de los administradores buscan promover un delicado equilibrio entre la autonomía con la que deben contar tales sujetos para conducir los negocios sociales y la responsabilidad que debe atribuírseles por el cumplimiento inadecuado de esa gestión. Este equilibrio parte de la denominada regla de la discrecionalidad (‘business judgment rule’), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones que hayan adoptado los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios. [...] Lo expresado en el párrafo anterior no significa, por supuesto, que las actuaciones de los administradores estén exentas de

controles legales. En verdad, aunque la deferencia de los jueces cobija las decisiones adoptadas por los administradores en desarrollo de la actividad social, tal protección no puede extenderse a las omisiones negligentes en que incurran tales funcionarios.³⁶⁶

Es decir, a pesar de la discrecionalidad que tienen los administradores en el manejo de sus negocios, esa deferencia no cubre omisiones negligentes a su deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y actuar con buena fe, lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. La referida obligación de diligencia debe llevarlos a implementar un programa de autocontrol y gestión que evite que en sus empresas se materialicen los riesgos de LA/FT/FPADM porque, de esta manera, evitan consecuencias negativas para sus representadas, entre otras, de tipo legal, reputacional y operacional.

1. Las personas jurídicas que deben implementar el Sagriflact o el RMM

En primer lugar, es importante tener en cuenta que el Sagriflact y el RMM de que trata el Capítulo X de la Circular son hechos a la medida de los entes jurídicos supervisados por la Superintendencia de Sociedades y que tienen como fin que, de acuerdo con sus necesidades y perfiles, autogestionen los riesgos de ser usadas para dar apariencia de legalidad a dineros provenientes de actividades de LA/FT/FPADM.

En realidad, las recomendaciones del GAFI están dirigidas a que la

³⁶⁶ Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Julio 8 de 2015). Sentencia 800-000085. Número de proceso: 2014-801-084. [Superintendente Delgado: José Miguel Mendoza].

prevención de estas actividades se realice con un enfoque basado en riesgos que deberán ser identificados por cada empresa. Para lograrlo, la Superintendencia de Sociedades estableció una serie de directrices únicamente para sus supervisadas, por lo cual, su enfoque es diferente a los programas que podrían implementarse en empresas que tienen otra autoridad de vigilancia como, por ejemplo, las de los sectores financiero o transporte, que deberán adoptar las medidas dictadas por su supervisor especial. Dicho esto, se mencionarán algunos criterios que deben tener en cuenta los administradores para reconocer si deben aplicar los programas de Sagrilaft o el RMM.

1.1. Las sociedades civiles no deben implementar el Sagrilaft ni el RMM

Lo primero que hay que decir es que, en virtud del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con el artículo 82 de la Ley 222 de 1995, así como con lo señalado en los artículos 2.2.2.1.1.1. y siguientes del Decreto 1074 de 2015, la Superintendencia de Sociedades supervisa las sociedades comerciales, empresas unipersonales y sucursales de sociedad extranjera. Por este motivo, no ejerce facultad alguna de supervisión respecto de las sociedades civiles.

Lo anterior resulta relevante porque el GAFI ha señalado que algunas actividades y profesiones no financieras pueden estar especialmente en riesgo de ser utilizadas en actividades de LA/FT/FPADM, como lo son las de servicios contables y jurídicos.

Es así como dentro de las recomendaciones del GAFI se indica que los abogados, los notarios, otros profesionales jurídicos y los contadores deben tener una serie de obligaciones³⁶⁷ y precauciones para controlar y prevenir el acaecimiento de estas actividades. Esto, por cuanto a la luz de los estudios y conclusiones realizados por el GAFI los servicios contables y jurídicos podrían facilitar el ocultamiento de dinero de quien realiza estas actividades delictivas, por lo que las personas jurídicas que ejerzan esas funciones deben ser muy exigentes en aplicar unos estándares que permitan evitar, controlar y gestionar este riesgo.

Sin embargo, existe un vacío legal respecto de las personas naturales y jurídicas que prestan exclusivamente estos servicios³⁶⁸. En especial, en

³⁶⁷ “RECOMENDACIÓN 22: APNFD: debida diligencia del cliente. Los requisitos de debida diligencia del cliente y el mantenimiento de registros establecidos en las Recomendaciones 10, 11, 12, 15 y 17, se aplican a las Actividades y Profesionales No Financieras Designadas (APNFD) en las siguientes situaciones: [...]

(d) Abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores – cuando se disponen a realizar transacciones o realizan transacciones para sus clientes sobre las siguientes actividades: compra y venta de bienes inmobiliarios; administración del dinero, valores u otros activos del cliente; administración de las cuentas bancarias, de ahorros o valores; organización de contribuciones para la creación, operación o administración de empresas; creación, operación o administración de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales”.

“Recomendación 23: APNFD: Otras medidas: [...] (a) Debe exigirse a los abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores que reporten las operaciones sospechosas cuando, en nombre de un cliente o por un cliente, se involucran en una transacción financiera con relación a las actividades descritas en el párrafo (d) de la Recomendación 22. Se exhorta firmemente a los países que extiendan el requisito de reporte al resto de las actividades profesionales de los contadores, incluyendo la auditoría”. Ver: Grupo de Acción Financiera del Caribe, “40 RECOMENDACIONES”, Recomendación 1 y Recomendación 2.

³⁶⁸ “No son mercantiles:

1) La adquisición de bienes con destino al consumo doméstico o al uso del adquirente, y la enajenación de los mismos o de los sobrantes; 2) La adquisición de bienes para producir obras artísticas y la enajenación de éstas por su autor; 3) Las adquisiciones hechas por funcionarios o empleados para fines de servicio público; 4) Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa, y 5) **La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales** [Negrita fuera de texto]”.

el caso de los entes jurídicos que están catalogados como sociedades civiles porque como dentro de su objeto social no tienen ninguna de las actividades señaladas en el artículo 20 del Código de Comercio³⁶⁹, ya que no están sujetos a la supervisión de la Superintendencia de Sociedades, es decir, no están obligados a implementar ni el Sagriflakt ni el RMM.

Ciertamente, la Superintendencia de Sociedades no ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control respecto de las personas naturales ni de las sociedades civiles, independiente del monto de sus activos o ingresos obtenidos al 31 de diciembre del año anterior³⁷⁰, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado en providencia del 16 de mayo de 1996. Por lo tanto, una sociedad civil que se dedique de forma exclusiva al ejercicio de una profesión liberal, como el derecho y la contaduría, no está obligada a seguir las directrices señaladas por dicha autoridad. Ahora bien, nada obsta para que entidades como la Comisión Nacional de Disciplina Judicial o la Junta Central de Contadores establezcan algún programa que permita controlar este tipo de riesgos en el ejercicio de las profesiones jurídica y contable, dentro de las competencias que les otorgue la legislación colombiana.

Finalmente, es posible concluir que es deber de los administradores verificar si las sociedades que representan son de carácter comercial, unipersonal o sucursal de sociedad extranjera. Si es así y realizan algunas APNFD, deberán aplicar alguno de los regímenes del Capítulo

Ver: Código de Comercio. [Ley] Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339, artículo 23.

³⁶⁹ Sobre el particular, se debe destacar que las sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.) siempre tendrán naturaleza comercial en virtud del artículo 3 de la Ley 1258 de 2008, por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada.

³⁷⁰ Al respecto, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 16 de mayo de 1991. Expediente 1323. [CP. Libardo Rodríguez Rodríguez]. La sociedad Arthur Andersen y Cía. contra la Superintendencia de Sociedades.

X de la Circular; pero si se trata de una sociedad de carácter civil, no existe esta obligación.

1.2. Las empresas que cuentan con un supervisor especial podrían no tener el deber de implementar el Sagrilaft ni el RMM

Una vez se haya establecido que estamos ante una sociedad comercial, una sucursal de sociedad extranjera o una empresa unipersonal es relevante poner de presente que serán las empresas que no cuenten con un supervisor especial que tenga las facultades para impartir instrucciones en materia de LA/FT/FPADM las que deben implementar un programa de autocontrol y gestión de riesgos como el Sagrilaft o el RMM del Capítulo X de la Circular³⁷¹.

En este punto es importante resaltar que según el artículo 83 de la Ley 222 de 1995³⁷² la Superintendencia de Sociedades ejerce las facultades de inspección de las sociedades comerciales no vigiladas³⁷³ por la Superintendencia Financiera de Colombia ni, de acuerdo con algunos pronunciamientos del Consejo de Estado³⁷⁴ y del Oficio 220-044041

³⁷¹ Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Octubre 5 de 2022). Concepto 220-220605.

³⁷² “INSPECCION. La inspección consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria o sobre operaciones específicas de la misma. La Superintendencia de Sociedades, de oficio, podrá practicar investigaciones administrativas a estas sociedades”. Ver: Ley 222 de 1995. Artículo 83.

³⁷³ Es importante diferenciar las facultades de vigilancia, control exclusivo y control concurrente que tiene la Superintendencia Financiera de Colombia, de acuerdo con el Decreto 2555 de 2010.

³⁷⁴ “La Sala considera que la Superintendencia de Puertos y Transporte ejerce un control integral respecto de las sociedades cuyo objeto social consista en la prestación de servicios de transporte fluvial y/o que desempeñen actividades portuarias (supuesto en el que se ubica la sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A.); entendiéndose por control integral aquél relativo al ámbito subjetivo y objetivo de las sociedades por ella vigiladas. En este contexto, lo que determina la competencia administrativa de esta Superintendencia no es únicamente la actividad que las empresas desempeñen (control objetivo) sino también, la persona jurídica en sus aspectos societarios,

del 20 de febrero de 2020³⁷⁵, de las vigiladas por la Superintendencia de Transporte, que ejerce una supervisión integral³⁷⁶ si estas últimas tienen un objeto social principal o único relacionado con transporte, puertos, concesiones o infraestructura, y sus actividades conexas.

Ahora bien, aunque en principio la Superintendencia de Sociedades puede ejercer las facultades de inspección respecto de las demás sociedades³⁷⁷ comerciales³⁷⁸, no significa que las sociedades comerciales vigiladas por un supervisor especial deban aplicar el Sagrilaft o el RMM bajo las directrices señaladas por la autoridad.

económicos, jurídicos, contables y administrativos (control subjetivo)". Ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia del 26 de septiembre de 2017. Radicación 2017-00023-00. [CP. Óscar Darío Amaya Navas]. Conflicto de competencias entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Puertos y Transporte.

³⁷⁵ "Una sociedad vigilada por Superintendencia de Transporte, puede llegar a ser inspeccionada por la Superintendencia de Sociedades cuando quiera que presente objeto social múltiple o diverso y su actividad principal no esté relacionada con transporte y sus conexas. En la misma medida si presenta un objeto social único dedicado a actividades de transporte o conexas indefectiblemente será de competencia integral de la Superintendencia de Transporte". Ver: Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Febrero 20 de 2020). Concepto 220-044041. [Jefe de la Oficina Asesora Jurídica: Manuelita Bonilla Rojas].

³⁷⁶ Sobre las diferencias entre supervisión subjetiva, objetiva e integral, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (Septiembre 25 de 2001). Sentencia C-746. Radicación 11001-03-06-000-2020-00232-00(C). [CP. Alberto Arango Mantilla]; Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia del 11 de julio de 2017. Radicación 11001-03-06-000-2017-00049-00(C). [CP. Álvaro Namén Vargas.]. Conflicto de competencias entre el municipio de San Gil y la Superintendencia de Sociedades y Colombia; Consejo de Estado. Providencia del 26 de septiembre de 2017.

³⁷⁷ Con excepción de las sociedades supervisadas por la Superintendencia Financiera de Colombia y la Superintendencia de Transporte.

³⁷⁸ "Se trata, además, de una facultad claramente universal, puesto que abarca a todas las sociedades comerciales en Colombia, siempre que no realicen actividades restrictivas o de naturaleza financiera, cuyo control le compete en forma exclusiva a la Superintendencia Financiera. [...] la normativa vigente faculta a la entidad rectora de las sociedades para inspeccionar cualquier compañía, sin reparar en la concurrencia de facultades de fiscalización que pueda presentarse". Ver: Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, cuarta edición, Editorial Temis, Bogotá, 2016, p. 759.

Ciertamente, el artículo 228 de la Ley 222 de 1995³⁷⁹ le ha otorgado la competencia residual de ejercer las funciones que tiene sobre sus vigiladas cuando el supervisor especial³⁸⁰ no tiene expresamente asignada dichas facultades³⁸¹. En este sentido, si una autoridad de supervisión no tiene la facultad para impartir instrucciones en materia de LA/FT/FPADM, las sociedades que supervisa deben seguir el Capítulo X de la Circular. Por el contrario, si esa autoridad de supervisión especial tiene la facultad de emitir directrices respecto de la prevención de estos riesgos, sus supervisadas³⁸² no están obligadas a

³⁷⁹ “ARTÍCULO 228. COMPETENCIA RESIDUAL. Las facultades asignadas en esta ley en materia de vigilancia y control a la Superintendencia de Sociedades, serán ejercidas por la Superintendencia que ejerza vigilancia sobre la respectiva sociedad, si dichas facultades le están expresamente asignadas. En caso contrario, le corresponderá a la, Superintendencia de Sociedades, salvo que se trate de sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o de Valores”. Ver: Ley 222 de 1995.

³⁸⁰ Con relación a este aspecto, hay que señalar que el supervisor especial se predica en mayor medida sobre la supervisión objetiva porque, por regla general, la que ejerce la Superintendencia de Sociedades es subjetiva. No obstante, algunas autoridades como la Superintendencia Financiera de Colombia y la Superintendencia de Transporte ejercen una integral, es decir, sobre aspectos objetivos y subjetivos. Sobre el particular, es importante tener de presente lo sostenido por el Consejo de Estado, quien ha hecho una diferenciación entre la supervisión subjetiva y la supervisión objetiva en el siguiente sentido: “La supervisión sobre las sociedades puede ser subjetivo u objetivo. El primero se refiere a la persona y el segundo a la activada que esta despliega. Frente a estas modalidades de control, la Sala ha señalado: El legislador, a través de las facultades otorgadas por el numeral 7º del artículo 150 de la Constitución Política ha creado superintendencias de diversa naturaleza, algunas asociadas a una clase de sujetos (Sociedades, Financiera) o bien delimitadas por su objeto (Industria y Comercio, Salud). A partir de esa división, es claro que el control ejercido puede ser subjetivo, es decir, cuando se controla el ente en sí mismo, u objetivo, cuando el control recae sobre la materia o asunto al cual se dedica el sujeto vigilado. Esto hace que, en ocasiones, el control sea concurrente o compartido por dos o más Superintendencias. La concurrencia entonces, implica diferenciar entre el objeto y el sujeto de control, y se presenta como una consecuencia de la especialización de cada superintendencia en ciertas materias”. Ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de enero de 2006. Radicación 11001-03-06-000- 2005-00016-00(C). [CP. Gustavo Aponte Santos].

³⁸¹ Salvo las sociedades que son supervisadas por las superintendencias Financiera de Colombia y de Transporte.

³⁸² Algunas autoridades locales ejercen funciones de inspección, vigilancia y control, como las alcaldías, respecto de sociedades que tengan como objeto social principal la construcción de vivienda. Al respecto, ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: i) del 11 de julio de 2017, Radicación 11001-03-06-000-2017-00049-00(C); ii) del 29 de octubre de 2019, radicación 11001-03-06-000-2019-00098-00(C), [CP. Édgar González López]; iii) del 29 de octubre de

implementar el Sagrilaft ni el RMM de la manera señalada en el capítulo X³⁸³, así esa otra autoridad, teniendo la facultad, no haya emitido aún una directriz alguna a sus supervisadas³⁸⁴.

Dicho lo anterior, es importante mencionar que las superintendencias Nacional de Salud³⁸⁵, de Servicios Públicos Domiciliarios³⁸⁶, de Vigilancia y Seguridad Privada³⁸⁷ y el Ministerio del Deporte³⁸⁸, entre otras, ya se han pronunciado sobre los programas de autocontrol y gestión de riesgos, por lo que sus supervisadas no tienen la obligación de aplicar lo señalado en la Circular.

A manera de ejemplo, si una empresa intercambió activos virtuales por más de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes (smmlv) y en el año anterior tuvo ingresos iguales o superiores a 3000 smmlv o activos iguales o superiores a 5000 smmlv, pero su actividad principal es vigilada por una entidad especializada de las mencionadas³⁸⁹, no

2019, radicación 11001-03-06-000-2019-00128-00(C), [CP. Édgar González López], y iv) del 17 de febrero de 2020, radicación 1001-03-06-000-2019-00188-00(C), [CP. Édgar González López].

³⁸³ Sobre el particular, el numeral 6.1. del Capítulo X de la Circular indica que “están obligadas a adoptar el Régimen de Medidas Mínimas las APNFD que pertenezcan a cualquiera de los sectores señalados, y conforme a los criterios mencionados, en el numeral 4.3 del presente Capítulo X. Respecto de las Empresas inspeccionadas por la Superintendencia de Sociedades, no estarán obligadas en la medida en que se encuentren vigiladas por otra entidad especializada en razón de su actividad y que tenga facultades para impartir instrucciones en materia de LA/FT/FPADM”.

³⁸⁴ Al respecto, ver Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-220605.

³⁸⁵ Superintendencia Nacional de Salud. Circular Externa 9 de 2016 y Circular Externa 5 de 2021, https://normograma.supersalud.gov.co/normograma/docs/circular_supersalud_0009_2016.htm#INICIO.

³⁸⁶ Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Concepto 549 de 2022.

³⁸⁷ Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, Circular Externa 465 de 2017, <https://www.supervigilancia.gov.co/publicaciones/6060/circular-465-de-2017-siplaft/>

³⁸⁸ Ministerio del Deporte, Circular Externa 5 de 2016 y Circular Externa 2020EE0025114 de 2020, https://www.uiaf.gov.co/sites/default/files/2022-06/documentos/archivos-anexos/Circular%2005%20de%202016%20Coldeportes_0.pdf

³⁸⁹ Es decir, las superintendencias Financiera de Colombia, de Transporte, Nacional de Salud, Vigilancia y Seguridad Privada, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y el Ministerio del Deporte, entre otros.

tendrá la obligación de implementar el Sagrifalt ni el RMM establecidos en el Capítulo X de la Circular. Por lo tanto, es posible concluir que un deber de los administradores es verificar si la empresa que representa tiene un supervisor especial y, por lo tanto, no deberá implementar ninguno de estos programas, sino acatar las instrucciones que esa autoridad especial le imparta.

1.3. El deber de los administradores de determinar si su representada es vigilada o controlada por la Superintendencia de Sociedades

Una vez los administradores establecen que sus empresas están supervisadas por la Superintendencia de Sociedades les corresponde identificar bajo qué grado de supervisión se encuentran, es decir, de inspección³⁹⁰, de vigilancia³⁹¹ o de control³⁹².

En verdad, por regla general, si la empresa se encuentra sometida al grado de supervisión de vigilancia y control y cumple los requisitos

³⁹⁰ Artículo 83 de la Ley 222 de 1995.

³⁹¹ La vigilancia es la atribución que tiene esta Entidad “para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente. Estarán sometidas a vigilancia, las sociedades que determine el Presidente de la República. También estarán vigiladas aquellas sociedades que indique el Superintendente cuando del análisis de la información señalada en el artículo anterior o de la práctica de una investigación administrativa, establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las irregularidades” detalladas en este artículo. Ver: Ley 222 de 1995. Artículo 84. Igualmente, es importante mencionar que las cámaras de comercio y las entidades sin ánimo de lucro extranjeras con negocios permanentes en Colombia se encuentran, en principio, como mínimo en la categoría de vigilancia.

³⁹² El control es el grado de supervisión más fuerte con el que cuenta la Superintendencia de Sociedades. Consiste en la atribución que tiene “para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular”. Ver: Ley 222 de 1995. Artículo 85.

señalados en los numerales 4.1.³⁹³ y 4.2.³⁹⁴ del Capítulo X, deberán implementar el Sagrilaft.

Por el contrario, si la empresa es inspeccionada, tendrá que analizar si realiza alguna de las actividades indicadas en los numerales 4.2.6.³⁹⁵ y 4.2.8.³⁹⁶, caso en el cual deberá aplicar el Sagrilaft o si, por el contrario, el objeto social de la compañía es de los tratados en el numeral 4.3., debe implementar el RMM, si cumple con los demás requisitos allí establecidos.

A manera de ejemplo, si la conclusión es que la empresa se encuentra vigilada o controlada por la entidad y obtuvo activos o ingresos iguales o superiores a 40.000 smmlv con corte al 31 de diciembre del año anterior, deberá aplicar el Sagrilaft. Por el contrario, si está sometida al grado de supervisión de vigilancia y control, pero no cumple con el mínimo de activos o ingresos señalados en el Capítulo X, ni realiza las actividades especiales de los numerales 4.2.6. y 4.2.8., no tendrá la obligación de adoptar este programa.

Ahora bien, es necesario enfatizar que para esa fecha las empresas deben cumplir las dos condiciones, es decir, haber estado vigiladas o controladas al 31 de diciembre y, adicional a esto debe haber obtenido ingresos o activos iguales o superiores a 40.000 smmlv, no basta cumplir una sola de las condiciones.

³⁹³ “Las Empresas sujetas a la vigilancia o al control que ejerce la Superintendencia de Sociedades que hubieren obtenido Ingresos Totales o tenido Activos iguales o superiores a cuarenta mil (40.000) SMLMV, con corte al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.” Ver Circular Externa 100-000005.

³⁹⁴ Sector de agentes inmobiliarios, sector de comercialización de metales preciosos y piedras preciosas, sector de servicios jurídicos, sector de servicios contables, sector de construcción de edificios y obras de ingeniería civil y sectores de supervisión especial o regímenes especiales.

³⁹⁵ Servicios de activos virtuales.

³⁹⁶ Empresas que reciban aportes en activos virtuales.

Esto es relevante porque existen algunas causales de vigilancia que cuando se incurre en ellas por primera vez la empresa queda sometida a ese estado de supervisión solo hasta el primer día hábil del mes de abril del año siguiente. Lo anterior significa que, si al 31 de diciembre se obtuvieron ingresos o activos iguales o superiores 40.000 smmlv, pero la empresa en esa fecha no estaba bajo vigilancia o control, sino que lo está hasta el primer día hábil del mes de abril siguiente, no estará obligada a implementar un programa de Sagrilaft en ese año, por lo que deberá esperar a los resultados del ejercicio siguiente, con el fin de verificar si nuevamente obtuvo ingresos o activos iguales o superiores 40.000 smmlv.

Situación diferente se presenta cuando al 31 de diciembre la empresa ya se encuentra sometida a vigilancia o control y, además, tuvo activos o ingresos iguales o superiores a 40.000 smmlv, pues en este caso sí estará obligada a implementar el Sagrilaft dentro de ese año.

En conclusión, a 31 de diciembre la Empresa debe estar efectivamente supervisada bajo el grado de vigilancia o control y, además, haber obtenido los ingresos o activos iguales o superiores a 40.000 smmlv.

Es importante aclarar que antes de que la compañía sea sometida al grado de supervisión de control debe ser notificada del acto administrativo de carácter particular en el que se declaró la situación de control. Por el contrario, en la mayoría de los casos, la declaración de que una empresa será vigilada por la Superintendencia de Sociedades se hace por ministerio de la ley o de un decreto reglamentario de carácter general, sin que se requiera un acto administrativo particular para comunicárselo.

Ciertamente, el único caso en el que la entidad declara la situación de vigilancia a través de un acto administrativo particular es cuando después de una investigación administrativa se concluye que la empresa incurre en alguna de las irregularidades señaladas en el artículo 84 de la Ley 222 de 1995³⁹⁷. En los demás, las empresas serán vigiladas sin que se requiera un acto administrativo particular que lo comunique cuando incurran en alguna de las causales señaladas en los artículos 2.2.2.1.1.1. a 2.2.2.1.2.1. del Decreto 1074 de 2015; en el Decreto 1941 de 1986; en el numeral 2 del párrafo 1 del artículo 110 del Decreto 663 de 1993; en el artículo 15 de la Ley 363 de 1997; en la Decisión 292 de 1991; en el artículo 10 de la Ley 1445 de 2011, y en el artículo 3 de la Ley 793 de 2002³⁹⁸.

³⁹⁷ “Estarán sometidas a vigilancia, las sociedades que determine el Presidente de la República. También estarán vigiladas aquellas sociedades que indique el Superintendente cuando del análisis de la información señalada en el artículo anterior o de la práctica de una investigación administrativa, establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades: a. Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias; b. Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad; c. No llevar contabilidad de acuerdo con la ley o con los principios contables generalmente aceptados. d. Realización de operaciones no comprendidas en su objeto social”. Ver: Ley 222 de 1995. Artículo 84.

³⁹⁸ Es decir, cuando la empresa:

- Tuvo activos o ingresos iguales o superiores a 789.390,6 UVT al 31 de diciembre del año anterior.
- Solicita ser admitida a un proceso de insolvencia, el cual iniciará a partir del auto admisorio del proceso.
- Se encuentra en una situación de control o de grupo empresarial y alguno de los entes económicos involucrados en la situación de control o grupo empresarial, ya sea como matriz o como subordinada directa o indirecta, presentan las características señaladas en el artículo 2.2.2.1.1.3 del Decreto 1074 de 2015. Es importante señalar que el artículo hace referencia a situación de control o grupo empresarial, algo relevante porque puede existir un conglomerado empresarial en el que no exista un grupo empresarial y en el que uno de los entes involucrados en el conglomerado cumpla con los requisitos de dicho artículo. Esto llevaría a que las otras empresas del conglomerado quedaran sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de

Es decir, no se expedirá un acto administrativo particular que le comunique a la empresa que incurrió en uno de los presupuestos de vigilancia señalados en el párrafo anterior, sino que cada una debe evaluar si está incurso en alguno de los presupuestos normativos de vigilancia. Una vez esto se establezca, el representante legal, dentro de los quince días hábiles siguientes al acaecimiento de la causal, debe informar esta situación a la Superintendencia de Sociedades.

Esto resulta relevante porque es el representante legal, como administrador, quien tiene el deber de conocer la normativa colombiana e informar a la autoridad que se encuentra en una causal de vigilancia y que de cumplir con algunos de los requisitos del Capítulo X deberá implementar el Sagrilaft sin tener que esperar el acto administrativo particular que lo conmine a hacerlo.

Con el presente artículo también se busca instruir a las empresas en el sentido de que no basta verificar la información que se encuentra registrada en las bases de datos de la Superintendencia de Sociedades, sino que son los administradores los que deben informar a esa autoridad que su representada incurrió en uno de los presupuestos jurídicos que dan lugar a que el grado de supervisión sea el de

Sociedades, así no exista una relación directa entre ellas, tan solo por el hecho de tener un controlante común.

- Se inicia un proceso de extinción de dominio de los bienes, las acciones o las cuotas de la empresa.
- Respecto de las sociedades administradoras de planes de autofinanciamiento comercial.
- Son sociedades prestadoras de servicios técnicos o administrativos a las instituciones financieras.
- Son fondos ganaderos.
- Son multinacionales andinas.
- Son sociedades con deportistas profesionales.
- Cuando las sucursales de sociedad extranjera tengan las mismas causales y criterios que las sociedades comerciales.

vigilancia. De ahí que el administrador tenga el deber de analizar la situación jurídica y contable de la sociedad que representa para evaluar si está dentro de alguna de las causales, para posteriormente evaluar si está obligado a implementar el Sagrilaft. No será excusa el desconocer que se encontraba en una causal de vigilancia.

1.4. De las demás características que deben tener las empresas

Luego de que los administradores hacen el análisis y concluyen que las empresas están supervisadas por la Superintendencia de Sociedades, deben evaluar si cumplen las otras características señaladas en el numeral 4 del Capítulo X de la Circular. De acuerdo con la norma, no todas las empresas vigiladas y controladas deben implementar el Sagrilaft, sino solo aquellas que el año inmediatamente anterior hayan tenido ingresos o activos iguales o superiores a 40.000 smmlv y hubieran estado sometidas al grado de vigilancia durante el año anterior.

A manera de ejemplo, pensemos en una pequeña empresa que está en un proceso de reorganización y que no desarrolla ninguna de las actividades las señaladas en los numerales 4.2. y 4.3. del Capítulo X. Aunque en virtud del numeral 1 del artículo 2.2.2.1.1.3. del Decreto 1074 de 2015 es vigilada por la Superintendencia de Sociedades, si al 31 de diciembre del año anterior no obtuvo los ingresos o activos indicados³⁹⁹, no deberá aplicar el Sagrilaft ni el RMM. De otro lado, si la empresa es de alguno de los sectores señalados en los numerales 4.2.1. al 4.2.5. del Capítulo X, bastará con ser vigilada al 31 de diciembre y haber obtenido ingresos iguales o superiores a 30.000 smmlv en ese mismo corte contable.

³⁹⁹ Ingresos o activos iguales o superiores a 40.000 smmlv.

Por su parte, aquellas que ostentan las características señaladas en los numerales 4.2.6. al 4.2.8. pueden, incluso, ser inspeccionadas, pero si cumplen los requisitos que indica la Circular están obligadas a implementar el Sagrilaft. Por ejemplo, las empresas que realizan actividades u operaciones con activos virtuales deberán tener en cuenta el monto de las operaciones realizadas y evaluar si obtuvieron ingresos totales de 3000 smmlv o activos por 5000 smmlv a 31 de diciembre del año anterior, independientemente del grado de supervisión que ostenten. De otro lado, las empresas que tienen una supervisión especial de la Superintendencia de Sociedades (señaladas en el Capítulo IX⁴⁰⁰), deberán implementar el Sagrilaft sin importar el monto de activos o ingresos.

Para finalizar, las que realicen las actividades señaladas en el numeral 4.3.⁴⁰¹ del Capítulo X, independiente del grado de supervisión, y que al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior hayan obtenido ingresos totales iguales o superiores a 3000 smmlv o activos iguales o superiores a 5000 smmlv deberán implementar el RMM⁴⁰².

Esto, sin duda, implica un deber muy importante de diligencia y cuidado del representante legal y de la junta directiva: evaluar si la

⁴⁰⁰ De acuerdo con el capítulo IX de la Circular Externa 100-000008 de 2022 de la Superintendencia de Sociedades, los regímenes especiales de supervisión les aplican a las sociedades multinivel, a las administradoras de planes de autofinanciamiento comercial (Sapac), a las supervisadas que realizan operaciones de libranza o descuento directo, a las de *factoring* sujetas a la supervisión de la Superintendencia de Sociedades, a los fondos ganaderos y a los clubes de deportistas profesionales que son sociedades anónimas.

⁴⁰¹ Las denominadas APNFD, es decir, empresas del sector de agentes inmobiliarios, sector de comercialización de metales y piedras preciosos, sector de servicios jurídicos y sector de servicios contables.

⁴⁰² Si las empresas que realizan las actividades señaladas en el numeral 4.3. al 31 de diciembre del año anterior obtienen ingresos o activos iguales o superiores a 40.000 smmlv, deberán aplicar el Sagrilaft.

empresa obtuvo los activos o ingresos que la obligan a implementar este tipo de sistemas⁴⁰³. Es decir, existe un deber subyacente de los administradores y es realizar en debida forma sus estados financieros, que es el primer insumo para elaborar la política, la matriz de riesgos y, en general, el sistema de autocontrol y gestión de los riesgos.

Para concluir, la primera obligación del administrador será determinar si la empresa tiene o no que implementar el programa Sagrilaft o el RMM. Para esto, deberá preguntarse: ¿es mi empresa de carácter comercial o civil?, ¿tiene un supervisor especial o es supervisada por la Superintendencia de Sociedades?, ¿el supervisor especial que vigila su actividad tiene la facultad de expedir directrices en materia de gestión de riesgos de LA/FT/FPADM?, ¿mi empresa es inspeccionada, vigilada o controlada?, ¿cuáles fueron sus ingresos y activos al 31 de diciembre del año anterior?, y ¿mi empresa cumple con los demás requisitos señalados en el Capítulo X de la Circular?

1.5. Las cámaras de comercio y las entidades sin ánimo de lucro extranjeras con negocios permanentes en Colombia

Los acápites anteriores estuvieron dirigidos a delimitar la aplicación del Capítulo X en las sociedades comerciales, sucursales de sociedad extranjera y empresas unipersonales supervisadas por la Superintendencia de Sociedades, ya que no todos estos entes jurídicos, sino solo los que cumplen con unas características especiales, están obligados a implementar el Sagrilaft o el RMM.

⁴⁰³ Ley 222 de 1995. Artículos 37, 45 y 46. Al respecto, además, ver los conceptos 2018-942 del 20 de octubre de 2018 y 920 del 17 de noviembre de 2020 del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, y el 220-039452 del 14 de abril de 2021 de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Sociedades, donde queda claro que el deber de la elaboración de los estados financieros está en cabeza de la administración.

No obstante, las sociedades comerciales no son los únicos entes supervisados por la Superintendencia de Sociedades. Ciertamente, en virtud de lo señalado en el numeral 21 del artículo 8 del Decreto 1736 de 2020 modificado por el artículo 5 del Decreto 1380 de 2021, corresponde a la Superintendencia de Sociedades “Dirigir, instruir, orientar, coordinar y controlar el ejercicio de las facultades asignadas en relación con las cámaras de comercio, sus federaciones, confederaciones y comerciantes.”.

Por su parte, en virtud del artículo 1 del Decreto 326 de 2023, la Superintendencia de Sociedades también ejercerá la inspección, vigilancia y control de las entidades sin ánimo de lucro extranjeras con negocios permanentes en Colombia.

Ahora bien, respecto de estos dos últimos tipos de entes jurídicos la Circular 100-000004 del 4 de octubre de 2023, la cual modifico el numeral 4 del Capítulo X de la Circular, los incluyó como obligados a implementar el Sagrilaft, sin realizar distinción alguna respecto de sus activos o ingresos.

Por lo anterior, absolutamente todas las cámaras de comercio del país y las entidades sin ánimo de lucro extranjeras con negocios permanentes en Colombia deben dar aplicación a lo señalado en el Capítulo X de la Circular, por lo que las aclaraciones a las que se hizo referencia en líneas precedentes no aplican a estos entes jurídicos.

Por lo anterior, sus administradores no necesitan analizar las características especiales de ellas con el fin de determinar si son sujetos obligados a aplicar los lineamientos del Sagrilaft, por cuanto siempre

tendrán dicha obligación.

Ahora bien, cuando en los siguientes acápite de este escrito se haga referencia al representante legal y a los miembros de junta directiva, deberá entenderse que estamos además haciendo referencia al Presidente Ejecutivo⁴⁰⁴ y los miembros de junta directiva⁴⁰⁵ para los casos de las Cámaras de Comercio y los apoderados⁴⁰⁶ en los casos de las entidades sin ánimo de lucro extranjeras con negocios permanentes en Colombia.

Finalmente, es importante destacar que, lo que conlleva a que una entidad sin ánimo de lucro extranjera sea supervisada por la Superintendencia de Sociedades es que tengan negocios permanentes en Colombia, por lo que, de no tenerlos de manera permanente, no está sujeta a la supervisión de esa autoridad, ni a que deba aplicar lo señalado en el Capítulo X de la Circular.

2. De los deberes de los administradores en la implementación del Sagriflax y el RMM

Como primera medida, es importante establecer que el presente acápite hará referencia al representante legal y a la junta directiva como parte de los administradores enlistados en el artículo 22 de la Ley 222

⁴⁰⁴ “ARTÍCULO 2.2.2.38.6.1. Representación legal. El presidente ejecutivo de la respectiva Cámara de Comercio será su representante legal, quién tendrá los suplentes que determinen sus estatutos. (...)”. Ver Decreto 1074 de 2015. Artículo 2.2.2.38.6.1.

⁴⁰⁵ “ARTÍCULO 2.2.2.38.2.1. Integración de la Junta Directiva. Cada Cámara de Comercio tendrá una Junta Directiva que será el máximo órgano de administración (...)” Ver Decreto 1074 de 2015. Artículo 2.2.2.38.2.1.

⁴⁰⁶ Las entidades sin ánimo de lucro extranjeras con negocios permanentes en Colombia deberán tener como mínimo un apoderado para asuntos judiciales, de acuerdo al artículo 58 del Código General del Proceso. Ahora bien, nada obsta para que puedan tener dentro de su organización un representante y un cuerpo colegiado de administración.

de 1995. Ciertamente, aunque el Sagrilaft y el RMM son del resorte del máximo órgano social, es decir, de la junta directiva, del representante legal y del oficial de cumplimiento⁴⁰⁷, como este último no detenta la calidad de administrador, este escrito no se referirá a él.

En el mismo sentido, en virtud de la independencia que tienen los sujetos supervisados por la Superintendencia de Sociedades, así como en desarrollo de los principios de la libertad económica y de empresa, dentro del manual de procedimientos que orienta la actuación de los funcionarios de la empresa, tal como lo señala el numeral 5.1.4. del Capítulo X de la Circular, se deberá incluir una serie de facultades, funciones y responsabilidades específicas del oficial de cumplimiento, del representante legal y de la junta directiva, entre otros empleados de la organización. Sin embargo, esas funciones particulares dependerán del perfil de cada ente y del de sus funcionarios, por lo tanto, no se tratarán en este documento.

Igualmente, como se indicó al inicio del capítulo, el Sagrilaft y el RMM se deben elaborar de acuerdo con las características de cada empresa, teniendo en cuenta el perfil de sus riesgos; las operaciones, productos, servicios y contratos que pretenda desarrollar; sus contrapartes, así como las áreas geográficas de operación y los canales, entre otros. Por lo tanto, las funciones específicas que se les asignen a los empleados en el programa de autocontrol y gestión de los riesgos corresponderán a un análisis de cada uno de esos elementos dentro de la empresa y a las habilidades y funciones de sus empleados.

Ahora bien, con relación a los deberes de los administradores

⁴⁰⁷ Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Marzo 18 de 2021). Oficio 220-028195.

señalados en el Capítulo X de la Circular, es importante resaltar que su base son los deberes generales de actuar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sin duda, un administrador prudente y diligente querrá proteger su empresa de los daños legales, reputacionales, operacionales, de contagio, entre otros, que pueden derivarse del acaecimiento de un mal manejo de los riesgos de LA/FT/FPADM.

En igual sentido, un administrador que actúe de buena fe y con lealtad debe desplegar todas las acciones necesarias para que la empresa cumpla la ley y el reglamento, lo cual no se agota con la expedición de unos manuales y procedimientos, sino que, además, tiene que realizar las acciones para que estos logren su cometido. Igualmente, debe velar porque la empresa y los estamentos que están bajo su dirección cumplan las directrices señaladas en los manuales y en la política de prevención de LA/FT/FPADM.

Otro aspecto que es importante resaltar es que un programa de autocontrol y gestión de los riesgos, como el Sagrifalt y el RMM, necesita del trabajo conjunto de todas las áreas de la organización. No obstante, el hecho de que existan labores delegadas a otros agentes no exime a quienes fungen como administradores de su responsabilidad de vigilar el efectivo cumplimiento de la ley y de la reglamentación emitida por las diferentes autoridades, como es el caso de las circulares de la Superintendencia de Sociedades. Además, y tal como se explicará más adelante, los deberes precisos que señala el Capítulo X para el representante legal y la junta directiva se entienden cumplidos no solo con la realización de unas formalidades, sino que es necesario que se desplieguen actividades puntuales para prevenir y controlar el riesgo de LA/FT/FPADM.

2.1. De los deberes del representante legal

Los programas como el Sagrilaft y el RMM buscan que las empresas detecten y gestionen situaciones que las pueden poner en riesgo de ser usadas para ocultar dineros provenientes del LA/FT/FPADM y, de llegar a presentarse, tomar medidas razonables para prevenir, controlar, gestionar y corregir ese riesgo. Por su parte, un representante legal diligente debe conocer la operación de la empresa para identificarlos. Esto le permitirá apoyar al oficial de cumplimiento en la elaboración de la matriz de riesgos, el diseño de las políticas y metodologías que debe implementar el Sagrilaft, así como en su seguimiento. Entonces, es acertado que la Circular establezca que es el representante legal, junto con el oficial de cumplimiento, quien debe presentar el programa y los resultados, avances y modificaciones a la junta directiva o al máximo órgano social, pues es quien tiene el conocimiento empírico necesario para explicar mejor las razones por las que ciertas medidas podrán prevenir y controlar los riesgos.

En relación con el RMM, el representante legal es el único funcionario al que la Circular asigna responsabilidades para el manejo y control de los riesgos, por lo que el deber de implementarlo recae inequívocamente en él.

Resulta evidente que el conocimiento que tiene el representante legal de su empresa le permitirá no solo identificar los funcionarios más idóneos para desarrollar las labores de los programas de Sagrilaft y el RMM, sino también extraer las mejores ideas y recomendaciones para que el programa quede a la medida exacta de la compañía. No existe duda de que cada entidad es diferente, en consecuencia, los sistemas

de autocontrol y gestión del riesgo no pueden ser iguales, sino que deben tener en cuenta las particularidades, entre otras, de la operación, el sector, el tamaño y la ubicación geográfica de la organización.

A manera de ejemplo, en la creación de la matriz de riesgos, uno de los primeros componentes del Sagrilaft, será fundamental conocer cuáles son las contrapartes y sus beneficiarios finales, los productos, canales y el ámbito geográfico al que pertenece la contraparte. Aunque el oficial de cumplimiento debe tener experiencia en el negocio de la compañía, realmente el representante legal es quien tiene mayor conocimiento de la operación, lo cual le daría mejores bases para la construcción de la matriz.

Es importante resaltar que el Sagrilaft y el RMM no se deben implementar solo para evitar multas por parte del supervisor, ni tampoco deben entenderse como medidas de control *ex ante*⁴⁰⁸ que buscan ponerles más cargas a las empresas. Por el contrario, su implementación debe ser fruto de la labor entre el representante legal y la junta directiva, como administradores prudentes y diligentes, y del oficial de cumplimiento y el máximo órgano social para proteger la compañía, de manera eficiente y coordinada, de los daños que pueden afectar su reputación y continuidad.

Ahora bien, aunque le corresponde a la empresa señalar las facultades y responsabilidades que tendrán sus funcionarios dentro del desarrollo del Sagrilaft y el RMM, la Circular define ciertos deberes claros y segregados que, como mínimo, tienen el representante legal y la junta

⁴⁰⁸ Sobre los controles *ex ante*, ver la Sentencia 801-000015 del 15 de marzo de 2013 de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, proceso verbal sumario de Jaime Salamanca Ramírez contra Logística S.A.S., José Vicente Padilla Martínez y Ligia Patricia Padilla Martínez.

directiva y que no se pueden delegar en el oficial de cumplimiento u otro empleado. Sobre ellos se tratará en los acápite siguientes.

Se reitera que, aunque el fin del presente documento no es pronunciarse sobre las responsabilidades y deberes del oficial de cumplimiento, porque no pertenece a la administración, es innegable que sus funciones se desarrollan de manera paralela y, en muchas ocasiones, en conjunto con las del representante legal.

2.1.1. Deberes específicos del representante legal en la implementación del Sagrilajt

2.1.1.1. Proponer al oficial de cumplimiento ante el máximo órgano social y verificar que tenga la disponibilidad y la capacidad necesarias

En primer lugar, si la empresa que debe implementar el Sagrilajt no tiene junta directiva, el representante legal es quien debe proponerle a la asamblea o junta de socios la persona que ocupará el cargo de oficial de cumplimiento. Labor que es de gran relevancia porque, por un lado, el representante legal deberá trabajar en equipo con él en varias de las etapas del programa, pero, además, porque el referido funcionario es uno de los ejes fundamentales para la promoción y el desarrollo de los procedimientos específicos de prevención, actualización, mitigación y seguimiento de los riesgos de LA/FT/FPADM. Por este motivo, el representante legal debe evaluar en debida forma a la persona que postulará.

Eso no significa que el oficial de cumplimiento deba ser cercano al representante o que de alguna manera dependa de él. Por el contrario, tiene que ser independiente, no pertenecer a la administración, a los

órganos sociales, ni a la auditoría, ni al control interno o externo. El oficial de cumplimiento debe depender directamente de la junta directiva o del máximo órgano social para garantizar su independencia⁴⁰⁹.

2.1.1.2. Asignar los recursos para implementar el Sagrilajt y apoyar al oficial de cumplimiento

En la misma línea, tanto el representante legal como la junta directiva deben disponer de “las medidas operativas, económicas, físicas, tecnológicas y de recursos que sean necesarios para la puesta en marcha del SAGRILAJT y el desarrollo adecuado de las labores de auditoría y cumplimiento del mismo”⁴¹⁰. Para que el Sagrilajt se diseñe y aplique de manera correcta debe tener el apoyo de quien lleva las riendas de la empresa y de sus empleados.

El representante legal y la junta directiva deben ser los primeros en reconocer la importancia del Sagrilajt y brindar el apoyo necesario para su implementación. No bastará con proponer y designar el oficial de cumplimiento o crear en el papel una política, un manual o una metodología. Los administradores tienen responsabilidades y deberes entre los que está el de colaborar de manera activa con el oficial de cumplimiento para que pueda desarrollar en debida forma su labor, así como asignarle los recursos que requiera. Dicha función puede verse materializada, por ejemplo, cuando en la elaboración del presupuesto que será presentado al máximo órgano social se incluyen partidas que le permitan a la empresa mejorar el sistema de prevención

⁴⁰⁹ Superintendencia de Sociedades. (Diciembre 24 de 2020). Circular Externa 100-000016. Por la cual se modifica el capítulo X de la Circular Básica Jurídica 100-000005 de 22 de noviembre de 2017, numeral 5.1.4.3.1.

⁴¹⁰ Numeral 5.1.2. del Capítulo X de la Circular.

de riesgos y su seguimiento. No obstante, el apoyo no es solo económico, sino también de tiempo, espacios, facilidades al acceso a las áreas de operación de la compañía, tecnología, entre otros.

De otro lado, tal y como lo dispone el numeral 5.1.4.2. de la Circular, es deber del representante legal asignar los recursos para implementar el Sagrilaft. Para esto debe, además, estudiar y analizar los resultados de la evaluación y del monitoreo de los riesgos que presente el oficial de cumplimiento para determinar la clase y cantidad de recursos que se necesitan para desarrollar el programa o modificarlo, y proponerlo de esta manera a la junta directiva o máximo órgano social.

2.1.1.3. Divulgar las medidas adoptadas y apoyar la capacitación de los empleados

Tal como lo señala la Circular 100-000008 del 11 de junio de 2021⁴¹¹, la empresa, a través del representante legal, debe comunicar y divulgar las medidas adoptadas para prevenir los riesgos. Una razón más para entender que su rol es fundamental para las capacitaciones que tendrán que brindarles a los empleados.

Ciertamente, el Sagrilaft debe ser la regla de conducta que oriente las actuaciones de todas las instancias de la empresa, por lo que la capacitación les permitirá a los empleados identificar posibles situaciones de riesgo, conocer los procedimientos para denunciarlos y evitar incurrir en las conductas que puedan ir en contravía de las buenas prácticas establecidas. Es decir, si bien en principio le corresponde al oficial de cumplimiento desarrollar los programas de

⁴¹¹ En la referida circular, la Superintendencia de Sociedades presenta la política de supervisión a las empresas supervisadas en materia de LA/FT/FPADM.

formación, es importante que el representante legal preste su apoyo, y junto con la junta directiva, si existe, deben ser los primeros en promover las capacitaciones. Incluso, resulta conveniente que sean ellos quienes las convoquen, faciliten los permisos necesarios ante las áreas administrativas y, en general, proporcionen todos los medios necesarios para que el Sagrilajt se conozca y aplique de manera satisfactoria.

Adicionalmente, dentro de las verificaciones de la efectividad del Sagrilajt se debe evaluar si los empleados actúan de acuerdo con lo instruido en las capacitaciones. Es decir, la labor de apoyo del representante legal no se limita hacer la gestión para que se realicen, sino que, además, incluye la verificación de la puesta en práctica de los lineamientos enseñados.

2.1.1.4. Estudiar los resultados de la evaluación de los riesgos, establecer los planes que correspondan y presentar informes a la junta directiva o al máximo órgano social

El representante legal tiene la obligación de analizar los riesgos y los resultados de la aplicación del Sagrilajt, por un lado, para determinar la asignación de los recursos y establecer los planes de acción que correspondan, por otro, porque es su deber, junto con el oficial de cumplimiento, presentar la propuesta del Sagrilajt para la aprobación de la junta directiva o del máximo órgano social. Ahora bien, los informes que presente a los órganos sociales deben contener toda la información relevante que les permita a estos cuerpos colegiados tener un conocimiento real del manejo de los riesgos y de su estado actual para tomar decisiones informadas.

Por tal motivo, para informar a los órganos sociales, asignar los recursos necesarios y establecer las medidas correctivas pertinentes, el representante legal tendrá que analizar el estado de la aplicación del Sagrilajt y sus resultados. Para lograrlo debe, entre otras acciones, escuchar los reportes y alertas que le presenten las diferentes áreas de la empresa, como las de auditoría interna y revisoría fiscal.

Debe ponerse de presente que cuando la Circular señala que el representante tiene la obligación de presentar a la junta directiva o al máximo órgano social la propuesta de Sagrilajt, los reportes, solicitudes y alertas no pretende que su labor sea únicamente la de un puente entre el oficial de cumplimiento y esos órganos colectivos. Por el contrario, él debe conocer en detalle la información que presenta y los pormenores de los riesgos, así como estar en capacidad de explicar en qué consiste el modelo de Sagrilajt, cómo se está aplicando y cuáles son los resultados.

Finalmente, el representante legal debe apoyar al oficial de cumplimiento en buscar mejoras y proponer actualizaciones o cambios en la matriz de riesgos y en las políticas del Sagrilajt no solo como resultado de la detección de las falencias, sino también como producto de la evolución y del cambio que tenga la Empresa en la forma de hacer negocios, en la tecnología, en la contraparte, etcétera.

Es una realidad que la matriz de riesgos y las políticas del SAGRILAJT no pueden permanecer igual a lo largo del tiempo. Así, por lo que una vez detectados estos cambios, el representante legal debe establecer los planes de acción para mejorar y actualizar el programa.

2.1.1.5. Certificarle a la Superintendencia de Sociedades el cumplimiento de lo previsto en el Capítulo X de la Circular

El representante legal es quien debe certificarle a la Superintendencia de Sociedades el cumplimiento de lo previsto en el Capítulo X. Por lo tanto, para expedir estas certificaciones deberá estar familiarizado con la aplicación del Sagrilaft en su empresa, pues cualquier falsedad o inexactitud podría traerle consecuencias jurídicas.

Con esto no se pretende endilgarle toda la responsabilidad de la implementación del Sagrilaft al representante legal; tampoco que deba realizar personalmente las acciones de seguimiento continuo de los riesgos ni hacer personalmente los procedimientos de la debida diligencia. Por el contrario, como se ha señalado, es claro que el éxito del control y gestión de los riesgos requiere de la participación de todos los agentes vinculados a la compañía. Sin embargo, el representante legal sí debe conocer cuáles son los riesgos y, con base en esto, liderar y apoyar la aplicación del Sagrilaft y así tener el sustento para emitir cualquier certificación que le soliciten.

Por lo tanto, cuando el representante expida una certificación lo debe hacer teniendo como fin el bienestar de la organización y la debida ejecución de sus funciones.

2.1.1.6. Documentar las actividades que resulten del Sagrilaft

En primer lugar, el representante legal debe manifestarse sobre el Sagrilaft en el informe de gestión que presenta en las reuniones

ordinarias del máximo órgano social, y en el que deberá constar la manera como ha cumplido los deberes señalados en el Capítulo X y los resultados de la implementación del programa.

En segundo lugar, este deber también se ve reflejado mediante la obligación que tiene la administración de llevar un libro de actas de las reuniones de los órganos sociales. En cumplimiento del referido deber, la administración, y en particular el representante legal, deberá verificar que en las actas conste, en debida forma, lo sucedido en las reuniones del máximo órgano social y de la junta directiva, tal y como lo disponen los artículos 189 y 431 del Código de Comercio. Por ende, el representante velará porque la designación del oficial de cumplimiento, la presentación de los informes, el reporte de los riesgos y la adopción de medidas, entre otros, queden allí debidamente plasmados.

Ahora bien, estos son solo unos ejemplos de la responsabilidad que tiene el representante legal de que las actividades que resulten del desarrollo del Sagrilaft estén bien documentadas. Un administrador prudente y diligente propenderá porque en las actas de los órganos sociales quede constancia del cumplimiento de su gestión en el manejo del Sagrilaft porque son evidencia ante cualquier requerimiento de la Superintendencia de Sociedades u otra autoridad y porque, además, sirven de memoria histórica de los resultados obtenidos en la gestión de riesgos, los cuales, posteriormente podrán ser evaluados y servir de punto de partida para la modificación de los manuales, la matriz de riesgos y las políticas.

Otra manera en que puede verse reflejado el cumplimiento de este deber, es cuando la Empresa deja constancia en las actas de las órdenes

o sanciones recibidas por parte de la Superintendencia de Sociedades. Ciertamente, no es poco común que esa autoridad administrativa ordene al representante legal poner en conocimiento de la junta directiva o del máximo órgano social los actos administrativos en donde se sancione a la empresa por no cumplir lo regulado en la Circular⁴¹².

Es importante aclarar que la debida documentación de la implementación del Sagrilaft no se limita a las actas de las reuniones de los órganos sociales, sino que comprende las de todas las actividades asociadas al programa, por ejemplo, los pasos realizados para conocer el beneficiario final de la contraparte (llamadas telefónicas, búsquedas por internet o en listas vinculantes⁴¹³, etcétera). Además, también debe documentarse el análisis de los informes presentados por la auditoría interna y la revisoría fiscal, y las acciones tomadas como consecuencia de estos. Así mismo, deberá dejarse constancia de las discusiones que llevaron a establecer las metodologías y las medidas razonables que se pretenden poner a consideración del máximo órgano social o de la junta directiva.

Otra obligación del representante es velar porque los procedimientos de la debida diligencia y debida diligencia intensificada, entre otros,

⁴¹² Superintendencia de Sociedades. Grupo de Cumplimiento y Buenas Prácticas Empresariales. (Agosto 5 de 2020). Resolución 203-005066.

⁴¹³ El Capítulo X de la Circular indica que las listas vinculantes “son aquellas listas de personas y entidades asociadas con organizaciones terroristas que son vinculantes para Colombia bajo la legislación colombiana (artículo 20 de la Ley 1121 de 2006) y conforme al derecho internacional, incluyendo pero sin limitarse a las Resoluciones 1267 de 1999, 1373 de 2001, 1718 y 1737 de 2006, 1988 y 1989 de 2011, y 2178 de 2014 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y todas aquellas que le sucedan, relacionen y complementen, y cualquiera otra lista vinculante para Colombia (como las listas de terroristas de los Estados Unidos de América, la lista de la Unión Europea de Organizaciones Terroristas y la lista de la Unión Europea de Personas Catalogadas como Terroristas). La Superintendencia de Sociedades mantendrá en su página web un listado de las Listas Vinculantes para Colombia como una guía, sin que estas sean taxativas.”.

queden bien documentados. No significa que él sea quien los realice, pero sí es su deber el promover que se deje constancia de su cumplimiento.

2.1.1.7. Verificar que los procedimientos del Sagrilaft desarrollen la política adoptada por la junta directiva o el máximo órgano social

Aunque la junta directiva y el máximo órgano social son los organismos que disponen cuál es la política de la empresa en relación al LA/FT/FPADM, es el representante legal quien debe verificar que los procedimientos del Sagrilaft se cumplan en el desarrollo de la operación de la Empresa y se siga lo instruido en la política.

Por tal motivo, el representante legal, en compañía del oficial de cumplimiento, debe adoptar las medidas y los mecanismos de control que permitan hacer seguimiento de la efectividad de los programas y políticas, verificar que todos los involucrados los conozcan, los pongan en práctica y sigan los lineamientos adoptados por la junta directiva o el máximo órgano social.

2.1.1.8. Otras funciones

Es posible que el representante legal tenga que aprobar la contratación con contrapartes que están dentro de los presupuestos para los que la Circular requiere que se realice una debida diligencia intensificada. Ciertamente, tal como se indica en el procedimiento, existirán supuestos en los cuales se necesita la aprobación de un empleado de jerarquía superior que, en algunos casos, es el él.

Finalmente, si se nombra o cambia el oficial de cumplimiento, el

representante debe informarlo a la Superintendencia de Sociedades dentro de los quince días hábiles siguientes. Para esto, debe registrar la información del nuevo oficial en el aplicativo que para el efecto disponga la Superintendencia de Sociedades y adjuntar el acta donde consta la designación.

2.1.2. Deberes del representante legal en la implementación del RMM

Las empresas señaladas en el numeral 4.3. de la Circular no están obligadas a aplicar un régimen tan complejo como el del Sagrilaft. Sin embargo, les puede servir de referencia a las que deben implementar el RMM o a las que, sin estar obligadas, deseen poner en marcha un sistema de autocontrol y gestión de riesgos.

Ahora bien, para propósitos de este artículo, es importante resaltar que, muchas de las funciones que tiene el representante legal en el Sagrilaft, relacionadas con su deber de conocer profundamente los riesgos de la empresa también, aplican en el RMM, motivo por el cual no se repetirá lo señalado en los acápites precedentes.

En contraste, una de las principales diferencias entre el Sagrilaft y el RMM es que en este último no existe la figura del oficial de cumplimiento, por lo cual, será el representante legal el encargado y responsable de implementar, supervisar y verificar el cumplimiento del programa de autocontrol y gestión del riesgo.

2.1.2.1. Instruir sobre los riesgos de LA/FT/FPADM y comunicar el RMM

El representante legal tendrá la labor de coordinar las capacitaciones de los empleados en la implementación del programa de manejo y control de los riesgos de LA/FT/FPADM con el fin que todos conozcan cómo ponerlo en marcha y se vuelva parte de la cultura empresarial. Las capacitaciones, que tienen que realizarse por lo menos una vez al año, deberán entregar herramientas que les permitan identificar una operación inusual o sospechosa e información sobre cómo denunciarla ante las instancias pertinentes.

Otro de sus deberes es divulgar interna y externamente el alcance del RMM adoptado. En realidad, él es el principal vocero de las medidas y procedimientos acatados por la empresa para gestionar y controlar los riesgos, que deben ser conocidos por todos los involucrados, para lo cual deberá coordinar no solo capacitaciones, sino también cualquier mecanismo de divulgación que permita a todos los interesados conocer los lineamientos del RMM.

2.1.2.2. Identificar al beneficiario final de la contraparte⁴¹⁴, su estructura y adoptar las medidas necesarias

En el RMM, la obligación de identificar a la contraparte y a su beneficiario final⁴¹⁵, así como la de realizar un proceso de debida

⁴¹⁴ De acuerdo al Capítulo X de la Circular, la contraparte “es cualquier persona natural o jurídica con la que la Empresa tenga vínculos comerciales, de negocios, contractuales o jurídicos de cualquier orden. Entre otros, son contrapartes los asociados, empleados, clientes, contratistas y proveedores de Productos de la Empresa.”.

⁴¹⁵ Tal y como lo define la Circular, el beneficiario final “es la(s) persona(s) natural(es) que finalmente posee(n) o controla(n) a un cliente o a la persona natural en cuyo nombre se realiza una transacción. Incluye también a la(s) persona(s) que ejerzan el control efectivo y/o final,

diligencia y tomar medias razonables al respecto es del representante legal. Eso no significa que él lo deba hacer de manera personal, pero sí que los empleados que designe para esas tareas estarán bajo su direccionamiento y los resultados serán su responsabilidad. También será responsable de las deficiencias en la aplicación del RMM, sin que se pueda excusar en fallas en las actuaciones realizadas por alguno de sus subordinados.

En cuanto a la identificación del beneficiario final, las acciones que el representante adopte para lograrlo deberán ser fruto de la experiencia que tenga dentro del negocio y del análisis que realice de las características de dicha empresa, de la clase de actividades que ejecuta y del entorno.

Ciertamente, dependiendo de esto y del tipo de persona⁴¹⁶ que sea la contraparte serán diferentes los procedimientos que deba adoptar la empresa para identificar al beneficiario final de la contraparte, así como la estructura de la propiedad. Eso no quiere decir que se deba realizar un procedimiento de debida diligencia específica para cada una de las contrapartes que cumplan los requisitos de la Circular, pero sí que es conveniente segmentarlos para establecer ciertas características comunes a ciertos grupos homogéneos, pues no será igual cuando el motivo que lleva a realizar la debida diligencia son las transacciones en efectivo que cuando son las transacciones con activos virtuales o cuando la contraparte está ubicada en determinado país.

Una vez se tenga el procedimiento para identificar a la contraparte, su estructura y el beneficiario final, el representante legal, de acuerdo con

directa o indirectamente, sobre una persona jurídica u otra estructura sin personería jurídica”, p. 3.

⁴¹⁶ La contraparte podrá ser una persona natural o jurídica.

sus conocimientos, podrá proponer medidas razonables para controlar el riesgo que representa ese tipo de contrapartes.

2.1.2.3. Otros deberes

Ante la ausencia del oficial de cumplimiento, el representante legal será quien reporte a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) las operaciones sospechosas, e incluso ante la Fiscalía General de la Nación, en caso de ser necesario. Para poder hacerlo debe registrarse en el Sistema de Reporte en Línea (Sirel). Además, deberá definir, adoptar y monitorear las herramientas que permitan identificar las operaciones inusuales y sospechosas.

Al igual que en el Sagrilaft, es obligación del representante legal llevar en debida forma el libro de actas en virtud de lo señalado en los artículos 189 y 431 del Código de Comercio, actas en las que deberá quedar evidencia de la aplicación y ejecución del RMM conforme a lo aprobado por los órganos. Adicional a lo anterior, el Representante Legal es el encargado de documentar la aplicación del referido régimen no solo en las actas de reuniones de los órganos sociales, sino dejar evidencia de acuerdo a los procedimientos establecidos y de los soportes de que efectivamente se está ejecutando conforme a lo aprobado por los órganos sociales.

Para finalizar, otra de sus obligaciones es responder los requerimientos emitidos por la Superintendencia de Sociedades, por lo que tendrá que estar en capacidad de explicar y certificar, bajo la gravedad de juramento, todo lo relacionado con el RMM en su empresa.

2.2. De los deberes de la junta directiva en el Sagrilajt

Como primera medida, las funciones a las que haremos referencia en el presente acápite corresponden, de acuerdo con la Circular, a la junta directiva o al máximo órgano social, cuando aquella no exista. No obstante, solo mencionaremos a la junta directiva, por cuanto son sus miembros quienes tienen el rol de administradores en virtud del artículo 22 de la Ley 222 de 1995.

Dicho esto, es importante recordar que “las funciones de la junta directiva están relacionadas con la gestión administrativa de la sociedad. El Código de Comercio le asigna a este órgano una cláusula general de competencia, de modo que se presume que la junta tiene atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido en el objeto social y para tomar las determinaciones necesarias para que la sociedad cumpla sus fines”⁴¹⁷. Funciones de gestión que también están reflejadas en la implementación del Capítulo X de la Circular, pues es la junta directiva el órgano encargado de la puesta en marcha y efectividad del Sagrilajt.

2.2.1. Seleccionar y designar al oficial de cumplimiento

Lo primero que se debe mencionar es que corresponde a la junta directiva seleccionar y designar al oficial de cumplimiento, funcionario que dependerá directamente de ella y no del representante legal. Luego, tal y como lo indica el numeral 5.1.4.3. del Capítulo X, la empresa debe determinar, de manera expresa, algunas características del Oficial de Cumplimiento, y aunque la Circular no le impone esta

⁴¹⁷ Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, p. 680.

función a ningún empleado en particular, la junta directiva, como responsable de poner en marcha el Sagrilajt, es el órgano más indicado para realizar esta labor.

Ciertamente, habida cuenta de que el oficial de cumplimiento debe presentar el programa y sus informes a la junta directiva, y de que con base a esos informes se adoptarán las medidas necesarias para el control de los riesgos, ese cuerpo colegiado es el más idóneo para determinar su perfil, sus incompatibilidades y funciones y la administración de los posibles conflictos de intereses.

Ahora bien, tal y como se indicó líneas arriba respecto del representante legal, los miembros de junta directiva deberán actuar de manera prudente y diligente en la designación del oficial de cumplimiento porque se trata de uno de los autores principales de la promoción y desarrollo de los procedimientos establecidos para la prevención de los riesgos. En este sentido, será responsabilidad de cada miembro de la junta directiva realizar un análisis de las capacidades y de la experiencia de la persona que han designado, y deben poder explicar qué elementos los llevó a elegirla como oficial de cumplimiento.

2.2.2. La junta directiva es el principal responsable de la puesta en marcha del Sagrilajt

De otro lado, recordemos que corresponde a la junta directiva aprobar y establecer el Sagrilajt, y que es su responsabilidad la puesta en marcha y la efectividad del programa. Por tal motivo, adoptará la política que tenga la empresa respecto del LA/FT/FPADM.

Uno de los temas que debe direccionar es el grado de riesgo que asumirá la empresa en el desarrollo de sus operaciones. En ese sentido, tendrá que señalar los parámetros que seguirán el representante legal, el oficial de cumplimiento y los demás estamentos para determinar qué tipo de riesgos asumirá la compañía con la contraparte, así como los elementos mínimos que tendrán las operaciones que a su juicio generan más riesgos y las medidas de control que se adoptarán.

También le corresponde a la junta directiva aprobar las actualizaciones del manual de procedimientos, las políticas y los demás elementos del Sagrilajt.

2.2.3. Estudiar los resultados de la evaluación de los riesgos y tomar las medidas pertinentes

Es deber de la junta directiva analizar y pronunciarse, entre otros, sobre los informes, las sugerencias de mejora y los correctivos que les presentaron el representante legal y el oficial de cumplimiento sobre la evaluación de los riesgos, y, con base en esa información, tomar los correctivos necesarios.

Esta función no se puede desarrollar de forma pasiva, sino que debe ser producto del conocimiento de los riesgos a los que está expuesta la empresa para tomar las mejores decisiones en beneficio de ella y de sus asociados.

En el manual de procedimientos la junta directiva debe direccionar el camino que seguirá la empresa en el manejo de los riesgos mencionados, indicando la manera de segmentarlos, el alcance, la

clase de riesgos que podría asumir y las medidas que se adoptarán para controlarlos o eliminarlos. En sentido similar, le corresponde señalar y documentar las razones por las cuales la empresa aceptaría contratar con contrapartes que pudieran tener mayor riesgo y qué tipo de acciones adicionales se implementarían.

Por otro lado, y dado que a la junta directiva se le deben presentar diferentes informes, su función no culmina con escucharlos. Por el contrario, debe pronunciarse sobre los mismos y proponer acciones de mejora en caso de que sea necesario. Como se indicó en acápites anteriores, el órgano de dirección no puede ser pasivo ante los informes del Sagrilajt. Debe hacer seguimiento constante al programa, verificando que se cumplan las instrucciones aprobadas por él.

Así mismo, tiene la obligación de pronunciarse respecto de los informes que presentan la revisoría fiscal y la auditoría interna relacionados con la implementación y funcionamiento del programa de Sagrilajt.

2.2.4. Constatar que la empresa cumpla con el Capítulo X de la Circular

Resulta relevante poner de presente que el rol de la junta directiva no se limita a escuchar los informes y las conclusiones que le presenten el representante legal, el oficial de cumplimiento, entre otros. Esta es solo la primera parte de su función, pues, posteriormente, debe hacer seguimiento y verificación de las medidas y observaciones que haya aprobado, con el fin que el programa sea efectivamente puesto en práctica.

Ciertamente, la junta directiva tiene la carga de velar porque los

funcionarios de la empresa sigan sus instrucciones y den cumplimiento a lo preceptuado en el Capítulo X de la Circular. Esto no quiere decir que sus miembros deben acercarse a cada empleado y realizar una investigación exhaustiva, pero sí que debe establecer los controles o metodologías que le permitan verificar y supervisar el cumplimiento de la normativa.

La junta directiva debe velar porque los demás estamentos de la empresa cumplan su rol en la implementación del Sagrilajt y proponer actualizaciones a las matrices de riesgo, a los manuales y a las políticas cuando lo considere necesario.

La junta directiva es la encargada de aprobar el Sagrilajt y, luego, Así mismo, debe encargarse de definir los parámetros y asignar a los responsables de realizar las auditorías necesarias para el desarrollo y verificación del cumplimiento y la efectividad del sistema, e incluso, definir los criterios de vinculación de contrapartes cuando se trata de una persona expuesta políticamente.

2.2.5. Otras funciones

Tal y como se indicó en párrafos anteriores, en las actas de las reuniones de la junta directiva debe constar lo discutido y decidido en materia de Sagrilajt por las mismas razones que fueron explicadas en el acápite del representante legal.

La junta directiva, junto con el representante legal, debe proveer los recursos técnicos, logísticos y humanos que permitan garantizar la implementación y el funcionamiento del Sagrilajt, teniendo en cuenta lo señalado por el oficial de cumplimiento.

3. Las consecuencias jurídicas que podrían enfrentar los administradores por el incumplimiento de lo señalado en el Capítulo X de la Circular

El incumplimiento del Capítulo X puede conllevar sanciones administrativas que impongan multas y órdenes no solo a las empresas, sino también a los administradores que incumplieron sus deberes. En virtud del artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, este incumplimiento podría derivar en su responsabilidad civil, porque un juez tendría la facultad, si así es solicitado en una demanda, de ordenarle al administrador a reparar los daños que haya sufrido la empresa como consecuencia de una deficiente implementación del Sagriflact y del RMM⁴¹⁸. Se debe agregar que aunque el incumplimiento del Capítulo X no conlleva a la responsabilidad de los administradores en materia penal, si lo hará si el administrador incurre en delitos de LA/FT/FPADM⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-000085.

⁴¹⁹ Sobre el particular, ver: Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Yopal Casanare. Sentencia del 11 de mayo de 2023. Proceso 2019-00008 contra Wilson Arévalo Hernández.

Conclusiones

Para concluir es importante tener presente que una adecuada implementación y aplicación de los programas de autogestión y prevención de los riesgos de LA/FT/FPADM hacen parte de los deberes de los administradores, establecidos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, de obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Por lo tanto, el primer deber específico de los administradores en materia de implementación de los sistemas de gestión y autocontrol del riesgo de los delitos de LA/FT/FPADM será verificar si la persona jurídica tiene la obligación de implementar los programas señalados en el Capítulo X de la Circular.

Para esto será necesario verificar que la empresa sea de carácter comercial y que esté supervisada directamente por la Superintendencia de Sociedades o por una autoridad que no tenga la facultad de instruir a sus supervisados en materia de gestión de los riesgos arriba mencionados. Es decir, el Capítulo X no les aplica a las empresas supervisadas por las superintendencias de Transporte, Financiera de Colombia y Nacional de Salud, entre otras. Serán esas autoridades las encargadas de darles las directrices a sus supervisadas sobre esa materia.

Posteriormente, le corresponde al administrador verificar si su empresa se encuentra sometida al grado de supervisión de vigilancia o control y si dentro del año inmediatamente anterior tuvo ingresos o activos superiores 40.000 smmlv. Ahora bien, si realizan algunas de las actividades señaladas en los numerales 4.2.1. al 4.2.5. del Capítulo X bastará con que se encuentren bajo el grado de supervisión de vigilancia y que en el año anterior hayan obtenido ingresos iguales o

superiores a 30.000 smmlv. Finalmente, para el tipo de empresas señaladas en el numeral 4.2.6. de la referida Circular, será suficiente que desarrollen las actividades allí señaladas sin importar el monto de sus activos o ingresos.

Una vez haya certeza de la obligación de aplicar alguno de los regímenes de gestión y autocontrol de los riesgos, la administración deberá realizar una labor activa en la prevención de ellos, que no busque solo cumplir de manera formal los lineamientos del Capítulo X, sino mejorar esta gestión de estos.

Ahora bien, en relación a los deberes específicos de la junta directiva, corresponde a ésta la implementación de los programas, por lo que este órgano social debe realizar todos los actos conducentes y pertinentes para que se aplique en debida forma. Pero también, es su deber aprobar los correctivos necesarios para que las políticas, la matriz de riesgos y el programa de autogestión de los riesgos estén vigentes y acordes con las necesidades y la realidad de la empresa.

Igualmente, es el representante legal, debido a su rol, quien tiene los elementos de juicio suficientes para nutrir con su experiencia y conocimiento estos programas de autogestión de los riesgos, para proponer cambios a los mismos y para adecuarlos de mejor manera a las políticas a las necesidades y particularidades de la empresa. Ahora bien, aunque la administración puede delegar parte de las funciones en los empleados, esto no la exime de su responsabilidad.

Finalmente, se reitera que la implementación de estos programas debe ser fruto de la labor desarrollada en conjunto entre el representante legal y la junta directiva, como administradores prudentes y diligentes,

junto con el oficial de cumplimiento, el máximo órgano social y todas las instancias de la empresa.

Referencias

- Código de Comercio. [Ley] Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de enero de 2006. Radicación 11001-03-06-000-2005-00016-00(C). [CP. Gustavo Aponte Santos].
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia del 26 de septiembre de 2017. Radicación 2017-00023-00. [CP. Óscar Darío Amaya Navas]. Conflicto de competencias entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Puertos y Transporte.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 16 de mayo de 1991. Expediente 1323. [CP. Libardo Rodríguez Rodríguez]. La sociedad Arthur Andersen y Cía. contra la Superintendencia de Sociedades.
- Constitución Política de Colombia. (1991) en <http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica>, consulta del 18 de mayo de 2023.
- Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo". Mayo 26 de 2015 en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=76608>, consultado el 18 de octubre de 2023.

Decreto 1736 de 2020. Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Sociedades. Diciembre 22 de 2020. DO. N.º 51536.

Financial Action Task Force, “Our Topics”, s.f., en <https://www.fatf-gafi.org/en/home.html>, consulta del 18 de mayo de 2023.

Grupo de Acción Financiera Internacional, ¿Qué es el Gafilat?, Argentina, s.f., en <https://www.gafilat.org/index.php/es/gafilat/que-es-gafilat#:~:text=El%20GAFILAT%20fue%20creado%20para,en%20los%20distintos%20mecanismos%20de>, consulta del 18 de mayo de 2023.

Grupo de Acción Financiera del Caribe, “40 RECOMENDACIONES”, Trinidad y Tobago, s.f., en <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones>, consulta del 20 mayo de 2023.

Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.

Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diciembre 5 de 2008. DO. N.º 47194.

Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO. N.º 52.522.

Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, cuarta edición, Editorial Temis, Bogotá, 2016.

Superintendencia de Sociedades. (Noviembre 22 de 2017). Circular Externa 100-000005. Circular Básica Jurídica.

- Superintendencia de Sociedades. (Diciembre 24 de 2020). Circular Externa 100-000016. Por la cual se modifica el capítulo X de la Circular Básica Jurídica 100-000005 de 22 de noviembre de 2017.
- Superintendencia de Sociedades. (Julio 12 de 2022). Circular Externa 100-000008. Circular Básica Jurídica.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Julio 8 de 2015). Sentencia 800-000085. Número de proceso: 2014-801-084. [Superintendente Delgado: José Miguel Mendoza].
- Superintendencia de Sociedades. Grupo de Cumplimiento y Buenas Prácticas Empresariales. (Agosto 5 de 2020). Resolución 203-005066.
- Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Febrero 20 de 2020). Concepto 220-044041. [Jefe de la Oficina Asesora Jurídica: Manuelita Bonilla Rojas].
- Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Marzo 18 de 2021). Oficio 220-028195.
- Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Octubre 5 de 2022). Concepto 220-220605.
- Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Noviembre 15 de 2022). Oficio 220-242749.

CAPÍTULO 8

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE A LA CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR NO CUMPLIR LA HIPÓTESIS DE NEGOCIO EN MARCHA

Luz Amparo Cardoso Canizalez

Mauricio Español León



RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE A LA CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR NO CUMPLIR LA HIPÓTESIS DE NEGOCIO EN MARCHA

Luz Amparo Cardoso Canizalez⁴²⁰

Mauricio Español León⁴²¹

Introducción

El administrador, al momento de elaborar los estados financieros de propósito general al cierre del ejercicio se encuentra en la obligación de evaluar toda la información disponible sobre el futuro de la empresa, la cual debe cubrir, por lo menos, los doce meses siguientes al período de corte de fin de ejercicio, y así ponderar los factores relacionados con su perdurabilidad. Si de su evaluación autorizada concluye que es inminente su liquidación, se lo deberá revelar a los asociados en la reunión ordinaria donde se aprobará la información, ilustrando de manera amplia y precisa la existencia de la causal de

⁴²⁰ Abogada de la Universidad Libre de Colombia. Executive MBA del Inalde Business School. Especialista en Derecho Tributario Internacional de la Universidad Externado de Colombia y en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Se desempeñó como comisionada de la Comisión Nacional del Servicio Civil. En la Superintendencia de Sociedades se ha desempeñado como jefe Oficina Asesora Jurídica, coordinadora de los grupos de Control, Trámite y decisión de recursos y actualmente se desempeña como directora de Intervención Judicial.

⁴²¹ Contador Público de la Universidad Antonio Nariño. Especialista en Revisoría Fiscal y Auditoría Internacional de la Universidad Externado de Colombia y en Contabilidad Financiera Internacional de la Pontificia Universidad Javeriana. En el proceso de convergencia de principios locales a Normas Internacionales de Información Financiera y Aseguramiento participó, en representación de la Superintendencia de Sociedades, en la concepción y promulgación de la Ley 1314 de 2009. Es coordinador del trabajo que dio lugar a presentar la propuesta del estatuto contable para sociedades en liquidación (Decreto 2101 de 2016, norma de información financiera para los preparadores de información que no cumplen la hipótesis de negocio en marcha). Fue presidente del Tribunal Disciplinario de la Unidad Administrativa Especial de la Junta Central de Contadores, designado como representante del sector administrativo de comercio, industria y turismo por el Ministro de Comercio Industria y Turismo de 2010 a 2011. Actualmente se desempeña como coordinador del Grupo de Análisis y Regulación Contable de la Superintendencia de Sociedades.

disolución por no cumplir la hipótesis de negocio en marcha, de la que trata el artículo 4 de la Ley 2069 de 2020. Esta obligación no es nueva frente a la preparación y presentación de la información financiera de propósito general, aunque lo sea con el efecto preciso de causal de disolución.

Este texto presenta la consagración legal de la obligación de los administradores de evaluar si la sociedad tiene perspectivas claras de continuar o no como negocio en marcha, así como las particularidades de la causal que comenzó a regir el 16 de abril del 2022.

1. Objetivo, utilidad y responsabilidad de los administradores frente a la información financiera con propósito general

El objetivo de la información financiera con propósito general es proporcionar información útil a sus usuarios para tomar decisiones. Para su preparación, los administradores deben evaluar si la empresa estará en funcionamiento y continuará su actividad dentro del futuro previsible. Esta obligación es el pilar fundamental de la causal cuyo estudio nos ocupa, y se trata de un deber que hace parte del ordenamiento jurídico desde la expedición en Colombia de las normas de contabilidad generalmente aceptadas⁴²².

En efecto, el artículo 6 del Decreto 2160 de 1986 se refirió al principio de continuidad del ente contable como una de las normas contables básicas, y señaló que “las normas de contabilidad generalmente aceptadas presuponen la continuidad indefinida de las operaciones del negocio, a menos que se indique lo contrario, en cuyo caso se aplicarán

⁴²² Decreto 2160 de 1986. Por el cual se reglamenta la Contabilidad Mercantil y se expiden las normas de contabilidad generalmente aceptadas. Julio 14 de 1986. DO. N.º 37545.

técnicas contables de reconocido valor, de acuerdo con las circunstancias específicas”. Por su parte, el artículo 7 del Decreto 2649 de 1993 estableció claramente que:

Los recursos y hechos económicos deben contabilizarse y revelarse teniendo en cuenta si el ente económico continuará o no funcionando normalmente en períodos futuros. En caso de que el ente económico no vaya a continuar en marcha, la información contable así deberá expresarlo.

Al evaluar la continuidad de un ente económico debe tenerse en cuenta que asuntos tales como los que se señalan a continuación, pueden indicar que el ente económico no continuara funcionando normalmente:

1. Tendencias negativas (pérdidas recurrentes, deficiencias de capital de trabajo, flujos de efectivo negativos).
2. Indicios de posibles dificultades financieras (incumplimiento de obligaciones, problemas de acceso al crédito, refinanciaciones, venta de activos importantes) y,
3. Otras situaciones internas o externas (restricciones jurídicas a la posibilidad de operar, huelgas, catástrofes naturales).

Así mismo, el mencionado decreto radicó en los administradores la responsabilidad de preparar y presentar los estados financieros que, además, debían estar certificados, es decir, firmados por el

representante legal y el contador público para, de esta manera, dar testimonio de que fueron tomados fielmente de los libros⁴²³.

Estas reglas vinieron a integrar la exigencia que el artículo 443 del Código de Comercio le hizo al gerente en materia de rendición de cuentas por exigencia del máximo órgano social y, en todo caso, al final de cada año y cuando se retirara de su cargo.

Con posterioridad, los artículos 34 y 37 de la Ley 222 de 1995 recogieron los principios expuestos en el Decreto 2649 de 1993, relacionados con la obligación de preparar y difundir estados financieros certificados.

Según lo expuesto, es clara la responsabilidad que de tiempo atrás les asiste a los administradores en relación con la preparación y presentación de los estados financieros, así como de su suscripción, que a partir de la Ley 222 de 1995 les exige tanto que sean tomados fielmente de los libros como que las afirmaciones contenidas en ellos hayan sido verificadas⁴²⁴.

2. Reglas sobre el deterioro patrimonial que llevan a la sociedad a la causal de disolución

Según la definición del contrato de sociedad consignada en el estatuto mercantil, esta se constituye con los aportes de los asociados que pretenden obtener utilidades de la empresa o actividad social⁴²⁵. Así

⁴²³ Decreto 2649 de 1993. Artículos 19 y 33.

⁴²⁴ Decreto 2420 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario de las Normas de Contabilidad, de Información Financiera y de Aseguramiento de la Información y se dictan otras disposiciones. Diciembre 14 de 2015. DO. N.º 49726, artículo 3 del anexo 6.

⁴²⁵ Código de Comercio. Artículo 98.

mismo, que la pérdida del valor de este capital lleva a que se establezcan reglas que se asocian con el deterioro patrimonial de la sociedad cuando se indica que no pueden distribuirse utilidades si existen pérdidas de ejercicios anteriores que afectan el capital⁴²⁶. En el caso de que estas pérdidas reduzcan el patrimonio neto a menos de la tercera parte o del 50 % del capital suscrito, la sociedad quedaría en causal de disolución por pérdidas⁴²⁷.

Ante la situación de deterioro patrimonial recaía en los administradores la responsabilidad de informar de manera perentoria al máximo órgano social para que ordenara las medidas conducentes a su restablecimiento; seguramente, la administración presentaría alternativas viables para que la asamblea las considerara. En todo caso, contaban con un plazo máximo de dieciocho meses para diseñar el plan dirigido a sanear la causal susceptible de ser enervada, según lo exige el artículo 24 de la Ley 1429 de 2010.

En particular, la causal por pérdidas se superaba si se establecía un plan que permitiera recomponer el patrimonio frente al capital con medidas que resultaran razonables y eficaces para mejorar el comportamiento económico de la compañía. Estas acciones podían superar con creces el término de dieciocho meses, si así fuera necesario.

De esta manera, la causal de disolución por pérdidas, sujeta a alternativas de recuperación que podían llevar décadas, ya no resultaba apropiada para considerarla como una situación de inminente liquidación; y así fue porque el deterioro patrimonial que reflejaba una

⁴²⁶ Código de Comercio. Artículo 151.

⁴²⁷ Código de Comercio. Artículos 342, 351 y 370.

ecuación patrimonial se convirtió en una regla matemática donde lo importante era mover el indicador usando otras cuentas patrimoniales, sin dirigir la atención al real problema económico por el que atravesaba la compañía.

Como alternativa para salvar la causal se acudía a diferentes medidas, como a la revaluación de activos fijos para incrementar el patrimonio vía reconocimiento de valorizaciones, que no eran más que utilidades no realizadas. Incluso, cuando se tomaba una decisión de carácter económico para ingresar recursos frescos con el aporte de nuevo capital por parte de los asociados, la fórmula de la capitalización cuidaba que el incremento del capital se hiciera por un valor mínimo y que un mayor valor incrementara el rubro de la prima de emisión de los instrumentos de patrimonio propios, porque se buscaba cumplir con la regla matemática evadiendo la causal por el mayor tiempo posible.

También debe tenerse en cuenta que la evolución de los negocios y el reconocimiento de los hechos económicos que aparejan su dinámica conllevan que el deterioro patrimonial de las sociedades se refleje no solo en las pérdidas que reporta el estado de resultados del período, sino también en rubros como la revalorización del patrimonio negativa, desvalorizaciones de inversiones, pérdidas que no pasan por resultados y la negativa inversión suplementaria al capital asignado (ISCA) de sucursales que no pertenecen al régimen especial de hidrocarburos y minas.

Frente al régimen de sucursales de sociedades extranjeras del régimen especial, por ejemplo, el patrimonio puede estar por debajo del capital asignado por tener una inversión suplementaria negativa en cantidad

significativa, sin que sea indicador de deterioro; por el contrario, dicha situación es evidencia de que la matriz con sucursal en Colombia está obteniendo el retorno de su inversión, a pesar de la regla de la causal que también les era aplicable a las sucursales.

De otra parte, el párrafo 2 del artículo 4 de la Ley 2069 de 2020 derogó lo dispuesto en el Código de Comercio en relación con la causal de disolución por pérdidas, estableciendo la causal de disolución de la sociedad comercial por el NO cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha. No obstante, no debe perderse de vista que si la causal de disolución por pérdidas está consagrada en los estatutos sociales se continuará aplicando en calidad de cláusula estatutaria, pero no de carácter legal como lo era antes de su derogatoria, con la posibilidad de ser enervada dentro de los dieciocho meses siguientes. Así lo expresó la Superintendencia de Sociedades en el Oficio 220-206829 del 14 de septiembre de 2022⁴²⁸.

3. Causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha

La causal por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha comenzó a regir el 16 de abril de 2022⁴²⁹. Por esta razón, ese año los administradores de sociedades con cierres determinados en los

⁴²⁸ “Con base en las normas transcritas, es posible afirmar que los asociados están facultados por la ley para establecer en los estatutos sociales causales de disolución de la sociedad. En consecuencia, si en los estatutos se estipula una causal de disolución que en su contenido correspondería a una causal de disolución por pérdidas, dicha causal adquiere la connotación de causal de disolución estatutaria, la cual debe ser respetada, puesto que se reitera que el artículo 4 de la Ley 2069 de 2020 derogó la causal legal de disolución por pérdidas contenida en el Código de Comercio y en la Ley 1258 de 2008, más no derogó las causales de disolución estatutarias que expresa y claramente se pacten en el contrato social”.

⁴²⁹ Superintendencia de Sociedades. (Diciembre 20 de 2021). Oficio 220-243263.

estatutos y anteriores al 31 de diciembre de 2022⁴³⁰ estaban obligados a verificar su acaecimiento. En todo caso, debieron hacer lo propio frente a los estados financieros de propósito general con corte a 31 de diciembre de 2022, que fueron considerados en las reuniones ordinarias dentro del primer trimestre de 2023. Considerando lo expuesto, a los administradores les resultará familiar lo que se expondrá a continuación sobre la causal por no cumplir la hipótesis de negocio en marcha y las implicaciones directas frente a su responsabilidad.

El deber del administrador de establecer si la sociedad continúa o no con la actividad ordinaria de los negocios o si, por el contrario, está abocada al cierre de sus operaciones por la imposibilidad de continuar como negocio en marcha estaba instituida en el ordenamiento mercantil para las sociedades comerciales y para todas las personas jurídicas obligadas a aplicar las reglas comerciales y las de información financiera, como ha quedado expuesto al inicio de este escrito.

Para abordar la causal, y a riesgo de ser repetitivos, es necesario señalar que el artículo 4 de la Ley 2069 de 2020 (en adelante el Artículo 4⁴³¹)

⁴³⁰ “Así pues, las sociedades comerciales pueden presentar estados financieros con cortes diferentes al del 31 de diciembre, por requerimiento estatutario, esto sin dejar de presentar estados financieros al 31 de diciembre de cada año, para lo cual, deberán realizar un corte contable y generar el juego completo de estados financieros junto con la certificación correspondiente y el dictamen del revisor fiscal, si lo hubiere y disponerlos para su aprobación o improbación al máximo órgano social. Para el caso, si se pretende “cancelar” la sociedad, se entiende que esta se disolverá y preparará estados financieros de liquidación, a la fecha que sea acordada por la asamblea”. Ver: Consejo Técnico de la Contaduría Pública. (Diciembre 23 de 2020). Oficio 1154. Estados financieros con cierre diferente a 31 de diciembre.

⁴³¹ “Constituirá causal de disolución de una sociedad comercial el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha al cierre del ejercicio, de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente.

Cuando se pueda verificar razonablemente su acaecimiento, los administradores sociales se abstendrán de iniciar nuevas operaciones, distintas a las del giro ordinario de los negocios, y convocarán inmediatamente a la asamblea general de accionistas o a la junta de socios para informar completa y documentadamente dicha situación, con el fin de que el máximo órgano

señaló que el no cumplimiento de las hipótesis de negocio en marcha previstas en la regulación vigente es una causal de disolución. En consideración a su configuración, la norma les asignó obligaciones precisas a los administradores.

Si bien este es el aspecto del artículo que ha capturado en mayor medida la atención de sus destinatarios, es conveniente dirigir la mirada a otro igualmente importante relacionado con la incursión del ente económico en un posible deterioro patrimonial y de riesgos de insolvencia, eventos que le imponen al administrador la obligación de aplicar razones financieras a los estados financieros para detectarlos y, en caso de evidenciarlo, el deber de convocar al máximo órgano de forma inmediata para informarlo. Actuar así le evitará la responsabilidad solidaria frente a los perjuicios causados a los asociados o terceros por no revelar la situación de la sociedad⁴³². Sobre el contenido de la norma es muy importante aclarar que se trata de dos postulados diferentes: uno, la incursión de una nueva causal, y otro, el deterioro patrimonial y el riesgo de insolvencia en el que puede encontrarse una sociedad.

A partir de la vigencia del Artículo 4, el administrador, una vez prepare la información financiera, deberá hacer su análisis para determinar si la sociedad ha perdido valor de forma significativa, de manera que pueda afectar su actividad económica, o incluso, si está en una posición

social adopte las decisiones pertinentes respecto a la continuidad o la disolución y liquidación de la sociedad, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber”. (Ley 2069 de 2020, artículo 4))

⁴³² “Sin perjuicio de lo anterior, los administradores sociales deberán convocar al máximo órgano social de manera inmediata, cuando del análisis de los estados financieros y las proyecciones de la empresa se pueden establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber”. (Ley 2069 de 2020 inciso 3 del artículo 4)

económica difícil que la podría abocar, inexorablemente, a un proceso de liquidación.

El Gobierno nacional, llamado a establecer los indicadores, expidió el Decreto 1378 de 2021, en el que precisó la obligación del administrador de monitorear la información financiera y prestar especial cuidado a las proyecciones de la sociedad comercial⁴³³. Si del examen de la información financiera se detecta el deterioro o el riesgo de insolvencia, convocará de manera inmediata al máximo órgano social y entregará todos los soportes de los análisis para tomar una decisión con conocimiento. En este caso, la información seguirá presentándose como la de una sociedad que cumple la hipótesis de negocio en marcha, porque se considera que con unas medidas apropiadas en un plan de recuperación realista se podrán salvar las dificultades, siendo este el marco de decisión del órgano de dirección. Como se ve, no estamos en presencia de la causal de disolución incorporada en los incisos 1 y 2 del Artículo 4, sino ante unos síntomas que son un campanazo de alerta y que requieren atención inmediata para recuperar la actividad empresarial.

Separadas las dos instituciones de que trata el Artículo 4, revisaremos la causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, de conformidad con la normatividad vigente en la

⁴³³ “Artículo 2.2.1.18.2. Alertas y criterios sobre deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia. En cumplimiento de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 4 de la Ley 2069 de 2020, los administradores sociales deben hacer monitoreo de los estados financieros, la información financiera y las proyecciones de la sociedad comercial, para establecer la existencia o posibilidad de deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia y, si estos existieren, de manera inmediata informarán los resultados y entregarán los soportes de tales análisis al máximo órgano social para que éste pueda adoptar las decisiones correspondientes”. Ver: Decreto 1378 de 2021. Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.18.2 del Decreto 1074 de 2015, Decreto único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Octubre 28 de 2021. DO. N.º 51841, artículo 1.

materia. Esta regulación se encuentra en los marcos exigidos para la preparación, presentación y divulgación de la información financiera expedidos por mandato de la Ley 1314 de 2009. En particular, las reglas para evaluar cuándo una sociedad empresarial reúne o no las condiciones para considerarse como negocio en marcha se encuentran en los anexos del Decreto 2420 de 2015⁴³⁴.

El párrafo 25 de las Normas Internacionales de Contabilidad 1 (NIC), por ejemplo, se refiere a la hipótesis de negocio en marcha al precisar que la gerencia debe evaluar la capacidad que tiene la entidad para continuar en funcionamiento. Si estima que, efectivamente, puede continuar su actividad, preparará los estados financieros bajo la hipótesis de negocio en marcha, a menos que pretenda liquidar, cesar en su actividad o de que no exista otra alternativa más realista que terminar sus operaciones o liquidarse.

Nótese que los administradores pueden pretender liquidar o cesar la actividad como un acto de voluntariedad, decisión que atenderá a diferentes criterios que pueden ser superables. Coincide esta posibilidad con diferentes causales de disolución, incluida la del numeral 6 del artículo 208 del Código de Comercio: “Por decisión de los asociados, adoptada conforme a las leyes y al contrato social”.

Algo distinto sucede cuando no existe otra alternativa más realista que terminar sus operaciones o liquidarse. Este, tal como lo precisan los considerandos incorporados en el Decreto 854 de 2021, es el

⁴³⁴ Ver: Marco conceptual –Estados Financieros, párrafo 3.9; NIC 1, párrafos 25 y 26, y NIC 10. Decreto 2270 de 2019. Por el cual se compilan y actualizan los marcos técnicos de las Normas de Información Financiera para el Grupo 1 y de las Normas de Aseguramiento de Información, y se adiciona un Anexo número 6-2009 al Decreto Único Reglamentario de las Normas de Contabilidad, de Información Financiera y de Aseguramiento de la Información, Decreto 2420 de 2015, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 13 de 2019. DO. N.º 51166.

escenario en el que se debe hacer lo establecido en los incisos 1 y 2 del Artículo 4, es decir, preparar y presentar los estados financieros aplicando la base contable del valor neto de liquidación⁴³⁵. Sobre este punto es indispensable citar lo señalado en el Oficio 220-047475 del 19 de abril de 2021 de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Sociedades: “*'d) La hipótesis de negocio en marcha no es apropiada debido a que la entidad no tiene alternativas reales diferentes a las de terminar sus operaciones o liquidarse. Es en este escenario, cuando deberá aplicarse lo establecido en esta norma'* (Subraya el Despacho). Por tanto, a juicio de este Despacho, la causal de disolución objeto de análisis no es susceptible de ser enervada, en la medida que cuando la hipótesis de negocio en marcha no se cumple, esto quiere decir que la sociedad no tiene alternativas reales diferentes a las de terminar sus operaciones y liquidarse”.

Para hacer claridad, la causal de disolución que se incorpora en el ordenamiento para las sociedades mercantiles y, por remisión, a las empresas unipersonales, a las sucursales de sociedad extranjera y a todas las sociedades a las que les aplique el ordenamiento mercantil es a la que se refiere el citado oficio y que se resume de la siguiente manera: será causal de disolución la situación en la que se encuentra una sociedad cuando “no tiene alternativas reales diferentes a las de terminar sus operaciones y liquidarse”⁴³⁶, conclusión a la que se llega

⁴³⁵ “Que de conformidad con lo anterior, es requisito para la elaboración de los estados financieros de propósito general el uso y validación por la administración de la hipótesis de negocio en marcha. Este supuesto implica la consideración por parte de la administración de que la entidad puede continuar en negocios por el futuro predecible, y en caso de que la hipótesis de negocio en marcha no sea apropiada debido a que la entidad no tiene alternativas reales diferentes a las de terminar sus operaciones o liquidarse, la administración debe dar aplicación a lo dispuesto en el Decreto 2101 de 2016”. Ver: Decreto 854 de 2021. Por el cual se señalan razones financieras o criterios para establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia y se dictan otras disposiciones. Agosto 3 de 2021. DO. N.º 51755. En este sentido, revisar el Oficio 220-023821 de 2022 de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Sociedades.

⁴³⁶ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-047475.

después del análisis hecho por la administración, presentado en la información financiera y puesto a disposición del máximo órgano de dirección para su aprobación.

Ahora bien, para que la administración llegue a la conclusión de lo inexorable de la liquidación y lleve al máximo órgano social la existencia de la causal, procederá así: al momento de elaborar los estados financieros de propósito general al cierre del ejercicio⁴³⁷ debe evaluar toda la información disponible sobre el futuro de la empresa que, por lo menos, cubra los doce meses siguientes al período de corte de fin de ejercicio. De esta forma podrá ponderar los factores relacionados con la rentabilidad actual y con la esperada, el calendario de pagos de la deuda y si tiene fuentes de sustitución de la financiación⁴³⁸.

Una vez realizado el examen de todos los factores sobre la permanencia de la sociedad y ante la presencia de hechos definitivos relacionados con la imposibilidad de continuar la empresa social, el administrador llevará a la reunión ordinaria del máximo órgano social el estado financiero junto con los documentos que soporten las conclusiones para tomar las decisiones correspondientes. Desde luego, una vez el administrador establezca que la sociedad está incurso en la causal de disolución por no cumplir la hipótesis de negocio en marcha preparará la información aplicando la base contable del valor neto de liquidación según lo previsto en el Anexo 5 del Decreto 2420 de 2015.

⁴³⁷ Decreto 1074 de 2015. Artículo 2.2.1.18.1.

⁴³⁸ International Accounting Board, *Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) 1, Presentación de estados financieros*, 2001, párrafo 26 y Anexo 5 del Decreto Único Reglamentario 2420 de 2015. Normas de Información Financiera para Entidades que no Cumplen la Hipótesis de Negocio en marcha. Adicionado por el artículo 3 del Decreto 2101 de 2016.

Como el administrador debe llevar al máximo órgano social la información financiera para su aprobación o improbación, esta será objeto del derecho de inspección en los términos establecidos en la regulación comercial, junto con todos los soportes que obligaron a la preparación y presentación de la información aplicando la base contable del valor neto de liquidación.

Luego, para que los miembros de la asamblea, junta u órgano competente estén plenamente informados de la decisión trascendental que será sometida a su consideración es completamente apropiado que en la citación a la reunión se indique en el orden del día el punto especial de causal de disolución por no cumplir la hipótesis de negocio en marcha.

Si bien el órgano puede no aprobar la información financiera presentada y, consecuentemente, desestimar la evaluación del administrador de la incursión en la causal, esto no es un saneamiento de la causal. Sanear la causal implica el reconocimiento de los hechos o sucesos que pueden ser salvados por una medida eficaz para superarla, como, por ejemplo, el aumento o la reducción del número de socios, la modificación del objeto social o cualquiera directamente relacionada con la causal que pone en peligro la permanencia de la sociedad. Sin embargo, no es el caso de la causal de disolución por no cumplir con la hipótesis de negocio en marcha, como quiera que, en este caso, no existe más alternativa que su liquidación⁴³⁹.

Sin embargo, si el órgano competente no aprueba los estados financieros presentados con base contable del valor neto de

⁴³⁹ Superintendencia de Sociedades. (Abril 14 de 2021). Oficio 220-039452, reiterado por el Oficio 220-023821 del 3 de febrero de 2022.

liquidación y, de esta manera, desestima que exista la causal de disolución por no cumplir la hipótesis de negocio en marcha, será obligatorio rectificar y preparar la información como empresa en marcha y someterla a la aprobación en una nueva reunión. Al haber actuado de la forma señalada, la administración habrá cumplido con informar la existencia de la causal que emerge de los análisis realizados.

Conclusiones

1. El evaluar si la empresa está en funcionamiento y continúa su actividad en el futuro previsible es una obligación para los administradores desde el Decreto 2160 de 1986, el Decreto 2649 de 1993 y la Ley 222 de 1995, todos, en concordancia con el Código de Comercio. Es importante tener en cuenta que las entidades no comerciantes que no contemplen normas en materia de contabilidad o estados financieros o que tengan vacíos legales por disposición del artículo 15 de la Ley 1314 de 2009 deberán hacer esta evaluación al preparar la información.
2. La causal de disolución por pérdidas sigue vigente si en los estatutos se consagró de manera autónoma, clara y completa.
3. El deterioro patrimonial y el riesgo de insolvencia no son causales de disolución, aunque impliquen para el administrador la obligación de informarlos para tomar medidas que sorteen esta amenaza a la permanencia de la sociedad.
4. La causal de disolución por no cumplir la hipótesis de negocio en marcha implica que la administración (el representante legal y junta directiva, cuando la hubiere) ha hecho una evaluación rigurosa de la situación presente y futura de la empresa que determina que no existe más alternativa real que la de cesar su operación y liquidarse.
5. Esta causal opera para sociedades y entidades a las que les aplica su regulación: empresa unipersonal, sucursales de sociedad

extranjera y entidades reguladas por el régimen de sociedades comerciales.

6. La evaluación debe hacerse al preparar los estados financieros de fin de ejercicio.
7. Cuando del análisis hecho por el administrador emerja la causal por no cumplir la hipótesis de negocio en marcha y, por esta razón, los estados financieros deban prepararse con base contable de valor neto de liquidación, el administrador citará al máximo órgano social para informar clara y detalladamente la situación.
8. Los soportes y estudios realizados para llegar a la conclusión deben ser objeto del derecho de inspección.
9. La convocatoria debe indicar la causal de disolución por no cumplir la hipótesis de negocio en marcha.
10. Al actuar con la debida diligencia respecto de la causal, el administrador hará frente a la responsabilidad que se le pueda atribuir, siempre que fuera el órgano competente quien desestime su existencia y que por la continuación del ente empresarial se hubieren causado perjuicios a terceros.
11. La causal no es saneable, sin que se entienda que el máximo órgano social no puede desestimar la evaluación del administrador al tomar la decisión de continuar como empresa en marcha, caso en el cual asumirá la responsabilidad por los perjuicios que se puedan derivar de esta decisión.

12. Cuando el órgano competente considere que no existen suficientes elementos para la existencia de la causal por no cumplir la hipótesis de negocio en marcha, ordenará la rectificación de los estados financieros para que la administración prepare la información financiera como negocio en marcha y la someta a la aprobación del máximo órgano social en una nueva reunión.

13. Un aspecto que debe tenerse en cuenta con la derogatoria del artículo 459 del Código de Comercio es que a partir de la vigencia de la Ley 2069 de 2020 no es posible disminuir el capital o la prima de emisión para enjugar pérdidas, tal como lo señaló el Oficio 220-047475.

Referencias

- Anexo 5 del Decreto Único Reglamentario 2420 de 2015. Normas de Información Financiera para Entidades que no Cumplen la Hipótesis de Negocio en marcha. Adicionado por el artículo 3 del Decreto 2101 de 2016.
- Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.
- Consejo Técnico de la Contaduría Pública. (Diciembre 23 de 2020). Oficio 1154. Estados financieros con cierre diferente a 31 de diciembre.
- Decreto 2160 de 1986. Por el cual se reglamenta la Contabilidad Mercantil y se expiden las normas de contabilidad generalmente aceptadas. Julio 14 de 1986. DO. N.º 37545.
- Decreto 2649 de 1993. Por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia. Diciembre 29 de 1993. DO. N.º 41156.
- Decreto 2420 de 2015. Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario de las Normas de Contabilidad de Información Financiera y de Aseguramiento de la Información y se dictan otras disposiciones. Diciembre 14 de 2015. DO. N.º 49726.
- Decreto 854 de 2021. Por el cual se señalan razones financieras o criterios para establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia y se dictan otras disposiciones. Agosto 3 de 2021. DO. N.º 51755.
- Decreto 1378 de 2021. Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.18.2 del Decreto 1074 de 2015, Decreto único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Octubre 28 de 2021. DO. N.º 51841.

International Accounting Standards Board, *Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) 1, Presentación de estados financieros*, 2006.

Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. No 42156.

Ley 1314 de 2009. Por la cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia, se señalan las autoridades competentes, el procedimiento para su expedición y se determinan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento. Julio 13 de 2009. DO. N.º 47409.

Ley 1429 de 2010. Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo. Diciembre 29 de 2010. DO. N.º 47937.

Ley 2069 de 2020. Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia. Diciembre 31 de 2020. DO. N.º 51544.

Superintendencia de Sociedades. (Abril 14 de 2021). Oficio 220-039452, reiterado por el Oficio 220-023821 del 3 de febrero de 2022.

Superintendencia de Sociedades. (Abril 19 de 2021). Oficio 220-047475. Mecanismos para enjugar pérdidas en una sociedad.

Superintendencia de Sociedades. (Diciembre 20 de 2021). Oficio 220-243263.

Superintendencia de Sociedades. (Septiembre 14 de 2022). Oficio 220-206829. Causales de disolución estatutarias.

CAPÍTULO 9

LA RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS

Juan Esteban Sanín Gómez



LA RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS

Juan Esteban Sanín Gómez⁴⁴⁰

Introducción

Con la creación de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, hace un poco más de una década, Colombia ha tenido grandes avances jurisprudenciales en materia de la responsabilidad civil de los administradores. Esta jurisprudencia societaria, basada en las reglas establecidas en la Ley 222 de 1995, ha forjado un verdadero régimen de responsabilidad de los administradores societarios en el país. No obstante, en materias específicas como la fiscal es necesario concatenar estos avances con las reglas especiales en materia impositiva para decantar y determinar con precisión cuál es la responsabilidad tributaria de los administradores societarios.

El presente estudio partirá del análisis general de los principios de responsabilidad de los administradores, descendiendo a la aplicación de las reglas especiales contenidas en el régimen tributario. Con esto se pretende dejar trazada la aplicación de las normas especiales en un asunto particular (el régimen sancionatorio fiscal de los administradores), basándose siempre en los principios del régimen general de los administradores que ya han sido decantados por la jurisprudencia societaria. Por último, se analizarán los diferentes elementos que consagra el artículo 658-1 del Estatuto Tributario (ET) (Decreto 624 de 1989), mencionando las dificultades que tiene su

⁴⁴⁰ Socio de Mazars Colombia. juan.sanin@mazars.com.co

aplicación y cómo pueden afectar la sancionabilidad de las conductas que de allí se derivan.

1. Encuadramiento de la responsabilidad tributaria dentro del marco general de la responsabilidad de los administradores

El régimen de responsabilidad fiscal de los administradores societarios en Colombia tiene dos grandes aspectos. Uno es el régimen de la responsabilidad que les aplica por la comisión de ciertos delitos⁴⁴¹ que no pueden recaer en nadie diferente a ellos (en atención a la regla general de ausencia de responsabilidad penal de la persona jurídica). Otro distinto es el régimen sancionatorio fiscal de los administradores societarios, que es el tema que se abordará en este escrito.

La piedra angular del régimen general de responsabilidad de los administradores se resume en esta frase: “los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”⁴⁴². De este postulado se derivan los principios de actuación de los administradores sociales, los cuales, por supuesto, son aplicables al cumplimiento de las obligaciones fiscales, tal como se pasará a estudiar en profundidad en el presente artículo.

El análisis de estos deberes no será exhaustivo, pues escapa del objeto puntal del estudio, sino panorámico, con el exclusivo propósito de poder hacer referencias posteriores cuando se estudien las normas propias de la responsabilidad tributaria de los administradores.

⁴⁴¹ Como los delitos de omisión de agente retenedor o recaudador, administración desleal, defraudación fiscal, entre otros.

⁴⁴² Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156, inciso 1 del artículo 23.

1.1. El deber de buena fe

La buena fe no solo es el postulado fundamental del derecho privado, sino que también es un mandato constitucional aplicable tanto a los funcionarios públicos como a los particulares⁴⁴³. Según el profesor Francisco Reyes Villamizar, de “esta máxima de conducta parten, naturalmente, todos los demás deberes que asume el administrador de las sociedades”⁴⁴⁴.

Por su parte, el profesor Felipe Suescún de Roa⁴⁴⁵ indica que en escenarios internacionales⁴⁴⁶ se ha discutido mucho si este deber es independiente del de lealtad y del de diligencia y cuidado, o si, por el contrario, es una condición de los mismos. Si bien, de la redacción del inciso 1 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 se podría concluir que se trata de un deber independiente, indica el referido autor que “lo cierto es que la buena fe es un prerrequisito y un ingrediente fundamental de la deferencia al criterio empresarial de los administradores, toda vez que esta presume que toda decisión o actuación por parte de los administradores fue adoptada con la creencia sincera de que estaban buscando el mejor interés de la compañía”⁴⁴⁷.

⁴⁴³ La Constitución Política de Colombia, en su artículo 83, establece que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

⁴⁴⁴ Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, cuarta edición Editorial Temis, Bogotá, 2020, p. 699.

⁴⁴⁵ Suescún de Roa, Felipe, *Deberes y responsabilidad civil de los administradores de sociedades*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2021, p. 149.

⁴⁴⁶ Suescún de Roa, *Deberes y responsabilidad*, p. 149. Ver las siguientes decisiones de la Corte de Cancillería de Delaware: *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 632 A. 2d 345 (Del. 1993), *Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc.* 663 A. 2d 1156 (del. 1995), *Malpiede v. Town*, 780 A. 2d 1075 (Del. 1995).

⁴⁴⁷ Suescún de Roa, *Deberes y responsabilidad*, p. 150.

Aunque el deber de actuar de buena fe es genérico, la doctrina ha concretado su alcance estableciendo que se incumpliría su postulado cuando el administrador deliberadamente actúa con un propósito distinto al de promover los mejores intereses de la compañía con la intención de violar o de desconocer una ley aplicable o con el fin de dejar de actuar “de acuerdo con una clara y conocida obligación de hacer, de manera que se estaría frente a un incumplimiento consciente de sus deberes y obligaciones”⁴⁴⁸.

1.2. El deber de lealtad

Para el profesor Reyes Villamizar el deber de lealtad “implica, simplemente, la necesidad de que el administrador actúe en la forma en que consulte los mejores intereses de la sociedad”⁴⁴⁹. No existe un catálogo de deberes específicos que deban cumplir los administradores, pues tratar de enumerarlos solo haría que muchos dejaran de mencionarse. No obstante, es claro que un incumplimiento al deber de lealtad es actuar en conflicto de interés cuando tal actuación no haya sido autorizada por el máximo órgano social y cuando con esta actuación se beneficie el administrador en perjuicio de los intereses de la sociedad. Es el caso, por ejemplo, de la usurpación de oportunidades de negocio de la compañía por parte del administrador⁴⁵⁰, que la jurisprudencia ha definido⁴⁵¹ como un incumplimiento al deber de lealtad.

⁴⁴⁸ Suescún de Roa, *Deberes y responsabilidad*, p. 150.

⁴⁴⁹ Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, p. 704.

⁴⁵⁰ Holguín Mora, Tomás, “La teoría de las oportunidades corporativas y su aplicación en Colombia”, en *Derecho Societario Contemporáneo*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2021, p. 402.

⁴⁵¹ Superintendencia de Sociedades. Sentencia del 27 de octubre de 2017. Radicación 2016-01-304597. Trámite 170001. Nydia Rocío Cepeda Lemus e Hijos y Cía. S. en C. contra Jorge Alberto Montañez Vásquez.

1.3. El deber de diligencia o cuidado

El régimen societario colombiano abandonó el patrón de conducta del “buen padre de familia”⁴⁵² establecido en el Código Civil para migrar al del “buen hombre de negocios”. Así, el estándar bajo el cual se miden sus decisiones es más estricto en términos de diligencia y cuidado que el que se aplica en otros contextos profesionales.

Según la doctrina, teniendo en cuenta que la obligación de los administradores es de medio y no de resultado, “el deber de cuidado no equivale, en forma alguna, a que la decisión de negocios tenga que ser acertada, en términos de beneficios económicos para la compañía”⁴⁵³. De aquí nace la teoría de la deferencia al criterio empresarial o regla de la discrecionalidad (*business judgment rule*) que, luego de aplicarse en múltiples oportunidades⁴⁵⁴ por parte de los jueces, establece “un principio de abstinencia judicial en el cual los jueces reducen su intervención frente a las decisiones de los administradores o gerentes de las compañías siempre que estas hayan sido tomadas de buena fe, en función de los intereses de la sociedad y con base en información adecuada”⁴⁵⁵.

⁴⁵² Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887, artículo 63.

⁴⁵³ Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, p. 701.

⁴⁵⁴ Superintendencia de Sociedades, sentencias 2014-801-054, 2023-01-276820-1, 2019-01-306481, 2018-800-390, 2018-01-504337, 2020-01-213272 y 2020-01-617351-1 y la Sentencia 2018-01-327428 donde se establece que “aunque la deferencia de los jueces cobija las decisiones adoptadas por los administradores en desarrollo de la actividad social, tal protección no puede extenderse a las omisiones negligentes en que incurran tales funcionarios”. Asimismo, ver la Sentencia SC2749-2021 del 7 de julio de 2021, en donde la Corte Suprema de Justicia señala expresamente que la regla de la discrecionalidad en los negocios aplica para determinar la responsabilidad civil de los administradores sociales en Colombia.

⁴⁵⁵ Gómez, Alejandra, Miranda, Paula y Santacruz, María Paulina, “Business Judgment Rule: origen, aplicación y desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano”, en *Vniversitas Estudiantes*, Bogotá, 2019, en: en:

Dentro de las múltiples manifestaciones de este deber, una resulta de especial importancia para el tema que nos ocupa: el deber específico de los administradores de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias. Esta norma, que según el profesor Reyes Villamizar implica “la consagración de la tesis de la culpa *in vigilando*”⁴⁵⁶, exige no solo que ellos cumplan las normas legales y estatutarias, sino también que las hagan cumplir, asumiendo la posición de garantes.

2. Las reglas especiales de responsabilidad tributaria de los administradores

Las reglas sobre la responsabilidad fiscal de los administradores se encuentran, especialmente, en el libro quinto del ET (Procedimiento tributario, sanciones y estructura de la Dirección General de Impuestos Nacionales). El artículo 571, por ejemplo, establece que los obligados a cumplir los deberes formales son los contribuyentes o responsables del pago del tributo, y que podrán hacerlo personalmente o por medio de sus representantes. Así, según este artículo, y en consonancia con lo dispuesto en el literal c del artículo 572 de la misma norma, las personas jurídicas están llamadas a cumplir los deberes formales por medio de gerentes, administradores y, en general, de sus representantes legales.

Asimismo, el artículo 573 establece que “los obligados al cumplimiento de deberes formales de terceros responden subsidiariamente cuando omitan cumplir tales deberes, por las

<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/43790/2.%20Gomez-Miranda-Santacruz.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

⁴⁵⁶ Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, p. 707.

consecuencias que se deriven de su omisión”. Esta norma, curiosamente, se repite de forma textual en el artículo 798, que se ubica en el Título VII (Extinción de la obligación tributaria), Capítulo I (Responsabilidad por el pago del impuesto).

Debe resaltarse que las normas citadas se refieren a la responsabilidad subsidiaria (y no solidaria) del administrador por el no cumplimiento de los deberes formales. Tal como lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-140 de 2007, mientras “el efecto de la solidaridad consiste en extender el ámbito de la responsabilidad tributaria de manera que pueda ser exigida directamente a otros sujetos distintos del principalmente obligado, [...] la subsidiariedad en materia tributaria implica que hay un sujeto llamado por la ley a responder de obligaciones o deberes tributarios ajenos, en caso de incumplimiento del principalmente obligado”. Así pues, si bien ambas figuras extienden la responsabilidad tributaria a personas diferentes al directamente responsable, es distinta la exigibilidad del pago a los deudores solidarios y subsidiarios en materia tributaria, “pues respecto de los primeros la exigibilidad de la obligación surge coetáneamente para ellos y para el deudor principal, mientras que para el deudor subsidiario la obligación sólo se hace exigible cuando la Administración ha intentado infructuosamente cobrar al deudor principal, y ya no existe forma procesal de obtener el pago de manera forzada”⁴⁵⁷. Asimismo, el Consejo de Estado ha determinado que “la responsabilidad subsidiaria procede cuando el obligado principal no responde, lo que presupone i) que ya se encuentre establecida y debidamente configurada la obligación y ii) que el cumplimiento de la misma sea reclamado primigeniamente al responsable principal, y si

⁴⁵⁷ Corte Constitucional. (Febrero de 28 de 2007). Sentencia C-140. Expediente D-6463. [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra].

surtido esto, no es posible obtener el correspondiente cumplimiento de la obligación, entonces sí procedería exigirla del responsable subsidiario”⁴⁵⁸.

Además de las diferencias de fondo citadas, formalmente existe una diferencia sustancial en la manera como han de vincularse a los deudores solidarios y subsidiarios al proceso de cobro del tributo. Mientras que la vinculación del deudor subsidiario exige la obligación de que él haya reclamado primigeniamente (sin éxito) el pago al responsable principal, la del solidario, según la Sentencia C-1201 de 2003 de la Corte Constitucional, requiere que en adición al artículo 828-1 del ET⁴⁵⁹ “la vinculación del deudor solidario al proceso de ejecución coactiva [...] conlleva que el deudor solidario deba ser citado de todas maneras al proceso administrativo de determinación de la obligación tributaria [...] y pueda ejercer su derecho de defensa y contradicción en las mismas condiciones que el deudor principal”. De ahí que coloquialmente se afirme que conviene más ser responsable solidario que subsidiario, pues el primero debe ser vinculado *ab initio* y tiene la posibilidad de defenderse, lo que no sucede con el segundo.

⁴⁵⁸ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 30 de septiembre de 2021. Radicación 25369. [CP. Myriam Stella Gutiérrez Argüello].

⁴⁵⁹ Artículo 828-1. Vinculación de deudores solidarios “La vinculación del deudor solidario se hará mediante la notificación del mandamiento de pago. Este deberá librarse determinando individualmente el monto de la obligación del respectivo deudor y se notificará en la forma indicada en el artículo 826 del Estatuto Tributario”.

3. Las reglas tributarias sobre la responsabilidad de los administradores

3.1. Sanción a administradores y representantes legales (artículo 658-1 del ET)

El artículo 658-1⁴⁶⁰ del ET contiene el régimen sancionatorio fiscal de los administradores en Colombia. Es un artículo complejo de analizar en su totalidad, dado que mezcla un sinnúmero de elementos y situaciones que permiten entrever una posible inconstitucionalidad de algunos apartes. Vale destacar que si bien esta inconstitucionalidad⁴⁶¹ fue demandada ante la Corte Constitucional, la corporación se inhibió⁴⁶² de pronunciarse sobre su exequibilidad porque consideró que la demanda era inepta. Los principales aspectos sancionatorios de esta norma son los siguientes:

⁴⁶⁰ Sanción a administradores y representantes legales: “Cuando en la contabilidad o en las declaraciones tributarias de los contribuyentes se encuentren irregularidades sancionables relativas a omisión de ingresos gravados, doble contabilidad e inclusión de costos o deducciones inexistentes y pérdidas improcedentes, que sean ordenados y/o aprobados por los representantes que deben cumplir deberes formales de que trata el artículo 572 de este Estatuto, serán sancionados con una multa equivalente al veinte por ciento (20%) de la sanción impuesta al contribuyente, sin exceder de 4.100 UVT, la cual no podrá ser sufragada por su representada. La sanción prevista en el inciso anterior será anual y se impondrá igualmente al revisor fiscal que haya conocido de las irregularidades sancionables objeto de investigación, sin haber expresado la salvedad correspondiente.

Esta sanción se propondrá, determinará y discutirá dentro del mismo proceso de imposición de sanción o de determinación oficial que se adelante contra la sociedad infractora. Para estos efectos las dependencias competentes para adelantar la actuación frente al contribuyente serán igualmente competentes para decidir frente al representante legal o revisor fiscal implicado”.

⁴⁶¹ El artículo 658-1 del ET fue creado por el artículo 1 de la Ley 788 de 2002.

⁴⁶² Corte Constitucional. Sentencia C- 910 de 2004 donde decide: “Inhibirse para pronunciarse de fondo en relación con el artículo 1º de la Ley 788 de 2002 y los artículos 5, 28, 37, 48, 49, 50, 51, 54, 55, 59, 63 (parcial) y la expresión “propuestas” del Capítulo VI del Título II de la Ley 863 de 2003”.

3.2. Responsabilidad por la contabilidad que evidencie una omisión de ingresos gravados

El artículo establece que “cuando en la contabilidad o en las declaraciones tributarias de los contribuyentes se encuentren irregularidades sancionables relativas a omisión de ingresos gravados” los administradores serán sancionados con una multa equivalente al 20 % de la sanción impuesta al contribuyente, sin exceder la suma de 4100 unidades de valor tributario (UVT). Disposición muy cuestionable, porque la contabilidad como ciencia social no es exacta. Por el contrario, hay un gran margen de interpretación en la aplicación de sus normas. El objeto del estudio de la contabilidad “es la cuantificación de los recursos económicos y financieros con el propósito de conocer el valor equivalencial o relativo entre los distintos bienes de la empresa”⁴⁶³, por lo que no se exige que la información contable sea exacta, sino razonable.

Ahora, la contabilidad es la base fundamental de los impuestos, y en los casos donde no exista una norma fiscal especial, el tratamiento fiscal de cada operación será el que indique la dinámica contable⁴⁶⁴. Por esto, la hermenéutica contable podrá llevar necesariamente al reconocimiento de un ingreso contable (probablemente, y en ausencia de norma expresa que indique lo contrario, con efectos fiscales en renta) o a su omisión. Un claro ejemplo puede ser la aplicación de la tasa de tributación depurada (TTD), contenida en el párrafo 5 del artículo 204 del ET, que consagra un mecanismo bastante

⁴⁶³ Torres Bardales, Coloníbol y Lam Wong, Augusto, “Los fundamentos epistemológicos de la contabilidad y su incidencia en la formación competitiva del contador público”, en *Sotavento*, (19), Bogotá, 2012, pp. 32-50, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/sotavento/article/view/3339/3950>.

⁴⁶⁴ Decreto 624 de 1989 (ET). Artículo 21-1, creado por el artículo 22 de la Ley 1819 de 2016.

controversial de ajuste fiscal por ganancias contables. Al ser discutible el tratamiento de dicha dinámica, y pudiendo existir varias alternativas razonables, este hecho no debería ser objeto de sanción tributaria para los administradores, pues quedaría cobijado por la regla de la discrecionalidad.

3.3. Doble contabilidad

La doble contabilidad se da cuando “un comerciante lleva dos o más libros iguales en los que registre, en forma diferente, las mismas operaciones, o cuando tenga distintos comprobantes sobre los mismos actos”⁴⁶⁵. Al darse este fenómeno, “sus libros y papeles sólo tendrán valor en su contra”⁴⁶⁶. Esta práctica, además de poder ser la base para la configuración de múltiples delitos, hará que todos los costos, deducciones, impuestos descontables, descuentos tributarios y exenciones carezcan de soporte y haya lugar a la imposición de la sanción equivalente al 0,5 % del mayor valor entre el patrimonio líquido y los ingresos netos del año anterior, sin exceder 20.000 UVI⁴⁶⁷.

Si bien es razonable y sensato que se sancione directamente al administrador que tolere que una empresa lleve doble contabilidad, debe circunscribirse bien esta práctica a la que sea estrictamente dolosa y cuya finalidad sea la evasión. Lo anterior, porque ciertas operaciones legítimas pueden, de forma ligera, coincidir con la definición de doble contabilidad, y no sería admisible que en ese sentido se sancionara al

⁴⁶⁵ Código de Comercio. Artículo 74.

⁴⁶⁶ Código de Comercio. Artículo 74.

⁴⁶⁷ Decreto 624 de 1989 (ET). Artículo 655.

administrador. Lo anterior ocurre, por ejemplo, en el caso de los establecimientos permanentes y de las sucursales de sociedades extranjeras que según el artículo 20-2 del ET “deberán llevar contabilidad separada en la que discriminen claramente los ingresos, costos y gastos que les sean atribuibles” y su contabilidad “deberá estar soportada en un estudio sobre las funciones, activos, riesgos y personal involucrados en la obtención de rentas y de las ganancias ocasionales atribuidas a ellos”. En este ejemplo no prosperaría la sanción fiscal al administrador porque la contabilización separada se hace por mandato legal.

3.4. Inclusión de costos o deducciones inexistentes

Según la Real Academia Española (RAE), por inexistencia debe entenderse la “falta de existencia”⁴⁶⁸, y por improcedencia, “falta de oportunidad, de fundamento o de derecho”⁴⁶⁹. No obstante, por razones que solo pueden obedecer al ánimo recaudatorio, a través de un ejercicio hermenéutico-finalista tanto el Consejo de Estado⁴⁷⁰ como

⁴⁶⁸ RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.5 en línea], <https://dle.rae.es/inexistencia>

⁴⁶⁹ RAE, *Diccionario*, <https://dle.rae.es/improcedencia>

⁴⁷⁰ Consejo de Estado. Sección Cuarta. (Junio 28 de 2010). Sentencia 25000-23-27-000-2003-00638-01 (16791). [CP. Carmen Teresa Ortiz Rodríguez]; Consejo de Estado. Sección Cuarta. (Marzo 22 de 2011). Sentencia 17286. [CP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas], en donde se advierte que “así mismo, reitera que el adjetivo inexistente debe entenderse en sus dos acepciones: como adjetivo relativo a aquello que carece de existencia, y como adjetivo relativo a aquello que, si bien existe, se considera totalmente nulo, porque el ‘falta de valor y fuerza para obligar o tener efecto, por ser contrario a las leyes, o por carecer de las solemnidades que se requieren en la sustancia o en el modo’”. De igual forma, ver las sentencias 47001233100020020030-01 (17306) de mayo 5 de 2011 [CP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas] y 18395 de julio 3 de 2011 del mismo CP, donde se establece que, independientemente de la existencia o no del costo o de la deducción, lo que se pretende es sancionar el uso indebido de costos o gastos en las declaraciones: “por una de la[s] siguientes razones; o porque en realidad no existen esos egresos; o porque, aun existiendo no se probaron, o porque aun probado, no se subsumen en ningún precepto jurídico del Estatuto Tributario que les de valor y fuerza para tener el efecto invocado por carecer de las solemnidades que exige dicho estatuto para darles la calidad de tales”.

la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)⁴⁷¹ han concluido que para efectos prácticos lo inexistente es igual a lo improcedente. Esta discusión se ha dado, específicamente, en relación con la interpretación del artículo 647 del ET que consagra la sanción por inexactitud y que establece como conducta sancionable “la inclusión de costos, deducciones [...] inexistentes o inexactos”.

Ahora bien, para fines sancionatorios, este ejercicio hermenéutico no se puede tener como una base legal para justificar la imposición de sanciones, pues esto desvirtuaría el espíritu de justicia⁴⁷² con el que deben actuar los servidores públicos con atribuciones y deberes en materia fiscal. Además, la aplicación de una interpretación analógica desfavorable de un elemento de la sanción por inexactitud en materia sancionatoria (tener como inexistente la deducción que existe, pero sobre la que hay discusión alrededor del cumplimiento de los requisitos para su procedencia) podría dar lugar a la violación del debido proceso y del derecho de defensa del sancionado.

3.5. Inclusión de pérdidas improcedentes

El sistema de inclusión de pérdidas fiscales está contenido en el artículo 147 del ET. Dice que las sociedades “podrán compensar las pérdidas fiscales con las rentas líquidas ordinarias que obtuvieren en los doce (12) períodos gravables siguientes, sin perjuicio de la renta presuntiva del ejercicio”.

⁴⁷¹ Ver oficios de la DIAN 050941 de julio 12 de 2011 y 79365 de 11 de diciembre de 2013.

⁴⁷² “Artículo 683. Espíritu de justicia. Los funcionarios públicos, con atribuciones y deberes que cumplir en relación con la liquidación y recaudo de los impuestos nacionales, deberán tener siempre por norma en el ejercicio de sus actividades que son servidores públicos, que la aplicación recta de las leyes deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia, y que el Estado no aspira a que al contribuyente se le exija más de aquello con lo que la misma ley ha querido que coadyuve a las cargas públicas de la Nación”. Ver: Decreto 624 de 1989 (ET). Artículo 683.

Como aspecto especial, establece que en el marco de un proceso de fusión “puede compensarse con las rentas líquidas ordinarias que obtuviere, las pérdidas fiscales sufridas por las sociedades fusionadas, hasta un límite equivalente al porcentaje de participación de los patrimonios de las sociedades fusionadas dentro del patrimonio de la sociedad absorbente o resultante”. Similar disposición se determina para la escisión.

No ha sido nada fácil interpretar esta disposición, porque de una interpretación sistemática podría entenderse que la limitación solo aplica a las pérdidas que tuviesen las sociedades absorbidas, permaneciendo incólumes (y no sujetas a esta restricción) las pérdidas propias de la absorbente. Ese, de hecho, fue el entendimiento que tuvo el Consejo de Estado durante muchos años⁴⁷³, hasta que se profirió la sentencia de unificación por compensación de pérdidas fiscales que aclaró que “se entenderá que las sociedades ‘fusionadas’ a que alude la norma son aquellas que participan o intervienen en el proceso de fusión, que incluyen a las sociedades absorbentes y a las absorbidas”⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Ver la Sentencia 25000-23-27-000-2001-01763-01(15022) del Consejo de Estado del 2 de agosto de 2006, donde la corporación indica que la sociedad absorbente puede deducir las pérdidas sufridas en vigencias anteriores por la absorbida y no menciona límite para las pérdidas que registre la absorbente; y la sentencia 25000-23-27-000-2007-00256-01(17450) del 10 de mayo de 2012, donde establece que solo las pérdidas de la sociedad absorbida podrán ser limitadas, no las de la absorbente. Asimismo, ver el Oficio 2177 del 5 de septiembre de 2018 de la DIAN, donde interpreta que por sociedades fusionadas deben entenderse todas las sociedades (absorbentes y absorbidas).

⁴⁷⁴ Consejo de Estado. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. (Octubre 29 de 2020). Expediente 23419. Sentencia de Unificación jurisprudencial. Demandante Hewlett Packard Colombia Ltda. [CP. Stella Jeannette Carvajal Basto]. En dicha providencia, el Consejo de Estado ordena:

“1.- UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con la compensación de pérdidas fiscales en procesos de fusión por absorción, para adoptar las siguientes reglas:

1.-Para todos los efectos, dentro de los límites porcentuales y temporales establecidos por el inciso segundo del artículo 147 del Estatuto Tributario, se entenderá que las sociedades «fusionadas» a que alude la norma son aquellas que participan o intervienen en el proceso de fusión, que incluyen a las sociedades absorbentes y a las absorbidas.

Dicho lo anterior, una es la situación si el representante legal ordenó o autorizó la compensación de pérdidas en una fusión antes de haberse proferido la sentencia de unificación y otra si lo hizo después. En el primer caso, la actuación estará cobijada por la regla de la discrecionalidad y no se debería sancionar porque la jurisprudencia permitía entender que esa era la decisión correcta. En la segunda situación los administradores deberán tener una carga argumentativa mayor para eximirse de ser sancionados por esa conducta.

2.- La anterior regla jurisprudencial de unificación rige para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial. No podrá aplicarse a conflictos decididos con antelación”.

Conclusiones

El régimen sancionatorio fiscal de los administradores en Colombia, incorporado en el artículo 658-1 del ET, se debe revisar a la luz de los avances que han tenido la jurisprudencia societaria en materia de responsabilidad de los administradores y la constitucionalización del derecho sancionatorio. Mientras eso sucede y se adapta a las nuevas tendencias, los operadores de dicho sistema (la DIAN y el juez tributario) deben aplicar las instituciones que han surgido de su análisis (como la regla de la discrecionalidad, la prohibición de la aplicación analógica desfavorable y el *in dubio pro* disciplinado) y que permiten la aplicación garantista de sanciones para conservar el orden público económico.

Referencias

- Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. (Mayo 5 de 2011). Sentencia 47001233100020020030-01 (17306). [CP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas].
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. (Mayo de 10 de 2012). Sentencia 25000-23-27-000-2007-00256-01(17450).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. (Octubre 29 de 2020). Expediente 23419. Sentencia de Unificación jurisprudencial. [CP. Stella Jeannette Carvajal Basto].
- Consejo de Estado. Sección Cuarta. (Agosto 2 de 2006). Sentencia 25000-23-27-000-2001-01763-01(15022). [CP. Ligia López Díaz].
- Consejo de Estado. Sección Cuarta. (Junio 28 de 2010). Sentencia 25000-23-27-000-2003-00638-01 (16791). [CP. Carmen Teresa Ortiz Rodríguez].
- Consejo de Estado. Sección Cuarta. (Marzo 22 de 2011). Sentencia 17286. [CP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas].
- Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 30 de septiembre de 2021. Radicación 25369. [CP. Myriam Stella Gutiérrez Argüello].
- Constitución Política de Colombia. (1991).
- Corte Constitucional. (Diciembre 9 de 2003). Sentencia C-1201. Expediente D-4683. [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional. (Noviembre 17 de 2004). Sentencia C- 910. Expediente D-5074. [MP. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. (Febrero de 28 de 2007). Sentencia C-140. Expediente D-6463. [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra].

- Corte Constitucional. (Julio 7 de 2021). Sentencia SC2749-2021. Radicación 08001-31-03-005-2012-00109-01. [MP. Álvaro Fernando García Restrepo].
- Decreto 624 de 1989. Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (Julio 12 de 2011). Oficio 050941.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (Diciembre 11 de 2011). Oficio 79365.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (Septiembre 5 de 2018). Oficio 2177.
- Gómez, Alejandra, Miranda, Paula y Santacruz, María Paulina, “Business Judgment Rule: origen, aplicación y desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano”, en *Vniversitas Estudiantes*, Bogotá, 2019, en: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/43790/2.%20Gomez-Miranda-Santacruz.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Holguín Mora, Tomás, “La teoría de las oportunidades corporativas y su aplicación en Colombia”, en *Derecho Societario Contemporáneo*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2021.
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.5 en línea]. <https://dle.rae.es/>
- Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, cuarta edición, Temis, Bogotá, 2020.

- Suescún de Roa, Felipe, *Deberes y responsabilidad civil de los administradores de sociedades*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2021.
- Superintendencia de Sociedades. Sentencia del 27 de octubre de 2017. Radicación 2016-01-304597. Trámite 170001. Nydia Rocío Cepeda Lemus e Hijos y Cía. S. en C. contra Jorge Alberto Montañez Vásquez.
- Superintendencia de Sociedades, 2018-01-327428.
- Torres Bardales, Coloníbol y Lam Wong, Augusto, “Los fundamentos epistemológicos de la contabilidad y su incidencia en la formación competitiva del contador público”, en *Sotavento*, (19), Bogotá, 2012, pp. 32-50, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/sotavento/article/view/3339/3950>

CAPÍTULO 10

ADMINISTRACIÓN SOCIETARIA EN LAS SOCIEDADES BIC: UNA MIRADA A LOS DESAFÍOS Y RESPONSABILIDADES

Juan David Soler Peña



ADMINISTRACIÓN SOCIETARIA EN LAS SOCIEDADES BIC: UNA MIRADA A LOS DESAFÍOS Y RESPONSABILIDADES

Juan David Soler Peña⁴⁷⁵

Introducción

El marco legal societario en Colombia ha experimentado cambios significativos en los últimos años, con una tendencia clara a promover la importancia y necesidad de la responsabilidad social empresarial, de tal forma que impulse a las empresas a considerar el impacto social y ambiental de sus operaciones.

Uno de los más notorios ejemplos de este tipo de política ha sido la introducción de las sociedades BIC, o sociedades de beneficio e interés colectivo, que son una nueva forma de organización empresarial diseñada para buscar un fin más allá del lucro. Las sociedades BIC han surgido como una alternativa a la visión de las sociedades convencionales en Colombia y en el mundo, con el objetivo de lograr un impacto social y ambiental positivo, además de generar un lucro. Esto ha propiciado un nuevo escenario para los administradores societarios, quienes se enfrentan a una serie de

⁴⁷⁵ Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho Comercial de la misma universidad y candidato a magíster en Negocios y Derecho de la Universidad del Rosario - GSB Graduate School of Business. Profesional, certificado en sostenibilidad por la Global Reporting Initiative (GRI) y especialista en Delitos Financieros de la Asociación de Especialistas Certificados en Delitos Financieros (ACFCS). Actualmente, se desempeña como coordinador del Grupo de Supervisión de Sociedades BIC de la Superintendencia de Sociedades. Cuenta con experiencia profesional tanto en el sector público como en el privado en áreas como insolvencia, sociedades BIC, sostenibilidad, cumplimiento, lucha contra el soborno transnacional y la prevención del riesgo de lavado de activos.

desafíos y responsabilidades únicas en comparación con las sociedades convencionales.

Una de las cuestiones más importantes a considerar es cómo equilibrar el ánimo de lucro con los objetivos sociales y ambientales. Los administradores de estas sociedades deben asegurarse de que las decisiones empresariales procuren generar un impacto económico, social y/o ambiental positivo. En caso de que no se pueda lograr, deben implementar las medidas necesarias para mitigar cualquier impacto negativo generado en estas mismas áreas, lo cual puede requerir una revisión adicional de los procesos y prácticas empresariales.

Además, la normativa actual incorpora cargas nuevas en las obligaciones de los administradores respecto a las sociedades BIC. Esto incluye la responsabilidad de informar regularmente y de manera transparente sobre la ejecución de las actividades de beneficio e interés colectivo, lo cual, a su vez, implica el seguimiento de actividades que no necesariamente hacen parte de su conocimiento y experticia, como tampoco del modelo de negocio de la sociedad.

Así las cosas, es crítico estudiar y entender en detalle cuál es el alcance que tienen los deberes de los administradores en el régimen de las sociedades BIC y cómo esta figura busca incluir en el ordenamiento colombiano modelos que son tendencia en el mundo, como la gobernanza de los *stakeholders* o la *stakeholder theory*.

Es importante aclarar que la condición BIC no es la única forma en la que una empresa puede implementar prácticas sostenibles. Es tan solo una de las muchas opciones que se pueden escoger. Sin embargo, su

novedad radica en el hecho de que fue una figura creada con dicha finalidad.

1. Cambio de perspectiva

En lo que respecta a la visión tradicional de la naturaleza y finalidad de una sociedad comercial está claro que es la de generar el mayor rendimiento, en el menor tiempo posible, para sus accionistas, figura que hoy en día es conocida como *shareholder primacy model*, que, básicamente, se traduce como modelo de primacía de los accionistas. Esto significa que la confianza que se deposita en un administrador se ve retribuida en la medida que este atienda las expectativas de los socios o accionistas de la empresa de una manera profesional, actuando de buena fe y cumpliendo sus obligaciones.

Este modelo es el que se usó como base para construir el ordenamiento societario colombiano, lo cual se puede apreciar en las obligaciones y expectativas que recaen sobre los administradores. En particular, se resalta que el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 establece que las actuaciones de los administradores “*se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados*”.

Sin embargo, surgen críticas a este modelo; por ejemplo, que “*en la toma de decisiones sociales, en la mayoría de las ocasiones, se anteponga el cortoplacismo societario sobre las consideraciones de largo plazo que también son importantes y podrían definir el futuro de la compañía y el bienestar de los accionistas. De esta manera, se*

*acentúan los problemas de agencia que el derecho de sociedades pretende solucionar*⁴⁷⁶.

Precisamente por esto es por lo que entra en escena el modelo de los *stakeholders* o grupos de interés, que son todos los individuos, grupos u organizaciones involucrados y afectados, directa o indirectamente, por las actividades de una organización, y que tienen un interés personal en el resultado de estas⁴⁷⁷. Entre estos se pueden resaltar a clientes, reguladores, proveedores y empleados⁴⁷⁸.

El concepto de la teoría de los *stakeholders* fue acuñado por Edward Freeman en su libro *Strategic Management: A Stakeholder Approach*. En él se identifican y modelan los grupos que pueden ser considerados de interés para una empresa. Además, describe y recomienda procesos con los cuales los administradores pueden involucrarlos en la dirección del negocio.

En este escenario, el modelo de negocio de la empresa está orientado a un funcionamiento a largo plazo bajo el entendido de que es necesario establecer relaciones de confianza y transparencia con los grupos de interés relevantes, así como la identificación y gestión de los riesgos y oportunidades asociados con estos. También implica la incorporación de las perspectivas de los *stakeholders* en la toma de decisiones estratégicas y en la evaluación del desempeño de la organización. Esto quiere decir que los administradores, si bien siguen

⁴⁷⁶ Alvarado Guzmán, Daniela y López Gómez, Lina María, “Cortoplacismo societario como una expresión del modelo de primacía de los accionistas y la necesidad de repensar dicho modelo: Estados Unidos y Colombia”, *Dikaion*, 2021, 30, (2), p. 466, en <https://doi.org/10.5294/dika.2021.30.2.6>., consultado el 1 de abril de 2023.

⁴⁷⁷ Global Reporting Initiative, *GRI 1: Fundamentos 2021*, Países Bajos, 2022.

⁴⁷⁸ Nota del autor: aunque dentro de los grupos de interés también se deben incluir a los socios o accionistas, no se limita a ellos.

teniendo el deber de procurar generar rentabilidad para sus accionistas, también deben enfocar sus decisiones a satisfacer las necesidades de sus grupos de interés.

El listado de grupos de interés generalmente incluye a los siguientes actores: clientes, empleados, accionistas, proveedores y comunidades, entre otros. Esta lista puede ser mucho más amplia dependiendo del tipo de empresa, del tamaño o, inclusive, del sector al que pertenece.

Este modelo busca que las empresas desafíen el entendimiento tradicional del concepto de gobierno corporativo e incluyan a sus *stakeholders* en la toma de decisiones, lo que genera más responsabilidades para los administradores en el mundo corporativo.

- *Gobernanza de los stakeholders*

Este concepto se refiere a la forma en que una organización interactúa y gestiona las relaciones con sus grupos de interés.

La gobernanza de los stakeholders implica el establecimiento de relaciones de confianza y transparencia con sus grupos de interés relevantes, así como la identificación y gestión de los riesgos y oportunidades asociados a ellos. También, implica la incorporación de sus perspectivas en la toma de decisiones estratégicas y en la evaluación del desempeño de la organización⁴⁷⁹.

⁴⁷⁹ San-Jose Ruiz de Aguirre, Leire y Retolaza, José Luis, “Participación de los stakeholders en la gobernanza corporativa: fundamentación ontológica y propuesta metodológica”, *Universitas Psychologica*, 2012, 11, (2), pp. 619–28, en <https://doi.org/10.11144/Javeriana.upsy11-2.psgc> consulta del 1 de abril de 2023.

Una buena gobernanza de los grupos de interés puede generarle numerosos beneficios a la organización, como una mayor lealtad y compromiso de los empleados, la satisfacción y fidelidad de los clientes, una mejor reputación y relaciones con los proveedores, más aceptación y apoyo de la comunidad y una mayor capacidad para atraer y retener inversores y financiamiento. Además, puede ayudarle a anticipar y gestionar mejor los riesgos relacionados con la reputación y la responsabilidad social, y a aprovechar oportunidades para la innovación y el crecimiento sostenible.

Ahora bien, una de las formas como las organizaciones están demostrando su compromiso con este tipo de políticas es la inclusión en su objeto social de obligaciones que ratifican la adopción de prácticas socialmente responsables y que demuestran que están atentas e involucradas con las necesidades y expectativas de sus grupos de interés. Esto puede ayudar a mejorar la percepción de la empresa y a atraer inversores y clientes que buscan organizaciones socialmente responsables.

Adicionalmente, puede generar beneficios en lo relativo a la gestión de riesgos y a la sostenibilidad a largo plazo. Al establecer una cultura organizacional que valora y respeta los derechos de los diferentes *stakeholders* se pueden reducir los riesgos asociados con conflictos y reclamos legales, así como mejorar la capacidad de la organización de anticipar y responder a los cambios en su entorno social y ambiental.

Sin embargo, en este punto es importante señalar que es un proceso que no se debe hacer a la ligera, sin entender cuál es el contexto de la empresa. Si se llega a comprometer con obligaciones que no puede cumplir, las consecuencias pueden ser desde la pérdida de la buena

voluntad de sus grupos de interés hasta un inmenso daño reputacional y tener que responder por el incumplimiento de sus compromisos.

La inclusión de los *stakeholders* en la gobernanza y en el objeto social de una empresa puede ser vista como un paso hacia la construcción de una sociedad más justa y equitativa al tomar en cuenta sus necesidades y expectativas. De esta forma, las organizaciones pueden contribuir al desarrollo de comunidades más prósperas y sostenibles.

Como se detalla a continuación, la condición legal BIC es una iniciativa promulgada a nivel mundial que busca que las empresas, a través de su gestión, generen un triple impacto⁴⁸⁰ e inicien la implementación de prácticas sostenibles. Pero este no es el único objetivo. También se busca fortalecer la relación de la organización con sus diferentes grupos de interés, intentando aumentar la importancia de su participación de la toma de decisiones de la empresa.

2. Antecedentes

La condición BIC es la de una figura legal derivada de las *Public Benefit Corporation* (PBC) de Estados Unidos, y están catalogadas como organizaciones que si bien tienen la finalidad de generar lucro, la responsabilidad social empresarial es un aspecto fundamental y está incorporada en sus estatutos legales. Lo que significa que los administradores de estas sociedades ostentan una serie de responsabilidades adicionales, porque deben asegurarse de que la empresa cumpla con sus objetivos ambientales, sociales y de gobernanza, además de los objetivos financieros tradicionales.

⁴⁸⁰ John Elkington, en su libro *Enter the Triple Bottom Line*, publicado por Routledge en 2004, introduce el concepto del triple impacto como un término acuñado por él en 1994. Según este concepto, las empresas deben centrar su modelo de negocio en generar impacto en los ámbitos social, ambiental y económico.

El modelo de las PBC tiene su origen en la redacción del abogado corporativo William Clark Jr. y está apoyado por el movimiento impulsado por la organización sin ánimo de lucro B Lab, fundada por Jay Coen, Bart Houlahan y Andrew Kassoy⁴⁸¹. En la actualidad, treinta y seis Estados⁴⁸² cuentan con algún tipo de legislación relativa a la creación de esta condición legal, todas con grandes diferencias⁴⁸³. Sin embargo, existen algunas características comunes, que se detallan a continuación:

- La inclusión de un propósito corporativo más amplio.
- Un deber fiduciario extendido que incluye los intereses de quienes no son accionistas.
- Un marco de reporte para los logros ambientales y sociales⁴⁸⁴.

Los deberes de un administrador en una PBC incluyen, en consecuencia, garantizar la implementación de prácticas éticas y sostenibles; monitorear la efectividad de las prácticas usadas para desarrollar, ejecutar y liderar programas de responsabilidad social, y asegurarse de que la empresa cumpla con los objetivos sociales y ambientales establecidos en sus estatutos. También pueden estar obligados a proporcionar un informe anual detallado sobre la forma

⁴⁸¹ Connolly, Constanza, Mujica, Juan Diego y Noel, Soledad, *Movimiento legislativo de Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo (B.I.C.) en América Latina: análisis, desafíos y propuestas para su avance*, Sistema B, academia B, IDRC-CRDI, Canadá, s.f., en <https://idl-bnc-idrc.dspacedirect.org/bitstream/handle/10625/58656/IDL-58656.pdf>, consulta del 1 de abril de 2023.

⁴⁸² Northwest Registered Agent, “Benefit Corporation Aka The ‘B Corp’”, 2023, en <https://www.northwestregisteredagent.com/corporation/b-corp>, consulta del 1 de abril de 2023.

⁴⁸³ Las diferencias van desde la forma en la que denomina la figura hasta las consecuencias de incumplir con los deberes adquiridos que, en algunos casos, pueden llevar a la disolución de la persona jurídica.

⁴⁸⁴ B Lab United States & Canada, “Benefit Corporations”, 2023, en <https://usca.bcorporation.net/benefit-corporation/>, consulta del 1 de abril de 2023.

en que están llevando esto a cabo y sobre cómo los objetivos están integrados en la estrategia empresarial.

3. Sociedades BIC en Colombia

Colombia se convirtió en el primer país de Latinoamérica en adoptar la condición BIC. Esto se materializó con la promulgación de la Ley 1901 el 18 de junio de 2018, que creó la condición legal para que cualquier empresa comercial existente o futura de cualquier tipo societario pudiera adoptar voluntariamente la condición BIC.

En la exposición de motivos del proyecto de Ley 135 de 2016 se define el objetivo que se busca con la creación de esta figura:

“De acuerdo con uno de los colectivos con presencia en América Latina la misión de construir un esquema normativo y comercial alrededor de la noción de Sociedad BIC es la de construir un ecosistema favorable para fortalecer empresas que utilizan la fuerza del mercado para dar solución a problemas sociales y ambientales, en este sentido, la visión por la que propenden las Sociedades BIC es la de mantener su naturaleza jurídica comercial, es decir con ánimo de lucro, encaminada a lograr una economía donde el éxito se mida por el bienestar de las personas, de las sociedades y de la naturaleza”.⁴⁸⁵

⁴⁸⁵ Proyecto de Ley 135 de 2016. Por medio del cual se crean y desarrollan las sociedades comerciales de Beneficio e Interés Colectivo – BIC. Noviembre 24 de 2016. En <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2016%20-%202017/PL%20135-16%20PROYECTO%20EMPRESAS%20B%20con%20articulo%20adicional%20PDF.pdf>, consulta del 1 de abril de 2023.

Es decir, que por medio de esta figura se busca que las empresas, además de ejecutar actos comerciales, se encaminen a incrementar su compromiso con aspectos de índole social y ambiental, lo cual deberán demostrar en sus reportes de gestión.

La citada ley busca fijar la ruta que debe seguir el empresariado colombiano para implementar prácticas sostenibles por medio de las siguientes pautas:

- Incorporar propósitos sociales y ambientales en el objeto social, independientes del interés económico de sus accionistas/socios.
- Cumplir los propósitos económicos, sociales y ambientales descritos, por medio de los administradores de la empresa.
- Ser transparentes y materializarlo en un reporte en el que se presenta la gestión realizada para cumplir los compromisos adquiridos.

3.1 Adopción de la condición BIC

La Ley 1901 de 2018 establece que cualquier sociedad existente o futura puede adoptar la condición BIC, aclarando que esta condición no equivale a un nuevo tipo societario, sino que se trata solo de una condición legal que representa el compromiso de la sociedad comercial de generar un triple impacto. Es decir, la sociedad sigue ostentando el mismo régimen de responsabilidad de acuerdo con su tipo societario.

“Como signo distintivo de este compromiso, la sociedad comercial debe incluir en su razón social las siglas BIC o la expresión Beneficio e Interés Colectivo. La ley, además,

establece en el párrafo del artículo 2 que las sociedades BIC deben tener una serie de características, y procede a proferir un listado de quince ítems en los que se denota la intención de vincular a los grupos de interés en la toma de decisiones empresariales, como se ve a continuación: “15. Implementan prácticas de comercio justo y promueven programas para que los proveedores se conviertan en dueños colectivos de la sociedad, con el fin de ayudar a estos para salir de la pobreza”⁴⁸⁶.

Estas características empiezan a establecer el ámbito y el alcance de los deberes que tendrá el administrador de una sociedad que adopte la condición BIC, y, aún más, genera el siguiente interrogante: ¿para adoptar la condición BIC una sociedad debe implementar las quince características o basta con contar con al menos una de ellas? Pregunta que no sería contestada hasta que se expide el Decreto 2046 de 2019, que reglamentó la Ley 1901 de 2018 y clasificó las quince características en cinco dimensiones: gobierno corporativo, modelo de negocios, prácticas laborales, prácticas ambientales y prácticas con la comunidad.

La norma estableció, de manera clara y concisa, que la sociedad que desee adoptar la condición BIC debe incluir “al menos una actividad por cada una de las cinco dimensiones”⁴⁸⁷. Aun así, con esta aclaración la redacción de la norma sigue generando un extenso debate sobre la interpretación que se le debe dar al articulado:

⁴⁸⁶ Ley 1901 de 2018. Por medio de la cual se crean y desarrollan las Sociedades Comerciales de Beneficio e Interés Colectivo (BIC). Junio 18 de 2018. DO. N.º 50628, numeral 15 del párrafo del artículo 2.

⁴⁸⁷ Decreto 2046 de 2019. Por el cual se adicionan el Decreto 1074 de 2015, Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, y el Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria, para reglamentar las Sociedades Comerciales de Beneficio e Interés Colectivo (BIC). Noviembre 12 de 2019. DO. N.º 51135.

“3. Que se indique en el objeto social, de forma clara y expresa, las actividades de beneficio e interés colectivo que la sociedad pretende desarrollar dentro del marco jurídico previsto en este Capítulo, incluyendo al menos una actividad por cada una de las cinco dimensiones que se enuncian a continuación”⁴⁸⁸.

Lo anterior significa que deben indicarse de forma clara y expresa las actividades de beneficio e interés colectivo que la sociedad busca poner en marcha, lo cual, en palabras de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Sociedades, significa que “estas sociedades deben incluir en su objeto social, de manera textual y literal la(s) actividad(es) completa(s) escogida(s) de las dimensiones anteriormente señaladas”⁴⁸⁹. Es decir, que desde antes de la adopción de la condición BIC los administradores de la sociedad tienen el deber de estudiar qué actividades de beneficio e interés colectivo se ajustan al contexto de la empresa y pueden ser ejecutadas, teniendo en cuenta el modelo de negocio aplicado. No se trata simplemente de escoger la primera actividad en el listado o la que suena más llamativa.

3.2 Obligaciones y deberes de las sociedades BIC y de sus administradores

Como punto de partida se debe tener la claridad de que el artículo 14 de la Ley 1901 de 2018 dispone que los administradores de sociedades BIC ostentan los mismos deberes y responsabilidades establecidos en la Ley 222 de 1995. Sin embargo, también manifiesta que “deberán tener en cuenta, el interés de la sociedad, el de sus socios o accionistas

⁴⁸⁸Decreto 2046 de 2019

⁴⁸⁹Superintendencia de Sociedades (Marzo 22 de 2022). Oficio 220 - 068746 de 2022. Objeto social de las sociedades de beneficio e interés colectivo (BIC),P.6.

y el beneficio e interés colectivo que se haya definido en sus estatutos sociales”⁴⁹⁰.

No se debe pasar por alto que las sociedades BIC siguen teniendo un ánimo de lucro, razón por la cual los administradores ostentan la obligación de actuar con diligencia y lealtad hacia la sociedad y sus accionistas, y deben tomar decisiones que beneficien a la empresa en su conjunto. Sin embargo, también son responsables de garantizar que la sociedad haga lo posible por cumplir con sus objetivos sociales y ambientales. Esto incluye la implementación de prácticas sostenibles y éticas, según los compromisos adquiridos y descritos en su objeto social, y el monitoreo constante de la efectividad de estas prácticas.

Antes de entrar en detalle y revisar cuál es el alcance de estos deberes particulares se debe recordar que el régimen de responsabilidad de los administradores de las BIC sigue siendo el propuesto por la Ley 222 de 1995. Por esto, es necesario realizar un repaso breve de la norma y, a partir de ese punto, explicar cómo operan las obligaciones adquiridas por haber adoptado esta condición legal.

En cualquier tipo de sociedad, los administradores deben cumplir una serie de deberes y responsabilidades específicas para garantizar el éxito de la empresa. En general, tienen la obligación de actuar con la diligencia y lealtad de un buen hombre de negocio hacia la sociedad y sus accionistas, y tomar decisiones que beneficien a la sociedad en su conjunto⁴⁹¹. Complementando estas obligaciones, toda empresa que opera bajo el contexto actual debe tener en cuenta las expectativas de

⁴⁹⁰ Ley 1901 de 2018.

⁴⁹¹ De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, “los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados”.

sus grupos de interés. En el caso de las sociedades **BIC** esto adquiere una connotación particular, toda vez que su objeto social incluye compromisos respecto a los mismos.

No sobra decir que para que se le pueda atribuir algún tipo de responsabilidad a un administrador de una sociedad **BIC**, adicionalmente del perjuicio causado debe demostrarse que actuó contrario al derecho y que hay una relación directa entre su actuar y el daño en cuestión. Cada administrador tiene claro que la asunción del riesgo es parte del rol que ejecuta, y que necesita un alto grado de autonomía para llevar a cabo sus funciones de manera efectiva. Sin embargo, debe contemplar las medidas necesarias para mitigar cualquier impacto negativo para la sociedad, sus accionistas y terceros, ya que la responsabilidad que puede llegar a tener está directamente relacionada con los riesgos que asume al momento de tomar una decisión⁴⁹².

Ahora bien, tal y como se había enunciado, la condición **BIC** busca que las sociedades comerciales incluyan dentro su modelo de gobernanza obligaciones particulares, tanto en lo que respecta a su modelo de negocio como en sus compromisos ambientales y sociales. Estas disposiciones significan que un administrador tendrá el deber de actuar como un buen hombre de negocios, lo que supone que además de tener una clara comprensión del negocio, debe entender cuáles son sus impactos más significativos en las dimensiones de gobierno corporativo, modelo de negocio y prácticas laborales, ambientales y

⁴⁹² Alemán Vásquez, Elisa y Jiménez Molina, Carolina, “La sostenibilidad en las sociedades comerciales colombianas: su exigibilidad a través del deber fiduciario”, *Revista de Derecho Privado*, 2022, 44, pp. 179–213, en <https://doi.org/10.18601/01234366.44.07> consulta del 1 de abril de 2023.

con la comunidad, y en los compromisos adquiridos con los grupos de interés.

Es así como las actuaciones de los administradores estarán enmarcadas en un balance entre la autonomía con la que deben contar para que puedan ejercer sus funciones y la responsabilidad en la que pueden incurrir. Esta responsabilidad se sustenta en la denominada regla de la discrecionalidad, que busca que los administradores puedan actuar sin temer que su gestión sea puesta en tela de juicio si no se obtienen los resultados esperados, riesgo que en el caso de una sociedad BIC es considerablemente más amplio⁴⁹³. Esto implica no solo enfrentarse a los desafíos de dirigir una empresa, sino también realizar una gestión profesional en todos los aspectos relevantes de la misma. Un administrador de una sociedad BIC diligente debe determinar los impactos más relevantes que la entidad genera en la economía, el medio ambiente y las personas, incluyendo aquellos sobre los derechos humanos, que es lo que se conoce como temas materiales⁴⁹⁴.

Para que una organización pueda cumplir la finalidad de la condición BIC debe alinear sus temas materiales con las actividades que eligió por cada una de las cinco dimensiones ya enunciadas. Es crucial que se realice la tarea previa de comprender el contexto del modelo de negocio antes de tomar decisiones sobre estas actividades, porque luego de que se incluyen en el objeto social se deben cumplir los compromisos adquiridos y, además, documentar la gestión correspondiente en el reporte de gestión, el cual debe estar disponible para la revisión de sus grupos de interés.

⁴⁹³ Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. (Septiembre 1 de 2014). Sentencia 800-52. Sucesores de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda.

⁴⁹⁴ Global Reporting Initiative, *GRI 1: Fundamentos 2021*, p. 8.

En el mismo sentido, un administrador deber estar consciente de que existe la posibilidad de que se presenten escenarios en los que los intereses económicos de la sociedad estén en directa contradicción de los compromisos ambientales y/o sociales adquiridos. En este caso será su responsabilidad usar el mejor criterio para evaluar la situación considerando todos los potenciales impactos, deberá actuar con transparencia en la toma de decisiones y utilizar el reporte de gestión como una herramienta para comunicar a sus *stakeholders* los desafíos que enfrenta la empresa y las decisiones que se están tomando.

Por otro lado, más allá de las cargas que trae para el administrador, también se deben tener en cuenta las ventajas que conlleva la implementación de este tipo de políticas. La adopción de la condición BIC demuestra el compromiso de la organización de ser responsable socialmente y ratifica que está atenta a las necesidades y expectativas de sus diferentes grupos de interés, lo que, como se indicó anteriormente, puede ayudar a mejorar la percepción que ellos tienen de la empresa y atraer inversores y clientes que buscan organizaciones comprometidas.

Es, además, una política que puede resultar como un beneficio relativo a la gestión de riesgos y sostenibilidad a largo plazo, porque al establecer una cultura organizacional que valora y respeta los derechos de los diferentes grupos de interés se pueden reducir los riesgos asociados con conflictos y reclamos legales, así como mejorar la capacidad de la organización para anticipar y responder a los cambios del entorno social y ambiental.

3.3 Reporte de gestión BIC y la responsabilidad del administrador en su elaboración y presentación

La promoción de figuras como la condición BIC, que buscan promover la implementación de prácticas sostenibles en el ecosistema empresarial y la transparencia en el reporte del impacto de su gestión, se debe principalmente a tres razones

- Una creciente demanda de empresas social y ambientalmente responsables.
- Barreras legales que obstaculizan la creación de emprendimientos sociales.
- El objetivo de contrarrestar el llamado *greenwashing*⁴⁹⁵ o ecoblanqueo⁴⁹⁶.

Estos tres factores llevan a concluir que las figuras legales, como la condición BIC, tienen como objetivo aprovechar la oportunidad de explotar un nuevo mercado en donde los consumidores, talento, clientes e inversionistas, entre otros, por la alta disposición (y exposición) a fuentes de información, buscan emprendimientos sociales que se adapten a las necesidades del entorno actual.

⁴⁹⁵ De acuerdo con José Ignacio Teruel Galletti en su artículo “Greenwashing: una aproximación crítica”, el ecoblanqueo es “una estrategia propagandística llevada adelante por empresas, organizaciones internacionales, gobiernos y demás actores, que consiste en utilizar engañosamente el marketing verde con el fin de promover percepciones falaces sobre productos, servicios, objetivos, políticas o una marca en sí misma, buscando generar beneficios, sean tangibles o no, al hacer creer que ellos son respetuosos con el ambiente”. Ver: Galletti, José Ignacio Teruel, “Greenwashing: una aproximación crítica”, *Boletín del Departamento de Derechos Humanos*, 2022, 17, pg 29-33 p. 1.

⁴⁹⁶ Verheyden, Maxime, “Public Reporting by Benefit Corporations: Importance, Compliance, and Recommendations”, *Hastings Business Law Journal*, 2018, 14, (1), pg. 37-106 p. 42.

La forma en la que las sociedades BIC les comunican a sus grupos de interés la gestión realizada es a través de su reporte de gestión. Este, a su vez, es la herramienta por medio de la cual los grupos de interés hacen responsables a las sociedades BIC de los compromisos incluidos en su objeto social. La responsabilidad es un elemento esencial de la condición BIC, ya que sin esta se expone al riesgo de que la figura se convierta en una forma aprobada por el Gobierno para realizar el mencionado ecoblanqueo. En el peor de los escenarios, puede culminar con la pérdida de confianza del público en los emprendimientos sociales.

Como ya se explicó, el control se ejecuta respecto a la información presentada en el reporte de gestión, el cual tiene unos elementos esenciales que están establecidos desde la ley modelo: “Las Sociedades B.I.C. deben presentar cada año un Reporte de Gestión, el cual debe ser confeccionado bajo un estándar independiente de un tercero y ser de acceso público. Este documento debe explicar las gestiones que la empresa ha realizado para impactar positivamente en la sociedad y el ambiente y/o cumplir con el propósito específico consignado en su Estatuto”⁴⁹⁷.

En la legislación colombiana esta disposición quedó estipulada en el artículo 5 de la Ley 1901 de 2018, en donde se describe el reporte de gestión de las actividades BIC en el siguiente sentido: “El representante legal de la sociedad BIC elaborará y presentará ante el máximo órgano social un reporte sobre el impacto de la gestión de la respectiva sociedad, en el que se dará cuenta de actividades de beneficio e interés colectivo desarrolladas por la compañía. Dicha información deberá

⁴⁹⁷ Connolly, Mujica y Noel, *Movimiento legislativo de Sociedad*.

incluirse dentro del informe de fin de ejercicio, que se presenta al máximo órgano social”⁴⁹⁸.

Para que un reporte de gestión se entienda presentado de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1901 de 2018 y el Decreto 2046 de 2019, debe cumplir con los siguientes requisitos mínimos:

- Ser elaborado por el representante legal de la sociedad, utilizando una de las metodologías aprobadas para tal fin⁴⁹⁹.
- Presentar el impacto de la gestión realizada por la sociedad, así como el resultado de las actividades de beneficio e interés colectivo elegidas por cada una de las cinco dimensiones, de manera cualitativa y cuantitativa.
- El representante legal debe presentar el reporte de gestión BIC ante el máximo órgano social y su información debe incluirse en el informe de gestión de la sociedad⁵⁰⁰.
- Una vez presentado, el reporte de gestión debe ser publicado en la página web de la sociedad. Si no tiene página web, debe ser publicado en un lugar visible en la sede de la empresa para que los interesados puedan conocerlo.

⁴⁹⁸ Ley 1901 de 2018.

⁴⁹⁹ La Superintendencia de Sociedades tiene la facultad de determinar los estándares independientes que se pueden usar para elaborar el reporte de gestión de las sociedades BIC, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1901 de 2018. En este sentido se emitió la Resolución 200-004394 de 2018, en donde en su artículo 1 se declaró que se podían usar las siguientes metodologías para el citado propósito:

1. “La Certificación de Sociedad Tipo B de B Corporation.
2. Los Estándares GRI del Global Reporting Initiative.
3. La norma ISO 26000 de Responsabilidad Social Empresarial de la International Organization for Standardization
4. La Guía para los Objetivos de Desarrollo Sostenible (SDG Compass) de las Naciones Unidas, el World Business Council for Sustainable Development y el GRI.
5. La serie de normas AA1000 de Relacionamento y Responsabilidad Social de AccountAbility”.

⁵⁰⁰ El contenido del informe de gestión se detalla en el artículo 47 de la Ley 222 de 1995.

Nótese que las citadas normas le asignan la responsabilidad de elaborar y presentar el reporte de gestión BIC al representante legal, es decir, que es su carga, verificar la adecuada implementación de los compromisos económicos, ambientales y sociales adoptados por la organización, así como exponer al máximo órgano social los resultados de la gestión obtenida en el año a reportar. Así mismo, se debe tener en cuenta que la norma requiere que el reporte sea de acceso público.

Esta práctica funciona como un mecanismo de control por parte de los grupos de interés sobre la gestión realizada por la sociedad. Este control puede culminar en una sanción pecuniaria⁵⁰¹ o, incluso, en la pérdida de la condición BIC⁵⁰². Esto depende de la seriedad de los incumplimientos, que pueden ser resultado directo de la gestión realizada por el representante legal y, por lo tanto, su responsabilidad.

⁵⁰¹ El artículo 86 de la Ley 222 de 1995 le da la facultad a la Superintendencia de Sociedades de imponer sanciones hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales, cualquiera sea el caso, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos.

⁵⁰² El artículo 2.2.1.15.11 del Decreto 2046 de 2019 establece que:

“La pérdida de la condición de Beneficio e Interés Colectivo puede ocurrir por la reforma voluntaria de los estatutos o por la declaratoria del incumplimiento del estándar independiente escogido por la sociedad. En ambos eventos, la pérdida de la condición es un acto sometido a inscripción en el registro mercantil y, a partir de ese momento, se eliminará de su razón social la expresión ‘Beneficio e Interés Colectivo’ o la sigla ‘BIC’.

En el evento en que se presente un incumplimiento reiterado del estándar independiente escogido por la sociedad para revelar el desarrollo, medición e impacto de las actividades de beneficio e interés colectivo señaladas en sus estatutos, o no se cumplan con las órdenes de la Superintendencia en los casos previstos en el parágrafo del artículo 2.2.1.15.7. del presente decreto, la sociedad perderá la condición de ‘BIC’. Un incumplimiento se considerará reiterado cuando se presente cualquier tipo de incumplimiento en más de una oportunidad en un lapso de seis meses o cuando se trate de una conducta continuada.

Igualmente, perderá dicha condición cuando ajuicio de la Superintendencia de Sociedades dicho incumplimiento se califique como grave. La gravedad estará determinada por el interés que resulte afectado con el incumplimiento, por la diligencia de la sociedad en atender sus deberes legales y por los demás criterios contenidos en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 que resulten aplicables”.

Dentro de las buenas prácticas y recomendaciones que un administrador podría implementar para evitar estos resultados están:

- Tener claro el contexto de la empresa, su modelo de negocio y su impacto en cada área.
- Determinar qué actividades de beneficio e interés colectivo son afines a la empresa y sus prácticas.
- Determinar cuáles de las actividades elegidas generan un mayor impacto en la organización.
- Implementar procesos que tengan como objetivo el seguimiento de los impactos negativos de la empresa.
- Someter el reporte de gestión a la auditoría de un tercero externo para su verificación⁵⁰³.
- Socializar el contenido del reporte con los grupos de interés, de esta forma se empiezan a vincular en la dirección de la empresa.

En la práctica, este ha sido un ejercicio que ha probado ser un desafío para las sociedades BIC. Los costos de aprendizaje de las nuevas obligaciones han resultado en un bajo porcentaje de sociedades que han cumplido sus deberes legales. De acuerdo con la información reportada por la Superintendencia de Sociedades, de las 1260⁵⁰⁴ entidades obligadas a presentar reportes de gestión para 2022 solo 667⁵⁰⁵ cumplieron con su deber de reportar.

⁵⁰³ El artículo 6 de la Ley 1901 de 2018 establece que si la empresa así lo desea, voluntariamente podrá someter su reporte a la auditoría de un tercero.

⁵⁰⁴ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, *Informe de Gestión 2021*, Bogotá, s.f., en <https://www.mincit.gov.co/getattachment/ministerio/planeacion/informe-de-gestion-del-sector-cit/informe-de-gestion-del-sector-comercio-industr-4/informe-de-gestion-mincit-2021.pdf.aspx>, consulta del 9 de abril de 2023.

⁵⁰⁵ Superintendencia de Sociedades, *Rendición de Cuentas 2022*, Bogotá, s.f., en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/3153549/Presentacion-Rendicion-de-Cuentas-2022-Supersociedades.pdf/e3b4fbf0-5786-6b96-ab93-b173dff5c21f?t=1669734334824>, consulta del 9 de abril de 2023.

Esto parece indicar que muchas sociedades adoptaron la condición BIC sin realmente entender el alcance de las obligaciones legales que adquirieron, y que cuando encuentran dificultades en la preparación de su reporte deciden simplemente no hacerlo, lo cual puede llevar a que en un futuro cercano se inicie una serie de procesos administrativos que sancionen los incumplimientos presentados, algo que, a su vez, puede repercutir en los administradores de este ecosistema empresarial⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ Pacto Global Colombia, (2023, 11 de enero), #12CongresoPactoGlobal: Avances de las empresas BIC en Colombia [archivo de video], 2023, <https://www.youtube.com/watch?v=aBuIDizShb8>, consulta del 9 de abril de 2023

Conclusiones

1. La condición de sociedad **BIC** encuentra su origen en la figura de *Public Benefit Corporation* creada en Estados Unidos, y se caracteriza por tratarse de empresas con ánimo de lucro, pero en las que la responsabilidad social es un elemento esencial, lo que ratifican en sus estatutos legales.
2. Los administradores de las sociedades **BIC** ostentan una serie de responsabilidades adicionales a las de un administrador tradicional; ellos son quienes deben velar porque la empresa cumpla con sus compromisos ambientales, sociales y de gobernanza, además de buscar la obtención de los objetivos financieros.
3. Por medio de la Ley 1901 del 18 de junio de 2018 Colombia se convirtió en el primer país de Latinoamérica en crear la condición legal **BIC** que busca promover la implementación de prácticas sostenibles que tengan como resultado la continuación de la empresa en el tiempo y la necesidad de establecer relaciones de confianza y transparencia con sus grupos de interés.
4. La condición **BIC** no implica un nuevo tipo societario, sino un compromiso legal de generar un triple impacto. Para adoptarla, en la razón social se debe agregar la sigla **BIC** o la expresión Beneficio e Interés Colectivo, y se debe incluir, al menos, una actividad por cada una de las cinco dimensiones: gobierno corporativo, modelo de negocios, prácticas laborales, prácticas ambientales y prácticas con la comunidad.

5. La forma de garantizar que la sociedad **BIC** cumple sus deberes es verificando el reporte de gestión, que funciona como una herramienta fundamental para comunicar a los grupos de interés las actividades de beneficio e interés colectivo que realiza y el impacto que ha tenido en la sociedad y el medio ambiente, lo cual, además, termina siendo un medio de control de estas actividades.
6. Si bien la normativa confirma que los administradores siguen ostentando los mismos deberes y responsabilidades establecidos en la Ley 222 de 1995, también aclara que a partir de la adopción de la condición **BIC** deberán tener en cuenta el interés de la sociedad y el de sus socios o accionistas, y, adicionalmente, velar por el cumplimiento de los compromisos de beneficio e interés colectivo que se hayan definido en sus estatutos sociales.
7. La elaboración y presentación del reporte de gestión está a cargo del representante legal de la sociedad, quien a su vez es el garante de que se cumplan los deberes y requisitos establecidos en la Ley 1901 de 2018 y el Decreto 2046 de 2019. La responsabilidad de la elaboración y presentación del reporte de gestión **BIC** del representante legal y su cumplimiento es fundamental para evitar sanciones pecuniarias o, incluso, la pérdida de la condición **BIC**.

Referencias

- Alemán Vásquez, Elisa y Jiménez Molina, Carolina, “La sostenibilidad en las sociedades comerciales colombianas: su exigibilidad a través del deber fiduciario”, *Revista de Derecho Privado*, 2022, 44, pp. 179-213, en <https://doi.org/10.18601/01234366.44.07> consulta del 1 de abril de 2023.
- Alvarado Guzmán, Daniela y López Gómez, Lina María, “Cortoplacismo societario como una expresión del modelo de primacía de los accionistas y la necesidad de repensar dicho modelo: Estados Unidos y Colombia”, *Dikaion*, 2021, 30, (2), pp. 462-498, en <https://doi.org/10.5294/dika.2021.30.2.6> consulta del 1 de abril de 2023.
- B Lab United States & Canada, “Benefit Corporations”, 2023, en <https://usca.bcorporation.net/benefit-corporation/> consulta del 1 de abril de 2023.
- Connolly, Constanza, Mujica, Juan Diego y Noel, Soledad, *Movimiento legislativo de Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo (B.I.C.) en América Latina: análisis, desafíos y propuestas para su avance*, Sistema B, academia B, IDRC-CRDI, Canadá, s.f. <https://idl-bnc-idrc.dspacedirect.org/bitstream/handle/10625/58656/IDL-58656.pdf> consulta del 1 de abril de 2023.
- Decreto 2046 de 2019. Por el cual se adicionan el Decreto 1074 de 2015, Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, y el Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria, para reglamentar las Sociedades Comerciales de Beneficio e Interés Colectivo (BIC). Noviembre 12 de 2019. DO. N.º 51135.

- Elkington, John, *Enter the Triple Bottom Line*, Routledge, 2004.
- Galletti, José Ignacio Teruel, “Greenwashing: una aproximación crítica”, *Boletín del Departamento de Derechos Humanos*, 2022, 17, pg. 29-33.
- Global Reporting Initiative, *GRI 1: Fundamentos 2021*, Países Bajos, 2022.
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.
- Ley 1901 de 2018. Por medio de la cual se crean y desarrollan las Sociedades comerciales de Beneficio e Interés Colectivo (BIC). Junio 18 de 2018. DO. N.º 50628.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, *Informe de Gestión 2021*, Bogotá, 2021, s.f., <https://www.mincit.gov.co/getattachment/ministerio/planeacion/informe-de-gestion-del-sector-cit/informe-de-gestion-del-sector-comercio-industr-4/informe-de-gestion-mincit-2021.pdf.aspx>, consulta del 9 de abril de 2023
- Northwest Registered Agent, “Benefit Corporation Aka The ‘B Corp’”, 2023, en <https://www.northwestregisteredagent.com/corporation/bcorp> consulta del 1 de abril de 2023.
- Pacto Global Colombia, (2023, 11 de enero), *#12CongresoPactoGlobal: Avances de las empresas BIC en Colombia* [archivo de video], 2023, <https://www.youtube.com/watch?v=aBuIDIZShb8>, consulta del 9 de abril de 2023.
- Proyecto de Ley 135 de 2016. Por medio del cual se crean y desarrollan las sociedades comerciales de Beneficio e Interés

Colectivo - BIC. Noviembre 24 de 2016. En <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2016%20%202017/PL%20135-16%20PROYECTO%20EMPRESAS%20B%20con%20articulo%20adicional%20PDF.pdf> consulta del 1 de abril de 2023.

San-Jose Ruiz de Aguirre, Leire, y Retolaza, José Luis, “Participación de los stakeholders en la gobernanza corporativa: fundamentación ontológica y propuesta metodológica”. *Universitas Psychologica*, 2012, 11, (2), PP. 619-28, en <https://doi.org/10.11144/Javeriana.upsyl11-2.psgc> consulta del 1 de abril de 2023.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. (Septiembre 1 de 2014). Sentencia 800-52. Sucesores de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda.

Superintendencia de Sociedades, *Rendición de Cuentas 2022*, Bogotá, s.f., en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/3153549/Presentacion-Rendicion-de-Cuentas-2022-Supersociedades.pdf/e3b4fbf0-5786-6b96-ab93-b173dff5c21f?t=1669734334824> consulta del 9 de abril de 2023.

Superintendencia de Sociedades. (Marzo 22 de 2022). Oficio 220-068746 de 2022. Objeto social de las sociedades de beneficio e interés colectivo (BIC).

Superintendencia de Sociedades. (Octubre 18 de 2018). Resolución 200-004394. Por la cual se reconocen unos estándares independientes para la preparación de informes de gestión en las sociedades de Beneficio e Interés Colectivo. En <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159008/>

[Resoluci%C3%B3n+200+-+004394.pdf/609b9316-d613-1fc7-1169-d621bf65a265?t=1647105540250](#), consulta del 1 de abril de 2023.

Verheyden, Maxime, “Public Reporting by Benefit Corporations: Importance, Compliance, and Recommendations”, *Hastings Business Law Journal*, 2018, 14, (1), pp. 37-106.

CAPÍTULO 11

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS DECISIONES LABORALES DE ALTO IMPACTO

Diana Camila Gaitán Hemelberg



LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS DECISIONES LABORALES DE ALTO IMPACTO

Diana Camila Gaitán Hemelberg⁵⁰⁷

Introducción

Cuando hablamos de decisiones de alto impacto en el mundo empresarial es natural pensar en los grandes contratos comerciales, compraventas de productos, alianzas estratégicas entre compañías, fusiones, escisiones y compras de acciones. Estas son transacciones que constituyen el día a día de las compañías y su principal fuente de ingresos.

Sin perjuicio de esto, hay un elemento, a veces subestimado, que constituye el alma de las empresas: sus trabajadores. En numerosas ocasiones, en los grandes negocios y transacciones entre sociedades se lo tiende a subvalorar porque, a primera vista, parece ser las contingencias de menor cuantía. En efecto, si se comparan las consecuencias de liquidar erróneamente las vacaciones de un trabajador con cometer un error tributario o comercial con un gran proveedor, seguramente las vacaciones pasarán a un segundo plano.

A pesar de esto, si bien hay temas laborales que afectan solo a un trabajador y por eso su impacto es individual y, en ese sentido, no son “económicamente relevantes”, existen otros que pueden tener consecuencias cuantiosas para las empresas. A lo largo de este escrito

⁵⁰⁷ Abogada y especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana. Asociada de Godoy Córdoba Abogados. Coautora del libro *Conglomerados en Colombia. Actualidad y Perspectivas*. Profesora auxiliar de la Especialización en Derecho Laboral de la misma universidad. cgaitan@godoycordoba.com

se expondrán algunas de estas situaciones, propias de las relaciones con los trabajadores, que por su relevancia económica podemos denominarlas “de alto impacto”⁵⁰⁸ y, por tanto, deben ser manejadas por los administradores de las sociedades con especial cuidado para evitar eventuales acciones de responsabilidad por parte de la sociedad.

1. Los administradores y la representación societaria y laboral

El artículo 22 de la Ley 222 de 1995⁵⁰⁹ establece que para efectos societarios los administradores son 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.

En este escrito vamos a analizar las decisiones que, de cara al relacionamiento con los trabajadores, se pueden tomar en nombre de una sociedad. Por lo tanto, nos enfocaremos en los representantes legales (y, eventualmente, en los miembros de junta), porque son los administradores que más deben tener en cuenta y evaluar el impacto de estas situaciones con respecto a una eventual acción de responsabilidad.

De acuerdo con esto, antes de entrar en el detalle sobre las decisiones laborales de alto impacto debemos hacer énfasis en las diferencias entre los conceptos de representación societaria y laboral y la relación

⁵⁰⁸ Según el doctor Carlos Godoy, las decisiones de alto impacto laboral solo pueden ser adoptadas por las áreas especializadas, como las gerencias, y solo pueden ser ejecutadas por funcionarios con conocimiento claro del impacto de estas decisiones. Godoy Fajardo, Carlos Hernán, *Derecho Laboral Societario. Claves para la toma de decisiones de las sociedades como empleadoras*, LID, Bogotá, 2022, p. 29.

⁵⁰⁹ Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.

que hay entre ellos, algo relevante para los puntos que desarrollaremos a continuación.

La representación legal en materia societaria se refiere, en términos generales, a la facultad que tiene una persona de actuar en nombre de una sociedad y obligarla jurídicamente ante terceros. Es totalmente solemne, ya que solo la tienen aquellos designados por los estatutos de la sociedad en los términos que allí se establecen.

En derecho laboral el concepto es más amplio. La representación frente a los trabajadores está establecida en el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo⁵¹⁰, que dispone:

Son representantes del empleador y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:

a) Las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleador.

Para el doctor Carlos Hernán Godoy Fajardo⁵¹¹, la representación laboral puede ser de tres tipos:

- i) Representación legal, que coincide con la representación societaria, pero se diferencia en que tiene otras fuentes, ya

⁵¹⁰ Código Sustantivo del Trabajo. Decreto 2663 de 1950. Agosto 5 de 1950. DO. N.º 27407.

⁵¹¹ Godoy Fajardo, Carlos Hernán, *Derecho Laboral Societario. Claves para la toma de decisiones de las sociedades como empleadoras*, LID, Bogotá, 2022, p. 26.

que en materia laboral los representantes pueden ser designados en documentos como el reglamento interno de trabajo.

- ii) Representación funcional, que está dada por las funciones y por la posición jerárquica que tiene una persona dentro de la organización. Normalmente la ostentan quienes tienen facultades de subordinación o disciplinarias o tienen poder discrecional.
- iii) Representación real o consentida, ejercida por quienes no tienen funciones de dirección, pero en la práctica realizan actos de representación con la tolerancia o autorización de los representantes legales de la compañía.

Distinguir los tipos de representación es relevante, porque, claramente, el representante legal tiene representación laboral de cara a los colaboradores, pero, además, responde por las decisiones que tomen los demás representantes laborales por el concepto que ya mencionamos de la representación consentida.

Por ejemplo, si el gerente general (representante legal) no tomó la decisión de despedir a una trabajadora embarazada, pero permitió que lo hiciera el gerente de gestión humana, puede llegar a tener responsabilidad por haber consentido tal actuación.

2. La responsabilidad de los administradores y la acción social de responsabilidad

Antes de entrar en detalle sobre algunas situaciones en las que de manera particular puede verse comprometida la responsabilidad de un administrador de cara a decisiones laborales, explicaremos, en términos generales, a qué nos referimos cuando hablamos de la “responsabilidad del administrador”. Para hacerlo, debemos remitirnos al artículo 24 de la Ley 222 de 1995:

El artículo 200 del Código de Comercio quedará así:

ARTICULO 200. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

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

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

De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

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

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

En este sentido, si un administrador toma una decisión laboral que por su culpa o dolo ocasione daños a la compañía, deberá responder. El instrumento para hacer valer esa responsabilidad está contemplado en el artículo 25 de la mencionada ley, que establece que “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”.

Esta acción se interpone hoy en día, a prevención, ante la jurisdicción ordinaria o ante la Superintendencia de Sociedades⁵¹² para que los administradores respondan pecuniariamente por los daños ocasionados a la sociedad cuando quebranten sus deberes de lealtad y diligencia. En este sentido, para efectos de nuestro estudio, cuando hablemos de la responsabilidad de los administradores debemos entenderla como la posibilidad de que sean demandados por la sociedad y tengan que pagar por los daños que ocasionen respecto a los trabajadores.

⁵¹² “Las funciones jurisdiccionales a que se refiere este artículo, generan competencia a prevención y, por ende, no excluyen la competencia otorgada por la ley a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas en estos determinados asuntos”. Ver: Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO. N.º 48489, parágrafo 1 del artículo 24.

Adicionalmente, existen otros mecanismos, como la desestimación de la personalidad jurídica que, permite perseguir el patrimonio de los administradores y los socios cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, y estos deberán responder solidariamente (artículos 24, numeral 5º, del Código General del Proceso y artículo 42 de la Ley 1258 del 2008).

3. Decisiones laborales de alto impacto que pueden implicar responsabilidad de los administradores

Teniendo claro el panorama general de responsabilidad, a continuación expondremos situaciones concretas en materia laboral en las que podría haber lugar a una eventual acción social de responsabilidad en contra de un administrador.

3.1. Situaciones de conflicto de interés

La Ley 222 de 1995, en su artículo 23, dispone que los administradores deben abstenerse de participar en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos en los cuales exista conflicto de interés, salvo autorización expresa del correspondiente órgano social. Incumplir el deber de lealtad puede dar lugar a la acción social de responsabilidad y a la nulidad de los actos jurídicos que celebren en contravía de este deber. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades ha sostenido que

En primer lugar, podrá solicitarse la nulidad absoluta de las operaciones celebradas sin darle cumplimiento a lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222, tal y como se reconoció expresamente en el Decreto 1925 de 2009. En el artículo 5 de esta última norma se dispone, además, que

“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”. En segundo lugar, podrá hacerse efectiva la responsabilidad del respectivo administrador, por la violación expresa de los deberes legales a su cargo. En los términos del ya citado artículo 5, “el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios”.⁵¹³

El tema de conflictos de interés es muy amplio y tiene aplicación en todo tipo de decisiones, incluyendo las laborales. Una situación de este estilo se presentó entre Metabólica S.A.S. y su representante legal suplente, Miguel Ángel Rodríguez, que estaba vinculado a la compañía con un contrato de trabajo. El 21 de diciembre de 2016, Rodríguez aprobó, en representación de la empresa, la transferencia de \$124.930.337 a su favor por concepto de unas bonificaciones extrasalariales causadas en 2014 y 2015.

De acuerdo con sus declaraciones, la transferencia obedeció a una política de incentivos que tenía Metabólica S.A.S. que reconocía a los empleados con base en el cumplimiento de cinco objetivos que eran fijados trimestralmente según cada cargo. Estas bonificaciones las debían aprobar previamente la Gerencia Comercial y la Gerencia de Asuntos Médicos.

Sin embargo, el despacho encontró que el pago hecho por Rodríguez no había seguido el procedimiento interno establecido, porque no

⁵¹³ Superintendencia de Sociedades. (Mayo 30 de 2019). Proceso 2017-800-00303. Radicado 2019-01-228204.

había sido aprobado por la Gerencia de Asuntos Médicos. Ante eso, la Superintendencia de Sociedades concluyó que

En este orden de ideas, al no contarse con la autorización interna de la gerente de asuntos médicos, es claro que el acto de pago de los \$124.930.337 por parte del señor Rodríguez, como representante legal suplente de Metabólica S.A.S., a su favor, no correspondió a la bonificación por cumplimiento antes referida. Se trató, entonces, de un simple acto de representación de la compañía que no estaba atado, legalmente, a la referida bonificación. De ahí que, para el efecto, se hubiera requerido la autorización del máximo órgano social en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.⁵¹⁴

Por esta razón, se declaró la nulidad de esos pagos y se le ordenó a Rodríguez que reintegrara a la sociedad la totalidad de la suma mencionada indexada, sin intereses. Este caso es bien interesante porque, además, a pesar de estar acreditado el conflicto de interés, el despacho advierte que no es procedente la acción social de responsabilidad porque no se demostró que la sociedad hubiera sufrido daño alguno, de manera que bastaba con el reintegro de las bonificaciones.

Este proceso resuelto por la Superintendencia de Sociedades es muy ilustrativo de las situaciones de conflicto de interés que tienen impacto laboral; y aunque no hubo responsabilidad por perjuicios, consideramos que sí pudieron haberse causado si un juez laboral hubiera declarado la naturaleza salarial de estos pagos (que

⁵¹⁴ Superintendencia de Sociedades. Proceso 2017-800-00303.

erróneamente fueron tratados como pagos de naturaleza no salarial⁵¹⁵), y condenar a pagar los aportes a seguridad social con intereses o la indemnización moratoria laboral por el no pago de cesantías. De igual forma, habría podido ocasionar perjuicios si la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP) hubiera iniciado una fiscalización e impuesto sanciones por el no pago de los aportes sobre estos conceptos.

3.2. Negligencia en la toma de decisiones laborales

Hablar de negligencia en las decisiones con respecto a los trabajadores es un asunto muy amplio. En este sentido, para acotar el tema, en este apartado se expondrán algunas decisiones o actos que, debido a su envergadura, son ejecutados (o aprobados) directamente por los administradores y pueden llegar a ocasionar perjuicios a la sociedad.

3.2.1. Terminaciones de contratos y firma de acuerdos de transacción

En ocasiones, la finalización de un contrato, con o sin justa causa, es una decisión que toman los jefes de talento humano o los gerentes de estas áreas, quienes solo en algunos casos son representantes legales y tienen la calidad de administradores.

A pesar de esto existen terminaciones más complejas que requieren la intervención o aprobación del representante legal. Normalmente estos son los casos de las personas que cuentan con algún fuero de estabilidad laboral reforzada, lo que implica que el contrato no se

⁵¹⁵ Se debe recordar que en materia laboral no es posible desnaturalizar un pago que tiene como fin remunerar el servicio prestado. Así, independientemente del nombre que se le dé, si el pago cumple con estas características debe tener naturaleza salarial.

puede finalizar sin justa causa. Por lo tanto, se requiere firmar un documento de terminación de mutuo acuerdo que, en la mayoría de las situaciones, va acompañado de la suscripción de un acuerdo de transacción.

Estos acuerdos de transacción son válidos en el ámbito laboral siempre que versen sobre derechos inciertos y discutibles, según lo establecido en el artículo 15 del Código Sustantivo de Trabajo. Estos pactos obligan al empleador a pagar una suma transaccional, y al trabajador, a que renuncie a interponer reclamaciones judiciales y administrativas, sobre el asunto que se está transigiendo, en contra de la empresa. Como se trata de un documento de carácter civil, normalmente lo firma el representante legal. Así, en los casos de estabilidad laboral reforzada se termina el contrato de mutuo acuerdo y se firma una transacción sobre la forma en la que se terminó, de manera que no haya lugar a posteriores reclamaciones de reintegro.

Sobre estos casos, consideramos que pueden darse dos situaciones que podrían impactar la responsabilidad de los administradores:

- i. Que el contrato de transacción sea declarado nulo.

Los acuerdos de transacción son un medio de autocomposición de conflictos válido y legal y prestan mérito ejecutivo. Excepcionalmente pueden ser declarados nulos, como cualquier otro negocio jurídico, por alguna de las causales de nulidad, como que se celebren sobre un objeto ilícito o con vicios del consentimiento.

Hay casos en los que sería clara la responsabilidad de un administrador que celebrara este tipo de acuerdos, por ejemplo, cuando el derecho

es evidentemente cierto e indiscutible. Así, el administrador que firmara una transacción sobre aportes a pensión, prestaciones sociales causadas, salarios, vacaciones ciertas, etcétera, actuaría de forma negligente. Sin embargo, las que queremos resaltar son aquellas situaciones en la que no es claro que el objeto de la transacción pueda considerarse ilícito.

Como mencionamos al inicio de este apartado, para terminar un contrato con un trabajador que tiene estabilidad laboral reforzada la regla general es que se haga por medio de un mutuo acuerdo de terminación, acompañado de la firma de una transacción en la que el objeto no es el fuero, sino la manera en la que termina el contrato de trabajo. De acuerdo con esto, la práctica usual es que, por ejemplo, para el caso de trabajadoras con fuero de maternidad, si se requería, el contrato de trabajo podía terminar de esta manera, ya que el fuero protege únicamente de terminaciones unilaterales por parte del empleador.

Esta postura era muy clara hasta que la Corte Constitucional, con la Sentencia T-438 del 2020, cambió su entendimiento sobre esta protección. En una situación en la que el contrato de trabajo de una mujer con fuero de maternidad terminó de mutuo acuerdo con la firma de la transacción, la corporación dispuso que esto no era válido, y que para estos casos la única forma legítima de terminación era la renuncia libre de la trabajadora. Al respecto, la Corte dispuso:

“De igual forma, en el caso particular de la estabilidad laboral reforzada por maternidad esta Corte también ha entendido que se trata de un derecho cierto e indiscutible que, por ende, en los términos del artículo 15 del C.S.T., no puede ser sometido a

transacción para la terminación del contrato. Por tanto, en caso de pactarse una terminación de mutuo acuerdo que involucre la estabilidad laboral por maternidad, el mencionado acuerdo se entenderá ineficaz.

[...]

De igual forma, eventualmente se podría alegar que es incoherente que la estabilidad reforzada por maternidad, siendo un derecho cierto e indiscutible, o también denominado irrenunciable, pueda renunciarse por la trabajadora con su manifestación de renuncia voluntaria y unilateral al cargo. No obstante, es necesario resaltar que dicha afirmación no encuentra asidero, en razón a que el artículo 15 del C.S.T. señala de forma expresa que no es válida la “transacción” en asuntos del trabajo cuando se efectúa sobre derechos ciertos e indiscutibles, como lo es el fuero de maternidad (párrafo 57). Por tanto, es claro que la norma ha delimitado la “irrenunciabilidad” a derechos ciertos e indiscutibles, como el fuero de maternidad, específicamente al campo de la transacción o el mutuo acuerdo”⁵¹⁶.

Sobre esto, es importante resaltar que la Corte Constitucional está confundiendo dos temas diferentes: uno es el fuero de estabilidad del que goza una persona, que al ser una garantía cierta e indiscutible no se puede transigir. Otro distinto es la manera de terminación del contrato (mutuo acuerdo), que sí puede ser objeto de una transacción.

Así, no son claros los argumentos de la corporación para restarle validez a una forma totalmente legal de terminar un contrato que

⁵¹⁶ Corte Constitucional. (Octubre 6 de 2020). Sentencia T 438 del 2020. Expediente T-7.742.471. [MP. Diana Fajardo Rivera].

respetar el fuero de maternidad. En todo caso, lo cierto es que un juez podría usar esta sentencia como precedente para desconocer la validez de un acuerdo de transacción firmado con una trabajadora en estado de embarazo. Según esto, ¿es responsable el administrador que firma un acuerdo de transacción con estas características y que después es desconocido por el juez de tutela y, luego, por el juez ordinario laboral con base en los argumentos constitucionales?

Al respecto, debemos señalar que, a diferencia del caso que expusimos sobre los conflictos de intereses, la vulneración del fuero de maternidad sí genera perjuicios para la sociedad, porque no solo implica regresar la cosas al estado anterior (reintegrarla y pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir), sino que, además, puede involucrar el pago de aportes a pensión con intereses o por medio de cálculo actuarial, lo cual puede ser muchísimo más cuantioso. De igual forma, da lugar al pago de una indemnización adicional de 60 días de salario, según lo dispuesto en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.

Entonces, volviendo a la pregunta, si del daño se trata, sí habría elementos para que respondiera el administrador que firma la transacción. Sin embargo, la duda es si se puede argumentar o no que hubo negligencia. Para poder responder este interrogante no hay doctrina ni jurisprudencia específica. No obstante, algunos criterios que se pueden evaluar son: i) si hubo o no elementos que pudieran viciar el consentimiento de la trabajadora y de los que sabía el representante legal, ii) si elevó el tema a la junta directiva de la sociedad y iii) si recibió o no asesoría jurídica suficiente para tomar esta decisión. Si bajo estos criterios se determina que el administrador actuó con

negligencia, consideramos que sí podrían condenarlo a responder por los daños ocasionados a la sociedad.

- ii. Que el contrato de trabajo de una persona con fuero se termine sin justa causa (sin firma de transacción)

Cuando una persona goza de estabilidad laboral reforzada no es posible terminar su contrato de trabajo sin justa causa. Así, en muchas ocasiones, cuando una empresa desea terminar de esta forma un vínculo laboral el reto está en determinar si la persona goza o no de esta protección constitucional. Recordemos que en la actualidad existen diferentes tipos de fueros que tienen origen legal o jurisprudencial, entre ellos, el fuero de maternidad, de maternidad extendido, de madre o padre cabeza de familia fuero de prepensionados, fuero de salud, sindical y circunstancial.

Algunos obedecen a criterios objetivos, de manera que es fácil determinar si una persona encaja o no en ellos. Es el caso del fuero de prepensionado (estar a menos de tres años de cumplir los requisitos mínimos para obtener la pensión de vejez) o del fuero sindical (en términos generales, ser líder sindical).

Existen otros que han evolucionado con el tiempo, por ejemplo, el fuero de salud, que ha tenido tantas variaciones que incluso la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia tienen entendimientos diferentes.

No entraremos en una explicación detallada de las líneas jurisprudenciales de cada corporación, pero, en términos generales, se

puede decir que la Corte Constitucional tiene una visión mucho más proteccionista que la Corte Suprema de Justicia, que tiene criterios más estrictos que debe acreditar el trabajador (barreras para ejercer sus funciones o una pérdida de su capacidad laboral [PCL] superior al 15 %). En contraste, la Corte Constitucional aplica este tipo de protección a cualquier trabajador que tenga una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades⁵¹⁷. Esto hace que muchos procesos de reintegro se pierdan vía tutela, pero se puedan discutir, e incluso ganar, cuando el trabajador interpone una demanda ante la jurisdicción ordinaria.

Por lo anterior, cuando un gerente (representante legal) está ante la incertidumbre de si terminar o no sin justa causa el contrato de trabajo de uno de sus directivos (decisiones en las que normalmente intervienen), deben verificar que no cuente con estabilidad laboral reforzada, especialmente, con un eventual fuero de salud.

En la Sentencia SL3783 del 2022⁵¹⁸, la Corte Suprema de Justicia conoció el caso de un trabajador que era parte del equipo de gerencia de su empleador y cuyo contrato fue terminado sin justa causa en 2014. En consecuencia, el trabajador interpuso una demanda laboral en la que argumentaba que estaba protegido por un fuero de salud, puesto que luego de la terminación fue calificado con una PCL del 20 %. En las primeras instancias, la empresa fue absuelta porque, precisamente, al momento de la terminación el empleado no estaba calificado.

⁵¹⁷ Corte Constitucional. (Marzo 9 de 2022). Sentencia SU087/22. [MP. José Fernando Reyes Cuartas].

⁵¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Descongestión Laboral. Sentencia SL3783 del 2022. [MP. Carlos Arturo Guarín Jurado].

Sin embargo, cuando la Corte resolvió el caso 10 años después, determinó que sí había lugar a la protección del trabajador porque, aunque la fecha de estructuración y calificación era posterior a la terminación del contrato, mientras estuvo vigente el vínculo laboral el trabajador sufría las patologías que dieron origen a la PCL (depresión y ansiedad), tanto así, que antes de la terminación ya había sido remitido a medicina laboral.

En este caso, la Corte solo condenó al reintegro y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir y de los aportes a la seguridad social, de manera que se podría decir que los daños reales ocasionados a la empresa fueron las costas procesales y los honorarios de los abogados que llevaron el proceso. No obstante, pudieron haber sido mayores, debido a que la corporación pudo haber ordenado el pago de los aportes a pensión a través de cálculo actuarial, lo que podría incrementar cinco veces el monto de los aportes. Ahora, como por la relevancia del cargo del trabajador quien tomó la decisión del despido fue el representante legal, cabe preguntarse si la sociedad podría demandarlo por los daños ocasionados.

Tal como sucede en el caso del anterior apartado, consideramos que se deben evaluar las circunstancias que dieron origen a la decisión para determinar si se actuó con la suficiente diligencia. Habría que revisar si hubo asesoría por parte de abogados, si se estudió a fondo la situación de salud del trabajador, si en ese entonces había pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que indicaran que la calificación de PCL debía ser anterior a la terminación del contrato, si intervino la junta directiva, entre otros aspectos.

3.2.2. Conductas antisindicales

Los temas sindicales en las empresas suelen considerarse de gran relevancia, de manera que es usual que los administradores de la sociedad se involucren en estas decisiones. En Colombia, el derecho de asociación y el derecho de asociación sindical son fundamentales. Por esta razón, legalmente se tienen previstos varios mecanismos (instrumentos penales, administrativos y judiciales) para garantizar su protección. Por ejemplo, el numeral 2 del artículo 354 del Código Sustantivo de Trabajo establece como conductas antisindicales las siguientes:

- “a) Obstruir o dificultar la afiliación de su personal a una organización sindical de las protegidas por la ley, mediante dádivas o promesas, o condicionar a esa circunstancia la obtención o conservación del empleo o el reconocimiento de mejoras o beneficios;
- b) Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los trabajadores en razón de sus actividades encaminadas a la fundación de las organizaciones sindicales;
- c) Negarse a negociar con las organizaciones sindicales que hubieren presentado sus peticiones de acuerdo con los procedimientos legales;
- d) Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal sindicalizado, con el objeto de impedir o difundir el ejercicio del derecho de asociación, y
- e) Adoptar medidas de represión contra los trabajadores por haber acusado, testimoniado o intervenido en las investigaciones administrativas tendientes a comprobar la violación de esta norma”.

La norma también establece las que se pueden denominar consecuencias administrativas ante las conductas antisindicales, consistentes en multas que pueden oscilar entre cinco (5) y cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes y que pueden ser impuestas por el Ministerio del Trabajo. En cuanto a las medidas penales, en su artículo 200 el Código Penal contempla como conducta punible la violación de los derechos de reunión y asociación, que puede ser castigada con cárcel y multas⁵¹⁹.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia estableció que, además de las consecuencias administrativas y penales, es posible que la empresa responda judicialmente por los daños que ocasionó a la organización sindical con las conductas antisindicales. Por ejemplo, en la Sentencia SL3597-2020 encontró que varias compañías de aviación habían atentado contra el derecho de asociación sindical al promover un plan de beneficios entre los trabajadores sindicalizados que tenía mejores condiciones que la convención colectiva firmada con la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (ACDAC). Esto generó una desafiliación masiva del sindicato y la renuncia de varios trabajadores sindicalizados. La Corte ordenó a las empresas pagarle a la ACDAC una indemnización de perjuicios de 500 millones de pesos, argumentando:

“Por lo tanto, esta evidente violación del derecho de asociación sindical le generó daños ciertos y evidentes a la organización sindical, en su condición de persona colectiva, pues se menguó su poder de negociación colectiva y se comprometió gravemente su existencia y sus fuentes de financiación.

⁵¹⁹ Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000.

De igual modo, el perjuicio económico originado por las cuotas sindicales que dejó de recibir el sindicato, así como la de otros trabajadores que a futuro podía vincular a la organización, configuran, a juicio de la Sala, un daño indemnizable por pérdida de oportunidad.

En efecto, al margen de lo incierto que puedan ser estas probabilidades, para la Corte las cartas de las referidas personas trabajadoras y los testimonios sobre la disminución gradual y masiva de afiliados, demuestran que el deseo de los trabajadores no era dejar de contribuir con las finanzas del sindicato a través de sus aportes económicos, pues el retiro se fundaba exclusivamente en que las empresas les ofrecían mejores condiciones económicas, pero incompatibles con el vínculo sindical. Así, este hecho brinda la certeza de que la referida conducta antisindical generó que la organización no solo perdiera la oportunidad de obtener los beneficios económicos que ya venía recibiendo, sino que desestimuló la afiliación de otros que, sin la existencia del PVB, con alta probabilidad objetiva se habrían vinculado al sindicato y esto desde luego tendría una repercusión económica en su favor⁵²⁰.

Según esto, dependiendo del nivel de involucramiento de los administradores en estas decisiones es posible que la sociedad pueda utilizar la acción social de responsabilidad para que respondan por los daños ocasionados que, en este caso, serían las multas impuestas por el Ministerio del Trabajo y la indemnización pagada al sindicato. Lo determinante será establecer quién tomó la decisión de promover ese plan de beneficios.

⁵²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (Septiembre 16 de 2020). Sentencia SL3597-2020. [MP. Iván Mauricio Lenis Gómez].

Es importante tener en cuenta que el gobierno actual, por medio de la reforma laboral que en este momento se tramita en el Congreso, pretende modificar varios aspectos en materia sindical, incluyendo las conductas antisindicales. El propósito del gobierno es ampliar drásticamente las conductas que se pueden considerar como constitutivas de persecución sindical y crear multas para las personas naturales que las comentan.

Conclusiones

A lo largo de este escrito se expusieron varios ejemplos de decisiones de alto impacto que pueden generar la responsabilidad de los administradores de una sociedad. Con base en estas situaciones, se puede concluir que:

1. Es importante que las decisiones laborales de alto impacto se tomen teniendo en cuenta los cambios jurisprudenciales y normativos, que en este campo se dan con gran frecuencia.
2. Las actuaciones de los administradores en temas laborales pueden tener implicaciones muy cuantiosas para la sociedad.
3. Las decisiones de alto impacto no son solo las sindicales o las que se toman de cara a varios trabajadores. En este sentido, no hay que subestimar el impacto que puede tener una decisión con respecto a un solo trabajador, debido a que también podrían resultar muy cuantiosa.
4. Los administradores no pueden olvidar que en materia laboral la representación es un concepto más amplio, y que existe la figura de la representación tácita. Así, pueden llegar a tener responsabilidad por actuaciones de otros miembros de la organización que obligan a la empresa de cara a los trabajadores. Por esta razón, aunque claramente es válido que deleguen funciones, también deben establecer mecanismos de control para estar al tanto de las decisiones más relevantes que se toman con el personal.

Referencias

- Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000.
- Código Sustantivo del Trabajo. Decreto 2663 de 1950. Agosto 5 de 1950. DO. N.º 27407.
- Corte Constitucional. (Octubre 6 de 2020). Sentencia T-438 del 2020. Expediente T-7.742.471. [MP. Diana Fajardo Rivera].
- Corte Constitucional. (Marzo 9 de 2022). Sentencia SU087/22. [MP. José Fernando Reyes Cuartas].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (Septiembre 16 de 2020). Sentencia SL3597-2020. Radicación 51722. [MP. Iván Mauricio Lenis Gómez].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Descongestión Laboral. Sentencia SL3783 del 2022. [MP. Carlos Arturo Guarín Jurado].
- Godoy Fajardo, Carlos Hernán, *Derecho Laboral Societario. Claves para la toma de decisiones de las sociedades como empleadoras*, LID, Bogotá, 2022.
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.
- Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO. N.º 48489.
- Superintendencia de Sociedades. (Mayo 30 de 2019). Proceso 2017-800-00303. Radicado 2019-01-228204.

CAPÍTULO 12

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL REPRESENTANTE LEGAL EN EL DERECHO PENAL EMPRESARIAL

Jorge Arturo Abello Gual



LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL REPRESENTANTE LEGAL EN EL DERECHO PENAL EMPRESARIAL

Jorge Arturo Abello Gual⁵²¹

Introducción

Este artículo tratará sobre la responsabilidad penal del administrador por delitos realizados en y a través de la empresa, uno de los temas de mayor importancia para el derecho penal y para la comunidad en general.

La transición jurídico-penal de la delincuencia callejera al derecho penal empresarial no ha sido para nada fácil. Un derecho penal dedicado a prevenir homicidios, hurtos y delitos sexuales realizados por personas naturales hoy tiene que enfrentar los mismos delitos y otros que se realizan en y a través de las empresas, con las cuales se realiza el mayor intercambio de bienes y de servicios.

Delitos como el lavado de activos, los fraudes tributarios, la alteración de alimentos y medicamentos, los delitos ambientales e informáticos, el peculado y la celebración indebida de contratos son situaciones en las que un ente colectivo o una persona jurídica pueden estar involucrados.

Sin embargo, si bien es cierto que el derecho penal empresarial ha avanzado al buscar formas para penalizar a las personas jurídicas que

⁵²¹ Abogado, especialista en Derecho Penal de la Universidad del Norte, magíster en Derecho de la Universidad de los Andes. Profesor director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda campus Barranquilla. Consultor en materia de derecho penal empresarial y derecho médico. Autor de varios libros sobre derecho penal empresarial.

cometen delitos, es necesario entender que no olvida su génesis que es la persecución de las personas naturales que realizaron el delito. Existen estudios relacionados con la responsabilidad penal de los administradores, de los representantes legales, de los asesores, de los abogados, de los revisores fiscales, de los contadores y, en general, de los empleados de una empresa que realizan delitos en desarrollo de su objeto social o a través de la compañía.

En este texto nos enfocaremos en varios temas puntuales. En primera instancia, vamos a tratar la responsabilidad penal de los administradores, que incluye a los accionistas en sociedades de personas, a los miembros de las juntas directivas y, en algunos casos, a los empleados que cumplen alguna función de administración. Posteriormente, estudiaremos la figura del representante legal y algunos criterios esenciales para establecer su responsabilidad. Luego, analizaremos la figura del representante legal de hecho, muy importante en el derecho penal para evitar la impunidad de aquellas personas que “mandan” en una empresa, pero que no aparecen dentro de la estructura societaria. Para finalizar, cerraremos con el análisis de figuras penales como el actuar por otro, la posición de garante, el principio de confianza y la delegación de funciones, que son fundamentales para entender la responsabilidad penal en las estructuras societarias.

1. Concepto de administrador

Ser administrador implica realizar todas las tareas necesarias para lograr el buen funcionamiento de una empresa, lo que abarca muchas funciones, por ejemplo, la utilización eficiente de los recursos de la empresa, la dirección y coordinación de los trabajadores y la

organización de la producción, de las ventas, de los servicios, de la contabilidad y de las obligaciones de la empresa, entre otras.

La función de administrador la pueden ejercer los socios, lo que sucede principalmente en las empresas familiares o personales, es el caso de las sociedades colectivas, las comanditas o las de responsabilidad limitada. Actualmente, esto ocurre en las sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.), donde los socios desarrollan negocios de emprendimiento que inician sin ninguna estructura determinada y donde aportan su trabajo personal. En empresas más grandes, como las anónimas, los administradores son el representante legal y la junta directiva; y en otras, con una estructura aún más robusta, tienen gerentes para cada una de sus sucursales.

También se debe tener en cuenta que la administración de una empresa se fundamenta en la división del trabajo y en la especialidad del conocimiento. Por tanto, aunque es cierto que hay personas que se encuentran en la cima de la estructura empresarial, muchas funciones son delegadas a los directores de departamento, quienes tienen cierta autonomía en algunas decisiones administrativas y que, en muchas ocasiones, se imponen a sus superiores por el conocimiento especial que requiere cierta labor, por ejemplo, un jefe de sistemas o de laboratorio. De ahí que no siempre que se hable de administrador nos refiramos a un representante legal, por ello es necesario que en las investigaciones penales se establezcan la estructura y composición de cada empresa, donde se puedan definir los integrantes del gobierno corporativo.

Así, se puede ver qué tan complejo es el tema de la responsabilidad penal de los administradores en el derecho penal, teniendo como

punto de partida el principio de culpabilidad, que exige que la responsabilidad debe ser individual y no colectiva y que prohíbe la responsabilidad objetiva⁵²². Con este principio se rompe con la responsabilidad solidaria que existe en otras ramas del derecho y se impone el deber de individualizar la responsabilidad de cada persona en cada caso concreto⁵²³.

Por otra parte, se debe decir que el concepto de administrador en una estructura empresarial no es estático, sino dinámico, que cambia de acuerdo con la división del trabajo, la especialidad de la función, la delegación de las funciones y la posición de garante que tenga cada individuo sobre un proceso determinado. Es el caso de las sociedades pequeñas constituidas entre familiares o amigos, donde la calidad de accionista y de administrador suelen confundirse, de ahí que la responsabilidad del administrador pueda llegar hasta los accionistas.

En sociedades de estructuras más complejas, las funciones de administración se encuentran difuminadas en toda la estructura empresarial. Por ejemplo, en una empresa constructora de gran envergadura un fraude fiscal o un lavado de activos por división del trabajo le competiría a las áreas de ventas, contable y financiera, pero no debería afectar al área de proyectos, de almacén ni de gestión humana. Es decir, por división del trabajo y por la especialidad de las funciones cada área debería responder de acuerdo con su rol (principio de confianza).

Cabe resaltar nuevamente que en un fraude fiscal o en el lavado de activos no siempre puede establecerse la responsabilidad del

⁵²² Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000, artículo 12.

⁵²³ Velásquez Velásquez, Fernando, *Fundamentos de derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2020, pp. 73-75.

representante legal o de los miembros de la junta directiva por el solo hecho de ser los máximos órganos de administración de la empresa. Como se dijo anteriormente, la responsabilidad penal debe ser individual y no puede ser objetiva, por tanto, se requiere que estas personas actúen con dolo o culpa, cuando esta última proceda, y para ello deben actuar con conocimiento y voluntad (conducta dolosa) o infringiendo un deber objetivo de cuidado (conducta culposa)⁵²⁴.

En todo caso, debe analizarse que se pueden presentar tres variables⁵²⁵: i) que los altos directivos organizaran el delito y engañaran a sus subalternos (en tal caso estaremos ante autoría mediata); ii) que los directivos y los subalternos se pusieran de acuerdo para realizar un delito (una coautoría o coautoría con complicidad), o iv) que los subalternos engañaran a los directivos para cometer hechos delictivos (nos encontraríamos nuevamente ante una autoría mediata).

2. El representante legal

El artículo 200 del Código de Comercio plantea que “los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”. Esta responsabilidad se refiere a la responsabilidad civil derivada del ejercicio de su cargo, pero les impone el deber general de no causar daños a la sociedad, a los socios o a terceros. Deber que se puede entender como uno legal al interior del Código Penal, sustituyendo los efectos de responsabilidad ilimitada y solidaria, que no se aplican en derecho penal, por los principios de culpabilidad y responsabilidad individual.

⁵²⁴ Velásquez Velásquez, *Fundamentos*, pp. 388-396 y 439.

⁵²⁵ Velásquez Velásquez, *Fundamentos*, pp. 579-585 y 593-594.

Posteriormente, el mismo texto menciona que “en los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador”. De este aparte también se pueden derivar deberes generales como no infringir la ley y los estatutos y no incumplir ni extralimitarse en sus funciones. En todo caso, también se aclara que la presunción de culpa no es aplicable en el derecho penal debido al principio de la presunción de inocencia que rige en esta materia (Constitución Nacional art. 29).

En el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 también se establecen como deberes legales de los administradores “realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social” y “velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias”. De esta forma queda claro que el administrador debe garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias y, en consecuencia, realizar todos los actos pertinentes para evitar la comisión de delitos.

Como vimos, administrador son todas las personas que en una estructura empresarial tienen a su cargo la función de administrar los recursos de la empresa. Todos dentro de la estructura societaria pueden tener esa importante función, no solo el representante legal, sino también los accionistas, la junta directiva y algunos gerentes o jefes de área. Sin embargo, en este aparte nos enfocaremos en el representante legal.

En cada estructura societaria se establece la figura del representante legal como el presidente de la compañía, el gerente o, simplemente, como el mismo representante legal. En la mayoría de las ocasiones se

puede identificar fácilmente quién es con solo ver el certificado de la cámara de comercio. Sin embargo, esto no sucede en las empresas que tienen varias sucursales. En estos casos, la representación queda fraccionada en un presidente a nivel central y unos gerentes en cada sucursal. También se divide en un representante legal principal y en varios suplentes; en otras ocasiones se diferencia la representación legal para asuntos administrativos y contractuales y la representación legal para asuntos judiciales como conciliaciones y procesos laborales, civiles y administrativos. Esto sucede por la cantidad de asuntos que tiene que manejar la empresa, pues, de lo contrario, no podría cumplir con la función administrativa y la representación legal al mismo tiempo.

Este tipo de organizaciones, como una cadena de hoteles, una aerolínea, una cadena de almacenes comerciales, las multinacionales de petróleo, las empresas promotoras de salud, entre otras, manejan muchas sucursales, con grandes plantas de personal y con procesos productivos complejos. Debido a esto requieren un representante legal en cada sucursal para evitar que el representante legal central tenga que desplazarse por un tema menor a la seccional. Lo mismo sucede con el número de procesos judiciales que pueden manejar y que requieren de un representante judicial que se encargue de coordinar toda el área jurídica.

En estas estructuras complejas la responsabilidad penal por la comisión de un delito también depende de las competencias asignadas. No siempre es posible imputársela al representante legal central cuando el hecho ocurre dentro del ámbito de competencia del representante legal encargado de una sucursal. Como se dijo antes, la responsabilidad penal es individual y no colectiva, y en el derecho

penal se prohíbe de forma expresa la responsabilidad objetiva. De ahí que por más que se afirme la calidad de representante legal de una persona no se la puede hacer responsable únicamente por eso.

Ahora bien, la imputación de la responsabilidad penal depende no solo de las competencias, sino también del grado de conocimiento que el representante tuviera del hecho delictivo. La mayoría de los delitos del Código Penal son dolosos, por tanto, es necesario que el agente conozca la ocurrencia de los hechos y quiera su realización⁵²⁶, y que el resultado típico se consiga a través de una acción o de una omisión⁵²⁷. De ahí que sea extremadamente importante tener pruebas del grado de conocimiento que pudiese tener de los hechos delictivos un representante legal. De existir un sesgo o una ignorancia se podría configurar un error de tipo, que si es invencible, elimina el dolo y la culpa y hace atípica la conducta; y si es vencible, elimina el dolo, pero deja subsistente la culpa y hace perseguibles solo los hechos que admiten la modalidad culposa, lo que ocurre en pocos casos⁵²⁸.

En cuanto a la omisión, el artículo 25 del Código Penal establece la posibilidad de realizar la conducta punible por acción u omisión y permite imputar la responsabilidad por ambas conductas. Esto, siempre y cuando exista una posición de garante en la que se le impone a una persona en especial la obligación de evitar un resultado típico cuando tenga a su cargo la protección de un bien jurídico o la vigilancia de una fuente de riesgo de conformidad con la Constitución y la ley, mientras tenga la posibilidad fáctica de evitarlo⁵²⁹. Lo anterior permite

⁵²⁶ Código Penal Colombiano. Artículo 22.

⁵²⁷ Código Penal Colombiano. Artículo 25.

⁵²⁸ Código Penal Colombiano. Numeral 10 del artículo 32.

⁵²⁹ Abello Gual, Jorge Arturo, *Derecho penal empresarial*, segunda edición, Leyer, 2021, pp. 169-173 y 216-219.

que un representante legal no solo sea responsable por las órdenes que imparta y por sus gestiones administrativas y financieras propias, sino también por los actos realizados por terceros que tuvo la oportunidad de evitar y no lo hizo⁵³⁰.

Así las cosas, desde el punto de vista probatorio a veces es sumamente difícil demostrar que un representante legal dio una orden porque fue verbal y no hay registro escrito, grabación, acta, video o correo electrónico que permita hacerlo. Y es que en efecto, quien da una orden abiertamente ilegal lo que menos quiere es dejar registro o huella de la misma, por lo que desde el punto de vista probatorio solo quedarían los testimonios de los empleados, y ellos, en virtud de su dependencia económica y de la relación laboral con su jefe, son proclives a ocultar la información o a favorecerlos en sus declaraciones. Es en estos casos cuando se necesita acudir a la figura de la omisión para establecer la responsabilidad penal del representante legal por no cumplir su deber de control y vigilancia de sus subalternos. En concreto, la responsabilidad penal de los representantes legales se puede resumir en estos eventos:

- a) Dar órdenes para la comisión de delitos.
- b) Ejecutar y coordinar la ejecución de órdenes (de socios o miembros de la junta directiva) que configuran delitos penales.
- c) Omitir de manera intencional los deberes de control y vigilancia para favorecer la comisión de conductas delictivas.
- d) Omitir de manera imprudente los deberes de control y vigilancia, permitiendo la comisión de conductas delictivas por parte de sus subalternos.

⁵³⁰ Abello Gual, *Derecho penal empresarial*, pp. 43-49.

Igualmente, de acuerdo con el mismo análisis se debe descartar como responsabilidad del representante legal cualquier acto doloso realizado por un trabajador para su beneficio particular y evadiendo todos los controles y precauciones establecidos en las políticas de la empresa (que son los llamados programas de cumplimiento o *compliance*). Para exonerarse de su responsabilidad, el representante legal puede probar su debida diligencia en la creación e implementación de controles. En estos casos, prácticamente se hace una inversión de la carga de la prueba, pues la Fiscalía, al probar la comisión de la conducta punible de un empleado le genera al representante legal la obligación de demostrar su debida diligencia en el control y vigilancia del riesgo generado.

3.El representante de hecho y el representante de derecho

Como se estableció en el aparte anterior, la figura del representante legal depende de la estructura y de la organización interna que tenga la empresa para enfrentar los diferentes problemas que pueda atravesar. De esta forma, la regla general es que la representación legal esté en cabeza de la persona indicada en el Registro Público Mercantil, documento en el que se aclaran los cargos y las personas que pueden representar a la compañía en los diferentes niveles (central y seccional) y ámbitos (contractual y judicial).

Por otra parte, el artículo 29 del Código Penal consagra la figura del representante de hecho, que busca hacer prevalecer la función material por encima de la sola formalidad. En otras palabras, plantea la posibilidad de que un individuo pueda representar a una persona jurídica y, sin tener el poder o estar inscrito en el respectivo registro, ejercer dicha facultad, ya sea porque hubo una falla en el proceso de

nombramiento, porque el poder fue mal otorgado, porque actúo como factor o como agente oficioso o porque, sencillamente, es quien maneja los hilos de empresa y no está registrado ni como socio ni como empleado. En estos casos, el derecho penal, al identificar a esta persona, le otorga la calidad de representante de hecho y, para evitar la impunidad, lo trata para efectos penales como un representante de derecho, es decir, debidamente nombrado.

Así las cosas, en una empresa puede haber una persona que no figura en un cargo directivo, o incluso, que no figura en ningún cargo ni tampoco, como socio, pero es quien da las órdenes y todos le obedecen sin objeción. Por ejemplo, un servidor público que está inhabilitado para contratar con el Estado organiza una empresa donde los administradores son sus amigos, dentro de los cuales está el representante legal. De esta forma, él gestiona con actos de corrupción, como el tráfico de influencias, que le adjudiquen a la empresa un contrato público. Así, el servidor público es quien en últimas da las órdenes y recibe recursos en efectivo, o se facturan a nombre de un familiar o de otra empresa, quienes terminan entregándoselos al funcionario.

Lo mismo ocurre cuando una persona decide lavar dinero producto del narcotráfico. Entonces, les pide a familiares o amigos que constituyan una empresa lícita en la que él será financiador a cambio de que lo hagan partícipe de las utilidades. El lavador no aparece como socio ni como empleado, pero es a quien todos reconocen como dueño y como quien da las principales directrices, y recibe pagos en efectivo o le factura servicios a la empresa a través de algún familiar.

El representante de hecho también es reconocido en el derecho comercial como el factor, una forma de mandato que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de su actividad⁵³¹. El factor es un mandatario y este mandato puede no estar escrito, pero todos los actos que ejecuta en nombre de la empresa y que esta permita o consienta de manera pública la vinculan.

De ese modo, existen empleados que para cometer un delito asumen el poder de representación de la empresa y son quienes engañan y persuaden en las estafas; los que organizan el papeleo y los trámites para un contrato o escritura falsa; los que planifican y coordinan la realización de un hurto; los que le entregan el maletín con el soborno a un funcionario público para la adjudicación irregular de un contrato; los que coordinan todas las actuaciones y recibe una comisión, pero que nunca firman un papel y, por lo tanto, no aparecen en el hecho delictivo.

4. La figura del actuar por otro

La figura del actuar por otro, contenida en el artículo 29 del Código Penal, es muy útil en el derecho penal empresarial en delitos especiales, es decir, aquellos que requieren de un autor calificado como, por ejemplo, un servidor público. Esta figura permite procesar a los representantes de derecho o de hecho cuando una empresa tenga una calificación especial, pero no su representante: “También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y

⁵³¹ Código de Comercio. Artículo 1332.

realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado”.

La figura funciona como una especie de alzamiento del velo corporativo en el que se ataca a los individuos que actuaron en nombre de la empresa, trasladándole todas las calidades especiales de esta última a los representantes de hecho o de derecho. Así, en los delitos de peculado y celebración indebida de contratos, donde el sujeto activo debe tener la condición de servidor público, en el caso, por ejemplo, de una empresa que gana una licitación, pero que no ejecuta el contrato porque se apropió de gran parte de los recursos del anticipo, se podría presentar un delito de peculado por parte de la empresa contratista. Sin embargo, ni los representantes ni los socios de la empresa son funcionarios públicos y quien aparece como contratista es la empresa. El artículo 397 del Código Penal establece que se trata de peculado cuando “el servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones”. En este caso, las calidades de contratista y de servidor público que ostenta la empresa se transfieren a sus representantes legales, por la figura del actuar por otro, y, en virtud de ello, se pueden procesar por el delito de peculado.

Es lo que sucede con los recursos de la salud, que son parafiscales y se entienden como recursos públicos, que son administrados por las EPS, quienes, según la ley, tendrían la condición de servidores públicos precisamente por administrar esos recursos públicos. Entonces, si una

EPS se apropia de los recursos de la salud, el delito a imputar sería el de peculado y solo podría aplicarse con la figura del actuar por otro, en la que la EPS, que es una empresa, le transfiere la calidad de servidor público al representante legal, quien por dicha figura podría ser investigado por el delito de peculado.

La figura del actuar por otro también es útil en el delito de alzamiento de bienes, que castiga al deudor por ocultarle sus bienes a los acreedores: “El que alzare con sus bienes o los ocultare o cometiere cualquier otro fraude para perjudicar a su acreedor, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes”⁵³².

Esto sucede cuando una empresa transfiere sus bienes a terceros para hacerla insolvente y evitar las acciones legales del banco que es su acreedor. En este caso, el deudor es la empresa y no el representante legal o sus socios. Sin embargo, con la figura del actuar por otro la calidad de deudor se transfiere al representante legal, quien podría ser investigado por alzamiento de bienes.

5. La posición de garante

La posición de garante⁵³³ es una figura utilizada en el derecho penal para señalar que ciertas personas tienen una condición especial en la

⁵³² Código Penal Colombiano. Artículo 253.

⁵³³ Bacigalupo Enrique, (2005) *Posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial. Curso de Derecho Penal Económico*, Madrid-Barcelona, Ediciones jurídicas y sociales S.A. Marcial Pons, Segunda Edición, 2005, pp. 177-189; Feijoo, Bernardo. (2007) *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Cámara de Comercio de Madrid, Madrid. pp. 200-210. Hernández, Héctor, (2010) *Apuntes sobre la responsabilidad penal imprudente de los directivos de empresa*, en Berruezo, Rafael, Rodríguez, Juan María, et al.

sociedad frente a la protección de determinados bienes jurídicos o a la vigilancia de alguna fuente de riesgo para los mismos. En tal sentido, no solo responden en caso de acciones tendientes a lesionarlos o a ponerlos en peligro, sino que también son responsables por omisión, por no actuar para evitar que se concrete la lesión o el peligro proveniente de un tercero, de las fuerzas de la naturaleza o de la misma víctima.

En este orden de ideas, se plantea que el garante es una persona que ostenta una posición especial porque tiene el deber de evitar el daño o la puesta en peligro de ciertos bienes jurídicos que están bajo su órbita de dominio. Si pudiendo hacerlo el garante no cumple su deber, responde por esa omisión como si él mismo hubiese cometido el hecho delictivo.

Prestar servicios o fabricar y comercializar productos acarrea riesgos inherentes que pueden generar daños a otras personas. Por ejemplo, quien vende comida tiene la gran responsabilidad de suministrar alimentos en buen estado para evitar intoxicar a sus consumidores; quien construye edificios tiene la gran responsabilidad de que no tengan fallas estructurales que generen su derrumbe; quien presta servicio de salud debe hacerlo de conformidad con la *lex artis*, y sucede lo mismo en los demás sectores de la economía.

Por lo anterior, una empresa se concibe como una fuente de riesgos que puede generar daños a las personas si no se respetan los mínimos parámetros de seguridad (riesgo permitido). Son los empresarios los

Derecho Penal Económico. B d F. Buenos Aires. pp. 223-2228, Cervini, Raúl; Adriasola, Gabriel, *ob. cit.* pp. 201-236; Batista, María Paz, *La responsabilidad Penal de los órganos de la empresa*. *Curso de Derecho Penal Económico*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid - Barcelona, 2005, Segunda Edición, pp. 143-155; Meini, Iván. (2005) *Problemas de autoría y participación en la criminalidad estatal organizada*. "En *Nuevo Foro Penal*, No 68. Medellín, Julio-Diciembre 2005, pp. 345-347.

responsables de proveer los medios económicos, humanos y físicos para evitar que los riesgos inherentes a la actividad que desarrollan se materialicen en una situación de tipo penal.

De acuerdo con el autor Claus Roxin⁵³⁴, el empresario tiene una responsabilidad especial para evitar ciertos resultados. Para esto debe cumplir un deber especial establecido en las normas que regulan el sector en el que se desempeña la compañía. Si lo vulnera, crea un riesgo jurídico desaprobado; o si excede el riesgo permitido, será objeto de imputación de responsabilidad penal por la omisión de dicho riesgo.

Por su parte, para Günter Jakobs⁵³⁵ el empresario, además del deber general de evitar causar un daño a los demás (dominio sobre la organización), tiene una posición especial como empresario respecto de los daños inherentes al funcionamiento de la organización, y en virtud de ello debe responder de los daños dentro de su órbita de competencia especial. En síntesis, será responsable de los daños que se produzcan dentro de su ámbito de competencia que, en este caso, es definido por la actividad que desarrolla, y será condenado a partir del incumplimiento de los roles especiales que se le imponen dentro de dicho ámbito.

La posición de garante permite imputar responsabilidad penal a los empresarios cuando no existan evidencias de órdenes o acciones tendientes a vulnerar los bienes jurídicos. Es decir, si consta una orden

⁵³⁴ Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, séptima edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 385-393,

⁵³⁵ Jakobs, Günther, *Imputación objetiva en el derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 73- 101.

abiertamente ilegal contenida en un correo electrónico, un mensaje de texto o cualquier acta o documento escrito no es necesario acudir a la posición de garante para afirmar la responsabilidad penal.

Sin embargo, en los casos empresariales, en los que en la mayoría de las ocasiones se trata de personas bien capacitadas, audaces en los negocios y con conocimientos especiales tanto legales como administrativos, esas órdenes ilegales son muy difíciles de probar, por lo que el segundo camino que les queda a las autoridades penales es la responsabilidad penal por comisión por omisión, y es ahí cuando se apela a la posición de garante.

Por ejemplo, si en una declaración de renta se presenta un documento falso que busca intencionalmente ocultar activos y aumentar pasivos para pagar menos impuestos y este documento es firmado por un asistente contable, pero es utilizado para favorecer a la empresa en su declaración tributaria, la investigación penal irá dirigida, no solo en contra del asistente contable, sino también en contra de sus jefes inmediatos y de toda la cúpula administrativa. Lo que se busca es ver si existió alguna omisión de control que no evitó que se produjera el fraude tributario. Es ahí cuando se apela a los sistemas de revisión y control interno sobre la información que se suministra a las autoridades tributarias (programas de cumplimiento o *compliance*). Por lo tanto, es posible que el contador deba responder por haber omitido los controles. Y si la inconsistencia era demasiado evidente, pueden responder el representante legal, los miembros de junta directiva y el revisor fiscal, siempre y cuando hayan conocido el documento y no lo hayan objetado por ir en contra de la realidad.

En el mismo sentido, si en un banco de sangre el encargado de realizar los exámenes de detección de VIH y hepatitis C informa que no se examinó un lote de veinte unidades, pero aun así se vendieron a un hospital, responde no solo él, sino también sus superiores que fueron informados, guardaron silencio y no hicieron nada para que esa sangre no afectara a otras personas en caso de estar contaminada.

En estas situaciones la investigación va dirigida, no a determinar quién dio las órdenes, que seguro se dieron verbalmente, sino a establecer si funcionarios de más alto nivel realizaron los controles y las revisiones debidas para evitar los daños. Ahora bien, aunque la posición de garante inicialmente se encuentra en cabeza del representante legal y de la junta directiva o junta de socios, dependiendo el tamaño de la empresa, también se delega hacia abajo en los directores de cada departamento o en algunos trabajadores. Por lo tanto, no es una figura estática, sino que varía de acuerdo con la división del trabajo de cada empresa y a la especialidad de los conocimientos.

Debido a esto, cuando se presenta un caso como el del banco de sangre siempre hay un funcionario encargado o responsable de realizar los exámenes para detectar el VIH y la hepatitis C, pero también puede existir un encargado de vigilar y controlar los procesos del área. Esto puede escalar hasta el representante legal si dentro de la cadena de mando la información llegó hasta las últimas instancias sin que se diera alguna respuesta o alguna orden de anulación del envío de las bolsas de sangre que no fueron examinadas. Nótese que la lógica es diferente, pues no se busca probar si existió la orden de un supervisor de enviar las bolsas de sangre a un hospital, sino determinar si el supervisor conoció los hechos y no hizo nada para evitarlo.

6. La delegación de funciones y principio de confianza

De acuerdo con la división del trabajo y de los conocimientos especiales de cada área del conocimiento, en una estructura empresarial se establece una coordinación que les permite a todos los integrantes de una organización participar en su quehacer, generando mayor eficiencia y ganancias. Una empresa que no logre una buena coordinación entre todas sus áreas de trabajo y de servicio no es eficiente y termina perdiendo dinero y competitividad.

Según su tamaño, una compañía tiene unos departamentos especializados (como contabilidad, gerencia, jurídica, recursos humanos) y, de acuerdo con su área de trabajo, por ejemplo, si es una constructora, tendrá un departamento de diseño, de cálculo estructural, jefe de obra, residentes, jefes de obreros, obreros, almacenistas, etcétera. A cada área le conciernen unas funciones y cada quien responde por las que le correspondan, que son derivadas de las funciones asignadas. También puede ocurrir que existan labores que deben ser coordinadas por varias áreas de servicio, complementándose para llevar a cabo una labor, por ejemplo, jurídica y contabilidad, que se juntan para presentar la declaración tributaria de la empresa.

En estas relaciones grupales, donde hay coordinación entre áreas o relaciones de subordinación al interior de cada una, se aplica el principio de confianza⁵³⁶ que prevé que la responsabilidad le concierne

⁵³⁶ Roxin, Claus, (1997) *Derecho Penal*. Madrid, Civitas, Segunda edición. pp. 1004-1013; Terragni, Marco (2003) *El delito culposo en la praxis médica*. Rubinzal culzoni editores, pp. 196-215; Reyes, Yesid (2007) *Imputación objetiva*, Temis, Tercera edición. Bogotá. pp. 148-164; Cerezo Mir (2008) *Derecho Penal*, Buenos Aires, B de F., pp. 480-484; Abrales, Sandro (2010). *Delito imprudente y principio de confianza*, Colección autores de derecho penal, Buenos Aires, Rubinzal-culzoni editores. pp. 193-287; Corcoy, Mirentxu (2008) *El delito imprudente*, B de f. Buenos Aires, 2008, Segunda Edición, pp. 305-324; Gómez, María (2003), *La responsabilidad penal del médico*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 406-433; Figalco Sonia (2008),

a cada área de conformidad con sus funciones, competencias y obligaciones. Y así debe ser, pues por la división del trabajo y por la especialidad del conocimiento no todas las personas están capacitadas para desempeñar todas las labores, por eso el jurídico no puede creerse contador ni el contador abogado. La conclusión es que todos deben confiar en el trabajo de los demás para poder lograr las metas de la empresa porque, de no ser así, no podría funcionar.

El principio de confianza parte de la buena fe de que los que participan en un trabajo grupal pueden confiar en el trabajo de los demás y, por tanto, no deben revisarlo cuando se trate de relaciones de coordinación, es decir, entre dos personas que tienen el mismo nivel jerárquico o manejan un área de conocimiento diferente. En estas situaciones se presentan tres excepciones: a) que por razones psíquicas o físicas se pueda evidenciar que la persona no va a cumplir con sus funciones. Es el caso de una persona que está bajo los efectos del alcohol o las drogas, de los niños o de alguien en condición de discapacidad; b) que por un precedente se pueda asumir que la persona no va a cumplir con sus funciones, como lo sería un caso de corrupción o una disputa; y c) que se le asigne la posición de garante del cuidado de determinado bien jurídico. Por ejemplo, un supervisor de obra, que es contratado para vigilar el cumplimiento de una construcción, no puede decir que él confiaba en que el contratista iba a realizar su trabajo y que por ello no realizaba las visitas necesarias, entonces, el contratista aprovechó ese descuido para no realizar unas obras.

Responsabilidad Penal por ejercicio de la medicina en equipo. Coimbra, Coimbra Editora, pp 24 y 25; López, Claudia (1996), *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 112.

Los trabajos también pueden desempeñarse a través de relaciones de subordinación en los que existen un jefe y unos subalternos. Aquí se presentan las mismas excepciones que en la coordinación, pero hay una situación adicional y es la función de los jefes de vigilar y controlar a sus subordinados. Es el caso de los jefes de departamento, que tienen empleados a su cargo que realizan diferentes funciones y es su responsabilidad controlar y vigilar que las hagan bien. En dichas situaciones, aunque se reconoce el principio de confianza, se le impone al jefe una función especial de control y vigilancia⁵³⁷. Por ejemplo, en un departamento jurídico un abogado proyecta la respuesta a un cliente que para ser válida tiene que ser firmada por el director del área legal, que es su jefe, quien deberá revisarla antes de firmarla. De no hacerlo, será responsable de los efectos adversos que dicha respuesta pueda generarle a la empresa.

A pesar de esto, las empresas manejan un esquema jerarquizado donde existe un jefe general y unos subjefes, por así decirlo, y dentro de esa estructura jerarquizada opera el concepto de delegación de funciones y responsabilidades. El acto de delegar exonera al jefe de la responsabilidad delegada, en virtud del principio de confianza y división del trabajo. De no ser por la delegación de funciones, una empresa no podría funcionar, pues todos tendrían que revisar los actos de los demás y se volvería insostenible la ejecución de las labores, además, nadie está obligado a lo imposible ni a estar en dos lugares al mismo tiempo. Así, la delegación de funciones es una forma eficaz

⁵³⁷ Cervini, Raúl; Adriasola, Gabriel (2005) *Derecho penal de la empresa desde una visión garantista*, B de f. Buenos Aires, pp. 247-259; Silva Sánchez, Jesús María; *autoría delictiva en las estructuras organizadas*. En Silva Sánchez, Jesús María; Suárez González, Carlos, La dogmática Penal Frente a la criminalidad en la administración pública. Biblioteca de autores extranjero 7. Grijley. Instituto peruano de ciencias sociales, Lima, 2001, pp. 15-19. Silva, Jesús. (2013) *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Editoriales Edisofer y B de f. Buenos Aires. p.104.

dentro de la administración empresarial y permite la división del trabajo con base en la especialidad del conocimiento.

La delegación es un acto jurídico que en el campo público requiere de una formalidad que es la emisión de un acto administrativo, de un mandato legal que dice que no habrá función pública que no se encuentre regulada en la ley o en un acto administrativo. En el campo privado la delegación es un poco más informal y depende de un correo, un mensaje de texto o de una orden. Sin embargo, para que la delegación exonere de responsabilidad penal requiere de las siguientes condiciones y requisitos materiales⁵³⁸ que aplican tanto en el campo público como en el privado:

- 1) Que la persona en quien se delega sea idónea para cumplir la función delegada. Delegar a una persona que carezca de las competencias para ejercer la función es lo mismo que nada y rompe el principio de confianza, por lo que el delegante seguirá siendo responsable.
- 2) Que el delegante dé la suficiente instrucción al delegado sobre cómo ejercer la función. La falta de instrucción puede generar errores o daños por los que seguiría respondiendo el delegante, por no dar bien la debida instrucción.
- 3) El delegante debe suministrar los recursos humanos y materiales (dinero, equipos, materiales, etcétera) para cumplir con la función. Si no los suministra, el delegado no va a poder ejercer su función debidamente, por lo tanto, se entiende que es una delegación fallida y el delegante seguirá respondiendo.

⁵³⁸ Silva, Jesús (2013) *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Editoriales Edisofer y B de f, Buenos Aires, pp. 53-54.

- 4) El delegante debe ejercer control y vigilancia de manera periódica sobre la labor del delegado. Si bien se ha delegado una función a una persona, el delegante debe realizar un control periódico para cerciorarse de que, en efecto, el delegado está cumpliendo con las funciones asignadas.

Conclusiones

De acuerdo con los temas tratados en este aparte, se plantean las siguientes conclusiones:

1. El tema de la responsabilidad penal de los representantes legales de las empresas analiza la delincuencia generada en y a través de las personas jurídicas, donde los principios del derecho penal, como la responsabilidad individual y la prohibición de responsabilidad objetiva, hacen necesario estudiar figuras dogmáticas que permitan realizar las investigaciones penales para hallar a los responsables.
2. Las figuras del administrador y del representante legal tienen connotaciones diferentes. Aunque el representante legal es una clase de administrador, los administradores abarcan otras figuras como los socios, los miembros de juntas directivas y algunos funcionarios como los jefes de departamento que también tienen a su cargo la función de administrar.
3. El representante legal es responsable de la dirección de la empresa y de hacer cumplir las normas, pero no siempre puede ser el responsable por su condición, lo que hace necesario que se compruebe que actuó con dolo o con culpa.
4. La figura del representante legal de hecho evita la impunidad de las personas que no aparecen como representantes legales o ejerciendo algún otro cargo formal, pero que sí imparten órdenes y mandan en la empresa, y que, en muchas ocasiones, son los cerebros de las actuaciones delictivas.
5. En el derecho penal se maneja la responsabilidad por acción y por omisión. En la segunda se utiliza la posición de garante, que implica el deber jurídico de evitar la realización de delitos,

teniendo la función de proteger un bien jurídico o de vigilar una fuente de riesgo, siempre y cuando se tenga la posibilidad de evitarlo. Así mismo, se plantea que la posición de garante se delega, lo que permite transmitir la responsabilidad a un delegado cuando se cumplen los presupuestos de la delegación.

6. En el derecho penal empresarial debe aplicarse el principio de confianza que permite la realización de las actuaciones grupales y la coordinación de diferentes personas o grupos de personas para desarrollar todas las actividades empresariales. Este principio facilita que cada quien responda por las actuaciones que se encuentran dentro de su ámbito de competencia, a menos que se configuren las excepciones del mismo.

Referencias

- Abello, Jorge (2021) *Derecho penal empresarial*, segunda edición, Leyer.
- Abrales, Sandro. (2010) Delito imprudente y principio de confianza. Colección autores de derecho penal. Rubinzal-Culzoni editores. Buenos Aires.
- Bacigalupo, Enrique (2005) Posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial. Curso de Derecho Penal Económico, Segunda Edición. Madrid, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid- Barcelona.
- Batista, María Paz. (2005) La responsabilidad Penal de los órganos de la empresa. Curso de Derecho Penal Económico, Segunda Edición, Madrid, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid - Barcelona.
- Berruezo Rafael; Rodríguez Juan María; et al. (2010) Derecho Penal Económico. B de f. Buenos Aires.
- Cerezo Mir (2008). Derecho Penal. B de F. Buenos Aires.
- Cervini, Raúl y Adriasola, Gabriel, (2005) *Derecho penal de la empresa desde una visión garantista*, B de F, Buenos Aires.
- Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.
- Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000.
- Corcoy, Mirentxu. (2008) El delito imprudente, Segunda Edición, B de f. Buenos Aires.
- Feijoo, Bernardo. (2007) derecho penal de la empresa e imputación objetiva, Cámara de comercio de Madrid, Madrid.
- Figalgo, Sonia. (2008) Responsabilidad Penal por ejercicio de la medicina en equipo, Coimbra Editora, Coimbra.

- Gómez, María del Carmen (2003) La responsabilidad penal del médico, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Hernández, Héctor, (2010) Apuntes sobre la responsabilidad penal imprudente de los directivos de empresa, en BERRUEZO, Rafael, RODRÍGUEZ, Juan María, et al. Derecho Penal Económico. B d F. Buenos Aires,
- Jakobs, Günther, *Imputación objetiva en el derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- Jackobs, Gunther (2007) Derecho Penal, Segunda edición, Marcial Pons, Madrid.
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.
- López Díaz, Claudia (1996). Introducción a la imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Meini, Iván. (2005) Problemas de autoría y participación en la criminalidad estatal organizada. "En Nuevo Foro Penal, No 68. Medellín, Julio-Diciembre 2005
- Reyes, Yesid (2007). Imputación objetiva, Temis, Tercera edición, Bogotá, 2007.
- Roxin, Claus (1997) *Derecho Penal*, segunda edición, Civitas, Madrid.
- Roxin, Claus (2007), *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, séptima edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- Silva, Jesús. (2013) Fundamentos del derecho penal de la empresa, Editoriales Edisofer y B de f. Buenos Aires.
- Silva Sánchez, Jesús María (2003) Autoría delictiva en las estructuras organizadas. En Silva Sánchez, Jesús María; Suárez González, Carlos. La dogmática Penal Frente a la criminalidad en la administración pública, Biblioteca de autores extranjero 7,

Grijley, Instituto peruano de ciencias sociales, Lima, 2001. TERRAGNI, Marco Antonio. El delito culposo en la praxis médica, Rubinzal culzoni editores, Buenos Aires.

Velásquez, Fernando 2020. *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Bogotá.

