

Proyecto de reforma al régimen societario

2015



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Proyecto de reforma al régimen societario

2015



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

Presentación

Es un verdadero privilegio presentar el proyecto de ley n.º 70 de 2015 de la Cámara de Representantes, por medio del cual proponemos que se introduzcan reformas sustantivas al régimen vigente en materia de sociedades. Esperamos que esta iniciativa satisfaga las expectativas de los empresarios e inversionistas, abogados practicantes y de la comunidad académica.

La Superintendencia de Sociedades cumple así con el mandato legal de asesorar al Gobierno Nacional en los asuntos relacionados con las sociedades comerciales. Nuestra entidad tiene una larga tradición en la formulación de políticas legislativas en asuntos mercantiles. Esta actividad ha sido particularmente fructífera a partir de la expedición del Código de Comercio de 1971. No hay que olvidar que en la preparación de ese estatuto participaron activamente destacados exfuncionarios de la Superintendencia como José Gabino Pinzón, José Ignacio Narváez y Luis Carlos Neira Archila.

Por lo demás, las normas emitidas con posterioridad a la entrada en vigencia del Código en materia de sociedades y procesos concursales, han sido preparadas por la Superintendencia o por exfuncionarios de la entidad. Es así como múltiples reglas en materia de Derecho Concursal y de Sociedades proferidas durante las últimas cuatro décadas han permitido estructurar un entorno jurídico, en general, adecuado para las empresas.

Entre otras normas de gran relevancia para las empresas colombianas pueden mencionarse el Decreto 350 de 1989 (relativo al concordato preventivo) y las leyes 222 de 1995 (de reforma al régimen de sociedades y concursos), 550 de 1999 (sobre reestructuración empresarial), 1116 de 2006 (régimen de insolvencia), 1258 de 2008 (sobre sociedades por acciones simplificadas), 1429 de 2010 (sobre primer empleo) y 1676 de 2013 (sobre garantías mobiliarias).

La actividad de nuestra Superintendencia ha permitido que las reglas societarias y concursales avancen más rápidamente que las demás parcelas en que se divide el Derecho Privado nacional, en general, rezagado frente a las más avanzadas tendencias contemporáneas. Pero, a pesar de los avances indicados, es evidente que para mantener la calidad del

sistema, se impone mantener un esfuerzo continuado y exigente de revisión de las normas existentes.

En el proyecto que hoy se da a la luz pública hemos puesto todo el empeño en estudiar las tendencias del Derecho Comparado en materia de sociedades. Hemos intentado transplantar algunas instituciones que han probado su eficacia en otras latitudes y que, en nuestro criterio, podrían adaptarse adecuadamente a las realidades empresariales colombianas. Al igual que en ocasiones anteriores, hemos puesto el mayor énfasis en que esta iniciativa se presente en un lenguaje claro, diáfano e inteligible para todos los que deban leerlo. La esperanza que abrigamos es que esta simplicidad lingüística facilite el trámite de esta iniciativa y, en el escenario feliz de su adopción por el Congreso, pueda ser fácilmente interpretado por los destinatarios de las normas que hemos propuesto.

La iniciativa que consta de 53 artículos, contempla los siguientes ocho capítulos: I. Extensión de algunas de las reglas previstas en la Ley 1258 de 2008 a los tipos de sociedad regulados en el Código de Comercio; II. Reformas a la sociedad por acciones simplificada; III. Responsabilidad de administradores; IV. Acciones para impetrar la responsabilidad de los administradores; V. Registro mercantil de las sociedades; VI. Reformas a las facultades de la Superintendencia de Sociedades; VII. Procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia de Sociedades y VIII. Opresión de asociados minoritarios.

En esta publicación se presentan dos ensayos explicativos sobre los orígenes, justificación y contenido de la propuesta de reforma y se incluye el texto íntegro del proyecto de ley que hemos entregado al Gobierno Nacional para su futura presentación al Congreso de la República. Esperamos que los textos mencionados sean de utilidad para quienes tengan interés en participar en este relevante proceso de construcción normativa. Confiamos también en que, si este proyecto se convierte en ley de la República, tenga un efecto benéfico sobre el conjunto de los empresarios y represente oportunidades nuevas para la creación de riqueza y prosperidad para el país.

Francisco Reyes Villamizar
Superintendente de Sociedades

Contenido

Presentación	5
Apuntes para una reforma al régimen de sociedades	
Francisco Reyes Villamizar	9
I. Justificación de la reforma en el estado actual del Derecho Societario colombiano	11
II. Orientación general del proyecto	14
III. Estructura del proyecto de ley	17
IV. Contenido del proyecto.....	17
1. Capítulo primero. Extensión de algunas de las reglas previstas en la Ley 1258 de 2008 a los tipos de sociedad regulados en el Código de Comercio.....	18
2. Capítulo segundo. Reformas a la sociedad por acciones simplificada.....	23
3. Capítulo tercero. Responsabilidad de administradores.....	24
a) Introducción del principio de deferencia al criterio empresarial	25
b) Nueva definición del deber de cuidado.....	26
c) Fortalecimiento del deber de lealtad.....	26
d) Aplicación del postulado de la autonomía contractual en la regulación privada de la responsabilidad de los administradores	30
4. Capítulo cuarto. Acciones para impetrar la responsabilidad de los administradores	31
5. Capítulo quinto. Registro mercantil de las sociedades	32
Capítulo sexto. Reformas a las facultades de la Superintendencia de Sociedades	34
7. Capítulo séptimo. Procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia de Sociedades.....	36
8. Capítulo octavo. Opresión de asociados minoritarios	37
Conclusiones	38

Reforma al régimen de los administradores sociales	
José Miguel Mendoza	39
I. Introducción.....	41
II. Acerca del deber de diligencia y la deferencia al criterio de los administradores	44
1. La deferencia de los jueces tan sólo cobija las decisiones que hubieren adoptado los administradores en ejercicio de sus funciones	47
2. Las decisiones deben obedecer a un juicio razonable y suficientemente informado.....	48
3. No puede haber mediado una violación del deber de lealtad	48
4. El principio de deferencia no cobija actuaciones ilegales o de mala fe	49
III. Acerca del régimen de conflictos de interés	49
1. Definición de conflictos de interés.....	51
2. Sistema de fiscalización.....	56
3. El caso especial de los grupos empresariales.....	61
IV. Acciones de responsabilidad.....	64
V. Apuntes finales.....	68
Texto del proyecto de reforma al régimen societario	71

Apuntes
para una reforma
al régimen
de sociedades

Francisco Reyes Villamizar

I. **Justificación de la reforma en el estado actual del Derecho Societario colombiano**

El Derecho Societario colombiano ha obtenido una posición de privilegio en el contexto regional. Durante las últimas dos décadas el régimen nacional de las compañías ha avanzado de manera significativa. El primer paso hacia la modernización del sistema se dio con el Proyecto de Ley 119 de 1993 a partir del cual se expidió la Ley 222 de 1995. En este estatuto se incorporaron instituciones relevantes para el funcionamiento de las sociedades, tales como la escisión, el derecho de retiro, los grupos empresariales y los acuerdos de sindicación de acciones. Así mismo, se introdujo la figura de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, la cual facilitó la incorporación de conceptos novedosos tales como la “unipersonalidad”, el objeto indeterminado, el término indefinido de duración y la desestimación de la personalidad jurídica. El carácter innovador de la Ley 222 tuvo un efecto paradigmático en el Derecho Mercantil colombiano, al introducir conceptos desconocidos hasta entonces, que han tenido importantes desarrollos en la práctica empresarial colombiana.

La Ley 222 representó la piedra angular para las futuras reformas del Derecho de Sociedades en el país. De ahí que el principio introducido en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006, en virtud del cual se extendieron los beneficios de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada a sociedades de pequeñas dimensiones, constituyó una evolución natural construida sobre los cimientos sentados en la legislación de 1995.

De otra parte, la Sociedad por Acciones Simplificada ha constituido uno de los más exitosos modelos asociativos en la historia legislativa reciente de América Latina. La SAS es una persona jurídica de naturaleza comercial con características híbridas, pues en ella se conjugan las facetas propias de las sociedades de capital y las de las compañías personalistas. Se trata de una forma asociativa especialmente idónea para compañías “cerradas”, debido a la amplia libertad contractual que se suma a la limitación de responsabilidad y a la simplicidad de los requisitos para su constitución. El experimento de la SAS se benefició enormemente del Derecho Comparado de Sociedades. En su configuración se tuvo en cuenta, además de la ley francesa sobre sociedades por

acciones simplificadas de 1994 (con sus sucesivas reformas), las leyes de sociedades limitadas (*Limited Liability Companies* o *LLC*) de varios Estados americanos (Wyoming, Delaware, etc), así como los desarrollos de la sociedad de personas con responsabilidad limitada (*Limited Liability Partnership* o *LLP*) existente en el Reino Unido.

La Ley de la SAS permite que estas modalidades asociativas se constituyan por uno o varios accionistas, pueden tener objeto social indeterminado y término indefinido de duración. Se crean por documento privado, físico o electrónico, inscrito en la Cámara de Comercio. Su estructura orgánica es muy leve, de manera que estas sociedades pueden operar con un solo funcionario, denominado representante legal.

La regulación sobre la SAS representó una ruptura definitiva con las orientaciones tradicionales del régimen societario y, de manera más general, del Derecho Privado. Tal vez por esa razón no gozó de acogida entusiasta en varios sectores académicos. En verdad, fueron los empresarios e inversionistas quienes se encargaron de otorgarle el sitio de honor que hoy ocupa en el ámbito del Derecho Latinoamericano.

Los bajos costos de constitución, sumados al beneficio de limitación de responsabilidad han dado lugar a que el número de empresarios que se han formalizado haya sido hasta ahora muy significativo. En los primeros seis años de vigencia de la Ley 1258, se constituyeron más de 300.000 sociedades de este tipo en Colombia. Hoy, el 95% de las nuevas sociedades que se inscriben ante el registro son de este tipo.¹

Aparte de los reveladores desarrollos a que se acaba de hacer alusión, en el año 2010 el régimen colombiano experimentó un avance adicional con la expedición de la Ley 1429 sobre formalización y creación de empleo, en virtud de la cual se incorporó un novedoso sistema de liquidación *simplificada* de sociedades y se establecieron reglas en materia de reactivación de sociedades y sucursales en estado de liquidación.

Una demostración elocuente de la posición que ocupa el Derecho de Sociedades colombiano está dada por el interés internacional en nuestros desarrollos legislativos. Los avances obtenidos a partir de la Ley

1 Información suministrada por la Confederación de Cámaras de Comercio, CONFECAMARAS, Bogotá, 2015.

1258 de 2008, que introdujo la Sociedad por Acciones Simplificada, han suscitado la curiosidad de organismos internacionales tales como la Organización de Estados Americanos y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (más conocida como UNCITRAL, por su sigla en inglés).

Por una parte, luego de las deliberaciones cumplidas en los períodos de sesiones de 2011 y 2012, el Comité Jurídico de la Organización de Estados Americanos le recomendó a la asamblea general de este organismo la adopción de una ley modelo sobre sociedades por acciones simplificadas con referencia particular a la ley adoptada por el Congreso de la República de Colombia en diciembre de 2008.² En presentación efectuada por el Profesor David Stewart ante el Comité Jurídico de la OEA, se señaló que la ley colombiana sobre sociedades por acciones simplificadas (SAS), expedida en 2008, constituye el primero y más exitoso esfuerzo regulatorio en América Latina para corregir la ausencia de una estructura normativa moderna en materia de sociedades. Para el efecto, la norma colombiana solo exige aquellas formalidades que tengan efectos funcionales que resulten benéficos para el mercado.

De otro lado, luego de la realización de un simposio sobre la SAS, en el año 2014, la CNUDMI constituyó un grupo de trabajo para analizar la “constitución simplificada de sociedades”. Es pertinente señalar que esta iniciativa, que obtuvo el voto unánime de los países miembros de la Comisión, fue promovida por la Delegación colombiana y tuvo como origen la puesta en marcha de nuestra legislación nacional en materia de sociedades por acciones simplificadas. El hecho de que el organismo que tiene la mayor importancia en el Derecho Comercial en todo el mundo hubiera puesto sus ojos en los desarrollos jurídicos colombianos, denota con claridad la relevancia internacional que ha adquirido el fenómeno de la SAS. Tanto la iniciativa de la OEA como la de la ONU demuestran el valor y la importancia de la legislación societaria colombiana contemporánea y su relevancia en el contexto comparado.

El desarrollo normativo a que se ha hecho breve referencia es dicente respecto del carácter progresivo de las reformas introducidas al Dere-

2 Sobre este particular puede verse el informe del Comité Jurídico de 2012, disponible en: http://www.oas.org/cji/informes_cji.htm

cho Societario colombiano en las últimas dos décadas. A la luz de lo expuesto es evidente también que las modificaciones aludidas han representado un avance demostrativo de la coherencia de las leyes expedidas en el país en relación con las sociedades. Ciertamente, los esfuerzos normativos han mantenido una misma orientación hacia la flexibilización de las reglas que gobiernan esta disciplina. En la actualidad, puede afirmarse que la estructura del régimen de sociedades en Colombia es, en general, compatible con buena parte de los sistemas jurídicos más avanzados sobre la materia.

Debido al dinamismo vertiginoso de las reglas jurídicas societarias se justifica un esfuerzo constante de actualización normativa en virtud del cual puedan incorporarse los últimos avances apreciables en el Derecho Comparado. Algunos de los sistemas más progresistas mantienen comités permanentes de reforma a la legislación de sociedades, de manera tal que puedan incorporarse los últimos avances y atenderse a las necesidades más apremiantes de los empresarios.³

Es por lo anterior por lo que se justifica, de manera especial, continuar los esfuerzos de actualización de la infraestructura normativa con el fin de ofrecerles a los empresarios las condiciones más adecuadas para la inversión. En esta medida el proyecto de reforma que hoy se propone pretende poner al día algunos aspectos en los que se justifica un *aggiornamento* de la ley colombiana de sociedades.

II. Orientación general del proyecto

Según lo que acaba de indicarse, en el proyecto se mantiene la orientación progresista de las normas reseñadas y se propone continuar el proceso de flexibilización y modernización del régimen societario. De ahí que se procure incorporar al régimen nacional algunas de las más novedosas disposiciones previstas en las legislaciones contemporáneas. La filosofía que subyace a esta propuesta, al igual que en los proyectos de reforma normativa que le han antecedido, no es otra que la de suministrarles a los empresarios nacionales las herramientas jurídicas más avanzadas para acometer toda clase de emprendimientos, en particular,

3 Tal es el caso, por ejemplo, del Estado de Delaware en los Estados Unidos, donde existe un comité permanente para presentar reformas al régimen de sociedades.

en el contexto de las sociedades cerradas, vale decir, aquellas cuyas participaciones de capital no se negocien en bolsas de valores.

Por lo demás el proyecto parte, en general, de la premisa según la cual, debe dársele prevalencia al postulado de la autonomía contractual, de manera tal que muchas de las normas propuestas tienen un carácter esencialmente supletorio de la voluntad de las partes. De esta forma, los inversionistas podrán beneficiarse de múltiples ventajas normativas sin que ello represente una imposición legislativa. Esta modalidad de regulación corresponde a la orientación más progresista, en virtud de la cual se permite la incorporación estatutaria (*opt in*) de reglas dispositivas o su exclusión del contrato social (*opt out*), conforme a las necesidades e intereses de las partes.

Ahora bien, el proyecto mantiene plena coherencia con la terminología presente en el lenguaje en que se ha expresado el Derecho Societario colombiano durante las últimas cuatro décadas. Desde la expedición del Código de Comercio se ha construido un extenso acervo doctrinario a partir del cual se han interpretado los vocablos y expresiones contenidas en el Libro Segundo de ese estatuto, así como en las leyes complementarias que se han proferido desde su expedición. La coherencia semántica es de la mayor relevancia en el propósito de facilitar la comprensión de las normas y evitar ambigüedades que podrían presentarse en caso de acoger una terminología diferente. Desde luego que en la iniciativa se incorporan también algunos conceptos jurídicos nuevos, acompañados de definiciones fácilmente inteligibles. De esta forma, se aprovecha la difusión con que cuenta el régimen societario local.

En esta iniciativa se aprovecha también el considerable auge de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades. A partir de la Ley SAS se reforzaron las facultades de resolución de conflictos societarios en cabeza de la Superintendencia, de manera tal que en la actualidad los principales litigios sobre la materia se cumplen ante esa entidad. Nunca antes en la historia del Derecho de Sociedades nacional, se había presenciado una actividad jurisdiccional tan prolija sobre la materia no solo en términos del número de sentencias emitidas, sino también en la variedad temática que en ellas se abar-

ca. Materias tan disímiles y relevantes como el régimen de conflictos de interés, capitalizaciones abusivas, retención injustificada de utilidades y exclusión de accionistas, entre otros aspectos del Derecho de Sociedades, han sido tratados con rigor y celeridad por la corte. Estos precedentes judiciales, además de fijar el sentido en que avanzan las normas aplicables, demuestran el avance colosal de nuestro sistema jurídico. La evolución de la jurisprudencia societaria lograda en apenas unos pocos años ha facilitado la inclusión en el ámbito del Derecho nacional de las más avanzadas posturas sobre la materia.

Tradicionalmente, la atribución de facultades jurisdiccionales a entidades de la Rama Ejecutiva nacional ha causado cierta perplejidad en los más ortodoxos observadores del sistema jurídico. Sus preocupaciones, válidas desde una perspectiva estrictamente teórica, han resultado infundadas en la práctica de la Superintendencia de Sociedades. La imparcialidad, celeridad y calidad técnica que puede apreciarse en todo el proceso jurisdiccional que se cumple en esta entidad permiten desvirtuar los temores que en alguna época se suscitaron ante la actuación del novedoso tribunal de conflictos empresariales. Por lo demás, en las sentencias proferidas por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles se percibe un paulatino alejamiento de los métodos tradicionales del Derecho Civil, en favor de una visión contemporánea y comparada del régimen de las compañías.

La existencia de un “juez” sofisticado y eficiente para dirimir controversias societarias permite abandonar la concepción jurídica tradicional de reglas imperativas llamadas a operar “ex ante” y reemplazarla por la más moderna y adecuada de los estándares o principios generales de aplicación “ex post”. Esta orientación permite suprimir prohibiciones generales, restricciones e innecesarios límites a la autonomía contractual, debido a que su presencia en el sistema puede ser ineficiente y dar lugar a notorios costos de transacción. Como alternativa se propone la existencia de principios de conducta, cuya inobservancia puede originar procesos judiciales en los que se debata la actuación de las partes a la luz de tales estándares.

De ahí que en el proyecto se incorporan varios principios generales que han de ser observados, entre otros, por los administradores sociales. La

actuación que contraría tales principios pone a los responsables bajo el escrutinio de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles y puede dar lugar a consecuencias adversas para el infractor.

III. Estructura del proyecto de ley

Mediante este proyecto no se pretende efectuar una reforma integral al régimen de las sociedades. Se trata tan solo de modificar aquellas normas que requieren de una actualización por razones de obsolescencia o aquellas respecto de las cuales se justifica un cambio de enfoque, por haberse demostrado su inoperancia durante su vigencia. Según lo ya señalado, la iniciativa se orienta a mantener un esfuerzo continuado de revisión de las normas mercantiles que gobiernan la constitución y el funcionamiento de las compañías.

El proyecto consta de los siguientes ocho capítulos: I. Extensión de algunas de las reglas previstas en la Ley 1258 de 2008 a los tipos de sociedad regulados en el Código de Comercio; II. Reformas a la sociedad por acciones simplificada; III. Responsabilidad de administradores; IV. Acciones para impetrar la responsabilidad de los administradores; V. Registro mercantil de las sociedades; VI. Reformas a las facultades de la Superintendencia de Sociedades; VII. Procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia de Sociedades y VIII. Opresión de asociados minoritarios.

IV. Contenido del proyecto

El énfasis del proyecto está en la flexibilización de las reglas relativas a la formación y funcionamiento de las sociedades de tipo tradicional y en el reemplazo integral de las normas sobre responsabilidad de administradores previstas en la Ley 222 de 1995. Como se analizará en detalle, más adelante, esta última propuesta obedece a la verificación empírica sobre las falencias del sistema jurídico vigente en varios aspectos tales como la regulación del deber de cuidado, los conflictos de interés y las acciones sociales de responsabilidad. Aparte de estos aspectos generales de gran trascendencia para el adecuado funcionamiento del régimen societario, el proyecto incluye también algunas modificaciones

a aspectos de naturaleza más específica tales como el ámbito de facultades de la Superintendencia de Sociedades y el registro mercantil de las compañías.

1. Capítulo primero. Extensión de algunas de las reglas previstas en la Ley 1258 de 2008 a los tipos de sociedad regulados en el Código de Comercio

Las estadísticas disponibles sobre la Sociedad por Acciones Simplificada son elocuentes sobre su éxito en todos los ámbitos de la actividad empresarial. En un lapso que supera las cuatro décadas no existen antecedentes empíricos que permitan evaluar un impacto semejante al acaecido a partir de la creación de la SAS. En la actualidad su prevalencia es indiscutible frente a los demás tipos de sociedad existentes en la legislación colombiana. Esta realidad incontrastable ha dado lugar a una situación previsible, pero no del todo deseable, como es el progresivo marchitamiento de los tipos de compañía previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio. Los datos suministrados por la Confederación de Cámaras de Comercio demuestran que durante los últimos tres años las formas asociativas tradicionales no llegan siquiera al 5% de las compañías que se inscriben mensualmente en el Registro Mercantil. Esta circunstancia podría representar en el largo plazo la desaparición de los tipos de sociedad regulados en el Código o, en el mejor de los casos, su reducción a cifras infinitesimales.

Y aunque las características tipológicas de la SAS son, en general, adecuadas para suplir las necesidades de toda clase de empresarios, lo cierto es que la existencia de una multiplicidad de formas asociativas disponibles para los empresarios siempre será preferible. Basta aplicar la conocida máxima de la Economía según la cual, los consumidores prefieren una mayor oferta de bienes y servicios⁴. Por ello es por lo que un menú amplio de tipos de sociedad tiene utilidad significativa en la medida en que cada uno de ellos ostente facetas específicas que correspondan a finalidades predefinidas, según la modalidad de emprendimiento que se pretenda acometer. Es por ello por lo que carecería de interés y finalidad una reforma en la que se extendieran de modo automático todas las facetas de la sociedad por acciones simplificada.

4 Edward N. Zalta et al, Stanford Encyclopedia of Philosophy, Philosophy of Economics, 2012.

Una determinación de esta naturaleza no tendría más efecto que el de privar a los empresarios de las especificidades regulatorias de cada forma asociativa y la eliminación del carácter multifuncional de los tipos previstos en el Código de Comercio.

Una de las características más importante de la SAS es la amplísima libertad contractual propia de este nuevo tipo. En un sistema jurídico caracterizado por la reverencia apenas retórica al postulado de la autonomía de la voluntad privada, ha sido una fortuna que este tipo de sociedad escape al rezago ancestral del Derecho Privado local. En verdad, es el talante dispositivo de la regulación lo que individualiza a la SAS. La mayoría de las normas legales que la rigen cumple un papel supletorio de la voluntad de las partes. Así, su aplicación solo ocurre en aquellos casos en que los accionistas no hayan empleado recursos adicionales para la negociación detallada de las cláusulas estatutarias o de los acuerdos de sindicación de acciones.⁵ Esta flexibilidad de estipulación contractual está orientada también a facilitar la resolución de conflictos intrasocietarios. Aun aceptando la teoría del “contrato societario incompleto”, resulta evidente que la libertad de estipulación permite determinar *ex ante* reglas de juego claras que contribuyan a armonizar, en la medida de lo posible, los intereses disímiles y hasta contradictorios de los accionistas.⁶

- 5 La Superintendencia de Sociedades se ha referido a la flexibilidad prevaleciente en la regulación de la sociedad por acciones simplificada, tal como se aprecia en el Oficio 220-121751 del 5 de octubre de 2009: “Es preciso anotar que la sociedad por acciones simplificada, consagrada en la Ley 1258 de 2008, como de manera clara lo señala su mismo nombre, es un tipo societario que indudablemente reviste características que hacen que la constitución de dicha sociedad sea fácil, que su estructura y funcionamiento plasmada en los estatutos sociales refleje en su gran mayoría el querer de los accionistas; y en el caso de faltar alguna reglamentación de un asunto en los estatutos de la compañía, solo en ese evento, le son aplicables las normas que al respecto consagra nuestra legislación comercial para las sociedades anónimas. En efecto, el gran espacio del que gozan los accionistas de la compañía facilita que los mismos puedan incluir en los estatutos asuntos que están restringidos o prohibidos en los otros tipos societarios que se encuentran consagrados actualmente en nuestra legislación, como lo es esencialmente el Código de Comercio”.
- 6 En opinión de Hart, las partes no pueden prever en un contrato todas las contingencias futuras que podrían acontecer, de manera que jamás podrán redactar un contrato completo (cfr. Oliver Hart et al., “Foundations of Incomplete Contracts”, Harvard Institute of Economic Research Paper, N° 1846, septiembre de 1998). Por ello, se ha propuesto, en su reemplazo, la denominada “teoría contractual incompleta” (*incomplete contracts theory*). El postulado del contrato societario incompleto “propone la imposibilidad de regular *ex ante* una parte significativa de las reglas que habrán de imponerse a las partes vinculadas a la sociedad en el curso de su existencia. Así, se considera que entre los diversos participantes de la sociedad se originan vínculos jurídicos incompletos, que requerirán de una definición, en

De ahí que el riesgo de transplantar los beneficios de la SAS a las modalidades de sociedad contenidas en el Libro Segundo del Estatuto Mercantil puede ser de gran entidad si no se tiene el cuidado de regular en detalle las salvaguardias requeridas para evitar la opresión de asociados minoritarios, cuyas condiciones de asociación se dieron al amparo de las reglas contenidas en el Código. Así, por ejemplo, la supresión de pluralidades, la admisión de voto múltiple y la posibilidad de incluir causales de retiro, introducidas por la regulación de la SAS, podrían dar lugar a desequilibrios entre los socios de una compañía de responsabilidad limitada si no se exige la unanimidad para su adopción en este tipo de sociedad.

Las razones expuestas justifican la regulación detallada que aparece en los artículos 1º a 7º del proyecto. En ellos se regulan, en esencia, tres modalidades diferentes para la adopción de las reglas previstas para la sociedad por acciones simplificada. En primer lugar, se establece un mecanismo de adopción automática, vale decir, que opera por ministerio de la ley y de forma inmediata, respecto de ciertas previsiones normativas contenidas en la Ley 1258 de 2008. Para el efecto, se incorporan, a su vez, dos clases de reglas al sistema de las formas asociativas tradicionales. En primer término, aquellas que se relacionan con la simplificación en los trámites de constitución y reformas de los estatutos. En segundo lugar, se extienden las reglas que prevén protecciones jurídicas a los accionistas y terceros. Se considera que ni unas ni otras dan lugar a dificultades de cualquier naturaleza respecto de las condiciones de asociación adoptadas *ex ante* por los asociados.

Dentro de las reglas que reducen costos de transacción se incluyen, entre otras, las relativas a la constitución de la sociedad por instrumento privado, la posibilidad de efectuar reformas estatutarias sin necesidad de escritura pública y la inclusión dentro del repertorio de operaciones de restructuración de la fusión abreviada. En relación con las protecciones que se les extienden a los asociados y terceros de los tipos de sociedad previstos en el Código de Comercio se incluyen las relativas al

la medida que se resuelvan en concreto las relaciones que de ellos surgen. La concreción de tales vínculos requerirá del concurso de individuos facultados para definir unilateralmente, o para negociar con las partes concernientes, las condiciones en que habrán de resolverse las relaciones jurídicas incompletas a que se ha hecho referencia" (Cfr. Francisco Reyes Villamizar, Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea, Bogotá, Ed. Legis, 2013.

abuso del derecho, la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad y la ineficacia de las negociaciones o transferencias de acciones efectuadas en contravención a las restricciones estatutarias.

Un segundo grupo de normas que se propone extender se refiere a aspectos de la SAS, cuyo trasplante a las formas asociativas tradicionales puede implicar ciertas variaciones sustanciales respecto de las condiciones previstas *ab initio* en el contrato social. Se trata, en este caso, de normas relativas al establecimiento de término indefinido de duración, objeto indeterminado, la posibilidad de prescindir de miembros suplentes en la junta directiva de la sociedad o de establecer condiciones para la suscripción y pago del capital en condiciones, proporciones y plazos distintos de los contemplados en el Código de Comercio para las sociedades anónimas. En este caso la extensión del sistema propio de la SAS requiere reforma estatutaria aprobada con la mayoría prevista en los estatutos o, en su defecto, en la ley para las modificaciones del contrato social.

El tercero y último grupo de normas, cuya aplicación se propone trasplantar a los tipos de sociedad previstos en el Código de Comercio, alude a reglas que implican alteraciones de fondo en las condiciones primigenias de asociación. Por ello, su adopción en formas asociativas tradicionales ya existentes se sujeta en el proyecto a la determinación unánime de la totalidad de los asociados titulares del capital social. Solo de esta forma puede garantizarse que la adopción de estas reglas de la SAS en sociedades previamente constituidas no será utilizada como un expediente para la opresión de las minorías. Un solo ejemplo es suficiente para poner de presente el riesgo de abuso a que podría dar lugar la extensión de ciertas cláusulas de la sociedad simplificada a otras compañías. Basta considerar el caso de una sociedad de responsabilidad limitada con dos socios titulares respectivamente del 55 y 45%. Conforme a las reglas de la limitada cualquier determinación en la junta de socios requiere, además de la mayoría, de la expresión de una *pluralidad* en el momento en que la decisión se adopte. En este escenario hipotético, es evidente que el socio minoritario está protegido por un implícito derecho de veto que deriva de la imposibilidad de que se adopten decisiones *unipersonales*. Por ello el titular del 55%, a pesar de ser mayoritario, requiere siempre del consenso del otro socio para

poder adoptar cualquier determinación. Se puede estar en desacuerdo con este régimen legal por considerar que desconoce los derechos inherentes a la mayoría, pero no puede ignorarse que su supresión *ex post*, debe contar siempre con el beneplácito del minoritario debido a que este, probablemente, se basó en la protección que surge de la exigencia de pluralidad para celebrar el contrato que dio origen a la sociedad de responsabilidad limitada.

Dentro de los asuntos regulados en la Ley 1258 que pueden extenderse por unanimidad se cuentan la realización de reuniones del máximo órgano social por fuera del lugar del domicilio principal de la sociedad, la posibilidad de establecer términos abreviados para la convocatoria de la asamblea, la mencionada supresión de pluralidades para la configuración del quórum o las mayorías decisorias, etc.

Conforme a la tendencia acogida por otras legislaciones se propone excluir de la extensión de beneficios de la SAS a las sociedades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera. El raciocinio en este caso parte del concepto según el cual la Sociedad por Acciones Simplificadas, en razón de su gran flexibilidad, no puede acceder a los mecanismos bursátiles previstos en las leyes de valores.⁷ Este precepto sigue de cerca la orientación contemplada en la ley francesa sobre la SAS, en la cual está vedada la posibilidad de acceder a los recursos provenientes del ahorro privado (*appelation publique a l'épargne*).

7 Cualquier oferta pública de valores que se hiciera en una SAS sería ineficaz de pleno derecho, sin perjuicio de las sanciones que por la realización de esa operación pudieran derivarse (Cfr. Oficio 220-007581 del 16 de enero de 2011, expedido por la Superintendencia de Sociedades). Ello obedece a que cualquier oferta de esta naturaleza “requiere de la previa autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia en los términos del artículo 104 del Decreto 2150 de 1995 [...]”. En caso contrario estas (operaciones) serán ineficaces de pleno derecho, sin perjuicio de las sanciones administrativas que se puedan imponer por tal hecho, según lo establece el artículo 49 y siguientes de la Ley 964 de 2005” (Oficio 220-087094 del 2 de Agosto de 2009, expedido por la misma Superintendencia). En este mismo sentido, es fácil deducir que: “una sociedad que desee transformarse a una sociedad por acciones simplificada y tenga sus acciones inscritas en bolsa, debe necesariamente, previo a la realización de la reforma estatutaria que el cambio conlleva, proceder a cancelar el registro correspondiente” (Oficio 220-060558 del 15 de mayo de 2011 de la Superintendencia de Sociedades). De esta manera, cabe precisar que “los valores que emitan las SAS solo podrán ser objeto de oferta privada, es decir, aquella que se dirige a noventa y nueve personas determinadas o a los mismos accionistas de la empresa pero cuando estos sean menos de quinientos” (Oficio 220-127317 del 27 de octubre de 2009 expedido por la misma entidad). En el mismo sentido, puede verse el Oficio 220-065556 del 26 de agosto de 2010 proferido por idéntico órgano de control.

2. Capítulo segundo. Reformas a la sociedad por acciones simplificada

Según lo afirmado antes, la SAS constituye una de las mayores innovaciones del Derecho Societario colombiano de los últimos años. El carácter dispositivo de la mayoría de sus disposiciones ha permitido su rápida difusión y significativa popularidad entre los empresarios. A pesar de haberse expedido hace poco tiempo la Ley 1258, es necesario actualizar permanentemente sus preceptos, de manera que esta forma asociativa pueda mantener su talante vanguardista. Por ello, se propone continuar el proceso de flexibilización de las reglas que la rigen conforme a las orientaciones más modernas.

Para el efecto, se han tomado como modelo las normas contenidas en la ley francesa de modernización de la economía en las cuales se adoptaron medidas importantes respecto de aquellas sociedades por acciones simplificadas unipersonales en las que una persona natural sea el único accionista y ocupe, así mismo, el cargo de representante legal de la sociedad. Con base en estas disposiciones se propone para la SAS colombiana que, cuando se dé el mismo presupuesto fáctico indicado, deje de ser obligatoria la realización de reuniones ordinarias de la Asamblea General de Accionistas. Así mismo, se propone obviar la obligatoriedad del revisor fiscal y la preparación del denominado informe de gestión conforme al artículo 45 de la Ley 222 de 1995.

Claro que estas normas no implican, en forma alguna, que deje de ser obligatoria la preparación de estados financieros de fin de ejercicio o la necesidad de mantener libros de contabilidad conforme a lo previsto en las normas legales vigentes.

De igual forma se plantea la posibilidad de permitir que el tipo de la sociedad por acciones simplificada pueda ser adoptado para acometer cualquier actividad de explotación económica, con excepción de aquellas para las cuales se requiera autorización previa de la Superintendencia Financiera o de las sociedades cuyas acciones u otros títulos por ellas emitidos estén inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores.

Por último, se propone un registro automático de la situación de control en el caso de sociedades por acciones simplificadas de naturaleza unipersonal en aquellos casos en que el único accionista sea una persona

natural. Esta propuesta guarda relación con lo previsto en las normas contenidas en la Ley 222 de 1995 en materia de matrices, filiales y subsidiarias, al facilitar la finalidad de publicidad mercantil que se pretende con el registro de la entidad controlante.

3. Capítulo tercero. Responsabilidad de administradores

La propuesta de reforma al régimen de los administradores sociales prevista en el proyecto corresponde a un proceso de crítica sobre las normas que sobre el particular consagra la Ley 222 de 1995. Mediante esta norma se intentó consagrar un *estatuto* de los administradores, estructurado en forma más o menos sistemática que apuntó hacia una mayor especialización de las atribuciones, responsabilidades y sanciones a que quedan sometidas las personas que pertenecen a esta categoría. La estructura legal diseñada hace 20 años comprende una definición de los sujetos de la regulación, los principios generales de conducta a que deben someterse, los deberes legales específicos que se derivan del cargo, las responsabilidades por los perjuicios que se originen en sus actuaciones y las acciones judiciales, individuales o sociales de que disponen los perjudicados por dichos actos.

Aunque esta norma representó un notable avance en relación con el régimen previsto en el Código de Comercio de 1971 (en el que existía sobre el particular únicamente el artículo 200), lo cierto es que su aplicación práctica, se alejó significativamente de las expectativas iniciales. En las últimas dos décadas han sido muy escasos los pronunciamientos judiciales relacionados con el régimen de responsabilidad de los administradores. Una de las razones que explican la escasa aplicación de los preceptos contenidos en la Ley 222 está relacionada con la falta de claridad de ciertos conceptos allí contenidos, tales como el del buen hombre de negocios. La falta de definición sobre el particular y el antagonismo de estas normas con las previstas en las reglas tradicionales de responsabilidad contenidas en el Código Civil del siglo XIX, causaron cierta confusión en los intérpretes y facilitaron la evasión del régimen de los administradores.

Es por ello por lo que se propone una derogatoria expresa de las disposiciones contenidas en la Ley 222 de 1995 en materia de administradores, para sustituirlas por un nuevo régimen en el que se acogen las ten-

dencias más recientes sobre la materia y se clarifican algunos conceptos cuya ambigüedad ha contribuido a la inoperancia del régimen vigente.

La propuesta de reforma a la responsabilidad de los administradores se fundamenta en los siguientes cuatro presupuestos: 1. La introducción del principio de deferencia al criterio empresarial. 2. Una nueva forma de definir y aplicar el deber de cuidado. 3. El fortalecimiento del deber de lealtad y 4. La aplicación del postulado de la autonomía contractual en la regulación privada de la responsabilidad de los administradores.

a) Introducción del principio de deferencia al criterio empresarial

Se propone introducir el principio de la deferencia al criterio empresarial para reemplazar el patrón de conducta del buen hombre de negocios previsto en la Ley 222. La modificación obedece al escaso desarrollo doctrinario y jurisprudencial que este último concepto ha tenido durante las últimas dos décadas. Podría afirmarse que su implantación en el régimen jurídico societario no ha sido del todo fructífero. De ahí que convenga una redefinición del contexto en que ha de cumplirse la actuación de los administradores bajo las pautas más modernas. Por ello se propone una transplante jurídico de la regla del buen juicio de los negocios, de ascendencia anglosajona. Esta regla de conducta se basa en la concepción que ve en la labor de los administradores sociales una función rigurosamente económica, consistente en la asunción razonada de riesgos que puede conducir a la innovación empresarial y a la creación de riqueza. Por ello, la regla implica que los jueces no han de inmiscuirse en las decisiones de negocios adoptadas por los administradores, siempre y cuando que en ellas no medie conflicto de interés o ilegalidad. Se trata de una especie de presunción de hecho, según la cual, se considera adecuada la conducta del administrador por las decisiones relacionadas con los negocios sociales, a menos que estén presentes las situaciones irregulares aludidas.

Con base en esta orientación se establece en el proyecto que los jueces respetarán el criterio adoptado por los administradores en la toma de las decisiones relacionadas con el ejercicio de su cargo, siempre y cuando que tales determinaciones correspondan a un juicio razonable y suficientemente informado. Por lo tanto, a menos que se compruebe la mala fe o la violación

de la ley o del deber de lealtad, los administradores no serán responsables por los perjuicios que se originen en sus decisiones de negocios.

En regímenes jurídicos de tradición romano-germánica como el nuestro, la aplicación de esta regla se ha enfrentado a dificultades procedentes del rigor conceptual del derecho civil. Para la doctrina local no ha resultado fácil justificar una indemnidad de responsabilidad de los administradores sociales en hipótesis en las que su conducta podría clasificarse como culposa.

b) Nueva definición del deber de cuidado

Por las razones que se han expuesto en el proyecto se propone no aplicarles a los administradores el régimen jurídico previsto en el artículo 63 del Código Civil, relativo a la clasificación de las culpas. Debido a la exclusión de esta norma se redefine el deber de cuidado para diferenciarlo del concepto civilista de culpa. En el proyecto se afirma, en efecto, que el administrador deberá cumplir sus funciones con la diligencia que una persona prudente juzgaría razonable a la luz de las circunstancias propias de cada decisión. Se trata, pues, de un patrón de conducta novedoso y desprovisto de las complejidades inherentes a la graduación de las culpas.

También con fundamento en normas de derecho extranjero, se prevé en el proyecto el principio según el cual, los administradores no se hacen responsables cuando las determinaciones adoptadas hubieren sido adoptadas de buena fe, con fundamento en recomendaciones proferidas por comités de reconocida idoneidad técnica e independencia, elegidos por la junta directiva o la asamblea general de accionistas o la junta de socios. La norma propuesta establece, sin embargo, que la exoneración de responsabilidad de los administradores no será procedente cuando se compruebe la mala fe o la violación de la ley o del deber de lealtad, aunque se hubiere obtenido la recomendación de alguno de los mencionados comités.

c) Fortalecimiento del deber de lealtad

De otra parte, se pretende fortalecer el deber de lealtad, cuya inobservancia puede convertirse en uno de los principales problemas en el contexto del denominado gobierno corporativo y la protección de los

accionistas minoritarios. Por ello es por lo que en el proyecto de ley se establece la obligación de guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad, abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada, dar un trato equitativo a todos los asociados, abstenerse de participar en actos o negocios respecto de los cuales exista un conflicto de interés y abstenerse de participar en actos o negocios que impliquen competencia con la sociedad y de tomar para sí oportunidades de negocios que le correspondan a ella, salvo que se obtengan las autorizaciones correspondiente.

La escasa eficacia de las prohibiciones relativas a los conflictos de interés puede representar, en no pocas ocasiones, la desviación de beneficios privados inherentes al control. El régimen previsto en la Ley 222 constituyó un avance significativo en esta materia. Sin embargo, la falta de precisión sobre las conductas que originan el conflicto, su tratamiento y sanciones impidieron una aplicación efectiva de las relevantes restricciones previstas en el numeral 7 del artículo 23 de esa norma. Aunque el Decreto Reglamentario 1925 de 2009 intentó corregir la falta de especificidad de la disposición legal citada, sus preceptos resultaron insuficientes ante prácticas extendidas en esta materia.

En particular, hizo carrera la práctica conocida en la terminología comparada como *back scratching*, consistente en que el director cuya situación conflictiva se debate, se abstiene de votar para que sus colegas adopten la determinación afectada por el conflicto. Esta práctica ilegal ha constituido una burla al sistema previsto en la Ley 222 de 1995, pues por medio de ella se elude el trámite obligatorio de autorización por parte de la asamblea general de accionistas.

Como ya se indicó, la inoperancia de estas disposiciones puede ser muy nociva para el sistema, debido a la indefensión en que quedan los accionistas minoritarios. Aunque la norma propuesta parte de una prohibición para que un administrador celebre operaciones en las que exista conflicto de interés, excepcionalmente se permite su celebración cuando se cumpla el procedimiento previsto en el proyecto. Quiere esto decir que las operaciones conflictivas o de competencia con la sociedad no son necesariamente perjudiciales para ella. En efecto, bajo ciertas circunstancias, determinado negocio celebrado con algún administrador de la sociedad puede resultar útil para ambas partes.

Para regular este asunto se propone en primer lugar una definición del conflicto de interés, seguida de una clasificación de los individuos *vinculados* respecto de los cuales puede predicarse el concepto de interpósita persona. De esta forma se pretende alcanzar un grado suficiente de claridad tanto para la identificación plena de las situaciones conflictivas que se sujetan al régimen especial de autorización, como de las personas a favor de quienes podría estar actuando el administrador incurso en el conflicto de interés.

La norma propuesta contempla también un sistema con tres niveles de autorización, de los cuales derivan consecuencias jurídicas diferenciadas. En el primer grado se trata de una autorización plena en la cual la asamblea general de accionistas, una vez conocida la situación de conflicto de interés, aprueba por mayoría absoluta de accionistas *desinteresados* la celebración del negocio jurídico concerniente. Como puede apreciarse, en este caso, además de la obtención de la mayoría, se requiere también que quienes la configuran carezcan de cualquier interés en el negocio jurídico. Como es apenas obvio, si se obtiene esta modalidad de autorización, tanto el administrador incurso en el conflicto, como el negocio jurídico, son plenamente válidos y quedan exentos de censura.

En el segundo grado de autorización, se trata de situaciones en las que se ha obtenido la mayoría absoluta de los votos presentes expresada en la asamblea general de accionistas, pero dentro de la mayoría indicada se contemplan votos provenientes de personas que tienen algún interés en la operación. La regulación propuesta prevé para este caso la validez del negocio jurídico, pero no la exoneración de responsabilidad del administrador incurso en conflicto de interés, en caso de causarse perjuicios a la sociedad, los asociados o terceros. Como se puede apreciar, en este caso la autorización obtenida tiene un carácter parcial, es decir que no es suficiente para obviar problemas de responsabilidad que puedan endilgársele al administrador. En efecto, la participación de personas interesadas en la conformación de la mayoría decisoria impide la exoneración que se lograría bajo el régimen de autorización plena a que se aludió anteriormente. Sin embargo, el pronunciamiento de la asamblea general de accionistas, aunque incompleto por las razones señaladas,

se considera suficiente para obviar la nulidad del negocio jurídico concerniente.

Por último, se propone un tercer régimen para el tratamiento de las sanciones a conductas que impliquen conflictos de interés. Se trata de situaciones en las que el acto conflictivo se ha celebrado sin cumplir ningún procedimiento de autorización. En este caso, como es apenas natural, el proyecto prevé tanto la responsabilidad del administrador incurso en el conflicto de interés, como la nulidad absoluta del negocio jurídico celebrado sin la observancia del trámite indicado.

Para evitar que el sistema sea objeto de elusión, la norma propuesta prevé que la mera ausencia en las deliberaciones de un órgano colegiado o el abstenerse de votar no exonerará al administrador de darle cumplimiento al trámite previsto en el proyecto. Con ello se intenta evitar la ya referida práctica de autorizaciones cruzadas entre miembros de las juntas directivas.

El capítulo de responsabilidad de los administradores se complementa con una regulación adicional en materia de conflictos de interés en el contexto de los grupos empresariales. Con fundamento en legislaciones extranjeras y, en particular, con base en algunos de los preceptos de la ley alemana de sociedades por acciones, se propone un sistema en el que es viable la celebración de operaciones entre compañías pertenecientes a grupos empresariales, aunque tales operaciones puedan configurar conflictos de interés. En el régimen propuesto se exige, además, que se cumplan las siguientes condiciones: 1. Que la operación realizada esté dentro del giro ordinario de los negocios de la sociedad. 2. Que se celebre a título oneroso. 3. Que no dé lugar a un desequilibrio financiero en las relaciones crediticias entre las sociedades participantes en la operación, como en aquellos casos en que el monto de los préstamos representa la mayoría de los pasivos de la sociedad mutuaría y 4. Que no ponga en riesgo la capacidad de la sociedad para cumplir de manera oportuna con el pago corriente de sus obligaciones. Al igual que en la legislación alemana antes mencionada, los asociados minoritarios de cualquiera de las sociedades pertenecientes al grupo empresarial que hubieren sufrido perjuicios como consecuencia de cualquiera de las

operaciones conflictivas en cuestión tendrán derecho a ser indemnizados por la sociedad en que son asociados.

- d) Aplicación del postulado de la autonomía contractual en la regulación privada de la responsabilidad de los administradores

El último postulado que orienta la regulación sobre los administradores sociales en el proyecto de reforma está relacionado con la libertad contractual para definir las relaciones entre asociados y administradores. Las reglas tradicionales se han caracterizado por una gran rigidez en la regulación de los beneficios que pueden conferírseles a los administradores, mediante estipulación en el contrato social. Ciertamente, el carácter de orden público de las disposiciones sobre la materia ha imposibilitado los arreglos voluntarios para limitar los riesgos en que han de incurrir los gestores de la empresa social. El artículo 200 del Código de Comercio –cuya derogatoria se propone en el proyecto–, establece el principio obtuso conforme al cual, no puede limitarse la responsabilidad de los administradores. La regla es tan drástica que llega al extremo de considerar ineficaces las estipulaciones en las que se consagren tales limitaciones. El resultado práctico de disposiciones tan forma rígidas no ha sido halagüeño en hipótesis en las que es necesario crear mecanismos de indemnidad para los administradores. Así, por ejemplo, en hipótesis de conflicto intrasocietario, cuando existe alto riesgo de acciones legales en contra de los gerentes o miembros de junta directiva, se impone la necesidad de conferirles inmunidad, a lo menos respecto de demandas interpuestas por los asociados. Sin embargo, la prohibición antes aludida imposibilita la creación de indispensables mecanismos de protección para los administradores. La consecuencia obvia de estas previsiones normativas no es otra que la de crear un entorno de intimidación para los administradores en el que la asunción de riesgos se convierte en una actividad sujeta a sanciones y severos avisos penales. Por lo demás, es evidente que una regulación de naturaleza imperativa en esta materia da lugar a altos costos para la sociedad, puesto que las personas necesarias para llevar a cabo las labores gerenciales en las compañías exigirán que se refleje en su remuneración el alto riesgo que implica el ejercicio del cargo. De ahí que en el proyecto se propongan varias estructuras

de naturaleza contractual tendentes a atenuar los riesgos inherentes al cumplimiento de las funciones de administración.

Para superar el problema planteado se proponen cuatro mecanismos de amparo a cargo de la sociedad o los asociados. En primer lugar se propone la existencia de seguros de responsabilidad a cargo de la sociedad. En segundo término, el reembolso de gastos de defensa (tanto en modalidad potestativa como obligatoria, según la determinación judicial o administrativa que se profiera). Un tercer mecanismo se refiere a la fijación de límites estatutarios en la cuantía de la responsabilidad. Por último, se establece el principio según el cual, a menos que medie mala fe o violación del deber de lealtad, los asociados pueden incluir cláusulas estatutarias mediante las cuales se exonere de responsabilidad a los administradores, al menos frente a los asociados.

4. Capítulo cuarto. Acciones para impetrar la responsabilidad de los administradores

Una de las circunstancias que han sido objeto de observación empírica es la que se relaciona con la inoperancia de la acción social de responsabilidad prevista en la Ley 222 de 1995. En los 20 años de vigencia de ese estatuto no se conoce de ninguna acción de esta naturaleza que haya concluido en sentencia definitiva. Uno de los problemas que ha podido identificarse para la escasa eficacia de este procedimiento está dado, sin lugar a dudas, por la dependencia de la ley de las mayorías en la asamblea como presupuesto para que la acción sea procedente. En un contexto de marcada concentración de capital es evidente que quienes detentan esas mayorías son, normalmente, las mismas personas que controlan la administración de las sociedades. En muchas ocasiones son, incluso, los mismos individuos que ocupan las curules en la junta directiva y los cargos de representación legal en la sociedad. De ahí que se presente un claro conflicto en el momento de someterse a consideración del máximo órgano social la aprobación de una acción social de responsabilidad en contra de los administradores. Conforme a la conocida teoría económica de los problemas de agencia, no es razonable esperar una votación para que se lleve a cabo un procedimiento judicial en contra de las mismas personas que aprueban su iniciación. De ahí que no haya sido procedente la acción social durante la vigencia de la Ley 222 de 1995.

La propuesta que se formula para hacer eficaces las protecciones que se les confieren a los asociados cuando la compañía es perjudicada por la acción de los administradores, consiste en introducir un nuevo mecanismo procesal denominado “acción derivada”. Por medio de este procedimiento cualquier accionista puede intentar, en nombre de la sociedad, una demanda en contra de los administradores, sin necesidad de someterse a la determinación mayoritaria en el máximo órgano social. De esta forma se pretende resolver el problema que se suscita con ocasión del conflicto de interés que suele existir entre accionistas mayoritarios y administradores.

Con el propósito de evitar que esta acción derivada se convierta en mero expediente intimidatorio en contra de los administradores, se prevé también que quien inicie un proceso de esta naturaleza sin que exista un propósito legítimo, se hará responsable de todos los gastos en que haya incurrido el administrador para defenderse durante el proceso, incluidos los honorarios de abogado.

En síntesis, en el proyecto de reforma se propone mantener tres modalidades de acción judicial para hacer valer la responsabilidad de los administradores. Se trata en primer lugar de la acción individual de responsabilidad para aquellos casos en que el perjuicio haya sido sufrido directamente por el demandante. En segundo término, se mantiene la acción social de responsabilidad, que podría tener utilidad en el futuro, en particular, en aquellos casos en que la asamblea intente derivar la responsabilidad de exadministradores de la sociedad o de administradores no vinculados con los accionistas mayoritarios. Por último, se introduce la acción derivada para permitirle a cualquier asociado actuar en nombre de la sociedad con el fin de que los administradores resarzan perjuicios sufridos por ésta.

5. Capítulo quinto. Registro mercantil de las sociedades

Colombia ha sido pionero en la adopción de reglas jurídicas que faciliten la actuación de los particulares por medios telemáticos. Desde hace casi dos décadas, se introdujeron a la legislación nacional las pautas contenidas en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la UNCTRAL. En efecto, la Ley 527 de 1999 fue uno de los primeros estatutos jurídicos latinoamericanos en darle legitimidad a los mensajes de datos

como medio probatorio reconocido por el ordenamiento legal. En materia societaria también se dieron avances tempranos en la Ley 222 de 1995, que permitió la celebración de asambleas, juntas directivas y otros cuerpos colegiados por medio de comunicaciones electrónicas.

No obstante lo anterior, es necesario reconocer que en ciertos ámbitos de la actividad mercantil existen aun rezagos en la adopción de las tecnologías de la información. En la época actual no existe justificación alguna para que subsistan trámites que requieran soporte documental físico. Menos razonable aun es que se exija la presencia de los individuos para asuntos que podrían realizarse en línea.

Es indudable que las cámaras de comercio han cumplido una destacada labor en el ámbito del Registro Mercantil. Su actividad, a lo largo y ancho del país, ha permitido la formalización de cientos de miles de empresarios. Con todo, es evidente que hace falta una modernización de esta relevante labor para que los medios electrónicos de registro puedan ponerse a disposición del público, de manera que todos los trámites relacionados con las sociedades se puedan cumplir en línea. Tanto la constitución de la sociedad, como las reformas estatutarias y la designación y remoción de funcionarios deben ser susceptibles de registro por medios telemáticos. Así mismo, se propone que la certificación de todas las circunstancias relacionadas con la creación, funcionamiento y extinción de la sociedad que, conforme a la ley, están sujetas a registro, se cumpla electrónicamente, sin necesidad de la presencia de los interesados.

A fin de facilitar el proceso de inscripción de actos societarios sujetos a escritura pública el proyecto prevé, de igual manera, la obligación a cargo de los notarios de disponer de sistemas electrónicos, mediante los cuales sea factible el otorgamiento y expedición de copias auténticas de los instrumentos notariales sujetos a registro mercantil.

Otro de los aspectos en que es necesario avanzar es el que se relaciona con la multiplicidad de trámites que deben cumplirse para constituir una sociedad. En el índice relativo al clima de negocios que lleva el Banco Mundial (*Doing Business 2015*), Colombia ocupa el puesto 84 entre 189 países. Según esta información, se requiere cumplir ocho procedimientos que se llevan a cabo, en promedio, en un término de 11 días.

Dentro de estos trámites se encuentran no solo los relativos al registro mercantil, sino también los que tienen que ver con la obtención de la identificación tributaria, las inscripciones ante los fondos de pensiones y cesantías, cajas de compensación familiar, empresas prestadoras de salud y riesgos profesionales, entre otros. De ahí que resulte engorroso para los particulares culminar estos procedimientos en un lapso razonable. Además, es evidente que estos notorios costos de transacción representan obstáculos significativos para la constitución de las sociedades y dificultan el acceso a la formalidad.

El propio Banco Mundial ha propuesto que se simplifiquen los procesos de creación de las compañías por medio de un sistema unificado en el que el empresario pueda cumplir todos los trámites en una sola “ventanilla” (sistema conocido como *One Stop shop*, en la terminología anglosajona). Por lo tanto, se propone en el proyecto de reforma que la creación de sociedades pueda realizarse por medio del sistema de la *ventanilla única empresarial*, en virtud de la cual se simplifique el trámite, de modo tal que la multiplicidad de registros puedan cumplirse en un solo momento, en la forma más económica posible.

Por último, se prevé en el proyecto que el Gobierno habrá de reglamentar la manera en que deberán cumplirse los registros y certificaciones telemáticas a que se ha hecho referencia, así como la forma en que habrá de funcionar la Ventanilla Única Empresarial dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la ley que se expida.

6. Capítulo sexto. Reformas a las facultades de la Superintendencia de Sociedades

La actividad de la Superintendencia de Sociedades tiene la mayor relevancia para la adecuada aplicación de las normas de Derecho Mercantil Societario. Las diversas facultades administrativas y jurisdiccionales que le han sido conferidas a esta entidad se han convertido en el principal mecanismo para la resolución de conflictos entre los administradores y asociados.

Aunque las facultades jurisdiccionales en cabeza de la Superintendencia de Sociedades tienen una tradición de más de cuatro décadas, solo a partir del advenimiento de las normas sobre la SAS pudo estructurarse una política interna para el desarrollo de estas atribuciones dentro de la

entidad mencionada. Las reglas supletorias previstas en esa normativa permitieron, en efecto, que todos los conflictos que se suscitaban con ocasión de la creación y el funcionamiento de las sociedades simplificadas pudieran ser resueltas ante la Superintendencia por el trámite del proceso verbal sumario. Posteriormente, la ley del Plan Nacional de Desarrollo de 2010 a 2014 (Ley 1450 de 2011) incorporó normas que permitieron ampliar el ámbito de competencia de la referida entidad, de manera que cualquier conflicto intrasocietario pudiera ser resuelto ante ese despacho, independientemente del tipo de sociedad de que se tratara. Esta innovación puso de relieve la importancia de esta jurisdicción, cuya capacidad decisoria se ha ampliado hasta el punto de poder resolver conflictos, incluso en hipótesis de sociedades de capital abiertas.

Tradicionalmente, la atribución de facultades jurisdiccionales a entidades de la Rama Ejecutiva nacional ha causado cierta perplejidad en los más ortodoxos observadores del sistema jurídico. Sus preocupaciones, válidas desde una perspectiva estrictamente teórica, han resultado infundadas en la práctica de la Superintendencia de Sociedades. La imparcialidad, celeridad y calidad técnica que puede apreciarse en todo el proceso jurisdiccional que se cumple en esta entidad permiten desvirtuar los temores que en alguna época se suscitaron ante la actuación del novedoso tribunal de conflictos empresariales.

La evolución de esta jurisdicción, sumada a las importantes facultades administrativas en cabeza de la Superintendencia, justifican esfuerzos de actualización normativa para mantener la eficacia en el ejercicio de estas elevadas funciones públicas. Por ello, se propone la inclusión de un capítulo dentro del proyecto de ley, mediante el cual se pretende poner al día las facultades de la Superintendencia de Sociedades para que algunos de los mencionados procedimientos puedan dotarse de mayor celeridad y eficacia.

En primer término, se reitera el principio en virtud del cual, la Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales para resolver las controversias relacionadas con la interpretación y aplicación de las normas de Derecho Societario, incluidas en las diversas leyes que se refieren a ese asunto. Se aclara, así mismo, que la entidad será competente para ejercer estas facultades aunque las partes en litigio no ostenten la calidad de asociados o administradores en el momento de

presentarse la demanda. Además, se insiste en la orientación introducida en la Ley 222 de 1995, en el sentido de que el trámite para adelantar estos asuntos será el del proceso verbal sumario.

De otra parte, con el propósito de reducir las autorizaciones previas respecto de trámites societarios, en el proyecto se faculta a la Superintendencia para expedir regímenes de autorización general. Esta atribución se orienta a que la entidad defina los criterios que sean pertinentes para evitar trámites innecesarios, sin mayor relevancia en el ámbito económico, que puedan representar, en la práctica, meros costos de transacción. A manera de ejemplo, la Superintendencia podría exonerar de autorizaciones previas sobre trámites de fusiones y escisiones, con fundamento criterios tales como el monto de activos, la existencia de altos grados de endeudamiento o de riesgos sectoriales específicos, etc.

Ahora bien, con el propósito de simplificar el ejercicio de las facultades que le asisten a la Superintendencia una vez que una compañía ha sido sometida al grado de fiscalización denominado *control*, se propone un sistema en el que se definen *a priori* cuáles de las solicitudes de autorización a que alude el artículo 85 de la Ley 222 de 1995 deben ser cumplidas por la sociedad controlada. Para este efecto, en el mismo acto administrativo en que se profiere la declaratoria de control se instruye a la sociedad concerniente para que actúe de conformidad con las previsiones indicadas.

Por lo demás, se prevé la posibilidad de que la Superintendencia declare la disolución y ordene la liquidación de compañías en aquellos casos en que se haya comprobado la existencia de violaciones a la ley o a los estatutos, cuya gravedad implique afectaciones al orden público económico. En este caso, se prevé también que la Superintendencia tenga la facultad de designar al liquidador para que adelante el proceso correspondiente.

7. Capítulo séptimo. Procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia de Sociedades

En este capítulo se intenta redefinir algunas de las facultades de inspección, vigilancia y control, bajo pautas contemporáneas y adecuadas a las necesidades de fiscalización. Se recomienda, por lo tanto, un nuevo procedimiento de investigaciones administrativas más rápido y moder-

no, acompañado de un régimen sancionatorio adecuado a los tiempos que corren. Esta propuesta obedece a la observación empírica que demuestra que en muchos de los procedimientos actuales hay un rezago significativo. Se trata de evitar que importantes facultades de fiscalización se conviertan en trámites burocráticos sin mayor relevancia práctica y mínimo impacto social o económico. Se propone, por lo tanto, que algunos de estos procedimientos puedan cumplirse en audiencias verbales, de manera que el asunto se resuelva con la mayor celeridad. Para el efecto, las normas incluidas en esta iniciativa prevén que una vez que se presente una solicitud de investigación administrativa, la Superintendencia pueda citar a los investigados, a fin de que rindan sus explicaciones en forma verbal y presenten las pruebas que pretendan hacer valer, de manera tal que la determinación pueda adoptarse, preferiblemente, en el curso de la audiencia.

Por lo demás, se considera indispensable incrementar el monto de las sanciones, debido a que en la actualidad son de muy escasa cuantía. En efecto, conforme a la Ley 222 de 1995, el monto máximo de las multas que la Superintendencia puede imponer por violación a las disposiciones societarias es de 200 salarios mínimos mensuales vigentes. Como complemento de lo anterior, se proponen también criterios de graduación para que el sistema funcione bajo pautas adecuadas y equitativas. Lo que se intenta no es, desde luego, un régimen meramente represivo frente a la actividad de las sociedades. Se trata, más bien, de que las facultades de fiscalización que le han sido asignadas a la Superintendencia puedan ejercerse adecuadamente. Así mismo, se intenta que las normas de Derecho Societario alcancen un mayor grado de aplicación práctica, debido al efecto disuasorio que tienen las sanciones pecuniarias.

8. Capítulo octavo. Opresión de asociados minoritarios

Como complemento de las reglas previstas en materia de abuso del derecho, se sugiere la inclusión de un régimen adicional denominado “opresión de accionistas minoritarios”. En virtud de este sistema –inspirado en la legislación británica en materia de daños injustificados (*unfair prejudice*)–, se define la opresión como aquel conjunto de conductas concatenadas tendentes al menoscabo de los derechos que le corresponden a los accionistas minoritarios conforme a la ley. Cualquier afectado por

esta clase de conductas podría, por lo tanto, acudir a la Superintendencia de Sociedades, para que la entidad, en ejercicio de facultades jurisdiccionales, adopte las medidas que correspondan a partir de un catálogo de determinaciones previsto en el proyecto. Dentro de estas medidas se incluye, evidentemente, el reembolso de la participación del asociado y, en casos extremos, la disolución y liquidación de la sociedad.

Conclusiones

El análisis que antecede parece ser suficiente para demostrar la utilidad de introducir las reformas propuestas al régimen legal de las sociedades. En efecto, la extensión de ciertos beneficios propios de la sociedad por acciones simplificada a otros tipos de sociedad, el reemplazo del régimen de responsabilidad de administradores por un sistema más moderno y eficiente, la actualización de las facultades de la Superintendencia de Sociedades y del Registro Mercantil son asuntos de la mayor importancia en las condiciones actuales de la economía colombiana. Estos nuevos elementos, sumados a la actividad eficiente de la Superintendencia, seguramente permitirán que el denominado “Derecho en los libros”, pueda equipararse en un futuro próximo al “Derecho en la realidad”. El sistema quedaría completo si, además de un conjunto de normas sustantivas virtuosas se une a una vigorosa actividad de fiscalización y a un eficiente sistema de resolución de conflictos societarios.

Por lo demás, debe insistirse en que los esfuerzos continuados por mantener al día el régimen societario colombiano han sido fructíferos. La modernización del sistema legal en el que se desenvuelven los empresarios colombianos ha facilitado la inversión en múltiples emprendimientos y ha contribuido a la formalización de infinidad de unidades empresariales. Por lo demás, los avances de nuestro régimen societario han permitido darle notoriedad al Derecho Mercantil colombiano en el contexto internacional (como se demuestra, entre otras iniciativas, con la creación del Grupo de Trabajo Número 1 por parte de la UNCITRAL).

Es de esperar, por lo tanto, que este proyecto de ley pueda convertirse en una realidad tangible en poco tiempo, de manera que nuestro país siga distinguiéndose por ser uno de los más avanzados y eficientes en la producción y puesta en práctica de las normas de Derecho Societario.

Reforma al régimen de los administradores sociales

José Miguel Mendoza

I. Introducción

En 1995, con la promulgación de la Ley 222, se puso en marcha un nuevo régimen de deberes y responsabilidades a cargo de los administradores sociales de compañías colombianas. Las reglas de la Ley 222 introdujeron en nuestro sistema necesarias modificaciones de las normas que habían estado vigentes desde la expedición del Código de Comercio en 1971. Entre las novedades que trajo esa ley pueden mencionarse, a manera de ejemplo, el criterio del buen hombre de negocios que bajo el sistema aún vigente debe guiar las actuaciones de los administradores, las reglas de autorización de operaciones viciadas por conflictos de interés y la acciones de responsabilidad que permiten reclamar los perjuicios derivados de la inadecuada gestión de los negocios sociales.

A pesar del carácter innovador de estas reglas, la evidencia empírica disponible apunta a que el estatuto de los administradores introducido por la Ley 222 ha tenido escasa aplicación en la práctica. Sobre el precitado régimen se han publicado muchos más ensayos académicos que sentencias en las que se hicieran efectivos los postulados que rigen la actividad de los administradores. Esta penosa circunstancia, nada extraña en países latinoamericanos, puede obedecer a múltiples factores.¹

Es posible que la palpable indiferencia de los empresarios colombianos ante las reglas estudiadas se deba a la presencia omnímota de accionistas controlantes, incluso entre aquellas sociedades que negocian sus acciones en el mercado bursátil. Un accionista mayoritario cuenta tanto con los incentivos económicos para vigilar de cerca la actividad de los administradores como con la potestad legal para removerlos en cualquier momento. Ello quiere decir, simplemente, que la fiscalización ejercida por un controlante suele convertirse en el principal mecanismo para asegurar que los administradores obren con prudencia y lealtad. Esta circunstancia podría hacer innecesario recurrir al sistema judicial para resolver controversias entre los accionistas y los administradores.²

1 S Deakin y otros, *An End to Consensus? The Selective Impact of Corporate Law Reform on Financial Development*, (2011) ECGI Law Working Paper n.º 182.

2 No debe perderse de vista, sin embargo, que los accionistas mayoritarios suelen ocupar cargos en la administración social o, a lo menos, fungir como administradores de hecho. Cuando ello ocurra, el estatuto de los administradores cobrará vigencia para dirimir los conflictos que puedan presentarse entre el controlante y los accionistas minoritarios en cuanto la manera en que se conducen los negocios sociales.

Otra causa de la escasa aplicación del régimen de administradores colombiano puede derivarse de las conocidas dificultades de hacer efectivos principios de conducta ante las instancias judiciales.³ Según los preceptos de la Ley 222, los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. La consagración legal de estos estándares les impone a los jueces una exigencia de primer orden, vale decir, la de acometer un complejo estudio, con base en incontables elementos de prueba, para establecer si la gestión de los administradores se ajustó a los referidos patrones de conducta. Para entender las dificultades conceptuales que puede revestir un análisis de esta naturaleza, basta con consultar la experiencia judicial norteamericana en cuanto a los denominados *deberes fiduciarios de los administradores*. Las reglas que componen ese régimen surgieron a partir de incontables pronunciamientos jurisprudenciales en los que se transpusieron antiguas normas de comportamiento en relaciones fiduciarias (*trust*) en el contexto del derecho societario.⁴ Mediante una intensa labor judicial emprendida desde el siglo XIX tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, se delimitaron con precisión algunas reglas de comportamiento y se fijaron los trámites que habrían de seguirse para controvertir las actuaciones de los administradores. En años más recientes, este sistema ha encontrado su máxima expresión en los desarrollos judiciales del estado de Delaware, cuya Corte de Cancillería ha trazado líneas de conducta que deben atenderse en el curso de complejas operaciones societarias, acompañadas de novedosos requisitos procesales para comprometer la responsabilidad de los administradores.⁵ Con estos antecedentes en mente, es apenas razonable esperar que la simple transcripción de principios de conducta en una

-
- 3 Es relevante consultar la diferencia que existe entre las medidas de fiscalización con efectos ex ante y ex post, según las consideraciones presentadas en el Auto No. 801-17366 del 10 de diciembre de 2012, emitido por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles. Cfr. también a RJ Gilson y A Schwartz, *Constraints on Private Benefits of Control: Ex Ante Control Mechanisms versus Ex Post Transaction Review*, (2012) Yale Law and Economics Research Paper n.º 455.
 - 4 K Pistor y C Xu, *Fiduciary Duty in Transitional Civil Law Jurisdictions: Lessons From the Incomplete Law Theory* (2002) ECGI Law Working Paper n.º 1.
 - 5 Cfr., por ejemplo, las sentencias emitidas en los casos de Zapata Corp. v. Maldonado (430 A.2d 779, 787 (Del. 1981), Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co. (493 A.2d 946 (Del. 1985), Revlon Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings Inc. (506 A.2d 173 (Del. 1986) y Paramount Communications Inc. v. Time Inc. (571 A.2d 1140 (Del. 1989).

norma positiva sea insuficiente para asegurar su utilidad práctica.⁶ Tras una rápida lectura de cualquier sentencia emitida por la Corte de Cancillería, queda bastante claro que la efectividad de las pautas que rigen la actuación de los administradores depende, principalmente, del ejercicio activo de la función judicial. No es extraño, pues, que los conocidos problemas que aquejan a nuestro sistema judicial puedan haber incidido en la escasa ejecución del régimen de administradores contenido en la Ley 222 de 1995.⁷

Pero quizás la principal razón detrás de la inutilidad del régimen de administradores se encuentra en el diseño de las reglas contenidas en la Ley 222. Es bien sabido que el compendio de normas que rige la conducta de estos funcionarios no sólo debe adaptarse a las realidades económicas del país en que habrá de implementarse, sino que, además, debe estar confeccionado para que tanto las cortes como los usuarios del sistema judicial puedan hacer uso de él con alguna facilidad.⁸ El problema radica entonces en que varias de las reglas de la Ley 222 fueron concebidas de tal forma que se ha hecho inviable su aplicación en la práctica. Esta circunstancia puede apreciarse, con particular claridad, en los problemas de interpretación en torno al patrón de conducta del *buen hombre de negocios*, los vacíos en la regulación de conflictos de interés y el defectuoso sistema de aprobación previsto para las acciones sociales de responsabilidad. Por las razones que se explicarán más adelante, estas imperfecciones normativas han llevado a que, en la mayoría de los casos, el régimen de administradores de la Ley 222 sea irrelevante para la resolución de los conflictos que se presentan en sociedades colombianas.

En este breve artículo se examina el estado de las normas sobre administradores que trae la Ley 222 de 1995, como un punto de partida para explicar los cambios propuestos en el proyecto de ley de sociedades que acompaña esta obra. Muchas de las conclusiones presentadas en este texto se nutren de la experiencia de la Delegatura de Procedimientos

6 RJ Gilson y A Schwartz (2012).

7 Para un análisis de los principales indicadores de administración de justicia en Colombia, cfr. Corporación Excelencia en la Justicia, Aproximación a la Historia de una Década de Transformaciones de la Justicia Colombiana (2013).

8 R Pound, *Law in the Books and Law in Action* (1910) 44 AM L REV 12.

Mercantiles de esta entidad al intentar darle algún efecto práctico al régimen vigente sobre administradores. No puede perderse de vista, en este orden de ideas, la necesaria retroalimentación que ha de existir entre la jurisprudencia societaria y la legislación que se promulgue sobre la materia.⁹

II. Acerca del deber de diligencia y la deferencia al criterio de los administradores

Como lo ha reconocido esta Superintendencia en múltiples pronunciamientos, las normas que gobiernan las actuaciones de los administradores buscan promover un delicado equilibrio entre la discreción 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.¹⁰ Para Davies, por ejemplo, “una de las cuestiones de mayor trascendencia en el derecho societario es el diseño de pautas que puedan constreñir las actuaciones indebidas de los administradores, sin que tales reglas limiten la autonomía de estos funcionarios en forma tal que pueda reducirse la eficiente operación de los negocios sociales”.¹¹

En la legislación colombiana, este necesario equilibrio entre la discreción y la responsabilidad de los administradores encuentra consagración legal en lo expresado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, según el cual tales sujetos deben obrar “con la diligencia de un buen hombre de negocios”. Si bien es cierto que este patrón de conducta apunta a un alto grado de diligencia, también lo es que la expresión *buen hombre de negocios* lleva implícita la idea de que los administradores están llamados a asumir riesgos que no serían propios de un buen padre de familia.¹²

9 Sobre este punto, cfr. a FH Reyes Villamizar, Derecho Societario en los Estados Unidos y la Unión Europea (2013a, 4.ª ed, Legis Editores, Bogotá).

10 Las explicaciones que se presentan en el texto principal fueron formuladas en los casos de Luque Torres Ltda. (sentencia n.º 800-52 del 1º de septiembre de 2014) y Pharmabroker S.A. (sentencia n.º 801-72 del 11 de diciembre de 2013).

11 PL Davies, Principles of Modern Company Law (2008, 8ª ed, Sweet & Maxwell, Londres) 476.

12 Esta idea, de escaso reconocimiento en la doctrina local, ha sido expresada por Reyes Villamizar en los siguientes términos: “Mientras que la actividad empresarial está relacionada con la asunción de riesgos, las circunstancias de la vida familiar, a las que está expuesto el

La noción de que el buen hombre de negocios debe asumir riesgos para acrecentar el patrimonio social es uno de los principales fundamentos de la denominada “regla de la discrecionalidad” (*business judgment rule*). Bajo esta regla, concebida en la jurisprudencia anglosajona, los jueces deben abstenerse de auscultar las decisiones adoptadas por los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios.¹³ Esta deferencia judicial ante el criterio de los administradores busca que tales sujetos cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales, sin temor a que su gestión sea juzgada, *a posteriori*, por los resultados negativos de sus decisiones.¹⁴ 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.¹⁵ Así mismo, 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 las operaciones o inversiones que debió haber hecho la compañía en ese momento. Además de la evidente complejidad que conlleva este análisis, una intervención judicial de esta naturaleza atentaría gravemente contra la autonomía de la sociedad para gestionar sus emprendimientos industriales o comerciales”.¹⁶ En síntesis, pues, los administradores no podrían actuar como *buenos hombres de negocios* si las cortes deciden escudriñar las decisiones que tales sujetos adopten en el curso de los negocios sociales.¹⁷

padre de familia, están más bien ligadas a la prevención del riesgo”. FH Reyes Villamizar, SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada (2013b, 3ª Ed, Legis Editores, Bogotá) 152.

- 13 En las sentencias emitidas por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles se ha procurado respetar la discreción de los administradores sociales, siempre que no hubiere mediado alguna actuación irregular o violatoria del deber de lealtad. Cfr., en este sentido, el caso de Pharmabroker S.A.S. (sentencia n.º 801-72 del 11 de diciembre de 2013).
- 14 WT Allen, JB Jacobs y LE Strine, *Realigning the Standard of Review of Director Due Care With Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom and Its Progeny as a Standard of Review Problem* (2002) 96 NORTHWESTERN UNIV L REV 2, 449.
- 15 MA Eisenberg, *The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law* (1994) 62 FORDHAM L REV 445.
- 16 Id. 447.
- 17 Existen numerosas otras razones que justifican la procedencia de la regla de la discrecionalidad en el contexto societario. Por ejemplo, se ha dicho que, en las sociedades abiertas, la disciplina de mercado que impone la posible depresión en el precio de las acciones crea suficientes incentivos para que los administradores se comporten adecuadamente (FH Easterbrook y D Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (1991, Harvard University

A pesar de lo anterior, el patrón de conducta del *buen hombre de negocios* a que alude la Ley 222 ha sido interpretado principalmente en el sentido de que han de endilgárseles altísimas responsabilidades a las personas encargadas de administrar la empresa social. Para la Corte Constitucional, por ejemplo, “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”.¹⁸ Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en que la conducta de los administradores debe ceñirse, en un todo, a los postulados que rigen la graduación de las culpas en el Código Civil.¹⁹ Según el criterio de algunos autores, esta postura jurisprudencial no deja cabida para que en Colombia se respeten las decisiones objetivas de los administradores al amparo de la regla de la discrecionalidad.²⁰

Para zanjar posibles problemas de interpretación en cuanto a la intervención judicial en la gestión de los administradores, en el proyecto de ley se han recogido los principios en los que se funda la regla de la discrecionalidad en una nueva formulación del deber de cuidado, así como en la denominada *deferencia al criterio empresarial de los administradores*. Por una parte, en el artículo 14 del proyecto se establece que “el administrador deberá cumplir sus funciones con la diligencia que una persona prudente juzgaría razonable a la luz de las circunstancias propias de cada decisión”. Esta nueva concepción del deber de diligencia, explicada con detalle por el Superintendente de Sociedades en este mismo volumen, busca zanjar los conflictos de interpretación que pueden

Press, Boston) 244). Con todo, esta justificación pierde toda su fuerza en sociedades cerradas o, incluso, en compañías que cotizan sus acciones en mercados ineficientes e ilíquidos en los que la información acerca de la conducta de los administradores sociales no tiene un impacto sobre el precio de las acciones. Para un análisis sobre la procedencia de la regla de la discrecionalidad en sociedades cerradas, cfr. a RA Peeples, *The Use and Misuse of the Business Judgment Rule in the Close Corporation* (1985) 60 NOTRE DAME L REV 456.

18 Sentencia C-123/06. En sentido análogo puede verse la Sentencia T-450/11, emitida por la misma Corporación.

19 Sentencia del 30 de marzo de 2005.

20 LF Sabogal, *El Margen Discrecional de los Administradores en Colombia: Es Aplicable la ‘Regla del Buen Juicio Empresarial’ Business Judgment Rule (bjr) en el Ámbito de su Deber de Diligencia?* (2012) 11 E-MERCATORIA 1.

presentarse bajo la vigencia del patrón de conducta del *buen hombre de negocios* contemplado en la Ley 222.

De otra parte, los elementos esenciales de la regla de la discrecionalidad se han plasmado en el artículo 17 del proyecto, en el cual se expresa que “los jueces respetarán el criterio adoptado por los administradores en la toma de las decisiones relacionadas con el ejercicio de su cargo, siempre y cuando que tales determinaciones correspondan a un juicio razonable y suficientemente informado”. Esta formulación normativa busca, como regla general, que las decisiones de negocios de los administradores queden a salvo de revisiones judiciales *ex post*. Ello no significa, por supuesto, que la gestión de tales personas quede exenta de controles legales en el nuevo régimen. En efecto, bajo las normas propuestas, el principio de deferencia puede entenderse como una presunción refutable que tan sólo cobrará vigencia cuando se cumplan determinados presupuestos que han sido delimitados con precisión en el proyecto de ley, según se explica a continuación.²¹

1. La deferencia de los jueces tan sólo cobija las decisiones que hubieren adoptado los administradores en ejercicio de sus funciones

El primero de los presupuestos que debe estar presente para invocar el principio de deferencia consiste en que debe existir una decisión adoptada deliberadamente por un administrador. Como se busca precisamente proteger el juicio de estos funcionarios, es evidente que el principio de deferencia tan sólo podrá hacerse efectivo en aquellas hipótesis en las que un administrador hubiere ejercido su criterio de negocios para adoptar una decisión en un sentido determinado. Lo anterior quiere decir que los jueces no podrán tolerar la simple omisión en el ejercicio de las funciones del administrador, ni condonar descuidos negligentes por parte de tales personas. Por ejemplo, aunque es perfectamente legítimo que los administradores decidan abstenerse de participar en una licitación pública, será reprobable que la compañía no pueda participar en tal proceso debido a que un administrador no presentó los documentos correspondientes a tiempo.

21 Para una discusión de la idea de que la regla de la discrecionalidad opera, en la práctica, como una presunción refutable, cfr. a A Palmiter y F Partnoy, *Corporations: A Contemporary Approach* (2010, West Publishing, St. Paul, Min.) 543.

2. Las decisiones deben obedecer a un juicio razonable y suficientemente informado

La deferencia a que se alude en el proyecto de reforma tampoco comprende las decisiones irrazonables de los administradores, ni aquellas que se hubieren adoptado sin la información requerida para tal efecto. La exigencia de que la decisión sea *razonable* atiende a la posibilidad de que la conducta del administrador fuera a tal grado insensata que se justificara un escrutinio judicial de su gestión.²² Con este requisito se pretende excluir del alcance del principio de deferencia todas aquellas actuaciones que no pudieran ser explicadas satisfactoriamente por los administradores.²³ Se busca, además, que los administradores cuenten con suficientes elementos de juicio para formarse una opinión adecuada sobre las decisiones que deban tomar. Para ello, los administradores deberán llevar a cabo un análisis meditado acerca del volumen de información que requieran para aprobar una determinación en ejercicio de sus cargos.²⁴

3. No puede haber mediado una violación del deber de lealtad

Según se ha reconocido ampliamente en el derecho societario comparado, la deferencia judicial ante el criterio de los administradores no tiene cabida cuando se ha presentado una violación del deber de lealtad.²⁵ Ello se debe a que las infracciones a esta pauta de conducta conllevan siempre diferencias insalvables entre los intereses de los administradores y los de la sociedad en que tales personas ejercen sus funciones.²⁶

22 Para una discusión sobre la manera en que este criterio de irracionalidad ha sido interpretado en la jurisprudencia societaria estadounidense, cfr. a S Bainbridge (2009) 114 a 115.

23 Puede pensarse que este presupuesto es similar al requisito de racionalidad previsto para que pueda invocarse la protección de la regla de la discrecionalidad en algunos estados de la Unión Americana. Sobre este particular, resultan particularmente ilustrativas las explicaciones formuladas en MA Eisenberg, Background Study for the California Law Revision Commission on Whether the Business-Judgment Rule Should Be Codified (1995) 40 a 45.

24 Resulta relevante consultar las apreciaciones de Bainbridge sobre la información con la que deben contar con los administradores para que pueda solicitarse la protección de la regla de la discrecionalidad en los Estados Unidos (id.) 119 a 122.

25 CR O'Kelley y RB Thompson, Corporations and Other Business Associations: Cases and Materials (6ª ed., 2010, Aspen Publishers, Nueva York) 265 a 323.

26 Por esta razón, los jueces del Estado de Delaware concentran buena parte de su atención en reprender violaciones del deber de lealtad. Sobre este particular, es relevante consultar las explicaciones presentadas por el Juez Holland de la Corte Suprema de Delaware ante el Instituto de Derecho y Economía de la Universidad de Pennsylvania (Delaware Directors' Fiduciary Duties: The Focus on Loyalty (2008), disponible en la siguiente dirección: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1334&context=jbl>).

Es así como una violación del deber de lealtad hace forzosa la intervención de los jueces en los asuntos internos de una sociedad, en tanto en cuanto el juicio objetivo de los administradores puede haberse visto comprometido. Es claro, pues, que cuando se compruebe judicialmente una violación del deber de lealtad no podrá invocarse la protección que ofrece el principio de deferencia descrito en el proyecto.

4. El principio de deferencia no cobija actuaciones ilegales o de mala fe

Como es evidente, los administradores que hubieren actuado de mala fe o en violación de la ley no podrán escudarse en el principio de deferencia para defender su conducta.

III. Acerca del régimen de conflictos de interés

Las normas que regulan los conflictos de interés en el ámbito societario revisten vital importancia para el ordenamiento económico.²⁷ En incontables estudios empíricos se ha puntualizado que la distracción de recursos sociales mediante la celebración de operaciones con vinculados es el principal mecanismo de expropiación de accionistas minoritarios.²⁸ Para entender cuál es el sustento de esta afirmación, puede pensarse en la suscripción de un contrato de compraventa entre una compañía y su accionista mayoritario. En este caso, el controlante podrá, por virtud de su influencia sobre la gestión de la compañía, incidir en la determinación de las condiciones del negocio jurídico propuesto. Esta potestad le permitirá, si así se lo propone, fijar en el contrato un precio que incremente su patrimonio personal, en detrimento de la sociedad.

Sin embargo, también existe consenso en torno a la idea de que las operaciones viciadas por conflictos de interés no son necesariamente per-

27 FH Reyes Villamizar, *Análisis Económico del Derecho Societario* (2013c, 2.^a ed., Editorial Legis, Bogotá); S Djankov y otros, *The Law and Economics of Self-Dealing* (2008) 88 JEL 430. Las explicaciones que se presentan en esta sección fueron formuladas en los casos de *Loyalty Marketing Services S.A.S.* (sentencia n.º 800-29 del 14 de mayo de 2014) y *Luque Torres Ltda.* (sentencia n.º 800-52 del 1º de septiembre de 2014).

28 RJ Gilson y A Schwartz (2012); J Armour, H Hansmann y R Kraakman, *Agency Problems and Legal Strategies* en R Kraakman y otros (eds.), *The Anatomy of Corporate Law* (2009, OUP, Oxford) 35.

judiciales para una sociedad.²⁹ En compañías cerradas, la proscripción absoluta de operaciones con accionistas o administradores podría, incluso, ser nociva para la gestión de los negocios sociales.³⁰ Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en el caso de SAC Estructuras Metálicas S.A., en el cual esta Superintendencia examinó diversos contratos de mutuo celebrados entre la sociedad demandante y sus antiguos administradores. En vista de la frágil situación financiera de SAC Estructuras Metálicas S.A., los referidos funcionarios decidieron obtener créditos bancarios a título personal, para luego prestarle tales recursos a la compañía. En esa oportunidad, la Superintendencia concluyó que los administradores demandados obraron en concordancia con los mejores intereses de SAC Estructuras Metálicas S.A., a pesar de haber violado el régimen colombiano sobre conflictos de interés.

En síntesis, a pesar de que los negocios jurídicos viciados por conflictos de interés pueden usarse para distraer recursos sociales, es perfectamente factible que tales operaciones le reporten importantes beneficios a una compañía. De ahí que las normas societarias que regulan la materia busquen evitar que estas operaciones se conviertan en simples instrumentos de expropiación, sin que se pierda la utilidad potencialmente derivada de la celebración de negocios entre sujetos vinculados. Para lograr este objetivo, es indispensable que en el régimen legal correspondiente se definan con claridad las hipótesis fácticas que pueden dar lugar a un conflicto de interés.³¹ También es necesario que las reglas en cuestión prevean un sistema que permita fiscalizar aquellas operaciones en las que los administradores cuenten con un interés particular.³² A continuación se presenta un breve análisis de cada uno de estos elementos, a la luz de la legislación vigente y las propuestas formuladas en el proyecto de ley.

29 A Pacces, Control Matters: Law and Economics of Private Benefits of Control, ECGI Working Paper No.131/2009 (2011).

30 Z Goshen, The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality (2003) 91 Cal. L. Rev. 400.

31 L Enriques, Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (with a Critique of the European Commission Proposal) (2015) 16 EUR BUSS ORG L REV 1.

32 Id.

1. Definición de conflictos de interés

Aunque el ordenamiento colombiano es bastante claro en cuanto al procedimiento que debe seguirse ante el surgimiento de un conflicto de interés, no existe una definición legal que permita determinar cuándo se produce un conflicto de esta naturaleza en el contexto societario.³³ Este vacío es bastante problemático para los administradores sociales, debido a que tales sujetos no tienen absoluta claridad acerca de las hipótesis que pueden dar lugar a un conflicto de interés. Esta incertidumbre, sumada a las severas sanciones por la violación de la regla contenida en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995—incluida la posible inhabilidad para ejercer el comercio, en los términos del Decreto 1925 de 2009—puede tener un efecto desalentador sobre la gestión de los administradores. El vacío referido también les impone una abrumadora carga a los jueces, quienes estarán obligados a determinar, en cada caso, si han mediado supuestos de hecho que podrían dar lugar a un conflicto de interés.³⁴

En este orden de ideas, es posible que un interés conflictivo pueda identificarse con facilidad, como ocurre cuando el representante legal recibe un préstamo de la sociedad en la que ejerce sus funciones. En este caso confluyen en cabeza del administrador dos intereses contrapuestos, vale decir, su interés personal como mutuuario y el interés de la compañía, en calidad de mutuante, que ese funcionario debe proteger por expresa disposición del artículo 23 de la Ley 222. Mientras que el interés de la compañía es obtener la máxima tasa de interés permitida y las más sólidas garantías disponibles, el interés personal del administrador que recibe el préstamo apunta en el sentido exactamente contrario. Es evidente entonces que el representante legal no puede satisfacer ambos objetivos en el momento de celebrar el correspondiente negocio jurídico. En vista de que esta circunstancia claramente compromete el ejercicio

33 Si bien en la legislación colombiana no se ha definido la expresión conflicto de interés, esta Superintendencia presentó algunas consideraciones relevantes sobre la materia en la Circular Externa n.º 100-6 del 25 de marzo de 2008. También puede verse a FH Reyes Villamizar (2013b) 161 y a NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario: Regulación Comercial y Bursátil de los Contratos Societarios (2.ª ed., 2014, Bogotá, Editorial Legis) 193.

34 El análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido (cfr. sentencia n.º 800-52 del 1.º de septiembre de 2014).

objetivo de las facultades del administrador, la celebración del estudiado contrato de mutuo deberá sujetarse a las reglas contempladas en la Ley 222 sobre conflictos de interés.

El conflicto explicado en el párrafo anterior no desaparece por el simple hecho de que el representante legal se abstenga de participar directamente en la operación como mutuario. Puede ocurrir, por ejemplo, que no sea el administrador quien reciba el préstamo, sino una compañía controlada por ese sujeto. Bajo esta hipótesis, el representante legal también debe obtener las mejores condiciones financieras para la compañía mutuante, pero, a diferencia del caso anterior, no representa al mutuario en la negociación de los términos contractuales del préstamo. Es obvio, sin embargo, que la celebración de este contrato de mutuo sí da lugar a un conflicto de interés. En verdad, el administrador no puede representar adecuadamente los intereses de la compañía mutuante, debido a que cuenta con un interés económico significativo en la sociedad que recibe el préstamo. Al verse menoscabada la capacidad del representante legal para velar por los intereses de la sociedad que hace el préstamo, deberían aplicarse las reglas de la Ley 222 sobre operaciones conflictivas. Sin embargo, bajo la regla del citado numeral 7, parecería necesario acreditar ante las instancias judiciales la interposición de la persona jurídica en cuestión, para lo cual deberá satisfacerse una elevada carga probatoria.³⁵

En algunos casos el administrador incurso en un conflicto no participa, en ninguna calidad, en la celebración del respectivo negocio jurídico. Retomando el ejemplo del contrato de mutuo, es posible que un miembro principal de la junta directiva de la compañía mutuante también sea propietario del 100% de las acciones de la sociedad que recibe el dinero. Si el correspondiente contrato no debiera ser examinado por la junta directiva de la compañía que hace el préstamo, el director en cuestión no tendría la oportunidad de participar en la celebración de ese negocio jurídico. Es decir que el administrador mencionado no podría determinar las condiciones bajo las cuales se celebraría la respectiva operación. Sin embargo, los intereses en conflicto subsisten aunque el director no participe en la celebración de este contrato de mutuo. En efecto, el aludido miembro de la junta directiva está obligado legalmente a velar por los

35 Cfr. sentencia n.º 801-55 del 16 de octubre de 2013.

intereses de la sociedad mutuante. Al mismo tiempo, como accionista de la sociedad mutuaría, el director en comento tiene un interés económico en procurar que los términos del contrato de mutuo favorezcan a esta última compañía. La concurrencia de estos intereses contrapuestos suele ser suficiente para que en otros sistemas legales se predique un conflicto de interés, siempre que el director conozca de la existencia del respectivo negocio jurídico.³⁶ Aunque según las reglas de la Ley 222 no es del todo claro si el administrador en comento estaría incurso en un conflicto de interés, bajo la mayoría de los ordenamientos societarios contemporáneos los directores que se encuentren en la hipótesis fáctica antes descrita estarían obligados a revelar la presencia de un conflicto aunque no participen en la decisión concerniente.³⁷ Ello podría justificarse por la posibilidad de que el director incida informalmente en la negociación de los términos contractuales del préstamo, lo cual podría ocurrir, por ejemplo, por virtud de su injerencia sobre la actividad del representante legal de la compañía mutuante.

Los anteriores ejemplos dan cuenta de algunas de las dificultades conceptuales que representa la tarea de identificar conflictos de interés cuando no se cuenta con una definición suficientemente clara. Debe insistirse en que este vacío legal de la Ley 222 no sólo hace más ardua la labor de los jueces, sino que, además, genera incertidumbre para los empresarios, quienes deberán emprender un complejo análisis para establecer si se encuentran incursos en tal conflicto. Para atender a estos problemas, en el proyecto se ha propuesto modificar las reglas sobre conflictos de interés contempladas en el ordenamiento colombiano, con base en la experiencia internacional sobre la materia.³⁸

36 Bajo las reglas del capítulo F de la Ley Tipo de Sociedades de Capital (“Model Business Corporation Act” o mbca) estadounidense, el director descrito en el ejemplo del texto principal estaría incurso en un conflicto de interés si tuvo conocimiento del préstamo, aunque no participe en las negociaciones para fijar los correspondientes términos contractuales (Cfr. el artículo 8.60 de la Ley Tipo de Sociedades de Capital y el numeral 3 del correspondiente comentario oficial).

37 Cfr. el artículo 8.60 de la Ley Tipo de Sociedades de Capital. Para el caso del Reino Unido, puede verse a PL Davies (2008) 529 a 538 y a D Kershaw, *Company Law in Context* (2.^a ed., 2012, Oxford University Press) 476 a 513.

38 Entre las fuentes más relevantes que pueden consultarse sobre esta materia se encuentran las explicaciones formuladas en los comentarios oficiales al Capítulo F de la Ley Tipo de Sociedades de Capital estadounidense, así como lo expresado por L Enriques (2015). También es pertinente aludir al estudio presentado por la Organización para la Cooperación y el

Una posibilidad para remediar el vacío a que se ha hecho referencia consistiría simplemente en habilitar a los jueces para establecer si, en un caso determinado, existen relaciones económicas o personales que pudiesen entorpecer el discernimiento objetivo de los administradores. Aunque este sistema de determinación *ex post* es suficientemente flexible para abarcar las variopintas situaciones en que se suscitan conflictos de interés, pueden vislumbrarse al menos dos problemas para su aplicación práctica en Colombia. En primer lugar, las complejidades propias de la actividad empresarial harían excesivamente difícil la labor de los jueces.³⁹ Bajo un sistema de adjudicación *ex post*, los jueces estarían obligados a determinar, para cada caso, si median circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido. Como lo ha explicado esta Superintendencia, un análisis judicial de esta naturaleza puede ser realmente problemático cuando el conflicto se deriva de vínculos filiales de diverso grado o está fundado en la participación minoritaria del administrador en el capital de compañías que contraten con la sociedad en la que tal sujeto ejerza sus funciones.⁴⁰ En segundo lugar, un sistema *ex post* no haría desaparecer la incertidumbre de los administradores sociales, quienes carecerían de reglas claras para orientar su conducta ante posibles conflictos de interés.

Por este motivo, en el proyecto de reforma se propone un sistema mixto que combina elementos de definición *ex ante* con la posibilidad de que los jueces emprendan una revisión *ex post* en ciertas hipótesis. En primer lugar, se ha procurado reducir el espacio para la intervención judicial mediante la enunciación taxativa de los supuestos fácticos que pueden dar lugar a un conflicto de interés.⁴¹ Según el primer numeral del artículo 19 del proyecto, “habrá conflicto de interés cuando el administrador o una persona a él vinculada participe en cualquier acto o negocio en que sea parte la sociedad en que ejerce sus funciones o sus subordinadas”. Además del evidente conflicto que se presenta cuando el administrador contrata con la compañía, esta primera hipótesis abar-

Desarrollo Económico (OCDE) en el documento intitulado Related Party Transactions and Minority Shareholder Rights (2012).

39 Resultan relevantes, en este sentido, las explicaciones formuladas en la introducción al comentario oficial del artículo 8.60 de la Ley Tipo de Sociedades de Capital (mbca, 152 a 154).

40 Cfr. sentencia n.º 800-52 del 1.º de septiembre de 2014.

41 A Palmiter y F Partnoy (2010) 634.

ca también aquellos casos en los que el negocio jurídico respectivo sea celebrado por una persona que tenga algún vínculo significativo con el administrador. Para estos efectos, en el artículo 20 del proyecto se ha delimitado el alcance de la expresión *personas vinculadas* de conformidad con una rigurosa taxonomía en la que pueden encontrarse sujetos ligados al administrador por vínculos de parentesco, tales como los padres y hermanos del administrador, al igual que personas jurídicas con las que el administrador tenga alguna relación sustancial, como ocurre en el caso de compañías sujetas a su control o aquéllas en las que detente también la calidad de administrador.⁴² También se ha incluido en la definición de *personas vinculadas* a los accionistas controlantes de la sociedad en la que el administrador ejerce sus funciones. Esta medida, acompañada a la clara ascendencia que tienen los accionistas controlantes sobre la gestión de los administradores sociales, permitirá hacerles extensivo el régimen de conflictos de interés a las operaciones celebradas entre sociedades vinculadas (*related party transactions*).

La enumeración taxativa de *personas vinculadas* que trae el proyecto busca reducir la incertidumbre asociada a la necesidad de que un juez determine, en todos los casos, cuándo se ha presentado un conflicto de interés por la concurrencia de una persona ligada al administrador por vínculos de diferente índole.⁴³ Bajo el primer numeral del artículo 19 del proyecto, habrá entonces un conflicto de interés siempre que el administrador o alguna de las personas mencionadas en el artículo 20 celebre una operación con la sociedad en la que aquél ejerza sus funciones.

En segundo lugar, el sistema propuesto en el proyecto de ley deja algún espacio para la intervención judicial en el momento de definir la existencia de un conflicto de interés. Se trata de la prescripción normativa prevista en el segundo numeral del artículo 19 del proyecto, según el cual “habrá conflicto de interés cuando el administrador o una persona a él vinculada tenga un interés económico sustancial en cualquier acto o negocio en que sea parte la sociedad en que ejerce sus funciones o sus subordinadas”. La definición de *interés económico sustancial* incluida en el proyecto se concreta en la existencia de prerrogativas

42 Esta lista se nutre parcialmente de las consideraciones presentadas por esta Superintendencia en la Circular Externa n.º 100-6 del 25 de marzo de 2008.

43 Para una crítica de este sistema, cfr. a S Bainbridge (2009) 150.

económicamente apreciables que puedan comprometer la objetividad del administrador, como ocurriría, por ejemplo, si tal sujeto recibe una comisión por la venta de un activo social o tiene una participación accionaria mayoritaria en una compañía que compra ese bien.⁴⁴ En estos casos, la intervención del juez será necesaria para establecer si, respecto de una operación determinada, los administradores o sus personas vinculadas cuentan con un interés económico que cumpla con la definición contemplada en el proyecto. Este mecanismo de adjudicación *ex post* busca dotar al sistema de alguna flexibilidad para que el juez pueda identificar conflictos que no encajen dentro de la definición del primer numeral del artículo 19 antes citado.

Como puede apreciarse en los párrafos anteriores, las reglas contempladas en la reforma buscan aliviar la carga judicial en la detección de conflictos de interés y permitir que los empresarios puedan identificar con alguna precisión las circunstancias fácticas que pueden representar una violación de las normas que rigen esa materia.⁴⁵

2. Sistema de fiscalización

El segundo elemento que debe contener un régimen legal sobre la materia estudiada consiste en la modalidad de fiscalización que podrá ejercerse sobre las operaciones celebradas por administradores incurso en un conflicto de interés. Según lo explicado hace algunas páginas, la finalidad de las reglas que se diseñen para tal efecto debe ser evitar que estas operaciones se conviertan en simples instrumentos de expropiación, sin que se pierda la utilidad potencialmente derivada de la celebración de negocios en los que se presente un conflicto.

Quizás el sistema de fiscalización más sofisticado sobre la materia pueda encontrarse en el estado de Delaware en los Estados Unidos. En las compañías constituidas conforme a las leyes de ese estado, los administradores cuentan con absoluta discreción para celebrar operaciones viciadas por conflictos de interés. Sin embargo, la Corte de Cancillería suele ejercer un cercano escrutinio judicial para establecer si tales ope-

44 Cfr. artículo 8.60 (5) de la Ley Tipo de Sociedades de Capital. En el comentario oficial a este artículo se precisa que la participación accionaria debe ser significativa (Cfr. mbca, 160 a 161).

45 S Bainbridge (2009) 145 a 151.

raciones le generaron perjuicios a la sociedad.⁴⁶ Tras detectarse un posible conflicto de interés, la Corte de Cancillería puede escoger entre examinar la operación bajo el más estricto criterio de revisión judicial (*entire fairness test*) o invocar la regla de la discrecionalidad (*business judgment rule*) para abstenerse de auscultar la decisión correspondiente.⁴⁷ La definición del criterio que usará la Corte (*entire fairness test* o *business judgment rule*) dependerá de la naturaleza de la operación, las partes que participaron en ella y el procedimiento que se siguió para aprobarla.⁴⁸ Es usual que la Corte fundamente su decisión en circunstancias tales como la celebración de operaciones con los accionistas controlantes, la ratificación por comités especiales de miembros independientes de la junta directiva y la aprobación impartida por una mayoría de accionistas que no tengan un interés directo en la respectiva operación.⁴⁹

La complejidad del análisis requerido para establecer bajo qué pauta de revisión judicial ha de examinarse la decisión correspondiente hace poco recomendable este sistema por fuera de la sofisticada jurisdicción del estado de Delaware. Por tratarse de una medida de fiscalización estrictamente *ex post*, la precitada solución al problema de los conflictos de interés les impone a los jueces la necesidad de llevar a cabo un detallado análisis de las operaciones objeto de controversia. Para evitar esta pesada carga judicial, en muchos países se ha optado por introducir mecanismos de autorización en los que se procura conferirles a los asociados la potestad de determinar si ha de celebrarse la operación correspondiente. Este sistema alivia la labor de los jueces al trasladarles a los principales interesados en proteger el patrimonio social la fisca-

46 J Armour, JB Jacobs y C Milhaupt, A Comparative Analysis of Takeover Regimes in the US, UK and Japan (2010) Columbia Law and Economics Working Paper No. 377.

47 Para una explicación del sofisticado régimen empleado en el Estado de Delaware para fiscalizar operaciones en las que medie un conflicto de interés, cfr. a V Atanasov, B Black y C Ciccotello, Self-dealing by Corporate Insiders: Legal Constraints and Loopholes (2011) Northwestern University Law and Economics Research Paper n.º 7.

48 Con base en estos criterios, la Corte de Cancillería también podría decidir reasignar las cargas probatorias que le corresponden a las partes, como se explicó en el caso de Kahn v. Lynch Communication Systems (638 A.2d 1110, 1994).

49 Cfr., por ejemplo, las sentencias emitidas en los casos de Kahn v. Lynch Communication Systems (id.), Cinerama, Inc. v. Technicolor (663 A.2d 1156, 1995) e In re Crimson Exploration Inc. Shareholder Litigation (8541-VCP 2014). Para un resumen los pronunciamientos más relevantes emitidos por la Corte de Cancillería sobre el particular, puede verse el informe disponible en la siguiente dirección: <http://www.gibsondunn.com/publications/Documents/MAReport-Determining-Likely-Standard-of-Review-Applicable-to-Board-Decisions-in-Delaware-MA-Transactions.pdf>

lización sobre todos aquellos negocios jurídicos en los que medie un conflicto. Es así como, bajo este sistema, deberá obtenerse la aprobación del máximo órgano social antes de que pueda perfeccionarse un negocio jurídico de la naturaleza en cuestión. También es factible que la autorización pueda ser impartida por otros órganos, incluida la junta directiva de la sociedad. En Francia, por ejemplo, es preciso contar con la anuencia tanto de la junta directiva como de la asamblea general de accionistas para poder celebrar operaciones en las que un administrador o un asociado tengan un interés.⁵⁰ De realizarse una operación sin la autorización requerida para el efecto, podrá solicitarse la nulidad de los negocios jurídicos correspondientes, siempre que se demuestre que la compañía resultó perjudicada por el acto o contrato celebrado.⁵¹

El sistema previsto en la Ley 222 de 1995 combina la obligación de surtir un trámite de autorización con la posibilidad de solicitar la revisión judicial de operaciones viciadas por un conflicto. Según lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores deben “abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros [...] en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses”. Al igual que en Francia, en nuestro sistema jurídico les corresponde a los accionistas, reunidos en el seno del máximo órgano social, la aprobación de todas aquellas operaciones en las que se presente un conflicto de la naturaleza indicada.⁵²

Sin embargo, el sistema de la Ley 222 ha sido de escasa utilidad para hacerle frente a la distracción irregular de activos sociales. Ello se debe a que la autorización a que alude el referido numeral 7 puede conferirse con el voto del accionista controlante, aunque éste tenga un interés directo en la operación respectiva. A pesar de que en la norma citada se dice que el administrador que revista la calidad de asociado no podrá

50 PH Conac, L Enriquez y M Gelter, *Constraining Dominant Shareholders' Self-dealing: The Legal Framework in France, Germany and Italy* (2007) 4 EFCR 498.

51 *Id.*

52 En el citado numeral 7 se contempla la posibilidad de celebrar negocios jurídicos de la naturaleza mencionada, siempre que se cuente con “la autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas”. Se trata, como lo afirma Reyes Villamizar, de una “prohibición de carácter general para ejecutar [actos viciados por un conflicto de interés]”. El mismo autor aclara que la Ley 222 de 1995 “no impide definitivamente la realización de tales actos, sino que somete su celebración a un riguroso procedimiento mediante el cual se pretende, en lo esencial, proteger los intereses de la sociedad, sus asociados y terceros interesados”. FH Reyes Villamizar (2013b) 161 a 162.

ejercer su derecho de voto en estos casos, tal restricción es inocua si, como suele ocurrir en la práctica, el bloque accionario mayoritario está concentrado en personas jurídicas societarias que no han sido designadas en cargos de administración. Este vacío legal deja a los asociados minoritarios desprotegidos ante la posibilidad de que el accionista mayoritario autorice, desde la asamblea general, operaciones diseñadas para beneficiarlo, en detrimento de los demás asociados.

La principal solución que trae la Ley 222 para hacerle frente a este problema ha dado lugar, a su vez, a una verdadera desnaturalización del sistema antes analizado. En el último inciso del numeral 7 se dispuso que “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”. Esta disposición, a primera vista bastante sensata, habilita la revisión judicial de aquellos negocios jurídicos en los que medie un conflicto, aunque se hubiere cumplido con el procedimiento previsto en el numeral 7 del artículo 23. Es decir que, en la práctica, un juez podría verse obligado a escudriñar los efectos de todas las operaciones viciadas por un conflicto de interés, aun en aquellos en los que la autorización correspondiente hubiere sido impartida por una mayoría de los accionistas que no tuvieren un interés en la operación. Esta contradictoria circunstancia pone en tela de juicio la utilidad de las reglas contempladas en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Si la principal finalidad de un sistema de autorización previa es reducir la carga de adjudicación judicial, no parece sensato admitir que incluso aquellas operaciones aprobadas por mayoría en la asamblea puedan ser controvertidas antes las cortes.

Bajo el nuevo sistema propuesto en el proyecto de ley, se pretende remediar algunos de los problemas detectados en el régimen de autorización de la Ley 222. Lo primero que debe decirse es que los administradores siempre deben obtener la autorización de la asamblea cuando estén incurso en un conflicto de interés. De no cumplirse con este requisito, podrá solicitarse tanto la nulidad del negocio correspondiente como la responsabilidad de los administradores que participaron en él.

La principal modificación introducida en el nuevo régimen consiste en la creación de dos categorías de autorización con efectos claramente diferenciables. Conforme al sistema de *autorización plena* contemplado en

el primer numeral del artículo 22 del proyecto, el administrador quedará exento de responsabilidad si obtiene la autorización de la asamblea o junta de socios con los votos de la mayoría de los asociados desinteresados, vale decir, aquellos que carezcan de un interés personal en el negocio correspondiente.⁵³ Es decir que, para efectos de calcular esta mayoría, deberán restarse los votos correspondientes a los asociados que tengan algún interés que sea diferente al que les corresponde como titulares de derechos económicos en la sociedad.⁵⁴ Cuando se imparta esta *autorización plena*, los jueces deberán abstenerse de revisar la operación, a menos que se hubiera acreditado otra violación a los deberes de los administradores. Y es que, como se ha anotado en la jurisprudencia comparada, sería presuntuoso y paternalista que un juez pretendiera revisar una operación que ha obtenido el beneplácito de asociados desinteresados, actuando sin constreñimientos y con base en toda la información disponible para el efecto.⁵⁵

Ahora bien, aunque en otros países la referida *autorización plena* suele exigirse como un requisito de validez para celebrar operaciones conflictivas, un sistema de esta naturaleza podría incitar a que los asociados minoritarios se comporten de manera oportunista. Por ejemplo, tales personas podrían rehusarse a impartir la correspondiente autorización a menos que el accionista controlante les reconozca prestaciones económicas inmerecidas.⁵⁶ Esta conducta desleal de parte de los minoritarios

53 El proyecto también permite que, en sociedades abiertas, esta autorización sea impartida por una mayoría de aquellos miembros independientes de la junta directiva que carezcan de un interés personal en el acto u operación respectivo.

54 Este sistema de autorización es similar al que se ha propuesto en el proyecto para otras violaciones del deber de lealtad, incluida particularmente la denominada usurpación de oportunidades de negocios. Según la regla del artículo 25 del proyecto, para que un administrador pueda tomar para sí oportunidades que le corresponderían a la sociedad en la que ejerce sus funciones, deberá obtener 'la autorización de la asamblea o junta de socios adoptada con los votos de la mayoría de los asociados que carezcan de un interés personal en el negocio respectivo'. Para un análisis de la teoría de la usurpación de oportunidades de negocios, cfr. a CR O'Kelley y RB Thompson (2010) 277 a 284 (Estados Unidos) y D Kershaw (2012) 514 a 587 (Reino Unido).

55 Cfr. Harbor Finance Partners v. Huizenga, 751 A.2d 879 (Del. Ch. 1999).

56 Z Goshen ha analizado con detalle los problemas que se presentan cuando el derecho de veto es ejercido en forma desleal, es decir, con el propósito de favorecerse a expensas de la compañía o los demás asociados (Voting (Sincerely) in Corporate Law (2001) 2 THEORETICAL INQ IN L 815). En sentido análogo, L Enriques, G Hertig y H Kanda han puesto de presente que el otorgamiento de derechos de veto respecto de operaciones con sociedades vinculadas al mayoritario podría dar lugar a que los minoritarios bloqueen operaciones justas con fines extorsivos ("minority holdup") ('Related-Party Transactions' en R Kraakman y otros (eds.) (2009) 180).

podría llevar a que no se celebren operaciones benéficas para la sociedad. Es por esta razón que en la propuesta de reforma se han morigerado los efectos de la *autorización plena* mediante la introducción de lo que podría denominarse un régimen de *autorización subsidiaria*. Según el segundo numeral del artículo 22 del proyecto, esta última autorización puede ser impartida a partir de los votos de aquellos asociados que resulten favorecidos por la respectiva operación. Cuando se ha autorizado una operación en estos términos, los minoritarios no podrán bloquear la celebración de ese negocio ni solicitar posteriormente su nulidad, sino apenas manifestar su inconformidad mediante el voto en contra en el seno del máximo órgano social.

Con el sistema de autorización subsidiaria antes descrito se busca que las operaciones conflictivas que sean provechosas para la compañía puedan llevarse a cabo, sin dejar espacio para aquellas objeciones de los asociados minoritarios que revistan el carácter de abusivas. Claro que en este nuevo régimen se deja a salvo la posibilidad de reclamar los perjuicios derivados de la celebración de negocios que han sido aprobados con el voto de una mayoría de asociados interesados en ellos. A diferencia de como ocurre bajo el sistema de autorización plena, cuando la anuencia del máximo órgano se obtenga a partir de los votos emitidos por asociados interesados, podrá controvertirse la responsabilidad de los administradores que participaron en la celebración de los negocios concernientes. En este caso, la intervención judicial se justifica como una medida para hacerle frente a la posible distracción de recursos sociales concertada entre el mayoritario y los administradores. Así, pues, en los términos del citado artículo 22, “el administrador será responsable si la autorización de la asamblea o junta de socios se hubiere obtenido a partir de los votos emitidos por una mayoría configurada por asociados que tengan un interés personal en la operación”. En estos casos, además, “los asociados interesados que hubieren impartido la autorización responderán solidariamente por los perjuicios que sufran la sociedad o sus asociados”.

3. El caso especial de los grupos empresariales

La celebración de negocios jurídicos entre sujetos vinculados adquiere una innegable importancia en el contexto de los grupos empresariales. En la literatura económica se ha dicho que esta modalidad de organi-

zación societaria es apenas una respuesta a las falencias institucionales propias de los países en vías de desarrollo.⁵⁷ Ello se debe a que las estructuras grupales permiten la generación de *mercados internos* que suplen posibles deficiencias en el sistema financiero, la administración de justicia y el mercado laboral. Por ejemplo, la transferencia de flujos de capital entre compañías de un mismo grupo puede abaratar la financiación de nuevos proyectos, cuando el costo de acudir al sistema financiero local sea demasiado alto.⁵⁸ Así mismo, la integración en una estructura de grupo puede contrarrestar los problemas generados por un sistema judicial inoperante.⁵⁹ Ante la imposibilidad de acudir a la justicia para resolver conflictos contractuales con proveedores o distribuidores, el ejercicio del control societario permite asegurar el cumplimiento oportuno de obligaciones. En los anteriores ejemplos, la celebración de operaciones entre compañías vinculadas es el mecanismo que habilita el funcionamiento de los *mercados internos* que justifican la existencia de grupos empresariales en países en vías de desarrollo.

Las explicaciones antes formuladas han servido de justificación para que en muchos países se admita que las sociedades pertenecientes a un grupo empresarial puedan actuar en beneficio del denominado “interés grupal”.⁶⁰ Ello quiere decir, simplemente, que los administradores de una compañía del grupo están legitimados para tomar decisiones que favorezcan a otra que sea miembro de la misma organización, aún en detrimento de los intereses de la sociedad en la que ejercen sus funciones. Los principales desarrollos sobre la materia pueden encontrarse en los países miembros de la Unión Europea, en los que se ha intentado conservar las ventajas inherentes a las operaciones intra-grupales, sin desproteger a los acreedores y accionistas minoritarios de las socieda-

57 La idea expresada en el texto principal fue dotada de soporte empírico por los profesores Tarun Khanna y Yishay Yafeh en numerosos estudios publicados en los últimos 15 años. Cfr, por ejemplo, *The Future of Business Groups in Emerging Markets: Long-run Evidence from Chile* (2000) 43 *ACAD MANAGE J* 268, 285 y *Business Groups in Emerging Markets: Paragons or Parasites?* (2007) 45 *JEL* 331, 372.

58 T Beck, A Demirgüç-Kunt y V Maksimovic, *The Influence of Financial and Legal Institutions on Firm Size* (2006) 30 *J BANKING FINANCE* 11, 2996.

59 R Morck y M Nakamura, *Business Groups and The Big Push: Meiji Japan's Mass Privatization And Subsequent Growth* (2007) NBER Working Paper n.º 13171.

60 KJ Hopt, *Groups of Companies: A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups* (2015) ECGI Working Paper No. 286; PH Conac, *Director's Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level* (2013) 2 *EUR COMP & FIN L REV* 194.

des que participan en ellas.⁶¹ En Alemania, por ejemplo, las normas sobre grupos (*Konzernrecht*) promulgadas en 1965 contemplan tanto la posibilidad de celebrar operaciones entre sociedades afiliadas a una organización de esa naturaleza, como un complejo sistema para proteger a los acreedores y accionistas minoritarios de tales compañías.⁶² Adicionalmente, bajo la teoría italiana de las ventajas compensatorias (*teoria dei vantaggi compensativi*), se reconoce la posibilidad de que las pérdidas sufridas por una sociedad subordinada como consecuencia de una operación intra-grupal puedan ser resarcidas, posteriormente, por negocios celebrados en desarrollo de la actividad del grupo.⁶³ En Francia, por su parte, ha hecho carrera la denominada *doctrina Rozenblum*, elaborada por la Corte de Casación a partir de un caso penal fallado en 1985.⁶⁴ De conformidad con esta regla jurisprudencial, los administradores de una compañía pueden tomar decisiones que beneficien a otra que forme parte del mismo grupo empresarial, aunque resulten lesionados los intereses particulares de aquella sociedad.⁶⁵ Para tal efecto, deben cumplirse diversos presupuestos concebidos para asegurar que se trate de operaciones entre verdaderos grupos empresariales y que no se vean gravemente afectados los intereses de accionistas minoritarios y acreedores.⁶⁶

Ahora bien, las reglas previstas en el artículo 24 del proyecto de reforma incorporan una síntesis de la experiencia europea con la regulación de grupos empresariales. A partir de lo que algunos autores han denominado el examen *Rozenblum* simplificado, se ha diseñado un sistema que busca permitir la celebración de operaciones intra-grupales, sin desproteger los intereses de accionistas minoritarios y acreedores.⁶⁷ Bajo este

61 Es relevante consultar los minuciosos estudios de KJ Hopt sobre la experiencia europea con la regulación de grupos empresariales. Cfr., por ejemplo, Estudios de Derecho de Sociedades y del Mercado de Valores (2010, Marcial Pons, Madrid) 227 a 266. Además, para un análisis sobre la posibilidad de que una estructura grupal sea usada en detrimento de accionistas minoritarios y acreedores, cfr. a H Almeida y D Wolfenzon, A Theory of Pyramidal Ownership and Family Business Groups (2006) 61 J FINANCE 2637, 2681.

62 KJ Hopt (2015).

63 L Enriques, G Hertig y H Kanda (2009) 176 a 177.

64 Cfr. sentencia del 4 de febrero de 1985. Sobre este particular, cfr. también a PH Conac, L Enriques y M Gelter, Constraining Dominant Shareholders' Self-dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy (2007) ECGI Working Paper n.º 88.

65 PH Conac, L Enriques y M Gelter (2007) 519.

66 L Enriques, G Hertig y H Kanda (2009) 176 a 177.

67 PH Conac (2013).

nuevo sistema, podrán celebrarse operaciones entre compañías pertenecientes a un grupo empresarial, sin surtir el trámite de autorización previsto para los conflictos de interés, siempre que los negocios respectivos se ajusten a los siguientes presupuestos: (i) que estén dentro del giro ordinario de los negocios de las sociedades que los celebran, (ii) que se celebren a título oneroso, (iii) que no den lugar a un desequilibrio financiero en las relaciones crediticias entre las sociedades participantes en la operación y (iv) que no pongan en riesgo la capacidad de la sociedad para cumplir de manera oportuna con el pago corriente de sus obligaciones. Adicionalmente, se establece que los asociados minoritarios de las compañías del grupo podrán solicitar una indemnización de los perjuicios provocados por la actividad grupal. Según el inciso tercero del artículo 24, “los asociados minoritarios de cualquiera de las sociedades pertenecientes al grupo empresarial que hubieren sufrido perjuicios como consecuencia de cualquiera de las operaciones conflictivas mencionadas en este artículo tendrán derecho a ser indemnizados por la sociedad en que son asociados”. Es claro, por lo demás, que en la tasación de estos perjuicios deberán tenerse en cuenta las ventajas compensatorias que obtuvo la respectiva compañía por su relación con las demás sociedades del grupo.

IV. Acciones de responsabilidad

De nada serviría contar con un detallado catálogo de deberes a cargo de los administradores si tal régimen no está acompañado de acciones efectivas para controvertir su responsabilidad ante las instancias judiciales.⁶⁸ De ahí que en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 se hubiera introducido la denominada *acción social*, un novedoso mecanismo para permitir que la sociedad demandara a sus administradores por la infracción de las reglas que rigen la conducta de estas personas. Según el citado artículo 25, la decisión de iniciar una acción social de responsabilidad debe ser aprobada con el voto positivo de la mayoría de las acciones o cuotas sociales representadas en la respectiva reunión. Este sistema de autorización previa permite que los asociados puedan deliberar acerca de la conveniencia de controvertir la responsabilidad de

68 Las explicaciones que se presentan en el texto principal fueron formuladas en el caso de Sares Ltda. (sentencia n.º 800-54 del 15 de mayo de 2015).

los administradores de modo que la acción correspondiente se interponga tan sólo cuando obedezca a los mejores intereses de la sociedad.⁶⁹

Debe advertirse, sin embargo, que la aludida regla del artículo 25 ha hecho inviable, en la práctica, el ejercicio de acciones sociales de responsabilidad. En compañías cerradas, la gestión de la empresa social suele estar a cargo del accionista controlante, quien podrá ocupar cargos en la administración o delegarles tal función a personas de su confianza. En estos casos, será virtualmente imposible que se apruebe una acción social de responsabilidad bajo el sistema de autorización regulado en la Ley 222. En efecto, la decisión de presentar la acción respectiva dependerá del voto del accionista controlante, vale decir, la persona que tiene a su cargo, en forma directa o indirecta, la administración de la sociedad.⁷⁰ Es entonces poco probable que el controlante decida tramitar un proceso judicial en contra de sí mismo o, incluso, en contra de las personas que ha designado para ocupar cargos en la administración. La probabilidad de que se inicie una acción social de responsabilidad es aún menor si los perjuicios que justifican la demanda provienen de una operación que favoreció en forma exclusiva al asociado controlante.

Las circunstancias antes descritas pueden tener un impacto sustancial sobre los intereses económicos de los accionistas minoritarios. Ello se debe a que la acción social de responsabilidad es el único medio previsto en el ordenamiento colombiano para resarcir los perjuicios sufridos por una compañía como consecuencia de la violación de los deberes de los administradores.⁷¹ Puede pensarse entonces en lo que ocurriría si una compañía sufre cuantiosos perjuicios debido a que los administradores dispusieron de recursos sociales para sufragar gastos personales

69 Es factible, por ejemplo, que una compañía tenga razones legítimas para abstenerse de demandar a un administrador, a pesar de haberse verificado una violación de los deberes a cargo de tal funcionario (PL Davies (2008) 605 a 606).

70 En criterio de NH Martínez Neira, 'uno de los clásicos ejemplos del conflicto de interés es el que se presenta para el socio que a la vez es administrador de la sociedad y enfrenta una acción social de responsabilidad. [...] A pesar del evidente conflicto de interés que se observa frente a esta hipótesis, lo cierto es que el art. 25 de la ley 222 de 1995 nada dice al respecto' (2014) 203.

71 Antes de la promulgación de la Ley 222 de 1995, 'cuando los administradores irrogaban perjuicios a la sociedad, los asociados y los acreedores, indirectamente perjudicados por la actuación, no tenían forma de intentar el resarcimiento de tales perjuicios'. FH Reyes Villamizar, *Derecho Societario* (2006, 2.ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 607).

de los accionistas mayoritarios o celebraron operaciones viciadas por conflictos de interés en beneficio del controlante. El asociado minoritario que acuda a la asamblea para proponer que se tramite una acción social de responsabilidad probablemente se enfrentará a un obstáculo infranqueable, es decir, el voto negativo del mayoritario. En este caso, el minoritario tampoco podrá recurrir a la acción individual regulada en el último inciso del artículo 25 de la Ley 222, por cuanto los perjuicios correspondientes le fueron irrogados a la sociedad. Es claro, pues, que este sistema de autorización para iniciar acciones sociales de responsabilidad puede dejar a los minoritarios indefensos ante la extracción de recursos sociales concertada entre el accionista controlante y los administradores.⁷²

Para remediar el problema antes enunciado, en el proyecto de reforma se propone la introducción de *acciones derivadas* para acompañar a las ya conocidas acciones sociales e individuales de responsabilidad. Estas *acciones derivadas*, de frecuente uso en el derecho societario comparado, habilitan a cualquier asociado para reclamar, en nombre de la compañía, los perjuicios que ésta ha sufrido como consecuencia de la violación de los deberes de los administradores. Tal actuación judicial se justifica en la medida en que la sociedad no hubiere presentado las acciones tendientes a restablecer su patrimonio o, por las razones explicadas en los párrafos anteriores, simplemente no tuviere la intención de hacerlo.⁷³

72 Esta Superintendencia ha hecho algunos esfuerzos de interpretación para remediar los problemas que presenta el artículo 25 de la Ley 222 de 1995. En la Circular Externa n.º 20 de 1997, por ejemplo, la entidad expresó lo siguiente: “Cuando el administrador tenga la calidad de asociado, deberá abstenerse de participar en la respectiva decisión y, en consecuencia, sus partes de interés, cuotas o acciones no podrán ser tomadas en cuenta para determinar el quórum, ni mucho menos la mayoría decisoria”. Con todo, en la doctrina local se ha rebatido la tesis antes expuesta, debido a que no existe una disposición legal que, para la hipótesis específica de la acción social, limite el derecho de voto de los asociados que ostenten la calidad de administradores. En criterio de Gil Echeverry, “de la simple redacción del artículo 25 de la Ley 222 se puede inferir que nuestra legislación no restringe el derecho al voto del socio administrador, puesto que la decisión se toma por mayoría de los votos presentes en la reunión, sin que se haya hecho ninguna otra especificación [...]. Al respecto, hay que tener en cuenta que toda inhabilidad o restricción al voto, no puede surgir como consecuencia de la analogía, sino que requiere disposición expresa [...]” (JH Gil Echeverry, *La Especial Responsabilidad del Administrador Societario* (2015, Editorial Legis, Bogotá) 694 y 697) En todo caso, aunque se aceptara la posición expresada en la Circular n.º 20, debe aclararse que ésta abarca apenas aquellos casos en los que la misma persona natural revista, simultáneamente, la calidad de accionista y administrador.

73 Podría pensarse que esta actuación derivada se asemeja, en algún grado, a la acción oblicua con la que cuentan los acreedores para proteger el patrimonio de su deudor. Para Ospina

Como se ha reconocido en la doctrina comparada, esta clase de acciones suele ser de incalculable utilidad en el contexto de sociedades con accionistas controlantes.⁷⁴

Así, pues, mediante la *acción derivada* regulada en el artículo 27 del proyecto, los asociados pueden presentar una demanda para que se les resarzan a la sociedad los perjuicios sufridos por virtud de la gestión cumplida por los administradores sociales. Esta nueva vía de acción judicial permitirá que los minoritarios cuenten con un mecanismo para proteger su inversión en la compañía, ante la verosímil posibilidad de que el controlante se rehúse a aprobar una acción social en la asamblea general o junta de socios. Por supuesto que, para evitar que se abuse de la *acción derivada*—lo cual ocurriría, por ejemplo, si se emplea como un simple mecanismo para intimidar a los administradores o entorpecer la gestión de los negocios sociales—en los artículos 29 y 30 del proyecto se han introducido reglas que buscan enderezar los incentivos económicos de posibles demandantes.⁷⁵ Si se presenta una acción de esta naturaleza sin una justificación razonable o con un propósito ilegítimo, el juez podrá ordenar que el accionista demandante les reembolse a los administradores los gastos en que hubieren incurrido para defenderse en el respectivo proceso, incluidos los honorarios de sus abogados. Además, para atenuar la posibilidad de que se inicien procesos con fines extorsivos, cualquier desistimiento de las pretensiones o conciliación entre las partes debe ser aprobado por el juez. Con la introducción de este sistema se espera que las *acciones derivadas* sirvan para hacer efectivo el nuevo régimen de deberes y responsabilidades de los administradores, sin que los accionistas minoritarios puedan abusar de esa nueva figura en detrimento de los intereses de la compañía.

Fernández, “la acción oblicua es indirecta, porque el acreedor que actúa contra el tercero no obra en su propio nombre, sino en reemplazo y nombre del deudor” (Régimen General de las Obligaciones (2008, Editorial Temis, Bogotá) 196).

74 A Palmiter y F Partnoy (2010) 503.

75 Aunque en otros países se han establecido requisitos previos para presentar acciones derivadas, se considera que el sistema de incentivos previsto en el proyecto es suficiente para evitar el abuso de esta nueva figura. Además, la experiencia comparada con la introducción de tales requisitos no ha sido del todo positiva. Cfr. a D Kershaw, *Company Law in Context* (2.^a ed., 2012, Oxford University Press) 476-513.

V. Apuntes finales

La mayoría de los estudios empíricos preparados en los últimos años dan cuenta de un creciente grado de afinidad entre los regímenes societarios contemporáneos.⁷⁶ Ello se hace patente en la perceptible semejanza de las normas que rigen la materia en países con sistemas económicos de corte capitalista, así como en la coincidencia de la doctrina comparada acerca de los objetivos que deben orientar al derecho de sociedades. A pesar de esta uniformidad, subsisten importantes diferencias en el grado de ejecución que reciben tales reglas en naciones industrializadas, respecto del tratamiento que se les da en países en vías en desarrollo. Mientras que en los primeros hay robustas instituciones administrativas y judiciales que dotan de fuerza vinculante a las disposiciones vigentes, en los segundos una buena parte de las normas societarias no pasan de ser textos inanes de relevancia estrictamente académica.

Y es claro que el régimen de administradores colombiano se ha situado con firmeza en la segunda de las categorías mencionadas. Después de 18 años de vigencia de la Ley 222, el novedoso régimen de deberes y responsabilidades allí contenido no ha tenido los resultados esperados. Con la propuesta de reforma que acompaña este volumen se busca remediar algunas de las falencias que le han restado ímpetu a ese compendio de normas. En línea con las tendencias societarias más modernas, el proyecto refuerza la discreción de los administradores, de manera que estas personas puedan cumplir a cabalidad con la gestión que se les ha encomendado. Al mismo tiempo, sin embargo, se prevén variados mecanismos de protección para hacerles frente a conductas oportunistas o desleales. Estos ajustes graduales del régimen de administradores no deberían resultar para nada controversiales, en la medida en que se han concebido a partir de los consensos que existen sobre la materia en sistemas legales civilistas, así como en los países que siguen los preceptos del *common law*.

Pero más allá de poner el ordenamiento colombiano a tono con las mejores prácticas internacionales en derecho societario, el proyecto busca acompasar el régimen de administradores con las realidades económi-

76 MM Siems, *Convergence in Shareholder Law* (2008, Cambridge University Press, Cambridge).

cas del país y, lo que es más importante, hacerlo cómodamente asimilable para los distintos operadores del sistema judicial. De nada serviría importar las sofisticadas reglas de la Unión Europea o los Estados Unidos si con ello se desborda la capacidad de gestión de las instituciones encargadas de ponerlas en práctica o, peor aún, se introducen reglas inertes que alimenten el espejismo de un sistema societario operante. En el proyecto se proponen preceptos claros y de fácil aprehensión, de modo que los empresarios puedan hacer verdadero uso del régimen de administradores y los jueces asuman con ahínco la carga que les corresponde en la resolución de conflictos societarios. Con ello se atiende a la máxima expresada hace más de un siglo por Roscoe Pound, en el sentido de que la evolución de un sistema legal “no se logra a partir de diatribas fulminantes contra el irrespeto por el estado de derecho, ni con elocuentes sermones sobre la necesidad de obedecer la ley, sino, más bien, mediante el diseño de reglas que se aclimaten en tal grado a las condiciones locales que sean de fácil uso por las personas llamadas a ello”.⁷⁷

77 R Pound (1910) 36.

Texto del proyecto de
reforma al régimen
societario

Proyecto de Ley n.º 70 de 2015

*Por el cual se establecen reglas en materia de sociedades
y se adoptan otras disposiciones.*

CAPÍTULO I

EXTENSIÓN DE ALGUNAS DE LAS REGLAS PREVISTAS EN LA LEY 1258 DE 2008 A LOS TIPOS DE SOCIEDAD REGULADOS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

Artículo 1º. *Normas de aplicación automática.* Les serán aplicables a las sociedades colectivas, en comandita simple, en comandita por acciones, de responsabilidad limitada y anónima, de manera inmediata y automática, las normas contenidas en los siguientes artículos de la Ley 1258 de 2008:

1. Artículo 5º, exclusivamente en cuanto tiene que ver con la posibilidad de que la sociedad se cree por instrumento privado inscrito en el Registro Mercantil. Se exceptúan de esta disposición los casos en que hayan de efectuarse aportes cuya transferencia requiera escritura pública, conforme al párrafo segundo de la misma disposición.
2. Artículo 6º, respecto del control al acto constitutivo y sus reformas cuando no se otorgue para el efecto escritura pública.
3. Artículo 15, sobre ineficacia de las negociaciones o transferencias de participaciones de capital efectuadas en contravención a las restricciones estatutarias.
4. Párrafo del artículo 20, respecto de la posibilidad de incluir en la nota de convocatoria para las deliberaciones de la asamblea o junta de socios, la fecha en que habrá de realizarse una reunión de segunda convocatoria en caso de no poderse llevar a cabo la primera sesión, por falta de quórum.
5. Artículo 21, relativo al derecho de inspección y a la renuncia a la convocatoria, incluida aquella que ocurra tácitamente, en aquellos casos en que los accionistas respecto de quienes se omitió su convocatoria, asistan a la reunión.

6. Artículo 29, exclusivamente en cuanto tiene que ver con la posibilidad de efectuar cualquier reforma estatutaria por documento privado inscrito en el Registro Mercantil.
7. Artículo 33, relativo a la fusión abreviada.
8. Artículo 42, sobre desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad.
9. Artículo 43, relacionado con el abuso del derecho.

Artículo 2º. *Mecanismos que requieren reforma estatutaria aprobada por mayoría.* Les serán aplicables a las sociedades colectivas, en comandita simple, en comandita por acciones, de responsabilidad limitada y anónimas, previa reforma estatutaria aprobada con la mayoría prevista en los estatutos o en su defecto en la ley para las modificaciones del contrato social, las normas contenidas en los siguientes artículos de la Ley 1258 de 2008:

1. Numeral 4 del Artículo 5º, en cuanto se relaciona con la posibilidad de establecer un término indefinido de duración.
2. Numeral 5 del Artículo 5º, en lo tocante a la posibilidad de pactar un objeto indeterminado. Se exceptúan de lo previsto en esta norma las sociedades respecto de las cuales se exija legalmente la estipulación de un objeto exclusivo.
3. Artículo 24, con el propósito de permitirles a los asociados pactar en los estatutos sociales una cláusula conforme a la cual se acogen total o parcialmente al régimen allí regulado.
4. Artículo 25, exclusivamente en cuanto se refiere a la posibilidad de prescindir de los suplentes en la junta directiva de la sociedad.

Artículo 3º. *Mecanismos que pueden ser adoptados en las sociedades anónimas y en comandita por acciones, mediante reforma estatutaria aprobada por mayoría.* Les serán aplicables a las sociedades anónimas y en comandita por acciones, previa reforma estatutaria aprobada con la mayoría prevista en los estatutos o en su defecto en la ley para las modificaciones del contrato social, las normas contenidas en los siguientes artículos de la Ley 1258 de 2008:

1. Artículo 9º, en cuanto alude a la posibilidad de establecer la suscripción y pago del capital en condiciones, proporciones y plazos distintos de los contemplados en el Código de Comercio para las sociedades anónimas.
2. Artículo 12, en lo tocante a la viabilidad de transferir acciones emitidas por la sociedad a una fiducia mercantil.

Artículo 4º. *Mecanismos que requieren reforma estatutaria aprobada por unanimidad.* Les serán aplicables a las sociedades colectivas, en comandita simple, en comandita por acciones, anónimas y de responsabilidad limitada, previa reforma estatutaria, aprobada con el voto unánime de la totalidad de los asociados, las normas contenidas en los siguientes artículos de la Ley 1258 de 2008:

1. Artículo 18, en lo relativo a la posibilidad de realizar reuniones del máximo órgano social por fuera del domicilio principal de la sociedad, aunque no se cuente con quórum universal.
2. Artículo 19, en lo tocante a la posibilidad de establecer condiciones para las reuniones por comunicación simultánea o por consentimiento escrito diferentes de los previstos en los artículos 19 a 21 de la Ley 222 de 1995.
3. Artículo 20, en cuanto establece términos abreviados para la convocatoria a las reuniones del máximo órgano social.
4. Artículo 22, en lo relacionado con la posibilidad de configurar el quórum de la asamblea o junta de socios con la presencia de uno o varios asociados que representen cuando menos la mitad más una de las acciones, cuotas o partes en que se divide el capital social y configurar la mayoría decisoria mediante el voto singular o plural de asociados que representen cuando menos la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés presentes en la reunión.
5. Artículo 23, en cuanto se refiere al fraccionamiento de voto. Esta norma no les será aplicable a las sociedades colectivas.
6. Artículo 38, respecto de la posibilidad de prescindir de la aplicación de alguna o algunas de las normas que a continuación se indican:

- a) Artículo 155 del Código de Comercio, relacionado con la imposibilidad de repartir utilidades en proporciones inferiores a las previstas en esa norma.
- b) Artículo 185 del Código de Comercio, en cuanto prohíbe a los administradores y empleados de una sociedad la representación de participaciones de capital en reuniones de asamblea o junta de socios, así como la votación de balances y cuentas de fin de ejercicio.
- c) Artículo 435, relativo a la prohibición para elegir juntas directivas en donde se configure una mayoría de personas vinculadas por parentesco.
- d) Artículo 454, relacionado con la imposibilidad de repartir utilidades en porcentajes inferiores a los previstos en esa norma.

7. Artículo 39, relativo a la exclusión de asociados.

Artículo 5º. *Mecanismos que requieren reforma estatutaria aprobada por unanimidad en sociedades anónimas y en comandita por acciones.* Les serán aplicables a las sociedades anónimas y en comandita por acciones, previa reforma estatutaria, aprobada con el voto unánime de la totalidad de los accionistas, los siguientes artículos de la Ley 1258 de 2008:

- 1. Artículo 10, en lo relativo a la creación de diversas clases y series de acciones.
- 2. Artículo 11, respecto de la posibilidad de pactar en los estatutos el denominado voto múltiple.
- 3. Artículo 13, en lo tocante al establecimiento de restricciones a la negociación de acciones.
- 4. Artículo 14, en cuanto atañe a las autorizaciones previas para la transferencia de acciones.
- 5. Artículo 16, en materia de cambio de control en la sociedad accionista.

6. Artículo 25, en lo referente a la posibilidad de establecer métodos diferentes al del cuociente electoral para la elección de la junta directiva.

Artículo 6º. *Adopción ex novo de ciertos mecanismos en sociedades colectivas, en comandita simple y de responsabilidad limitada.* A las sociedades de nueva creación de los tipos de la colectiva, en comandita simple, y de responsabilidad limitada les serán aplicables las previsiones contenidas en los artículos 1º, 2º y 4º de esta ley.

Artículo 7º. *Adopción ex novo de ciertos mecanismos en las sociedades por acciones reguladas en el Código de Comercio.* A las sociedades de nueva creación de los tipos de la anónima y en comandita por acciones, les serán aplicables las previsiones contenidas en los artículos 1º a 5º de esta ley.

Artículo 8º. *Exclusión de sociedades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera.* Lo previsto en este Capítulo no le será aplicable a las sociedades que estuvieren sujetas a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia Financiera.

Por lo tanto, cuando una sociedad hubiere quedado sujeta a la inspección, vigilancia o control de la mencionada Superintendencia, quedarán en suspenso todas aquellas disposiciones que, conforme a lo previsto en este Capítulo, se hubieren pactado en sus estatutos. En este caso, las reglas aplicables a la sociedad serán las normas estatutarias vigentes con anterioridad a las reformas del contrato social mediante las cuales se hubieren incluido las disposiciones provenientes de la Ley 1258 de 2008.

CAPÍTULO II

REFORMAS A LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

Artículo 9º. *Exención de requisitos legales.* En aquellas sociedades por acciones simplificadas unipersonales en las que una persona natural sea el único accionista y ocupe, así mismo, el cargo de representante legal de la sociedad no será obligatorio realizar reuniones ordinarias de la Asamblea, ni designar revisor fiscal, ni preparar el informe de gestión conforme al artículo 45 de la Ley 222 de 1995.

En todo caso, deberán prepararse los estados financieros de fin de ejercicio y llevarse libros de contabilidad conforme a lo previsto en las normas legales vigentes.

Artículo 10. *Actividades que pueden acometer las sociedades por acciones simplificadas.* El tipo de la sociedad por acciones simplificada podrá ser adoptado para acometer cualquier actividad de explotación económica, con excepción de aquellas para las cuales se requiera autorización previa de la Superintendencia Financiera. Tampoco podrán adoptar este tipo las sociedades cuyas acciones u otros títulos estén inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores.

Artículo 11. *Inscripción de la situación de control en sociedades por acciones simplificadas unipersonales.* Cuando se presente para inscripción en el Registro Mercantil la constitución de una sociedad por acciones simplificada en la que el único accionista sea una persona natural, las Cámaras de Comercio procederán a inscribir oficiosamente a tal persona como controlante de la sociedad, en los términos previstos en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995. La referida inscripción no se efectuará en aquellos casos en que el accionista único manifieste por escrito, en documento físico o electrónico, dirigido a la Cámara de Comercio que no ejerce el control sobre la sociedad. En el mismo escrito deberá manifestar el fundamento de su declaración.

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES

Artículo 12. *Administradores.* Son administradores:

1. El representante legal, salvo que sus funciones sean exclusivamente de representación judicial.
2. Los miembros de juntas directivas.
3. Los factores de establecimientos de comercio.
4. El liquidador.
5. Todas aquellas personas que ejerzan funciones en la alta gerencia de las sociedades, tales como el presidente, el gerente, los vicepresidentes, los subgerentes y el tesorero.

6. Las personas que sean denominadas como administradores en los estatutos sociales.
7. Los miembros de comités u otros cuerpos colegiados que cumplan funciones de administración, conforme al acto que hubiere ordenado su creación.

Parágrafo primero. Quienes desempeñen el cargo de suplente de cualquiera de las anteriores personas responderán solamente en razón del ejercicio de las funciones propias del cargo, de manera que mientras no actúen, estarán exentas de responsabilidad.

Parágrafo segundo. La inscripción en el Registro Mercantil de la renuncia al cargo de administrador implicará la cesación del cargo. En consecuencia, a partir de dicho registro, quedarán relevados del cumplimiento de sus funciones. En todo caso, quienes hubieren inscrito su renuncia, seguirán siendo responsables por las actuaciones cumplidas con anterioridad a la fecha en que se inscriba su renuncia.

Artículo 13. *Administradores de hecho.* Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a aquellos, conforme a la ley.

Artículo 14. *Deber de cuidado.* El administrador deberá cumplir sus funciones con la diligencia que una persona prudente juzgaría razonable a la luz de las circunstancias propias de cada decisión.

Artículo 15. *Deber de lealtad.* Las actuaciones de los administradores deberán cumplirse siempre en función de los mejores intereses de la sociedad.

En cumplimiento del deber de lealtad, los administradores deberán:

1. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.
2. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.
3. Dar un trato equitativo a todos los asociados.

4. Abstenerse de participar en actos o negocios respecto de los cuales exista un conflicto de interés, salvo que se cumpla el procedimiento previsto en el artículo 21 de esta ley.
5. Abstenerse de participar en actos o negocios que impliquen competencia con la sociedad y de tomar para sí oportunidades de negocios que le correspondan a ella, salvo que se cumpla el procedimiento previsto en el artículo 25 de esta ley.

Artículo 16. *Responsabilidad de los administradores.* Los administradores responderán solidariamente ante la sociedad, los asociados y terceros, por los perjuicios derivados de las actuaciones u omisiones en las que medie dolo, mala fe o violación de sus deberes.

Estarán exentos de responsabilidad aquellos administradores que no hubieren participado en la acción de la que surgiere el perjuicio.

Para juzgar la responsabilidad de los administradores, no se tendrán en cuenta las reglas de graduación de la culpa previstas en el artículo 63 del Código Civil.

Artículo 17. *Deferencia al criterio empresarial de los administradores.* Los jueces respetarán el criterio adoptado por los administradores en la toma de las decisiones relacionadas con el ejercicio de su cargo, siempre y cuando que tales determinaciones correspondan a un juicio razonable y suficientemente informado. Por lo tanto, a menos que se compruebe la mala fe o la violación de la ley o de sus deberes, los administradores no serán responsables por los perjuicios que se originen en sus decisiones de negocios.

Artículo 18. *Recomendaciones emitidas por comités.* Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, los administradores tampoco serán responsables por los perjuicios que se originen en una decisión adoptada de buena fe, con fundamento en una recomendación proferida por un comité de reconocida idoneidad técnica e independencia, elegido por la junta directiva, la asamblea general de accionistas o la junta de socios. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere endilgárseles a los miembros del comité.

En todo caso, la exoneración de responsabilidad no será procedente cuando se compruebe la mala fe o la violación de la ley o del deber de lealtad.

Artículo 19. *Conflictos de interés*. Habrá conflicto de interés cuando:

1. El administrador o una persona a él vinculada participe en cualquier acto o negocio en que sea parte la sociedad en que ejerce sus funciones o sus subordinadas.
2. El administrador o una persona a él vinculada tenga un interés económico sustancial en cualquier acto o negocio en que sea parte la sociedad en que ejerce sus funciones o sus subordinadas.

Parágrafo primero. Se entenderá que existe un interés económico sustancial cuando medien respecto de una determinada operación, prerrogativas económicamente apreciables que puedan comprometer el criterio del administrador y su independencia para la toma de las decisiones concernientes.

Parágrafo segundo. Para efectos de definir el conflicto de interés se excluirán los actos de consumo en que participe la sociedad.

Artículo 20. *Personas vinculadas*. Para los efectos del artículo 19 de esta ley se entenderá que son personas vinculadas al administrador las siguientes:

1. El cónyuge o compañero permanente del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.
2. Los parientes del administrador, de su cónyuge o de su compañero permanente, dentro del cuatro grado de consanguinidad, así como los cónyuges y compañeros permanentes de tales parientes.
3. Las sociedades en las que el administrador o cualquiera de las personas mencionadas en los numerales anteriores detentan la calidad de controlantes, conforme al artículo 260 del Código de Comercio.
4. Las sociedades en las que ocupe simultáneamente el cargo de administrador.

5. Los patrimonios autónomos en los que el administrador sea fideicomitente o beneficiario y tenga un interés sustancial; y
6. Aquellas personas naturales o jurídicas que ejerzan conforme al artículo 260 del Código de Comercio, el control sobre la sociedad en la que el administrador cumpla sus funciones.

Artículo 21. *Autorización en casos de conflicto de interés.* En caso de presentarse un conflicto de interés, el administrador no podrá en ningún caso participar en el acto o negocio respectivo a menos que se cumpla el siguiente procedimiento:

1. Si el administrador fuere representante legal, deberá convocar en forma inmediata a la asamblea general de accionistas o junta de socios.
2. Si el administrador fuere miembro de la junta directiva o de cualquier órgano de administración de naturaleza colegiada, deberá revelar la existencia del conflicto de interés tan pronto como se presente, para que se convoque, de modo inmediato, a la asamblea general de accionistas o junta de socios.
3. Si el administrador no fuere representante legal ni miembro de junta directiva, deberá informarle al representante legal para que proceda conforme al numeral 1 de este artículo.
4. En el orden del día de la convocatoria correspondiente deberá incluirse el punto relativo al análisis de la situación respecto del cual se ha presentado el conflicto de interés. Durante la reunión de asamblea o junta de socios, el administrador deberá suministrarles a los asociados toda la información relevante acerca del negocio.

Parágrafo primero. Si el acto o negocio se celebrare sin mediar la aludida autorización, cualquier interesado podrá solicitar su nulidad absoluta, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el administrador. Esta nulidad absoluta podrá sanearse, en los términos previstos en el artículo 1742 del Código Civil, siempre que se obtenga la autorización expresa de la asamblea, impartida de conformidad con lo previsto en el artículo 22 de esta ley.

Parágrafo segundo. La circunstancia de que el administrador se ausente de la reunión correspondiente o se abstenga de votar en ella no lo exonerará de darle cumplimiento al trámite previsto en este artículo.

Artículo 22. Responsabilidad de los administradores en casos de conflicto de interés. La responsabilidad de los administradores que participen en actos u operaciones afectadas por un conflicto de interés se sujetará a las siguientes reglas:

1. *Autorización plena.* El administrador quedará exento de responsabilidad si obtiene la autorización de la asamblea o junta de socios con los votos de la mayoría de aquellos asociados cuyo único interés en la operación sea aquel que deriva de su calidad de asociado. Para efectos de calcular esta mayoría, deberán restarse los votos correspondientes a los asociados que tengan algún interés en el acto u operación diferente a aquel que deriva de su calidad de asociado.
2. *Responsabilidad en casos de autorización impartida por asociados interesados.* El administrador será responsable si la autorización de la asamblea o junta de socios se hubiere obtenido a partir de los votos emitidos por una mayoría configurada por asociados que tengan un interés en la operación diferente de aquel que deriva de su calidad de asociado. En este caso, los asociados interesados que hubieren impartido la autorización responderán solidariamente por los perjuicios que sufran la sociedad o sus asociados.
3. *Carencia de autorización y nulidad absoluta del negocio.* El administrador que no hubiere obtenido la autorización o que la hubiere procurado de mala fe o con fundamento en información incompleta o falsa, responderá por los perjuicios generados a la sociedad o sus asociados o a terceros. En este caso, también podrá solicitarse la nulidad absoluta del acto o negocio correspondiente.

Parágrafo. En aquellas sociedades que hubieren inscrito sus acciones en el Registro Nacional de Valores y Emisores, la autorización plena a que alude el numeral 1 de este artículo también podrá ser impartida por

una mayoría de aquellos miembros independientes de la junta directiva que carezcan de un interés en el acto u operación respectivo diferente a aquel que deriva de su calidad de asociado.

Artículo 23. *Operaciones entre sociedades matrices y subordinadas.* La celebración de operaciones entre sociedades matrices y subordinadas o entre subordinadas controladas por la misma matriz o matrices se sujetará a las reglas previstas en los artículos 21 y 22 de esta ley.

Artículo 24. *Operaciones en grupos empresariales.* Entre las sociedades que pertenezcan a un grupo empresarial inscrito en el Registro Mercantil conforme a lo previsto en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, podrán celebrarse contratos y negocios en los que exista conflicto de interés, sin sujeción a lo previsto en los artículos 21 y 22 de esta ley, siempre y cuando que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que estén dentro del giro ordinario de los negocios de la sociedad o que no represente más del uno por ciento de los activos de la compañía participante en la operación que tenga el menor monto de activos.
2. Que se celebren a título oneroso.
3. Que las relaciones entre las dos entidades que forman parte del grupo no den lugar a un desequilibrio financiero entre las sociedades participantes en la operación. Se entenderá que existe desequilibrio financiero en aquellos casos en que, luego de efectuada la operación, la mayoría del pasivo de una de las entidades esté conformado por obligaciones con la otra entidad que participa en la operación.
4. Que no pongan en riesgo la capacidad de la sociedad para cumplir de manera oportuna con el pago corriente de sus obligaciones.

Al final del ejercicio deberá presentarse a consideración de la asamblea general de accionistas o junta de socios el informe especial a que se refiere el artículo 29 de la Ley 222 de 1995, dentro del cual, además de las menciones previstas en la norma citada, deberá hacerse expresa mención de todas aquellas operaciones celebradas al amparo de lo previsto en este artículo.

Los asociados que no detenten el control de cualquiera de las sociedades pertenecientes al grupo empresarial que hubieren sufrido perjuicios como consecuencia de cualquiera de las operaciones conflictivas mencionadas en este artículo tendrán derecho a ser indemnizados por la sociedad en que son asociados. En todo caso, si además del conflicto de interés se presentare opresión de asociados, podrán invocarse las protecciones a que aluden los artículos 51 y 52 de esta ley.

Parágrafo. Cuando entre sociedades pertenecientes a un grupo empresarial debidamente inscrito se celebren operaciones que no se ajusten a las reglas previstas en este artículo, deberá cumplirse el procedimiento regulado en los artículos 21 y 22 de esta ley.

Artículo 25. Usurpación de oportunidades de negocio y competencia con la sociedad. Los administradores no podrán participar en actos u operaciones que impliquen competencia con la sociedad, ni tomar para sí oportunidades de negocios que le correspondan a ella, a menos que obtengan la autorización de la asamblea o junta de socios adoptada con los votos de la mayoría de los asociados que carezcan de un interés en el negocio respectivo diferente a aquel que deriva de su calidad de asociado.

Los administradores que incumplan lo previsto en este artículo responderán por los perjuicios que le ocasionen a la sociedad y los asociados.

Parágrafo. Se entenderá que una oportunidad de negocios le pertenece a la sociedad cuando guarde relación con sus actividades de explotación económica.

CAPÍTULO IV

ACCIONES PARA IMPETRAR LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Artículo 26. Acción social de responsabilidad. Cuando se trate de resarcir los perjuicios sufridos por la sociedad como consecuencia de las actuaciones de los administradores, la sociedad podrá demandar, mediante una acción social, la responsabilidad de aquellos, conforme a lo previsto en el artículo 16 de esta ley.

Para iniciar la acción social de responsabilidad deberá obtenerse la autorización de la asamblea general o de la junta de socios.

Artículo 27. *Acción derivada.* Siempre y cuando que no se hubiere iniciado la acción social de responsabilidad, cualquier asociado podrá impletrar la acción derivada para que se resarzan los perjuicios sufridos por la sociedad como consecuencia de las actuaciones de los administradores. En estos casos, la acción se presentará por el demandante a nombre de la sociedad.

Los asociados podrán interponer la misma acción cuando se trate de evitar el acaecimiento de un perjuicio inminente para la sociedad.

Artículo 28. *Legitimación para interponer la acción derivada.* El demandante deberá haber tenido la calidad de asociado en el momento en que ocurrieron los hechos u omisiones que dan lugar a la responsabilidad o haberla adquirido de manera posterior, por ministerio de la ley, como en los casos de sucesión por causa de muerte o adjudicación en la liquidación de sociedades conyugales.

Una vez admitida la demanda, el juez le notificará a la sociedad acerca de la existencia del proceso. Tanto la sociedad que sufrió los perjuicios como cualquiera de sus asociados podrán actuar como intervinientes *ad excludendum* en el proceso iniciado a partir de la acción derivada.

En aquellas sociedades que hubieren inscrito sus acciones en el Registro Nacional de Valores y Emisores, el demandante deberá ser propietario de un número de acciones que represente cuando menos el cinco por ciento del capital suscrito.

Artículo 29. *Conciliación en acciones derivadas.* Una vez iniciado el proceso por una acción derivada, el desistimiento del demandante y la conciliación de las pretensiones, requerirán autorización expresa del juez, quien deberá verificar la razonabilidad del desistimiento o de los términos de la conciliación.

Artículo 30. *Agencias en derecho en acciones derivadas.* El juez decidirá acerca de la forma y cuantía de las costas, dentro de las cuales podrá incluir los honorarios de los abogados, así como su distribución entre las partes, de conformidad con las siguientes reglas:

1. El juez podrá ordenar que el demandante reembolse total o parcialmente los gastos de defensa de los demandados

cuando encuentre que el proceso fue iniciado o tramitado sin una justificación razonable o con el propósito de perseguir un fin ilegítimo.

2. El juez podrá ordenarle a la sociedad en cuyo nombre se hubiere presentado la acción derivada que le reembolse al demandante sus gastos de defensa, total o parcialmente, cuando en la sentencia se hubieren ordenado restituciones o indemnizaciones a favor de ella. En este caso, la sociedad podrá repetir en contra de los administradores declarados responsables, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 33 a 36 de esta ley.

Parágrafo primero. Para efectos de los reembolsos a que alude este artículo, el juez tendrá la facultad de tasar la razonabilidad de los gastos de defensa que le corresponda pagar al demandante o a la sociedad.

Parágrafo segundo. En cualquier momento del proceso, el juez podrá ordenar que se preste una caución para asegurar el pago de los gastos de defensa a que se refiere este artículo.

Artículo 31. *Pleito pendiente en acciones derivadas.* Podrá proponerse la excepción de pleito pendiente cuando la sociedad hubiere iniciado un proceso en el que se debatan pretensiones similares a las formuladas por el asociado que presente la demanda correspondiente.

Artículo 32. *Acción individual de responsabilidad.* En aquellos casos en que se trate de resarcir los perjuicios sufridos directamente por un asociado o un tercero por razón de las actuaciones de los administradores, los afectados podrán demandar la responsabilidad de aquellos conforme al artículo 16 de esta ley, mediante una acción individual, siempre y cuando que tales perjuicios no correspondan a los que pueden exigirse mediante la acción derivada.

Artículo 33. *Prohibición de reembolso de gastos de defensa.* Salvo disposición estatutaria en contrario, un administrador no tendrá derecho a que se le reembolsen los gastos de defensa, incluidos los honorarios de abogados en que razonablemente hubiere incurrido cuando, en el proceso de responsabilidad de administradores en que se solicita el reembolso, se hubiere proferido en su contra una decisión en firme.

La sociedad no estará obligada, en ningún caso, a pagar tales gastos ni a indemnizar al administrador cuando éste hubiere actuado de manera dolosa o de mala fe o hubiere recibido cualquier beneficio económico indebido.

Artículo 34. *Reembolso obligatorio.* Toda sociedad deberá reembolsar los gastos de defensa, incluidos los honorarios de abogados en que razonablemente hubiere incurrido un administrador por razón de cualquier acción legal o demanda relacionada con el ejercicio de sus funciones, siempre y cuando que se hubiere proferido a su favor una decisión en firme.

En caso de haber prosperado alguna de las pretensiones en contra del administrador, se deducirá porcentualmente del valor reembolsado el monto que corresponda a la pretensión en la que no hubiere resultado victorioso.

Parágrafo. Cuando el juez le hubiere ordenado a un asociado demandante el reembolso de los gastos de defensa de los administradores demandados, el demandante contará con 15 días para efectuar el pago correspondiente. En caso de que el asociado no efectuare tal desembolso, la sociedad procederá a efectuar el pago correspondiente y se subrogará como acreedor de la obligación a cargo del asociado. Para el efecto, la sociedad podrá deducir las sumas pagadas de las utilidades o cualesquiera otras sumas que le debiere al asociado.

Artículo 35. *Exoneración de responsabilidad.* En los estatutos sociales de cualquier compañía que no esté inscrita en el Registro Nacional de Valores podrá estipularse que los administradores estarán exentos de responsabilidad frente a la sociedad o sus asociados por cualquier perjuicio que pudiese surgir de acciones u omisiones relacionadas con el ejercicio de sus funciones. Alternativamente, podrá pactarse un límite cuantitativo respecto de la misma responsabilidad. En todo caso, la exoneración de responsabilidad a que se refiere este artículo no será procedente cuando el administrador hubiere incurrido en alguna de las siguientes conductas:

1. Recibido un beneficio económico indebido.
2. Actuado de manera dolosa.

3. Infringido el deber de lealtad.
4. Dispuesto el reparto de utilidades en violación de las normas legales sobre el particular.
5. Cometido un delito.

Artículo 36. *Seguro de responsabilidad.* Los administradores podrán disponer, con cargo a los recursos de la sociedad, la adquisición de pólizas de seguros que amparen los riesgos inherentes al ejercicio de sus cargos.

CAPÍTULO V

REGISTRO MERCANTIL DE LAS SOCIEDADES

Artículo 37. *Registro mercantil electrónico.* Las Cámaras de Comercio deberán poner en marcha sistemas telemáticos, compatibles con la Ventanilla Única Empresarial, que permitan la constitución, reformas estatutarias, transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación, registro del nombramiento o remoción de representantes legales, juntas directivas y revisores fiscales de las sociedades.

Artículo 38. *Certificación electrónica de existencia y representación legal.* Las Cámaras de Comercio estarán obligadas a expedir certificaciones de existencia y representación legal por medio de sistemas telemáticos. Para este efecto, establecerán mecanismos técnicos para asegurar la autenticidad de los certificados electrónicos que expidan.

Artículo 39. *Escrituras públicas electrónicas.* Los notarios públicos dispondrán también de sistemas telemáticos, compatibles con la Ventanilla Única Empresarial, que les permitan otorgar y expedir copias auténticas de escrituras públicas cuando cualquiera de los trámites a que se refiere el artículo 37 de ley requiera para su inscripción en el registro mercantil del otorgamiento de un instrumento notarial, como en los casos de constitución de sociedades o reformas estatutarias que conlleven la aportación o transferencia de bienes inmuebles.

Artículo 40. *Reglamentación de registros telemáticos.* Dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno Nacional reglamentará la manera en que deberán cumplirse las obligaciones contempladas en los artículos 37 a 40. Dentro del mismo lapso el Gobierno reglamentará lo relativo al funcionamiento de la Ventanilla Única Em-

presarial, de manera que exista la adecuada coordinación entre las diversas entidades públicas y privadas que tienen relación con el trámite de constitución de las sociedades.

CAPÍTULO VI

REFORMAS A LAS FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Artículo 41. *Facultades jurisdiccionales en materia societaria.* La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales para resolver las controversias relacionadas con la interpretación y aplicación de las normas de Derecho Societario, incluidas tanto las previstas en esta ley como las contenidas en el Libro Segundo del Código de Comercio y en las Leyes 222 de 1995 y 1258 de 2008. La Superintendencia será competente para ejercer estas facultades aunque las partes en litigio no ostenten la calidad de asociados o administradores en el momento de presentarse la demanda.

En estos casos la competencia de la Superintendencia de Sociedades se ejercerá a prevención.

Parágrafo. La Superintendencia de Sociedades podrá tramitar procesos en los que se debata la inexistencia, ineficacia, inoponibilidad o nulidad de los negocios jurídicos celebrados por una compañía, siempre que éstos tengan una relación directa con la interpretación o aplicación de normas previstas tanto en esta ley como en el Libro Segundo del Código de Comercio, las Leyes 222 de 1995, 1258 de 2008 y 1429 de 2010.

Artículo 42. *Trámite procesal.* Las demandas presentadas con fundamento en las facultades jurisdiccionales que le han sido asignadas a la Superintendencia de Sociedades en materia de Derecho Societario, incluidas las previstas en el artículo anterior, en el Código General del Proceso y en las Leyes 1450 de 2011, 1258 de 2008 y 446 de 1998, se tramitarán por medio del proceso verbal sumario.

Artículo 43. *Otras funciones de la Superintendencia de Sociedades.* Agréguese el siguiente parágrafo al artículo 84 de la Ley 222 de 1995:

‘Para el ejercicio de las facultades consignadas en los numerales 2, 7 y 9 de este artículo, la Superintendencia de Sociedades podrá establecer un

régimen de autorización general, conforme a los criterios que la entidad determine’.

Artículo 44. *Control*. En el acto administrativo mediante el cual se declare el control conforme al artículo 85 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades podrá establecer cuáles de las solicitudes de autorización a que se refiere esa norma deberá cumplir la sociedad sometida a control. A falta de tal precisión, se entenderá que la sociedad quedará sometida a todas las exigencias previstas en el referido artículo mientras dure dicho sometimiento a control.

Artículo 45. *Disolución y liquidación en casos de control*. Agréguese el siguiente numeral al artículo 85 de la Ley 222 de 1995:

‘9. Decretar la disolución y ordenar la liquidación de una sociedad cuando la Superintendencia de Sociedades haya comprobado graves violaciones de la ley o los estatutos que atenten contra el orden público económico. En este caso, la Superintendencia procederá, igualmente, a designar al liquidador, quien no podrá ser removido por la asamblea general de accionistas o junta de socios, salvo que medie autorización previa de la Superintendencia. Los honorarios del liquidador deberán ser pagados por la sociedad a medida que se causen. Los saldos insolutos de los honorarios tendrán la prelación legal que se le otorga a las obligaciones laborales dentro del proceso de liquidación’.

CAPÍTULO VII

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Artículo 46. *Del procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia de Sociedades*. La facultad administrativa sancionatoria de la Superintendencia de Sociedades sobre las personas jurídicas o sucursales de sociedades extranjeras sometidas a su inspección, vigilancia o control, sus asociados, controlantes, administradores, revisores fiscales, contadores, funcionarios o empleados, se sujetará al procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, salvo por las siguientes disposiciones especiales:

1. Cuando existan indicios acerca del posible incumplimiento de las normas por cuya aplicación debe velar la Superintendencia de Sociedades, la entidad lo citará a una audiencia con el propósito de definir si hay lugar a la imposición de sanciones. En escrito adjunto a la citación se hará mención expresa de los hechos que han dado lugar a la investigación, las normas presuntamente infringidas, las pruebas que sustentan el concepto de la violación y las consecuencias que podrían derivarse para el investigado en desarrollo de la actuación. En la misma citación se establecerá el lugar, fecha y hora para el inicio de la audiencia.
2. En desarrollo de la audiencia, se concederá el uso de la palabra al investigado o a quien lo represente, para que presente sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer. Contra la decisión sobre las pruebas decretadas, aportadas o solicitadas sólo procederá el recurso de reposición, que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en ese instante.
3. Al término de la audiencia, la Superintendencia decidirá las medidas que fueren pertinentes. Contra la decisión respectiva sólo procederá el recurso de reposición, que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en ese instante.
4. El funcionario que presida la audiencia podrá suspenderla en cualquier momento cuando, de oficio o a petición de parte, ello resulte necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el adecuado desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, si se adoptare la suspensión, se señalará, así mismo, la fecha y hora en las que la audiencia habrá de reanudarse.

5. Los terceros que hubieran formulado la queja o denuncia que hubiera dado lugar a la actuación administrativa podrán intervenir en la misma.

Parágrafo. El procedimiento aquí establecido no se aplicará en el caso de infracciones al régimen de cambios internacionales.

Artículo 47. Incumplimiento de órdenes. Cuando no se acredite oportunamente ante la Superintendencia de Sociedades el cumplimiento de órdenes que hubiere impartido, le corresponderá al destinatario acreditar las razones que justifican el incumplimiento dentro del mismo plazo previsto para el cumplimiento de la orden. En caso contrario, la Superintendencia impondrá la sanción correspondiente, sin necesidad de previo requerimiento o solicitud de explicaciones adicionales. En el mismo acto señalará un nuevo plazo para acreditar el acatamiento de la orden incumplida.

Contra los actos dictados en esta actuación sólo procederá el recurso de reposición.

Artículo 48. Medidas cautelares en investigaciones administrativas y visitas. En el momento de decretarse una investigación administrativa o visita a una sociedad o durante el curso de una investigación, la Superintendencia de Sociedades estará facultada para adoptar las medidas cautelares que a continuación se indican:

1. La suspensión de administradores o revisores fiscales de sociedades.
2. Ordenarle a los administradores que se abstengan temporalmente de ejecutar una orden proferida por la asamblea general de accionistas, junta de socios o junta directiva.
3. La restricción para negociar acciones, cuotas o partes de interés de una sociedad.
4. La suspensión de procesos de emisión y colocación de acciones o de aumento de capital en sociedades por cuotas o partes de interés.
5. La orden de suspender la determinación relativa a la disolución de una sociedad.

6. Cualquiera otra que fuere pertinente para evitar que se cause un perjuicio a la sociedad, los asociados o terceros.

Artículo 49. *Sanciones*. La Superintendencia de Sociedades podrá imponer las siguientes sanciones a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos:

1. Multas sucesivas hasta de 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, si se tratare de personas naturales y de 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en el caso de personas jurídicas.
2. Remoción de administradores, revisor fiscal o empleados.
3. Prohibición para ejercer el comercio hasta por 10 años, contados a partir de la ejecutoria de la sanción.
4. Amonestaciones y sanciones pedagógicas convertibles en multas.

Parágrafo. La Superintendencia de Sociedades podrá concederle beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole la ley o los estatutos, en caso de que le informen a la entidad acerca de la existencia de dicha conducta o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás infractores, aun cuando la Superintendencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación.

1. Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa u otras sanciones que podrían serles impuestas.
2. La Superintendencia de Sociedades establecerá si hay lugar a la obtención de beneficios y los determinará en función de la calidad y utilidad de la información que se suministre, para lo cual tendrá en cuenta los siguientes factores:
 - a) La eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con las autoridades el suministro de información y de pruebas que permitan establecer la existencia, modalidad, duración y efectos de la conducta, así como la identidad de los

responsables, su grado de participación y el beneficio obtenido con la conducta ilegal.

- b) La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración.

Artículo 50. *Criterios de graduación de sanciones.* Para efectos de graduar las multas, la Superintendencia de Sociedades tendrá en cuenta los siguientes criterios:

1. La mayor o menor gravedad de la infracción.
2. La reincidencia en la comisión de las infracciones.
3. La mayor o menor disposición de colaborar con la Superintendencia durante la investigación.
4. La conducta procesal de la persona o personas durante la investigación que ha dado lugar a la multa.
5. El patrimonio del infractor.
6. El daño económico que se le hubiere causado a la compañía o a terceros como consecuencia de la comisión de la infracción.
7. El beneficio obtenido por el infractor.
8. El grado de participación del infractor.

CAPÍTULO VIII

OPRESIÓN DE ASOCIADOS MINORITARIOS

Artículo 51. *Concepto.* Se entenderá por opresión de los asociados minoritarios el conjunto de conductas concatenadas tendientes al menoscabo de los derechos que le corresponden a éstos conforme a la ley. Se entenderá por asociado minoritario aquel que no detente el control sobre la sociedad.

Artículo 52. *Trámite judicial.* La protección de los asociados afectados por opresión se tramitará mediante demanda presentada ante la Superintendencia de Sociedades. Esta entidad ejercerá funciones jurisdiccionales para estos efectos.

En la sentencia correspondiente, el juez podrá declarar probada la opresión, en cuyo caso podrá ordenar las siguientes medidas, en el orden que se describe a continuación:

1. Las previstas en los artículos 14 a 16 de la Ley 222 de 1995 relativas al reembolso de la participación del asociado. Si dicho reembolso implicare una reducción de capital, deberá dársele cumplimiento, además, a lo señalado en el artículo 145 del Código de Comercio.
2. En caso de no ser posible el reembolso de la participación del asociado, conforme al numeral anterior, la disolución y liquidación de la sociedad y el nombramiento del liquidador.

Artículo 53. *Vigencia y derogatorias.* Esta ley rige a partir del momento de su promulgación y deroga los artículos 200 del Código de Comercio, 22 a 25 de la Ley 222 de 1995, 32 de la Ley 1258 de 2008 y todas las disposiciones que le sean contrarias.

Índice Analítico de Materias

Abuso del derecho de voto: 37, 74

Acciones

De opresión: 37-38, 95-96

Derivadas: 32, 66-67, 86-87

Individuales de responsabilidad: 32, 66, 87

Sociales de responsabilidad: 31, 32, 64-67, 85

Acuerdos de sindicación de acciones: 11, 19

Administradores

Acción derivada: 32, 66-67, 86-87

Acción individual de responsabilidad: 32, 66, 87

Acción social de responsabilidad: 31, 32, 64-67, 85

Back-scratching: 27

Buen hombre de negocios: 24, 25, 41, 42, 43, 44, 45, 46

Business judgment rule: 45, 57

Competencia con la sociedad: 27, 80, 85

Conflictos de interés: 25, 27, 28-29, 49-64, 81

De hecho: 79

Deber de cuidado: 26, 46, 79

Deber de lealtad: 26-29, 42, 48-49, 79-81, 89

Deberes específicos de conducta: 24, 25-30, 46, 48-49, 79-81, 89

Deberes fiduciarios: 42

Deferencia al criterio empresarial: 25-26, 44-49, 80

Definición: 78-79

Exoneración estatutaria de responsabilidad: 26, 28, 88-89

Límites estatutarios de responsabilidad: 31, 88-89

Reembolso de gastos de defensa: 31, 87-88

Regla de la discrecionalidad: 45, 46, 47, 57

Responsabilidad: 24-31, 31-32, 39-68, 78-85, 85-89

Seguros de responsabilidad: 31, 89

Usurpación de oportunidades de negocios: 85

Asociados minoritarios

Opresión: 20, 21, 37-38, 95-96

Mecanismos de protección: 37-38, 95-96

Unfair prejudice: 37

Autonomía contractual: 15, 16, 30-31

Back-scratching: cfr. administradores

Business Judgment Rule: cfr. administradores

Cámaras de comercio: cfr. registro mercantil

- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: 13, 32, 38
- Competencia con la sociedad: cfr. administradores
- Conflictos de interés: 25, 27, 28-29, 49-64, 81
 - Asociados desinteresados: 28, 60, 83
 - Asociados interesados: 60-61, 83
 - Definición: 51, 54-55, 81
 - Interés económico sustancial: 55-56, 81
 - Personas vinculadas: 55-56, 81
 - Régimen de autorización: 28-29, 57-61, 82-83
- Contrato societario incompleto: 19
- Grupos empresariales: 29, 61-64, 84-85
 - Doctrina *Rozenblum*: 63
 - Importancia económica: 61-62
- Konzernrecht*: 63
 - Mercados internos: 62
 - Régimen de conflictos de interés: 61-64
 - Teoría de las ventajas compensatorias: 63-64
- Dispersión y concentración de capital: 31
- Empresa unipersonal de responsabilidad limitada: 11
- Entire fairness*: 57
- Escrituras públicas electrónicas: 33, 89
- Exclusión de asociados: 16, 76
- Extensión de beneficios de la SAS: 18-22, 73-77
 - Adopción *ex novo*: 77
 - Normas que requieren reforma estatutaria
 - Aprobada por mayoría: 74-75
 - Aprobada por unanimidad: 75-76
 - Normas que se extienden en forma automática: 73-74
- Limited liability company*: 12
- Limited liability partnership*: 12
- One-stop shop*: 34
- Opresión de asociados minoritarios: 20, 21, 37-38, 95-96
- Organización de Estados Americanos: 13
- Private benefits of control: 27
- Procedimiento administrativo sancionatorio: Cfr. Superintendencia de Sociedades
- Registro mercantil: 32-34, 89-90
 - Certificación electrónica: 89
- Medios telemáticos: 32, 33, 89-90
- Registro Nacional de Valores y Emisores: 23, 78, 83, 86
- Sociedades por acciones simplificadas
 - Ampliación de actividades que puede realizar: 23, 77-78
 - Constitución por documento electrónico: 33
 - Exención de requisitos legales: 77

- Extensión de beneficios a los tipos regulados en el Código de Comercio: 18-22, 73-77
- Modificaciones al régimen de la Ley 1258 de 2008: 23, 77-78
- Registro automático de la situación de control: 78
- Unipersonales: 23, 77-78
- Superintendencia de Sociedades: 34-37, 90-91, 91-95
 - Facultades administrativas: 34-37, 90-91, 91-95
 - Control de sociedades: 36, 78, 91
 - Disolución y liquidación de sociedades: 91
 - Medidas cautelares: 93-94
 - Procedimiento administrativo sancionatorio: 91-95
 - Régimen de autorización general: 36, 90-91
 - Sanciones: 94
 - Facultades jurisdiccionales: 16, 34-36, 90
 - Unfair prejudice: 37
- Usurpación de oportunidades de negocios: cfr. administradores
- Ventanilla única empresarial: 34, 89



IMPRENTA
NACIONAL
DE COLOMBIA

Carrera 66 No. 24-09
Tel.: (571) 4578000
www.imprenta.gov.co
Bogotá, D. C., Colombia

Es un privilegio presentar el proyecto de ley n.º 70 de 2015 de la Cámara de Representantes, por medio del cual proponemos que se introduzcan reformas sustantivas al régimen vigente en materia de sociedades. En el proyecto se mantiene la orientación progresista de las reformas introducidas en los últimos 20 años y se propone continuar el proceso de flexibilización y modernización del ordenamiento societario colombiano. De ahí que se procure incorporar al régimen nacional algunas de las más novedosas disposiciones previstas en las legislaciones contemporáneas. La filosofía que subyace a esta propuesta, al igual que en los proyectos de reforma normativa que le han antecedido, no es otra que la de suministrarles a los inversionistas nacionales y extranjeros las herramientas jurídicas más avanzadas para acometer toda clase de emprendimientos, en particular, en el contexto de las sociedades cerradas.



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**