

Responsabilidad por violación de la buena fe en la sociedad por acciones simplificada

NICOLÁS POLANÍA TELLO*

Sumario: Introducción. I. Responsabilidad derivada de principios. A. El juicio de responsabilidad por violación de principios. II. Consideraciones sobre el principio general de la buena fe. A. Concepto y clases de buena fe. III. La buena fe en la Sociedad por Acciones Simplificada. A. Rasgos básicos del sistema de responsabilidad de la Ley SAS. B. Cuatro proyecciones concretas de la buena fe en el modelo de responsabilidad de la SAS.

Resumen: La sociedad por acciones simplificada –SAS–, como los demás esquemas societarios, se funda en y está informada por el principio de la buena fe. Pero a diferencia de los otros modelos, la SAS tiene concreciones particulares de la buena fe que permiten un amparo más efectivo y eficiente de los derechos de los socios y de los terceros, en la medida en que instituciones como el fraude a la ley, el perjuicio injusto a terceros, el abuso del derecho y el administrador de hecho, todos estructurados a partir de violaciones a la buena fe, permiten tramitar los eventos de responsabilidad por ilícitos atípicos y llegar incluso a desestimar por ello el atributo de la limitación de responsabilidad.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, magíster en Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Jorge Tadeo Lozano (Bogotá) en la cátedra de Responsabilidad Civil; miembro activo del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE; miembro activo de la International Bar Association, IBA; abogado sénior en la firma Muñoz Abogados, coordinador del área de Práctica General; litigante y asesor en temas de derecho comercial, societario y de responsabilidad contractual. Contacto: [npolania@munozab.com] Fecha de recepción: 30 de marzo de 2012. Fecha de aceptación: 27 de agosto de 2012.

Palabras clave: sociedad por acciones simplificada, buena fe, responsabilidad, deberes fiduciarios, administradores.

Liability by violation of good faith in Simplified Stock Company

Abstract: The Simplified Stock Company –abbreviated in Spanish as SAS–, like other corporate types, is based on and is informed by the principle of good faith. However, unlike other types, the SAS corporations bear particular good faith concretions that allows more effective and efficient protection of the rights of shareholders and third parties, as long as certain institutes such as fraud in law, unfair damage to others, abuse of the right and de facto management, all of which are structured upon violations of good faith, allows to process those cases of liability founded on atypical unlawful acts, to the point to dismiss for this reason the attribute of the limited liability.

Keywords. Simplified Stock Company, Good Faith, Liability, Fiduciary Duties, Directors.

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Ley 1258 de 2008, que creó la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), se produjo un cambio profundo en nuestro ordenamiento comercial, en especial –pero no solamente– a propósito de la calidad de continente del modelo societario. En efecto, mientras en los esquemas clásicos el tipo social escogido contenía al negocio de forma rígida y lo limitaba y determinaba su estructura, ahora, en virtud de la SAS, es el negocio el que determina al modelo, en donde este resulta ser un dato más en el universo del negocio.

Bajo el esquema SAS el empresario ya no debe enfrentar, además de las contingencias del mercado, las limitaciones y restricciones de los tipos sociales del Código de Comercio, al tiempo que los terceros de toda índole, el Estado y los propios socios y administradores, disponen de mecanismos ciertamente eficaces y eficientes¹ en orden a remediar situaciones de ilegalidad, fraude o abuso.

¹ La Ley 1395 de 2010, en el inciso tercero del artículo 22 –que reformó el 397 CPC– estableció que los procesos declarativos que adelanten las superintendencias en ejercicio de funciones jurisdiccionales se tramitarán por la cuerda del *verbal de mayor y menor cuantía*. Con esto pareciera modificarse tácitamente el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 1258, de acuerdo con el cual “[s]i no se pacta arbitramento o amigable composición, se entenderá que todos los conflictos antes mencionados serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del *proceso verbal sumario*” (resaltado fuera de texto), en el sentido de habilitar la segunda instancia para litigios societarios, que fue lo que expresamente se quiso evitar al fijar el proceso verbal sumario. Peor además, podría interpretarse que se abre la puerta para que litigios societarios de cierta entidad sean objeto de revisión en casación. A este respecto, en nuestra opinión, la norma de la Ley 1395 en realidad no modifica la norma de la Ley SAS, por razón de la especialidad de esta última, que opera en el ámbito preciso de este modelo societario. En todo caso, es previsible que no estemos a salvo de interpretaciones contrahechas en este tema, por lo que conviene recordar con énfasis que, por fortuna, la competencia jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades es residual respecto del pacto arbitral, opción que

En esta dinámica de flexibilización societaria, lo primero que se advierte es que la SAS puede ser constituida por medio de un contrato o a través de un acto unilateral, y esto implica que su naturaleza sea la de un negocio jurídico², bilateral o unilateral, de contenido patrimonial.

En este sentido y de forma paralela e incluso paradójica, la SAS supone la profundización del modelo contractualista societario y a la vez su superación. En efecto, lo profundiza porque implica un renacimiento del contrato de libre negociación, ausente en los esquemas societarios clásicos cuyos modelos son invariables y casi prefijados en la práctica; y lo supera porque el contrato ya no es el único vehículo jurídico para llegar a su configuración³.

Desde esta óptica, queda sin objeto el debate respecto de la corrección de la expresión "*sociedad unipersonal*", aduciendo la necesaria pluralidad del contrato social, pues queda claro que en virtud de la Ley 1258 de 2008 la sociedad simplificada puede asumir la forma contractual (negocio jurídico bilateral) o puede nacer como negocio jurídico unilateral⁴.

Así las cosas, cuando sea contrato deberá haber pluralidad y se generarán los efectos propios de tal circunstancia, con el dato particular de que la singularidad sobreviniente no comporta la disolución de la sociedad, sino una conversión del negocio bajo el expediente de un simple ajuste estatutario.

En suma, la pluralidad no es requisito esencial de la sociedad simplificada pues, como se vio, a la SAS se llega por negocio jurídico unilateral o por negocio jurídico bilateral, y en este último caso será contrato social que exige pluralidad, mientras en el otro evento, igualmente válido, no.

En todo caso, el hecho de asumir la forma contractual sí genera unas consecuencias puntuales en sede de responsabilidad, en la medida en que es susceptible el negocio de adolecer de las patologías o vicisitudes propias del contrato (in-

se consolida como la más eficiente. La primera denuncia de esta situación en FRANCISCO REYES VILLAMIZAR. "El nuevo proceso societario", en *Ámbito Jurídico*, disponible en: [www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110314-13/noti-110314-13.asp].

² Entendido como "acto de autonomía privada jurídicamente relevante": RENATO SCOGNAMI-GLIO. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, Lima, Grijley, 2004. Cfr. EMILIO BETTI. *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Comares, 2008.

³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-014 del 20 de enero de 2010, M.P.: Mauricio González Cuervo: "Asimismo, es claro que este modelo societario avanza en el proceso de superación del enfoque contractualista que fundamentaba las modalidades societarias tradicionales –que se había ya comenzado a abandonar con la creación de las empresas unipersonales de responsabilidad limitada (Ley 222 de 1995), y las sociedades unipersonales (Ley 1014 de 2006)–, toda vez que permite que las SAS sean constituidas por una sola persona natural o jurídica, y creadas por tanto mediante acto unilateral".

⁴ El Consejo de Estado, mediante sentencia de la Sección Primera del 20 de enero de 2011, exp. 2008-00136, resolvió declarar la nulidad de la reglamentación que el Decreto 4463 de 2006 desarrolló respecto de los asuntos atinentes a las empresas unipersonales, previstos en la Ley 1014 de 2006. El fallo concluye que se excedió la facultad reglamentaria al haber regulado la figura de la "sociedad unipersonal", cuando esta nomenclatura no aparece en la ley que se estaba desdoblado. Se trata, por supuesto, de un fallo tardío. Ya la Ley 1258 de 2008 dejó claro que existen sociedades unipersonales.

cumplimiento, ausencia –congénita o sobreviniente– de condiciones de validez, de eficacia, de existencia, etc.).

Por otra parte, la sociedad simplificada ha sido estructurada sobre una base filosófico-jurídica bastante bien definida⁵, que atiende a los lineamientos de la escuela del Análisis Económico del Derecho y que, si se quisiera adscribir a alguna de las dos tendencias que han informado el debate nacional y la política legislativa del derecho societario, cabría hacerlo en la "no intervencionista", contrapuesta a aquella que prohíba una inmisión directa del Estado en los esquemas asociativos particulares estableciendo pautas inderogables para la concreción de la *affectio societatis*.

Su objeto principal, la razón por la cual se creó, es promover, facilitar y hacer eficiente el intercambio económico, reduciendo en la mayor medida posible los costos de transacción implicados en el proceso productivo, en especial los originados en normas abiertamente incompatibles con el mercado. En este sentido, y desde una perspectiva esencialmente economicista, la SAS es un incentivo a la generación de riqueza o, por lo menos, a la formalización de emprendimientos empresariales.

En efecto, la naturaleza *sui generis* de la SAS permite, a la par que servir de modelo de organización empresarial alterno a los modelos previstos en el Código de Comercio, fungir como instrumento de inversión eficiente en clave de operaciones de riesgo controlado en el sector real de la economía, lo que la erige en émula directa de la figura del encargo fiduciario como catalizador de inversiones. Con esto, la SAS plantea un escenario de competencia no solo frente a los esquemas societarios tradicionales, sino frente a figuras que, como la fiducia, habían obtenido un relativo éxito al amparo de las deficiencias de aquellos.

Con ese marco teórico general, en el que, como se vio, prima la ecuación costo-beneficio, la resolución de los conflictos, la forma a través de la cual se tramitan y dirimen los litigios es sin duda una de las variables determinantes a la hora de establecer la eficiencia de un modelo de organización societaria. Es un hecho notorio que los mercados no resisten la interinidad generada por los onerosos y dilatados procesos en la jurisdicción ordinaria. En este sentido, el excesivo costo de resolver problemas a través del aparato jurisdiccional público desincentiva la actividad económica y compromete tanto la seguridad jurídica como el acceso mismo al aparato de justicia y a la tutela judicial efectiva.

Sobre esta base entonces, la prueba ácida de un esquema societario precisamente consiste en tener un sistema eficiente de trámite y decisión de litigios, que opere dentro de un marco jurídico razonable y claro, y que esté soportado por

⁵ "La filosofía que subyace a la nueva norma consiste en facilitar la creación y el funcionamiento de las empresas a fin de estimular la innovación y el desarrollo de nuevos bienes y servicios. Se espera también que las características de esta regulación puedan constituir un elemento útil para prevenir y resolver conflictos intrasocietarios": FRANCISCO REYES VILLAMIZAR. SAS. *La sociedad por acciones simplificada*, Bogotá, Legis, 2010, p. XIV.

una instancia jurisdiccional ojalá especializada, expedita, confiable y, en alguna medida, predecible.

Estas breves referencias permiten introducir el objeto principal de estas líneas, que es indagar un poco sobre las particularidades de la responsabilidad en la SAS con base en la violación del principio de la buena fe, que es solo una exploración parcial respecto del modelo de responsabilidad que plantea la Ley 1258 de 2008.

Con este fin, hacemos primero unas consideraciones generales sobre la responsabilidad derivada de principios (I), lo que nos lleva luego a exponer algunas ideas sobre el principio general de la buena fe (II), para pasar a una aproximación a la buena fe en el ámbito de la sociedad por acciones simplificada y su aplicación en sede de juicios de responsabilidad, con algún énfasis en la responsabilidad del administrador de la SAS (III).

I. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE PRINCIPIOS

A. El juicio de responsabilidad por violación de principios

El tema de la adjudicación judicial es uno de los más complejos que abordan las distintas escuelas jurídicas⁶, y por supuesto no es indiferente para la doctrina del Análisis Económico del Derecho⁷. El juez debe fallar de la forma más eficiente posible, y esto no se refiere solo a los términos perentorios del proceso y al rigor con que los observe el operador, sino a los propios insumos normativos de los que dispone para decidir.

El problema particular a este respecto viene dado por la discrecionalidad judicial⁸ que necesariamente suponen los principios cuando sirven de fundamento para un fallo.

En efecto, es distinto definir una situación jurídica con base en reglas que hacerlo con base en principios⁹. La diferencia entre estos dos tipos de norma está

⁶ Cfr. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de Los Andes, 2008; RODOLFO ARANGO. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, 1999.

⁷ De hecho, la eficiencia de las normas y su entorno institucional es uno de los pilares o ideas básicas de esta corriente: "Mercurio y Medema resumen bien las ideas que inspiran este enfoque económico del derecho: [...] c. Las normas jurídicas y los resultados del funcionamiento del sistema jurídico se valoran en función de su eficiencia, por lo que los procesos de decisión jurídicos deberían promoverla y la elaboración de las leyes y los planes de regulación jurídica tendrían que apoyarse fuertemente en el mercado, ya que en condiciones normales el mercado promueve los máximos niveles de eficiencia. Las normas que se desvían de la eficiencia deberían reformarse para ajustarse a esta última. Por lo tanto, las normas jurídicas y sus resultados sociales y personales se evalúan a partir de sus características relacionadas con la eficiencia": CARLOS MORALES DE SETIÉN RAVINA. "Estudio preliminar", en *Análisis Económico del Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores et al., 2011, p. 23.

⁸ Cfr. DUNCAN KENNEDY. *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del Hombre Editores, 2005.

⁹ RONALD DWORKIN. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

en sus propias estructuras¹⁰: la regla tiene una conformación silogística (supuesto de hecho-sanción) que determina que su aplicación sea de *todo o nada* y que, en caso de aplicarse, excluya o derogue otras reglas concurrentes. El principio, por su parte, es un enunciado de *textura abierta*, de contenido no taxativo, cuyo método de aplicación apunta más a la tópica o a la ponderación¹¹ y, por tanto, la aplicación a un caso concreto de un principio no excluye ni destruye a otros eventualmente comprometidos sino que, dependiendo de los hechos, puede o no primar respecto de ellos.

En este sentido, en sede de un juicio de responsabilidad es distinto someter por subsunción unos hechos al molde de calor de las reglas preestablecidas y generar un fallo en uno u otro sentido, que estructurar una solución judicial sobre la base de una doble discrecionalidad, (a) en cuanto a la identificación e interpretación de los principios implicados en el litigio y sus contenidos o proyecciones, y (b), sobre la base del elenco de principios definido, en cuanto al ejercicio mismo de ponderación o de tópica que estas normas exigen para su aplicación. En este último caso el modelo de decisión resultaría, de entrada, menos eficiente y susceptible de generar mayor inseguridad jurídica. A propósito de este asunto sostiene Posner:

La relativa simplicidad de las reglas, comparada con la de los estándares, tiene dos consecuencias para el tipo de judicatura débil que es común en un país en desarrollo. Aplicar reglas exige menor tiempo y competencia de los jueces, y por esa razón es un sistema a la vez menos costoso y probablemente más preciso. Las reglas también facilitan la supervisión de los jueces, y de ese modo reducen la posibilidad de los sobornos y la influencia de la política en el proceso judicial. Entre menor sea la discrecionalidad de un juez al tomar decisiones, más fácil será para los observadores determinar si ha decidido un caso en contra de lo que dispone la ley o si está favoreciendo de manera sistemática a una clase o grupo de litigantes sobre otro¹².

Con independencia de las consideraciones sobre la corrección o no de esta conclusión del juez Posner, es un dato empírico que solucionar un problema jurídico con base en formulaciones tan abstractas como la buena fe o el interés general

¹⁰ En todo caso, no es unánime la doctrina especializada en punto de las diferencias estructurales entre estas dos especies de norma. Por ejemplo, ÁVILA sostiene que los criterios que de ordinario se han propuesto como conducentes a diferenciar reglas de principios son deficientes y no pueden dar cuenta de una diferencia que resulta imposible establecer *ex ante*: "dado que justamente el intérprete crea las normas a partir de las disposiciones, no se puede concluir que una u otra disposición contenga una regla o un principio. Esta calificación normativa depende de conexiones axiológicas que no están incorporadas al texto ni pertenecen a él, sino que, antes bien, las construye el propio intérprete": HUMBERTO ÁVILA. *Teoría de los principios*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 33.

¹¹ Algunos autores consideran que la forma de aplicación de los principios es la tópica: cfr. JUAN CARLOS CASSAGNE. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas, 1984.

¹² RICHARD POSNER. "Law and modernization", disponible en: [http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/item/953/1/Law_modernization.pdf].

comporta de forma necesaria un grado congruo de discrecionalidad judicial que supone, como correlato, una carga adicional de diligencia para el fallador en la estructuración de los argumentos para la resolución del litigio. Es un modelo de decisión en principio más complejo que el que se basa en la estricta subsunción de la *quaestio facti* a la regla.

En estos términos, tiene sentido que se concluya que asignar responsabilidades a partir de principios puede ser menos eficiente que hacerlo con base en reglas. Cabría observar, además, que la seguridad jurídica también se compromete en mayor medida con un sistema de responsabilidad que deriva condenas o absoluciones de proposiciones jurídicas indeterminadas, cuyos contenidos solo se concretan en el fallo¹³ vía interpretación.

Sin embargo, el ejercicio legislativo de previsión de contingencias resulta con mucho desbordado por la infinita multiplicidad de situaciones de ocurrencia factible en el devenir social, y en este sentido la regulación total no es una opción real. Como en estos eventos de ausencia de norma explícita es inviable retroceder al estado de naturaleza, la jurisdicción debe ofrecer respuestas fiables y razonadas para el trámite del conflicto, de modo que su resolución no dependa de tipificación previa alguna.

Con todo, como se intenta mostrar más adelante, la eficiencia y pertinencia de un modelo de adjudicación no depende tanto de que se base en principios o reglas, como de la forma y la técnica con que se disponga de estas o aquellos referentes normativos. Es decir, un modelo de decisión judicial basado en principios puede llegar a igual o mayor grado de eficiencia que aquel basado en reglas¹⁴.

II. CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE

Como se verá, la buena fe tiene una presencia transversal en la regulación de la sociedad por acciones simplificada, y debe ser así porque al tratarse de un modelo flexible, que no permisivo, mucho depende su éxito de la corrección de la conducta de las partes. Se trata de un negocio que exige, como muchos otros, *uberrimae bona fidei*.

Con esto, por supuesto, no se quiere decir que en los esquemas societarios previstos en el Código de Comercio la presencia de la buena fe tenga una intensi-

¹³ FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 185: "no parece aceptable aplicar una sanción sobre la base de aproximaciones o conjeturas hermenéuticas".

¹⁴ "En efecto, se nos plantea, de este modo, que no solo ya no puede resultar dudosa, sino que, por el contrario, se convierte en imperativa la operatividad de esos principios en el proceso de aplicación-creación del Derecho, tal como lo ha propugnado la jurisprudencia de problemas. Ello les prodiga un valor tal que resultarán muy frecuentes las ocasiones en que superarán en su eficacia a la propia ley escrita o a la costumbre": GUSTAVO E. SILVA TAMAYO. *Desviación de poder y abuso del derecho*, Buenos Aires, Lexis-Nexis y Abeledo Perrot, 2006.

dad menor o menos poder vinculante, en absoluto¹⁵. Solo que en la SAS pareciera tener la buena fe unos conductos de concreción y unos supuestos de exigibilidad de sujeción a ella mejor diseñados, que delimitan un sistema de responsabilidad mejor dotado de cara a los actuales retos del comercio, que es la tesis que se defiende en estas líneas.

A. Concepto y clases de buena fe

Dicho lo anterior, procedemos a una necesaria indagación sobre la naturaleza y el contenido del principio de la buena fe, en términos por supuesto muy generales.

En una aproximación preliminar podemos decir que se trata de una noción ciertamente prejurídica¹⁶ que sirvió para ilustrar eso que después se llamó vínculo obligacional y cuyo contenido no es otro que la corrección en la conducta, esto es, el *honeste vivere* que reclamaba Ulpiano.

La buena fe es un concepto indisolublemente ligado al derecho y con muchos y muy variados efectos en ese ámbito. El tráfico jurídico requiere un mínimo de corrección de los intervinientes. Tiene que haber necesariamente entre los implicados en el intercambio de bienes y servicios buena fe y creencia en la buena fe del otro. De no ser así, la paranoia colectiva paralizaría el comercio o, en el mejor de los casos, lo haría excesivamente oneroso.

En cuanto a su contenido, la doctrina más autorizada¹⁷ y una docta línea jurisprudencial¹⁸ distinguen dos especies de buena fe, la *subjetiva* y la *objetiva*. En cuanto al origen de esta *summa divisio* indica Neme Villarreal:

En el siglo XIX tomó fuerza la discusión doctrinal en torno a la diferenciación entre los conceptos de buena fe objetiva y buena fe subjetiva. Especial atención suscitó la disputa surgida en Alemania en torno a 1870, entre Bruns y Wächter, sobre la "buena fe", enmarcada en las fuentes romanistas. [...]

¹⁵ IGNACIO SANÍN BERNAL. "El trasiego societario de la colectiva a la SAS", en *De la responsabilidad civil y comercial*, Medellín, Dike et al., 2012, pp. 179 y ss.

¹⁶ BETTI. Ob. cit., pp. 46 y 47.

¹⁷ MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL. "Buena fe subjetiva y buena fe objetiva", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 45 y ss.; NICOLÁS PÁJARO MORENO. "El contrato y sus principios orientadores", en *Derecho de las obligaciones*, t. 1, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2009, pp. 360 y ss.

¹⁸ "La buena fe, someramente esbozada en lo que a su alcance concierne, se torna bifronte, en atención a que se desdobra, preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada 'buena fe subjetiva' (creencia o confianza), al igual que en la 'objetiva' (probidad, corrección o lealtad), sin que por ello se lesione su concepción unitaria que, con un carácter más panorámico, luce unívoca de cara al ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, se anticipó, es un principio general –e informador– del derecho, amén que un estándar o patrón jurídicos, sobre todo en el campo de la hermenéutica negocial y de la responsabilidad civil": Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001, exp. 6146, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo.

Para Wächter, el concepto de "buena fe" indica la simple ignorancia de dañar el derecho ajeno y se consume en una falsa creencia, determinada por cualquier error, sin tener en cuenta la excusabilidad o no del error, en una concepción que se denominará, después, subjetiva.

Para Bruns, en cambio, la "buena fe" designa la rectitud de la conducta, el espíritu escrupuloso y franco con el cual es necesario estrechar acuerdos y comportarse en el consorcio humano, dentro de una visión que denomina ética, en la que la mirada se dirige al contenido exterior de la conducta, a aquello que resulta observable y enfatiza en la corrección, la honestidad, por lo que se considera irrelevante lo que se piensa, se quiere o se cree, destacando que como sustento de un comportamiento probo y leal debe estar un error excusable¹⁹.

Como se ve, se trata de una distinción doctrinal, de acuerdo con la cual la *buena fe subjetiva* se refiere a la creencia, a la íntima convicción de estar actuando conforme a derecho. Es un estado de conciencia en el que se encuentra quien se halla convencido de que su conducta es acorde con la legalidad²⁰. Este entendimiento de la buena fe tiene una larga tradición y ha sido asociado, en sus orígenes, al derecho de propiedad y al ejercicio de la posesión, tradición recogida por el artículo 768 C.C.

La *buena fe objetiva*, por su parte, es considerada propiamente como una regla de conducta, incorporada de forma necesaria e indisponible a todos los contratos por expresa previsión de los artículos 1603²¹ C.C. y 871²² C.Co. Esta regla de conducta persigue que las partes se desenvuelvan con rectitud y con honradez tales que trasciendan la mera creencia abstracta y se concreten en actos positivos perfectamente exigibles por vía judicial²³.

En sus comentarios al Código Civil, el maestro Fernando Vélez señaló:

¹⁹ NEME VILLARREAL. Ob. cit., p. 46.

²⁰ En palabras de NEME VILLARREAL: "En suma, la buena fe subjetiva consiste en un estado psicológico y no volitivo, cuyo substrato está fundado bien en la ignorancia o en un error. [...] [L]a buena fe subjetiva no se predica respecto 'al contenido o a los efectos de la relación misma', sino que se refiere exclusivamente a la corrección del sujeto dentro de la relación jurídica, esto es, 'a la conciencia del sujeto en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que deriva su derecho', de no estar dañando un interés ajeno tutelado por el derecho": ibíd., p. 49.

²¹ Art. 1603 C.C.: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".

²² Art. 871 C.Co.: "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".

²³ Según NEME VILLARREAL, "este tipo de buena fe se erige en regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado. La buena fe objetiva presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces, entre otros deberes que emanan permanentemente de su profuso carácter normativo": ob. cit., pp. 49 y 50.

Según el Derecho Romano los contratos eran de buena fe o de derecho estricto. Esto desaparece con la regla justa del artículo 1603 que los declara todos de buena fe, lo que quiere decir que deben ejecutarse conforme a la intención de los contratantes, y por esto la regla agrega que obligan no sólo a lo que se hayan comprometido expresamente las partes, sino a todo aquello que se origine de la naturaleza de la obligación o sea su consecuencia, y a todo lo que comprende la obligación en virtud de la ley²⁴.

Por lo demás, del contenido de la buena y, sobre todo, de su poder normativo, se deriva la función práctica que le ha sido reconocida, esto es, la de fungir como necesario *criterio de interpretación* del contrato, de acuerdo con el cual se debe privilegiar, en la valoración de su ejecución, la conducta de quien obró de acuerdo con la intención primigenia y con el "imperativo general de conducta que [la buena fe] implanta"²⁵. Pero además, es un *criterio de integración* del contrato, es decir, es fuente autónoma de obligaciones que se consideran incluidas en el acuerdo, así las partes no hayan consentido expresamente en ellas²⁶.

En este último sentido entonces, en virtud de la buena fe se deben pagar obligaciones particulares en el negocio que, aunque no estén expresas en el contrato, se infieren de su naturaleza o de manera directa de la ley. Pero además impone deberes secundarios de conducta autónomos y que deben observarse por regla general en todos los contratos, como por ejemplo la obligación de mitigar el propio daño²⁷, el deber de información, el deber de lealtad, etc.²⁸.

²⁴ FERNANDO VÉLEZ. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. VI, París, París-América, 1926, p. 211.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 1994, exp. 3972, M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Scholss.

²⁶ Cfr. MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL. *La buena fe en el derecho romano, Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia – Centro di Studi Giuridici Latinamericani Università "Tor Vergata", 2010, p. 240: "En este orden de ideas, 'bona fides negotiae' obliga, no sólo a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que las circunstancias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente, como quiera que la fuerza de la buena fe, como principio normativo, integra el contenido del contrato, formándolo permanentemente a través del establecimiento de reglas concretas mediante las que se otorga la exacta dimensión al contenido de las obligaciones de las partes a la luz de la buena fe".

²⁷ Cfr. MARÍA ISABEL TRONCOSO. "La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 21, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 353 y ss. En este ensayo se explica cómo en algunos ordenamientos este es un deber de origen legal, mientras que en otros tiene venero jurisprudencial, y muestra cómo esta conducta de la víctima resulta exigible aun en escenarios normativos supranacionales.

²⁸ PÁJARO MORENO. Ob. cit., pp 365 y ss. Para una completa exploración sobre el alcance del deber de información, cfr. ERNESTO RENGIFO GARCÍA. "El deber precontractual de información", en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI*, t. IV, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Temis, 2010, pp. 123 y ss.; NEME VILLARREAL. *La buena fe en el derecho romano*, cit., pp. 240 y ss.

Un sector importante de la doctrina²⁹ diferencia, a su vez, subespecies dentro de la clasificación inicial. Así, se considera que lo que se conoce en la ley comercial como "*buena fe exenta de culpa*" hace parte de la buena fe subjetiva. La buena fe exenta de culpa o creadora de derecho está referida expresamente por los artículos 835 y 863 C.Co. y es aquella que tiene la persona que ha formado su íntimo convencimiento con base en comprobaciones empíricas, es decir, no es solo la convicción interna, sino que esta debe ser inducida o reforzada por algún soporte probatorio. Mejor, a aquella se llega previo el despliegue de una o varias conductas materiales en orden a soportarla, a darle asidero.

Así por ejemplo, actúa con buena fe exenta de culpa quien cree estar comprando un bien inmueble sin gravámenes, solo si ha tenido la previsión de verificar la realidad jurídica del bien en la Oficina de Registro de inmuebles. El acto positivo de diligencia debe estar dirigido a formar el propio convencimiento para efectos del negocio.

Por otra parte, se considera que la buena fe objetiva tiene dos proyecciones, una *activa* y otra *pasiva*. La primera se refiere a la buena fe objetiva propiamente dicha, es decir, a la que se concibe como regla de conducta que impone obligaciones materiales.

La buena fe objetiva pasiva, por su parte, se refiere a lo que también se conoce como Teoría de la Apariencia, es decir, aquellos eventos en que la buena fe de una parte se funda en los actos positivos que despliega su contraparte en la ejecución del contrato.

Sostiene Neme Villarreal que "se trata de una buena fe objetiva que nada tiene que ver con la condición psicológica de mera creencia de la buena fe subjetiva, como quiera que la buena fe de quien exige respeto a dicha confianza se sustenta en hechos completamente objetivos, los propios actos de la contraparte que tienen la virtud de crear una confianza legítima"³⁰.

En opinión de otros autores, existen en los códigos civiles de la Escuela Continental Europea "tres grupos de normas"³¹ que aluden a la buena fe, integrados por (a) aquellas normas que consideran la buena fe "como la convicción que tiene la persona de que su comportamiento es regular y permitido, aunque el mismo es irregular y antijurídico"³²; (b) las que la asocian "con la confianza en la apariencia jurídica. El sujeto actúa con la convicción de que su contraparte en una determinada relación jurídica es el titular de un derecho que él aspira a incorporar en su patrimonio, pero en realidad tal apariencia no tiene correspondencia con un derecho subjetivo radicado en el patrimonio de aquél"³³; y (c) las que estiman

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ *Ibíd.*, p. 69.

³¹ ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ. "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta", consultado en [www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/7Solarteult..pdf].

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

que la buena fe "significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas"³⁴.

Estimamos que el esquema propuesto por Neme Villarreal tiene el rigor y la suficiencia académica necesarios para ser tomado como base para esta y cualquiera otra aproximación al fenómeno capital de la buena fe, al punto de ser su estudio una obra de referencia obligada para cualquier elaboración sobre este asunto en el derecho privado colombiano. Por lo demás, frente a la adscripción que hace esta autora de la *buena fe exenta de culpa* a la vertiente subjetiva, en nuestra opinión nada se opone a considerarla, mejor, como *especie de buena fe objetiva* porque, en últimas, precisa de unas actuaciones positivas, impone unos deberes de conducta, que no solo desbordan el ámbito de lo estrictamente interno, es decir, la íntima convicción, sino que dichos actos concretos únicamente se explican por la necesidad que imprime el mismo desenvolvimiento del contrato, en el que las obligaciones de las partes se sirven recíprocamente de causa³⁵, y en este sentido no puede decirse que las conductas desplegadas obedezcan al mero capricho de la parte diligente, sino que se inscriben en la dinámica bilateral del contrato y solo se explican en el contexto contractual o precontractual.

En otras palabras, si entendemos a la buena fe objetiva como aquella que excede el mero estado de la mente y que se concreta en actos positivos que corresponden a deberes de conducta, los actos positivos que se despliegan en la buena fe exenta de culpa para que el sujeto se forme el convencimiento son también deberes de conducta derivados de la integración del contrato.

Desde otra perspectiva, si partimos de la base de que la buena fe subjetiva es un estado psicológico o de conciencia, es claro que cualquier conducta positiva, cualquier actuación desplegada por las partes en el mundo material, desborda el concepto.

Con todo, en una interpretación sistemática de los artículos 863³⁶ y 871 C.Co., se puede concluir que si en el primero se indica que en el periodo precontractual las "partes" (*sic*) deben obrar con buena fe exenta de culpa, y en el 871 se exige que los contratos deben "celebrarse y ejecutarse" de buena fe, y esta que se integra al contrato es, como se vio, la objetiva, se infiere entonces que la buena fe precontractual –exenta de culpa– está contenida en la objetiva que regula el proceso entero de formación y ejecución del contrato, el *íter contractual*, sobre todo porque no hay razón para pensar que en el periodo de formación del contrato se deba observar una buena fe distinta a la que se incorpora al contrato una vez

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ ALONSO PAREDES HERNÁNDEZ. "Ineficacia del acto jurídico", en *Derecho de las obligaciones*, t. 1, Bogotá, Uniandes y Temis, 2010, pp. 561 y ss.

³⁶ Art. 863 C.Co.: "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen".

formado; más bien el producto final lleva la impronta de la buena fe objetiva que informó su gestación.

Para completar el panorama normativo en esta materia, el artículo 835 C.Co., que pese a su ubicación en el estatuto debe entenderse como que no se contrae a la figura de la representación, sino que subyace como principio básico a todo el ordenamiento mercantil, indica: "Se presumirá la buena fe, aun la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo". Se trata, por supuesto, de una presunción *iuris tantum*, pero además puede verse como una confirmación de que cuando el legislador comercial se quiso referir al alcance de la presunción de buena fe, dijo expresamente que la misma amparaba "aun la exenta de culpa", es decir, incluso la objetiva, que es la que se contrapone a la mera convicción interna.

En fin, y más allá de cualquier disquisición doctrinal, aunque coexisten en el ámbito mercantil los dos tipos de buena fe³⁷, la que se exige en materia societaria es la objetiva, y es a ella a la que aludimos en adelante.

III. LA BUENA FE EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

Hechas las anteriores precisiones, que por supuesto no tienen la entidad suficiente para zanjar el asunto ni la pretensión de hacerlo, hay que decir que en los escenarios litigiosos societarios, en general, concurren múltiples esquemas de responsabilidad cuyos elementos no siempre coinciden.

En efecto, aunque prima la subjetividad del juicio de responsabilidad como nota saliente de los distintos regímenes, es decir que estos se basan en la necesidad de un error de conducta, hay diferencias importantes entre deducir responsabilidad al administrador frente a la sociedad; a los socios entre ellos; a la sociedad frente a terceros; al administrador frente a los socios, y a los socios frente a terceros. Lo anterior sin perjuicio de la regulación *ex profeso* que las partes convengan, agravando o aliviando la responsabilidad de uno o varios de los socios o agravando la de los administradores³⁸.

³⁷ Art. 834 C.Co.: "En los casos en que la ley prevea un estado de buena fe, de conocimiento o de ignorancia de determinados hechos, deberá tenerse en cuenta la persona del representante, salvo que se trate de circunstancias atinentes al representado.

"En ningún caso el representado de mala fe podrá ampararse en la buena fe o en la ignorancia del representante".

³⁸ Las cláusulas limitativas de la responsabilidad de los administradores se ven como un incentivo a asumir ciertos riesgos económicos sin estar cohibido por las consecuencias adversas que el emprendimiento pueda tener; se trata de herramientas a las que se les debe dar un uso restringido y precioso, de forma de no incentivar el despliegue de conductas abusivas a sabiendas, en busca de mayores beneficios, que deriven en lo que en el derecho anglosajón se conoce como "riesgo moral". Cfr. [<http://solum.typepad.com/legaltheory/2011/04/bagchi-on-moral-risk-in-contract.html>]. Cfr. además JUSTIN NEMUNAITIS. "On Good Faith and the Future of Scierter in Delaware Corporate Law", March 28, 2008, disponible en SSRN: [<http://ssrn.com/abstract=1114347>]: "In response to Van Gorkom and consequent crisis in directors' and officers' liability insurance, the Delaware legislature added section 102

Esta enormidad conceptual permite entrever el corto alcance que pueda tener este estudio. Por eso, y con vistas a una aproximación un poco más comprensiva, proponemos para este tramo revisar en primer lugar algunos rasgos definitivos del sistema general de responsabilidad de la Ley 1258 de 2008 (A), para concluir con el estudio de cuatro escenarios básicos de responsabilidad basados en la buena fe, con especial atención en el que se refiere a la del administrador societario (B).

A. Rasgos básicos del sistema de responsabilidad de la Ley SAS

En cuanto a los rasgos básicos del sistema de responsabilidad de la Ley SAS, podemos referir de forma arbitraria los siguientes:

1. El primero y obvio es la limitación, en principio absoluta, de la responsabilidad de los socios. Este es un rasgo definitivo de la SAS y una de las razones de peso que determinan la decisión de los empresarios de constituir una sociedad simplificada o de migrar a ella.

En efecto, con la separación absoluta de los patrimonios de la sociedad del de los socios o constituyente único se adquiere certeza con respecto a la limitación del riesgo, lo que permite una mejor planeación de la actividad económica, del mismo modo que procura certeza para los terceros en cuanto a la realidad patrimonial de la sociedad con que se prestan a contratar³⁹.

En este sentido, se elimina un factor de presión sobre la relación contractual, porque de entrada el candidato a parte advierte el estado patrimonial de la sociedad con que va a contratar y con base en esa información decide el negocio, imprimiendo la necesidad de una mayor diligencia para los intervinientes, que redundan en seguridad general para el tráfico comercial y se erige en incentivo a la prevención de daños –incumplimiento de contratos–, con el recaudo de información relevante que permita anticipar el rumbo de la ejecución contractual, para una mejor valoración del riesgo.

(b)(7) to the state's corporate law. This section allows corporations to include provisions in their articles of incorporation, which waive personal liability of directors for violations of fiduciary duty. However, liability for violations of the duty of loyalty or the duty of good faith cannot be waived".

³⁹ "La existencia de la corporación como entidad jurídica separada es lo que protege a los accionistas de responsabilidades personales. Todo lo que arriesgan son bienes corporativos, no los personales como su casa, sus cuentas bancarias personales, sus automóviles y otros bienes. Esta ventaja se desprende del hecho de que, dado que la ley reconoce a las compañías como personas jurídicas, las deudas son personales de las corporaciones, así como las deudas de un individuo son inherentes a sí mismo. A través de los años, esto ha sido la base para el crecimiento de la economía de los Estados Unidos, porque la gran mayoría de empresarios dispuestos a asumir riesgos comerciales, a cambio de recompensas, no hubieran estado tan dispuestos a hacerlo, si ello hubiera implicado la ruina económica para ellos y sus familias en caso del fracaso": GEORGE HARPER. "La responsabilidad del accionista y del funcionario en las sociedades conforme a la jurisprudencia norteamericana", en AA.VV. *La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2005, pp. 17 y 18.

La exequibilidad de la limitación absoluta de responsabilidad ya fue juzgada por la Corte Constitucional⁴⁰, cuando refirió el alcance de la competencia legislativa para configurar modelos societarios así como sus contenidos y particularidades. Por lo demás, la confianza y la transparencia que derivan de la certeza que ofrece esta disposición se refuerzan con la norma que prevé el objeto social indefinido (art. 55.5 Ley 1258 de 2008), que excluye necesariamente las hipótesis de exceso en los poderes *–ultra vires–*, con lo que saludablemente se elimina un escenario recurrente de fraude. Con esto se reducen en gran medida los costos asociados a la incertidumbre en relación con aspectos determinantes de los negocios para generar confianza en el tráfico comercial⁴¹.

ii. Por otra parte, la sociedad simplificada supone un resurgimiento de la responsabilidad derivada de patologías propias del contrato social. La 1258 es una ley de mínimos, de modo que la carga de concebir y diseñar un contrato social que se adecúe a las necesidades del negocio, del mercado y de los socios, es de ellos mismos, porque ya no están atados a la férula de los esquemas codificados.

Es un poco, como se dijo, un viraje al contrato de libre negociación, en donde las partes ejercen las libertades de contratar, de elegir con quién contratar y de determinar el contenido del contrato⁴². Pueden diseñar internamente la sociedad como quieran, pueden establecer los tipos de acciones que quieran con sus propias reglas en cuanto a los derechos que incorporan, pueden, en fin, modelar a su medida su esquema societario.

Se trata, en suma, de un conveniente resguardo de los fenómenos de masificación contractual, en este caso societaria, que permite entre otras cosas configurar el modelo de responsabilidad según las necesidades de los socios, con los límites impuestos por la ley y los propios de las cláusulas limitativas o de exclusión de responsabilidad⁴³, que vienen dados por el criterio de no abusividad.

En todo caso es posible anticipar un fuerte resurgimiento del litigio societario con base en interpretaciones divergentes del contenido del contrato social, aupado sin duda por la faceta de la SAS como vehículo ideal de inversión conjunta –fácil

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 2004, del 7 de septiembre, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁴¹ "La incertidumbre surge de la imposibilidad de anticipar la totalidad de las consecuencias jurídicas derivadas de los actos y operaciones en los que la sociedad participa durante su existencia. En efecto, se desconoce no sólo la conducta futura de quienes participan en el tráfico –incluidos los proveedores, las instituciones financieras, los empleados, los contratistas, etc.–, sino que, además, se ignoran las circunstancias económicas en que la sociedad habrá de cumplir sus propias obligaciones y exigir el cumplimiento por parte de terceros. Esta incertidumbre también se relaciona con la información a la que acceden los referidos participantes, cuya disponibilidad suele ser heterogénea": FRANCISCO REYES VILLAMIZAR. *Derecho societario en Estados Unidos, Introducción comparada*, Bogotá, Legis, 2006, p. 23.

⁴² NICOLÁS POLAÑÍA TELLO. "Consideraciones sobre el régimen de responsabilidad en la sociedad por acciones simplificada", en AA.VV., FRANCISCO REYES VILLAMIZAR (coord.). *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

⁴³ JOSÉ MANUEL GUAL ACOSTA. *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, Bogotá, Jurídicas Ibáñez, 2008, pp. 244 y ss.

entrada, fácil salida—, con la tensión propia de la ausencia —o no necesidad— de *affectio societatis*, lo mismo que en disputas sobre la existencia del contrato, su validez o la de alguna de sus cláusulas, su eficacia u oponibilidad, en fin.

III. El tercer dato relevante, que atiende a la materialización del litigio societario, es que el modelo de la Ley 1258 de 2008 permite deferir a un tribunal de arbitramento la adjudicación de cualquier contención que se genere con ocasión del contrato social o del acto unilateral de constitución. Esto supone un dato de eficiencia incontestable a favor de este esquema, como quiera que vigoriza la heterocomposición de conflictos societarios en términos de tiempo que se corresponden con los requerimientos del tráfico comercial actual. En efecto, según el artículo 40 *ibídem*:

Las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, si así se pacta en los estatutos.

Si no se pacta arbitramento o amigable composición, se entenderá que todos los conflictos antes mencionados serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario.

Según esto, es factible someter a trámite arbitral cualquier tipo de diferencia derivada del desarrollo del contrato social o del acto unilateral y, en caso de no haberse previsto nada, conoce del proceso la Superintendencia de Sociedades en competencia residual, con lo que aun en este último caso se tiene la garantía del juez especializado y del trámite expedito.

Por lo demás, a propósito del arbitramento societario es pertinente hacer una observación a esta norma, dejando dicha desde ahora la conclusión de este apartado en el sentido de que cualquier diferencia surgida en el contexto de la SAS es susceptible de ser dirimida por el expediente arbitral, rasgo este que resulta básico en la impronta conceptual de este modelo.

Pues bien, el inciso primero es claro y preciso en incluir entre los asuntos pasibles de arbitramento todas las contingencias derivadas de la ejecución del contrato social o del acto unilateral "si así se pacta en los estatutos".

Como se sabe, al escenario arbitral se puede llegar por dos vías, especies ambas del pacto arbitral, a saber, la cláusula compromisoria y el compromiso, según que la solución arbitral se haya previsto en el contrato o se haya acordado una vez surgida la diferencia, es decir, luego de celebrado el contrato y en ejecución de este, según las voces del Decreto 1818 de 1998, artículos 118 y 119⁴⁴.

⁴⁴ Cfr. RODRIGO BECERRA TORO. "El pacto arbitral", consultado en el sitio web de la Academia Colombiana de Jurisprudencia: [www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20becerra%20toro].

Así las cosas, pareciera que la Ley 1258 de 2008, en el inciso primero *in fine* del artículo 40, cerrara las puertas al compromiso como conducto para llegar al arbitramento, comoquiera que este debe ser necesariamente posterior a los estatutos y como reacción al surgimiento de la diferencia; por otro lado, la misma redacción pareciera contener un imposible jurídico cual es prever en los estatutos de una SAS con constituyente único una cláusula compromisoria, en la medida en que el pacto arbitral es un contrato, es decir, requiere pluralidad de sujetos.

En este sentido, si se prevé en los estatutos, como conviene hacerlo, una cláusula compromisoria, la misma permite sustraer del conocimiento de la jurisdicción competente aquellos litigios que surjan entre las partes suscriptoras, según el principio de relatividad de los contratos, mismo que explica que quienes no concurrieron al pacto arbitral no pueden transitar dicha jurisdicción. De modo que si la diferencia es entre un socio y la sociedad, o entre esta y el administrador, o entre este y un socio, en orden a acceder a la justicia arbitral el conducto pertinente impondría la necesidad de suscribir sendos compromisos.

¿Cuál es la correcta inteligencia de esta previsión de la ley? Frente al artículo 40 es dable aventurar, en principio, dos interpretaciones: (i) una restrictiva, de carácter puramente exegético, gramatical, de acuerdo con la cual solo es posible acceder a arbitramento si se ha previsto en los estatutos, postura que implica la exclusión del compromiso en la SAS plural y del arbitramento mismo en la SAS unipersonal; y (ii) otra amplia y sistemática, según la cual lo que autoriza la norma es la procedencia del arbitramento, en general, sin reparar en el medio que conduzca a él.

Aunque desde una hermenéutica estrictamente literal la primera interpretación es coherente —porque si el legislador hubiera querido decir algo distinto, lo habría hecho—, consideramos que dicha solución tendría una cuestionable racionalidad que contradiría los principios mismos a partir de los cuales se estructura la SAS.

Por lo demás, si se analiza el inciso segundo de la misma norma, este indica que emerge la competencia subsidiaria de la Superintendencia de Sociedades “[s]i no se pacta arbitramento o amigable composición”, con lo cual se da la real medida de la disposición, porque refiere al género, esto es, al pacto arbitral, sin otro miramiento.

Así las cosas, podemos concluir lo siguiente respecto de este capital asunto:

- I. Es posible pactar cláusulas compromisorias en los contratos sociales de SAS.
- II. Es posible prever cláusulas compromisorias en los negocios jurídicos unilaterales de SAS, bajo el entendido de que, en el evento de sobrevenir pluralidad de socios, los que ingresan se someten a la previsión de los estatutos, es decir, se trata de una cláusula a futuro.
- III. Es posible pactar compromisos para dirimir cualquier tipo de diferencia entre socios, entre la sociedad y los administradores, entre estos y los socios, y entre terceros y la sociedad.
- IV. La arbitrabilidad que se reconoce a la SAS no se extiende a los demás esquemas societarios, porque el artículo 40 de la Ley 1258 de 2008 en nada incide

sobre la vigencia del 194 C.Co., según el cual “[l]as acciones de impugnación previstas en este Capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria, y se tramitarán como se dispone en este mismo Código y, en su defecto, en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil para los procesos abreviados”⁴⁵.

B. Cuatro proyecciones concretas de la buena fe en el modelo de responsabilidad de la SAS

Por otra parte, estimamos viable identificar cuatro proyecciones concretas de la buena fe en el modelo de responsabilidad de la SAS a partir de la existencia de figuras como (I) el fraude, (II) el abuso y (III) el administrador de hecho, que se suman a algunas (IV) consideraciones sobre la violación de la buena fe por parte de los administradores.

Antes de entrar en las particularidades de estas figuras, conviene hacer la siguiente reflexión. Podría observarse como paradójico que un modelo societario inspirado directamente en las ideas del Análisis Económico del Derecho hiciera depender uno de sus rasgos definitorios –la separación patrimonial– de un trámite jurisdiccional en el que se debe valorar un principio –buena fe–, y que no existan en cambio reglas previas y precisas que establezcan limitaciones y controles a la deducción de responsabilidad.

Podría, entonces, pensarse que el legislador obró en contravía de la propia filosofía de la ley SAS al disponer la existencia de regímenes de responsabilidad derivados de violaciones a un principio, cuyo modelo de adjudicación está identificado, por lo menos por el juez Posner, como ineficiente, pudiendo haber previsto reglas precisas para asignar responsabilidades en este entorno societario.

Sin embargo se trata de una errada percepción. La práctica ha demostrado que el exceso de controles formales no solo no evita los fraudes, sino que los facilita e incentiva. En efecto, la tipificación excesiva, la identificación expresa y agotadora de conductas prohibidas y la implementación de múltiples mecanismos de control formal constituyen el caldo de cultivo ideal para el fraude. La única forma de abordar esos eventos torticeros es desde la óptica flexible de la buena fe, herramienta universalmente reconocida y de invaluable utilidad para el juez⁴⁶.

⁴⁵ Esta ineficacia legal de la cláusula compromisoria en los tipos societarios del Código de Comercio fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-378 de 2008, M.P.: Humberto Sierra Porto.

⁴⁶ “Una vez celebrado el contrato, la regla de buena fe determina que aquél obligue en los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a todo el cortejo de consecuencias virtualmente comprendidas en él, para lo cual corresponde tomar en cuenta: su naturaleza, las negociaciones previas, las prácticas establecidas entre las partes, su conducta ulterior, los usos del lugar de celebración si no han sido excluidos expresamente, y la equidad, tomando en consideración la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte. Este enunciado amplio se conecta con el de los artículos 1374 del Código Civil italiano de 1942, 1434 del Código Civil

Piéñese, para no ir más lejos, en los no infrecuentes casos de andamiajes económicos y jurídicos sólidamente estructurados y formalmente irreprochables, mediante los cuales se capta masiva e ilegalmente dinero del público de forma soterrada, al amparo de sofisticadas redes societarias y mediante negocios jurídicos fraccionados en varios contratos que individualmente considerados son incuestionables, pero que vistos en conjunto son claramente constitutivos de sistemas defraudatorios, como el "Esquema Ponzi".

Los rígidos y excesivos controles y las formalidades constitutivas propias de los modelos clásicos de sociedad no evitan esta ni otras clases de fraude. La apariencia de legalidad no solo disfraza sino que obstaculiza un examen más profundo, porque no es posible auscultar las entrañas del fraude si la puerta está bien cerrada, como ocurre con este tipo de aparatos societarios, verdaderos sepulcros blanqueados, para usar el símil bíblico.

Esto no significa, por supuesto, que las maniobras espurias sean imposibles en el modelo SAS, pero en este existen, ciertamente, mecanismos de control eficaces⁴⁷ que operan en entornos procesales más convenientes y a cuyo estudio nos dedicamos en adelante.

(i) El artículo 1.º de la Ley 1258 dispone que en ningún caso, salvo lo dispuesto en el artículo 42, los socios responderán con su patrimonio frente a créditos insolutos a cargo de la sociedad; y el artículo 42, por su parte, prescribe que esa inmunidad patrimonial de los socios se esfuma si se utiliza la sociedad simplificada "en fraude a la ley o en perjuicio de terceros".

quebequés de 1991, y 8.3 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. La idea de la observancia de las pautas comerciales razonables de buena fe aparece en el *Uniform Commercial Code*, sección 2-103 (1)(b); la adecuación del cumplimiento del contrato al propósito común, conforme a las expectativas justificadas de la otra parte (Comentario a la sec. 205 del *Restatement of Contracts 2nd.*) emana de la idea consustancial al tráfico negocial de que el contratante se obliga en la medida en que genera confianza en la otra parte; la referencia a la equidad aparece en los artículos 1291 del Código Civil y 209 del Código de Comercio uruguayos, y en el artículo 1434 del Código Civil quebequés de 1991": ATILIO ANÍBAL ALTERINI. "Los principios sobre los contratos de Unidroit y las soluciones del derecho común", en *Treinta estudios de derecho privado*, Bogotá, Temis y Pontificia Universidad Javeriana, 2011, p. 307. Cfr. art. 1.7 de los Principios Unidroit: "(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber"; y art. 7.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI): "En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional".

⁴⁷ "Las soluciones de derecho sustantivo aplicables a la SAS van desde la posibilidad de allanamiento de la personalidad jurídica, pasando por mecanismos para combatir el abuso del derecho, hasta la consagración de un nuevo régimen de responsabilidad de administradores, que retoma el sistema previsto en la Ley 222 de 1995 y lo complementa con el concepto de administrador de hecho y nuevos mecanismos para hacerle efectivo": REYES VILLAMIZAR. *La sociedad por acciones simplificada*, cit., p. 166.

Frente a este enunciado, que plantea dos causales de levantamiento del velo corporativo⁴⁸, surgen preguntas previsibles como: ¿qué es fraude a la ley?, ¿qué conductas son constitutivas de fraude a la ley? y, por otro lado, ¿basta el simple perjuicio a terceros o deben mediar dolo o culpa?

Puede decirse que el *fraude*, que todo lo corrompe según el brocardo romano, no equivale necesariamente a ilegal en estricto sentido, es decir, fraude no siempre comporta una oposición directa de la conducta a un texto positivo, sino que suele implicar una argucia que se mimetiza y se favorece, por el contrario, de una apariencia de legalidad. En opinión de Dobson,

No existe una noción omnicompreensiva del fraude sino que cada caso debe ser considerado conforme a sus propios hechos peculiares, por cuando el tema del fraude implica una designación genérica de tan diversos grados y variadas formas que los tribunales se han debido contentar con obtener unas pocas reglas generales con el fin de descubrirlo y combatirlo, y permitir que sean los hechos y circunstancias propias de cada caso, las que "calando hondo en la conciencia y entendimiento del juez y del jurado, determinen la presencia o ausencia de fraude".

Resulta incluso mejor, se ha sostenido, no definir el término para evitar que la "inventiva de los hombres encuentre nuevas formas de fraude que puedan a la postre soslayar tal definición".

[...]

Toda negociación injusta; todo acto positivo del que resulte una intención de engañar; el artificio por el cual una persona es engañada en su propio perjuicio; un acto voluntario y malintencionado, dirigido a cometer un daño a los derechos de los terceros; las prácticas engañosas tendientes a privar o que efectivamente priven a otro de sus derechos por medio de alguna artimaña o un artificio contrario a las reglas de la honestidad común; el hacer aparentar un estado de cosas a una persona con quien se halla al momento presente o se hallará en el futuro en negociaciones, como si fuera la situación real, mientras se tiene conocimiento [de] que el verdadero estado de cosas es otro.

El fraude en su sentido más genérico comprende en realidad "cualquier hecho destinado a engañar", incluyéndose en ese concepto a todos los actos, las omisiones, y los ocultamientos que conduzcan al incumplimiento de un deber impuesto por la ley o la equidad, o algún fideicomiso o relación de confianza debidamente otorgada que resulte en un perjuicio a un tercero⁴⁹.

⁴⁸ Frente al tema del levantamiento del velo corporativo se tenían posiciones encontradas en la doctrina sobre su propia existencia en el ordenamiento jurídico colombiano, discusión cuya superación también se produjo en virtud de la vigencia de la Ley 1258 de 2008. Para una aproximación a esta figura en el derecho colombiano, cfr. AA.VV. *La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2004.

⁴⁹ JUAN M. DOBSON. *El abuso de la personalidad jurídica*, Buenos Aires, Depalma, 1991, pp. 140 y 141.

Se tiene, entonces, que el fraude a la ley consiste precisamente en instrumentalizar las normas para obtener un fin contrario o distinto al previsto en ellas. El iuspublicista español Alejandro Nieto indica, con la agudeza de siempre, que en la práctica las personas que intervienen en el tráfico jurídico buscan hacer prevalecer sus intereses, sin parar mientes en la juridicidad de la operación, entre otras cosas, porque desconocen el marco jurídico de sus actuaciones, salvo en el momento en que se propone un litigio en instancias judiciales, caso en el cual acuden al abogado para tratar de disuadir al juez de la legalidad que barniza sus actuaciones. Según Nieto,

El Derecho no es, pues, el norte que inspire el comportamiento de los individuos sino con frecuencia cobertura que se monta después. El cliente nunca pregunta al abogado si es legal, o no, lo que hizo sino que le encarga que busque las normas legales de justificación de lo que ya ha tenido lugar. [...] La experiencia enseña que en el campo legal, si no hay caminos directos, siempre hay sendas que con más o menos rodeos, a mayor o menor coste, permiten hacer prácticamente todo sin llegar a incurrir en delitos manifiestos. Para eso están las que han dado en llamarse "ingenierías": sutiles artificios con los que se disimulan las operaciones ilícitas con la seguridad de que, si están bien hechas, podrá engañarse al juez que disponga de poco tiempo, y menos ganas, para desmontar tal aparato⁵⁰.

Debido a ese alto grado de mimetización que alcanza la actuación fraudulenta, su examen no puede hacerse a la luz de las reglas establecidas, sino que habrá de recurrirse a un criterio más amplio y comprensivo de todas las patologías del comportamiento, porque el contraste de la conducta con las normas positivas resulta inocuo, pero un examen hecho desde la perspectiva, por ejemplo, de la buena fe, puede llevar a concluir que la conducta es fraudulenta. Será el juez quien valore, *arbitrium iudicis* y en el marco de la sana crítica, los elementos de juicio que consistirán las más de las veces en pruebas indirectas e indicios fragmentarios, lo que comporta también para él una carga de diligencia adicional en la argumentación de sus soluciones.

En cuanto al *perjuicio a terceros*, la expresión lo que indica es que se perfora el velo corporativo cuando la sociedad simplificada ha sido constituida y/o utilizada, *ex profeso*, para perjudicar a terceros; esto supone ciertamente, como el fraude a la ley, la intención positiva de cometer el hecho, lo que excluye la posibilidad de descorrer el velo con ocasión de conductas meramente negligentes.

En otras palabras, la utilización de la sociedad para defraudar o para perjudicar debe ser dolosa. Por lo demás, frente a los terceros perjudicados responden los socios y la sociedad, solidariamente, sin que sea viable oponer a aquellos la separación de patrimonios o el hecho del tercero que deviene de la intervención

⁵⁰ ALEJANDRO NIETO GARCÍA. *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, p. 123.

dolosa del administrador, situación que sí habilita a repetir contra este pero en otro escenario.

Las conductas que dan lugar a la desestimación de una de las proyecciones de la personalidad jurídica —el patrimonio—, según la Ley 1258 de 2008, son haber “realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios” (énfasis añadido), lo que confirma la necesidad del elemento subjetivo dolo, pues ninguna de estas conductas puede desplegarse sin la voluntad del agente positivamente enderezada a ello, dolo que por supuesto debe ser probado, y que tiene consecuencias adicionales en cuanto al alcance de la responsabilidad, en tanto hace responder al infractor aun por los perjuicios indirectos derivados del incumplimiento, según el artículo 1616 C.C.

(ii) De otro lado, el artículo 43 *ibídem*, que prevé la nulidad de los votos abusivos de los socios y la reparación de perjuicios derivados del ejercicio abusivo del voto, también comporta una proyección evidente de la buena fe. Se trata de sancionar las conductas que constituyan *abuso del derecho de voto* de mayorías, de minorías y de paridad.

También en este caso, como se verá, las conductas constitutivas de abuso deben ser dolosas. Dice el citado artículo 43:

Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera [sic] ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio [de] que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.

La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario.

Esta norma tiene un contenido que resulta bien importante precisar, diciendo de entrada que establece una acción de responsabilidad con proceso diferenciado y juez especializado, que permite tramitar dos pretensiones complementarias, nulidad y resarcimiento de perjuicios, de forma conjunta o separada, con lo que se deja dicho que por el expediente de la abusividad del voto no se llega a la perforación del velo corporativo. En cuanto al alcance de lo dispuesto en esta norma, proponemos las siguientes reflexiones:

(a) En primer lugar, ¿qué debe entenderse por “se considerará abusivo el voto que...”? ¿cuál es el alcance de la consideración? La pregunta ha lugar porque este enunciado puede admitir, en principio, dos interpretaciones: una, según la cual

se deduce necesaria e inapelablemente la abusividad del voto si se prueba alguno de los hechos que dan lugar a la *consideración*; otra, que esos mismos hechos, una vez probados, dan lugar a presumir de hecho la abusividad, con la consecuente posibilidad de aducir prueba en contrario, de suerte que son situaciones jurídicas separables el dolo en las conductas descritas y el dolo en la abusividad.

Como se ve, se trata de situaciones distintas y con distintos alcances. En la primera, se configura sin duda una presunción de derecho de responsabilidad –como ocurre con los intereses moratorios o con la cláusula penal en algunos eventos–, porque si se acredita que hubo, por ejemplo, propósito de dañar a un socio, se tiene como abusivo el voto, sin ambages. En la segunda, por el contrario, la prueba del propósito de dañar implicaría un indicio de abusividad del voto, perfectamente desestimable mediante otros medios probatorios.

En nuestra opinión, se trata de una presunción no de derecho sino legal, porque los supuestos fácticos que dan lugar a la presunción vienen dados por la ley y, además, no se indica expresamente la imposibilidad de probar en contrario, criterios estos previstos por el artículo 66 C.C. en los siguientes términos:

Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Por lo demás, resulta plenamente razonable establecer una presunción de hecho en este caso, comoquiera que las reglas de la experiencia demuestran que, en efecto, si bien suele ser abusivo el voto cuando se instrumentaliza este mecanismo para fines torticeros, como los que se indican en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, por otro lado también es cierto que puede haber casos en los que, en la práctica, el dolo –condición de la mente– para causar daño a un tercero que se canaliza a través del ejercicio de un derecho subjetivo en el marco de sus contornos objetivos legales, resulta irrelevante, cuando dicho voto consulta en la práctica los mejores intereses de la compañía.

En otras palabras, es necesario interpretar ponderadamente qué prima en caso de que el voto se ejerza con la intención de causar daño a un accionista o al administrador –porque, por ejemplo, íntimamente se quiera su salida de la compañía–, pero al tiempo el sentido del mismo es el más indicado para sortear la difícil situación concreta de la sociedad, cuya atención adecuada requiere mayoría

cualificada que solo se alcanza con el voto "doloso". ¿Se debe privilegiar la nocividad de la causa íntima del voto sobre el futuro mismo del contrato social? Porque en este caso se debería anular el voto, aunque eso suponga la ruina de la compañía.

En el mismo sentido, desde otra óptica, ¿es viable la preservación del acto jurídico del voto si el mismo se ejerce con la intención de causar daño a un tercero, pero al tiempo se hace de forma motivada y seriamente fundada en los mejores intereses de la sociedad? Situación no solo perfectamente posible, sino compleja y para cuya solución se deben considerar muchas variables, incluso la solución en equidad.

En efecto, ¿es justo que la sociedad y los demás accionistas, y aun los empleados de una compañía, vean frustradas sus esperanzas económicas y sus proyectos de vida, porque una decisión administrativa de salvamento de la empresa deviene inválida debido a que uno de los votantes tenía, además de la intención de proteger su inversión y actuar en el mejor interés de la compañía, el propósito de causar daño al administrador, con quien tiene una diferencia personal?, ¿es comunicable el dolo en el acto del voto al acto complejo que configura con los demás votos y que se materializa en una orden administrativa, viciándolo de forma irremisible?

Un sector importante de la doctrina sostiene que el derecho se debe ejercer no solo sin la intención de perjudicar, sino con el pleno propósito de no causar daño⁵¹, caso en el cual la solución consecuente sería deprecar la nulidad del voto sin reparar en las consecuencias de ello en el futuro del negocio. El tratadista Martínez Neira indica al respecto:

... es posible que un derecho se ejerza dentro de los límites de su propia extensión objetiva, pero que se haga uso de él con una finalidad antijurídica, consistente en lesionar el patrimonio de otro, evento en el cual se impone el deber de indemnizar al afectado. Porque la tutela del derecho subjetivo en el orden legal solamente tiene cabida en cuanto no menoscabe el derecho ajeno y el equilibrio en las relaciones entre los particulares⁵².

Con lo anterior se perfila una solución a nuestro juicio adecuada, para aquellos casos difíciles en que, no obstante la prueba del dolo frente a terceros, se logre desvirtuar la presunción de abusividad probando que el voto emitido en ese sentido es el que mejor interpreta las necesidades puntuales de la sociedad, preservando el efecto del voto, pero permitiendo al afectado obtener reparación si prueba los demás elementos de la responsabilidad.

⁵¹ "Por ello se dice que no es suficiente que se haga uso de las facultades que se desprenden de los derechos que nos corresponden, sino que dicho uso debe hacerse sin perjuicio de los demás y con la intención de no causar daño": JORGE SUESCÚN MELO. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1996, pp. 18 y ss.

⁵² NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA. *Cátedra de Derecho Contractual Societario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 400.

En resumen, la existencia acreditada en el proceso de cualquiera de las conductas dolosas que describe la norma permite inferir razonadamente al juez la abusividad del voto. Sin embargo, es factible aducir prueba en contrario en orden a desvirtuar la presunción y separar de ese modo la intención del agente del efecto práctico del voto, de la racionalidad y conducencia del sentido del mismo frente a los intereses de la sociedad.

Así, cumple esta previsión normativa los criterios pergeñados por la Corte Constitucional, que dejó dicho:

La razonable correspondencia entre la experiencia –reiterada y aceptada–, y la disposición jurídica, así como la defensa de bienes jurídicos particularmente importantes, justifican la creación de la presunción legal y la consecuente redistribución de las cargas procesales. Si bien, en principio, los sujetos procesales están obligados a demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión, lo cierto es que, en las circunstancias descritas y con el fin de promover relaciones procesales más equitativas o garantizar bienes jurídicos particularmente importantes, el legislador puede invertir o desplazar el objeto de la prueba. Es por lo anterior que un segmento importante de las presunciones legales tiende a corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba y a proteger la parte que se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta⁵³.

Se trata, en todo caso, de un conveniente dispositivo legal que releva de la necesidad de probar un hecho que se deduce de un antecedente conocido, cuya prueba sí debe obrar en el expediente. En últimas, la *consideración* va hasta donde lo permitan las pruebas, de suerte que la naturaleza legal de la presunción es clara.

(b) En punto a los hechos probados que dan lugar a presumir la abusividad del voto, indica la norma que consisten en (a) ejercerlo con "el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera [sic] ventaja injustificada", y (b) "aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas".

Como se ve, se trata de supuestos fácticos similares a los que dan lugar a la desestimación de la personalidad jurídica de que trata el artículo anterior (42) y que requieren de forma necesaria la intención positiva de incurrir en ellos⁵⁴, salvo en lo tocante al perjuicio potencial, como se verá.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-388 del 5 de abril de 2000, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁴ En este sentido, disentimos de lo sostenido por MARTÍNEZ NEIRA cuando afirma que "[e]s posible que la conducta humana constitutiva de 'abuso del derecho' sea resultado de una conducta dolosa o culposa [...]. Empero no es necesario que la conducta sea necesariamente dolosa o culposa": ob. cit., p. 400. Por definición, abusar implica el despliegue de actos positivos tendientes a ejercer el derecho y a desbordar la legitimidad de ese ejercicio. Esos actos sucesivos deben necesariamente ser conocidos y queridos por quien encamina su voluntad hacia el abuso. Por lo demás, en el caso específico de la SAS no hay lugar a esta discusión, comoquiera que la norma exige al abusador expresamente "el propósito" de perjudicar. Esto, entre otras cosas, implica un régimen distinto de reparación, porque en

Consideramos oportuno repasar estas circunstancias cuya verificación permitiría concluir la abusividad del voto, en primer lugar notando que en todas se advierte un amplio espacio de valoración judicial respecto de la configuración de las causales, de suyo difíciles de establecer: el *propósito* de causar daño y la generación de perjuicios *potenciales*.

En efecto, siendo el primero un hecho psicológico y el segundo un tema de probabilidades, la parte empeñada en lograr la anulación del voto por abusividad deberá exigirse probatoriamente para convencer al juez societario de la existencia de una y/u otra hipótesis, con plena libertad de medios.

En cuanto a la "*ventaja injustificada*", lo que se censura como indicio de abuso es la intención de obtener una posición de ventaja sin causa justa que la soporte, y no lograr la ventaja en sí misma considerada, porque debe tenerse siempre en cuenta que los destinatarios de estas normas son hombres de negocios, que viven en pos de la obtención de ventajas negociales que les permitan lograr pingües beneficios económicos, en el marco de un contexto fáctico y normativo en el que se presume la onerosidad de todos los actos.

Finalmente, es de relevar la segunda hipótesis, esto es, cuando "pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas", porque atiende a una lógica de prevención de daños que debe ser operada con preciosismo por las partes y por el juez. Se trata, sin duda, de un excepcional avance que recoge las tendencias más elaboradas del derecho de daños⁵⁵, de acuerdo con las cuales cede el *derecho a la reparación* y se impone el *derecho a no ser víctima*. Esta tesis, por supuesto, no está exenta de riesgos, el primero de los cuales es el posible resarcimiento de perjuicios meramente eventuales. No debe olvidarse que la eventualidad es lo contrario a la certeza, y que esta es condición de resarcibilidad del daño⁵⁶.

En nuestra opinión, en este caso la mejor interpretación es la más restrictiva, vale decir, aquella que contraiga la posibilidad de acceder a la reparación a aquellos eventos en que obre prueba plena de que el daño es, no eventual, sino futuro y, por tanto, cierto.

caso de dolo probado la indemnización se extiende incluso a los perjuicios imprevisibles, a condición de ser consecuencia directa o inmediata, según las voces del artículo 1616 C.C.

⁵⁵ Que por lo demás se inscriben en un contexto fáctico y jurídico determinado por la globalización, que cuestiona el rol del Estado como unidad política tradicional y determina posiciones que responden al carácter reactivo de los sistemas de responsabilidad civil de los Estados con la extensión del llamado principio de precaución. Cfr. JACQUES CHEVALLIER. *El Estado posmoderno*, Oswaldo Pérez (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 62 y 63.

⁵⁶ "El daño para ser indemnizable, han dicho muchas veces nuestros tribunales, debe ser cierto y no puramente eventual o hipotético": JORGE MOSSETT ITURRASPE. *Responsabilidad por daños*, t. 1, *Parte general*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 258. Cfr., además, ADRIANO DE CUPIS. *El daño*, Barcelona, Bosch, 1975, pp. 245 y ss.; EDGARDO LÓPEZ HERRERA. *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006, p. 127; JUAN CARLOS HENAO. *El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 129 y ss.

En otras palabras, debe acreditarse que el voto, en caso de no anularse, generará a ciencia cierta y de forma inminente un perjuicio "para la compañía o para los otros accionistas".

El juez debe tener claro que la posibilidad de ataque al voto sobre la base de un perjuicio futuro precisa un estudio profundo y riguroso respecto de la eventualidad o no del daño, de suerte que pueda establecer sin duda la amenaza del daño, que se diferencia del mero riesgo eventual por la inminencia de la concreción del daño, es decir, hay amenaza cuando, si no se interrumpe el curso causal de los acontecimientos, se generará fatalmente el perjuicio, lo que implica la configuración de un daño futuro, no por ello menos cierto.

(c) La sanción en caso de abuso es la nulidad del acto por objeto ilícito y el deber de reparar los perjuicios que eventualmente se hayan causado, pretensiones perfectamente complementarias. Como se advirtió, de la abusividad del voto no se sigue la desestimación de la personalidad jurídica, salvo que la conducta acusada sea pasible de ser considerada, además, como constitutiva de alguna de las conductas previstas en el artículo 42 de la Ley SAS ya visto.

Respecto de esta norma, de marcada trascendencia, es pertinente retomar por último una reciente elaboración doctrinaria a cargo de la Superintendencia de Sociedades, de acuerdo con la cual se debe precisar el procedimiento en caso de que el voto abusivo haya sido emitido por un miembro de junta directiva. Según la Superintendencia, en dicho supuesto la norma que rige no es el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, dado que la misma refiere solo la situación de los accionistas, sino el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, que regula la responsabilidad de los administradores, bajo el entendido de que "resulta identificable el abuso del derecho como una manifestación en [sic] la extralimitación de sus facultades"⁵⁷. De esta suerte, sigue la entidad, "frente al abuso del derecho en que pueden incurrir los administradores societarios, corresponde al máximo órgano social de la compañía determinar la procedencia de instaurar contra éstos la acción social de responsabilidad de que trata el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, lo cual no resulta óbice para que se persiga, también ante la justicia ordinaria, la nulidad de sus actos abusivos, dada su ilicitud"⁵⁸ (resaltado en el texto original).

(iii) En cuanto a la figura del *administrador de hecho*, se trata de otra innovación de la Ley SAS⁵⁹ que atiende a la no infrecuente situación de que los órganos de dirección formalmente establecidos y las distintas instancias societarias de decisión

⁵⁷ Superintendencia de Sociedades. Concepto Jurídico n.º 220-076480 del 21 de junio de 2011.

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ En rigor, desde la Ley 222 de 1995 se perfiló o insinuó una aproximación al concepto general que admite la posibilidad de que alguien actúe como administrador, sin necesariamente serlo. Nos referimos a lo que estipula expresamente el inciso sexto del artículo 24 de dicho cuerpo legal, a cuyo tenor "[s]i el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal", aunque no parece del todo claro que el legislador tuviera al administrador de hecho en mente cuando redactó este inciso.

en realidad esconden a la verdadera fuente de poder decisorio en la sociedad, persona natural o jurídica que por lo demás no necesariamente aparece vinculada a la sociedad, o al menos no de manera formal.

Esta figura, que tiene una larga tradición en el derecho comparado⁶⁰, responde a una necesidad puntual del entorno societario nacional, en buena hora advertida por el legislador de la SAS, que se evidencia a partir de la comprobación empírica de que los problemas de mandato (*agency problems*) no se generan, de ordinario, entre los administradores y los accionistas —como sí ocurre, por ejemplo, en los países en los que hay por regla una pronunciada atomización del capital—, sino entre los accionistas mayoritarios y los minoritarios, en la medida en que el bienestar de estos depende del manejo que aquellos den a la sociedad vía los administradores, que suelen ser meras extensiones funcionales de la mayoría. Reyes Villamizar lo plantea en los siguientes términos:

Es sabido que en países en los que existe alta dispersión de capital el principal problema de agencia se da entre los miles o millones de accionistas dispersos en el mercado, por una parte, y los administradores sociales, por otra. En naciones con notoria concentración de capital ese problema tiende a ser menos importante, en la medida en que los accionistas mayoritarios ejercen permanente supervisión sobre los gestores de la empresa social. Por el contrario, en tales sistemas el antagonismo entre mayorías y minorías representa el principal problema de agencia.

[...]

Es por lo anterior que para proteger la posición de los accionistas minoritarios no es suficiente legislar sobre deberes y responsabilidades de los administradores. En muchos casos estos funcionarios no son sino un apéndice de los accionistas mayoritarios que los controlan, quienes, bajo las reglas tradicionales de Derecho Societario, quedan indemnes frente a cualquier responsabilidad que pudiera endilgárseles por sus actuaciones, muchas veces opresivas, en contra de los minoritarios. Las legislaciones más modernas, desde hace tiempo, han reaccionado ante estas conductas por medio de la extensión a los accionistas mayoritarios de los deberes y responsabilidades inicialmente aplicables, con exclusividad, a los administradores sociales⁶¹.

Es así como frente a la imperativa necesidad de proporcionar un mecanismo eficaz de control de estas situaciones, la Ley 1258 de 2008 determinó la inclusión de la figura del administrador de hecho, cuya consagración legal constituye una novedad en nuestro ordenamiento.

⁶⁰ En efecto, distintos ordenamientos jurídicos regulan, legal o jurisprudencialmente, esta realidad societaria a partir de soluciones análogas (Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Singapur, Australia, etc.).

⁶¹ FRANCISCO REYES VILLAMIZAR. "Responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificada", en *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*, cit., pp. 336 a 338.

El párrafo del artículo 27 de esta ley dispone: "Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores".

De acuerdo con esta norma, entonces, quien se *inmiscuya* en la gestión, administración o dirección de la SAS, sin serlo formalmente, asume *ipso iure* la calidad de administrador para efectos de la responsabilidad por el incumplimiento de los deberes fiduciarios, que es ilimitada y solidaria, en los términos del artículo 24 de la Ley 222 de 1995, ordenamiento vinculante por remisión expresa.

La Real Academia define "inmiscuir", en su segunda acepción, como la "acción de entrometerse o tomar parte en un asunto o negocio, especialmente cuando no hay razón o autoridad para ello".

Según esto, entonces, se requiere que el administrador de hecho, sea persona natural o jurídica, realice actos materiales de *dirección* —gobernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión—, *gestión* —hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera— o *administración* —ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes—, que creen la apariencia perceptible de ser la persona a cargo de la administración, para que su responsabilidad se vea comprometida en caso de causar daño a la sociedad, a los socios o a terceros.

En la legislación comercial existen, básicamente y por regla general, tres órdenes o niveles de administración societaria, que gravitan en cabeza de: la asamblea general de accionistas o junta de socios; la junta directiva; y el representante legal. No obstante, la Ley 222 de 1995 tuvo a bien incluir la previsión según la cual también asumen esta calidad "quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones", de suerte que el criterio para establecer si alguien es o no administrador es estrictamente funcional.

En cuanto a los roles prácticos que despliegan las citadas instancias de administración societaria, la asamblea general o la junta de socios es el máximo órgano de decisión y se encarga de instruir la orientación general de la sociedad a partir de su competencia para adoptar o modificar los estatutos, de suerte que su actuación administrativa propiamente dicha se contrae a las formulaciones generales de política corporativa.

La junta directiva es una instancia intermedia de administración cuyas funciones no vienen previstas en la ley, de suerte que le corresponden las que los estatutos le fijen, a diferencia de lo que ocurre con el representante legal, que es quien, en nuestro medio, asume directamente el trajín del giro ordinario del negocio, la administración del día a día societario, y cuyas funciones y deberes sí están fijados en la ley, sin perjuicio de las asignaciones competenciales que se añadan por vía estatutaria⁶². A este respecto señala Rodríguez Azuero:

⁶² Indica el inciso segundo del artículo 196 C.Co.: "A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos

Probablemente lo más importante de destacar en nuestro sistema es que la estructura del poder se ha conformado de manera que la facultad amplia y genérica de administración se asigna, por vía general, al representante legal por lo que, si bien la Junta Directiva recibe facultades en los estatutos, éstas se convierten, de alguna forma, en excepciones frente a las de los representantes legales. En cambio, en otros sistemas la facultad administrativa se asigna a las juntas o consejos de dirección y estos quedan autorizados para delegarlas, bien en alguno de sus miembros como ocurre con el sistema del presidente y director general o del delegado general del derecho español, o en comités de dirección integrados por miembros tomados del seno de la junta y quienes le señalan el alcance de sus facultades y atribuciones y delegan en ellos parte importante de las funciones ejecutivas de la compañía.

Como no se escapa al analista del tema, la estructura es inversa en este caso. Es más, tan secundarias son las facultades de la Junta Directiva en nuestro sistema que las únicas que adquieren relieve e importancia, frente a terceros, son las que corresponden correlativamente a limitaciones en el ejercicio de los amplios poderes de que goza el representante legal y que son, como ya lo hemos visto, las que deben ser objeto de inscripción en el registro mercantil para los fines publicitarios de rigor⁶³.

Con base en lo anterior, y a la luz de los *verbos rectores* indicados en el párrafo del artículo 27 de la Ley SAS –dirigir, gestionar y administrar–, es del caso recalcar en que aunque los miembros de junta directiva son en principio administradores –art. 22 Ley 222 de 1995–, y en veces sus funciones pasan por la dirección y gestión del ente societario, no es a ellos a quienes se dirige la norma del administrador de hecho, en el sentido de que exista una persona que se arroge las competencias funcionales de un miembro de junta e incida por ese conducto y en esa virtud en la administración de la sociedad, entre otras cosas porque esta instancia decisoria actúa en principio como cuerpo colegiado. Lo que sí es posible, a más de usual, es que un miembro de junta despliegue actos de inmisión directa en la administración de la compañía, pasando por encima del representante legal.

Con todo, en el derecho comparado –originariamente de fuente inglesa– se hace diferencia entre quienes actúan y se presentan como administradores de derecho sin serlo (*de facto director*) y quienes determinan indirectamente o por interpuesta persona el curso de la empresa (*shadow director*), para establecer tratamientos jurídicos distintos⁶⁴. Lo cierto es que en virtud de la norma referida de la Ley SAS no se propone diferencia alguna, aunque la redacción bien permite concluir que

y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad”.

⁶³ SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO. “Responsabilidad civil de los administradores de sociedades”, 1998, disponible en [www.rodriguezazuero.com/documentos/ResponsabilidadCivil.pdf].

⁶⁴ Las nociones de “*de facto director*” y “*shadow director*” aluden al fenómeno de acuerdo con el cual las decisiones administrativas o son ejecutadas por alguien que no es formalmente administrador o son tomadas por los administradores formales pero según dictado de quien no lo es, respectivamente. En un fallo relevante sobre el particular (*Ultraframe (UK) Ltd v. Fielding and others*) la *High Court of Justice* (UK) estimó que los directores en la sombra no están

se trata, con más precisión, del que actúa materialmente como administrador y se presenta como tal sin serlo, que genera la apariencia de ser el rector de la sociedad, y no del que permanece en la sombra, guardando las apariencias. En este punto bien vale dejar dicho que conviene una interpretación extensiva a esta norma para vincular como responsable, en clave de deberes fiduciarios, también al consueta, al titiritero que no se asoma pero que controla el devenir societario a través de testaferros.

La valoración que el operador judicial haga del material probatorio debe ser minuciosa en extremo, porque es más que usual que converjan en la dirección de una sociedad instancias consultivas de necesaria referencia en la operación diaria de la compañía, que emiten instrucciones con algún grado de vinculatoriedad y cuyos roles no pueden reconvertirse al punto de asignarles las calificadas cargas de los administradores de derecho. A este respecto señala Reyes Villamizar:

... es fundamental, en primer término, tener en cuenta que no toda actividad desplegada por terceros no administradores puede dar lugar a la declaratoria de administrador de hecho. Así, la actividad de asesores, consultores, profesionales externos contratados por la sociedad e incluso accionistas mayoritarios o sociedades matrices, no deben constituir *per se* administradores *de facto*, aunque deban adoptar determinaciones de dirección o gestión de ciertos asuntos en razón de los derechos que les confiere su posición frente a la sociedad.

Debe tratarse, por lo tanto, de actos que han de trascender esas funciones legítimas, para asumir un carácter de verdadera intromisión en los asuntos de la sociedad. El "control de los hilos" de la administración que se cumple tras bambalinas, pero que implica una pérdida en la autonomía de gestión de los representantes legales y miembros de junta directiva, es la conducta que puede configurar el administrador de hecho⁶⁵.

Se trata de una clara proyección de la buena fe frente a la ausencia de vínculo contractual directo entre los perjudicados con las decisiones –socios o terceros– y quien en verdad las toma. Es en efecto una concreción expresa de la buena fe objetiva pasiva, o fundada en la confianza legítima derivada de los actos propios, en la medida en que asigna una sanción específica al agente que aparenta ser administrador de derecho y actúa como tal sin serlo, para extenderle la responsabilidad propia del cargo en que funge de hecho⁶⁶.

en principio sujetos a los mismos deberes fiduciarios que atan a los administradores de derecho y de hecho. Fallo disponible en: [www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2001/415.html].

⁶⁵ REYES VILLAMIZAR. *Responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificada*, cit., p. 373.

⁶⁶ "La buena fe, al obligar al respeto de las mencionadas reglas, tutela, a su vez, la confianza suscitada en las partes de que serán observadas las consecuencias jurídicas que se derivan de la conducta adoptada por ellas en el curso de la relación negocial, en apego a un deber de coherencia en el actuar, y por ende preserva la apariencia de un estado jurídico creado por la conducta de una de las partes que determina ulteriores pasos de la contraparte": NEME VILLARREAL. *La buena fe en el derecho romano*, cit., p. 325.

Estimamos que esta figura está llamada a generar toda clase de desarrollos jurisprudenciales y doctrinales habida cuenta de la riqueza inmensa de hipótesis litigiosas que pueden derivar de su consagración legal, situación que nos lleva a decir que las bondades de esta institución deberían extenderse a todos los tipos societarios e incluso a otros escenarios de responsabilidad, como el de la personal de los administradores públicos, aunque parezca de entrada forzada la extrapolación, porque resulta que no lo es tanto si se considera que el fenómeno de la actuación por interpuesta persona o la asunción inopinada de competencias de fondo sin previa asignación formal es pasible de encontrarse en la administración pública con indeseable frecuencia y con el conveniente amparo de la impunidad patrimonial.

(iv) Finalmente, la cuarta proyección de la buena fe en el sistema de reparación de perjuicios de la Ley 1258 de 2008 es la que atañe a la *responsabilidad de los administradores de SAS*, a cuyo efecto el artículo 27 de dicho estatuto indica:

Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere.

Parágrafo. Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores.

De entrada se advierten, por un lado, (a) la remisión directa y expresa al régimen de responsabilidad previsto en la Ley 222 de 1995, y por otro, (b) el desdoblamiento del régimen de responsabilidad que viene dado por el parágrafo transcrito, que funge de dispositivo de ampliación del espectro de la responsabilidad a quienes nominalmente no tienen el carácter de administradores, pero que en la práctica y/o a la sombra determinan la "gestión, administración o dirección" de la sociedad. Se introduce así, como quedó visto, una proyección adicional de la buena fe en el modelo simplificado, porque a pesar de que no existen lazos legales o contractuales tangibles, las actuaciones de dichos sujetos son controlables en sede judicial como un ilícito atípico⁶⁷.

En cuanto a la remisión expresa a la Ley 222 de 1995, es necesario recordar que esta regulación introdujo unas variables de connotada importancia al Código

⁶⁷ El concepto de *ilícito atípico*, tomado de la doctrina española, permite conglobar aquellos eventos dañosos cuya configuración no necesariamente comporta una contradicción con la legalidad positiva o, mejor, con el principio de legalidad estrictamente considerado, además de indicar un punto de convergencia, no solo entre el derecho público y el privado, sino entre el *Common Law* y el *Civil Law*. Se trata de los supuestos de fraude, abuso del derecho y desviación de poder, que suponen violaciones a contenidos principalísticos, lo que genera, de suyo, dificultades a la hora de adjudicar. Cfr. MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2006.

de Comercio sobre las que es necesario detenerse para dimensionar este sistema de reparación en su real alcance a propósito de la SAS.

En efecto, el sistema de responsabilidad de los administradores sociales viene dado por las normas de la Sección II de la Ley 222 de 1995, a saber, el artículo 22, que determina quiénes son administradores –aquí vale precisar que, para efectos de la SAS, este listado se ensancha con el administrador de hecho–; el 23, que indica los deberes de los administradores; el 24 –que subrogó el art. 200 C.Co.– y el 25, que regulan lo relativo a la procedencia y titularidad de las acciones de responsabilidad. Sostiene con razón Reyes Villamizar⁶⁸ que la remisión se justificó por la pertinencia del régimen de 1995 que hacía innecesaria su iteración. Lo único que se agregó, como se dijo, fue lo relativo al administrador de hecho.

Este sistema de responsabilidad prevé dos cuerdas procesales diferentes en orden a declarar la responsabilidad de los administradores: la acción social de responsabilidad, de la sociedad contra los administradores, que a su vez se desdobra en una vía directa y otra indirecta⁶⁹, y la acción individual de responsabilidad, de los socios contra los administradores.

De ordinario se ha estimado que la acción social tiene naturaleza contractual, mientras la segunda es extracontractual, habida cuenta de la ausencia de vínculo jurídico de esa especie entre los administradores y los socios. Sin embargo pareciera que esta distinción es irrelevante en razón de la particular regulación de la culpa que trae la Ley 222, como veremos a espacio más adelante.

Dicho esto, retomamos el desarrollo del último de los escenarios estudiados de concreción de la buena fe en la SAS, que corresponde al régimen puntual de responsabilidad de los administradores. Para este fin, nos remitimos al contenido mismo de las disposiciones citadas de la Ley 222, y en especial a los artículos 24 y 23, a cuyo análisis, en ese orden, destinamos las líneas finales de este escrito.

El artículo 24, que subrogó el artículo 200 C.Co., dispone que el contenido de este es el siguiente:

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

⁶⁸ “La Ley 222 de 1995 introdujo principios muy sólidos en materia de administradores. En este estatuto se definió el ámbito de aplicación de las normas pertinentes por medio de una delimitación concreta de los funcionarios a los que se les aplica la regulación, se establecieron por primera vez los denominados ‘deberes fiduciarios de los administradores’, se crearon deberes específicos para quienes cumplen funciones de administración y se definieron los términos y condiciones en que pueden cumplirse las acciones individuales y sociales de responsabilidad. El carácter relativamente reciente de estas normas y su diseño en general apropiado a las condiciones actuales hizo innecesario incluir una regulación nueva sobre la materia en la Ley 1258 de 2008”: REYES VILLAMIZAR. *La responsabilidad*, cit., pp. 340 y 341.

⁶⁹ En efecto, como señala RODRÍGUEZ AZUERO, el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 indica expresamente que la legitimidad directa para la acción social la tiene la sociedad misma, pero que se torna indirecta a favor de otros actores cuando, habiendo sido aprobada por el máximo órgano social, se cumplen tres meses sin haber sido incoada: ob. cit., p. 51.

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

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

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

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

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

Según el *inciso primero* de esta norma:

(a) Los administradores responden solidaria e ilimitadamente si ha mediado malicia o negligencia. Este inciso primero corresponde al de la legislación previa, y establece el principio general de subjetividad del régimen de responsabilidad del administrador, con lo que en principio se excluye cualquier supuesto de responsabilidad objetiva. Sin embargo, la misma norma permite colegir que la subjetividad es disponible siempre que lo que se pretenda sea agravar la responsabilidad del administrador.

En efecto, el *inciso sexto* de este artículo prevé una sanción para las cláusulas que limiten o eximan la responsabilidad subjetiva de los administradores, consistente en tenerlas *pro non scriptas*, es decir, se valoran como ineficaces de pleno derecho⁷⁰, pero nada dice respecto de la posibilidad de agravar los supuestos de responsabilidad, de modo que nada se opone a ello.

Esta regulación contrasta con la posibilidad que tienen los administradores en el sistema anglosajón de sustraer del debate judicial algunos supuestos específicos de gestión discrecional (*business judgement rule*)⁷¹, que comporta, sin duda, una

⁷⁰ "... la fórmula *pro non scripta* o ineficacia de pleno derecho es una sanción *in limine* con que el ordenamiento castiga a las cláusulas o pactos que violan sus normas imperativas y que consiste en que en los expresos casos señalados en la ley, el específico acto transgresor y únicamente este, se borra de pleno derecho de la realidad jurídica y se tiene como si no se hubiera realizado. Es decir, que se tachan *ipso iure*, de la realidad jurídica, las cláusulas o pactos ilícitos, y sólo éstos, siempre y cuando la ley haya previsto esta consecuencia para esa transgresión": FERNANDO ALARCÓN ROJAS. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 161.

⁷¹ De acuerdo con esta regla, "los administradores son autónomos en la toma de sus determinaciones, siempre y cuando estas obedezcan a un raciocinio adecuado a las circunstancias.

atenuación de los supuestos de responsabilidad por quebrantamiento de algunos de los deberes fiduciarios (*fiduciary duties*).

Por lo demás, respecto del alcance de la solidaridad que impone esta norma, conviene precisar que la misma existe entre los administradores que causaron el daño, siguiendo la regla del Código Civil contenida en el artículo 2344⁷², y en este sentido debe interpretarse esta disposición, comoquiera que mal podrían ser llamados a responder, por ejemplo, los miembros de la junta directiva con ocasión de un daño ocasionado por el representante legal en un negocio de su exclusivo resorte, habida cuenta de que en la práctica son muchas las competencias administrativas asignadas únicamente a este administrador.

Así las cosas, coincidimos con lo sostenido por Rodríguez Azuero cuando indica:

... en la práctica, será necesario analizar si se trata de una actuación dañosa del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva y en este caso de cuáles. En efecto, puede ocurrir y sucederá con enorme frecuencia que dadas las amplísimas facultades que tienen los representantes legales estos puedan realizar toda clase de actos y contratos que vinculan válidamente a la sociedad, sin el conocimiento y desde luego sin el consentimiento de los miembros de la junta que, por lo demás, no requiere. Y que estos no se enteren o, por lo menos, no lo hagan en tiempo para que su manifestación de inconformidad tenga algún efecto. En nuestra opinión, en este caso, no habría lugar a deducir responsabilidad de los miembros de la Junta Directiva en cuanto la misma estructura legal colombiana y los estatutos no han exigido que intervengan para validar la decisión⁷³.

[...] La evolución jurisprudencial respecto de los alcances de esta doctrina ha representado un avance significativo en la concepción jurídica de las funciones de los administradores sociales. Con el transcurso del tiempo, la jurisprudencia estadounidense desarrolló, en efecto, ciertas pautas para la aplicación práctica de la regla de la discrecionalidad. Estas se compilaron, posteriormente, en el célebre caso *Sblensky v. Wrigley*. En términos generales, tales pautas pueden sintetizarse de la siguiente manera:

"- Los jueces no podrán intervenir en el manejo interno de una compañía, aunque las decisiones adoptadas por sus administradores no hubieren sido muy acertadas. Este principio es aplicable aun en aquellos casos en que un manejo diferente hubiera podido mejorar la situación financiera de la compañía.

"- Los jueces no podrán establecer o modificar las políticas internas de una sociedad por medio de las sentencias que profieran. Ello obedece a la concepción según la cual sus administradores han sido elegidos para adoptar tales decisiones, de manera que su criterio debe prevalecer, a menos que medie una actuación fraudulenta.

"- Los jueces no están facultados para imponer su criterio en contra del de los administradores sociales que hubieren actuado conforme a la ley en la toma de sus decisiones": REYES VILLAMIZAR. *Derecho societario en Estados Unidos*, cit., pp. 189 y 190.

⁷² "Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.

"Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso".

⁷³ RODRÍGUEZ AZUERO. Ob, cit., p. 38.

(b) Por otro lado, este inciso asigna la legitimación activa para pretensiones resarcitorias frente a los administradores a la sociedad, a los socios y a los terceros afectados, de modo que serán estas personas las llamadas a promover ora la acción social de responsabilidad, ora la individual.

Habría que hacer una consideración adicional en el sentido de que, en punto a la legitimación de los terceros para incoar las acciones resarcitorias, estos pueden acceder directamente a la individual, pero podrían eventualmente promover la acción social en el preciso evento contemplado en el inciso tercero del artículo 25⁷⁴.

Para socios y terceros, entonces, la cuerda procesal a seguir es la de la responsabilidad extracontractual, en atención a la inexistencia estricta de vínculo comercial entre ellos y los administradores; en adición, como se vio, el fundamento de la responsabilidad es subjetivo, luego corresponde a actuaciones dolosas o culposas.

Pues bien, como se trata de responsabilidad extracontractual, no aplicarían las categorías de culpa que prevé el artículo 1604 C.C. (grave, leve, levísima) sino que, en principio, se deduciría responsabilidad por los perjuicios derivados de cualquier negligencia, con el agravante de la existencia de una serie de presunciones de culpa que, sin duda, morigeran la exigencia probatoria para el accionante.

El *inciso segundo* del artículo en comento prevé, en diálogo directo con el inciso anterior, dos puntuales hipótesis de lo que parece una exención de responsabilidad para los administradores que: (i) no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión —o no hayan debido o podido tenerlo, agregamos nosotros—, siempre que no hayan ejecutado dicha acción u omisión; o (ii) hayan votado en contra de la acción u omisión, siempre que no la hayan ejecutado.

La construcción misma del inciso plantea algunas dudas, por lo que la traemos de nuevo: "No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten".

En primer lugar, cuando dice que ciertos administradores no están sujetos a dicha responsabilidad no se establece, en rigor, una eximente de responsabilidad, porque el texto indica en realidad que, en los casos dados, no se atribuye la precisa responsabilidad que trae esta norma, es decir, solidaria e ilimitada, de lo que se colige que pervive un principio de responsabilidad, que será, entonces, conjunta y limitada.

Por lo demás, estimamos que la cualificación de la hipótesis según la cual para que se configure la eximente el administrador que la invoque deberá no haber ejecutado la acción u omisión, supone en la práctica que el destinatario de esta

⁷⁴ "Sin embargo, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos".

norma es el representante legal —ejecutor por antonomasia—, a la sazón miembro de junta, a quien no le basta votar en contra de la decisión en el seno del directorio, sino que debe abstenerse de ejecutar dicha instrucción, so pena de comprometer su responsabilidad en las gravosas condiciones antedichas.

En cuanto a los miembros de junta, pueden invocar las eximentes sin reparar en el aditamento de la no ejecución que solo aplica para la segunda hipótesis, probando que no supieron, pero que además no debían o no podían saber, o que votaron en contra de la decisión generadora del daño.

En cuanto a los *incisos tercero y cuarto*, estos textos comportan uno de los rasgos definitivos del sistema de responsabilidad de la Ley 222, a saber, las presunciones de culpa que pesan sobre los administradores demandados, que tienen la particularidad de operar indistintamente del contexto procesal en el que se tramite la demanda, esto es, sin reparar en si se trata de un régimen de responsabilidad contractual o extracontractual.

Así las cosas, aprehender el problema de la responsabilidad del administrador desde el prisma de esa presunta *summa divisio* del derecho de la responsabilidad —contractual/extracontractual— es impreciso, porque las presunciones de culpa tornan irrelevante el dato de la relación jurídica previa.

En efecto, la diferencia de regímenes se concreta, en principio y sobre todo, en el hecho cierto según el cual en el contexto de un incumplimiento contractual la negligencia del deudor se trifurca y se presume (arts. 63 y 1604 inc. 3° C.C.), mientras que en el escenario extracontractual es una y debe ser acreditada por el demandante (art. 2341 C.C.).

Sin embargo, como se verá, esta regla básica de responsabilidad civil se ve matizada por una serie de presunciones de culpa que operan aun en el ámbito extracontractual. Esta previsión normativa (art. 200 inc. 3° C.Co.) redundante en una efectiva morigeración de la carga probatoria para los socios y terceros, quienes no deberán acreditar la negligencia del demandado cuando medien "incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos".

La motivación subyacente para asemejar las situaciones procesales de los demandantes se desprende de lo sostenido por el propio legislador en la exposición de motivos de la norma, recogido por la Corte Constitucional:

La necesidad de abandonar los modelos tradicionales de responsabilidad referidos al buen padre de familia, que hoy resultan disueltos, para acoger como nuevo patrón el del correcto y leal empresario, ha llevado a proponer un acápite sobre administradores. Una mejor protección del crédito, del público, de los trabajadores y de los mismos socios hace indispensable detallar y precisar las funciones y responsabilidades de los administradores así como las consecuentes acciones de responsabilidad, puesto que es claro que tales funcionarios detentan hoy inmensos poderes y adoptan decisiones de profundas implicaciones sociales, que como es de esperar deben ceñirse a un estricto código de conducta, que resulta concordante con las normas de rendición de cuentas previstas en el capítulo de estados financieros. [...]

Confiamos que con estas nuevas disposiciones no sea difícil, como hasta ahora, establecer las responsabilidades de los administradores y lograr el reconocimiento de las respectivas indemnizaciones, con la seguridad [de] que a los buenos administradores el régimen no les impone obligaciones distintas de las que ya tienen. (Resaltado fuera del texto)⁷⁵.

Como se ve, el régimen dual de responsabilidad de los administradores es especialmente riguroso con estos y permite a los socios o terceros demandantes invocar el privilegio de desuncirse de la carga de la prueba de la culpa del administrador demandado, a quien se le traslada el deber de acreditar su diligencia y cuidado, vía presunción de culpa extracontractual⁷⁶.

La Ley 222 introdujo todo un sistema de responsabilidad profesional que contrasta con la exigua regulación del Decreto 410 de 1971, de suerte que dotó al entorno societario de una serie de pautas legales para elucidar situaciones de conflicto con ocasión del laborío administrativo, sin perjuicio de que algún sector de la doctrina estime, con alguna razón, que al mismo resultado se hubiera llegado vía interpretación de las normas generales de responsabilidad del Código Civil y del Código de Comercio⁷⁷.

Frente a esto último consideramos que si bien es viable por vía pretoriana justificar y explicar todo el sistema de responsabilidad civil profesional a partir del esquema provisto por los códigos, el avance de la Ley 222 de 1995 al introducir un referente de conducta *ex profeso* para el administrador societario, el *buen hombre*

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-123 de 2006, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁷⁶ En todo caso, es necesario recordar que, en el entendimiento que sobre esta presunción de culpa hizo la Corte Constitucional, es claro que persiste en el demandante la carga de probar los hechos a partir de los cuales se desencadena la presunción, de modo que no es una liberación absoluta del *onus probandi*: "En efecto, tratándose en este caso de presunciones de carácter legal, como lo ha considerado reiteradamente la Corte, los hechos en que se apoya se deben demostrar, y sólo probándolos la presunción opera a favor del que la tiene, a menos que la otra parte demuestre lo contrario. Es decir, que quien se halla favorecido con una presunción legal tiene la carga de probar únicamente los supuestos de la misma, o sea aquellos hechos que siendo ciertos hacen creíble el otro hecho del cual se deduce. Es claro, entonces, que la dispensa de la carga de la prueba para el favorecido con una presunción es apenas parcial ya que solamente opera respecto del hecho deducido": Corte Constitucional. Sentencia C-123 de 2006, cit.

⁷⁷ En este sentido, RODRÍGUEZ AZUERO sostiene: "Los poderes de los administradores son muy amplios, es cierto, pero no arbitrarios. Si su gestión es de medios, como regla general, ella les impone, en cambio, una particular dedicación y competencia dada la profesionalización de los cargos, máxime cuando se trata de representar sociedades mercantiles. De hecho, ello ha sido siempre así, por lo que podemos afirmar, desde ahora, que la reforma societaria colombiana no es integralmente novedosa, en manera alguna, pues no solo antecedentes [sic] que podrían remontarse a la legislación francesa de 1887 y ha tomado previsiones de la ley de sociedades de 1996 y de la ley española de 1989, sino que buena parte de las previsiones se encontraban ya consagradas desde 1971 en el Código de Comercio o podían deducirse de la aplicación sistemática de la ley, teniendo en cuenta las disposiciones tanto civiles como mercantiles, que permitiría llevar, en buena parte de los casos, a idénticas conclusiones. De hecho, podría afirmarse que, de conformidad con principios generales de derecho, se exige que las personas que actúan para otras desplieguen su actividad sin colocar sus intereses personales sobre los de éstas (lealtad), con el mayor interés y cuidado del caso (diligencia) y sin intención de causar daño o contrariar las disposiciones vigentes, esto es, con el propósito de acertar (buena fe)": ob. cit.

de negocios, comportó un salto cualitativo hacia el establecimiento de un sistema de responsabilidad especial y diferenciado de singular claridad e importancia.

En efecto, la adopción de un estándar de diligencia, de un modelo conductual preciso, permite reconducir el razonamiento judicial hacia unos límites que vienen dados por las coordenadas fácticas del caso. Es decir, cuando se opta por señalar que el administrador societario debe obrar como un *buen hombre de negocios*, con todo y la abstracción de esta categoría, se establece que el fallador debe contrastar la conducta desplegada por el administrador demandado con la que hubiera desplegado otro en las mismas circunstancias personales –grado de conocimiento– y de tiempo, modo y lugar.

La fijación de un modelo estándar de conducta más la inversión de la carga de la prueba en ciertos casos que, aunque previstos como excepción, resultan ser la mayoría⁷⁸, propician un debate judicial en el que el demandado se emplea a fondo en demostrar qué hizo, cómo lo hizo y en qué circunstancias, y el juez define si lo que hizo fue suficiente o si podía o debía hacer más en las circunstancias dadas, es decir, si le era exigible una conducta más esmerada. Con esto se establece un modelo de valoración de la conducta *in abstracto* que facilita sin duda la adjudicación del litigio.

No se trata, por supuesto, de un exotismo de nuestro ordenamiento. Existen reputados referentes en el derecho comparado⁷⁹, como el *ordenado empresario y representante leal* español, el *gerente ordenado y fiel* del derecho alemán, o el *gestor criterioso e ordenado* del Código de Sociedades Comerciales de Portugal⁸⁰, cuyo fin último es establecer un *tipo objetivo de diligencia*, en palabras de Díaz Echegaray⁸¹. Sostiene este autor español:

Administrar bien una sociedad significa apreciar en cada momento cuál es la mejor actuación para sus intereses, lo cual a priori suele resultar muy difícil. No parece

⁷⁸ Indica el inciso tercero del subrogado artículo 200 C.Co.: "En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador", de lo que se colige que coexisten dos regímenes de responsabilidad subjetiva, uno de culpa presunta –en las tres hipótesis mencionadas– y otro de culpa probada, en los eventos distintos a los tres consagrados. En suma, como lo plantea REYES VILLAMIZAR, "[I]a norma, según acaba de indicarse, se refiere a tres hipótesis que, en la práctica, conducen a una sola. En efecto, tanto la violación del contrato como la distribución ilícita de utilidades, son violaciones de la ley": FRANCISCO REYES VILLAMIZAR. *Derecho societario*, t. 1, Bogotá, Temis, 2006, p. 603.

⁷⁹ "Us directors are charged with managing the business of their corporations. Thus, a director should be familiar with the affairs of and give direction to the corporation and should have a general knowledge of the use of resources as well as the manner in which the business is conducted. A director must perform these, and all of his or her duties, in good faith and with the degree of care which an ordinarily prudent person in a like position would use under similar circumstances": RIPIN, ROBERT & WINCKLER, CHRISTOPHER, *United States of America, Chapter 9*, in *Directors Liability: A Worldwide Review*, 2nd Ed., GB, Kluwer Law International, 2010, p. 108, resaltado fuera de texto.

⁸⁰ JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY. *Deberes y responsabilidades de los administradores de sociedades de capital*, Cizur Menor-Navarra, Thomson-Arazandi, 2006, p. 122.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 123.

posible establecer una regla general que fije de manera concreta la forma de actuar del administrador ante cada una de las circunstancias que pueden presentarse en cada momento, porque no es posible predeterminarlas todas, ya que pueden ser innumerables.

[...]

Igualmente difícil resulta concretar las reglas de conducta que se derivan de los patrones elegidos⁸².

Por lo demás, los deberes derivados del estándar del buen padre de familia resultan incompatibles con las obligaciones especiales que asumen los administradores societarios, cuyo fin último es defender los intereses patrimoniales de un ente moral mediante la concreción material de una operación económica, atendiendo patrones estrictos de profesionalismo, asumiendo riesgos impensables para un prudente *pater familias* y soportando unas cargas de información y de astucia que corresponden a una racionalidad económica diferente de la que resulta esperable de este.

El *inciso quinto* prevé y disciplina la muy extendida práctica de asignar la representación legal de las sociedades a personas jurídicas, en el sentido de ordenar que “[s]i el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal”.

En la práctica, el verdadero administrador de la sociedad principal es el representante legal de la sociedad designada como administradora, quien puede o no ser socio de esta, de suerte que la operación de delegación del cargo en una persona moral genera un inmediato efecto –así no haya sido querido– de dilución de la responsabilidad, que se agrava con el hecho de que el inciso transcrito no indica expresamente el alcance de la responsabilidad de los intervinientes.

En efecto, es imposible concluir que exista responsabilidad solidaria según la redacción “será de ella y de quien actúe como su representante”, aunque según la regla general de responsabilidad civil que ya vimos, el daño genera solidaridad entre quienes concurrieron a su causación.

Por lo demás, estimamos que esta previsión desdibuja un poco el espíritu de rigor que animó al legislador de 1995, porque se convierte en expediente socorrido para eludir las cargas especiales de responsabilidad que asume el administrador persona natural. Para ser consecuente con este empeño, la norma debió decir en su inciso primero que cuando el administrador es una persona jurídica también responde solidaria e ilimitadamente junto con su representante legal.

Finalmente, en lo tocante a los deberes del administrador contenidos en el artículo 23 del estatuto en comentario⁸³, consideramos que las conductas listadas

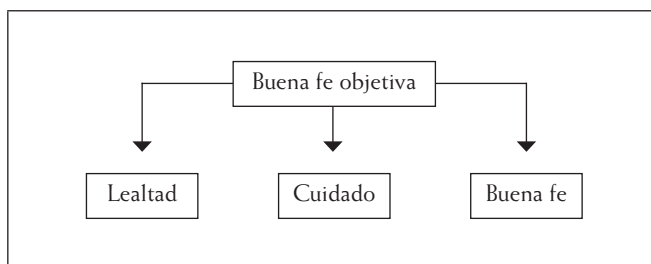
⁸² *Ibíd.*, p. 125.

⁸³ “Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.
“En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

en este texto, así como sus derivaciones lógicas no escritas –deberes secundarios de conducta–, son, en sí mismas, una concreción de la buena fe.

En efecto, si bien es viable, como lo hacemos enseguida, adscribir cada uno de los seis numerales a alguno de los tres deberes fiduciarios, también es claro que la lealtad y el cuidado son desarrollos necesarios de la buena fe como categoría principalística.

En otras palabras, los deberes de conducta de los administradores de sociedades comerciales, en Colombia, derivan *in totum* de la buena fe objetiva, que tendría así tres proyecciones puntuales, a saber, deber de lealtad, deber de cuidado y deber de buena fe en sentido estricto, con una connotación característica que pasamos a ver, y que consiste en el carácter subjetivo de esta buena fe.



La regulación del artículo 23 recoge la misma triada de deberes fiduciarios del administrador formulada en el derecho societario norteamericano⁸⁴, y los desarrolla proponiendo una serie de hipótesis –con naturaleza de reglas– que no constituye

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

² Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.

³ Velar por que se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la Revisoría Fiscal.

⁴ Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.

⁵ Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.

⁶ Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.

⁷ Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

⁸ En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuera socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad⁸⁴.

⁸⁴ En realidad, hasta hace poco se hablaba en este contexto de dos deberes fiduciarios, el de lealtad y el de cuidado. La incorporación de la buena fe como uno de ellos es de reciente decantación: "Classically, courts and commentators have identified two types of fiduciary duty of corporate officers and directors: the duty of loyalty and the duty of care". CLAIRE A. HILL and BRETT H. McDONNELL. Essay: Stone v. Ritter and the Expanding Duty of Loyalty (August 22, 2007), Minnesota Legal Studies Research Paper n.º 07-35, en SSRN: [http://ssrn.com/abstract=1008930].

un listado *numerus clausus* sino meramente indicativo que no excluye otras manifestaciones de dichos deberes abstractos.

De las conductas previstas en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 como deberes específicos del administrador, corresponden al deber de *diligencia* las tres primeras, es decir: (i) contribuir al adecuado desarrollo del objeto social; (ii) velar por el cumplimiento de la ley y de los estatutos, y (iii) velar por el cumplimiento de las funciones de la revisoría fiscal.

Los deberes restantes se estiman como proyecciones del deber de *lealtad*, a saber: (i) guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad; (ii) abstenerse de usar información privilegiada de forma indebida; (iii) tratar equitativamente a los socios y respetar el derecho de inspección, y (iv) abstenerse de incurrir en actos que impliquen competencia para la sociedad⁸⁵.

¿Y la *buena fe estricta* en qué deberes de conducta del administrador se traduce? Si dijimos que la buena fe que rige en materia societaria es la objetiva, debemos forzosamente concluir que existen algunos deberes de conducta muy precisos que le son exigibles al administrador.

La norma no los refiere, pero además hacerlo sería una labor inútil, porque no es viable ni deseable determinar forzosamente la concreción de una formulación tan abstracta pero a la vez con tanta fuerza normativa como la buena fe objetiva, de lo que resulta lícito concluir que constituyen violación de la buena fe aquellas conductas lesivas de los intereses de la sociedad y/o de sus socios, desplegadas por los administradores, y que no se puedan encuadrar en las previsiones dispuestas para los deberes de lealtad y de cuidado ni sean asimilables a derivaciones necesarias de aquel o de este⁸⁶.

En este punto se produce una interesante tensión doctrinaria que estimamos conveniente auscultar, porque el referente inmediato al que debemos echar mano para el desarrollo de estos conceptos viene del derecho anglosajón, en el que no se advierte la dicotomía entre buena fe objetiva y subjetiva. En efecto, pareciera que el derecho societario norteamericano entiende que la violación de la buena fe del administrador se concreta en la valoración negativa de su conducta, es decir, pareciera que la buena fe a que alude el deber fiduciario se contrae a lo que nosotros conocemos como buena fe subjetiva, esto es, un estado de la mente⁸⁷.

⁸⁵ Cfr. REYES VILLAMIZAR. *Derecho societario*, t. 1, pp. 350 y ss.

⁸⁶ "There are several basic reasons why the duty of good faith is desirable. To begin with, the duties of care and loyalty do not cover all types of improper conduct by managers because certain kinds of managerial misconduct fall within the duty of good faith": MELVIN A. EISENBERG. "The duty of good faith in corporate law", en *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 31, n.º 1, 2005, University of California, disponible en SSRN: [<http://ssrn.com/abstract=899212>], trad. libre.

⁸⁷ "Brevemente, el deber de buena fe en derecho societario está compuesto por una idea general subyacente y unas obligaciones específicas que ejemplifican dicha idea. La idea subyacente comporta cuatro elementos: honestidad o sinceridad subjetiva; no violación de estándares de decencia generalmente aceptados como aplicables al ejercicio de la actividad de administración; no violación de las normas societarias generalmente aceptadas, y fidelidad al cargo. Dentro de las obligaciones específicas que ejemplifican la idea general

En este sentido, tendríamos entonces que para efectos puntualmente de la responsabilidad del administrador societario, la buena fe objetiva contiene a la buena fe subjetiva, entendiendo esta como un estado de la mente del administrador en el que se manifiesta su intención de causar daño, es el obrar *contra legem* a sabiendas, situación perfectamente posible en términos epistemológicos, pero que además supone un examen de la conducta del administrador *in concreto*⁸⁸, es decir, sin poder echar mano del modelo abstracto del buen hombre de negocios, sino remitiéndose a las pruebas que obren sobre la existencia de mala fe.

Para efectos del desarrollo de este apartado, las observaciones que siguen se hicieron con base, mayormente, en un escrito de Nemunaitis⁸⁹ que recoge con precisión la evolución del concepto de buena fe en el contexto normativo y judicial de Delaware, que corresponde a la más acabada doctrina corporativa en el derecho anglosajón. En caso de haber referencia a otras fuentes, así se indicará expresamente.

a. En la jurisprudencia norteamericana, durante mucho tiempo se consideró que solo existían dos deberes fiduciarios: *diligencia* y *lealtad*, al tiempo que la *buena fe* era un concepto poco determinante y de difícil aprehensión. El deber de diligencia del administrador consistía en estar informado y tomar decisiones de manera competente y diligente; el deber de lealtad, en actuar siempre en el mejor interés de la sociedad y los accionistas.

b. Frente a estos dos tipos de deberes, se consideró de ordinario que la ausencia de prueba de violación al deber de lealtad –conflicto de interés– determinaba que las cortes dieran paso a la aplicación de la *business judgment rule*⁹⁰, instituto que ampara a los directores frente a reclamos por violación al deber de diligencia o cuidado en la toma de decisiones corporativas de cierto impacto, y que funge como incentivo a la asunción de riesgos empresariales. De acuerdo con esta formulación, la ausencia de conflicto de intereses excluía –con el alcance de una presunción legal– la indagación posterior por negligencia o falta de cuidado, lo que comportaba una especie de zona de confort para los administradores⁹¹.

está la obligación de no causar a sabiendas el desobedecimiento, por parte de la sociedad, de la ley y del principio de lealtad procesal incluso en contextos ajenos a sus intereses". EISENBERG. Ob. cit.

⁸⁸ "Apreciar la culpa 'in concreto' consiste en sondear la conciencia del demandado para intentar representarse su proceso volitivo o comparar la conducta del deudor con su propio criterio usual, es decir, exigiéndole la diligencia que el mismo deudor usa en sus negocios. En otras palabras: debe el juez indagar si la conciencia le indica al demandando que actuó en contra de sus principios morales y le impone como sanción el sentimiento de remordimiento": JUAN IGNACIO GAMBOA URIBE. "Elemento subjetivo: la culpa y el dolo en la responsabilidad civil", en AA.VV., MARCELA CASTRO DE CIFUENTES (coord.). *Derecho de las obligaciones*, t. II, Vol. 1, Bogotá, Uniandes y Temis, 2010, p. 175.

⁸⁹ NEMUNAITIS. OB. CIT.

⁹⁰ STEPHEN M. BAINBRIDGE. The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine (July 29, 2003), UCLA, School of Law, Law and Econ. Research Paper n.º 03-18, disponible en [<http://ssrn.com/abstract=429260> or doi:10.2139/ssrn.429260].

⁹¹ Según la formulación más extendida de esta regla, se trata de una "presunción de que en la toma de decisiones de negocios, los directores de la compañía actúan de manera

c. Esta situación jurisprudencial que supeditaba el examen de la conducta de los directores desde la óptica del deber de cuidado a la existencia de una violación al deber de lealtad, fue "destrozada" en 1985, con el fallo *Smith v. Van Gorkom*⁹², en el que se encontró responsable a la junta directiva de una compañía por haber aprobado una operación de fusión sobre la base de una escueta presentación del CEO que duró veinte minutos y sin considerar seriamente todos los términos del acuerdo. La Corte estimó que los directores habían violado con culpa grave (*gross negligence*) el deber de cuidado, que se concreta en la sujeción de los administradores a una serie de procedimientos previos a la toma de decisiones, sin reparar en los resultados de la decisión como tales.

d. Habida cuenta del efecto que causó en los empresarios el fallo y de la crisis que el mismo causó en el esquema de aseguramiento de directores, se produjo una reacción legislativa, por virtud de la cual se adicionó a la *General Corporation Law* un apartado que indica que es posible limitar o excluir la responsabilidad de los directores frente al cumplimiento de los deberes fiduciarios, salvo que se trate de alguna de las siguientes hipótesis: (i) violación del deber de lealtad; (ii) violación del deber de actuar de buena fe; (iii) pago ilegal de dividendos, compra ilegal de acciones y otras conductas listadas taxativamente en el § 174 *ibídem*, y (iv) cualquier transacción de la que el director derive un beneficio impropio⁹³. Con esto, dejando dicho cuáles aspectos de la responsabilidad son irrenunciables –de orden público–, se estableció el carácter renunciante de las obligaciones derivadas del deber de cuidado.

e. Al señalar la norma que la buena fe es indisponible, la figura suscitó en los círculos judiciales y académicos un renovado interés por su recta inteligencia y por la definición de sus contornos conceptuales. Hasta ese momento, las menciones a dicha institución habían sido tangenciales. En efecto, la Suprema Corte de

informada, de buena fe y en la creencia honesta de que la decisión consulta los mejores intereses de la compañía": *ARONSON v. LEWIS*, 473 A.2d 805, 812 (1984) (trad. libre). Para un interesante análisis sobre la trascendencia de este fallo, cfr. [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1194&context=upenn_wps&seiredir=1#search=%20aronson%20v.%20lewis%22].

⁹² Para un breve resumen de este fallo, cfr. [http://lawschool.courtroomview.com/acf_cases/9298-smith-v-van-gorkom].

⁹³ "§ 102. Contents of certificate of incorporation. [...] (b) In addition to the matters required to be set forth in the certificate of incorporation by subsection (a) of this section, the certificate of incorporation may also contain any or all of the following matters: [...] (7) A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director, provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a director: (i) For any breach of the director's duty of loyalty to the corporation or its stockholders; (ii) for acts or omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law; (iii) under § 174 of this title; or (iv) for any transaction from which the director derived an improper personal benefit. No such provision shall eliminate or limit the liability of a director for any act or omission occurring prior to the date when such provision becomes effective. All references in this paragraph to a director shall also be deemed to refer to such other person or persons, if any, who, pursuant to a provision of the certificate of incorporation in accordance with § 141(a) of this title, exercise or perform any of the powers or duties otherwise conferred or imposed upon the board of directors by this title": [<http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc01/index.shtml>].

Delaware "ocasionalmente" había referido a la buena fe como uno de los tres deberes fiduciarios de los administradores (*triad of fiduciary duties*), pero sin avanzar en su conceptualización; la Corte de Apelaciones de Delaware, por su parte, la había tomado como simple corolario del deber de cuidado⁹⁴.

f. Posteriormente se emitieron dos fallos con importantes desarrollos sobre el alcance del deber de buena fe. Nos referimos a las causas *In re Walt Disney Company Derivative Litigation*⁹⁵ (2005) y *Stone v. Ritter*⁹⁶ (2006).

En la primera, la Suprema Corte de Delaware indicó que la buena fe constituía un deber autónomo que se sitúa entre el de cuidado y el de lealtad. Según este fallo, existe mala fe del administrador cuando: (i) se actúa con un *propósito* distinto al de favorecer los mejores intereses de la sociedad; (ii) se actúa con la *intención* de violar normas positivas, o (iii) se falla en el cumplimiento de claros deberes de conducta, demostrando un abierto y *consciente* desprecio por sus obligaciones⁹⁷.

En *Stone v. Ritter* no se avanzó mucho en cuanto a la definición del deber de buena fe, pero se aportó la consideración según la cual este, en últimas, se concreta en el estado de conciencia con el cual actúe el agente (*director's state of mind*), es decir, depende de si actuó en uno u otro sentido a sabiendas.

Entrambos fallos dejan claro, en todo caso, que la buena fe como deber fiduciario independiente de conducta consiste en una condición interna del administrador en la que existe un escaso margen probatorio, que podría conducir a un escenario de prueba diabólica en el que casi los únicos medios de acreditación conducentes serían la confesión del administrador o una prueba directa, plena e irrefutable (*smoking gun*).

La doctrina consultada es clara en decir que las dos primeras hipótesis de mala fe del administrador —*propósito* de servir intereses distintos de los de la sociedad e *intención* expresa de violar normas positivas— comportan la citada dificultad probatoria difícilmente sorteable, pero que la última genera un espacio de comprobación más asequible, comoquiera que se concreta en la *pretermisión* a sabiendas (*scienter*) de deberes precisos de conducta⁹⁸, es decir, cuando el administrador actúa con lo que en la doctrina francesa se conoció como culpa objetiva⁹⁹.

⁹⁴ Cfr. *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, disponible en [<http://corporatecompliance.org/Content/NavigationMenu/Resources/ComplianceBasics/caremarkDecision.pdf>].

⁹⁵ [<http://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=77400>].

⁹⁶ [[http://courts.delaware.gov/opinions/\(gdifbfbsjqiqnznuld3ogvy55\)/download.aspx?id=70810](http://courts.delaware.gov/opinions/(gdifbfbsjqiqnznuld3ogvy55)/download.aspx?id=70810)].

⁹⁷ "... a failure to act in good faith may be shown, for instance, where the fiduciary intentionally acts with a purpose other than that of advancing the best interest of the corporation, where the fiduciary acts with the intent to violate applicable positive law, or where the fiduciary intentionally fails to act in the face of a known duty to act, demonstrating a conscious disregard for his duties. There may be other examples of bad faith yet to be proven or alleged, but these three are the most salient": *In re Walt Disney*, cit.

⁹⁸ NEMUNAITIS. Ob. cit.

⁹⁹ Cfr. FRANCOISE CHABAS. "La evolución de la noción de culpa en el derecho francés", en *Responsabilidad civil, Derecho de seguros y filosofía del derecho, Homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*, t. 1, Bogotá, Díké et al., 2011, pp. 49 y ss.

En efecto, se trata de una conducta negativa, que permite, una vez probada la omisión –carga del demandante–, presumir la culpa del administrador, que en caso de no ser desvirtuada es suficiente para adjudicarle responsabilidad, así no haya habido daño concreto y mensurable. Se trata, si se admite la analogía, de lo que en derecho penal se conoce como un delito de mera conducta¹⁰⁰.

En resumen, frente a este interesante punto podemos concluir que, si se acepta esta propuesta interpretativa de armonización de conceptos en principio excluyentes –buena fe objetiva/buena fe subjetiva–, entendiendo que la buena fe objetiva impone un deber de conducta específico que consiste en *no tener la intención de causar daño a la sociedad*, es decir, si se acepta que en este caso la buena fe objetiva contiene a la subjetiva en un determinado contexto fáctico y normativo, la violación de la buena fe estricta supone el escenario de responsabilidad más gravoso para el administrador, porque se presume su culpabilidad con la potencialidad de configurar una conducta dolosa, en caso de que la prueba milite en ese sentido, cuyo tratamiento en materia de perjuicios es diferenciado, comoquiera que hace extensible la responsabilidad a aquellos supuestos de perjuicios no previsibles que obren fehacientemente acreditados en el proceso, como lo autoriza expresamente el artículo 1616 C.C.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN ROJAS, FERNANDO. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

ATIENZA, MANUEL y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2006.

ALTERINI, ATILIO ANÍBAL. "Los principios sobre los contratos de Unidroit y las soluciones del derecho común", en *Treinta estudios de derecho privado*, Bogotá, Temis y Pontificia Universidad Javeriana, 2011.

ARANGO, RODOLFO. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, Bogotá, Uniandes y Siglo del Hombre Editores, 1999.

ÁVILA, HUMBERTO. *Teoría de los principios*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

¹⁰⁰ "This emphasis on scienter marks a key difference between the duty of good faith and the duty of loyalty. Traditionally, a director breaches the duty of loyalty by harming the company, even if this harm is done unintentionally. A director breaches the duty of good faith, on the other hand, by acting with bad intent, even if the company is not harmed. This may occur when the director intends, but fails, to violate positive law, or when a director consciously, but harmlessly refuses to monitor employees. If the duty of care is associated with process and the duty of loyalty with substance, then the duty of good faith must be associated with intents as a distinct area of inquiry": NEMUNAITIS. Ob. cit.

- BAINBRIDGE, STEPHEN M. *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine* (July 29, 2003), UCLA, School of Law, Law and Econ. Research Paper n.º 03-18, disponible en [<http://ssrn.com/abstract=429260>].
- BAINBRIDGE, STEPHEN M. *Smith v. Van Gorkom* (May 2008), UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper n.º 08-13, disponible en [<http://ssrn.com/abstract=1130972> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1130972>].
- BECERRA TORO, RODRIGO. *El pacto arbitral*, disponible en [www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20becerra%20toro].
- BETTI, EMILIO. *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Comares, 2008.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- CHABAS, FRANCOISE. "La evolución de la noción de culpa en el derecho francés", en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*, Homenaje a JAVIER TAMAYO JARAMILLO, t. 1, Bogotá, Diké et al., 2011.
- CHEVALLIER, JACQUES. *El Estado posmoderno*, Oswaldo Pérez (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 20 de enero de 2011, exp. 2008-00136, M.P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-014 del 20 de enero de 2010, M.P.: Mauricio González Cuervo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-378 del 23 de abril de 2008, M.P.: Humberto Sierra Porto.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-123 del 22 de febrero de 2006, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-388 del 5 de abril de 2000, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001, exp. 6146, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 1994, exp. 3972, M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Scholss.
- COURT OF CHANCERY OF DELAWARE. *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, disponible en [<http://corporatecompliance.org/Content/NavigationMenu/Resources/ComplianceBasics/caremarkDecision.pdf>].
- COURT OF CHANCERY OF DELAWARE. *STONE V. RITTER*, disponible en [[http://courts.delaware.gov/opinions/\(gdifbfsjinqznuld3ogvy55\)/download.aspx?id=70810](http://courts.delaware.gov/opinions/(gdifbfsjinqznuld3ogvy55)/download.aspx?id=70810)].
- DE CUPIS, ADRIANO. *El daño*, Barceona, Bosch, 1975.
- DOBSON, JUAN M. *El abuso de la personalidad jurídica*, Bueno Aires, Depalma, 1991.
- DWORKIN, RONALD. *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- EISENBERG, MELVIN A. "The duty of good faith in corporate law", *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 31, n.º 1, 2005, University of California, disponible en [<http://ssrn.com/abstract=899212>].
- ENGLAND AND WALES HIGH COURT. *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding and others*, disponible en [<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2005/1638.html>].
- GAMBOA URIBE, JUAN IGNACIO. "Elemento subjetivo: la culpa y el dolo en la responsabilidad civil", en AA.VV. MARCELA CASTRO DE CIFUENTES (coord.). *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. 1, Bogotá, Uniandes y Temis, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas, 1984.
- GUAL ACOSTA, JOSÉ MANUEL. *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, Bogotá, Jurídicas Ibáñez, 2008.
- HARPER, GEORGE. "La responsabilidad del accionista y del funcionario en las sociedades conforme a la jurisprudencia norteamericana", en AA.VV. *La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2005.

- HENAO, JUAN CARLOS. *El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- HILL, CLAIRE A. and BRETT H. McDONNELL. Essay: Stone v. Ritter and the Expanding Duty of Loyalty (August 22, 2007), Minnesota Legal Studies Research Paper n.º 07-35, disponible en [<http://ssrn.com/abstract=1008930>].
- HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, UNIDROIT. *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- KENNEDY, DUNCAN. *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Uniandes, Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del Hombre Editores, 2005.
- LÓPEZ HERRERA, EDGARDO. *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUMBERTO. *Cátedra de Derecho Contractual Societario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
- MORALES DE SETIÉN RAVINA, CARLOS. "Estudio preliminar", en AA.VV. *Análisis Económico del Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores et al., 2011.
- MOSSETT ITURRASPE, JORGE. *Responsabilidad por daños*, t. 1, *Parte general*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA. *La buena fe en el derecho romano, Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Centro di Studi Giuridici Latinamericani Università "Tor Vergata", 2010.
- NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA. "Buena fe subjetiva y buena fe objetiva", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- NEMUNAITIS, JUSTIN. « On Good Faith and the future of scienter in Delaware Corporate Law », 2008, disponible en [<http://ssrn.com/abstract=1114347>].
- NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007.

- ONLINE DELAWARE CODE, disponible en [<http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc01/index.shtml>].
- PÁJARO MORENO, NICOLÁS. "El contrato y sus principios orientadores", en *Derecho de las obligaciones*, t. 1, Bogotá, Uniandes y Temis, 2009.
- PAREDES HERNÁNDEZ, ALONSO. "Ineficacia del acto jurídico", en *Derecho de las obligaciones*, t. 1, Bogotá, Uniandes y Temis, 2010.
- POLANÍA TELLO, NICOLÁS. "Consideraciones sobre el régimen de responsabilidad en la sociedad por acciones simplificada", en AA.VV., FRANCISCO REYES VILLAMIZAR (coord.). *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- POSNER, RICHARD, "Law and modernization", disponible en [http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/item/953/1/Law_modernization.pdf].
- RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. "El deber precontractual de información", en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, t. IV, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Temis, 2010.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. "El nuevo proceso societario", en *Ámbito Jurídico*, 2011, disponible en [<http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110314-13/noti-110314-13.asp>].
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. SAS, *La sociedad por acciones simplificada*, Bogotá, Legis, 2010.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. "Responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificada", en *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. *Derecho societario en Estados Unidos, Introducción comparada*, Bogotá, Legis, 2006.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. *Derecho societario*, t. 1, Bogotá, Temis, 2006.
- RIPIN, ROBERT and CHRISTOPHER WINCKLER. « United States of America, Chapter 9 », en *Directors Liability: A Worldwide Review*, 2nd Ed., GB, Kluwer Law International, 2010.

- RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. "Responsabilidad civil de los administradores de sociedades", 1998, disponible en [<http://www.rodriquezazuero.com/documentos/ResponsabilidadCivil.pdf>].
- RODRÍGUEZ, CÉSAR (coord.). *La decisión judicial, el debate HART-DWORKIN*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de Los Andes, 2008.
- SANÍN BERNAL, IGNACIO. "El trasiego societario de la colectiva a la SAS", en AA.VV. *De la responsabilidad civil y comercial*, Medellín, Diké et al., 2012.
- SCOGNAMIGLIO, RENATO. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, Leysser León (trad.), Lima, Grijley, 2004.
- SKEEL, DAVID A. JR. *The Accidental Elegance of Aronson v. Lewis* (2007), Scholarship at Penn Law, paper 189, disponible en [HTTP://LSR.NELCO.ORG/UPENN_WPS/189].
- SILVA TAMAYO, GUSTAVO E. *Desviación de poder y abuso del derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis y Abeledo Perrot, 2006.
- SOLUM B., LAWRENCE. *Bagchi on Moral Risk in Contract*, disponible en [<http://solum.typepad.com/legaltheory/2011/04/bagchi-on-moral-risk-in-contract.html>].
- SOLARTE RODRÍGUEZ, ARTURO. "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta", disponible en [www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/7Solarteult.pdf].
- SUESCÚN MELO, JORGE. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1996.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto Jurídico n.º 220-076480, del 21 de junio de 2011.
- SUPREME COURT OF DELAWARE. *In re The Walt Disney Company Derivative Litigation*, disponible en [<http://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=77400>].
- TRONCOSO, MARÍA ISABEL. "La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 21, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- VÉLEZ, FERNANDO. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. VI, París, París-América, 1926.