

# RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE INSTITUCIONES FINANCIERAS

*Fernando Silva García*

**E**l propósito de este trabajo es el de presentar el marco legal que sirve de referencia para la determinación de la responsabilidad de los administradores que prestan sus servicios en instituciones del sector financiero, teniendo en cuenta para el efecto las disposiciones legales especiales que regulan el desarrollo de la actividad financiera y correlacionándolas con las que rigen en general para los administradores de las sociedades de derecho común.

Antes de abordar de manera específica el tema que nos proponemos analizar, es importante hacer referencia a algunas cuestiones preliminares que contribuirán después a fijar el alcance de la responsabilidad de los administradores.

## I. LA TEORÍA DE LOS ESTATUTOS ESPECIALES APLICABLES A LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

COMO ATRIBUTO PARTICULAR de la organización de las instituciones financieras se ha afirmado en la doctrina que éstas se encuentran sujetas a estatutos especiales.

La tesis anterior tiene reconocimiento legal, como que en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se establece que la descripción funcional que en ese precepto se da de cada uno de los arquetipos institucionales en que se dividen los establecimientos de crédito se entiende esbozada sin perjuicio de las previsiones legales que se ocupan de puntualizar las operaciones que por disposiciones especiales éstos pueden llevar a cabo, así como sus condiciones y limitaciones, «conforme a los Estatutos especiales que rigen su actividad» (la norma en mención corresponde originalmente al texto del art. 92 de la Ley 45 de 1990)<sup>1</sup>.

Una de las primeras proyecciones que le dan contenido al concepto aludido se establece a partir de la definición que el propio legislador hace de las actividades que constituyen el objeto social principal de una institución financiera, de forma tal que a los asociados que la conforman no les queda alternativa distinta a la de acogerse a las definiciones preestablecidas en la ley, en cuanto al rumbo que ha de tomar la empresa social.

Con independencia de si en los estatutos sociales se ha omitido alguna de tales actividades o se ha descrito una diferente a las contempladas en el catálogo normativo, las operaciones propias del objeto social son las definidas en la ley.

<sup>1</sup> La formulación conceptual de los estatutos especiales también encuentra reconocimiento jurisprudencial; así por ejemplo, se puede consultar la sentencia del Consejo de Estado, junio 14 de 1996, M. P.: Delio Gómez Leiva, exp. 7450.

Desde esa perspectiva, podría aludirse a la existencia de un contenido legalmente impuesto en los contratos de sociedad o de asociación que dan lugar a la conformación de instituciones financieras.

Bajo la perspectiva del planteamiento anterior, tendrían objeto ilícito las estipulaciones de los estatutos de una institución financiera que excedieran los dictados del ordenamiento jurídico en cuanto a las actividades permitidas a una de tales entidades.

Con todo, debe advertirse que el rigor de la formulación conceptual de los estatutos especiales, en relación con la actividad de los establecimientos de crédito, subcategoría en la que se dividen las instituciones financieras, se ha morigerado sensiblemente, en la medida en que a partir de la reforma financiera de 1990 se estableció que éstas podrían adelantar, además de las actividades permitidas en la ley, aquellas otras que se puedan calificar como operaciones financieras nuevas, en cuanto las mismas no correspondan a las que son propias de las entidades vigiladas por la Superintendencia de Valores, caso en el cual se deberá informar previamente a la Superintendencia Bancaria con el plazo que fija la norma, autoridad que podrá ordenar en cualquier tiempo la suspensión de las operaciones, a iniciativa propia o por solicitud de la Junta Directiva del Banco de la República, cuando se considere que su realización puede implicar desviaciones al marco legal propio de las actividades de los establecimientos de crédito o cuando lo aconsejen razones de política monetaria o crediticia.

También la teoría de los estatutos especiales se refleja en la existencia de normas específicamente concebidas para regular aspectos relativos a la formación u organización de las instituciones financieras, su funcionamiento, las reglas que rigen la actuación de sus órganos sociales, las disposiciones que se aplican en caso de intervención administrativa de tales entidades, bien para su administración por las autoridades, bien para su liquidación forzosa.

Si bien la teoría de los estatutos especiales se ha fundamentado en la consideración de que las instituciones financieras deben someterse a reglas diferentes a las que rigen para las sociedades de derecho común, en atención a la particular incidencia que la actividad de las mismas tiene en el normal desarrollo de la economía en su conjunto por la función que cumplen, especialmente la vinculada a la intermediación entre el ahorro y el crédito, también es cierto que en ocasiones se ha dejado de lado esa premisa por parte del legislador, que sin justificación ha creado reglas diferentes a las ordinarias en aspectos que no guardan correspondencia con los puntos medulares del desarrollo de la actividad financiera.

En el Código de Comercio se reconoció en forma explícita, en el artículo 2033, que las disposiciones relativas al régimen de la Superintendencia Bancaria y al régimen de las sociedades sometidas a su control permanente conservaban su vigencia, como disposiciones especiales, frente a las incorporadas en el estatuto mercantil; entre esas disposiciones especiales de la legislación financiera entonces vigentes se encontraban algunas referentes al funcionamiento de los órganos sociales y al régimen de responsabilidad civil y administrativa predicado de los administradores de las instituciones financieras.

## II. EL CONCEPTO DE ADMINISTRADORES

EN LA MEDIDA EN que nos proponemos establecer cuál es el alcance de la responsabilidad de los administradores de las instituciones financieras debemos

empezar por interrogarnos acerca de cuál es el alcance del concepto de administradores, pues delimitará el universo de personas que serán sujetos de la aplicación de las normas a las cuales haremos referencia.

Las consideraciones que han de hacerse sobre el particular nos obligan a establecer una clara frontera entre la situación existente antes y después de la reforma introducida a la legislación mercantil con la Ley 222 de 1995.

Ante la ausencia de una disposición que en el Código de Comercio regulara el punto, la doctrina se había ocupado del tema, tratando de fijar el alcance del concepto.

Reconocidas autoridades del derecho de sociedades fijaron su posición al respecto y, entre las voces autorizadas en la doctrina nacional, nos parece conveniente recoger la opinión del profesor José Ignacio Narváez García, quien al respecto ha señalado:

«En sentido lato administrar es manejar, dirigir y gobernar bienes y negocios de otro, ordenar económicamente los medios disponibles y usar de ellos en la forma más conveniente. Y en tratándose de sociedades la expresión *administradores* no se circunscribe a los miembros de la junta directiva y al representante legal, pues aunque éste es un administrador que al mismo tiempo desempeña la función representativa en la gestión externa, la junta directiva solo es obligatoria en la anónima [...] Cuando la ley menciona a los administradores incluye todas aquellas personas que en la sociedad cumplen funciones específicas relacionadas con el patrimonio y los intereses sociales. La denominación que se acoja, verbigracia, presidentes, vicepresidentes, gerentes, subgerentes, directores, subdirectores, factores, funcionarios directivos, juntas directivas, cuerpo consultivo, comité asesor, comisión orientadora, consejo de administración, consejeros, etc., carece de significación, pues lo fundamental es que desempeñen tareas o realicen servicios propios de la función administrativa»<sup>2</sup>.

El asunto también fue materia de examen por parte de la Superintendencia Bancaria, en la medida en que revestía importancia para el ejercicio de sus funciones de control, toda vez que a la Superintendencia le compete darle posesión a los administradores y representantes legales de las instituciones vigiladas y debía verificar la eventual configuración de inhabilidades que se establecen respecto de los administradores; a más de que, en ciertos casos, debe evaluar la responsabilidad administrativa que les puede caer a ciertas personas por la realización de actos o por omisiones en el ejercicio de sus funciones y, en ese sentido, tiene relevancia determinar cuál es el rol que una persona juega en una organización; en efecto, con independencia de la capacidad de imponer sanciones a cualquier funcionario de una entidad vigilada, el atributo que un infractor tenga de administrador o de representante legal va a influir en el juicio de valor que se tiene que hacer al momento de evaluar qué acción se debe seguir frente a determinada conducta que no se aviene a las exigencias que el ordenamiento legal impone a las instituciones financieras y a quienes trabajan para ellas o les prestan su concurso, máxime cuando en ocasiones se predicen exigencias de comportamiento a cierta y específica categoría de esos colaboradores.

<sup>2</sup> JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ GARCÍA. *Teoría General de las Sociedades*, 3ª ed., Bogotá, Edit. Librería del Profesional, 1980, p. 295.

Sobre el alcance del término administrador, la Oficina Jurídica de la Superintendencia Bancaria concluyó lo siguiente en el año de 1992:

«Efectuando una interpretación sistemática de las normas que regulan la administración de las sociedades contenidas en el Código de Comercio, cabe afirmar que para nuestro legislador mercantil tienen tal calidad las personas naturales cuya investidura derivada de la ley, los estatutos sociales o las normas internas de organización de la entidad, las faculta para adquirir derechos y contraer obligaciones en nombre de la sociedad –gestión externa–; adelantar actos de dirección y/o gestión tendientes al desarrollo del objeto social, impartiendo instrucciones y fijando políticas generales –gestión interna–, comprometiendo en tal forma el patrimonio y los intereses de la sociedad, en un marco de autonomía y discrecionalidad dentro de los límites naturales impuestos por la misma ley y los estatutos.

«Aquí, es necesario advertir que las facultades descritas no necesariamente deben ser concurrentes para que legalmente se pueda predicar la calidad de administrador».

De esta forma, la Superintendencia reiteraba pronunciamientos de la misma Oficina Jurídica, de febrero de 1988, y manifestaciones hechas en una Circular del año de 1987.

Conforme al texto de la Ley 222 de 1995, en su artículo 22, los administradores de la sociedad son «el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de las juntas o consejos directivos» y las personas que, de acuerdo con los estatutos, «ejercen o detentan esas funciones».

Como se advierte al examinar la norma mencionada, se desaprovechó la oportunidad que la ley brindó para definir el concepto de administrador y más bien se optó por formular una descripción taxativa de las personas que ostentarán esa función.

Explica Reyes Villamizar<sup>3</sup> que la definición permite precisar cuáles son las personas destinatarias de los preceptos legales sobre administradores, desechándose por esta vía cualquier intento de interpretación extensiva, por vía analógica, del régimen de deberes y responsabilidades de los administradores, por tratarse de normas de carácter restrictivo, lo cual ciertamente envuelve, desde esa perspectiva, un valor positivo.

Con todo, en nuestra opinión la definición de la ley restringió el concepto de administradores en forma inadecuada, pues lo limitó en principio a las personas que ejerzan funciones de representación legal de la sociedad, a quienes como factores estén investidos de representación voluntaria y a los miembros de las juntas directivas de las sociedades que tengan establecido ese órgano societario. Fuera de las anteriores personas, solamente tendrán la consideración de administradores aquéllos a quienes los estatutos les confieran funciones de esa naturaleza, siendo del caso anotar que no resulta razonable deferir a la voluntad de los particulares la ubicación en esa categoría de una persona que presta sus servicios a la sociedad, sin perjuicio de la posibilidad de servirse de los estatutos sociales para contribuir a precisar la vocación de administradores de ciertos funcionarios al interior de la misma. Cualquier otra persona que tenga el poder dentro de una sociedad para gobernar sus destinos, para tomar decisiones que

<sup>3</sup> FRANCISCO REYES VILLAMIZAR. *Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1996, p. 199.

incidan en la vida de relación del ente societario, no tendrá el carácter de administrador y se sustraerá a las restricciones y responsabilidades que la ley les impone a éstos, a menos que se le haya incluido con el carácter de tal en los estatutos o que se le hayan atribuido estatutariamente funciones que se puedan considerar como propias de un administrador<sup>4</sup>.

La norma de la Ley 222 de 1995 que hemos comentado resulta forzosamente aplicable a las instituciones financieras, en la medida en que no existe en la legislación financiera disposición especial que contenga una definición de administrador u otra clasificación más amplia o meramente enunciativa de lo que debe entenderse por administrador, ni tampoco sería razonable que se contemplara una definición diferente en esta materia, apartándose del régimen general previsto para las sociedades en el régimen de derecho común.

### III. CLASES DE RESPONSABILIDAD PREDICABLE DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

LA RESPONSABILIDAD DE LOS administradores de las instituciones financieras se puede determinar en distintos planos jurídicos o, lo que es igual, se puede enmarcar en diferentes disciplinas, cada una de ellas sometida a reglas y principios que le son propios.

Es así como se predica responsabilidad civil, administrativa e incluso penal de quienes ostentan la condición de administradores de una institución financiera y la misma se configura como derivado directo de la posición que tales personas desempeñan en una organización que bajo la forma de sociedad, de cooperativa o, excepcionalmente, de fundación, lleva a cabo actividades propias de las instituciones financieras<sup>5</sup>.

La tridivisión de responsabilidades que estamos planteando permite anticipar nuestra posición en el sentido de que el derecho administrativo sancionatorio no debe ser ubicado como un capítulo del derecho penal. Lo anterior significa que no se participa de la tesis de quienes ven en la imposición de sanciones por las autoridades administrativas, en ejercicio de poderes de policía administrativa económica, una proyección del derecho penal administrativo.

De la responsabilidad penal de los administradores apenas si nos proponemos hacer una mención descriptiva, que no tiene propósito distinto al de recordar el alcance de las normas especiales vigentes en esa materia.

A continuación mencionamos algunas disposiciones de la regulación financiera que establecen reglas especiales aplicables a los administradores de las mismas y que resultan de utilidad para la mejor comprensión de la responsabilidad que se les puede llegar a deducir por un comportamiento antijurídico en la órbita civil, administrativa o penal.

En el numeral 5 del artículo 73 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se dispone que los administradores de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria deberán posesionarse ante dicha autoridad, como requisito habilitante para el ejercicio del cargo, y han de prestar juramento «por

<sup>4</sup> Sobre el carácter restrictivo de la disposición que describe quiénes son los administradores de la sociedad se pronunció la Superintendencia de Sociedades en oficio 220-45788 de agosto 29 de 1997, que se puede consultar en *Doctrinas y Conceptos*

*Jurídicos* 1997, Superintendencia de Sociedades, 1998, p. 54.

<sup>5</sup> Tratándose de administradores de entidades financieras públicas también se alude a la responsabilidad disciplinaria y fiscal que a éstos puede caber.

el cual se obliguen, mientras estén en ejercicio de sus funciones, a administrar diligentemente los negocios de la entidad y a no violar a sabiendas, ni permitir que se viole, ninguna de las disposiciones legales a ella aplicables» (el texto incorporado en el Estatuto tiene su origen en el artículo 92 de la Ley 45 de 1923).

En el numeral 2 del artículo 73 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se establece que los directores de las instituciones financieras (establecimientos de crédito, sociedades de capitalización y sociedades de servicios financieros) deben permanecer en sus cargos, mientras no sean removidos o inhabilitados, hasta la siguiente reunión anual de la asamblea de accionistas o asociados «y mientras sus sucesores sean elegidos y declarados hábiles» (la norma tiene como fuente el art. 93 de la Ley 45 de 1923).

La disposición en mención genera algunas dificultades prácticas en la medida en que la Superintendencia no se pronuncia declarando habilidades o inhabilidades “en bloque”, respecto de los miembros elegidos por la asamblea de accionistas o de asociados, con el fin de que éstos entren a obrar en un mismo momento y desplacen a los que antes desempeñaban los cargos de miembros de la junta directiva.

En el numeral 4 del artículo 73 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se incluye una regla según la cual los suplentes de los miembros principales de la junta directiva de una institución financiera, que son suplentes personales, no entran a desempeñar el cargo sino cuando el respectivo principal «manifieste a la entidad que dejará de asistir a las sesiones por un período continuo que exceda de un mes». También se dispone que «la ausencia de un miembro de la junta directiva por un período mayor de tres (3) meses producirá la vacancia del cargo de Director y en su lugar, ocupará el puesto su suplente por el resto del período para el cual fue elegido» (el origen del precepto es el art. 94 de la Ley 45 de 1923).

De igual forma, en la Ley 45 de 1923 se incluía una disposición que obligaba a poner en conocimiento de la junta directiva de los establecimientos bancarios o de una comisión designada por ésta todo crédito cuyo monto superara los quinientos pesos, norma ésta que no fue incorporada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero bajo la consideración de que no resultaba razonable someter a la consideración de la junta directiva todos los créditos aprobados por la entidad, a lo cual se había llegado por razón de la desactualización de la cifra incluida en la ley, debido al envilecimiento del poder adquisitivo de la moneda.

Como se puede apreciar al repasar las disposiciones mencionadas, es evidente que en la mente de los miembros de la Misión Kemmerer, a cuyo cargo estuvo la elaboración de la ley bancaria de 1923, estaba la consideración de que las juntas directivas de los establecimientos bancarios debían jugar un papel protagónico en la marcha de los negocios sociales, por lo cual se establecieron reglas que apuntaban a enfatizar en la importancia de una participación activa del directorio en las decisiones más importantes relativas al otorgamiento del crédito, así como a buscar que los miembros principales de las juntas directivas no terminaran siendo figuras nominales, sino que participaran con continuidad y asiduidad en la conducción de los destinos de cada banco.

Infortunadamente el sentido o la filosofía implícita en esos preceptos se fue perdiendo con el paso de los años y en muchos casos las reuniones de las juntas directivas de las instituciones financieras se convirtieron en eventos más virtuales

que reales, en los que no se discutían los aspectos trascendentales de la marcha del negocio.

Entre las normas incorporadas en la legislación financiera con ocasión de la expedición del Decreto 2920 de 1982, en los albores de la crisis financiera que entonces se gestó, estaba una norma que buscó establecer un decálogo de conducta para los administradores y la cual se recogió en el artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Al examinar su contenido se puede percibir el contexto que rodeó su expedición, en la medida en que describe un conjunto de actuaciones que los administradores deben abstenerse de realizar, las cuales correspondían precisamente a comportamientos irregulares que fueron detectados en algunas de las instituciones en problemas y que fueron factores decisivos de la difícil situación que experimentó el sector por aquel entonces.

Con un estilo de redacción que en su momento fue criticado<sup>6</sup> se hacía un llamado a los administradores para que no incurrieran en préstamos a accionistas en exceso de los cupos legales, para que no concentraran el crédito, para que no destinaran el ahorro del público en forma ilegal a la adquisición del control de empresas o en condiciones que se apartaran de las de mercado, para que no facilitaran o promovieran la evasión de impuestos, para que no ocultaran información a la autoridad de supervisión. Todo lo anterior bajo el presupuesto de que los administradores de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria deben obrar «no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio a los intereses sociales».

Recientemente la autoridad de supervisión ha centrado su atención en el tema de los administradores, al expedir un instructivo en el que les recuerda a los miembros de las juntas directivas que en virtud de las normas de la Ley 222 de 1995 y del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero deben realizar su gestión con la diligencia de un buen hombre de negocios, lo cual presupone definir políticas y diseñar procedimientos de control interno que deben implantarse al interior de las instituciones, así como vigilar que dichas políticas y procedimientos se ajusten a las necesidades de la entidad, de manera tal que ésta pueda desarrollar su actividad y cumplir sus objetivos<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Al respecto puede consultarse a FERNANDO LONDOÑO HOYOS. "Los principios rectores o el llamado código de conducta", en *Revista de Derecho Económico*, Año II, N<sup>os</sup> 3-4, julio/diciembre, Edit. Temis, 1984, pp. 33 ss.

<sup>7</sup> Sin embargo, la derivación de responsabilidad administrativa originada en la falta o insuficiencia de las medidas de control interno ya tiene antecedentes en la postura que en ciertos casos ha sostenido la Superintendencia Bancaria en el pasado y que han sido avalados por la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo; al respecto confrontar sentencia del Consejo de Estado, de junio 14 de 1996, M.P.: DELIO GÓMEZ LEIVA, exp. 7450. En ese fallo se señaló: «Sin embargo, tal evidencia no releva de responsabilidad al actor, pues como representante legal de..., y por tanto, primer ejecutivo de la misma, le

correspondía adoptar oportunamente las medidas administrativas y de control que permitieran prevenir e impedir fraudes y situaciones como las que se presentaron en la sociedad con la celebración de las operaciones a futuro, es decir, adecuados y eficaces mecanismos de control interno no solo en el plano teórico sino en el aspecto práctico». «... Corresponde al representante legal disponer de un adecuado sistema de control interno, del cual lógicamente adolecía la Fiduciaria, pues un control interno eficaz no se circunscribe a la presencia de varios controles, sino a su calidad, y puede ser que el Presidente de la Fiduciaria hubiera implantado varios controles [...] pero tales controles no fueron suficientes para prevenir, que situaciones tan anómalas se presentaran, pudieran ser detectadas y puestas en conocimiento del representante legal, y, más aún, superadas».

El control interno es un proceso que debe conducir a lograr la efectividad y eficiencia de las operaciones, la suficiencia y confiabilidad de la información financiera, la preparación de todos sus estados financieros, el cumplimiento de la normatividad legal y de los estatutos y reglamentos internos de la entidad.

Se exige a las entidades vigiladas la adopción de pautas de comportamiento que conduzcan a la fijación de políticas y directrices de actuación en materia de control interno. Se dispone que las instituciones vigiladas deben adoptar por escrito códigos de conducta. Se instruye a las instituciones para que establezcan comités de auditoría que sirvan de apoyo a las juntas directivas en el proceso de seguimiento de las actividades de control interno que se cumplan dentro de cada organización.

A partir de esta regulación de la Superintendencia Bancaria se dibuja un nuevo escenario dentro del cual se debe proyectar la actuación de los miembros de las juntas directivas de las instituciones financieras, en el cual se presupone que éstos tienen un conocimiento integral de la marcha del negocio, de los problemas que se dan al interior del mismo y que tienen una participación constante en la conducción de los negocios sociales, tanto a nivel de la definición de políticas y líneas de acción como en el seguimiento de su aplicación.

#### IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

EN MATERIA DE responsabilidad civil de los administradores existe de muchos años atrás una regulación especial aplicable a los administradores de las instituciones financieras, la cual quedó incluida originalmente en el artículo 48 de la Ley 45 de 1923.

El mencionado precepto legal estableció:

«Todo director o gerente de un establecimiento bancario que viole a sabiendas o permita que se violen las disposiciones legales, será personalmente responsable de las pérdidas que cualquier individuo o corporación sufra por razón de tales infracciones, sin perjuicio de las demás sanciones que señala la ley. Será obligación del Superintendente Bancario hacer efectivas las disposiciones de este artículo».

Posiblemente el hecho de que al tema de la responsabilidad de los administradores no hubiese sido nunca materia de especial polémica, por la insuficiencia de instrumentos normativos aplicables en esta materia a las sociedades comerciales reguladas en el estatuto mercantil, sumado a la circunstancia de encontrarse la norma legal transcrita inserta en el contexto de la disposición que describe las causales de toma de posesión de las entidades vigiladas por la Superintendencia, hizo que no se le prestara ninguna o prácticamente ninguna atención por muchos años.

La norma de la Ley 45 de 1923 que hemos comentado, con algunas modificaciones que le fueron introducidas, se incorporó posteriormente en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el artículo 210.

La disposición antes indicada del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se aplica a directores, gerentes o funcionarios de las instituciones financieras y de las entidades aseguradoras, que han de responder con su propio patrimonio en caso de que violen a sabiendas o permitan que se violen disposiciones legales y como consecuencia de esa conducta causen daño a cualquier persona, todo ello «sin perjuicio de las demás sanciones civiles o penales que señala la ley y de las

medidas que conforme a sus atribuciones puede imponer la Superintendencia Bancaria».

El radio de acción de la norma vigente en materia de responsabilidad civil se amplió en la medida en que abarca a funcionarios en general y no solamente a directores o gerentes, y se refiere no solamente a los establecimientos bancarios y demás entidades a las que se aplican las normas de éstos por el sistema de remisiones especiales de la legislación financiera (establecimientos de crédito, sociedades de capitalización y sociedades de servicios financieros), sino también a las entidades aseguradoras.

De otra parte, la disposición vigente omitió la parte del precepto de 1923 en el cual se afirmaba que constituía obligación de la Superintendencia Bancaria hacer efectivo el mandato del artículo y, en lugar de ello, se contempló que esa responsabilidad podría conjugarse con otras de naturaleza civil que la ley establezca o con las sanciones penales que para los comportamientos desplegados contemple el respectivo ordenamiento, todo ello sin perjuicio de las medidas que en el ámbito de lo administrativo pueda imponer la Superintendencia en desarrollo de las funciones que la ley le ha confiado.

La verdad es que el texto de la norma expedida en 1923 no era del todo claro en cuanto al papel que se le asignaba a la Superintendencia, ya que la directriz impartida en el sentido de que debía hacer efectivas las disposiciones de la norma podría interpretarse o bien como una especie de gestión oficiosa para que los terceros afectados pudieran obtener resarcimiento, sin que en tal caso se dispusiera de un procedimiento especial para actuar y sin que se precisara en qué forma se conjugaría ese deber con el derecho de los afectados para actuar por su propia cuenta dentro de las oportunidades que la ley establece; o bien podría entenderse como la asignación de una atribución para que dispusiera el resarcimiento de los daños causados, lo cual implicaría darle alcance jurisdiccional a las decisiones que se tomaran, hipótesis que no encuadraba con la concepción que para entonces se tenía sobre la atribución de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas. Sea como fuere, se optó por eliminar esa directriz y reemplazarla por la que se ha dejado expuesta, lo cual parece razonable, atendiendo a la conveniencia de que los temas de responsabilidad civil sean resueltos por las autoridades jurisdiccionales.

En el caso de las instituciones financieras que se organizan bajo la forma de sociedades comerciales, que son la gran mayoría, la disposición mencionada debe ser integrada con las normas de la Ley 222 de 1995 que se ocuparon del tema y las cuales, sin duda, ampliaron el espectro de responsabilidad de los administradores de las sociedades en Colombia.

La norma contenida en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 determina las pautas de conducta a las que deben sujetarse los administradores, como criterios orientadores de su gestión. En desarrollo del precepto que se comenta, a los administradores de las sociedades se les exige que obren con la diligencia de un buen hombre de negocios y, además, que lo hagan con sujeción a los postulados de la buena fe y de la lealtad.

En materia contractual y siguiendo las directrices trazadas en el Código Civil, a toda persona contratante se le exige como regla general que obre con la diligencia de un buen padre de familia, lo cual supone que debe desplegar una diligencia ordinaria que, de no estar presente, dará lugar a la configuración de culpa leve. La suma diligencia, entendida como la que una persona debe observar en la atención de sus asuntos más importantes, es requerida en ciertos casos de

excepción para que no se genere culpa en el grado de levísima. En los términos del artículo 63 del código civil hay culpa levísima cuando se advierte «la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes».

A juicio de la Superintendencia de Sociedades la Ley 222 de 1995 impuso a los administradores un deber de diligencia superior al que hasta ahora se les exigía, en la medida en que «ya no basta conducir los negocios con diligencia y prudencia simplemente medianas, esto es, con la que se espera de un buen padre de familia. La nueva Ley exige a los administradores actuar con la diligencia de un *buen hombre de negocios*, es decir con aquella que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de los negocios sociales»<sup>8</sup>.

En el mismo sentido se ha pronunciado el profesor Reyes Villamizar<sup>9</sup>, quien al respecto ha manifestado que con la inclusión de la referencia a la diligencia del buen hombre de negocios se alteró el patrón de conducta empleado en la legislación civil para la evaluación de los diversos grados de culpa y se formuló un nuevo enfoque más exigente desde el punto de vista profesional, que presupone actuación rodeada de particular diligencia, propia de personas conocedoras de las técnicas de administración. Considera que la actividad del buen padre de familia se orienta a prevenir el riesgo, al paso que el buen hombre de negocios debe convivir con él, asumiéndolo en justas proporciones.

Nos apartamos de la consideración que en este punto hacen la Superintendencia de Sociedades y el autor citado, pues no encontramos elementos que permitan concluir que es diferente la conducta exigida a un buen padre de familia a la que resultaría esperable de un buen hombre de negocios. En nuestro sentir, en ambos casos se está aludiendo a una diligencia ordinaria, que es la atención mediana que una persona responsable le presta a todos los asuntos que como padre de familia o como hombre de negocios debe resolver en el diario transcurrir de su vida de relación. No sería razonable exigir al administrador, frente a todas sus actuaciones, esmerada diligencia, propia de los asuntos importantes, tal y como se plantea en el ordenamiento civil para la estructuración el máximo grado de diligencia que la ley contempla<sup>10</sup>.

Somos de la opinión de que lo que haría un buen padre de familia en el giro de acción propio de negocios que pueden incidir en el núcleo familiar es lo que, a su turno, habría de hacer un buen hombre de negocios en el contexto de aquellas actividades que se deben desplegar para el buen suceso de una empresa social<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Circular Externa N° 09 de julio 18 de 1997, en *Doctrinas y Conceptos Jurídicos-1997*, Superintendencia de Sociedades, 1998, p. 62.

<sup>9</sup> FRANCISCO REYES VILLAMIZAR. *Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1996, p. 204.

<sup>10</sup> El enfoque que sobre la graduación de la culpa se incorporó en el Código Civil no ha estado exento de crítica, que apunta a afirmar la inconveniencia de sostener una clasificación tripartita y considera, en cambio, que la medida de diligencia ordinariamente exigible a las personas debería

estructurarse a partir de la actuación esperable de un buen padre de familia (FERNANDO HINESTROSA. *Curso de Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1961, pp. 602 y 603, y GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen General de las Obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, p. 113.

<sup>11</sup> No puede olvidarse que la referencia al buen padre de familia tiene su origen en la institución del *pater familias*, eje fundamental del funcionamiento de la familia y la sociedad en el derecho romano. «La plena capacidad se da en el *homo sui iuris*...». «El

La vida del hombre está permanentemente asociada en todas sus facetas con el manejo del riesgo, que un buen padre de familia (aun restringiendo su proyección a la sola esfera de los asuntos familiares) también debe dosificar en multitud de decisiones que ha de tomar, como podrían ser las de asegurar su propia vida o sus bienes, invertir en finca raíz, mantener tal o cual nivel de ahorro y sacrificar o no ciertas pretensiones de consumo. De tal manera que el argumento propuesto en torno del riesgo como elemento diferenciador de la conducta del padre de familia y la del hombre de negocios no parece suficientemente claro como para asumir que se trata de conceptos que deben conducir a diferentes niveles de diligencia.

Al buen padre de familia, bajo la visión clásica del tema, se le ve como el administrador cuidadoso, prudente, diligente e irreprochable<sup>12</sup>. Las premisas de comportamiento descritas imponen un grado de exigencia que dista mucho de ser benigno. ¿Cuál será el grado de diligencia particular que se exigirá de los administradores de las sociedades para deducir que ellos se encuentran sujetos a un régimen diferente y más exigente que el que es propio del derecho civil, acogido también en el estatuto mercantil? ¿Acaso el propio de la suma diligencia, cuya inobservancia determina la configuración de la llamada culpa levísima?

En la misma disposición, consagrada en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se contempla un catálogo de deberes de conducta que los administradores deben desarrollar, como proyección de las directrices orientadoras de buena fe, lealtad y diligencia que se exigen a los administradores de las sociedades.

Se demanda de los administradores trabajar con empeño en el desarrollo del objeto social, estar vigilantes para que se dé cumplimiento a los dictados de la ley y a las previsiones de los estatutos, tomar las providencias necesarias para que se permita al órgano de la revisoría fiscal el cumplimiento de las funciones que la ley les impone, mantener la reserva comercial debida, no utilizar indebidamente la información privilegiada que se encuentre en poder de la entidad o a la que ésta tiene acceso, darle a los socios trato equitativo, garantizar el ejercicio del derecho de inspección y abstenerse de participar en actividades que impliquen competir con la sociedad, lo mismo que abstenerse de realizar actos que conlleven conflicto de intereses, sea directamente o por interpuesta persona, para beneficio propio o de un tercero, a menos que se obtenga la autorización de la asamblea general de accionistas, con sujeción a los requisitos que la norma establece, y en el entendido de que no será procedente conferir autorización cuando con la actuación se perjudiquen los intereses de la sociedad.

De otra parte, en la Ley 222 de 1995, artículo 24, se modificó el artículo 200 del Código de Comercio con el fin de precisar que la responsabilidad en que los administradores incurren cuando por su actuación culposa o dolosa causan perjuicios a la sociedad, a los socios o a terceros es solidaria e ilimitada.

*homo sui iuris* es llamado *pater familias*, sin que tal denominación haga referencia al hecho de que tenga o no hijos, ni tampoco al que sea o no mayor de edad. La condición de *paterfamilias* sólo se predica respecto del varón no sujeto al poder familiar romano —la *manus* o *potestas*—, y siempre en cuanto que es o puede ser jefe de una *familia*. «*Culpa levis* o inobservancia de la diligencia propia del *bonus* o *diligens pater familias*, con

lo que se entiende el tipo de hombre normal, ordenado y cuidadoso, en la gestión de su hacienda y, por manera general, en la actividad correspondiente a la prestación de que se trate» (JUAN IGLESIAS. *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 11ª ed., Barcelona, Edit. Ariel Derecho, 1994, pp. 135 ss. y 437).

<sup>12</sup> Cfr. GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pp. 106 ss.

Al igual que ocurre en la legislación cooperativa, tal y como se consagra en la Ley 79 de 1988, artículo 149, los administradores de las sociedades pueden eximirse de responsabilidad cuando, formando parte de un cuerpo colegiado que debe tomar una decisión, la cual es fuente de responsabilidad, votan en forma negativa o demuestran que no participaron en la decisión o en la actuación correspondiente, o tratándose de administradores que obran individualmente, cuando no han tenido conocimiento de la conducta generadora del daño, siempre que no hayan participado en la ejecución de la respectiva determinación.

Entre las innovaciones que introduce la reforma efectuada al artículo 200 del Código de Comercio está la que establece una presunción de culpa para el evento en que se demuestre violación de los estatutos o de la ley, incumplimiento o extralimitación de sus funciones.

También se aplicará la presunción de culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado un reparto de utilidades contrariando las reglas que en la materia se consagran en el artículo 151 del Código de Comercio y en las demás disposiciones relativas a la materia.

La norma analizada persigue el plausible propósito de inducir a un compromiso efectivo de los administradores con la gestión que se les encomienda, puesto que resulta razonable pensar que los mismos estarán en todo tiempo atentos a cumplir las normas legales y las reglas internas básicas dispuestas para la marcha de los negocios sociales; por lo tanto, le notifica a esos administradores que una falla en los aspectos señalados abre de inmediato las puertas a una acción indemnizatoria, que se puede concretar con facilidad en una condena en su contra, ya que lo único que se tiene que probar es que se dio la infracción a la regla legal, estatutaria o reglamentaria interna (en este último caso, tratándose de extralimitación de atribuciones o funciones) para que se le condene, a menos que él logre demostrar que obró con la diligencia que la ley le exige, no obstante lo cual se produjo la situación, o que el daño no tiene relación de causalidad con la infracción que se le imputa o que hubo intervención de un tercero o fuerza mayor que fueron determinantes para la ocurrencia de dicho daño.

Sin embargo, la referencia ilimitada a toda la legislación, para deducir de la violación o desconocimiento de cualquiera de sus preceptos la presunción de culpa del administrador y la consiguiente responsabilidad ilimitada respecto de todo daño que por tal infracción se deduzca para la sociedad parece una exigencia demasiado severa. Incluso podría decirse que el costo para la sociedad de las medidas que podrían llegar a adoptarse si se quisiera cubrir adecuadamente el riesgo legal mencionado podría ser desproporcionado frente al beneficio eventual que se recibiría, cuando las infracciones a la ley o a los estatutos no llegan a tener materialidad o importancia relativa o se generan por el desconocimiento de normas que no forman parte de áreas de la regulación que guarden directa relación con las actividades propias del objeto o con las actuaciones que ordinariamente deben desplegarse en el giro normal de los negocios sociales.

Ni la norma aislada que se encuentra vertida en la legislación financiera en materia de responsabilidad ni la disposición del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que señala las conductas que los administradores de las instituciones financieras deben abstenerse de realizar, y a las que hemos hecho referencia en párrafos precedentes, tiene el alcance suficiente como para inhibir la aplicación de las disposiciones del estatuto mercantil sobre deberes y responsabilidades de

los administradores, al menos con aquellos que forman parte de instituciones financieras organizadas como sociedades por acciones.

La disposición de la legislación mercantil que describe cuáles son los deberes de los administradores de las sociedades debería ser aplicada por analogía a los administradores de las cooperativas y de las corporaciones civiles y fundaciones que por excepción llevan a cabo la actividad financiera, toda vez que en ese aspecto no existe regulación ni en las leyes cooperativas ni en el Código Civil y se apunta a fijar un modelo de conducta de lo que debe hacer y no hacer un buen administrador.

La responsabilidad de los administradores de las instituciones financieras se deberá establecer en primera instancia a partir de la regla consagrada en el artículo 210 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

La aludida disposición del Estatuto se deberá complementar, en el caso de administradores de sociedades constituidas como instituciones financieras con los dictados establecidos en las disposiciones del Código de Comercio, las cuales apuntan a realzar la importancia trascendental que para el éxito de una empresa social tiene la actuación esmerada y diligente de los administradores, exigencia de conducta que se acentúa cuando el objeto social de la misma está vinculado al ejercicio de la actividad financiera, en la medida en que ésta es pilar fundamental para la preservación de la estabilidad económica y punto vital de intersección entre los agentes de la economía que demandan recursos y los que están en capacidad de ofrecerlos, de manera tal que la actividad de las instituciones financieras que cumplen funciones de intermediación financiera es la de incentivar el ahorro y promover la inversión, sin los cuales no habrá desarrollo y no se podrán superar los problemas de atraso y pobreza que padecen enormes sectores de la sociedad colombiana.

En el caso de las instituciones financieras cooperativas se regirán por la Ley 79 de 1988 que establece la responsabilidad de los administradores por la violación de los estatutos o de la ley.

La responsabilidad de los administradores de las corporaciones civiles y fundaciones que lleven a cabo la actividad financiera se regirá por las normas generales que regulan la responsabilidad en el ordenamiento civil, a falta de disposiciones especiales sobre la materia.

La conservación de la confianza de la comunidad en el sistema financiero es un deber fundamental que han de tener en mente los administradores de las instituciones financieras, el cual ha de servir de faro orientador cuando se trate de tomar decisiones relacionadas con el negocio. La trascendencia de la misión social de las instituciones financieras se hace patente cuando se advierte que en la propia Constitución Política revistió la actividad del atributo de ser de interés público y se dispuso que su ejercicio debía estar precedido de la autorización del Estado.

## V. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

EL TEMA DE LA RESPONSABILIDAD administrativa atribuible a los administradores de las instituciones financieras ha generado una polémica vivaz a lo largo de los años, en nuestro país como en otras latitudes, fundamentalmente en cuanto a la ubicación que una corriente del pensamiento jurídico hace de las normas relativas

a la imposición de sanciones por la administración en el ámbito del derecho penal, como una categoría especial del mismo, a la que se le denomina derecho penal administrativo<sup>13</sup>, contrariamente a la posición sostenida por quienes consideramos que la potestad sancionatoria de la administración se rige por principios propios del derecho administrativo y constituye una manifestación consustancial a la actividad de policía administrativa económica, que el Estado debe estar en capacidad de ejercer eficazmente para salvaguardar el orden público económico<sup>14</sup>.

La consideración del derecho administrativo sancionatorio como un brazo del derecho penal resulta determinante en aspectos trascendentales tales como dilucidar si es o no admisible la responsabilidad objetiva por las infracción de una disposición propia del ordenamiento financiero, si debe aplicarse el principio de favorabilidad respecto de las conductas que implican violación de una norma, la cual luego se sustituye por otra que elimina la sanción o la hace más benigna y que incluso podría proyectarse a la discusión sobre si la autoridad jurisdiccional debe ser la encargada de juzgar la eventual comisión de una contravención a las normas que se han establecido para regular el ejercicio de una actividad económica como la financiera o para ordenar ciertos comportamientos que los particulares deben observar frente al Estado, como los relacionados con el cumplimiento de las obligaciones fiscales, por ejemplo.

La doctrina de la Superintendencia Bancaria y la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa han sido reiterativas en señalar que los principios del derecho penal no son aplicables al derecho administrativo sancionatorio y han contribuido a fijar los alcances de la potestad sancionatoria de la administración<sup>15</sup>.

Evocamos aquí algunas de las reflexiones que sobre este tema hacía el jurista Enrique Low Murtra —cuya trágica desaparición aún sobrecoge los espíritus de muchos colombianos que no acabamos de comprender cómo un ex ministro de Estado, que combatió con vigor las organizaciones del narcotráfico, pudo encontrar la muerte mientras trataba de abordar, inerme, un vehículo de transporte público a la salida de un claustro universitario—:

«En mi sentir, el derecho administrativo punitivo ni hace parte del derecho penal común ni se puede regir por sus orientaciones y principios, ni es conveniente autorizar que a éste se extiendan sus reglas».

<sup>13</sup> Cfr. sentencia del Consejo de Estado de mayo 23 de 1978, C. P.: MIGUEL LLERAS PIZARRO, en la cual se exponía tesis en ese sentido, que después fue recogida.

<sup>14</sup> La posición de no aplicabilidad de los principios y normas del derecho penal a las sanciones administrativas está reconocido en forma dominante por la jurisprudencia contencioso administrativa; entre los fallos al respecto se pueden consultar: Consejo de Estado, sentencia de junio 26 de 1987, C. P.: HERNÁN GUILLERMO ALDANA; Consejo de Estado, sentencia de enero 21 de 1994, C. P.: JAIME ABELLA ZÁRATE; Consejo de Estado, sentencia de octubre 16 de 1990, C. P.: CONSUELO SARRIA OLCOS; Tribunal

Administrativo de Cundinamarca, sentencia de febrero 13 de 1997, M. P.: BEATRIZ MARTÍNEZ QUINTERO, exp. 5506; Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sentencia de diciembre 4 de 1997, M. P.: ERNESTO REY CANTOR, exp. 5505; Consejo de Estado, sentencia de marzo 13 de 1998, C. P.: GERMÁN AYALA MANTILLA, exp. 8570.

<sup>15</sup> Cfr., entre otras, sentencias del Consejo de Estado de marzo 9 de 1987, C. P.: HERNÁN GUILLERMO ALDANA, exp. 0290; de junio 26 de 1987, C. P.: JAIME ABELLA ZÁRATE, exp. 1925; de octubre 23 de 1987, C. P.: CONSUELO SARRIA OLCOS, exp. 0292; de enero 21 de 1994, C. P.: JAIME ABELLA ZÁRATE, exp. 5049.

«... [Buena parte de las normas sancionatorias del derecho financiero] fueron establecidas en defensa del orden jurídico económico y exigen de la Administración una actuación pronta y un juicio objetivo. Por ello es imposible aplicar criterios de culpabilidad en este campo.

«... El mundo de las infracciones y sanciones administrativas no puede en modo alguno interrelacionarse con el de las sanciones al delito o a las contravenciones comunes [que el autor llama también contravenciones ordinarias del derecho penal común] por una razón elemental: porque uno de sus elementos teleológicos básicos es el de otorgarles eficacia a la gestión administrativa y a los fines propios de la política económica en general. No tendrían fuerza las decisiones de gestión de la Administración que no fuesen acompañadas de un cierto poder de imperio que involucre sanción por la desobediencia a la propia autoridad gobernante, la que se establece *no con el propósito de castigar una falta sino en procura de hacer eficaz la actuación de la Administración*.

«El término sanción o el ámbito de lo punible, no coincide con el alcance del término penal o con el ámbito de aplicación del derecho penal»<sup>16</sup>.

La administración debe observar el debido proceso, como derecho fundamental que irradia todo el ordenamiento y que, por lo mismo, ha de estar presente en las actuaciones administrativas de cualquier clase, incluso las que conducen a la imposición de una multa u otra sanción por parte de la autoridad competente.

Lo anterior significa que las sanciones deben imponerse en relación con la infracción de normas que se debían encontrar vigentes en el momento en que se desarrollaron las conductas, como elemental reconocimiento al postulado general de la irretroactividad de la ley<sup>17</sup>, y la imposición de tales sanciones ha de ser el resultado de la aplicación de un procedimiento que asegure la posibilidad de que el presunto infractor se defienda y, en desarrollo de esa defensa, tenga la oportunidad de pedir pruebas y de controvertir las que se practiquen, así como de impugnar las decisiones mediante el ejercicio de los recursos que la ley contemple para el efecto.

No es procedente en materia de sanciones administrativas la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en la ley penal<sup>18</sup>.

No existe identidad de naturaleza entre las contravenciones administrativas y las contravenciones penales y, por consiguiente, no le es aplicable a las primeras la regla del ordenamiento penal que proscribe la posibilidad de deducir responsabilidad objetiva en el caso de las segundas<sup>19</sup>.

La posibilidad de que la administración se pronuncie expidiendo un acto que imponga una sanción también presupone la existencia de una disposición que le haya atribuido a esa autoridad la función correspondiente.

<sup>16</sup> ENRIQUE LOW MURTRA. "Policía Administrativa y Actividad Financiera", en *Revista de Derecho Económico*, Año III, N<sup>os</sup> 5-6, enero/junio, 1985, Bogotá, Edit. Temis, pp. 8 y 9. Subrayado nuestro.

<sup>17</sup> Cfr. Consejo de Estado, sentencia de marzo 13 de 1998, C. P.: GERMÁN AYALA MANTILLA, exp. 8570.

<sup>18</sup> Ha sido la posición jurisprudencial reiterada de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, cfr. Consejo de Estado, sentencia

de junio 26 de 1987, C. P.: JAIME ABELLA ZÁRATE; Consejo de Estado, sentencia de 13 de marzo de 1998, C. P.: GERMÁN AYALA MANTILLA, exp. 8570. En sentido contrario, sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado de marzo 20 de 1997, C. P.: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, exp. 3993.

<sup>19</sup> En ese sentido la sentencia ya citada de fecha 21 de enero de 1994, del Consejo de Estado, C. P.: JAIME ABELLA ZÁRATE.

La demostración de la ocurrencia de la conducta y de la violación de un precepto legal de obligatoria observancia serán en principio causal suficiente para que proceda la imposición de una sanción por parte de la autoridad administrativa, bajo el entendido de que en el ordenamiento debe estar contemplada la consecuencia aplicable al desconocimiento del respectivo precepto legal, sin que sea necesario que la administración entre a demostrar que el responsable de la conducta infractora obró con culpa o con dolo<sup>20</sup>. Por su parte, el administrado podrá exonerarse de responsabilidad si demuestra fuerza mayor o caso fortuito como determinante de la ocurrencia de la infracción<sup>21</sup>.

La sanción debe imponerse dentro del término de caducidad de tres años que se establece en el Código Contencioso Administrativo, sin perjuicio de que la resolución del recurso que contra la providencia se interponga se dé con posterioridad a la expiración del mencionado término.

En el caso de la potestad sancionatoria que la ley atribuye a la Superintendencia Bancaria, como fórmula general aplicable a falta de sanción específica, el hecho de que el precepto legal contenido en el artículo 209 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero haga alusión a que la responsabilidad de los administradores se deriva de la autorización o ejecución de actos violatorios del estatuto de la entidad o de alguna ley o reglamento, o de cualquier norma legal a que el establecimiento deba sujetarse no significa que la misma sólo sea aplicable en caso de las conductas que implican una acción, sino que también comprende aquellas situaciones en que se presenta infracción de una disposición por omisión de un deber de conducta.

El hecho de que una decisión se tome con base en elementos de juicio proporcionados con carácter provisional a los administradores de una institución financiera, incluso a los miembros de la junta directiva, no los libera de la obligación de desplegar una actividad diligente en procura de cerciorarse sobre la razonabilidad o confiabilidad de la información suministrada y que va a servir de sustento a la decisión<sup>22</sup>.

La anterior es una descripción sintética de los principales criterios que están presentes en la jurisprudencia y la doctrina prevalecientes en la materia, que son de utilidad para fijar los derroteros que deberán observarse por las autoridades administrativas en el desarrollo de las atribuciones que en materia sancionatoria les ha conferido la ley y que, por ende, serán aplicables cuando quiera que la Superintendencia Bancaria disponga multar a los administradores de una institución financiera o resuelva ordenar su remoción.

En el examen del tema relacionado con el derecho sancionatorio administrativo un aspecto que sin duda ofrece enorme dificultad es el de diferenciar conceptual y funcionalmente el delito y la infracción administrativa.

En este sentido resulta pertinente remitir a la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, de mayo 29 de 1997, expediente N° 4525, que no solamente recoge con amplitud y rigor técnico la discusión que

<sup>20</sup> Cfr. Consejo de Estado, sentencia de julio de 1987, C. P.: JAIME ABELLA ZÁRATE, exp. 1028.

<sup>21</sup> Cfr. Consejo de Estado, sentencia de marzo 13 de 1998, C. P.: GERMÁN AYALA MANTILLA, exp. 8570; Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sentencia de febrero

13 de 1997, M. P.: BEATRIZ MARTÍNEZ QUINTERO, exp. 5506.

<sup>22</sup> En ese sentido la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de febrero 13 de 1997, M. P.: BEATRIZ MARTÍNEZ QUINTERO, exp. 5506.

a nivel de la doctrina se ha dado sobre el particular, sino que también recoge la posición de la autoridad judicial en torno de los demás aspectos fundamentales de la discusión sobre la relación entre sanciones administrativas y derecho penal. A continuación transcribimos un aparte de la sentencia mencionada que recoge una propuesta doctrinaria que nos parece sugestiva:

«Ahora bien [señala el Tribunal a propósito de la reseña que se hace de la tesis formulada por Chiossone], como el objeto de nuestro estudio es la sanción en derecho administrativo, esta sanción es necesariamente correlativa de una transgresión en derecho público. En este sentido la sanción se ha tomado como sinónimo de pena, y es por ello que se ha hablado insistentemente del carácter “penal” de las sanciones administrativas.

«A esta confusión de conceptos ha contribuido, necesariamente, el uso indiscriminado de las expresiones “sanción” y “pena”, y la adopción de la expresión “disposiciones penales” en algunas leyes de estricta naturaleza administrativa”.

«Con efecto, digamos que la regla legal que describe una figura, una acción humana que afecta al status ético-jurídico, a lo que hoy se denomina comúnmente tipo delictivo, es una regla advertiva, porque advierte que tal figura tiene sanción o pena. Es la regla contenida en la fórmula: “El que haga tal cosa, será castigado”. Estas reglas describen acciones humanas que denominamos delitos.

«Hay otras reglas que son *previsivas*, porque se limitan a describir acciones que si se realizaran constituirían daño. Es la fórmula de lo que denominamos faltas.

«En la regla advertiva, la acción del sujeto advertido debe ser directa, esto es, dirigida contra alguien o contra algo; en cambio en la regla previsiva la acción no va dirigida contra personas o cosas determinadas sino que crea una situación que puede envolver daño o peligro.

«Cuando se transgrede la regla advertiva, se incurre en un delito; y cuando se transgrede la regla previsiva, se incurre en falta.

«La transgresión de la primera requiere el proceso de valoración de conducta; la de la segunda, el proceso de valoración no es de la conducta, sino del hecho mismo.

«Por la transgresión de la regla advertiva, “nadie puede ser castigado si no tuvo la intención de cometer el hecho que constituye el delito, a menos que la ley se lo atribuya como consecuencia de su acción o de su omisión”; en cambio, en la transgresión de la regla previsiva, el sujeto responde objetivamente, esto es, “aunque no se demuestre que quiso cometer una infracción de la ley”».

## VI. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

DENTRO DE LA LEGISLACIÓN de emergencia económica que produjo el Gobierno Nacional en el año de 1982, en ejercicio de las facultades constitucionales de emergencia económica, mediante el Decreto 2920 introdujo algunas figuras en el legislación penal para sancionar con penas de prisión de dos a seis años a los directores o miembros de junta directiva, a los representantes legales y funcionarios de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria frente a dos conductas bien definidas:

De una parte, la consistente en el otorgamiento de créditos o realización de descuentos en favor de accionistas de la misma institución financiera, que superen

las autorizaciones legales, sea que las operaciones se efectúen en forma directa o indirecta.

La norma penal mencionada parte de la premisa de reconocer que el otorgamiento de créditos a los accionistas es lícito, siempre que no se superen los límites trazados en la regulación financiera.

Dentro del concepto de operaciones de crédito se incluyen todas las que suponen la colocación efectiva o eventual de recursos por parte de la institución financiera en favor del accionista o de las personas que son vinculadas a éstas, vinculación que se establece a partir de la aplicación de complejas reglas de acumulación previstas en el ordenamiento.

De otra parte, se sanciona la utilización de los recursos del público para la celebración de operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Siempre estará presente el debate sobre la conveniencia de penalizar este tipo de conductas. Con posterioridad a los hechos que determinaron la crisis financiera de 1982 se puede decir que las preocupaciones de las autoridades por el desarrollo de conductas como las que fueron tipificadas penalmente ha mermado de una manera significativa y en muchos casos las situaciones detectadas tuvieron que ver más con lo que parecían a primera vista errores administrativos que con conductas enderezadas a quebrantar las disposiciones penales. Lo anterior podría hacer pensar a algunos sobre la conveniencia de regresar a la despenalización de esas conductas, pero al propio tiempo sería preciso reconocer que una de las funciones básicas de todo ordenamiento penal, cual es la de disuadir a los destinatarios de la realización de estas prácticas que ponen en peligro los ahorros que la comunidad ha confiado a los administradores de las instituciones financieras y el propio crecimiento económico, se estaría cumpliendo de manera satisfactoria, mostrando desde esa perspectiva un derecho penal eficaz.