

**MECANISMOS JURÍDICOS PARA LA DISMINUCIÓN DE LA  
RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR EN LA SOCIEDAD POR  
ACCIONES SIMPLIFICADA, UNA MUESTRA DE INGENIERÍA LEGAL.**

**Daniel Antonio Aristizabal Jaramillo  
Carlos Andrés Navia Serna**

**UNIVERSIDAD ICESI  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
PROGRAMA DE DERECHO  
SANTIAGO DE CALI  
2012**



**MECANISMOS JURÍDICOS PARA LA DISMINUCIÓN DE LA  
RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR EN LA SOCIEDAD POR  
ACCIONES SIMPLIFICADA, UNA MUESTRA DE INGENIERÍA LEGAL**

*“Proyecto de Grado”*

Trabajo elaborado por  
**Daniel Antonio Aristizabal Jaramillo**  
**Carlos Andrés Navia Serna**

Asesor  
**Profesor Carlos Andrés Mondragón Pérez**

**UNIVERSIDAD ICESI**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**  
**PROGRAMA DE DERECHO**  
**SANTIAGO DE CALI**  
**2012**

## Contenido

INTRODUCCION.....	5
CONSIDERACIONES TEORICAS GENERALES .....	6
PRIMER CAPITULO – MARCO JURIDICO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR.....	8
SEGUNDO CAPITULO – LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA EN RELACION CON LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR .....	24
TERCER CAPITULO - CRITICAS AL REGIMEN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR.....	27
CUARTO CAPITULO - PROPUESTAS DE MECANISMOS DE DISMINUCION DE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR EN COLOMBIA .....	31
CONCLUSIONES .....	33
BIBLIOGRAFIA.....	34

## INTRODUCCION

Mediante el presente trabajo se pretende esbozar una crítica a la regulación jurídica actual en materia de responsabilidad del administrador en Colombia y, a su vez, exponer una propuesta, desde el área de la consultoría jurídica a la empresa privada y haciendo uso del modelo de sociedad por acciones simplificada, para mejorar la relación de agencia entre los socios y el administrador en beneficio de la empresa, explorando las posibilidades de disminuir económica y jurídicamente esta responsabilidad.

Para el desarrollo de la temática propuesta, en primer lugar se analizará cual es la regulación vigente en Colombia respecto de la responsabilidad del administrador, partiendo de lo establecido en la Ley 222 de 1995, lo ocurrido en los debates al interior del Congreso en la creación de dicha norma, jurisprudencia y posturas doctrinales al respecto. Posteriormente se hará referencia a la sociedad por acciones simplificada y el por qué consideramos que es la herramienta más eficaz para disminuir la responsabilidad del administrador desde un punto de vista jurídico. Con estos presupuestos, luego se desarrollarán las críticas al régimen actual de responsabilidad del administrador desde dos ópticas: a) Desde la teoría de agencia en la administración de empresa y b) Desde el análisis jurídico de la eficacia material del ejercicio de la acción social de responsabilidad, mostrando aquellos puntos que a nuestro juicio la hacen inviable y, por ende, la necesidad de construir alternativas diferentes al actual régimen. Por último, daremos a conocer las propuestas que hemos formulado encaminadas a la disminución de la responsabilidad del administrador de la mano con el mejoramiento de la relación de agencia entre este y los socios de la empresa.

## CONSIDERACIONES TEORICAS GENERALES

Este trabajo se ubica en el análisis de dos temas de gran importancia dentro del derecho empresarial colombiano: el régimen actual de la responsabilidad de los administradores y la versatilidad de la SAS en su diseño “a la medida” de las necesidades mercantiles de cada caso concreto. El primer tema gira en torno a si las disposiciones contenidas en el código de comercio y la Ley 222 de 1995 sobre la responsabilidad ilimitada y solidaria que recae en los administradores por los daños causados a la sociedad con dolo o culpa, son absolutas y bajo ninguna circunstancia se puede disminuir la responsabilidad de tales agentes dentro de la sociedad. El segundo tema se desarrolla alrededor del impacto que ha causado la versatilidad de la SAS en la posibilidad de crear sociedades comerciales con un diseño estatutario adaptado a la dinámica de cada empresa en particular, y la posibilidad que esto brinda en dar respuesta al interrogante planteado en el primer punto.

Sin embargo, a pesar de la flexibilidad que las SAS trae consigo, es importante establecer como la ley 1258 del 2008, ley que regula esta figura societaria en Colombia, ha dejado ciertos aspectos a la remisión directa no solo de las normas de derecho de sociedades contenidas en el código de comercio, si no a la ley 222 del 1995, poniendo de presente la dinámica orgánica en el régimen jurídico colombiano. En esta línea, la Ley 222 de 1995 no solo estableció la indemnización imputable al administrador por los daños ocasionados en desarrollo de sus funciones, sino que también introdujo una serie de principios de conducta e incluyó dentro de la categoría de tales no solo a aquellas personas que ostentan dicho cargo dentro de la empresa, sino que también a todas aquellas que realicen actividades administrativas al interior de la organización, lo que se ha denominado como “el administrador de hecho”.

Así, dicha ley ha implementado en esta materia elementos fundamentales como: quiénes son administradores, su nombramiento expreso o adjudicación de facultades administrativas, deberes fiduciarios, deberes específicos, acciones individuales y sociales de responsabilidad, profesionalización de las actuaciones del administrador y los denominados principios que rigen su desarrollo.

Ahora, la concreción de los principios que gobiernan el comportamiento del administrador, como toda norma de textura abierta, genera dificultad en cómo establecer si efectivamente el administrador con su actuar a transgredido dichos principios, pues solo serían evidentes conductas que de manera manifiesta los vulneren. Así, el punto central es que dada una controversia alrededor de la aplicación o no de dichos principios, el juez debería aplicar el conocido *bussinesjudgment*<sup>1</sup> rule o regla de juicio de negocios, más conocida como

---

<sup>1</sup>MARCELA CASTRO, *op. cit.*, pág. 126. “Muchas veces, en el desarrollo de la empresa social, resultan pérdidas o perjuicios para la sociedad como consecuencia directa o indirecta de decisiones tomadas por los

principio de discrecionalidad, situación que genera no solo un universo probatorio amplio sino un análisis de cada caso en concreto en donde cada vez se hace más evidente que no existen reglas exactas en el mundo de los negocios y el riesgo inherente al cual se ven inmersas las oportunidades de mercado, exigen que las empresas estén jurídicamente preparadas para asumirlas y respaldar a sus administradores en esa tarea.

De este modo, es este el contexto bajo el cual nace la idea de tomar partido en las discusiones y formular propuestas a la resolución de esta problemática que cobra tanta relevancia para el desarrollo y estabilidad de las empresas: la responsabilidad de los administradores.

---

administradores, pérdidas que son, finalmente, un riesgo inherente a la vida de los negocios. Si estas decisiones o medidas son adoptadas de buena fe y en uso de buen juicio por parte de los administradores, las cortes no entran a cuestionarlas como violatorias del deber de cuidado. Esta sana actitud de los tribunales bajo el *commonlaw*, que respeta la independencia y criterio de los administradores en cumplimiento de su encargo, ha sido llamada la *regla de la discrecionalidad*"

## **PRIMER CAPITULO – MARCO JURIDICO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR.**

Antes de la ley 222 de 1995 el único régimen aplicable a la responsabilidad de los administradores de la sociedades comerciales estaba consagrado en el artículo 200 del código de comercio, el cual establecía una responsabilidad ilimitada, solidaria, personal y patrimonial.

De lo anterior se desprende que los tipos de responsabilidades ejecutables a los administradores giran en torno a dos ópticas:

- Responsabilidad civil por los perjuicios, que por dolo o culpa, le ocasionen a la sociedad, socios o a terceros, la cual se debe instaurar ante la jurisdicción ordinaria u/o arbitral.
- Responsabilidad administrativa por violación a la ley o a los estatutos. Esta acción debe instaurarse ante la superintendencia de sociedades.

Asimismo, si el administrador pretendía repeler alguna de estas actuaciones, debía optar por una de las siguientes alternativas:

- Excepcionar fuerza mayor o caso fortuito,
- Excepcionar desconocimiento de la acción u omisión que dio lugar a los perjuicios, o
- Excepcionar haber estado en contra de la decisión que dio origen a los perjuicios.

Una vez se promulga la ley 222 de 1995, la cual tiene como propósito principal modificar el libro segundo del código de comercio, se genera una complementación al régimen de los administradores, estableciendo lo siguiente:

### *“ARTICULO 22. ADMINISTRADORES.*

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

### *ARTICULO 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES.*

*Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.*

*En el cumplimiento de su función los administradores deberán:*

- 1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.*

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

*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.*

**ARTICULO 24. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.** *El artículo 200 del Código de Comercio quedará así:*

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

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

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

*De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.*

*Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de él 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 antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.*

#### **ARTICULO 25. ACCION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.**

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

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

*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.”*

Dado que la ley 222 de 1995 pretendió bajo un mismo proyecto de ley cobijar diferentes y extensos temas con relación a la estructura interna de las sociedades comerciales, se realizaron estudios a los respectivos debates de ley, a fin de encontrar el espíritu en cuanto al régimen de responsabilidades de los administradores, encontrándonos con un vacío absoluto y la impresión de que el tema hubiese pasado desapercibido, toda vez que es claro que el interés que primo a la hora de la introducción de la mencionada ley, fue reformar lo siguiente:

a. Respecto a la modificación al régimen de sociedades:

- Establece que las sociedades civiles se deben sujetar a la ley mercantil.
- Regula la escisión la cual permite el fraccionamiento del patrimonio de la sociedad.

- Consagra el derecho de retiro del socio ausente o disidente cuando debido a transformación, fusión o escisión de la sociedad se incremente la responsabilidad de los socios o se produzca un detrimento injustificado de la situación patrimonial de la sociedad.
- Se reconoce la empresa unipersonal como persona jurídica
- Se desarrolla la sociedad anónima, en específico lo relativo a su constitución, constitución por suscripción sucesiva y acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto
- Se establece la posibilidad de realizar asambleas o juntas de socios no presenciales.
- Se precisan claramente los alcances y funciones a desarrollar en virtud de las facultades de inspección, vigilancia y control asignadas a la Superintendencia de Sociedades.
- Se regula lo relativo a la responsabilidad de los administradores.
- Según el artículo 229 y 239 de la mencionada ley, se concede a la Superintendencia de Sociedades la facultad de obrar como conciliador en los conflictos entre socios y la sociedad y entre los socios mismos, lo cual permite que se establezca un Centro de Arbitraje y Conciliación.

b. En materia de procesos concursales:

- Con fundamento en el artículo 116 de la Constitución Política, se le asignan funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas y ello permite que se radique en cabeza de la entidad la competencia exclusiva en materia de concordatos o acuerdos de recuperación de negocios de sociedades comerciales y desaparecen las diferentes modalidades de concordatos previstos en el Decreto 350 de 1989. Antes podía el juez o la Superintendencia de Sociedades adelantar procesos concursales.
- Desaparece el proceso de quiebra para dar paso al de liquidación obligatoria el cual también es de competencia de la entidad.

De lo anterior podemos observar como en términos legislativos, la ley 222 de 1995 pretendió con cierta preponderancia cubrir aspectos comerciales desamparados jurídicamente y fortalecer un régimen comercial que hasta la fecha de su promulgación era realmente pobre y poco atemperado a la realidad económica nacional e internacional.

De la estructura de la ley y su intención de modificar el código de comercio, se puede analizar su polivalencia, no obstante, es evidente que en términos de la

responsabilidad del administrador, su desarrollo no es muy amplio, pues solo se dedica en la sección segunda del capítulo cuarto del libro primero, a regular su ejercicio.

Adicional a esto, en materia de administradores de sociedades comerciales, existe el Decreto 1925 de 2009, sin embargo este solo reglamenta parcialmente el artículo 23 en lo relativo a conflictos de interés y de competencia con la sociedad por parte de los administradores. Dicho decreto solo intenta reglamentar el numeral 7 del artículo el cual prohíbe que los administradores participen simultáneamente, y sin permiso de la junta de socios o asamblea de accionistas, en otros negocios los cuales sean competencia de la empresa para la que trabajan. Adicionalmente, establece el supuesto en el cual si los administradores logran que la Junta de Socios o a la Asamblea de Accionistas les otorgue la autorización para participar en el negocio, pero lo logran suministrando información falsa o incompleta, no podrán ampararse en dicha autorización para exonerarse de responsabilidad por sus actos.

Por otro lado, jurisprudencialmente no se ha desarrollado la responsabilidad de los administradores más allá de sus principios, toda vez que la discrecionalidad del juez cada vez relativiza más las reglas en el mundo de los negocios, en donde hay una diversidad de escenarios que difuminan los límites de aplicación de la responsabilidad, y el mero cumplimiento de los principios estipulados en la mencionada ley, ampararía la actuación del administrador dejando a un lado el análisis de su efectividad, y obviando la vulneración económica.

Surtida la controversia, la obligación del Juez debería ser aplicar la regla de discrecionalidad, conocida en el Common Law como “business judgment”, la cual en términos generales tiene como implicación principal, dejar a un lado el análisis económico de la actuación del administrador, y limitarse al estudio del cumplimiento de los deberes fiduciarios y principios amparados en la ley. Sobre esto el abogado Darío Laguado Giraldo, litigante de la firma Brigard & Urrutia, con magister en derecho en Harvard Law School, manifiesta:

*“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 fiduciaros o no”<sup>2</sup>*

A su vez, y con relación a los principios que analiza el juez una vez surge la controversia, a fin de aplicar el principio de discrecionalidad, existen providencias de la Corte Constitucional que desarrollan estas actuaciones. Sobre el deber de buena fe, las sentencias hito son la T-427/92, T-460/92, T-469/92, T-475/92, C-575/92, T-098/94, T-532/95, T-548/96, T-174/97, T-001/97, C-005/98, C-054/99 y C-1714/2000, no obstante en términos contractuales la sentencia más relevante es la C-544 de 1994<sup>3</sup>. Con respecto al deber de diligencia y cuidado de un buen

---

<sup>2</sup>La responsabilidad de los administradores, Laguado Giraldo, Dario. Universidad Javeriana. 15 de octubre de 2004.

<sup>3</sup>La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionado por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe.

Teniendo en cuenta lo anterior, a primera vista, el artículo transcrito parecería inútil. ¿Por qué se incluyó en la Constitución? La explicación es sencilla: se quiso proteger al particular de los obstáculos y trabas que las autoridades públicas, y los particulares que ejercen funciones públicas, ponen frente a él, como si se presumiera su mala fe, y no su buena fe. En la exposición de motivos de la norma originalmente propuesta, se escribió:

"La buena fe, como principio general que es, no requiere consagración normativa, pero se hace aquí explícita su presunción respecto de los particulares en razón de la situación de inferioridad en que ellos se encuentran frente a las autoridades públicas y como mandato para éstas en el sentido de mirar al administrado primeramente como el destinatario de una actividad de servicio. Este mandato, que por evidente parecería innecesario, estaría orientado a combatir ese mundo absurdo de la burocracia, en el cual se invierten los principios y en el cual, para poner un ejemplo, no basta con la presencia física del interesado para recibir una pensión, sino que es necesario un certificado de autoridad que acredite su supervivencia, el

hombre de negocios, la providencia hito se encuentra en la C-123 de 2006, toda vez que relaciona los conceptos de buen hombre de negocios con fundamento en la ley objeto de análisis y las necesidades de un régimen de protección más fuerte.

De lo anteriormente dicho, es posible afirmar, que dada la regla de discrecionalidad, no existen sentencias que de fondo resuelvan los interrogantes planteados, ya que como se ha mencionado con especial reiteración, el análisis que practica el juez se limita al cumplimiento de los deberes fiduciarios por parte del administrador, desconociendo las implicaciones económicas del actuar. Lo anterior, sumado a la falta de jueces eficientes y la poca difusión e importancia que la jurisprudencia y la doctrina le han dado al tema, permite evidenciar que se ha construido un régimen de responsabilidad de los administradores con muy poca aplicación práctica, fundando en los accionistas de las sociedades comerciales un temor inevitable a someter sus diferencias ante la jurisdicción ordinaria, pues los jueces no están capacitados para evaluar las decisiones de los negocios en contextos corporativos. Los accionistas de las sociedades comerciales son reacios a acudir a un juez con el fin de resolver sus pugnas, dadas las tensiones generadas en las excesivas demoras en la justicia colombiana, y los intereses económicos de por medio.

En Estados Unidos, debido a jueces con alta formación, la regla de discrecionalidad se aplica con mayor vehemencia, en donde casos concretos nivel

---

cual, en ocasiones, tiene mayor valor que la presentación personal". (Gaceta Constitucional No. 19. Ponentes: Dr. Alvaro Gómez Hurtado y Juan Carlos Esguerra Potocarrero. Pág 3)

Claro resulta por qué la norma tiene dos partes: la primera, la consagración de la obligación de actuar de buena fe, obligación que se predica por igual de los particulares y de las autoridades públicas. La segunda, la reiteración de la presunción de la buena fe de los particulares en todas las gestiones que adelanten ante las autoridades públicas.

Es, pues, una norma que establece el marco dentro del cual deben cumplirse las relaciones de los particulares con las autoridades públicas. Naturalmente, es discutible si el hecho de consagrar en la Constitución la regla de la buena fe, contribuya a darle una vigencia mayor en la vida de relación, o disminuya la frecuencia de los comportamientos que la contrarían.

corporativo son “Graham vs AllisChalmers”<sup>4</sup>, “Puma vs Marriot”<sup>5</sup>, “Dodge vs Ford Motor Co”<sup>6</sup>, “Clark v. Lomas &NettletonFinancial Corp.”<sup>7</sup> y “Joy v. North”<sup>8</sup>. Sin

---

<sup>4</sup>En Graham vs AllisChalmers (Delaware SupremeCourt 1963) se estableció que para que se aplique la businessjudgment 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. Tomado literalmente del texto “la responsabilidad de los administradores” Laguado, Giraldo Darío. Universidad Javeriana.

<sup>5</sup>En Puma v. Marriot (Delaware SupremeCourt, 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). Tomado literalmente del texto “la responsabilidad de los administradores” Laguado, Giraldo Darío. Universidad Javeriana.

<sup>6</sup>En Dodge v. Ford Motor Co. (Michigan SupremeCourt) 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. Tomado literalmente del texto “la responsabilidad de los administradores” Laguado, Giraldo Darío. Universidad Javeriana.

<sup>7</sup>En el caso Clark v. Lomas &NettletonFinancialCorp (1980) la Corte encontró que los directores no podían ampararse por la businessjudgment 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. Tomado literalmente del texto “la responsabilidad de los administradores” Laguado, Giraldo Darío. Universidad Javeriana.

<sup>8</sup>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. Tomado literalmente del texto “la responsabilidad de los administradores” Laguado, Giraldo Darío. Universidad Javeriana.

embargo, como se ha mencionado, la discusión deja a un lado lo económico, para evaluar el actuar del administrador.

En cuanto a los tribunales de arbitramento, existe una clara restricción, esta vez de índole procesal, pues el código de comercio en su artículo 194, prohíbe de forma expresa someter bajo este mecanismo las acciones de impugnación de las asambleas y juntas directivas. Si bien al respecto existe jurisprudencia de constitucionalidad, el mayor referente se precisa en la sentencia C-378 de 2008, la cual declara exequible el artículo 194 del código de comercio pues considera lo siguiente:

*“la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio. Esta libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible - capacidad legal de disposición -. Así, frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes.”*

*Dado que, “la cautela legal contenida en el precepto acusado persigue un fin de interés público cual es asegurar a los socios que las diferencias existentes respecto de la validez o legitimidad de las actuaciones que los vinculan, sean de conocimiento de las autoridades judiciales estatales. Dada la trascendencia de las cuestiones en juego – la validez o legitimidad de los actos societarios – ha de garantizarse que las discrepancias al respecto no sean decididas de manera ad hoc – por un árbitro o centro de arbitraje – sino que sean resueltas por la justicia estatal”*

*“Lo explicado hasta este lugar lleva a desvelar que en el caso sub judice el margen de configuración reconocido a favor de la Ley por la Constitución Nacional se ejerció dentro de las fronteras que traza esta Ley Fundamental. La previsión legal contenida en la disposición acusada se enmarca dentro de los asuntos que le compete regular a la Legislación en virtud de la cláusula general de competencia. Por ser problemas relacionados con la validez de los actos societarios, la Ley puede resolver que tales aspectos no sean llevados ante árbitros sino que sean decididos por medio de la justicia estatal y al hacerlo de manera expresa convierte el legislador tales normas en asuntos indisponibles por parte de los particulares”...*

*Por lo que “los asuntos relacionados con la nulidad de los actos societarios, constituyen un problema de legalidad. Vista la temática desde esa perspectiva, se encuentra dentro del margen de configuración legislativa definir qué autoridades poseen capacidad declarativa en asuntos atinentes*

*a la presencia de vicios en las decisiones adoptadas durante las reuniones de la junta directiva de una sociedad, cuestión ésta que en relación con el asunto que ocupa la atención de la Sala, le corresponde por mandato de la Ley decidir, de una parte, a la justicia ordinaria y, de otra, a la Superintendencia de Sociedades”*

De lo anterior se desprende entonces que las sociedades comerciales se ven obligadas a resolver sus inconvenientes mediante estrategias extrajudiciales, en buena medida debido a las falencias del sistema judicial colombiano en lo relacionado con el tiempo que toma un proceso de este tipo.

A nivel doctrinal no es la excepción, y en específico se ha hecho un enfoque por desarrollar en qué consiste la responsabilidad solidaria e ilimitada, así como cada uno de los principios y funciones propuestas por la ley 222 de 1995, sin embargo, adicional a Francisco Reyes Villamizar en su artículo *“responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificadas”* y en su libro *“SAS La sociedad por acciones simplificada”* no existe ningún doctrinante que cuestione la poca aplicabilidad de estos principios, o que intente acompasar lo existente a un mundo contemporáneo y con necesidades económicas cambiantes, en donde aún prevalecen normas completamente anacrónicas, si tenemos en cuenta la aceleración con que se transforman los distintos negocios.

De esta forma en Colombia es muy poco el desarrollo que se le ha dado a la responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales. Adicional a esto, existe una completa descontextualización en cuanto a las necesidades económicas que con el tiempo van sufriendo los entes empresariales.

Independiente del sector empresarial al que pertenezca la sociedad, debe existir una correlación con respecto a las responsabilidades del administrador y las leyes que rigen la producción, distribución, cambio y el consumo de bienes materiales. Las leyes económicas, deben estar íntimamente ligadas con las facultades que tiene el administrador dentro de la sociedad comercial, pretendiendo entonces brindarle mayores posibilidades, para que de su gestión se logre una rentabilización de la empresa que permita competir y adaptarse a los modelos económicos globales.

Pudiendo entonces establecer que el ordenamiento jurídico actual en materia de responsabilidad del administrador es rígido y no pareciera adaptarse a las necesidades económicas de la gran empresa, se hace evidente la necesidad de encontrar alternativas legales viables que permitan una relación armónica entre lo jurídico y lo económico, a tal modo que se garantice la legalidad de las actuaciones del administrador buscando el progreso de la empresa y la competencia en términos internacionales.

Para encontrar las alternativas legales viables que permitan una relación armónica entre lo jurídico y lo económico, se debe en primera medida, actuar bajo el amparo

de los principios expuestos en la ley que se estudia, desarrollados básicamente en los siguientes términos<sup>9</sup>:

- **Realizar esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social:**  
Los administradores deben hacer todo lo que este a su alcance para que se lleven a cabo las actividades económicas previstas en el objeto de la compañía. La obligación de dichos administradores es de medio y no de resultado.
- **Velar por el estricto cumplimiento de la ley y los estatutos.**  
Los administradores deben cumplir y velar por que se cumplan las normas comerciales, contables, tributarias, laborales, de competencia, medio ambientales, de derechos de autor, etc. Igualmente deben procurar por el cumplimiento de los estatutos sociales por ser estos las reglas de juego de la sociedad.
- **Velar por que se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.**  
Los administradores deben suministrar de manera oportuna a la revisoría fiscal la información necesaria, adecuada, completa y soportada que se requiera para el cabal cumplimiento de las funciones de la revisoría, así como permitirle a la misma el ingreso a las oficinas e instalaciones de la sociedad.
- **Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad:**  
Los administradores deben guardar y proteger los secretos empresariales de la sociedad, los cuales se dividen en secretos comerciales e industriales

Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina, Artículo 260:

“Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva industrial o comercial y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información:

---

<sup>9</sup>Definiciones citadas a continuación son tomadas del artículo “la responsabilidad de los administradores en las sociedades comerciales” desarrollado por Díaz, Huertas, Andrés Alejandro. Cámara de comercio de Bogotá.

Secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva.

Tenga un valor comercial por ser secreta.

Haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta. La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.”

Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina, Artículo 265:

“Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a un secreto empresarial sobre cuya confidencialidad se le haya prevenido, deberá abstenerse de usarlo o divulgarlo, o de revelarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que posea dicho secreto o de su usuario autorizado.”

- **Deber de abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada**

Aquella información a la cual solo tienen acceso directo ciertas personas (como son los administradores) en razón de su profesión u oficio, la cual por su carácter está sujeta a reserva, ya que de conocerse podría ser utilizada con el fin de obtener provecho o beneficio para sí o para un tercero.

Características debe tener la información privilegiada

- Debe tener la idoneidad suficiente para ser utilizada.
- Debe versar sobre hechos concretos y referidos al entorno societario o al ámbito dentro del cual actúa la compañía. (Superintendencia de Sociedades. Circular Externa 006 de 2008)

Sanción penal por utilización indebida de información privilegiada:

Código penal, artículo 258: “el que como empleado, directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, haga uso indebido de información que allá conocido por razón ó con ocasión de su cargo o función y que no sea objeto de conocimiento público, incurrirá en multa”

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

Los administradores no pueden dar trato preferencial a los accionistas; deben permitir que los socios o sus representantes ejerzan adecuadamente el derecho a inspeccionar los libros y los documentos de la sociedad, teniendo en cuenta que este derecho está consagrado por la ley en la medida en que no todos los asociados participan en la administración de la sociedad.

Límite al ejercicio del citado derecho:

El derecho de inspección no puede versar sobre documentos que contengan secretos industriales o datos que de ser divulgados puedan ir en detrimento de la compañía.

- **Deber de abstenerse de participar en actos que impliquen conflicto de intereses o competencia con la sociedad (Circular Externa 006 de 2008. Numeral 3.9.)**

Este deber constituye un desarrollo del principio de lealtad que debe orientar la conducta de los administradores.

Actos de competencia:

Son “actos de competencia” aquellos que implican una concurrencia entre el ente societario y el administrador, o un tercero en favor del cual este tenga la vocación de actuar, toda vez que cada uno de ellos persigue la obtención de un mismo resultado.

Existencia de conflictos de intereses:

Existe conflicto de interés cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquel o de un tercero.

Obligaciones del administrador que esté o se proponga participar en actos que implican competencia ó conflictos de intereses (Decreto 1925 de Mayo 28 de 2009):

- Ordenar la convocatoria ó convocar directamente a la asamblea de accionistas o junta de socios.

- Pedir autorización a la asamblea de accionistas o junta de socios. Los socios o accionistas que autoricen a los administradores la realización de actos que impliquen competencia o conflictos de intereses, responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que dichos actos ocasionen a la solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que dichos actos ocasionen a la compañía.
- Suministrar la información relevante para la toma de la decisión.

Actuaciones que se pueden adelantar cuando se presentan actos de competencia o actos que implican conflicto de intereses:

Se puede solicitar una investigación a la Superintendencia de Sociedades, la que puede ordenar al administrador que se abstenga de adelantar dichos actos, sancionarlo con multas hasta por 200 SMMLV, o en los casos permitidos por la ley removerlo de su cargo.

Además de las anteriores medidas, se pueden iniciar acciones judiciales de responsabilidad civil contra los administradores, buscando resarcir los perjuicios generados de su incumplimiento.

Adicional a los principios, el artículo 23 la ley 222 de 1995 ha establecido ciertos deberes, los cuales en términos generales conceptualizan lo siguiente:<sup>10</sup>

- **Deber de buena fe.**

Tal como se establece en los artículos 1603 del código civil y el 871 del código de comercio, sumado a la norma constitucional 83. Al respecto Ospina Fernandez manifiesta lo siguiente:

*“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”<sup>11</sup>*

El deber de lealtad implica, evitar todas las conductas que pretendan defraudar la confianza que se ha brindado a quienes son administradores y que naturalmente se concreta en la utilización de información privilegiada, violación de la reserva comercial e industrial de la sociedad, y en general toda actuación que se de a base de engaños y artificios, dejando a un lado la prosperidad organizacional.

---

<sup>10</sup>La responsabilidad de los administradores, Laguado,Giraldo,Dario. Universidad Javeriana.

<sup>11</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO, Teoría general del contrato y del negocio jurídico, Temis, Bogotá, 1998, pág. 331

- **Deber de obrar con lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios.**

El ordenamiento civil ha adoptado la figura de “el buen padre de familia” como fenómeno abstracto bajo el cual deben compararse las distintas conductas de los individuos a fin de determinar la culpa que genera una responsabilidad. La Ley 222 de 1995 trasciende este concepto, o adopta como tipo abstracto la figura de “el buen hombre de negocios”

El buen hombre de negocios , debe tener en su actuar, un determinado conocimiento de la actividad que va a desarrollar o que tiene a su cargo, debe diferenciar e integrar los distintos recursos técnicos con que cuenta, debe actuar bajo parámetros claros de experiencia y siempre debe analizar las mejores decisiones teniendo en cuenta la rentabilización de la empresa. Los criterios del buen hombre de negocios se analizan desde perspectivas subjetivas, pues trascienden los principios en el actuar y presuponen una profesionalización en el desempeño de las funciones. El hombre de negocios debe estar más dispuesto a tomar riesgos, debido a su calidad de conocedor de la profesión que ocupa. La obligación de diligencia y cuidado, es una obligación de medio y no de resultado.

Sobre el deber de diligencia el profesor español, José María Garreta, manifiesta lo siguiente:

*“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*

*bonuspaterfamiliae, 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 podría haber sido adecuada para gestionar una propiedad de carácter esencialmente mobiliaria y agraria, pero no cuando ésta ha quedado transformada por su vinculación a la empresa<sup>12</sup>”*

Complementario a estos tres deberes de conducta, la superintendencia de sociedades ha manifestado lo siguiente:

*“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”<sup>13</sup>*

Una vez visto los principales elementos del régimen jurídico colombiano en materia de responsabilidad del administrador, es necesario encontrar qué alternativas permite el mismo ordenamiento para así corregir sus falencias, y crear mecanismos que contextualicen la normatividad a las necesidades económicas contemporáneas, permitiendo a la gran empresa competir en un mundo global. El administrador amparado bajo el régimen actual, se encuentra completamente maniatado, pues el ordenamiento desconoce una premisa económica real, “a mayor riesgo, mayor rentabilidad”.

El administrador de la gran empresa necesita tomar decisiones que implican un riesgo constante, pues las exigencias comerciales así lo imponen, por lo que restringir a este, solo generaría estancamiento empresarial y más teniendo en cuenta la evidente tensión al tener que responder con su patrimonio. Por todo lo anterior, es importante estudiar las posibilidades que nos brinda el ordenamiento jurídico, la sociedad por acciones simplificada y las demás normas concordantes, para brindar a los administradores de la grande empresa, una solución eficaz que se acompañe no solo a los requerimientos legales, si no a los requerimientos económicos y comerciales.

---

<sup>12</sup> GARRETA SUCH, JOSÉ MARÍA, La responsabilidad civil, fiscal, y penal de los administradores de las sociedades, Marcial Pons, Madrid, 1996

<sup>13</sup> concepto superintendencia de sociedades.

## SEGUNDO CAPITULO – LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA EN RELACION CON LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR

A pesar de la autonomía que las SAS trae consigo, derivada de su flexibilidad en el diseño estatutario de las sociedades comerciales, es importante establecer cómo la Ley 1258 de 2008 ha dejado ciertos aspectos o ámbitos a la remisión directa, no solo de las normas de derecho de sociedades contenidas en el código de comercio, sino también, para el caso que nos ocupa, a la Ley 222 de 1995 de la cual ya hemos visto cuáles son sus implicaciones y avances.

En cuanto al régimen de responsabilidad de los administradores, el artículo 27 de la ley 1258 remite a lo dispuesto en la Ley 222 de 1995 de la siguiente forma: “*Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995 les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere*”<sup>14</sup>. Sobre este tema, a pesar del poco tiempo de vigencia que tiene la Ley 1258 de 2008, ya ha habido pronunciamientos doctrinarios respecto de la SAS en materia de la responsabilidad de los administradores. Una de las primeras referencias la encontramos al respecto en su creador, Francisco Reyes Villamizar, el cual en su obra sobre la SAS<sup>15</sup> hace un detallado análisis sobre el efecto de las disposiciones contenidas en la Ley 222 de 1995 en la materia, más en concreto en puntos como quienes son administradores en una sociedad, los principios que rigen la actividad del administrador y la aparición de los *deberes fiduciarios* del mismo, al igual que el desarrollo de la nueva figura en esta materia dentro de nuestro ordenamiento jurídico: el administrador de hecho, calificándolo como aquel sujeto que está dentro de la organización y que, si bien el cargo que desempeña no corresponde al de uno administrativo en sentido estricto, si su capacidad de decisión es determinante en un escenario concreto de toma de decisiones en la empresa, el régimen de responsabilidad del administrador lo cubrirá.

De igual manera, Reyes Villamizar incorpora una base argumentativa sobre las razones por las cuales los administradores no deben ser sancionados, o al menos no de manera agresiva, por las fallas en la toma de decisiones para las empresas. Para ello realiza un análisis comparado con el caso norteamericano alrededor de la creación jurisprudencial de la figura denominada “*bussinesjudgement rule*” o regla de la discrecionalidad y sobre el trasfondo teórico de la misma el cual

---

<sup>14</sup> Ley 1258 “Ley por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificadas”, art. 27

“Responsabilidad de los Administradores.”

<sup>15</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco, *SAS La sociedad por acciones simplificada*, Bogotá, LEGIS, 2010, pp. 126-170; 206-210; 221-22.

establece que el actuar del administrador no debe ser condenado si al momento de tomar la decisión se cumplen los siguientes presupuestos:

- a) El administrador se ha informado previamente de manera suficiente;
- b) La actuación del administrador no es ilegal ni va en contra de los estatutos;
- y
- c) La actuación del administrador no es en favorecimiento de un interés propio.

Además, en relación con el tema que concierne a este trabajo, encontramos el manejo que le da la sociedad por acciones simplificada a los acuerdos sindicados de accionistas<sup>16</sup>, su clasificación y operatividad dentro de las empresas, complementado por otra obra de Reyes Villamizar sobre el derecho societario en E.E.U.U<sup>17</sup>, donde se pone de presente uno de los rasgos más útiles en este modelo societario a la hora de la toma de decisiones en una organización, ya que mediante esta herramienta se pueden fijar posiciones mayoritarias y dominantes cuando hay controversia entre los accionistas en cuanto a la posición que debe adoptar la empresa en determinados aspectos.

Al lado de estas consideraciones, traemos a colación la relación jurídica que Reyes Villamizar<sup>18</sup> realiza en su artículo sobre la responsabilidad del administrador en las SAS para la revista Panóptica<sup>19</sup>, en donde se evidencia cómo otros sistemas jurídicos han avanzado a posibilidades similares de oposición a una responsabilidad solidaria e ilimitada, y como la ley general del estado de Delaware<sup>20</sup>, en donde para las sociedades de capital cerrado es permisivo obviar la aplicación de los deberes fiduciarios de los administradores. La sección 18-1101 de la ley de sociedades de capital cerrado (limitedliabilitycompanies<sup>21</sup>) de ese estado, preceptúa que *“en los estatutos de una sociedad de capital cerrado podrá pactarse la limitación o eliminación de toda responsabilidad por incumplimiento de los estatutos o por violación de los deberes de cualquier socio, administrador o*

---

<sup>16</sup> Esta figura que incorpora la SAS permite que un determinado grupo de accionistas establezca entre sí acuerdos de actuación frente a distintos temas, teniendo carácter vinculante y siendo oponible a terceros siempre que sean registrados en debida forma en la secretaría de la compañía.

<sup>17</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco, *Derecho Societario en Estados Unidos*, Bogotá, LEGIS, 2006, pp. 211–234.

<sup>18</sup> REYES, VILLAMIZAR, francisco, “responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificadas”, *Panóptica*, volumen 18, marzo-junio de 2010, 32 págs.

<sup>19</sup> La Revista Panóptica es una iniciativa independiente de los estudiantes de Derecho, con la propuesta de ofrecer a la comunidad jurídica un espacio dedicado a la producción científica (estudio e investigación), lo que permite la difusión y el debate de las ideas en un nivel académico (de la graduación, especialización, maestría en Derecho y doctorado).

<sup>20</sup> Es uno de los Estados más pequeños y menos habitados de E.E.U.U. Sin embargo, sus políticas en materia tributaria y fiscal lo han convertido en un gran atractivo para las grandes empresas de todo el mundo, inclusive la han denominado *The Land of Free-Tax Shopping*.

<sup>21</sup> Son sociedades que en la mayoría de sus características equivale a la sociedad limitada del ordenamiento jurídico colombiano, exceptuando puntos como el hecho de que en este tipo societario si está limitada la responsabilidad personal de los socios.

*cualquier otra persona que participe en una sociedad de capital cerrada (LLC) (...) siempre y cuando que en los estatutos no se elimine la responsabilidad por actos u omisiones que constituyan una violación del deber de buena fe*".<sup>22</sup>El anterior apartado es un breve ejemplo de derecho comparado con E.E.U.U. en el cual se pone de presente como la legislación norteamericana, al igual que su jurisprudencia como lo vimos más arriba, ha sentado el progreso en esta área en el sentido de establecer regímenes de responsabilidades a los administradores que les den mayor libertad de acción sin la presión de una sanción pecuniaria impuesta solo a partir de la evaluación de los resultados de sus decisiones.

Conforme a lo anterior, y partiendo de la base de nuestra legislación colombiana es totalmente contraria a la tendencia vista anteriormente, teniéndose por no escritas las cláusulas del contrato de sociedad tendientes a absolver a los administradores de la responsabilidad cuando le sea imputable por dolo o culpa en la realización del daño, e incluso la imposibilidad de la limitación de la misma al importe de las cauciones que haya prestado para ejercer su cargo, es nuestra pretensión hacer uso de la maleabilidad y versatilidad que nos trae la SAS para armonizar la sociedad comercial a la racionalidad económica, en donde el riesgo es inherente dentro del mundo de los negocios y este factor es fundamental en el progreso económico satisfaciendo la idea general de cada negocio.

---

<sup>22</sup> Ley 1101 , capítulo 18 "limitedliabilitycompany"

## TERCER CAPITULO - CRITICAS AL REGIMEN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR

Luego de conocer cuál es el régimen actual de la responsabilidad del administrador en Colombia, los avances implementados por la Ley 222 de 1995, la versatilidad de la SAS y la tendencia en el tema por parte del derecho norteamericano, es momento de esbozar cuales son las críticas que a nuestro juicio hacen del régimen actual un régimen inviable que no está en armonía con las necesidades del mercado, no encuentra una eficacia material en su aplicación y representa un desestimulo en la relación de agencia entre los dueños y directivos de las empresas y los mimos administradores.

De esta manera, las críticas se abordan desde dos perspectivas, una de carácter administrativo – organizacional y otra de corte jurídico:

### **a) Desde la teoría de agencia en la administración de empresa.**

La teoría de la agencia enunciada a grandes rasgos y tomando como base la obra<sup>23</sup> de Benito Arruñada<sup>24</sup>, supone la existencia de dos sujetos dentro de la gestión administrativa de una empresa: un socio de la empresa o principal y un administrador de la empresa o agente; luego, en la relación entablada entre estos dos sujetos a través del funcionamiento de la empresa se produce un fenómeno en el cual el principal, a pesar de ser el dueño de la misma, no tiene una visión cercana del giro real del negocio mientras que por el contrario, el agente, en el día a día del cumplimiento de sus funciones, conoce de forma suficiente la dinámica de la organización. Producto de lo anterior, llegamos a un desequilibrio en el manejo de la información para la toma de decisiones, desequilibrio que se inclina a favor el agente, generando la necesidad de control por parte del principal para reducir la desviación en el comportamiento del agente respecto de los intereses del primero y de la empresa. El ejercicio de dicho control lleva consigo una relación de costos de agencia, puesto que el nivel de la eficiencia de la labor por parte del agente perseguida por el principal, será directamente proporcional al costo de implementación de los mecanismos de control requeridos para lograrlo, por lo que la relación de eficiencia y costo se incrementará de manera equivalente.

---

<sup>23</sup>ARRUÑADA, BENITO, *Teoría Contractual De La Empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp.144 - 153.

<sup>24</sup>Benito Arruñada es Catedrático de la Organización de Empresas de la Universidad Pompeu Fabra. Su investigación se encuentra en la intersección entre la organización, derecho y economía. Ha publicado unos 100 artículos científicos, muchos de ellos en las principales revistas sobre la gestión y el derecho y la economía. Sus intereses actuales son las bases principales de comportamiento e institucionales para el intercambio impersonal, desde innatas tendencias de comportamiento y la estructura de los sistemas morales, a la ejecución contractual, la mercantilización de los derechos de propiedad y la formalización de negocios.

Enmarcando el régimen jurídico colombiano de responsabilidad de los administradores bajo esta teoría, una responsabilidad solidaria e ilimitada como la que establece la Ley 222 de 1995 es una modalidad de control basada en el estímulo negativo sobre el agente, materializado en la amenaza contra el patrimonio personal del administrador en caso de que por culpa o dolo le ocasione un perjuicio económico a la empresa, es decir, por cualquier error que le genere un costo significativo a la compañía y que se derive de una decisión suya. Una medida de este tipo tiene como primera consecuencia la de “maniatar” el criterio de decisión del administrador, ya que el razonamiento sobre la toma de cada una de las decisiones de la empresa ya no irá acompañada solo de los estudios técnicos que le correspondan y que representen el factor objetivo de la toma de decisión, sino que también de un factor subjetivo como lo es el temor reflejado en el nivel de riesgo y probabilidad de éxito de la determinación que eventualmente pueda ocasionar su detrimento patrimonial, inclusive uno absoluto.

Ante este escenario, la reacción del administrador es asumir una posición tendiente a riesgo cero en la toma de decisiones, posición que dentro del mercado implica el estancamiento de la organización o la pérdida de grandes oportunidades de progreso para la misma en tanto el riesgo es un elemento inherente en la dinámica capitalista de los negocios. Este efecto no solo se percibe caso a caso en el agente sino que se convierte en parte del perfil de la compañía, uno de tipo conservador que no se interesa por la vanguardia y liderar la exploración de nuevas opciones de comercialización, otras formas contractuales, otras visiones del negocio.

¿Qué administrador de manera consciente se atrevería a tomar una decisión medianamente riesgosa cuando tiene en frente la posibilidad de perder todo su patrimonio, inclusive por resultados que pueden no estar en sus manos y enmarcarse en lo culposo de la responsabilidad? ¿Hay duda de que para este agente sea más cómodo y seguro simplemente mantener un ritmo constante y lento de crecimiento de la compañía, cumpliendo con las metas mínimas impuestas por los dueños de la misma sin llevar a la empresa a otro nivel dentro del mercado?

Por consiguiente, es evidente que pretender incrementar la eficiencia del agente a través de un mecanismo de control como la responsabilidad solidaria e ilimitada es una vía equivocada en la que no se empodera al administrador para sentirse respaldado por la compañía, sino que se le agrega una presión más unida al riesgo natural del mercado. Por supuesto es necesario aclarar que esto no quiere decir que ninguna compañía en Colombia pueda tener éxito bajo esta regulación ni que no existan administradores brillantes que logren demostrarlo, pero sin duda alguna ellos han recorrido un camino con más avatares que si la lógica de la relación de agencia fuera otra totalmente distinta.

***b) Desde el análisis jurídico de la eficacia material del ejercicio de la acción social de responsabilidad en contra del administrador.***

El segundo plano de esta problemática se relaciona con la eficacia material de la acción social de responsabilidad consagrada en el artículo 25<sup>25</sup> de la Ley 222 de 1995. Aunque al parecer, lo establecido por la citada ley se creó con el fin de proteger a la empresa de las acciones del administrador, es claro que en los casos en los que las cuantías son muy altas, a pesar de estar en firme el pronunciamiento judicial y llevar a cabo las medidas cautelares correspondientes, el patrimonio del administrador nunca será suficiente para cumplir con la obligación impuesta. Esta situación lleva a que realmente no se cumpla con el fin material de la acción social de responsabilidad, y que por consiguiente sea la empresa la que en últimas siga viéndose perjudicada económicamente, con un administrador desvinculado y una sentencia para “enmarcar”.

De lo anterior se deriva que el bien tutelado por esta normatividad, el patrimonio económico de la empresa, se desdibuja por la imposibilidad fáctica, en la gran mayoría de los casos, de poder verse protegido y remediado. Por consiguiente, no tiene ningún sentido el acto de repetición por parte de la empresa o socios frente al administrador cuando el ejercicio de dicha acción no alterará en ninguna medida el resultado y al cabo del proceso judicial e habrán incrementado más aun los costos en los que la empresa haya incurrido.

Nosotros consideramos que este es un punto clave en la evaluación sobre la viabilidad del régimen jurídico colombiano en materia de la responsabilidad del administrador, toda vez que la normatividad no puede ser creada a espaldas de la realidad y del contexto en el cual ha de operar. ¿Acaso cuántas sentencias de procesos de acciones de responsabilidad del administrador existen, en las cuales se haya logrado recuperar de forma efectiva los perjuicios ocasionados a la compañía? ¿Cuántas compañías sienten en la acción social de responsabilidad

---

<sup>25</sup>**Artículo 25. ACCION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.**

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

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

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.

una alternativa viable y segura para proteger su patrimonio de las acciones de su agente administrador? ¿Si este mecanismo de protección para la empresa y sus acreedores es tan eficaz, por qué han proliferado otras figuras jurídicas como la de los seguros y el “*Golden parachute*”?

Con base en los anteriores comentarios de este capítulo queremos exponer como, a pesar de que nuestra propuesta se centra en el diseño de mecanismos que puedan disminuir la responsabilidad del administrador, es urgente un cambio macro desde lo legislativo, que sienta unas bases distintas y que reconozca la autonomía de cada sociedad en el manejo de la responsabilidad de los administradores.

## **CUARTO CAPITULO - PROPUESTAS DE MECANISMOS DE DISMINUCION DE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR EN COLOMBIA**

Frente al panorama anterior proponemos la utilización de la versatilidad de las SAS para la creación de mecanismos, materializados en cláusulas estatutarias y contractuales, que protejan al administrador y le permitan con mayor libertad tomar decisiones que impliquen riesgos económicos medianos o altos.

No obstante, la normatividad es clara, la responsabilidad de los administradores es solidaria e ilimitada y se deberá guiar bajo principios de buena fe, lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, por lo cual la única herramienta al alcance es el diseño de las cláusulas como elemento de protección al administrador. Para la creación de cláusulas, es importante tener en cuenta el objeto social de la sociedad que pretenda disminuir, mediante sus clausulados, la responsabilidad de sus administradores, puesto que cada negocio tiene de acuerdo a sus usos y costumbres distintas manifestaciones y formas en las que se manejan las relaciones comerciales.

Por lo anterior se hace evidente un interés con mayor generalidad buscando una disminución global la cual sea posible dentro de cualquier estructura societaria sin consideración al negocio objeto de su existencia.

Posibles cláusulas que se podrían utilizar para limitar y disminuir la responsabilidad de los administradores dentro de los estatutos de las SAS, teniendo en cuenta la fortaleza en materia comercial del acuerdo de voluntades, serían:

- Disminución del riesgo a través de la fragmentación en varias personas de las funciones administrativas. Las funciones de administración no recaerán en una sola persona, sea natural o jurídica, sino que dichas funciones estarán claramente descentralizadas de acuerdo a los distintos entes potenciales de la empresa, en donde del conglomerado de aprobaciones surja una decisión. El descentralizar la decisiones traerá inmerso una disminución en la carga de responsabilidad para cada administrador y a su vez una acumulación de patrimonios que le dé mayor respaldo a la sociedad frente a cualquier eventualidad.
- Acuerdo de accionistas y Variación del voto múltiple. Dado que la acción social de responsabilidad requiere, por disposición reglamentaria, la aprobación de la mitad más uno de los accionistas para su ejercicio, proponemos un acuerdo sindicado de accionistas de tipo colegiado que reúna la mitad más uno de las acciones o si es del caso haciendo uso del voto múltiple, donde se acuerde que sólo se aprobará la acción social de responsabilidad en el caso de comprobarse el perjuicio causado a la

sociedad en beneficios del patrimonio del administrador o por dolo. La estructura de esta cláusula trae inmerso un interés preciso en condicionar la prosperidad de la acción social de responsabilidad solo bajo eventos en los que claramente se evidencia un actuar irresponsable por parte del administrador.

- Constituir mediante los estatutos organismos de consultoría especializados, en donde las actuaciones del administrador deberán ser aprobados por estos. Si el administrador empela una estrategia o toma el rumbo de un negocio de acuerdo a la asesoría brindada por uno de estos organismos, sus actividades sin importar el curso del negocio, serán eximidas de responsabilidad y tendrán mayor probabilidad de éxito por ser producto de un análisis más calificado.
- Creación de pactos para-sociales, es decir aquellos acuerdos privados suscritos entre las partes buscando una regulación en relación al manejo de la sociedad y de los estatutos, donde se manifiesta con expresa claridad cuáles son los límites de responsabilidad y cuál será el manejo apropiado que se le deberá dar a sus funciones.

Dentro de estos pactos para-sociales, estará inmersa una cláusula de confidencialidad, pues las actividades del administrador deben ser confidenciales dado el objeto explotado por la organización.

A fin de crear contrapesos, para que las decisiones no sean completamente arbitrarias, se crearan estrategias de aprobación y autorización, en donde todas y cada una de las propuestas de los administradores deberán ser autorizadas por un sujeto calificado dentro de la organización, sin importar el orden jerárquico dentro del organigrama, sino la afinidad con el tema a tratar.

## CONCLUSIONES

Para finalizar, basta con afirmar que creemos que la posibilidad de crear estos mecanismos de atomización de la responsabilidad de administrador, dado el clima jurídico de los negocios y la no prohibición de los mismos, y teniendo en cuenta las consideraciones anteriormente mencionadas y la creación de éstos bajo parámetros constitucionales y legales, es no solo altamente viable, sino también atemperada y necesaria en un país que se encuentra en evolución económica empresarial.

Por otro lado, la normatividad colombiana con respecto a la responsabilidad de los administradores es completamente anacrónica, pues se hace evidente la necesidad de crear espacios de movilidad en donde los administradores de las sociedades comerciales cada vez tengan más espacios de decisión, sin miedo a verse inmiscuidos en una acción social de responsabilidad o acciones civiles frente a terceros.

Las tendencias económicas marcan una clara pauta, el riesgo genera mayor riqueza, situación que hace necesaria una concordancia entre lo jurídico y lo económico, potencializando así las posibilidades de que las empresas entren a trascender en los distintos mercados donde operan. El giro normal de los negocios implica riesgos, riesgos que con la normatividad actual de los administradores, estos no están dispuestos a correr, pues las cargas derivadas de no obtener resultados positivos en sus operaciones, serían abrumadores.

Colombia necesita una estructura de responsabilidad mucho más fuerte con respecto a los administradores, y es por eso que el futuro normativo del país debe apuntar a la posibilidad, dado la autonomía de la voluntad, de que cada estructura societaria decida si elimina o no la responsabilidad de sus administradores, pues la visión propuesta por el código de comercio en su artículo 200 sobre su calidad de solidaria e ilimitada, es completamente anticuada y obsoleta.

Colombia debe armonizarse a las tendencias económicas globales, y dicha contemporaneidad nace desde lo normativo, si bien el futuro ideal sería apuntar a la eliminación o reducción de la responsabilidad, si los accionistas de las sociedades comerciales lo desean, la realidad es que esto no sucede, por lo tanto la única posibilidad existente es el análisis de cada estructura societaria, su objeto y el aprovechamiento de la versatilidad de las sociedades por acciones simplificadas, para crear estatutos que disminuyan la responsabilidad de los administradores.

## BIBLIOGRAFIA

- NARVAEZ, José Ignacio, “*administradores en general*”, NARVAEZ José Ignacio, *teoría general de las sociedades*, Bogotá, editorial Legis, 2002.
- ERUDITOS PRACTICOS LEGIS, *responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales*, Bogotá, editorial Legis, 2004.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco, *SAS La sociedad por acciones simplificada*, Bogotá, LEGIS, 2010.
- REYES, VILLAMIZAR, francisco, “*Responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificadas*”, *RevistaPanóptica*, volumen 18, marzo-junio de 2010, 32 págs.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco, *Derecho Societario en Estados Unidos*, Bogotá, LEGIS, 2006.
- ARRUÑADA, BENITO, *Teoría Contractual De La Empresa*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- GARRETA SUCH, Jose Maria, “*la responsabilidad civil, fiscal, y penal de los administradores de las sociedades*”, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- LAGUADO GIRALDO, Darío, “*la responsabilidad de los administradores*”, Universidad Javeriana.
- FERNANDEZ OSPINA, Guillermo, “*teoría general del contrato y del negocio jurídico*”, Temis, Bogotá, 1998.