



**Universidad
Pontificia
Bolivariana**

**Responsabilidad De Los Administradores Societarios En La Toma De
Riesgos En Los Negocios: Análisis Jurisprudencial De La Aplicación De La
Norma De Discrecionalidad En Colombia.**

Estudiante:

Valentina Valderrama Taborda

Director:

Luis Felipe Vivares Porras

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
abogado**

**Pregrado en Derecho
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín
2020**

Declaración de originalidad

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.



Firma del estudiante
Nombre del estudiante.

Responsabilidad De Los Administradores Societarios En La Toma De Riesgos En Los Negocios: Análisis Jurisprudencial De La Aplicación De La Norma De Discrecionalidad En Colombia.

Sumario. Introducción. 1. Legislación vigente sobre el régimen de responsabilidad de administradores societarios en Colombia. 2. Consideraciones de la Superintendencia de Sociedades en ejercicio sus funciones jurisdiccionales en procesos de responsabilidad de administradores. 3. Franja entre la negligencia y la toma de decisiones riesgosas.

Resumen: El presente trabajo se pregunta qué parámetros ha empleado la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de la delegatura de funciones jurisdiccionales para identificar los elementos que deben configurarse para dar aplicación a la norma de discrecionalidad en los casos de responsabilidad de los administradores societarios, para lo cual emplea la metodología de análisis jurisprudencial de los fallos por parte de la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de la delegatura de funciones jurisdiccionales y del método inductivo, y logra abstraer premisas para establecer (1) el papel de los jueces en el proceso ante las decisiones de negocio tomadas por los administradores, (2) las decisiones que no son de negocio por parte de los administradores, (3) el grado de riesgo en las decisiones que un administrador puede tomar de acuerdo al tipo de empresa.

Palabras Clave: Responsabilidad de Administradores, Riesgos, Autonomía, Bussines Judgment Rule, Regla de Discrecionalidad.

Introducción

Dentro del régimen de responsabilidad de los administradores se han lanzado figuras jurídicas, originarias del derecho comparado, basadas en el Análisis Económico como la llamada Business Judgment Rule, la cual pretende que los jueces no se inmiscuyan en las decisiones de negocios de los administradores de sociedades que resultan negativas como consecuencia de la presencia inherente del riesgo de los negocios y no de un actuar negligente.

Este criterio no se encuentra consagrado, por lo menos de manera expresa en la legislación colombiana mediante un enunciado normativo; sin embargo, ha sido empleado por la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales para fallar múltiples casos de responsabilidad en contra de administradores de sociedades, fundamentándose en que este se desprende de la figura del buen hombre de negocios.

Así las cosas, y dado que el desarrollo de esta norma es exclusivamente jurisprudencial, resulta valioso hallar los parámetros generales alrededor de la norma de discrecionalidad, no solo en términos teóricos en el sentido de dar claridad al contenido de la norma, sino también en el escenario práctico: bien sea para señalar el camino de la argumentación en los procesos, bien sea para estimular o desestimular la toma de decisiones por parte de los administradores, quienes se mueven en ambientes naturalmente riesgosos.

De ahí que salte a la vista el problema consistente en que se está empleando por parte de la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales una norma cuyo contenido resulta difuso, en parte porque carece de enunciado normativo independiente y porque su desarrollo se ha limitado a la interpretación del criterio del buen hombre de negocios en el caso a caso, y que producirá no solo efectos jurídicos en relación a la declaratoria de responsabilidad

civil, sino también económicos en la manera en la que se desenvuelven las empresas mediante sus administradores.

Teniendo en cuenta lo anterior, nos preguntamos desde un análisis jurisprudencial: ¿Qué parámetros ha empleado la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales para identificar los elementos que deben configurarse para dar aplicación a la norma de discrecionalidad en los casos de responsabilidad de los administradores societarios?

Esto adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que nos encontramos en frente de una figura jurídica pensada para la realidad que pretende regular, pues no pierde de vista el entorno en el cual se desenvuelve el hombre de negocios: un entorno de riesgos. Mas, si se piensa bien, el riesgo es inherente a toda actividad humana, la sola actividad de decidir implica necesariamente una confrontación con lo incierto, representa una renuncia de lo que pudo o no ser mejor; por ejemplo, legislar es asumir riesgos, tomar una decisión jurídica es arriesgarse, lo mismo optar por una teoría del caso u otra.

En ese orden de ideas, será más riguroso sostener que el legislador al pensar en el hombre de negocios previó un entorno de asunción y gestión de riesgos, pues los riesgos no son necesariamente algo que se deba evitar; debe dejarse a un lado la connotación negativa que se le atribuye a estos:

En varias industrias y organizaciones, muchos están reconociendo que los riesgos ya no son simplemente peligros que evitar sino que, en la mayoría de los casos, son oportunidades que aprovechar. El riesgo en sí mismo no es malo, lo que sí es malo es que el riesgo esté mal administrado, mal interpretado, mal calculado o incomprendido. De hecho, muchos se están dando cuenta que el riesgo crea oportunidad, la oportunidad crea valor y, por último, el valor crea riqueza para los accionistas. Cómo administrar de la

mejor forma los riesgos para obtener ese valor se ha convertido en una pregunta crítica. (KPMG, 2006)

Para entender mejor este punto, se debe tener un concepto amplio del riesgo, de manera ilustrativa, es el momento de oscuridad justo antes de salir a la luz para desvelar lo desconocido, que puede implicar en todo caso algo favorable o no. La misma idea se encuentra representada en las siguientes palabras:

Riesgo no es tanto un hecho como un instrumento de análisis, un modo de observar ciertos hechos. El concepto de riesgo “no caracteriza ningún hecho que exista con independencia de si es observado y de quién sea el observador”. Implica toda una teoría de la observación. Y –en torsión típica de Luhmann– supone asumir el “riesgo de la observación”, de una observación que parte de un punto ciego que la constituye. Riesgo es un término forjado para observar y afrontar la incertidumbre de un daño. Y siempre que hablamos de riesgo nos encontramos con riesgo elevado a una potencia, con una especie de riesgo del riesgo o riesgo al cuadrado. Hablar de riesgo es arriesgado. (García, 2010)

Volviendo a ordenamiento jurídico colombiano, el legislador no pensó en el mismo hombre al hablar del buen padre de familia que del buen hombre de negocios, y el punto clave está en la forma como ambos se relacionan con el riesgo.

En nuestro ámbito, este deber se identifica con el modelo de conducta a seguir de “el buen hombre de negocios”, diferenciado del estándar utilizado en el ámbito civilista del “buen padre de familia”. Precisamente, lo que distingue a ambas figuras jurídicas es “el riesgo agravado”, por encontrarse ínsito únicamente en el mercado comercial. (Schneider, 2016)

Entre los motivos por lo cuales se espera que un hombre de negocios y, especialmente, un administrador asuma de manera diferente los riesgos se encuentra que este posee unos conocimientos adicionales a los de cualquier otra persona, unos conocimientos especializados, y es desde este punto de vista desde el cual se puede hablar de la exigencia de una mayor diligencia, pues el hecho de que el hombre de negocios pueda lanzarse a las ventajas que puede entregar los riesgos, no significa que puede conducir su conducta con total indiferencia e indemnidad. Este punto lo profundiza la Superintendencia de Sociedades mediante la Circular Externa 100-06, de la siguiente manera:

La diligencia de un buen hombre de negocios hace relación a que las actuaciones de los administradores no sólo deben encontrarse acompañadas de la prudencia de un buen padre de familia, sino que su diligencia debe ser la que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa.

La diligencia del buen hombre de negocios, lleva implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, el de discutir sus decisiones especialmente en los órganos de administración colegiada, y, por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas. (Superintendencia de Sociedades, 2008)

Así las cosas, si el hombre de negocios, después de asesorarse, indagar y analizar, se ve inmerso en una decisión arriesgada debe ser no resultado de un descuido, sino de la búsqueda de un retorno lo suficientemente persuasivo, que justifique la

exposición en la cual se encuentra ante el riesgo. Esto se entiende mejor de la siguiente manera:

“la esperanza de ganar 150 puede no ser mayor que el temor de perder 100, pero la esperanza de ganar 250 sí (...) las inversiones que tienen una relación riesgo-retorno eficiente son aquellas en las que asumir una unidad más de volatilidad supone una mayor cantidad de retorno. Por el contrario, una inversión no tiene una relación riesgo-retorno eficiente si asumir una unidad más de volatilidad supone una obtención de una menor cantidad de retorno. Ahora bien, lo que se esperaría de un administrador es que asuma inversiones que tienen una relación de riesgo-retorno eficiente, considerando tanto los riesgos de mercado, como los riesgos específicos del activo en el que se va a invertir. Esto evidentemente no implica que la inversión será exitosa, ya que siempre existirá la probabilidad de que el riesgo se materialice y no se obtenga la rentabilidad esperada”. (López Gómez, 2020)

Ahora bien, si a la posibilidad de pérdida se le suman no solo los riesgos de obtener resultados negativos, propios de los modelos de mercado sino que adicionalmente se le añade los diversos riesgos que pueden implicar la declaratoria de responsabilidad y su eventual pago de indemnización, los administradores van a encarecer sus servicios, van a optar por la incursión en negocios con menores retornos, o no van a tomar decisión alguna debido a la aversión al riesgo, produciendo mayores costos para la sociedad.

En ese orden de ideas, resulta valioso la función que cumple la norma de discrecionalidad tanto en términos económicos como jurídicos, pues logra establecer un límite razonable para imponer barreras a la conducta de los administradores de tal manera que no entorpezca sus posibilidades de maniobra dentro de las dinámicas del mercado; y es el estudio de estos límites lo que se pretende profundizar a continuación.

I. Legislación vigente sobre el régimen de responsabilidad de administradores societarios en Colombia.

En la ley 222 de 1995, en adelante la “Ley” se encuentra vertido el régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades, entre los artículos 22 al 25. Se trata de un régimen de responsabilidad especial aplicado a los administradores de sociedades para que estos sean llamados a responder de forma independiente de la sociedad por los actos que esta realice debido a las decisiones tomadas por este. Con mayor profundidad lo ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia el 26 de agosto de 2011 dentro del expediente 2002-00007, en los siguientes términos:

Se trata de un régimen particular de responsabilidad civil derivado del contrato social y de la actuación de sus administradores; los sujetos que en ella participan están definidos en la ley, en tanto que los titulares de la correspondiente pretensión resarcitoria son solamente la sociedad, los socios y terceros con interés legítimo, mientras que los llamados a resistirla son quienes ostenten la calidad de administradores de la correspondiente persona jurídica, independientemente de que concurra en ellos la condición de socios; se deriva exclusivamente de los actos dolosos o culposos que éstos cometan en desarrollo de la administración que ejerzan, es decir, que el factor de atribución de la responsabilidad es de naturaleza subjetiva; (...) y en virtud de dicho sistema, los administradores están llamados a responder en forma personal, autónoma e ilimitada, esto es, con total independencia de la responsabilidad que como consecuencia de esos mismos actos pueda desprenderse para la sociedad como persona jurídica independiente tanto de sus socios como de sus administradores. (Corte Suprema de Justicia)

Lo anterior se desprende del inciso primero del artículo 24 de la Ley, que da cuenta de la consagración de un régimen de responsabilidad subjetiva, al indicar que “(l)os

administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”. En todo caso se mantiene la estructura de la responsabilidad civil, se continúa hablando de una conducta dañosa que puede imputarse a título de culpa o dolo a un administrador.

De lo anterior se desprenden dos particularidades: La primera de ellas es que este régimen se encuentra dirigido a los administradores, los cuales son, como lo señala el artículo 22 de la Ley, 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. La segunda, es que a los administradores se les exige, en el artículo 23 de la Ley, un conjunto de principios rectores especiales al momento de actuar: lealtad, buena fe y la diligencia de un buen hombre de negocios.

En cuanto al deber de lealtad, Gil (2015) ha señalado que no se limita a la abstención de realizar actos que representen conflictos de intereses, sino que implica muchos más deberes por parte del administrador; pues, este debe poner los intereses de la sociedad sobre los suyos. Lo anterior se corresponde con lo dicho por la Superintendencia de Sociedades en el año 2015 mediante la circular básica jurídica:

Es el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presenta un conflicto de intereses, dicho administrador se beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus socios. Al respecto el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reitera el deber de lealtad y expresa que las actuaciones de los administradores deben adelantarse en interés de la sociedad, y de los asociados, de manera que resulta claro que si los intereses de los asociados se apartan de los fines de la sociedad, deben prevalecer los intereses de esta última. (2015, pág. 42)

En cuanto a la buena fe, no es un principio que rijan exclusivamente el actuar de los administradores societarios, sino también rige todas las conductas mercantiles y civiles, desde su rol integrador, creador y hermenéutico. Así lo sostiene Arrubla, al hablar del régimen de administradores societarios al señalar que “la buena fe, como principio general del derecho, ya viene redimensionado en el Código de Comercio, aplicable a todas las etapas del quehacer contractual. La misma Constitución la impone para todas las actuaciones públicas y privadas” (2016). Al respecto, la Superintendencia de Sociedades en el año 2015 mediante la circular básica jurídica indicó lo siguiente:

Es un principio de derecho que presume que las actuaciones de las personas son legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio, es decir, que los administradores deben obrar satisfaciendo totalmente las exigencias de la actividad de la sociedad y de los negocios que esta celebre y no solamente los aspectos formales que dicha actividad demande. Se entiende como el obrar con la conciencia recta, con honradez y lealtad. (2015, pág. 42)

En cuanto a la diligencia de un buen hombre de negocios, se trata del establecimiento por parte de la Ley de un nuevo grado de prudencia, se establece un nuevo modelo de conducta, en las cuales no se le exige la diligencia media, del buen padre de familia, sino que se tienen en cuenta sus circunstancias especiales de su cargo como administradores; es decir, sus conocimientos especiales, el hecho de tener a su cargo el manejo de un patrimonio ajeno, y la necesidad de asumir riesgos en los negocios que celebra. De la siguiente manera lo ha manifestado la Corte Constitucional en la Sentencia C-123 de 2006:

Cabe recordar, que la Ley 222 de 1995, impuso a los administradores un grado de diligencia y prudencia superiores a la mediana que hasta entonces tenían, la de un buen padre de familia, pues ahora deberán actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con la que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone una mayor exigencia en la administración de los asuntos propios de la sociedad. (2006)

Lo anterior se corresponde con lo dicho por la Superintendencia de Sociedades en el año 2015 mediante la circular básica jurídica sobre la diligencia de un hombre de negocios:

Hace relación a que las actuaciones de los administradores deben ejecutarse con la diligencia que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa. La diligencia del buen hombre de negocios, lleva implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, el de discutir sus decisiones especialmente en los órganos de administración colegiada, y, por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas. (2015, pág. 42)

Adicionalmente, como desarrollo de estos deberes, en el mismo artículo se despliega una lista de conductas que dan cuenta del cumplimiento de su función como administradores; en ella se resalta la vital importancia del suministro al órgano social por parte del administrador de toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. Al respecto, Arrubla (2016) indica que la función de esta

enunciación es concretar y detallar cuáles serían las transgresiones de derecho. La lista en cuestión es la siguiente:

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

Se puede concluir entonces que nos encontramos en frente de un régimen de responsabilidad civil, el cual mantiene su estructura de conducta dañosa que puede imputarse a título de culpa o dolo, cuyo sujeto será un administrador al cual no solo se le exige conductas dirigidas por la lealtad y la buena fe al poner al servicio sus mayores esfuerzos y sobreponer los intereses de la sociedad sobre los suyos, sino un estándar de diligencia que le exigirá el empleo de conocimientos específicos, de mayores cuidados al manejar patrimonios ajenos, pero otorgando mayores márgenes de riesgo e inversión en la toma de decisiones, que como se ha mencionado es connatural a este tipo de actividades. Así lo manifiesta la Corte Constitucional en la Sentencia C-123 de 2006, de la siguiente manera:

ha sido la propia ley la que le fija a los administradores el marco general de su actuación, obrar de buena fe, de manera leal y con la diligencia de “un buen hombre de negocios”, lo cual no puede más que denotar la profesionalidad, diligencia y rectitud con la que deben actuar los administradores en bienestar de los intereses de la sociedad y de sus asociados, atendiendo la importancia y relevancia del papel que cumplen en el desarrollo de sus funciones y el alto grado de responsabilidad que asumen por la gestión profesional que se les encomienda.

Lo anterior no es más que un reconocimiento por parte del legislador de la realidad de los negocios y un ajuste de las expectativas que tiene en derecho respecto de los mismo, siendo más riesgoso en ciertos aspectos y flexibilizando otros; será entonces, en este punto donde aparezca lo conocido como norma de discrecionalidad o Business Judgment Rule. Para identificar lo anterior en el ordenamiento jurídico colombiano e identificar la forma en que la Superintendencia ha dado aplicación al mismo, procederemos a estudiar las consideraciones realizadas por el asunto por parte de la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

II. Consideraciones de la Superintendencia de Sociedades en ejercicio sus funciones jurisdiccionales en procesos de responsabilidad de administradores.

Lo primero que se debe decir es que mediante el literal b, numeral 5, del artículo 24 del Código General del Proceso, a la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad administrativa, se le delegaron las funciones jurisdiccionales en materia societaria, específicamente, la referidas a la resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral.

En ese orden de ideas, se debe concluir que el órgano competente para conocer sobre los procesos de responsabilidad civil de administradores societarios será la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de las funciones ya mencionadas. Y, en consecuencia, serán las consideraciones de este órgano sobre el concepto del buen hombre de negocios el que nos permitirá entender la aplicación de la norma de discrecionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano, y así hallar en los argumentos elaborados por esta las premisas generales que permitan trazar una línea entre lo arriesgado y lo negligente en el marco de los negocios.

Con miras dar un manejo dinámico a esta información y realizar un ejercicio de carácter ilustrativo, se procederá a elaborar unos cuadros entre las diferentes sentencias en las cuales la superintendencia ha fallado sobre decisiones tomadas por los administradores de sociedades, en contra de los cuales se ha iniciado un proceso de responsabilidad civil. En este se resaltará mediante colores las consideraciones realizadas por la Superintendencia cuyos argumentos sean semejantes con miras a identificar puntos en común que permitan hallar los límites entre conductas negligentes por parte de los administradores de sociedades y decisiones de negocio que son connaturalmente riesgosas y que puede producir o no resultados negativos. Así las cosas, el amarillo indicará la actitud de los jueces en el proceso ante las decisiones que consideren de negocio, el naranja señalará los apartados en los que ilustre parámetros para establecer qué decisiones hacen parte del giro ordinario de los negocios, sin evaluar su resultado, y, verde para resaltar los epítetos en los que se señala los elementos que hacen parte del criterio de buen hombre de negocios.

Sentencia 801-72 del 11 de diciembre de 2013

Se pretende que se declare la responsabilidad solidaria e ilimitada de Alexander Ilich León Rodríguez, en su calidad de representante legal de Pharmabroker S.A.S. C.I., por los perjuicios que presuntamente le generó a la compañía en ejercicio de sus funciones, aludiendo, entre otros, que vendió productos farmacéuticos de propiedad de Pharmabroker S.A.S. C.I. por debajo del margen de utilidad necesario del 40%.

Este Despacho no suele inmiscuirse en la gestión de los asuntos internos de una compañía, a menos que se demuestre la existencia de alguna irregularidad que lo justifique.

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

En el presente caso, los demandantes pretenden obtener una indemnización de perjuicios, para lo cual invocan la desacertada política de precios que fijó el señor León Rodríguez para la venta de medicamentos, en su calidad de gerente de Pharmabroker S.A.S. C.I. Sin embargo, el Despacho no encuentra que con la decisión en comento se haya transgredido el régimen de deberes y responsabilidades a cargo de los administradores sociales en Colombia.

Ciertamente, las pruebas disponibles apuntan a que la fijación de los aludidos precios obedeció a una simple decisión de negocios del señor León Rodríguez.

En este sentido, los demandantes no demostraron la existencia de conflictos de interés o circunstancias irregulares que pudiesen comprometer el ejercicio objetivo del cargo de administrador por parte de Alexander Ilich León Rodríguez

Sentencia 801-34 del 11 de junio de 2014

José Dionel Mancipe Rondón, Juan Pablo Espinosa y la Sociedad Metro Manejo de Residuos Sólidos Ltda. Inician proceso de responsabilidad civil en contra de Carlos Emilio Guerrero Jaramillo, administrador, al no haber presentado informe de su gestión, estados financieros ni balances debidamente soportados de la misma, por el periodo comprendido entre el 4 de septiembre de 2008 al 17 de junio del año 2011.

Por lo general, en vista de que los administradores deben obrar 'con la diligencia de un buen hombre de negocios', este Despacho se abstendrá de examinar las decisiones que adopten tales funcionarios en ejercicio de sus cargos.

Con todo, cuando tales sujetos realicen actuaciones dolosas o viciadas por conflictos de interés o incumplan con sus cargas mínimas —incluida, por supuesto, la de llevar contabilidad en forma debida y rendir cuentas— será posible estudiar el contenido de sus decisiones, a fin de establecer si tales actuaciones le generaron perjuicios a la sociedad o sus accionistas.

Dentro del presente proceso quedó probado que, el incumplimiento de los deberes mencionados anteriormente por parte de Carlos Emilio Guerrero Jaramillo, impidió que los demandantes pudieran establecer si los ejercicios sociales arrojaron utilidades por la explotación del objeto social de Metro Ltda., durante el tiempo en que Guerrero Jaramillo se desempeñó como representante legal.

Sentencia 800-52 del 1 de septiembre de 2014

Se busca controvertir la venta del único inmueble de Luque Torres Ltda. en liquidación a favor de Constructora Urbana San Rafael S.A. Los demandantes consideran que esa operación le representó un conflicto de interés al señor Santiago Luque Torres, liquidador de Luque Torres Ltda, quien actuó en nombre

de la compañía en la celebración del respectivo contrato de compraventa. En el curso de este proceso se ha dicho que el señor Luque Torres debió haber obtenido la autorización del máximo órgano social para participar en el aludido negocio jurídico.

Las normas que rigen las actuaciones de los administradores buscan promover un delicado equilibrio entre la autonomía con la que deben contar tales sujetos para conducir los negocios sociales y la responsabilidad que debe atribuírseles por el cumplimiento inadecuado de esa gestión.

Este equilibrio parte de la denominada regla de la discrecionalidad (*business judgment rule*), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones que hayan adoptado los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios.

Este respeto judicial por el criterio de los administradores busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales, sin temor a que su gestión administrativa sea juzgada, a posteriori, por los resultados negativos de sus decisiones.

De no existir esta regla, los administradores carecerían de incentivos para asumir riesgos, puesto que el retorno económico de una inversión riesgosa beneficiaría principalmente a la compañía, al paso que cualquier pérdida le sería imputable al administrador.

Además, como bien lo apunta Eisenberg, 'para examinar adecuadamente la calidad de las decisiones de un administrador, sería preciso establecer el grado de exposición de riesgo que podía asumir la sociedad cuando se tomaron las decisiones controvertidas, así como identificar cuáles operaciones se ajustaban al perfil de riesgo de la compañía en ese momento.

Además de la evidente complejidad que conlleva este análisis, una intervención judicial de esta naturaleza atentaría gravemente contra la potestad autónoma de la sociedad para conducir sus negocios

Sentencia 800-139 del 8 de noviembre de 2015

En la demanda se pretende que Wbeimar Alejandro Rincón y Luz Mery Martínez le resarzan a Morocota Gold S.A.S. los perjuicios derivados del incumplimiento de sus deberes como administradores, entre otros, por incumplir del deber de diligencia a que el demandado debe responder por las multas que la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia le impuso a la compañía por la violación de normas ambientales.

No significa, por supuesto, que las actuaciones de los administradores estén exentas de controles legales

Aunque la deferencia de los jueces cobija las decisiones adoptadas por los administradores en desarrollo de la actividad social, tal protección no puede extenderse a las omisiones negligentes en que incurran tales funcionarios.

La precitada violación de las normas ambientales colombianas, derivada en forma directa del descuido injustificado del señor Rincón, dio lugar a que la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia le impusiera diversas sanciones a Morocota Gold S.A.S.

Sentencia 800-139 del 8 de noviembre de 2015

El demandante, Carlos Hakim Daccach, inició este proceso judicial para controvertir la expropiación de sus intereses como accionista minoritario de Gyptec S.A., en la demanda se señala que los flujos de caja de la compañía han sido destinados a sufragar los gastos personales de Jorge Hakim Tawil y sus familiares.

Es claro que el carácter familiar de una sociedad no puede invocarse para despojar a un asociado minoritario de sus derechos económicos en la compañía. Como lo explicó esta Superintendencia en el caso de El Puente S.A.

Ciertamente, el régimen societario colombiano no contiene excepciones relativas a la celebración de operaciones viciadas por conflictos de interés en sociedades cerradas o de familia⁷¹. Por este motivo, siempre que se presente un conflicto de interés para los administradores de sociedades como Gyptec S.A., será necesario acudir ante el máximo órgano a fin de solicitar la autorización a que se refiere el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Sentencia 800-35 del 2 de mayo de 2017

José Gerardo Díaz Ardila y Orlando Jaimes Landazábal, en interés de Materiales y Metales Ltda. en Liquidación, le han solicitado al Despacho que declare responsable a Ana Yolanda Villamizar Bermúdez por el incumplimiento de los deberes que le correspondían en su antigua condición de representante legal de la compañía debido a que fijó políticas de venta que perjudicaron los intereses de la compañía consistentes en generar un alto volumen de las ventas a crédito sin cumplir con los requisitos para el otorgamiento del crédito y sin garantías. En conclusión, se invocan presuntas irregularidades relacionadas con la celebración de ventas a crédito, así como la falta de gestión para obtener el pago de las cuentas por cobrar derivadas de tales operaciones, lo que conllevó a que muchas de estas ventas se convirtieran en un gasto para MyM por el castigo de cartera. Esta situación, en criterio de los demandantes, dio lugar a importantes necesidades de liquidez que condujeron al endeudamiento excesivo de la compañía con entidades del sector financiero y, en consecuencia, a la generación de cuantiosos intereses. Adicionalmente, se ha puesto de presente que la señora Villamizar Bermúdez creó provisiones de cartera sin cumplir con las formalidades legales, no dio la debida rotación al inventario disponible, no utilizó activos respecto de los cuales existían contratos de arrendamiento vigentes y no tuvo la creatividad para adaptarse a las circunstancias del mercado.

Como lo ha señalado este Despacho en múltiples oportunidades, no corresponde a los jueces inmiscuirse en los asuntos internos de una compañía, a menos que se acredite la existencia de actuaciones ilegales o abusivas.

La regla de la discrecionalidad tampoco puede ampliarse, bajo ninguna circunstancia, a violaciones del deber de lealtad.

En vista de que los administradores deben obrar “con la diligencia de un buen hombre de negocios”, este Despacho se abstendrá de examinar las decisiones que adopten tales funcionarios en ejercicio de sus cargos.

Con todo, cuando tales sujetos realicen actuaciones dolosas o viciadas por conflictos de interés o incumplan con sus cargas mínimas —incluida, por supuesto, la de llevar contabilidad en forma debida y rendir cuentas— será posible estudiar el contenido de sus decisiones, a fin de establecer si tales actuaciones le generaron perjuicios a la sociedad o sus accionistas

En este punto es pertinente poner de presente que la infracción en comento no deviene del hecho de que hubiera decidido celebrar los negocios a que se ha hecho referencia, de que no haya exigido garantías a algunos de los clientes, o que haya acordado el no cobro de intereses. En verdad, estas últimas actuaciones encuentran fundamento en decisiones de negocios cuyos resultados, por virtud de la regla de la discrecionalidad, no corresponde a los jueces auscultar. En este sentido, el Despacho tampoco encontró que, respecto de tales operaciones, se hubiere verificado alguna ilegalidad, abuso o conflicto de interés que permitiera realizar un escrutinio directo.

No podría entonces exigírsele a la demandada que hubiera agotado todo el inventario en cuestión, y mucho menos si se trataba de aquel de baja rotación. Tampoco podría condenársele a responder con su patrimonio por el valor de los activos que no pudieron ser comercializados.

Debe decirse que, en todo caso, no le corresponde a este Despacho escudriñar la gestión de la administradora frente a este particular, ni juzgar sus resultados acertados o desacertados.

Tampoco le corresponde interferir en las decisiones de la demandada relacionadas con la condiciones en que realizó las demás negociaciones a que se hace referencia en este acápite de hechos, si se realizaron devoluciones de mercancía, ni si se generaron costos adicionales o efectos negativos sobre la rotación del inventario.

En verdad, el Despacho no encuentra que en tales actuaciones exista alguna ilegalidad, abuso o conflicto de interés que amerite su intervención.

Los demandantes aducen que la señora Villamizar Bermúdez, en representación de Materiales y Metales Ltda., tomó en arrendamiento cuatro vehículos que no fueron utilizados por la compañía. Además, controvierten el hecho de que, pese a ello, la demandada decidió 'contratar con terceros el despacho de mercancías'. En la demanda también se alega que la demandada resolvió vincular a los trabajadores de la sociedad a través de PTA Ltda., pese a las recomendaciones del máximo órgano social.

No obstante, el Despacho no encuentra que con las decisiones en comento se haya transgredido el régimen de deberes y responsabilidades a cargo de los administradores sociales en Colombia. En verdad, las pruebas disponibles apuntan a que lo descrito en el párrafo anterior obedeció a decisiones de negocios de la señora Villamizar Bermúdez amparadas por la regla de la discrecionalidad.

En este sentido, los demandantes no demostraron la existencia de conflictos de interés o circunstancias irregulares que pudiesen comprometer el ejercicio objetivo del cargo de administrador por parte de Ana Yolanda Villamizar Bermúdez.

La ex gerente, no emprendió ninguna acción en beneficio de la sociedad, para incluir nuevos productos en el portafolio, realizar actividades de mercadeo tendentes a captar nuevos clientes y a comercializar los productos de baja rotación, máxime cuando las pérdidas del año anterior y del ejercicio estaban afectando patrimonialmente a la sociedad'.

Frente a lo anterior, el Despacho debe señalar que, conforme fue expuesto en acápite anteriores, no le corresponde inmiscuirse en la gestión administrativa de los asuntos internos de una compañía. Por esa razón, se abstendrá de pronunciarse sobre este particular.

Sentencia 800-94 del 2 de octubre de 2017

El proceso se pretende declarar la responsabilidad de los administradores Jorge Iván Echeverri y Alfonso Antoñanzas de la sociedad Exkal Colombia S.A.S., cuyos accionistas son Exposición y Conservación de Alimentos S.A. e Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. Durante la gestión de Antoñanzas y Echeverri como representante legal, Exkal Colombia S.A.S. celebró distintos contratos de mutuo con su accionista controlante, Exposición y Conservación de Alimentos S.A., generando incumplimientos contractuales por parte de Exkal Colombia S.A.S.

Los administradores no podrían actuar como un “buen hombre de negocios” si las cortes deciden escudriñar todas las decisiones que estos sujetos adopten en desarrollo de la empresa social’.

Las pruebas disponibles apuntan a que los referidos incumplimientos no obedecieron a actuaciones negligentes por parte de los demandados, sino a la falta de recursos para hacer frente a las distintas obligaciones de la compañía y a una simple decisión de negocios para manejar tal situación .

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se recompilará la información pretendiendo obtener unas premisas que permitan esclarecer la figura de la norma de discrecionalidad en el ordenamiento jurídico y la franja en la cual una conducta puede considerarse como diligente pero que causó consecuencias negativas, en tanto eran decisiones de negocios riesgosas a las cuales les podían seguir este tipo de circunstancias; o, actitudes negligentes por parte de los representantes de las sociedades.

III. Franja entre la negligencia y la toma de decisiones riesgosas.

La primera premisa que se logra abstraer del ejercicio realizado consiste en que la norma de discrecionalidad establece el juez (1) no se inmiscuirá en asuntos internos de la compañía; (2) se abstendrá de examinar las decisiones que adopten tales funcionarios en ejercicio de sus cargos, en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios; (3) y no juzgará los resultados que dichas decisiones produjeron, sean acertadas o desacertadas. De lo contrario, generaría el efecto en los administradores de sociedades de llevar a cabo actividades más conservadoras y menor retorno de inversión, en otras palabras, no podría actuar como un buen hombre de negocios porque no tenía un entorno propicio para asumir riesgos sin que a su vez estuviera expuesto su patrimonio.

Situación que ya se había identificado en el derecho comparado por Smith (Citado por Montoya, 2020), al señalar lo siguiente:

el *Business Judgment Rule* cuenta con cuatro supuestos en los cuales los tribunales no podrían declarar la responsabilidad de un administrador: (i) Cuando el administrador realmente toma una decisión de negocio; (ii) cuando los administradores consultaron, se informaron y deliberaron sobre la toma de la decisión; (iii) cuando los administradores no tenían un conflicto de interés para tomar la decisión; y (iv) cuando al momento de tomar la decisión, los administradores se mostraron imparciales y en pro del beneficio de la empresa. Adicionalmente, si bien los tribunales al momento de hablar sobre el *Business Judgment Rule* afirman que el contenido de la decisión debe ser racional, Smith (2016) sostiene que toda operación que haya cumplido con las suposiciones de carácter procesal antes mencionadas tendrá un contenido racional.

Ahora bien, el contenido de esta norma de carácter procesal que señala cuándo el juez debe o no abstenerse de revisar una decisión en el ordenamiento jurídico se verifica desde el punto de vista, no del cumplimiento de requisitos, como sucede en el derecho comparado, los cuales se desarrollan de forma abstracta e indeterminada, sino de la no realización de ciertas conductas, más detalladas, las cuales se describirán en la premisa siguiente.

La segunda premisa señala que no se entenderá como una decisión de negocios en las que se presenten (1) actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés; (2) circunstancias irregulares que pudiesen comprometer el ejercicio objetivo del cargo de administrador; (3) incumplir con sus cargas mínimas—incluida, por supuesto, la de llevar contabilidad en forma debida y rendir cuentas—, entre los que se pueden contar los deberes enlistados en el artículo 23 de la Ley; (4) incurrir en omisiones negligentes conforme a sus obligaciones como administrador; (5) la imposición a la sociedad de multas o sanciones al violar normas imperativas dentro del ordenamiento jurídico colombiano; y (6) en caso a violaciones del deber de lealtad.

Finalmente, la última premisa indica que las decisiones que hacen parte del giro ordinario de los negocios están marcados por un grado de autonomía por parte de los administradores debido a los riesgos que asumen y que deben equilibrar con el cumplimiento adecuado de sus deberes. En este punto resulta importante el papel del contexto en el cual se encuentre la empresa para establecer el grado de riesgos que es capaz de permitir; no deben ser iguales las decisiones de un administrador en épocas diferentes en términos de estabilidad económica. De este modo, establecer precios menores, no exigir garantías a algunos de los clientes, o cobrar de intereses, no son conductas negligentes, sino que, en principio, se mostraría como simples decisiones que hacen parte del negocio que, como ya se mencionó, pueden dar lugar a resultados favorables o no.

Referencias

Schneider, L. R. (2016). La omisión u oposición sistemática a la toma de resoluciones sociales por parte de los administradores sociales que incorpora el Código Civil y Comercial. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

García, J. I. (2010). Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann . CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho .

KPMG. (2006). Entendiendo la administración de riesgo empresarial.

Superintendencia de Sociedades. (2008). Circular Externa 100-06. Diario Oficial.

Justicia, C. S. (s.f.). Sentencia del 26 de agosto de 2011, expediente 2002-00007.

Arrubla, J. (2016). Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.

Gil, J. H. (2015). La especial responsabilidad del administrador societario. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.

Sociedades, S. d. (2015). Circular Básica Jurídica.

Constitucional, C. (2006). Sentencia C-123.

República, C. d. (s.f.). Código General del Proceso, ley 1564 de 2012.

López Gómez, L. M. (2020). Business Judgment Rule en Colombia: Una Mirada del Análisis Económico del Derecho.

Montoya, S. (2020). Aproximación al régimen de responsabilidad de administradores societarios desde una perspectiva de derecho económico.

Sociedades, S. d. Sentencia 801-72 del 11 de diciembre de 2013

Sociedades, S. d. Sentencia 801-34 del 11 de junio de 2014

Sociedades, S. d. Sentencia 800-52 del 1 de septiembre de 2014

Sociedades, S. d. Sentencia 800-139 del 8 de noviembre de 2015

Sociedades, S. d. Sentencia 800-139 del 8 de noviembre de 2015

Sociedades, S. d. Sentencia 800-35 del 2 de mayo de 2017

Sociedades, S. d. Sentencia 800-94 del 2 de octubre de 2017