

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

*Darío Laguado Giraldo**

“A mis padres”

RESUMEN

En la economía moderna los administradores de sociedades —y de otro tipo de organizaciones— son los principales agentes económicos; la racionalidad del sistema se encuentra hoy concentrada en lo que se ha denominado la “tecnestructura”. Estos nuevos agentes que son los administradores intervienen en el mercado con un altísimo poder de decisión y con un extenso ámbito de influencia. Sus decisiones, en efecto, afectan no sólo sus propios intereses, sino a las sociedades donde se desempeñan, a los socios, a los trabajadores, y, en general —mediata o inmediatamente—, a todo el conglomerado social. Esta circunstancia, aunada a las gigantescas crisis empresariales de los últimos años, justifica que el ordenamiento jurídico establezca para ellos reglas especiales y estrictas de responsabilidad. A tal efecto, la Ley 222 de 1995 ha construido todo un “régimen de los administradores” que se encarga de definir quiénes pueden considerarse como tales, cuáles son sus deberes de conducta y cuáles los elementos especiales de la responsabilidad que los compromete. Igualmente, como mecanismo novedoso, la ley ha consagrado la acción social de responsabilidad, como herramienta que permite la recuperación del patrimonio social cuando el mismo se ve afectado por la conducta negligente de un administrador.

Fecha de recepción: 15 de octubre de 2004

* El autor es abogado de la Pontificia Universidad Javeriana y aspirante a especialista en derecho comercial de la Universidad de los Andes.

Este régimen de responsabilidad de los administradores, sin embargo, no puede convertirse en una talanquera para el adecuado desarrollo de los negocios, los cuales por esencia implican una alta dosis de riesgo. Por eso, en otros sistemas se ha desarrollado la que se ha conocido como la “regla de la discrecionalidad de los negocios” —aplicable, en nuestra opinión, en Colombia—, según la cual a los jueces les corresponde establecer únicamente si los administradores han observado sus deberes fiduciarios, sin que les sea permitido hacer un escrutinio del resultado de la gestión cuando dichos deberes se han satisfecho.

El régimen de los administradores, descontadas algunas limitaciones e infortunios tolerables, ofrece las herramientas idóneas para superar la relativa irresponsabilidad que ha imperado en nuestro país en relación con sus conductas negligentes o culpables. Si se tiene en cuenta que la conducta de las organizaciones sólo se comprende y endereza a partir de la conducta de los individuos, el régimen de responsabilidad de los administradores se vuelve elemento necesario para el adecuado gobierno de las sociedades.

Palabras clave: REMM; administrador; tecnoestructura; deberes de conducta; responsabilidad; acción social de responsabilidad; regla de la discrecionalidad de los negocios; responsabilidad extendida.

ABSTRACT

In modern economy, officers and directors of corporations —or other kinds of organizations— are the main economic agents; the rationality of the system is nowadays concentrated in what has been called the “Technostructure”. These new agents intervene in the market with high power of decision and with a vast scope of influence. Their decisions, as a matter of fact, affect not only their own interests, but also those from the corporations where they work, the shareholders, the workers and, in general, —direct or indirectly— the whole society. These circumstances, together with the latest gigantic corporate crisis, justify the establishment of special and strict rules of liability applied to them. For that purpose, the Law 222 of 1995 has established a complete liability regime for officers and directors in charge of establishing who are to be considered as such, which are their duties of care and the elements of the liability that binds them. Likewise, as an innovative mechanism, the Law has previewed the Social Action

of Liability, which allows the recuperation of social patrimony whenever it is affected by negligent conduct of an officer or director.

This liability regime for officers and directors, nevertheless, can not become an obstacle for the proper development of business, which by essence implies a high dose of risk. For that reason, other countries have developed what has been known as the “business judgment rule”, according to which judges are only called to establish if officers and directors have met their fiduciary duties, with out being able to make a scrutiny of the result of the decision whenever those duties are satisfied.

The regime of responsibility of officers and directors, discounting some tolerable limitations and misfortunes, offers the proper tools to overcome the relative irresponsibility that has been generalized in our country in regard of their negligent or guilty conducts. If one takes into consideration that the conduct of organizations can only be comprehended and structured from the conduct of the individuals, the regime of responsibility of officers and directors becomes a necessary element of corporate governance.

Key words: *REMM; officers; directors; technostructure; fiduciary duties; liability; social action of liability; business judgment rule; extended liability.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. LOS ADMINISTRADORES: LOS NUEVOS AGENTES ECONÓMICOS
 - 1.1. La tecnoestructura
2. EL RÉGIMEN DE LOS ADMINISTRADORES EN COLOMBIA
 - 2.1. ¿Quiénes son administradores?
 - 2.1.1. El representante legal
 - 2.1.2. El liquidador
 - 2.1.3. El factor
 - 2.1.4. Los miembros de juntas o concejos directivos

- 2.1.5. Quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones
- 2.2. Deberes de conducta de los administradores
 - 2.2.1. Principios generales de conducta
 - 2.2.1.1. Deber de buena fe
 - 2.2.1.2. Deber de lealtad
 - 2.2.1.3. Deber de obrar con diligencia o cuidado
 - 2.2.2. Deberes específicos de los administradores
 - 2.2.2.1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social
 - 2.2.2.2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias
 - 2.2.2.3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal
 - 2.2.2.4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad
 - 2.2.2.5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada
 - 2.2.2.6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el derecho de inspección de todos ellos
 - 2.2.2.7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas
- 2.3. Responsabilidad de los administradores
 - 2.3.1. La responsabilidad de los administradores es solidaria e ilimitada
 - 2.3.2. Exoneración de responsabilidad
 - 2.3.3. Presunción de culpa
 - 2.3.4. Responsabilidad del administrador persona jurídica
 - 2.3.5. Cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad
- 2.4. La acción social de responsabilidad
 - 2.4.1. La acción social corresponde primeramente a la compañía
 - 2.4.2. La acción social requiere previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios
 - 2.4.3. La decisión puede ser adoptada aunque no conste en el orden del día
 - 2.4.4. 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
 - 2.4.5. La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador
 - 2.4.6. La acción social podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad, cuando haya sido adoptada por la asamblea o junta de socios y no se haya iniciado dentro de los tres meses siguientes

- 2.4.7. En idénticas circunstancias podrán también los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos

3. LA REGLA DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS NEGOCIOS:
THE BUSINESS JUDGMENT RULE
 - 3.1. Consideraciones generales
 - 3.2. Origen, desarrollo y conceptualización
 - 3.2.1. *Graham v. Allis Chalmers*
 - 3.2.2. *Puma v. Marriot*
 - 3.2.3. *Dodge v. Ford Motor Co.*
 - 3.2.4. *Clark v. Lomas & Nettleton Financial Corp*
 - 3.2.5. *Joy v. North*
 - 3.3. El modelo de American Law Institute
 - 3.4. La ley australiana
 - 3.5. Los elementos de la regla
 - 3.5.1. Los presupuestos de su aplicación
 - 3.5.2. Los cuatro requisitos para su aplicación
 - 3.6. Aplicación de la regla en Colombia

4. RESPONSABILIDAD EXTENDIDA DE LOS ADMINISTRADORES

5. REFLEXIÓN FINAL

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Presupuesto fundamental para comprender como funcionan las organizaciones es comprender el comportamiento humano: el individuo es a la organización, en efecto, como el átomo a la masa. Esta elemental afirmación hace necesario trasladar el enfoque de la acción institucional a la acción individual y de las normas que regulan la primera a las que regulan la segunda. Reconocer que el comportamiento de la organización depende de cada uno de sus individuos conlleva la necesidad de hacer hincapié en la naturaleza humana¹.

Para analizar la naturaleza humana se han elaborado distintos modelos, siendo el más ampliamente difundido el modelo *Resourceful, Evaluative, Maximizing Model* (REMM)². En términos generales, este modelo señala varias características que identifican la naturaleza de la acción humana, así:

- i) El individuo tiene intereses; le interesa el conocimiento, el estatus, el poder, el dinero, la opinión de los otros, etc.
- ii) El individuo es proclive a valorar los distintos bienes que se ofrecen a su disposición y a sustituir unos bienes por otros; así, el individuo está dispuesto a cambiar una cierta cantidad de bienes —dinero, por ejemplo— por otra —honor. En términos del modelo, no existen bienes insustituibles, lo que implica que los individuos no tienen necesidades —morales, entre otras—, pues siempre estarán dispuestos a intercambiar cierto bien por la adecuada cantidad de otro³.
- iii) El individuo tiene una inclinación natural e ilimitada por los “bienes”, esto es, su deseo nunca será saciado.
- iv) Todo individuo es un maximizador; a pesar de las limitaciones, todo individuo arregla su acción de tal manera que logre obtener la máxima utilidad, medida en relación con su costo de oportunidad.

1 JENSEN, MICHAEL C. y MECKLING, WILLIAM H., *The Nature of Man*, Foundations of Organizational Strategy, Harvard University Press, 1998. Véase también SCHAFFER, HANS-BERND y OTT, CLAUS, *Manual de análisis económico del derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 61.

2 *Ibidem*.

3 De esta manera el modelo hace intrascendente todo tipo de valoración moral de la conducta. El individuo sopesa los bienes a su disposición y elige entre ellos el que mayor utilidad le provea. Claro, en este cálculo tendrá que tener en cuenta el reproche social, las sanciones legales e incluso la angustia psicológica que puede acompañar determinada decisión, elementos que en últimas generan el sentido —natural o artificial— de moralidad.

- v) El individuo es recursivo, lo que implica que es creativo, capaz de aprender y de modificar las circunstancias a favor suyo.

Una aproximación a la naturaleza del comportamiento humano como la que acaba de esbozarse permite comprender porqué al derecho le debe interesar la conducta de los individuos que conforman una organización y, particularmente, de aquéllos que tienen poder de decisión dentro de la misma, entre ellos y conforme a nuestro interés, los administradores. El éxito de la empresa —o su ruina— depende, en últimas, de las conductas que los individuos al interior suyo asuman.

Según el modelo REMM, los individuos toman sus decisiones de manera egoísta (*self-interested*) para maximizar sus utilidades. Sin que ello implique, por supuesto, una total aversión por los intereses del otro, un individuo racional no tomará una decisión si puede inclinarse por otra alternativa que le provea de mayor utilidad. Ahora bien, como se señaló arriba, según el REMM, todos los bienes son sustituibles, lo que implica el desconocimiento de cualquier clase de necesidad moral, social o como se le quiera llamar. Pero si ello es así —si no puede apelarse a ningún tipo de sentido moral o social que categóricamente determine la conducta del individuo—, ¿por qué razón no habría de inobservar las normas de conducta siempre que ello le produjera utilidad? ¿Por qué no habría un administrador de violar los deberes fiduciarios o, por ejemplo, utilizar su información privilegiada para su propio beneficio? Estas cuestiones sólo pueden solucionarse a partir de respuestas institucionales: la responsabilidad civil establecida por la ley es una de ellas. En efecto, en ausencia de normas que impusieran una sanción legal (art. 6 CC), es decir, un mal, el individuo —egoísta como es—, no repararía en incumplir los contratos o en evitar una cierta diligencia para con los *otros* causándoles daños por una u otra razón. Sin embargo, como la ley ha establecido un sistema de responsabilidad civil estricto para los administradores que les impone un mal legítimo a quienes de esta manera se comportan, los mismos, sin dejar de obrar interesadamente, prefieren evitarse dicho mal y renunciar al bien que el incumplimiento les podría reportar.

El régimen de la responsabilidad civil que a continuación será objeto de detallado examen significa, según lo que se ha explicado, una respuesta institucional a la naturaleza humana. Los administradores —que en cuanto hombres tienen todas sus virtudes, pero también sus vicios— deben sopesar dentro de los efectos de todas sus conductas, que algunas de ellas pueden hacerlos civilmente responsables. Así las cosas, a las amplias prerrogativas, libertades y poderes de los administradores, la ley ha aparejado todo un sistema de castigos con miras en el cual deben ordenar —aun egoístamente— su comportamiento.

Que no se malentienda, por lo demás, el propósito de este artículo. Este artículo:

- i) no presupone la mala fe o la negligencia de todos los administradores; solamente reconoce con todo realismo cuál es la naturaleza humana; y
- ii) no pretende coartar la amplia discrecionalidad con que deben obrar los administradores —única que permite hacer frente a las exigencias del mercado en las condiciones actuales—, sino simplemente transmitir un mensaje tan contundente como elemental: los administradores culpables o negligentes son responsables.

1. LOS ADMINISTRADORES: LOS NUEVOS AGENTES ECONÓMICOS

Los sujetos económicos marcan el ritmo, la dirección y la intensidad de las relaciones económicas y de mercado. Las condiciones del mercado, por su parte, determinan, recíprocamente, la contextura de quienes pretenden participar en él. Las condiciones presentes de nuestra economía hiperacelerada e hiperdimensionada, exigen de los agentes participantes una composición afín, única que les permite entrar al juego del mercado.

Atrás han quedado, como una especie de reminiscencia bucólica, el comerciante individual o la pequeña y cerrada empresa familiar. El mundo de los negocios, hoy, pertenece a las sociedades y, en especial, a la sociedad anónima (*rectius*, a los grupos empresariales). La evolución de la sociedad anónima y la concentración de la riqueza a que ella da lugar están íntimamente ligadas a la aparición y evolución del capitalismo. Ésta es, sin duda, la forma jurídica de la gran empresa capitalista moderna. MARX, en forma clarividente, describió este fenómeno en los siguientes términos:

“Pero está claro que la acumulación, la progresiva multiplicación del capital a través de la reproducción, con el paso de la forma circular a la forma de espiral, es un proceso muy lento en comparación con la centralización, que sólo precisa de la variación de los elementos que integran el capital de una sociedad. El mundo andaría todavía sin ferrocarriles si hubiera tenido que esperar a que la acumulación de capital privado hubiera crecido en forma suficiente como para poder afrontar su construcción. La centralización, en cambio, lo ha hecho posible en un abrir y cerrar de ojos mediante el instrumento de las sociedades por acciones”⁴.

Pero no es únicamente económica la importancia de la sociedad. No sólo como instrumento de concentración de capital se revela trascendente en el mundo mo-

4 Citado por: REICH, NORBERT, Mercado y derecho, Editorial Ariel, Barcelona, 1985, pág. 264.

dermo la empresa, sino que adquiere un verdadero significado social. En torno a la empresa se aglutinan los más variados intereses, desde el que tiene el trabajador en ganar su salario, hasta el que tiene el Estado y la comunidad en pleno en controlar una actividad económica, en mantener una fuente de tributación, en conservar una fuente de empleo, etc.

La empresa es, por otro lado, un escenario de dramas humanos. Es la actividad empresarial y el vínculo que con ella se tiene el que, para muchas personas, marca el ritmo de la vida misma. Es, si se quiere, un microcosmos, en el que hay pasiones, odios, amores, guerras, éxitos, muertes. Vista desde esta perspectiva, el destino de la gran sociedad anónima (y el de toda sociedad en general), es el destino de muchos.

Ahora bien, la sociedad está lejos de ser aquella “máquina jurídica perfecta” con la que soñara RIPERT. La concentración del capital que permite la estructura societaria es sólo posible mediante un proceso de “expropiación”. Cada uno de estos fenómenos, concentración-expropiación, constituye la condición de posibilidad del otro. La única manera en que la riqueza puede concentrarse en un individuo o en un grupo limitado de personas en el seno de una sociedad es si, como contrapartida, un grupo de socios son expropiados a favor de ellos. Según la posición y la actitud que se asuma en este proceso de doble vía, se suele hablar de socios de “ahorro” y de socios “activos” o de “control”. Los primeros son aquellos que, al decir de ADAM SMITH,

“rara vez pretenden comprender cosa alguna de los negocios de la compañía, y cuando no prevalece entre ellos el espíritu de facción no se molestan en averiguar nada, sino que se contentan con percibir sus dividendos semestrales o anuales en la cantidad que los directivos les parece apropiado distribuirles”⁵.

Los segundos, por su parte, conservan el interés sobre el desarrollo de la sociedad y toman las decisiones relevantes que determinan su suerte.

La actitud diversa de cada uno de estos tipos de socios lleva consigo una forma distinta de relacionarse con las cosas y de ejercer el derecho de propiedad. En efecto, se dice de los primeros que no son más propietarios sino acreedores (internos), al paso que los segundos conservan el derecho de propiedad. Los socios de ahorro hacen dejación de la posibilidad de ejercer, actualizar y controlar el derecho de dominio, dejación que acaece en beneficio de los socios activos, quienes conservan sus propias facultades y “concentran” además las de los otros. Este fenómeno

5 Citado por: Garreta Such, JOSÉ MARÍA, *La responsabilidad civil, fiscal, y penal de los administradores de las sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

pone de presente una nueva concepción del derecho de dominio. En efecto, las facultades que se asociaban tradicionalmente con este derecho real sufren una mutación. Los socios ahorradores, por así decirlo, dejan de tener un derecho en la cosa (*in rem*) y ganan un derecho de crédito (*ad re*), a saber, el que tienen de percibir los dividendos que les corresponden, dando lugar a una escisión entre el derecho de propiedad y el control de la riqueza.

Al lado de este hecho, como consecuencia suya, o aun como causa, si se quiere, ha tenido lugar el desvanecimiento de la “ilusión democrática” en las sociedades anónimas. La asamblea general o la junta de socios ha dejado de ser la sede de la voluntad soberana de la sociedad, y se ha convertido en un foro donde no se debaten soluciones, no se conciertan decisiones ni mucho menos se surte el proceso de formación de la voluntad social, sino únicamente se resuelven por la ley de las mayorías acuerdos adoptados con anterioridad por los grupos de accionistas, asesorados por su ejercito de profesionales.

El profesor y tratadista español JOSÉ MARÍA GARRETA se ha referido a esta circunstancia en los siguientes términos:

“[...] la actual junta de accionistas no es más que el aburrido trámite que deben cumplir los que realmente detentan el poder de la compañía: el lugar en el que acaso se soportan las críticas por las decisiones ya tomadas, hasta el punto de que si teóricamente su relevancia es grande, de hecho su función es más formal y aparente que real.

[...] Sus causas, variadas y conocidas: el absentismo del accionista, las distintas clases de accionistas que en la compañía de elevado capital se forman, la desaparición del accionista individual y la aparición del grupo accionarial, el inversor profesional e institucional y el inversor especulativo, la desaparición de la minoría como grupo necesitado de protección y su sustitución como grupo de presión, la dejación de poderes en el consejo de administración, etcétera”⁶.

Tampoco la existencia de la junta directiva y su designación a través del sistema del cuociente electoral es, por lo menos en nuestro país, garantía de la gestión “democrática” de la sociedad, la cual se ve diferida a tal grado que termina desapareciendo. Como lo explica el doctor JORGE PINZÓN la falta de permanencia de la gestión de la junta directiva y la ausencia de facultades para representar legalmente a la sociedad frente a terceros hacen que su importancia real sea exigua. Y agrega:

“Este funcionamiento no permanente y no representativo de la junta directiva implica una preponderancia real del representante legal en materia administrativa, fenómeno

6 *Ibidem*, pág. 33.

que se acentúa en la medida en que las dimensiones y la complejidad técnica de la empresa social son mayores, de manera que son el gerente y los cuerpos administrativos internos (comités, direcciones, etc.) quienes efectivamente tienen el manejo diario y el control de la información necesaria para la toma de las decisiones propias de los negocios sociales”⁷.

En esta tesitura, ha surgido lo que GALBRAITH ha denominado la “tecnestructura”⁸. La actual sociedad —si quiere participar exitosamente en el mercado— se ve obligada a invertir una gran cantidad de capital y a dedicar una enorme porción de su energía a investigar, planificar, recolectar y analizar información. El adecuado desenvolvimiento de la sociedad en la vida económica hace necesario vincular a la gestión distintas ramas del conocimiento y diversas actividades profesionales especializadas. Esta nueva forma de administración de la compañía ha generado el surgimiento de una nueva “casta dirigente”, de una burocracia societaria que, sin tener ninguna o mayor participación en la misma, se encarga de tomar las decisiones trascendentes.

En relación con esta nueva “casta dirigente” el ya citado doctrinante JORGE PINZÓN ha señalado:

“Desde el punto de vista práctico, entonces, las sociedades anónimas cuentan con una organización administrativa interna adecuada para el desarrollo de la actividad social y que incluye funcionarios administrativos, distintos de los gerentes propiamente dichos, con diferentes grados de poder de decisión y mando en áreas diversas de la entidad, organización sujeta a la dirección del gerente, normalmente correspondiente a una estructura que se refleja en un «organigrama» que con frecuencia aprueba la junta directiva, cuyos cargos son provistos normalmente bajo supervisión del gerente según su decisión, dependiendo de la intervención de la junta directiva en esas materias, por regla general, de lo que disponga en reglamentos internos que casi nunca son ni es necesario que sean del conocimiento de la lejana asamblea general de accionistas. Y sólo a través de dicha organización administrativa, que implica una distribución interna de funciones y una asignación y delegación de responsabilidades en las cuales no cabe en la práctica la intervención detallada de una junta directiva, es posible el funcionamiento de las grandes sociedades anónimas”⁹.

7 PINZÓN SÁNCHEZ, JORGE, “El buen hombre de negocios y la crisis de la empresa”, *Nuevos retos del derecho mercantil*, Colegio de Abogados de Medellín, Cámara de Comercio de Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2000, pág. 50.

8 GARRETA, *op. cit.*

9 PINZÓN, *op. cit.* págs. 52-53. Es importante señalar que, según el mismo autor, lo anterior también es cierto de las sociedades de responsabilidad limitada, la forma societaria más extendida en Colombia. Aunque en teoría la ley prevé que la sociedad sea administrada por los socios, en la práctica y en la gran mayoría de los casos se recurre a gerentes, tal como sucede en las sociedades anónimas.

Respecto de esta “casta dirigente” nada dice el principio “*ubi lucrum ibi est periculum*”, pues, no teniendo la mayoría de las veces ninguna participación en la sociedad, nada arriesgan ellos más que su empleo. Sin embargo, las decisiones que tomen, las determinaciones a las que puedan llegar, son de la mayor trascendencia pues sus efectos no se circunscriben a la órbita de su propia persona o de su patrimonio, ni siquiera a la de la sociedad o a la de los accionistas, sino que se expanden a la órbita de los intereses generales, pasando por la de los trabajadores (directos e indirectos) y la de los acreedores.

En efecto, como ha podido apreciarse, son los administradores permanentes quienes concentran el ejercicio y el control de la riqueza en las sociedades, quienes en estas mismas circunstancias detentan el real poder de decisión y quienes, en últimas, están llamados a dar vida e impulso a la actividad social. Los administradores se han convertido, pues, en los sujetos económicos estelares de la vida moderna.

Así las cosas, es natural que la responsabilidad que se exija de estas personas sea la más rigurosa. Como lo dice el referido tratadista español JOSÉ MARÍA GARRETA SUCH:

“Es lógico suponer que quien reúne en su seno tan gran poder estará, en contrapartida, sometido a una responsabilidad no menor; que cualquier acto que represente perjuicio para aquellos que, al menos en teoría, son titulares de la empresa a la que sirve, podrá ser revisado; que su actuación toda estará constantemente controlada por la ley en compensación a la ausencia de riesgo que supone en su patrimonio la gestión de estos intereses ajenos; que, en definitiva, la diligencia que deberá prestar será enérgicamente exigida”¹⁰.

1.1. La tecnoestructura

En el apartado anterior se ha hecho una referencia apenas tangencial a la “tecnoestructura”. Considero que es pertinente destinar algunas líneas a un estudio más profundo del fenómeno que bajo esta rúbrica ha ocupado la atención del economista norteamericano JOHN KENNETH GALBRAITH, profesor universitario cuyo *corpus honorum* va de Berkeley a Harvard, pasando por Princeton y a quien SAMUELSON ha considerado como “la oveja negra del mundo industrial”. Esta aproximación más

10 *Op. cit.*, pág. 40.

detallada que a continuación se emprende nos ofrecerá una imagen más clara del problema y del nuevo *rol* que representan hoy los administradores de empresas¹¹.

Es pertinente advertir que el pensamiento de GALBRAITH, y en especial el que tiene que ver con la “tecnestructura”, se ha desarrollado en el ambiente altamente industrializado de su país de origen. Como él mismo lo sostiene, los postulados básicos de su teoría son predicables solamente de las sociedades del mundo industrializado, tal como es la norteamericana. No por ello debe pensarse que sus reflexiones no resulten para nosotros atractivas e interesantes; al contrario, si logramos mantener presente esta circunstancia podremos recibirlas con beneficio de inventario y articularlas con nuestras propias instituciones. Así, el examen del pensamiento de GALBRAITH nos ofrece, cuando menos, las siguientes bondades:

- a) permite, como leyendo en minúsculas lo que en las sociedades industrializadas se presenta en mayúsculas, identificar el germen o brotes de la tecnestructura en nuestras instituciones;
- b) permite, por ende, tomar preventivos que eviten que el poder de la tecnestructura se desborde (evitando desastres como los de Enron Corp., Worldcom Corp. o Parmalat);
- c) proporciona una herramienta analítica para examinar las condiciones en que se desarrolla el gobierno corporativo de las grandes multinacionales (que actúan también en nuestro país); y
- d) arroja, como utilidad negativa, la determinación de elementos y factores que no funcionan ni pueden explicarse por la teoría de la tecnestructura.

Comienza GALBRAITH señalando cómo durante el siglo XIX y los primeros decenios del siglo XX al sistema económico se le criticaba su explotación de los trabajadores y su vulnerabilidad a la crisis. El defecto del sistema consistía, en este orden de ideas, en que los que más trabajaban eran los que menos recibían y en que la economía estaba sujeta a recesiones y depresiones. Sin embargo, en esa época nadie ponía en tela de juicio la racionalidad del sistema, es decir, nadie dudaba que los bienes ofrecidos por el sistema fueran útiles y que los mecanismos a través de los cuales esto se lograba fueran eficientes.

11 Para la exposición de la teoría de la tecnestructura se ha seguido el artículo del propio autor titulado “Las astucias de la tecnestructura”, en: GALBRAITH, JOHN KENNETH *et al.* “Las astucias de la tecnestructura”, *La crisis de las sociedades industriales*, Promoción del Pueblo, Madrid, 1972, págs. 33-49.

A partir de la mitad del siglo XX, y con una tendencia creciente en los últimos años, la crítica tradicional del sistema económico ha cambiado, al punto de invertirse. Ya muy pocos consideran que el sistema se estructura sobre la opresión de los trabajadores, al contrario, se piensa que éstos están alcanzando niveles de vida con los que se consideran satisfechos. Igualmente, la ausencia de fuertes períodos de recesión ha dado lugar a que se crea que las épocas de las crisis han quedado superadas. Sin embargo,

“se formula una nueva crítica: consiste en decir que la sociedad industrial moderna es irracional. [...] Un gran número de productos, cuya novedad y maravilla se proclama a los cuatro vientos, funcionan mal y no sirven para nada. Hay demasiado ruido, demasiada porquería en el aire. Hay demasiado petróleo y suciedad en el agua. Y ante estas faltas el fabricante reacciona lenta y burocráticamente”¹².

Un sistema económico es irracional cuando no está razonablemente adaptado a las necesidades del público. El sistema económico que se ha implantado produce todo tipo de bienes cuya necesidad no se ve por ninguna parte. La industria armamentista es, para GALBRAITH, quizás el más claro ejemplo de ello, pero la irracionalidad del sistema se manifiesta a todo nivel, desde la construcción de transportes supersónicos y de nuevos aeropuertos hasta la inundación de los mercados con teléfonos celulares, accesorios de moda o cosméticos. Ahora bien, la irracionalidad no se limita únicamente al producto ofrecido: si el producto es inútil también lo es quien lo fabrica.

Este giro que ha dado la economía hacia la irracionalidad traslada el acento de las decisiones del mercado del consumidor al productor. En efecto, en la concepción neoclásica de los procesos económicos el consumidor es el último detentador del poder económico; es él quien a través de sus preferencias de demanda decide qué productos deben fabricarse, a qué cantidad y a qué precio. Según esta concepción, en el mercado no hay lugar para las respuestas irracionales, pues ellas serán, por extravagantes que parezcan, las que el público consumidor determine.

Cuando el productor, en forma de empresa, adquiere un grado considerable de madurez y una talla mínima, haciéndose suficientemente grande y poderoso, puede invertir la fórmula sobre la cual se construía el sistema económico, de manera que ya no es el consumidor quien toma las decisiones ni quien determina la dirección y la intensidad de las operaciones económicas, sino que es la empresa misma la que, mediante la producción determina qué, cuánto y a qué precio consumir. El sistema deviene, por este motivo, irracional.

Para lograr dirigir estas nuevas empresas hiperdimensionadas y para controlar el flujo de información que ellas manejan se requiere de un grupo de individuos preparados y calificados para llevar a cabo dicha labor.

12 *Ibidem*, pág. 36.

“La tecnología moderna, con la necesidad de cualificación (*sic*) que ha suscitado, las exigencias de la administración y de su gestión, impone a las empresas del subsistema una organización avanzada. Ya no está un individuo en disposición de controlar él solo la totalidad de las informaciones importantes. Tales empresas, cuando alcanzan su pleno desarrollo, están dirigidas colegialmente por un engranaje complejo destinado a repartir y utilizar las informaciones que numerosas personas facilitan. Esta organización dirigente —que incluye a los ingenieros, sabios, directores de talleres, directores de ventas, especialistas en *marketing*, jefes de publicidad, contables, juristas, agentes de bolsa— es lo que yo llamo « tecnoestructura »¹³.

La tecnoestructura, una vez concebida, como siguiendo una aceleración centrífuga, con el tiempo toma el poder del mercado. Así, el poder que en un comienzo radicaba en el consumidor ha ascendido a esta última instancia, en la que no se ubica ya ni la empresa como tal ni los socios capitalistas, sino esta nueva casta dirigente.

“Una vez que el poder está entre las manos de la tecnoestructura, ésta lo utiliza para sus propios fines. Lo chocante sería que no lo hiciera y nótese que en este punto mi ortodoxia es irreprochable”¹⁴.

Este poder de la tecnoestructura, a través de sus astucias termina irrumpiendo todos los ámbitos de la sociedad, desde la economía, hasta la publicidad y las decisiones políticas. Claro, los primeros que se ven expropiados son los socios de las empresas en que funge la tecnoestructura, quienes (como se dijo *supra*) ya no detentan sino la ilusión del poder y no pueden, por estar al exterior de la tecnoestructura y carecer de la información necesaria, participar en el proceso de toma de decisión. De contera, la tecnoestructura ya no busca la realización del beneficio máximo de la empresa, pues éste no repercute en ellos, sino que busca asegurar su propio crecimiento, pues éste redundaría en mayores poderes para ella, mayores responsabilidades y, muy importante, mayores salarios. El crecimiento también incrementa la influencia y la estabilidad de la firma y, de rebote, el poder colegiado de la tecnoestructura.

De este ámbito meramente empresarial y económico, la tecnoestructura se extiende a todos los ámbitos de la existencia, al punto que viene a convertirse en la nueva racionalidad del sistema. Lo que es bueno, lo que es deseable, lo que debe producirse y lo que debe consumirse es lo que le conviene a la tecnoestructura, la cual termina así imponiéndose al individuo. En este punto el discurso de GALBRAITH se revela liberador; una vez ha formulado el diagnóstico, emprende —aunque él

13 *Ibidem*, pág. 39.

14 *Ibidem*, pág. 41.

mismo reconoce no poder exponerla toda—, la elaboración de la receta. El mensaje último de GALBRAITH es que debemos “derrotar” a la tecnoestructura para que “la gente llegue algún día a consumir menos, trabajar menos y vivir mejor”¹⁵.

Abstengámonos nosotros de formular semejante afirmación y evitemos, por el momento, y hasta que en otra oportunidad podamos formarnos un juicio maduro al respecto, condenar a la tecnoestructura. No digamos que la tecnoestructura es buena o que es mala: la tecnoestructura es. Así, sin llegar al extremo de propugnar por una resistencia y por una batalla contra ella, proclamemos eso sí que se la debe considerar en la dimensión que le corresponde.

De esta manera, coherentemente con lo que se ha dicho, ratifiquemos que a la tecnoestructura, a esta nueva casta dirigente, a estos nuevos administradores, junto a ese nuevo y gran poder le corresponde también una gran responsabilidad.

2. EL RÉGIMEN DE LOS ADMINISTRADORES EN COLOMBIA

La legislación colombiana, ha buscado salirle al paso a estas nuevas transformaciones de la actividad mercantil a través de instituciones y reglas *de jure conditio*. Es así como la Ley 222 de 1995 ha establecido, como se ha reconocido en la doctrina, un verdadero “estatuto de los administradores”. Mediante las disposiciones que a continuación se comentarán ha determinado los sujetos cuya actividad es regulada por dicho estatuto, sus deberes genéricos y específicos, su responsabilidad y las acciones judiciales que se pueden intentar contra ellos. Esta nueva regulación —en parte sustitutiva, en parte adicional a la del Código de Comercio— ha querido superar un estado de relativa irresponsabilidad de los administradores de sociedades conformando para ellos un régimen más estricto y exigente que el impuesto para otro tipo de sujetos.

2.1. ¿Quiénes son administradores?

Como presupuesto ontológico de la aplicación del régimen especial de los administradores, el artículo 22 establece que,

15 *Ibidem*, pág. 49.

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

Esta enumeración es restrictiva, de suerte que el régimen específico y más estricto previsto para los administradores es aplicable a los sujetos allí incluidos, y solamente a ellos. Cualquier otra persona distinta a las mencionadas en el artículo 22 se sujetará, no a estas especiales, sino a las reglas generales de conducta y responsabilidad.

De acuerdo con el artículo 22 son administradores:

2.1.1. El representante legal

El representante legal es quien tiene a su cargo la gestión externa de la sociedad. La gestión social, como lo explica el profesor NARVÁEZ, comprende la interna y la externa. La primera, se refiere a un conjunto de actos internos tales como deliberaciones, decisiones, nombramientos, autorizaciones, controles, órdenes, etc. La segunda, en cambio, envuelve los actos que, actualizando la personalidad jurídica de la sociedad, la relacionan con terceros y pueden llegar a comprometer su responsabilidad para con ellos. El representante legal es, pues, quien, como su nombre lo indica, representa a la persona societaria frente a los terceros con quienes interactúa y con quienes entabla relaciones jurídicas, celebrando contratos, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones.

El representante legal no está vinculado a la sociedad a través de un mandato. Aunque por mucho tiempo la figura del mandato fue utilizada para dar cuenta de la naturaleza de la relación que se establecía entre la sociedad persona jurídica y su representante legal, hace ya otro tanto que se impuso, para tal efecto, la teoría organicista. Según esta concepción, la sociedad (al igual que el ser humano), para poder obrar en el mundo exterior, necesita de “órganos” a través de cuyo cauce pueda expresar su voluntad.

Al respecto, JORGE BARRERA GRAF¹⁶ anota:

“Sin embargo, no se trata de la figura contractual del mandato, tanto porque la función y el carácter del órgano son necesarios y no meramente convencionales, como es el caso del mandato (y de la comisión mercantil), como porque su carácter no deriva de un acuerdo de voluntades, sino de un acto unilateral, como en su nombramiento por la

16 GRAF BARRERA, JORGE, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1991, págs. 571-572.

asamblea, y en fin, porque al administrador, no sólo corresponde la función representativa propia de dicho contrato, sino también otras de igual importancia y que es ajena (*sic*) a éste, a saber, las funciones de gestión, o sea la organización de la compañía.[...]. No son [los administradores] dependientes de la sociedad, sino que la integran y son parte consustancial de ella; son, como órganos sociales, un medio o instrumento jurídico para que la compañía opere, se manifieste y actúe”.

2.1.2. El liquidador

A pesar de que se llegó a sostener la tesis contraria¹⁷, la mayoría de la doctrina, entre la que se cuenta la de la Superintendencia de Sociedades¹⁸, considera a los liquidadores de sociedades como representantes legales. Y es que, en efecto, toda vez que la personalidad de la sociedad se conserva hasta que se inscribe en el registro la cuenta final de la liquidación, es lógico pensar que, durante la fase de liquidación, sea a través del liquidador que la sociedad se haga presente frente a terceros.

La Ley 222 de 1995 en este punto no ha querido, sin embargo, dejar la cuestión a la determinación de la doctrina. Es por esto que se ha incluido, como administrador, y por lo mismo como sujeto destinatario del régimen establecido en la ley, a los liquidadores de sociedades. Esta inclusión expresa y diferenciada de aquella referente a los representantes legales obedece, quizás, antes que a una discusión teórica sobre la naturaleza del liquidador, a la necesidad práctica de someter, sin que haya lugar a dudas, a dichos sujetos al más riguroso y estricto régimen creado para ellos por la ley.

2.1.3. El factor

El artículo 1332 del Código de Comercio dispone que,

“La preposición es una forma de mandato que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo. En este caso, el mandatario se llamará factor”.

17 El profesor GABINO PINZÓN incluye a los liquidadores dentro de los “meros administradores”, quienes no tienen ninguna facultad de representación legal de la sociedad. Esta posición es coherente con su opinión según la cual la personalidad jurídica de la sociedad se extingue con el acaecimiento de una causal de disolución de la compañía, lo cual apareja la pérdida de la capacidad de la sociedad para desarrollar su objeto social, sustrato real de la personalidad social.

18 Superintendencia de Sociedades, oficio DAL-32528 de diciembre 17 de 1985.

Como puede verse, la inclusión del factor como administrador de las sociedades no se acompasa con la teoría organicista, pues entre éste y la sociedad no hay una vinculación interna de sujeción jerárquica ni normativa. En otras palabras, el factor no es un órgano social ni hace parte de una estructura institucional propia de las sociedades. Sin embargo, y aunque la única relación que exista entre el factor y la sociedad sea un contrato de mandato, dadas las amplias prerrogativas con las que cuenta el factor, el alto grado de poder de acción que concentra y el riesgo que su conducta implica para los asociados y los terceros, ha querido el legislador contarlos entre los administradores y exigir de éste la conducta señalada para éstos en la ley.

2.1.4. Los miembros de juntas o concejos directivos

La ley incluyó, como no podría ser de otra manera, a estos sujetos encargados de la orientación de la actividad social. Esta determinación incluye tanto a los directores de empresas cuyo ropaje formal no hace obligatorio dicho órgano de administración como a los de aquéllas en que es obligatorio.

2.1.5. Quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones

Ha considerado el legislador que el régimen establecido para los administradores comprende o es aplicable a todo sujeto que, independientemente de la denominación que reciba, ejerza o detente funciones administrativas. No es necesario, según se desprende del texto legal, que el sujeto “ejerza” efectivamente sus funciones, es decir, que las ponga en acto; sino que basta que las “detente” para hacerse destinatario de la regulación, aun cuando no llegue nunca a ejercerlas. Al respecto ha dicho la Superintendencia de Sociedades¹⁹:

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

¹⁹ Superintendencia de Sociedades, circular externa 09, julio 18 de 1997, en: *Doctrinas y conceptos jurídicos*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 1997, pág. 61.

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

La inclusión de esta expresión para determinar los sujetos administradores de sociedades es, aunque necesaria, vaga e imprecisa. Por un lado, es evidente que además de los sujetos específicamente identificados como administradores (representante legal, liquidador, factor y directores) hay otros que sin tener esta denominación y, aún más, sin encontrarse vinculados con la sociedad en tales calidades ejercen o detentan funciones de administración y, más importante, pueden llegar a comprometer a la sociedad frente a terceros —ya sean los socios, ya sean los acreedores. Es por esto que la inclusión de esta fórmula indeterminada, “quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”, se hace necesaria y de gran utilidad. Por otro lado, sin embargo, resulta difícil determinar cuándo un funcionario tiene funciones de administración y, por consiguiente, se le tiene como tal para efectos de la aplicación del régimen de la Ley 222. Así, la indeterminación de la fórmula, que desde la primera perspectiva es una virtud, es bajo esta última un defecto.

FRANCISCO REYES²⁰ señala a este respecto:

“Es esta una previsión demasiado vaga e imprecisa y que puede generar dificultades de interpretación. Con todo, resulta claro que la denominación de administrador a cualquier funcionario de la compañía o el señalamiento de facultades expresamente denominadas administrativas, en los estatutos de la sociedad, implicarán, sin duda, la aplicación del nuevo régimen consagrado en los artículos 21 y siguientes de la Ley 222 de 1995. Por lo demás, y a falta de un decreto reglamentario, en el que se defina explícitamente qué se entiende por funciones de administración en los términos de la nueva legislación, serán la doctrina administrativa de las superintendencias y la jurisprudencia, las que deberán definir el alcance de la referida expresión”.

Más allá de estos sujetos, no hay otros que se tengan como administradores. El régimen introducido por la Ley 222 de 1995 no se hace extensible a ninguna otra persona distinta de las mencionadas en el artículo 22. Sin embargo, no quiere esto decir que para éstas no haya ningún tipo de control ni de responsabilidad sobre sus actuaciones, sólo que no se sujetarán, para tales efectos, a las reglas de la Ley 222, sino a las generales de responsabilidad.

20 REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, *Reforma al régimen de sociedades y concursos*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1996, pág. 201.

“En otros términos, el hecho de que la inmensa mayoría de los funcionarios sociales no puedan recibir el calificativo de administradores, por no estar en la cúpula de la jerarquía, no significa que en sus vínculos contractuales o extracontractuales sean irresponsables; quiere decir solamente que ellos están sujetos a las reglas generales mientras que los auténticos administradores, como funcionarios de primera línea, se encuentran sometidos a una disciplina especial, más estricta”²¹.

2.2. Deberes de conducta de los administradores

El examen de los deberes y las obligaciones de los administradores —y en general de cualquier sujeto— es indispensable si se quiere establecer la responsabilidad jurídica que a ellos se les pueda endilgar. En efecto, la responsabilidad solamente se compromete cuando se incumple un deber o una obligación, ésta sólo encuentra su justificación a través de la idea previa de deber jurídico, siendo en últimas una forma de sanción del incumplimiento del débito. El vínculo obligacional comporta dos elementos que si bien es cierto no podrían estar más íntimamente ligados son distintos el uno del otro: la deuda (*schuld*) y la responsabilidad (*haftung*). La deuda implica solamente la necesidad jurídica de realizar una prestación (que si es concreta y específica, y posee un destinatario determinado nos refiere a la obligación; al paso que si es abstracta y genérica, y posee un destinatario indeterminado nos refiere al deber). La responsabilidad es la sumisión o sujeción al poder coactivo del acreedor. Como explica LA CRUZ, “la responsabilidad acompaña a la deuda como la sombra al cuerpo”.

Siendo ello así, si queremos examinar porqué motivos, con qué contenido y bajo qué circunstancias surge la responsabilidad de los administradores, necesario resulta verificar antes cuáles son sus obligaciones y sus deberes: al fin y al cabo la culpa —presupuesto de la responsabilidad— no es otra cosa, al decir de PLANIOL, que el incumplimiento de un deber jurídico preexistente.

2.2.1. Principios generales de conducta

El artículo 23 de la Ley 222 de 1995 señala, en su inciso primero, unos principios generales a los que deberán sujetarse los administradores. Dispone la norma en comentario:

21 GAVIRIA GUTIÉRREZ, ENRIQUE, *Nuevo régimen de sociedades*, Díké, Medellín, 1996. pág. 92.

“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”.

2.2.1.1. Deber de buena fe

En rigor el legislador no habría tenido que establecer de manera expresa este deber, pues es un principio general del derecho que las personas, en sus relaciones jurídicas, han de comportarse siempre de buena fe. Esto es lo que expresan los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio y lo que ha sido elevado a rango constitucional en el artículo 83 Superior. Pero así lo ha hecho, y con ello no hace sino enfatizar en que los actos jurídicos deben ser adelantados, como lo explica OSPINA FERNÁNDEZ y como ya ha hecho carrera entre nosotros,

“con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada a que obedece su celebración”²².

El alcance normativo del postulado de la buena fe entraña, en definitiva, un interés por el otro con quien se negocia y con quien, en general, se entablan relaciones jurídicamente relevantes. Los administradores deben tomar interés por la sociedad, y por los asociados, los acreedores, los trabajadores, etc.

2.2.1.2. Deber de lealtad

Este deber es propio de las relaciones fiduciarias, tal como es la que existe entre la sociedad y los administradores. Decir que el administrador debe obrar con lealtad no deja de ser una reiteración, pues, como lo señala Díez PICAZO,

“la relación representativa encuentra su base y su fundamento en un vínculo de confianza y de fidelidad entre representante y representado”²³.

De manera negativa se puede decir que el deber de lealtad implica el reproche de todas las conductas que defrauden la confianza de que son depositarios los administradores y que se concretan en la utilización de información privilegiada, la violación de la reserva comercial e industrial de la sociedad, y en general, todo acto

22 OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Temis, Bogotá, 1998, pág. 331.

23 Díez PICAZO, *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979. pág. 99.

que por las circunstancias en que se desarrolla contraría los intereses de la sociedad, tomando ventaja sobre ella y los asociados.

2.2.1.3. Deber de obrar con diligencia o cuidado

La ley establece de manera expresa, positiva y especial un deber para los administradores que, por lo demás, no es exclusivo de ellos sino que pesa sobre todas las personas. En efecto, sabido es que la responsabilidad civil de los individuos se ve comprometida (todavía y como regla general) únicamente cuando éstos obran con culpa, es decir, con la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (art. 63 CC). El artículo 23 no hace sino reconocer, al igual que en otras legislaciones, positivamente esta obligación²⁴.

De suma importancia resulta el patrón o el modelo que se ha tenido en cuenta para la determinación de la culpa. Mientras que el ordenamiento civil ha adoptado al “buen padre de familia” como tipo abstracto con el cual ha de compararse la conducta de los individuos a fin de determinar si, en el caso concreto, han obrado o no con culpa, la Ley 222 de 1995 ha adoptado al “buen hombre de negocios” para tal efecto.

Mediante la inclusión de este tipo abstracto de comparación se reconoce la especificidad y 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 inserto en el contexto económico. El buen hombre de negocios —para cuya caracterización no debe perderse de vista el criterio de “lo normal”— debe asumir entonces comportamientos distintos a los que asume el buen padre de familia. Por un lado, el buen hombre de negocios debe tener un especial conocimiento de la actividad que tiene a su cargo, debe integrar los distintos recursos técnicos e instrumentales con que cuenta de manera adecuada, debe valerse de la experiencia recogida en el campo y, en fin, siempre debe colocarse en situación tal que pueda tomar las mejores decisiones dentro del ámbito económico, todo ello evaluado según criterios más estrictos que aquellos con que se juzga al buen hombre de familia.

24 Fue en el derecho norteamericano donde por primera vez se hizo referencia a los deberes fiduciarios (*fiduciary duties*). Por su parte, la Ley General de Sociedades Comerciales de Argentina dispone que “Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios” (art. 59). A su turno, el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas de España, que modificó el antiguo artículo 79 señala: “Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal...”.

Por otro lado, el hombre de negocios debe estar más dispuesto a tomar riesgos, pues el riesgo es una constante de la vida de los negocios, que no de la vida de familia.

Por otra parte, hay que señalar que el deber de diligencia y cuidado no trae consigo una obligación de resultado, sino una de medio. En efecto, mal podría exigírsele al administrador que se anticipara y, aún, superara el *alea* económica envuelta en todo negocio. Así, el administrador debe poner todo su empeño y esfuerzo, todas sus habilidades y conocimiento para lograr cuanto resulte favorable para la sociedad, pero no debe garantizar la consecución de tal fin²⁵.

Respecto del deber de diligencia, el profesor español JOSÉ MARÍA GARRETA, citado en otro aparte, señala:

“En definitiva, el administrador no es necesariamente un socio de la compañía, sino cualquier persona designada por la junta general de accionistas, a quien se exige que administre la sociedad con la diligencia de un «ordenado empresario»; la exigencia no va más allá; tal vez se le reclame éxito de su gestión, pero jurídicamente el éxito o el fracaso no es ningún módulo de conducta; tan sólo se le demanda coordinar los factores de producción en forma ordenada; si tras ello se produce beneficio o pérdida no es relevante para el derecho; probablemente será relevante para la junta que ha nombrado al administrador y que, consecuentemente, podrá ratificarlo en su cargo o destituirlo, aunque no exista justa causa alguna para ello, pero nada más; tan sólo cabrá hablar de responsabilidad si el fracaso es consecuencia de una actuación no diligente, es decir, no conforme al módulo de conducta de un «ordenado empresario”. [...].

Por tanto, la diligencia requerida es una diligencia específica y profesional, la de un «ordenado empresario» que combina los factores de producción adecuadamente, que no arriesga más de la cuenta, es decir, sin estudiada planificación, es una diligencia que se adecua al tiempo y al lugar [...].

Podemos, pues, afirmar que la diligencia impuesta es la diligencia del profesional, y en ningún caso impone la LSA una gestión propia del *bonus pater familiae*, seguramente más conservadora del patrimonio familiar que inversora del mismo, para cuyo desempeño se precisa simplemente la prudencia en el actuar, pero no la información, toma de decisión y margen de riesgo previsible; la gestión del «buen padre de familia» es contraria a la gestión económica profesional, impide tratar un patrimonio con finalidad empresarial y podía haber sido adecuada para gestionar una propiedad de carácter esencial-

25 En el derecho norteamericano, como lo señala MARCELA CASTRO, se ha popularizado en los tribunales la regla de la discrecionalidad de los negocios, según la cual éstos no deben entrar a juzgar los efectos económicos de una determinada actuación de los administradores, cuando éstos han obrado de buena fe y en uso de buen juicio. Citada por REYES, *op. cit.*

mente mobiliaria y agraria, pero no cuando ésta ha quedado transformada por su vinculación a la empresa”²⁶.

Además de estos tres deberes genéricos de conducta, el art. 23 de la Ley 222 de 1995 enumera 7 deberes específicos de los administradores. Es importante señalar, antes de entrar a estudiar cada uno de ellos, que esta enumeración es meramente enunciativa. Si la ley ha señalado expresamente estas conductas es porque ha querido hacer hincapié en ellas, acaso porque las ha considerado muy importantes o porque las encontrado muy frecuentes; mas no porque haya querido limitar a estos eventos la responsabilidad de los administradores. La Superintendencia de Sociedades, a este respecto, ha señalado:

“El cumplimiento u observancia de las pautas que enuncia la Ley 222 para delinear el comportamiento ideal de los administradores no significa el agotamiento de sus deberes. Éstos solamente están limitados por la buena fe, la lealtad, la diligencia del buen hombre de negocios y los intereses de la sociedad y los asociados. De suerte que la frontera de sus deberes tiene que buscarse en los principios enunciados y no en la relación simplemente ilustrativa que trae el artículo 23 de la Ley 222 de 1995”²⁷.

Así las cosas, los principios generales de comportamiento mencionados vienen a constituir el derrotero de la responsabilidad de los administradores que, cobijando tantas conductas como puedan imaginarse, protege los intereses de la sociedad, los asociados y los terceros; en desarrollo y fiel observancia del inveterado y aún hoy observado principio “*Neminen laedere*”²⁸.

26 GARRETA, *op. cit.* pág. 93.

27 Superintendencia de Sociedades, *op. cit.* pág. 63.

28 En efecto, los deberes genéricos enunciados en el primer inciso del artículo 23 constituyen cartas en blanco, por así decirlo, que pueden llenarse con todo tipo de conductas. ROBERT CHARLES CLARK (citado por REYES, *op. cit.* pág. 207) ha dicho respecto del deber de lealtad que “lo más importante acerca de este tema, es que el deber fiduciario de lealtad, es un concepto residual que podría incluir situaciones fácticas que nadie ha previsto ni calificado aún (...)”. Con criterio similar, y con relación a la buena fe, el ya citado tratadista OSPINA FERNÁNDEZ anota que este principio, aplicable a todas las obligaciones, determina y complementa los efectos normativos de los actos jurídicos de modo que éstos vienen a ser no solamente los pactados o previstos *ex ante*, sino todos los que dadas las circunstancias, y bajo la lupa de “lo normal” y “lo ordinario” les pertenecen.

2.2.2. Deberes específicos de los administradores

2.2.2.1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social

Como lo señala NARVÁEZ²⁹, el objeto social es un conjunto de facultades en potencia, mientras que el giro social es el desarrollo práctico de los negocios contenidos en la cláusula del objeto. Es precisamente a éste último que se refiere la disposición en comento, señalando que son los administradores los responsables por él.

Se entiende la consagración expresa de esta obligación por la importancia que tiene el objeto social en la vida de toda sociedad. Jurídicamente el objeto social es un requisito de existencia de la sociedad que delimita, además, la capacidad de la misma. Económicamente, el objeto social es contentivo de la actividad que ha motivado a los socios a reunirse y a conjugar esfuerzos en una misma empresa. Siendo ello así, es más que obvio que la principal y más importante función de los administradores sea desarrollar el objeto social, a tal grado que es precisamente esta función la que exige su existencia.

Es importante señalar que la disposición legal establece que los administradores deben “realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social”, pero no les exige que logren efectivamente tal cosa. Aquí, como ya se dijo, se pone de presente que esta obligación de los administradores es de medio y no de resultado.

No puede dejarse de lado el hecho de que el legislador haya señalado que se trata del “adecuado” desarrollo del objeto social y no de otro. Ello implica, por un lado, que debe haber una relación de correspondencia entre la actividad desplegada por los administradores y el conjunto de potencias señaladas por el objeto social, sin que la primera se muestre excesiva con respecto al segundo (*ultra vires*). Por otro lado, implica que las conductas de las que se sirvan los administradores para desarrollar el objeto social deben ser lícitas, leales, rectas, etc.; y que éstas no podrán justificarse so pretexto de que mediante ellas se desarrolla el objeto social, aunque así fuere efectivamente. Así, por ejemplo, no puede justificarse que se incumplan contratos, se incurra en tráfico de influencias, se evadan impuestos, se laven activos, etc.

29 NARVÁEZ, JOSÉ IGNACIO, *Teoría general de las sociedades*, Legis, Bogotá, 1998. pág. 156.

2.2.2.2 Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias

Es claro que la actividad de los administradores no es totalmente discrecional, sino que debe realizarse con sujeción a la ley y a los Estatutos. La responsabilidad por este deber no se limita, sin embargo, únicamente a la conducta de la persona misma del administrador, sino que trasciende a la de sus subalternos. Al señalar la ley que el administrador debe “velar” por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias se hace inclusión expresa de la tesis de la *culpa in vigilando*, consagrada en los artículos 1738 y 2347-4 del Código Civil. De este modo, corresponde al administrador controlar y dirigir a los funcionarios que, como es propio de las estructuras jerárquicas societarias, trabajan bajo su dependencia y sobre los cuales tiene un poder de mando y vigilancia.

2.2.2.3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal

No hacía falta que el legislador estableciera este deber expresamente como lo hizo, pues bien podría pensarse que ya se encuentra incluido en el anterior. Mas consideró pertinente ser enfático en este punto, para superar, aunque fuera normativamente, la situación que se viene presentando por la cual los revisores fiscales, como suele decirse, terminan siendo rehenes de los administradores quienes tienen sobre ellos poder de destitución.

Le corresponde al administrador, en cumplimiento de este deber, suministrar al revisor fiscal toda la información contable, administrativa, financiera, y de cualquiera otra índole que técnicamente se necesite para que el revisor fiscal cumpla los deberes que le impone el artículo 207 del Código de Comercio, y por ello mismo el administrador debe suministrar todos los medios que permitan desarrollar una efectiva, completa y oportuna función de fiscalización.

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

La reserva industrial y comercial de la sociedad está integrada por todo tipo de conocimientos que por su valor competitivo es sustraído por voluntad del empresario del ámbito de lo público y guardado en secreto con especial sigilo y cuidado. El administrador debe abstenerse de revelar este tipo de conocimientos, así como realizar todas las conductas tendientes a impedir que esto suceda. La infracción a este deber puede generar consecuencias en el ámbito penal, laboral y del derecho de la competencia.

2.2.2.5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada

La información privilegiada es aquella a la que el administrador accede en el desarrollo propio de sus funciones y que le brinda una ventaja técnica o de negocios sobre el común de la gente. En la medida en que el administrador tiene un conocimiento anticipado de la información, o uno más detallado de la misma o, en todo caso, se hace a ella ventajosamente, adquiere un privilegio del que no gozan los demás y que puede procurarle un beneficio en perjuicio del titular de esa información y de terceros.

Ejemplos de información privilegiada podrían ser la que tiene el administrador, por razón de su cargo y como no podría ser de otra manera, de la decisión social de solicitar la apertura de un proceso de reestructuración empresarial, de realizar una determinada inversión, de emitir acciones, etc.

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

Esta norma busca proteger a los socios minoritarios y a los que, por cualquier circunstancia, se encuentran distanciados de la administración. Y es que no con poca frecuencia acontece que los administradores dan un trato preferencial a aquellos que detentan participaciones mayoritarias, al paso que se muestran apáticos o falsamente neutrales con los minoritarios.

Especial énfasis hace el legislador en el derecho de inspección, señalando que es un deber específico de los administradores en interés de todos los socios. Ello es así porque, entre aquellos derechos que confiere el *status socii*, es este el que con mayor facilidad y frecuencia se vulnera. Algunos han considerado que en este punto ha debido incluir el legislador todos los derechos de los socios³⁰, como el de participar en utilidades, el de voz y voto, el de recibir una participación en la liquidación de la sociedad, etc. Y aunque así fuese, el que no lo haya hecho el legislador de ninguna manera significa que no deban los administradores respetar todos estos

30 ENRIQUE GAVIRIA señala, hablando de los deberes de los administradores: “Respetar el ejercicio del derecho de inspección, punto en el que la ley se quedó corta, pues no sólo hay que respetar tal prerrogativa sino todas las demás que el C. de Co. concede a los socios o accionistas.” (GAVIRIA, *op. cit.*, pág. 94). Con idéntico criterio el profesor NARVÁEZ dice que “parece insólito (...) circunscribir el trato equitativo a los asociados únicamente al derecho de inspección cuando lo natural y obvio es que comprenda todos los derechos tanto administrativos o políticos como de contenido patrimonial.” (NARVÁEZ, *op. cit.*, pág. 359).

derechos, pues teniendo consagración legal o estatutaria, es también un deber suyo, como es apenas obvio, velar por que se cumplan (art. 23-2 Ley 222).

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

Ha querido el legislador evitar que los intereses patrimoniales del administrador y los de la sociedad colisionen poniendo en entredicho el deber de lealtad de los primeros para con la última. La norma en comento contempla dos hipótesis distintas: la primera, se refiere a los actos de los administradores que implican competencia con la sociedad y presupone que sus intereses participan en el mercado con fines concurrenciales. La segunda se refiere a los conflictos de intereses donde éstos se contraponen directamente, como ocurre en la celebración de contratos entre el administrador y la sociedad.

Aunque el artículo 154 del Proyecto de Ley 119 1993³¹ traía una prohibición tajante y contundente para los administradores de participar en actos que implicasen competencia o conflictos de intereses con la sociedad, el numeral 7º del artículo 23 finalmente aceptado contempla la posibilidad de que esto suceda siempre que haya autorización expresa de la junta de socios o de la asamblea general de accionistas (nunca de la junta directiva). Dispone en seguida la norma que,

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

2.3. Responsabilidad de los administradores

Expuestos los deberes de los administradores es posible entrar a dilucidar todo lo relativo a la responsabilidad que su infracción genera para los mismos. El régimen de responsabilidad que se ha estructurado para los administradores se erige sobre los pilares fundamentales de la responsabilidad, y dentro de los mismos lineamientos que sobre el tema han hecho la jurisprudencia y la doctrina.

31 Art. 154: “Nadie podrá actuar como administrador de dos o más compañías que sean competidoras entre sí, o cuando entre ellas, a juicio de los demás administradores, se presenten conflictos de interés”.

Puede sostenerse, en ese sentido, que la responsabilidad de los administradores es una especie del género que es la responsabilidad civil. Sin embargo, consideramos vano tratar de encasillar la responsabilidad de los administradores dentro de los distintos regímenes de responsabilidad que la ley contempla; es decir, no consideramos pertinente detenernos a determinar si la responsabilidad de los administradores es contractual o extracontractual, o si se trata de una responsabilidad por el hecho ajeno o por actividades peligrosas (¿puede ser peligrosa la actividad de los administradores?). Las anteriores cuestiones, por interesantes que puedan ser desde una perspectiva teórica, no arrojarán ninguna nueva luz sobre el tema ni producirán ningún tipo de efecto práctico. La irrelevancia de estas cuestiones no es sino resultado de apelar al principio científico de la parsimonia —o, lo que es lo mismo, cortar con la navaja de OCCAM.

El pilar fundamental del régimen especial de responsabilidad de los administradores está contenido en el artículo 200 del C. de Co., cuyos elementos sustanciales serán analizados en lo que sigue y cuyo tenor es el siguiente:

“ARTÍCULO 200: Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

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”.

2.3.1. La responsabilidad de los administradores es solidaria e ilimitada

El artículo 200 del Código de Comercio disponía que,

“los administradores responderán de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”.

Esta primigenia redacción dio lugar al debate jurisprudencial y doctrinal acerca de si la susodicha responsabilidad era conjunta o solidaria. La reforma que se surtió con la Ley 222 de 1995 puso fin a este debate (con innegables efectos prácticos) consagrando expresa y tajantemente una responsabilidad solidaria para los administradores que participaran en el hecho culposo³².

Es importante señalar que la referida solidaridad cobija únicamente a los administradores que hayan participado en el hecho culposo que origina el daño, adoptando la decisión y/o ejecutándola. La solidaridad, en efecto, es un vínculo subjetivo entre deudores por el cual quedan afectos a la satisfacción íntegra de la obligación (indemnizatoria, en los eventos de responsabilidad) a favor del acreedor, y no un expediente que permita extender una obligación a quien no es deudor de la misma.

“La solidaridad prevista en la ley se refiere al régimen de exigibilidad de la obligación de resarcimiento que incumbe a los administradores culpables. Es decir, en palabras del profesor GARRIGUES, se trata de una «solidaridad de los culpables»³³.

32 Antes de la Ley 222, en efecto, las opiniones acerca de la naturaleza de la responsabilidad de los administradores eran encontradas. El profesor GABINO PINZÓN señalaba que se trataba de una responsabilidad conjunta pues la solidaridad tiene que ser objeto de texto expreso legal (PINZÓN, GABINO, citado por REYES, *op. cit.*, pág. 217). Por su parte, NARVÁEZ sostenía que la responsabilidad de los administradores era solidaria por aplicación del principio general del artículo 825 del Código de Comercio. (NARVÁEZ, JOSÉ IGNACIO, *Teoría general de las sociedades*, Inversiones Bonnet & Cia. S.C., Bogotá, 1975. pág. 374). En nuestro entender, aun bajo el texto del original artículo 200 C. de Co. debía entenderse que la responsabilidad de los administradores era solidaria, no sólo por el mencionado artículo 825, sino por el artículo 2344 del Código Civil que hace solidariamente responsables de todo perjuicio a quienes realicen un delito o culpa, y otras disposiciones del Código de Comercio que contemplan una responsabilidad solidaria de los administradores para hipótesis concretas (art. 116, 224, 458, etc.). Muy interesante, por lo demás, resulta el hecho de que idéntica disputa se presentara en el derecho español, que en este punto ha sido seguido de cerca por nosotros; disputa que, al igual que en nuestra experiencia, no quedaría definitivamente superada sino mediante reforma legal, (GARRETA SUCH, *op. cit.*).

33 RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO, “Responsabilidad civil de los administradores de sociedades”, en: *Revista de la Superintendencia Bancaria*, n° 33, marzo de 1998, pág. 68.

2.3.2. Exoneración de responsabilidad

El inciso segundo del subrogado artículo 200 dispone que,

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

Esta disposición contempla dos diferentes hipótesis en las cuales los administradores se verán exonerados de responsabilidad. En primer lugar se refiere a aquellos eventos en los cuales los administradores no han conocido de la acción u omisión. Quedan comprendidos en esta hipótesis tanto los administradores que han asumido su cargo después de la toma de una decisión ilícita, como aquellos que estando posesionados, y debido a la complejidad estructural de algunas sociedades, no se hayan enterado de la misma. La segunda hipótesis hace referencia a las decisiones de las juntas directivas, permitiéndoles a sus integrantes exonerarse de responsabilidad a través de los salvamentos de voto. En todo caso, es necesario que el administrador no ejecute la acción u omisión.

Ante el tenor de la norma en comento cabe preguntarse, con RODRÍGUEZ AZUERO³⁴, qué sucede en los casos en que el administrador no ha conocido de una decisión, pero ha podido y, es más, ha debido conocerla. *Prima facie* y con un criterio exegético podría decirse que basta con que el administrador no haya conocido de la decisión (y que no la haya ejecutado) para exonerarse. Sin embargo, haciendo una interpretación integral de todo el articulado del nuevo estatuto de los administradores, se hace evidente que mal podría exonerarse un administrador que falta a sus deberes, en especial el que le exige “velar” por el cumplimiento de la ley y los estatutos (art. 23-2). Al respecto ha dicho RIPERT:

“No basta, además, para eludir la solidaridad, comprobar que no se ha participado en la deliberación del consejo, pues la ausencia no justificada es una negligencia culpable. Es necesario probar que no existió ningún medio de conocer e impedir el hecho culpable. Los administradores honestos y prudentes que prevén las maniobras fraudulentas no se contentan con emitir un voto hostil, sino que renuncian para no asociarse a dicho acto”³⁵.

Desde esta óptica le resultará imposible exonerarse de responsabilidad a los administradores bajo los pretextos de que la decisión “se tomó a sus espaldas”, o “sin que estuvieran presentes en la reunión”. En otras palabras,

34 *Ibidem*, pág. 68.

35 Citado por RODRÍGUEZ AZUERO. *Ibidem*,

“no basta el sólo hecho del desconocimiento de la acción u omisión, ya que la responsabilidad podría verse comprometida si no demuestran una causa justificativa de haber estado en la imposibilidad de conocer el hecho en cuestión. La diligencia objetiva del buen hombre de negocios a que alude el artículo 23 de la Ley de reforma así lo ordena”³⁶.

2.3.3. Presunción de culpa

El nuevo artículo 200 del C. de Co. dispone en sus incisos 3º y 4º 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 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”.

Esta presunción de culpa (que es simplemente legal) invierte el principio general *onus probandi incumbit actori*, de manera que al demandante no le incumbe demostrar la culpa del administrador sino que, habiendo probado el daño y el nexo causal, ésta se tendrá como cierta. Para exonerarse de responsabilidad deberá el administrador probar que no ha obrado con culpa, es decir, que se ha comportado diligente y prudentemente.

Cuatro son los eventos que, tal como se sigue de la norma bajo examen, dan lugar a la presunción de culpa del administrador: El incumplimiento o la extralimitación de sus funciones; la violación de la ley; la violación de los estatutos y la indebida distribución de utilidades. Respecto del último de los eventos señalados, se tiene como indebida una distribución de utilidades cuando no se encuentra justificada en balances reales y fidedignos, cuando se hace sin que se hayan enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores que afectan el capital, cuando no se haya aprobado con las mayorías exigidas por la ley, etc. El inciso cuarto de la norma en comento se encarga de señalar el *quantum* de la indemnización, el cual ascenderá al monto de las sumas dejadas de repartir o al de las repartidas en exceso y al monto de los perjuicios que por ello se hayan causado. No hay que pasar de largo el hecho de que en estos eventos se generará responsabilidad tanto si los administradores han “propuesto” la decisión respectiva como si la han “ejecutado”, de manera que si la

36 SANTOS BALLESTEROS, JORGE, *Instituciones de responsabilidad civil*, t. I, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1996. pág. 142.

asamblea llegase a adoptar la decisión de repartir indebidamente las utilidades, el administrador tendrá que abstenerse de obedecer so pena de ver comprometida su responsabilidad.

Todas las hipótesis que generan la presunción de culpa pueden reducirse a una sola, la violación de la ley. En efecto, el incumplimiento o la extralimitación de las funciones del administrador, la violación del contrato y el reparto indebido de utilidades son todas hipótesis concretas de violación de la ley. Esta hipótesis resulta comprensiva de todas las demás y debe tenerse como aquella bajo cuya óptica deberá evaluarse la conducta de los administradores a fin de determinar si se presume la culpa o no.

2.3.4. Responsabilidad del administrador persona jurídica

La posibilidad de que una persona jurídica fuera administrador de una sociedad ya había sido contemplada y aceptada por vía doctrinaria antes de la Ley 222, a pesar de no haber un texto legal que así lo estableciera expresamente. La Ley 222 reconoce expresamente esta posibilidad y agrega que en estos eventos la responsabilidad será tanto de la persona jurídica como de quien actúe como su representante legal, quienes quedarán vinculados solidariamente.

Hay que tener en cuenta que la responsabilidad patrimonial de la persona jurídica se limitará conforme al tipo societario bajo el cual se haya constituido. Por lo demás, no deja de ser insólito que la ley hubiera extendido la responsabilidad solamente al representante legal y no a todos los administradores culpables de la sociedad administradora.

“En nuestra opinión debe entenderse como un simple olvido que no se opone a la aplicación de las reglas generales, que permitirán fácilmente una vinculación solidaria en (*sic*) la administradora y todos sus administradores culpables”³⁷.

2.3.5. Cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad

El último inciso del artículo 24 de la Ley 222 de 1995 reproduce el precepto del último inciso del original artículo 200 del C. de Co.:

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

37 RODRÍGUEZ AZUERO, *op. cit.*, pág. 70.

Al respecto, JOAQUÍN GARRIGUES, al comentar el régimen español dice:

“Esta materia es de orden público. Esto significa que los estatutos no pueden exonerar de la responsabilidad que el artículo 79 impone a los administradores alterando en beneficio de ellos los elementos que integran esa responsabilidad. Por tanto, será nulo el pacto que de antemano excluya o limite la responsabilidad de los administradores por dolo o negligencia grave”³⁸.

Esta disposición no es, como algunos lo han sostenido, la consagración del principio de que no es posible condonar el dolo futuro. En efecto, la prohibición cubre tanto las conductas dolosas como las culposas, y bien sabido es que el principio *malitis non est indulgendum* se refiere tan sólo a las primeras. Si el legislador ha dejado sin efectos las cláusulas exonerativas o limitativas de la responsabilidad de los administradores es porque ha considerado que esta última es de interés no sólo para quienes participan en el contrato social y por lo mismo pueden estipular estas cláusulas, sino también para los terceros, tales como acreedores y trabajadores, el estado y la sociedad toda. En fin, como se anotó, se trata de una cuestión de orden público.

Es importante señalar que si bien el precepto en comento prohíbe las cláusulas que absuelvan o limiten a los administradores de responsabilidad, no ocurre lo mismo con aquéllas que les impongan una responsabilidad más severa. De allí que nada obsta para que se estipulen cláusulas que obliguen a los administradores a garantizar un determinado resultado, o a evitar determinada conducta de sus dependientes, por ejemplo. Esta posibilidad de aumentar la responsabilidad de los administradores no sólo no está prohibida por la ley, sino que armoniza con el postulado de la autonomía de la voluntad privada y con la nueva concepción del buen hombre de negocios, un profesional bien remunerado, con conocimientos adecuados y con una razonable inclinación al riesgo.

2.4. La acción social de responsabilidad

Una de las más importantes innovaciones introducidas por la Ley 222 de 1995 es, sin duda, la acción social de responsabilidad. En efecto, antes de la expedición de la ley, esta figura —aunque operante en otras legislaciones desde hacía mucho tiempo— no existía en nuestro ordenamiento jurídico³⁹. El artículo 25 de la ley

38 GARRIGUES, JOAQUÍN, *Curso de derecho mercantil*, t. I, Porrúa, México, 1977. pág. 488.

39 Las acciones sociales tienen su origen en el *common law*, donde se denominan genéricamente “acciones derivativas”. Este tipo de acciones ha sido consagrado también en Europa continental y en algunos países hispanoparlantes. Así se ha hecho en la legislación portuguesa (art. 77 del Código de Sociedades

introduce este tipo de acción y regula el tema de manera casi idéntica a la legislación española.

La acción social se caracteriza porque su finalidad es la reintegración del patrimonio de la sociedad, y no el de los asociados. El legitimado principal es por eso mismo la sociedad, y sólo subsidiariamente quedan legitimados para interponer la acción los socios, los administradores no inculpados, el revisor fiscal y los acreedores, quienes, en todo caso, actúan en representación no de sus propios intereses (por lo menos no de manera directa) sino los de la sociedad. Respecto de esta acción en el derecho español, JOAQUÍN GARRIGUES comenta:

“Si la conducta culposa en los administradores produce un daño al patrimonio de la sociedad, es lógico que sólo la sociedad pueda accionar contra ellos. Es cierto que, en definitiva, todo daño del patrimonio social repercute sobre los socios. Pero entre éstos y los administradores se interpone la figura jurídica de la persona social como único titular posible de la acción. [...] Ello quiere decir que sólo la junta general, como órgano de expresión de la voluntad corporativa, puede decidir la iniciación del pleito contra los administradores” [...].

El texto del artículo 25 de la Ley 222 de 1995 es el siguiente:

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

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

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

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

De lo anterior se desprende que los requisitos y las principales características de esta acción son los siguientes:

2.4.1. La acción social corresponde primeramente a la compañía

Como ya se señaló, la acción social pretende recomponer el patrimonio que ha resultado afectado como consecuencia de una acción y omisión culposa de los administradores de la sociedad. En ese sentido, la *legitimatío ad causam per activa* corresponde en primer lugar y preferentemente a la sociedad persona jurídica. Solamente cuando adoptada la decisión ésta no es interpuesta por la sociedad en los términos señalados por la ley, podrán los otros sujetos elevarla ante los tribunales.

2.4.2. La acción social requiere previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios

Siendo una acción social, inevitable resulta que la voluntad de la sociedad se integre para tal efecto en el máximo órgano social. Aunque parezca obvio decirlo, para lograr la adopción de la decisión de interponer la acción social es necesario antes deliberar sobre ella; y esto implica la previa indicación de las causas por las que se estima se han producido daños a la sociedad, así como una estimación así sea somera de éstos.

2.4.3. La decisión puede ser adoptada aunque no conste en el orden del día

Esta disposición armoniza totalmente con el artículo 182 del C. de Co., que establece que,

“en las reuniones ordinarias la asamblea podrá ocuparse de temas no indicados en la convocatoria, a propuesta de los directores o de cualquier asociado”;

y con el artículo 425 (aplicable también a las sociedades de responsabilidad limitada y en comandita por acciones por los artículos 349 y 372) que señala que,

“por decisión del setenta por ciento de las acciones representadas podrá ocuparse (la asamblea) de otros temas, una vez agotado el orden del día, y en todo caso podrá remover a los administradores y demás funcionarios cuya designación le corresponda”.

La disposición en comento tiene, además, un importante efecto práctico, cual es el de prevenir que, enterándose anticipadamente de la intención de promover la acción social, los administradores inculpados adelanten diligencias encaminadas a entorpecer la reunión, amañar el resultado de la misma, disuadir a los socios o, en fin, desarrollar todo tipo de conductas encaminadas a impedir que se haga efectiva su responsabilidad.

2.4.4. 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

El ordenamiento mercantil se ha mostrado reticente a permitir que los socios convoquen directamente a la asamblea general o a la junta de socios. Aunque es posible que los socios soliciten la convocatoria a los administradores, al revisor fiscal o a la Superintendencia de Sociedades, en términos generales les está vedado hacerlo por sí mismos. Sin embargo, cuando se trata de promover la acción social de responsabilidad, la ley faculta expresamente a los socios para hacerlo.

“En ese específico evento —explica REYES VILLAMIZAR⁴⁰—, resulta factible que los administradores contra quienes se intentará la acción se muestren renuentes a convocar a la asamblea para que se debata una determinación de esta naturaleza. De ahí que resulte sensata la previsión normativa que permite que la convocatoria pueda realizarse por un número de socios que represente cuando menos el veinte por ciento del capital social”.

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

La disposición respecto de mayorías es norma imperativa y por lo mismo no admite estipulación estatutaria en contrario. Por lo demás, armoniza plenamente con el artículo 198 C. de Co. *in fine* en cuanto dispone que,

“se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato que tiendan a establecer la inamovilidad de los administradores elegidos por la asamblea general, junta de socios o

40 REYES, *op. cit.*, pág. 169.

por juntas directivas, o que exijan para la remoción mayorías especiales distintas de las comunes”.

Para el cómputo de mayorías y en los eventos en que los administradores inculcados tengan a su vez el estatus de socio deberán deducirse previamente las acciones, cuotas o partes de interés que les correspondan. Aunque nada dice la ley al respecto, esto se infiere de las normas que regulan las situaciones de conflicto de intereses⁴¹.

La remoción del administrador, necesario es anotar, no surge como consecuencia de la conducta culposa del mismo ni de su responsabilidad, pues éstas todavía no han sido determinadas por el juez; sino por la pérdida de confianza de la sociedad en él. En efecto, una decisión tan trascendental, que apareja circunstancias tan graves, genera la fractura de la relación fiduciaria o de confianza.

2.4.6. La acción social podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad, cuando haya sido adoptada por la asamblea o junta de socios y no se haya iniciado dentro de los tres meses siguientes

Cuando son estos sujetos mencionados quienes entablan la acción, aparece lo que se ha denominado la “acción sustitutiva o derivativa”. No es esta una acción distinta a la que tiene en su cabeza la sociedad, no varía ni su naturaleza ni su objeto; únicamente ocurre un traslado de la titularidad de la misma hacia otros sujetos quienes vienen a sustituir al primer legitimado, obrando en interés suyo. Esta previsión normativa es sin duda un gran avance, cuyos efectos prácticos son tanto más importantes en cuanto que, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, en Colombia no hay ninguna consagración general de la acción oblicua o de la subrogación en los derechos y en las acciones del deudor.

Hay que resaltar que la sustitución en la legitimación tiene lugar únicamente cuando la asamblea general o la junta directiva ya han adoptado la decisión de ejercer la acción social. De manera que si por algún motivo esto no ocurre, lo cual será muy probable si los administradores inculcados son socios o hacen parte de una facción que detenta el control de la sociedad, los terceros antes mencionados no podrán iniciar la acción. En lo que dice relación con este tema, la legislación

41 No faltan quienes, en posición diametralmente opuesta, consideran que a los administradores debe permitírseles participar en la votación relativa a su propia responsabilidad. Así por ejemplo, GARRIGUES y GARRETA SUCH. (GARRETA SUCH, *op. cit.*, pág. 139).

española (que como se anotó fue seguida muy de cerca por el legislador colombiano) ha ido mucho más lejos. En efecto, el artículo 134 del texto refundido de la LSA faculta a los accionistas (solamente a ellos, no al revisor fiscal ni a otros administradores) para entablar la acción social cuando no se hubiere adoptado la decisión por falta de convocatoria o incluso cuando en asamblea general o junta de socios el acuerdo tomado hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

La novedad que introdujo la Ley 222 implica una verdadera desprotección de los socios minoritarios, quienes impotentes, tendrán que ver cómo se deteriora el patrimonio social y, de rebote, el personal de cada uno de ellos. Que no se diga que en este caso podrán instaurar la acción individual contra los administradores para lograr la recuperación del patrimonio social, pues a través de esta acción sólo se puede pedir el resarcimiento de perjuicios directos, y los que aquí se presentan son, respecto de ellos, indirectos.

En todo caso, la acción en interés social sólo podrá intentarse por los sujetos mencionados en el precepto en comento después de transcurridos tres meses sin que la sociedad la hubiese instaurado.

2.4.7. En idénticas circunstancias podrán también los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos

Dos exigencias adicionales trae este penúltimo inciso del artículo bajo examen. En primer lugar, los acreedores deben representar el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad. Las razones que dieron lugar a este requisito cuantitativo, que no aparece en el artículo 134 del TRLSA de España, no son de ninguna manera claras. Al imponer este requisito se grava excesivamente a los pequeños acreedores quienes tendrán que participar conjuntamente si es que quieren tener éxito en su iniciativa, más si se tiene en cuenta que la decisión ya ha sido adoptada por la sociedad.

En segundo lugar, exige la ley, para que se active la legitimación en cabeza de los acreedores, que el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos. Este es un requisito totalmente objetivo, ninguna relevancia tiene el hecho de que esa situación sea consecuencia o no del actuar culposo del administrador, ni la posibilidad de recuperación del patrimonio que el ejercicio de la acción contra el del administrador detente. Por lo demás, la exégesis de la norma permite concluir que el patrimonio tiene que ser insuficiente para la satisfacción de los

créditos de los acreedores que, representando cuando menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, entablen la acción, y no para la satisfacción de la totalidad de los créditos a favor de toda la masa de acreedores.

3. LA REGLA DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS NEGOCIOS: *THE BUSINESS JUDGMENT RULE*

3.1. Consideraciones generales

Cuando se trató el tema del deber de diligencia y cuidado que pesa sobre los administradores se hizo una referencia a la regla de la discrecionalidad de los negocios y se dijo que ella se traduciría en que dicho deber no implica para cada caso concreto una obligación de resultado sino una de medio. Esta figura —la regla de la discrecionalidad de los negocios— tiene, sin embargo, aspectos que son mucho más profundos que los que en esa oportunidad fueron mencionados y cuyo estudio se hace por ende de vital importancia, tanto más si se tiene en cuenta que la aplicación de la figura se ha hecho frecuente en otras latitudes.

La regla de la discrecionalidad de los negocios logra incorporar al régimen de responsabilidad de los administradores el principio de eficiencia y un incentivo para que los administradores tomen decisiones de negocios que optimicen el retorno de la inversión de los asociados. Se trata, sin duda, de un mecanismo que dinamiza la actividad económica y genera alicientes para los buenos administradores, quienes bajo su amparo pueden encontrar resguardo de esa espada de Damocles que la ley hace colgar sobre sus cabezas.

La importancia de, según la expresión original, *the business judgment rule* puede fácilmente apreciarse en el caso Samsung Electronics⁴². A finales de diciembre de 2001, la Corte de distrito de Suwon, en Korea, condenó a los directores de la empresa Samsung Electronics a pagarle a la compañía 27 billones de *won* (aproximadamente 27 millones de dólares) por concepto de compensación. El fallo se fundamentó en que los directores de la compañía decidieron, en tan sólo una hora de discusión y examen, tomar control accionario de Echon Electric Company, compañía financieramente inestable. Dicha compañía se declaró en bancarrota poco menos de dos años después de la adquisición, causándole a Samsung Electronics una pérdida de 27 billones de *won*. La Corte también condenó a los directores a pagar otros 63 billones de *won* (aproximadamente 63 millones de dólares) en com-

42 Citado por HAN-JU, KIM, *A Voice that will be heard*.

http://www.kt-i.com/jan_feb_02/investment/legalscene.htm

pensación por los daños sufridos como consecuencia de la venta de 20 millones de acciones de una sociedad afiliada a un precio irrazonablemente bajo, para lo cual, de nuevo, se tomaron sólo una hora para discutir.

Para la Corte resultaba claro que, tal como lo alegaron los abogados de la parte demandante, *the business judgment rule* no era aplicable pues esto sólo puede suceder cuando los administradores han tomado la decisión bajo examen con el debido cuidado, en cumplimiento de los procedimientos adecuados, tales como consultas a expertos o planes de contingencia. En opinión de la Corte, una decisión cómo las descritas no puede razonablemente tomarse con sólo una hora de discusión y análisis.

Como se ve, la regla de la discrecionalidad de los negocios y su aplicación son cuestiones muy importantes si de gobierno corporativo y responsabilidad de administradores se trata. La posibilidad de implementación de este mecanismo en nuestro sistema merece, por ello, nuestra atención. El hecho de que en nuestro país la literatura sobre el tema sea prácticamente inexistente resulta, en esta tesitura, muy lamentable.

No cabe duda de que esta figura, por lo demás, se acompasa con la vida empresarial moderna protegiendo a los administradores, quienes tienen que vérsela a diario con el riesgo y tienen que tomar decisiones que pueden desembocar en perjuicios para la compañía no como consecuencia de un descuido o una falta de diligencia de su parte, sino como concreción de la potencialidad de fracaso insito en todo negocio. Empero, la figura, conservándose rígida y estricta, también castiga a los administradores que dan lugar a perjuicios por inobservar sus deberes fiduciaros.

3.2. Origen, desarrollo y conceptualización

Como puede anticiparse, fue en los tribunales norteamericanos donde la *business judgment rule* apareció por primera vez. El presupuesto de los tribunales era que éstos no estaban equipados para evaluar las decisiones de negocios en el contexto corporativo —consagrando así una doctrina de abstinencia—, por lo que dicha tarea debía corresponder a las asambleas y juntas directivas de las empresas respectivas. La primera referencia que se hizo sobre el tema fue en *Percy v Millaudon*⁴³ hace más tiempo de lo que nos imaginaríamos, desde entonces la regla se ha ido moldeando a través de diversos pronunciamientos.

43 *Percy v Millaudon* 8 Mart (nsw) 68 (1829).

3.2.1. *Graham v. Allis Chalmers*

En *Graham v Allis Chalmers* (*Delaware Supreme Court* 1963) se estableció que para que se aplique la *business judgment rule*, debe tratarse efectivamente de una decisión de negocios. En el caso se definió esta última como aquella de tomar o no tomar acción respecto a una materia relevante para las operaciones de negocios de la corporación. La Corte, en ese sentido, consideró que la simple inacción de los directores consistente en haber dejado de instruirse y prevenir prácticas *anti-trust* en la corporación no podía considerarse una “decisión de negocios”. En el famoso caso *Shlensky v. Wrigley* (1968), en cambio, la Corte encontró que la decisión de no instalar luces en el estadio de los Cubs de Chicago sí lo era.

3.2.2. *Puma v. Marriot*

En *Puma v. Marriot* (*Delaware Supreme Court*, 1971) los administradores fueron protegidos por la regla y no se les endilgó responsabilidad por el hecho de haber adquirido acciones en seis compañías de propiedad de la junta, a cambio de 313.000 acciones del grupo Marriot. La Corte examinó la composición de la junta y en particular a los directores externos y encontró que tenían profundos conocimientos legales y financieros y que eran competentes administradores. Otros tres factores influenciaron a la Corte; el hecho de que se hubieran hecho dos avalúos para cada compañía; el hecho de que la junta hubiera adquirido asesoría externa tributaria, contable y jurídica; y el hecho de que los accionistas hubieran aprobado la transacción (incluido el demandante).

3.2.3. *Dodge v. Ford Motor Co.*

En *Dodge v. Ford Motor Co.* (*Michigan Supreme Court*) la Corte sostuvo que la decisión de la junta de no declarar dividendos y guardar el dinero de la utilidad para futuras expansiones era una decisión de negocios para efectos de aplicar la regla. Respecto de ella consideró que no tenía la preparación para interferir con los planes de expansión de la Ford toda vez que no eran expertos en negocios ni conocían la situación de la compañía; razón por la cual resguardó a los directores y respetó su decisión.

3.2.4. Clark v. Lomas & Nettleton Financial Corp.

En el caso *Clark v. Lomas & Nettleton Financial Corp* (1980)⁴⁴ la Corte encontró que los directores no podían ampararse por la *business judgment rule* debido a que respecto de ellos se presentaba un conflicto de intereses. En ese caso, los directores habían recibido honorarios y habían sido elegidos por el accionista mayoritario quien había sido demandado mediante una acción derivada por los otros accionistas.

3.2.5. Joy v. North

En *Joy v. North* (1982) la Corte identificó tres fundamentos que justifican la existencia de la regla. En primer lugar, el hecho de que los accionistas voluntariamente invierten en la compañía. En segundo lugar, que no es adecuado juzgar decisiones que no pueden reconstruirse en los estrados. Y en tercer lugar, que potenciales ganancias presuponen y son proporcionales a riesgos potenciales. Entre más alto sea el beneficio, mayor es el riesgo, lo que hace que los administradores tengan incentivos y razones para tomar riesgos. Por esa razón no es conveniente para las compañías crear barreras que prevengan a los administradores de tomar riesgos.

3.3. El modelo de American Law Institute

El American Law Institute (ALI) formuló el siguiente modelo para unificar los criterios de aplicación:

“A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfils the duty under this section if the director or officer:

- 1. Is not interested in the subject of the business judgment;*
- 2. Is informed with respect to the subject of business judgment to the extent the director or officer believes to be appropriate under the circumstances; and*
- 3. Rationally believes that the business judgment is in the best interests of the corporation”⁴⁵.*

⁴⁴ *Clark v Lomas & Nettleton Financial Corp* 625 F2d 49, 52-53 (5th Cir 1980).

⁴⁵ Un director o administrador que hace un juicio de negocios de buena fe satisface el deber bajo esta sección si el director o administrador:

3.4. La ley australiana

La regla y su aplicación se han extendido a otras legislaciones. Así por ejemplo, en Australia, con una formulación casi idéntica a la que se le dio en Estados Unidos, el tema ha sido objeto de regulación positiva a través del *Corporate Law Economic Reform Program* (2000). En dicha reforma, el artículo 180 de la sección 2D1 —deberes y poderes— introdujo por primera vez en ese país la *business judgment rule*. El texto del artículo es el siguiente:

“Business Judgment Rule

(2) A director or other officer of a corporation who makes a business judgment is taken to meet the requirements of subsection (1), and their equivalent duties at common law and in equity, in respect of the judgment if they:

(a) Make the judgment in good faith for a proper purpose; and

(b) Do not have a material personal interest in the subject matter of the judgment; and

(c) Inform themselves about the subject matter of the judgment to the extent they reasonably believe to be appropriate; and

(d) Rationally believe that the judgment is in the best interests of the corporation.

The director’s or officer’s belief that the judgment is in the best interests of the corporation is a rational one unless the belief is one that no reasonable person in their position would hold.

Note: This subsection only operates in relation to duties under this section and their equivalent duties at common law or in equity (including the duty of care that arises under common law principles governing liability for negligence) – it does not operate in relation to duties under any other provision of this Law or under any other laws.

(3) In this section:

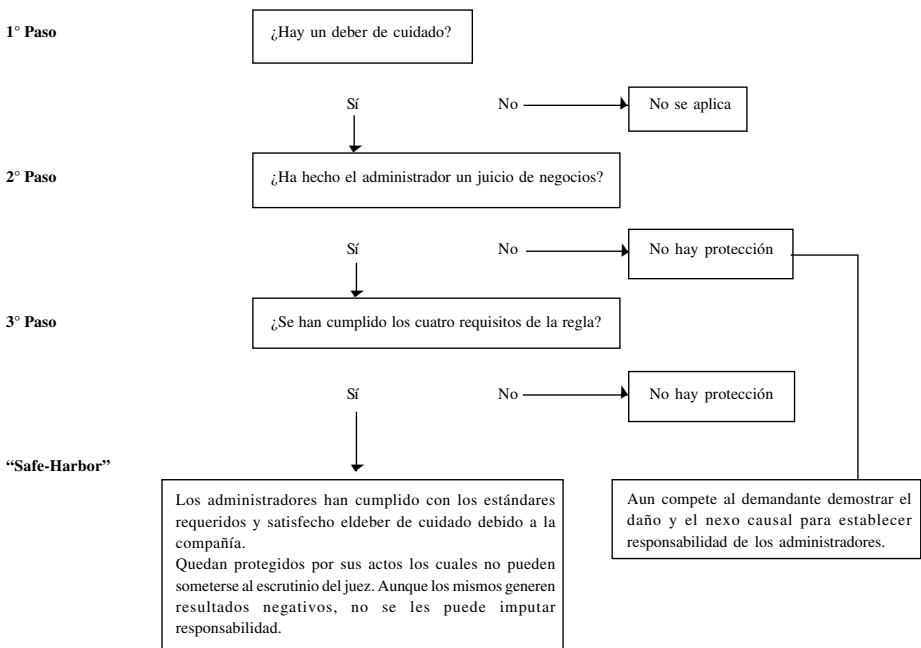
Business judgment means any decision to take or not take action in respect of a matter relevant to the business operations of the corporation”.

-
1. no está interesado en la materia del juicio de negocios;
 2. está informado respecto de la materia del juicio de negocios hasta el punto que el director o administrador razonablemente crea apropiado según las circunstancias; y
 3. racionalmente cree que el juicio de negocios es en el mejor interés de la corporación.

3.5. Los elementos de la regla

La regla de la discrecionalidad de los negocios ofrece a los administradores un *safe harbor* bajo el cual pueden protegerse de todo tipo de responsabilidad cuando sus decisiones y sus juicios satisfacen los requisitos de ley. La aplicación de la regla les asegura a los buenos administradores que sus decisiones y los resultados que de ellas se sigan no serán objeto de revisión por parte de los tribunales. Para que la regla sea aplicable en un caso concreto es necesario que se cumplan varios requisitos. Éstos y el *modus operandi* de la regla pueden esquematizarse de la siguiente manera:

Business judgment rule



3.5.1. Los presupuestos de su aplicación

Para que la regla pueda aplicarse satisfactoriamente se requieren dos presupuestos, uno normativo y otro fáctico:

- a) El administrador debe tener un deber de cuidado para con la compañía. De conformidad con este deber, el administrador debe comportarse de manera diligente y juiciosa. Como ya se vio *supra*, en Colombia la ley impone a los administradores el deber de obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios. Este primer requisito para la aplicación de la regla permite verificar una continuidad entre los deberes de conducta de los administradores y el régimen de responsabilidad de los mismos.

- b) El administrador debe haber hecho un juicio de negocios. Para que pueda decirse que el administrador ha hecho un “juicio”, es necesario que de su parte haya habido una decisión conciente y explícita de realizar o no determinada acción. El juicio presupone una actitud proactiva por parte del administrador, quien en ese sentido debe representarse las distintas alternativas de acción respecto de un asunto y llegar a una determinación al respecto. La decisión puede consistir en no actuar, pero la sola inacción irreflexiva por parte del administrador no configura un “juicio” para efectos de aplicación de la regla. Así, por ejemplo, si el administrador de una compañía olvida renovar la licencia de una patente cuya explotación es parte del objeto de la empresa, no podrá ampararse por la regla pues esta omisión no es una decisión de negocios. Sí podrá hacerlo, en cambio, si bajo la misma hipótesis el administrador, luego de un proceso de deliberación y análisis, decide no renovarla.

El objeto de la decisión tiene que ser relevante para los negocios de la compañía. Obviamente la naturaleza y extensión del contenido de la decisión dependerá de la naturaleza, tamaño y complejidad de la empresa respectiva. En todo caso, la decisión puede versar sobre el asunto más mundano —*i.e.* celebrar un contrato— hasta el más trascendental en la vida de la compañía —*i.e.*, llevar a cabo una fusión.

3.5.2. Los cuatro requisitos para su aplicación

Sobre este telón de fondo —cuando un administrador que tiene unos deberes de cuidado ha tomado una decisión de negocios— tiene aplicación la regla de la discrecionalidad de los negocios. Para que la regla proteja efectivamente a los administradores, llevándolos a una base blindada al escrutinio de los tribunales, es preciso que se cumplan cuatro requisitos:

- 1) La decisión debe tomarse de buena fe. Esto quiere decir que el administrador debe comportarse con lealtad, con intención recta y positiva para que sus actos alcancen la finalidad social y privada que persiguen. El administrador debe

comportarse de buena fe no sólo para con la sociedad en la que se desempeña y para con los asociados de la misma, sino para con terceros. Si un administrador toma una decisión en la que no tiene interés personal, respecto de la cual está plenamente informado y que considera satisface los intereses de la sociedad, pero que sin embargo tiene como finalidad evadir impuestos, por ejemplo, no podrá ampararse bajo el resguardo que ofrece la regla.

- 2) El administrador no debe tener un interés personal en el objeto de la decisión. El objeto de esta previsión es evitar un conflicto de intereses entre los del administrador y los de la sociedad. Cómo es lógico, el interés personal del administrador debe ser de tal entidad que genere efectivamente dicho conflicto, poniendo en entredicho su imparcialidad y dando lugar a que los intereses de la sociedad se vean sacrificados por los propios. La entidad de dicho interés debe verificarse en cada caso de manera objetiva teniendo en cuenta las cualidades del administrador y las circunstancias del negocio.
- 3) El administrador debe informarse sobre el objeto de la decisión en la medida en que sea razonable según las circunstancias del asunto. Respecto de la decisión, corresponde al administrador recolectar y analizar toda la información sobre cuya base pueda tomar una decisión razonable. Esto supone que debe evaluar las razones que lo pueden llevar a tomar la decisión, las soluciones alternativas a la cuestión que se plantea, los efectos de la misma frente a la sociedad y a los asociados, la probabilidad de éxito o de fracaso de la operación, las condiciones económicas de la misma, las implicaciones legales, contables, etc.

La cantidad, tipo y calidad de información requerida dependerán de la naturaleza y de la trascendencia de la decisión. En efecto, variarán según si se trata de celebrar determinado contrato, realizar una emisión de acciones, llevar a cabo una disminución de capital, hacer una fusión, etc. En todo caso, eso sí, la información debe ser tal que el administrador adquiera la convicción razonable de que es suficiente para tomar la decisión.

- 4) El administrador debe tener la convicción racional de que la decisión es en el mejor interés de la sociedad. Este requisito se relaciona íntimamente con el anterior. Como se trata de una convicción racional, no le basta al administrador alegar razones subjetivas y arbitrarias para ampararse por la regla. Así, no es racional la convicción que se apoya en creencias, intuiciones o conjeturas del administrador. La convicción racional demanda un esfuerzo argumentativo que permita llegar a una decisión lógica y coherente y que ofrezca para ésta última “buenas razones”. En otras palabras y desde una perspectiva más práctica, un

administrador podrá validamente sostener que su convicción es racional si, encontrándose bajo escrutinio, puede mediante razones y argumentos convencer a sus interlocutores de que así es. Para lograr tal resultado el administrador debe apoyarse en la información que previamente ha recolectado y analizado y debe tener como criterio de decisión el que mejor consulte los intereses de la sociedad.

La convicción racional de que la decisión consulta los mejores intereses de la sociedad debe evaluarse objetivamente. Para tal efecto debe compararse la que ha sido tomada por el administrador con la que un individuo colocado en las mismas circunstancias externas que éste —es decir, que contara con la misma información y que estuviera incurso en las circunstancias corporativas de la empresa— habría tomado.

3.6. Aplicación de la regla en Colombia

Como lo explica DIEGO E. LÓPEZ⁴⁶ —aunque con una perspectiva más amplia y en relación no con figuras particulares sino con “teorías jurídicas”— los discursos jurídicos viajan de ambientes hermenéuticos ricos —téngase a Estados Unidos como paradigma— a ambientes hermenéuticos pobres. Esta misma transliteración de las teorías jurídicas puede también predicarse de figuras de aplicación específica, como sería el caso de la regla de la discrecionalidad de los negocios⁴⁷. La pregunta que conviene ahora preguntarse es la de si es posible, a la luz de nuestro derecho positivo, que los jueces comiencen a aplicar la regla tal como ha sucedido en otros países, esto es, como una doctrina de abstención de escrutinio judicial.

Para responder esta inquietud deben tenerse en mente los siguientes elementos.

- La aplicación de la regla descansa sobre dos presupuestos: que el administrador tenga unos deberes fiduciarios y que haya tomado una decisión de negocios. Estos dos elementos están también presentes en nuestro sistema. En efecto, la Ley 222 de 1995, como se explicó, estableció unos deberes de conducta sobre los administradores; asimismo, las reglas generales de la responsabilidad

46 LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *Teoría impura del derecho*, Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Bogotá, 2004.

47 Importadas, por así decirlo, han sido muchas otras figuras, como la teoría del abuso del derecho, la teoría del enriquecimiento sin causa, la teoría de la imprevisión, la teoría del acto de comercio y, más reciente y sonadamente, la teoría del *disregard*. En este escenario —además de la pregunta obvia por la originalidad de nuestro sistema— hay que cuestionarse acerca de la forma en que dichas teorías se han leído (*misread*, siguiendo a BLOOM) y aplicado en nuestro país.

civil exigen, en todo caso, una conducta por parte del agente a quien se le pretende imputar responsabilidad.

- Ahora bien, los elementos que debe verificar el juez a fin de aplicar la regla son los siguientes: i) que la decisión se tome de buena fe; ii) que el administrador no tenga un interés personal en el asunto; iii) que la decisión esté soportada en la información suficiente para el caso; y iv) que el administrador tenga la convicción racional de que la decisión es en el mejor interés de la sociedad. Como puede verse, estos elementos no obedecen a otra cosa que a la observancia de los deberes de conducta que la Ley 222 de 1995 ha establecido para los administradores. En efecto, (i) corresponde al deber de buena fe; (ii) corresponde al deber de lealtad; y (iii) y (iv) corresponden al deber de diligencia. En fin, cuando el juez encuentra que se presentan estos elementos es porque no se ha configurado por parte del administrador una violación a sus deberes generales ni, dado que son desarrollo de los primeros, de sus deberes específicos.
- La abstención judicial que se deriva de la aplicación de la regla es un reconocimiento diáfano de que los deberes de los administradores no son de resultado, sino de medio. Así, si un juez encuentra acreditados los elementos de la regla, debe tener por demostrado que la conducta desplegada por el administrador se ajusta a derecho, sin poder entrar a cuestionar si el resultado esperado se alcanzó o no, pues ello es irrelevante para establecer el débito prestacional.
- Por lo demás, bien administrada, la regla es suficientemente estricta para evitar que conductas culposas de los administradores queden impunes. En efecto, los elementos de su aplicación permiten un escrutinio suficiente que permite establecer, sin juzgar el resultado, si el administrador ha honrado sus deberes fiduciarios o no.

Así las cosas, es nuestra (digo “nuestra” por simpatía) opinión que la regla de la discrecionalidad de los negocios bien podría ser adoptada por nuestros jueces. De hecho, mucho bien harían si así lo hiciesen, pues no sólo significaría una disminución de costos judiciales, sino que conllevaría un reconocimiento por parte de los jueces de que no son expertos en negocios y no están preparados para hacer un escrutinio de las decisiones altamente especializadas que los mismos exigen.

4. RESPONSABILIDAD EXTENDIDA DE LOS ADMINISTRADORES

En las secciones 2 y 3 se ha hecho un prolijo análisis del régimen especial de responsabilidad de los administradores. El tema que ahora es objeto de análisis tiene que ver ya no con la responsabilidad de los administradores por la generación de daños, sino con la responsabilidad extendida de los administradores. ¿Qué debe entenderse, empero, por esta expresión y por qué es necesario distinguirla de la responsabilidad por daños de que se ha tratado *supra*?

Para comprender esta distinción basta diferenciar, como ya se hizo antes, dos conceptos fundamentales que integran el complejo obligacional, éstos son, la deuda (*schuld*) y la responsabilidad (*haftung*). La deuda se refiere a la obligación original, la responsabilidad se refiere a la obligación indemnizatoria que se origina únicamente cuando la primera se ha incumplido. Sin entrar a determinar si se trata de dos entidades jurídicas distintas, o de una sola que cambia de objeto, lo cierto es que la *schuld* se distingue de la *haftung*, cuando menos, en lo siguiente:

- De manera elemental, la *schuld* constituye el cumplimiento natural de la obligación, la *haftung*, al contrario, presupone el incumplimiento y sólo aparece cuando éste se presenta.
- El objeto de la *schuld* es el que inicialmente se estableció, esto es, una prestación de dar, hacer o no hacer. Así por ejemplo, la deuda puede consistir en hacer una obra, en no celebrar un contrato o en hacer la tradición de un inmueble. La responsabilidad, en cambio —salvo los casos excepcionales en que proceda la indemnización *in natura*— consistirá siempre en una obligación de dar una suma de dinero.
- La *schuld* tiene como fuente un acto jurídico lícito, como puede ser un contrato, un acto jurídico unilateral, un hecho jurídico (piénsese en un caso de mezcla o en uno de confusión) o la propia ley. La *haftung*, en cambio, tiene como fuente un hecho ilícito o, más propiamente, antijurídico.
- Como corolario de lo anterior y muy importante para distinguir la responsabilidad extendida de lo que aquí hemos llamado la responsabilidad por culpa, la *schuld* no presupone ni exige para su configuración de la culpa. En cambio, la *haftung* sólo existe si este elemento de imputación puede predicarse del agente.

- A diferencia de la *haftung*, la *schuld* no requiere de un daño ni tiene una finalidad indemnizatoria.

Pues bien, allende a la responsabilidad por culpa ya analizada, el legislador ha contemplado una serie de eventos de responsabilidad extendida en los cuales, por distintas hipótesis, los administradores quedan obligados a responder por la *schuld* asumida por la sociedad. En todos estos eventos se verifican los efectos que acaban de exponerse, esto es, no hace falta que haya un incumplimiento de la obligación principal, no varía su objeto, no se requiere un hecho antijurídico ni, mucho menos, la culpa del administrador o un daño causado al acreedor.

Lo que sucede en estos eventos —que serán analizados más adelante— es que la Ley, por un obrar indebido de los administradores, extiende las obligaciones que inicialmente recaen sobre la persona jurídica de la sociedad a los administradores. Claro, para que ello suceda se requiere de cierto grado de culpa de los administradores, pero la misma no se exige sino como presupuesto para que opere la extensión de responsabilidad (que es general, esto es, para todas las obligaciones de la sociedad) y no como criterio de imputación de cada una de las obligaciones que se hacen recaer en cabeza de los administradores.

Un ejemplo sirve para ilustrar en qué consiste la extensión de responsabilidad. El parágrafo del artículo 116 del C. de Co. establece que los administradores que realicen actos dispositivos responden solidariamente ante los asociados y ante terceros de las operaciones que celebren o ejecuten por cuenta de la sociedad antes de efectuarse el registro mercantil. Supóngase, bajo esa normatividad, que un administrador adquiere el inmueble donde supuestamente va a operar la sociedad antes de que se realice el registro mercantil de la escritura de constitución. En esa hipótesis el administrador responde solidariamente por el cumplimiento de la obligación adquirida por esa operación, esto es, pagar el precio de la cosa. Nótese —y aquí se hace evidente que no se trata de una responsabilidad por culpa— que,

- i) el objeto de la obligación no cambia;
- ii) no se requiere que la obligación esté incumplida de modo tal que el acreedor podría perseguir desde el comienzo al administrador;
- iii) no se exige un hecho antijurídico por parte del administrador;
- iv) no se requiere en absoluto de la culpa del administrador; y
- v) no tiene que haber un daño para el acreedor.

En circunstancias como ésta, nos encontramos, en fin, ante un verdadero descorrimiento del velo corporativo, sólo que en este caso quienes están detrás del beneficio de separación patrimonial no son los socios, sino los administradores, quienes, si se quiere, quedan colocados por virtud de la ley en la misma posición que corresponde a quienes originalmente se obligan solidariamente.

Los eventos puntuales en que se producen la extensión de responsabilidad de que se ha venido hablando son los que se explican a continuación:

- Art. 105. Los administradores responden solidaria e ilimitadamente cuando haya nulidad por objeto o causa ilícita.
- Art. 116. Los administradores que realicen actos dispositivos responden solidariamente ante los asociados y ante terceros de las operaciones que celebren o ejecuten por cuenta de la sociedad antes de efectuarse el registro mercantil.
- Art. 222. El liquidador responde de manera ilimitada y solidaria frente a la sociedad, a los socios y a terceros por los actos *ultra vires*.

También responde por los perjuicios causados por omitir adicionar el nombre de la sociedad con la expresión “en liquidación”.

- Art. 252. Los liquidadores responden por las acciones por las obligaciones sociales hasta concurrencia de los activos sociales recibidos por ellos.

En las sociedades por cuotas o partes de interés, ocurre lo mismo pero en este caso los liquidadores obran como representantes de los asociados, quienes también deben ser citados a juicio configurándose un litisconsorcio necesario.

- Art. 308. En las sociedades colectivas, los actos ejecutados por los administradores *ultra vires*, sólo comprometerán su responsabilidad personal.
- Art. 482. Los representantes que actúen a nombre de sociedades extranjeras sin cumplir las normas respectivas, responderán solidariamente con dichas personas de las obligaciones que contraigan en Colombia.
- Art. 71 Ley 222. Cuando se utilice la EU en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular del capital y los administradores que hubieren realizado, par-

ticipado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios ocasionados.

5. REFLEXIÓN FINAL

Haciendo un recuento de lo que se ha expuesto, consideramos que no es desdeñable hacer una reflexión final. Los administradores son individuos que, como es inevitable, sufren las afecciones propias de la naturaleza humana (¿cuáles son?, basta que el lector se mire al espejo). Estos importantes individuos han asumido en la actualidad un trascendental *rol* económico, al punto que la racionalidad del mercado es dirigida —al menos en los países más industrializados— por lo que se ha denominado la tecnoestructura. Como respuesta a estas circunstancias, ha sido necesario que la ley señale para ellos unos principios de conducta y unos criterios de responsabilidad expresos y estrictos. En nuestro país, la Ley 222 de 1995, modificando lo que al respecto establecía el Código de Comercio, ha construido un prolijo régimen de responsabilidad de los administradores. Este régimen —y si este mensaje perdura y resuena entre los lectores podrá decirse que este artículo habrá cumplido su propósito— establece las herramientas suficientes e idóneas mediante las cuales se puede lograr, si son bien manejadas y con limitaciones tolerables, que los administradores culpables, negligentes, malintencionados, tramposos, fraudulentos, etc., respondan por los daños que causen.

BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ PICAZO, *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979.

GALBRAITH, JOHN KENNETH, *et al.*, “Las astucias de la tecnoestructura”, *La crisis de las sociedades industriales*, Promoción del Pueblo, Madrid, 1972.

GARRETA SUCH, JOSÉ MARÍA, *La responsabilidad civil, fiscal, y penal de los administradores de las sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

GARRIGUES, JOAQUÍN, *Curso de derecho mercantil*, t. I, Porrúa, México, 1977.

GAVIRIA GUTIÉRREZ, ENRIQUE, *Nuevo régimen de sociedades*, Díké, Medellín, 1996.

GRAF BARRERA, JORGE, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1991.

http://www.kt-i.com/jan_feb_02/investment/legalscene.htm

JENSEN, MICHAEL C. y MECKLING, WILLIAM H., “*The Nature of Man*”, *Foundations of Organizational Strategy*, Harvard University Press, 1998.

- LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *Teoría impura del derecho*, Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Bogotá, 2004.
- NARVÁEZ, JOSÉ IGNACIO, *Teoría general de las sociedades*, Legis, Bogotá, 1998.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Temis, Bogotá, 1998.
- PINZÓN SÁNCHEZ, JORGE, “El buen hombre de negocios y la crisis de la empresa”, *Nuevos retos del derecho mercantil*, Colegio de Abogados de Medellín, Cámara de Comercio de Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2000
- REICH, NORBERT, *Mercado y derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1985.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, *Reforma al régimen de sociedades y concursos*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1996.
- RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO, “Responsabilidad civil de los administradores de sociedades”, en: *Revista de la Superintendencia Bancaria*, n° 33, marzo de 1998.
- SANTOS BALLESTEROS, JORGE, *Instituciones de responsabilidad civil*, t. I, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1996.
- SCHAFFER, HANS-BERND y OTT, CLAUS, *Manual de análisis económico del derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1991.
- Superintendencia de Sociedades, oficio DAL-32528 de diciembre 17 de 1985.
- Superintendencia de Sociedades, “Circular externa 09, julio 18 de 1997”, en: *Doctrinas y conceptos jurídicos*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 1997.

