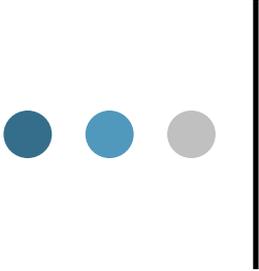


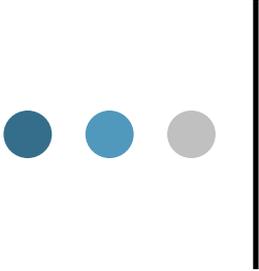
Régimen de Responsabilidad civil de Directores y Administradores

Maximiliano Londoño Arango



Sumario

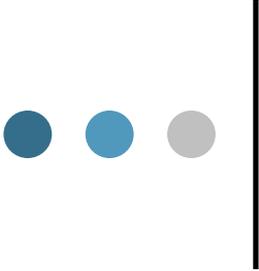
1. Introducción
2. Principios de RC
3. Agravación del riesgo de RC
4. La administración societaria
5. ¿Quiénes son administradores?
6. Pautas de conducta
7. Aspectos generales de la RC de los D&O y ámbito de aplicación
8. Las reglas de responsabilidad
9. Sociedad en crisis
10. Acciones de responsabilidad
11. Prescripción
12. Aspectos Generales de las Pólizas D&O



Introducción

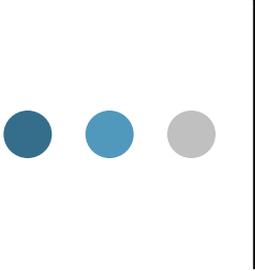
Situación o problema de la “agencia” (Delegación)

- Delegación de funciones y de autoridad para tomar decisiones
- Riesgo: actuación que no consulte los intereses del delegante
- Mecanismos de protección para el delegante:
 - ✓ Incentivos
 - ✓ Auditoría
 - ✓ Aseguramiento



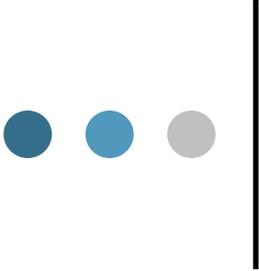
Introducción

- Relación entre administradores y propietarios de la empresa
- Propietario/administrador vs. Administrador
- **Conflicto entre delegante y agente**
 - ✓ Propiedad vs. tendencia a apropiarse de beneficios
 - ✓ Costos para la empresa
- **Conflicto varía según la conformación del capital**
 - ✓ Mercados de capitales desarrollados
 - ✓ Concentración accionaria



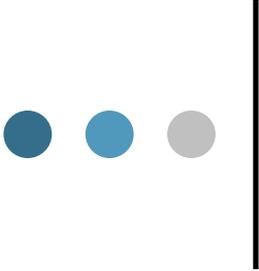
Introducción

- **Importancia del esquema societario en el tráfico jurídico**
 - ✓ Esquema eficiente para organización de la empresa
 - ✓ Captación de recursos
 - ✓ Relaciones con trabajadores
 - ✓ Interés del Estado
- **Reparto de poder en S.A. (Propietario – Inversionista)**
 - ✓ Disgregación de la titularidad del capital y la adm.
 - ✓ Más litigios: mercados de capitales desarrollados



Introducción

- **Otro patrimonio para a la reparación del daño**
 - ✓ R. directa de la persona jurídica
 - ✓ R. personal del administrador
 - ✓ Especial importancia en contexto de crisis
- **Tendencia en el derecho comparado**
 - ✓ R. basada en la culpa
 - ✓ Respeto por la decisión empresarial
 - ✓ Énfasis en violación del deber de lealtad
 - ✓ Influencia de los inversionistas institucionales
 - ✓ Utilización de acciones de grupo y derivativas



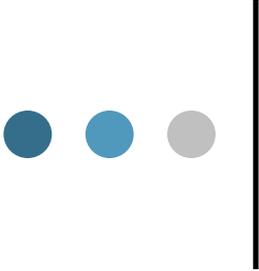
Principios de RC

➤ **Remedio de alcance general**

- ✓ Procesos de impugnación
- ✓ Pérdida de poder del asociado

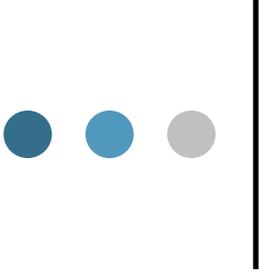
➤ **Funciones de la RC**

- ✓ **Reparación** = noción de RC
- ✓ **Prevención** = mecanismo de Gobierno Corporativo
 - ✓ Endurecimiento régimen RC
 - ✓ Aseguramiento
 - ✓ RC Profesional



Principios de RC

- Evolución legislativa → Agravación
 - ✓ Ley 222/95, 1116/06.
- Endurecimiento de la R.C.
 - ✓ R.C. Objetiva, causa extraña
 - ✓ Objetivización concepto de culpa, presunciones
- Límites en materia de RC por la administración
 - ✓ Consecuencias negativas para la economía, empresa
 - ✓ Riesgo v. retorno, alea, celeridad, juez no es experto
 - ✓ Diligencia v. lealtad



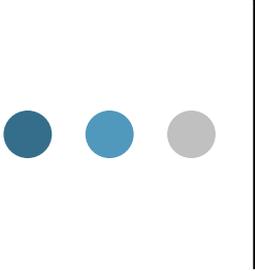
Agravación del riesgo de RC

- Conflictos entre socios o accionistas
 - ✓ Decisiones favorables a un grupo
 - ✓ Chivo expiatorio
- Fusiones y adquisiciones
 - ✓ Valoración de empresas
 - ✓ Cambios de control
 - ✓ Cambios estratégicos
- Crisis empresarial
 - ✓ Deterioro patrimonial → otro patrimonio



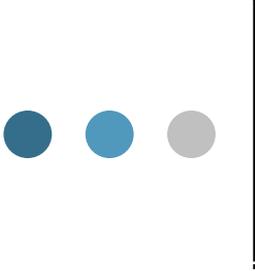
La administración societaria

	Funciones
Dirección o Control	<ul style="list-style-type: none">➤ Formación de la voluntad de la sociedad➤ Reunión de los socios➤ Junta de socios o asamblea de accionistas
Administración	<ul style="list-style-type: none">➤ Subordinada a las decisiones de dirección➤ Organización y disposición de recursos➤ No cuenta con definición legal – Se optó por criterio orgánico
Representación	<ul style="list-style-type: none">➤ Manifestación de la voluntad societaria➤ Normalmente se radica en cabeza de quien administra



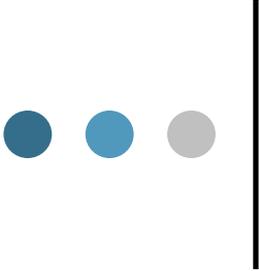
Administración en cada tipo social

Tipo social	Reglas
Colectivas	<ul style="list-style-type: none">➤Corresponde de forma mancomunada a todos los socios➤R. personal por deudas sociales
Comanditas	<ul style="list-style-type: none">➤Corresponde de forma privativas a los gestores➤El gestor puede delegar la función➤Delegación para el comanditario: para negocios específicos – debe advertir su calidad
Limitada	<ul style="list-style-type: none">➤Se ejerce por los socios, salvo disposición estatutaria en contrario➤Posible adopción del sistema de la S.A.



Administración en cada tipo social

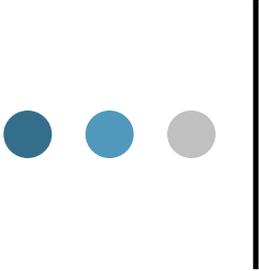
Tipo social	Reglas
S.A.S	<ul style="list-style-type: none">➤ Libre adopción de la modalidad de administración en los estatutos➤ Salvo estipulación en contrario: asamblea o accionista único ejercen funciones de la asamblea de la S.A. y el R.L administra➤ Único accionista puede ejercer funciones de órganos sociales➤ No es obligatoria la JD. Libertad para conformación y funcionamiento de la J.D.
S.A.	<ul style="list-style-type: none">➤ Verdadera estructura administrativa➤ Gestores temporales y removibles➤ Junta Dir.: número plural, cláusula general competencia➤ Representante legal



¿Quiénes son administradores?

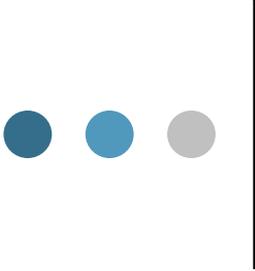
Art. 22 Ley 22 de 1995

- Representante legal
- Factor (Gerente del Establecimiento de Comercio)
- Liquidador
- Miembros de juntas y consejos directivos



... ¿Quiénes son administradores?

- *“Quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”*
 - ✓ Super Sociedades: Interpretación extensiva
 - ✓ Sala Laboral CSJ: Interpretación restrictiva
 - ❖ No implica irresponsabilidad
 - ❖ Son demandados y deben estar asegurados
- Administración por personas jurídicas
 - ✓ Responde también su RL
 - ✓ Principio de prevención



Pautas de conducta

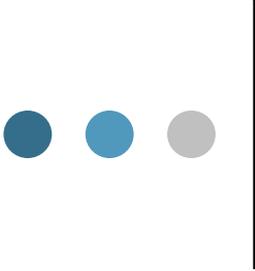
L222 Art.23 Deberes de los administradores

Principios generales

- Buena fe
 - Lealtad
 - Diligencia de un buen hombre de negocios
-

El buen hombre de Negocios

- Actúa conforme a las reglas de la profesión
 - Límites
 - Asume riesgos de manera consciente
 - Oportunidad en sus decisiones
 - Ánimo de lucro
 - Regla de discrecionalidad (*Business judgement rule*)
-



... Pautas de conducta

L222 Art.23

Deberes de los administradores

Lealtad

- Actuar en interés de la sociedad - asociados
 - Protección de la reserva comercial e industrial
 - Abstenerse de manejar indebidamente información privilegiada
 - Abstenerse de competir con la sociedad o de realizar actos que impliquen conflicto de interés sin autorización de la JD o Asamblea
-

Diligencia

- Adecuado desarrollo del objeto social
 - Velar por el cumplimiento de los estatutos y la ley
-

Otras fuentes

- Normas especiales (C. de Co., ley tributaria, etc.)
 - Códigos de Buen Gobierno
 - Manuales de conflicto de interés
-



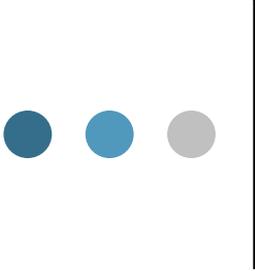
Deberes de lealtad

L222 Art.23	Contenido
Finalidad de la actuación	<ul style="list-style-type: none">➤ Actuar en interés de la sociedad - Consultar intereses de los asociados➤ Coordinación de intereses
Reserva comercial e industrial	<ul style="list-style-type: none">➤ Inf. Sobre procesos industriales y comerciales relevantes➤ Protección de libros y papeles de comercio
Manejo de información privilegiada	<ul style="list-style-type: none">➤ Solo acceso personas limitadas, atendiendo a su cargo➤ Se proyecta aun después de terminada la vinculación
Conflicto de interés y competencia	<ul style="list-style-type: none">➤ No son prohibiciones absolutas: autorización máximo órgano social➤ C. interés: contraposición de ánimo o inclinación. Imposible satisfacción simultánea➤ Deber de divulgación – abstención en decisiones



Deberes de diligencia

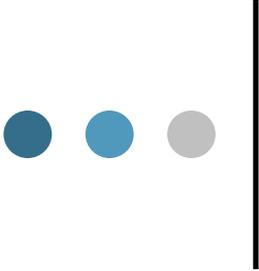
L222 Art.23	Contenido
Esfuerzos: desarrollo objeto social	<ul style="list-style-type: none">➤ Obligación de medios➤ Respeto por la discrecionalidad empresarial
Cumplimiento ley-estatutos	<ul style="list-style-type: none">➤ Propia sujeción a estas disposiciones➤ Deberes de vigilancia sobre subordinados (medios)
Rendición de cuentas e informe de gestión	<ul style="list-style-type: none">➤ Al fin de ejercicio, mes siguiente a la terminación de su vinculación, cuando les sea exigido➤ Soportadas con estados financieros➤ Su aprobación no exime de responsabilidad
Sociedad en crisis	<ul style="list-style-type: none">➤ Especial relevancia➤ Cesación de pagos: abstenerse de nuevas operaciones e informar a los asociados



Desarrollos legislativos

Evolución → Endurecimiento del régimen

- **Ley 222 de 1995**
 - ✓ Régimen más estricto y eficaz
 - ✓ RC Administrador empresa unipersonal
 - ✓ Desestimación de la personalidad jurídica
 - ✓ R. Subsidiaria de la matriz
- **Ley 472 de 1998:** R. Solidaria (Moralidad Adm.)
- **Ley 964 de 2005:** MPV
- **Ley 1116 de 2006:** Normas especiales estrictas



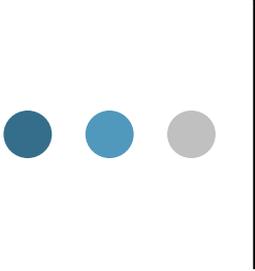
Aspectos Generales

➤ **Profesionalidad**

- ✓ Actividad especializada
- ✓ Habilidad y experiencia técnica
- ✓ Dominio sobre riesgos de la actividad
- ✓ Aplicable a un grupo limitado de sujetos

➤ **Especialidad**

- ✓ Núcleo de la regulación
- ✓ No cobija todas las conductas



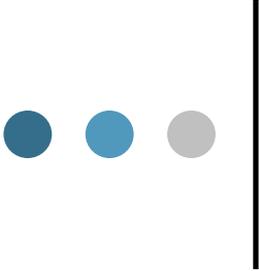
Aspectos Generales

➤ Orden público

- ✓ Art. 200 C. de Comercio
- ✓ Régimen no modificable
- ✓ Más amplia que prohibición de condonar dolo futuro
- ✓ Ineficacia cláusulas contrato social – nulidad contrato
- ✓ Aproximación derecho USA: cláusulas de indemnidad

➤ Uniformidad en la regulación

- ✓ Elimina diferencias RCC v. RCE
- ✓ Régimen unitario: Sociedad, Asociados y Terceros
- ✓ Subsisten algunas diferencias: cláusulas contractuales



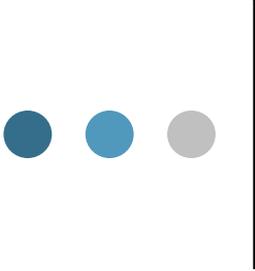
Ámbito de aplicación

➤ S.A.S

- ✓ Normas aplicables al R.L., J.D. y demás órganos de administración
- ✓ Personas naturales o jurídicas que sin ser administradores se inmiscuyan en la gestión, adm. o dirección
- ✓ Norma especial: desestimación personalidad jurídica
- ✓ Responsabilidad accionistas: abuso del derecho

➤ Empresa unipersonal – Art.74, L. 222

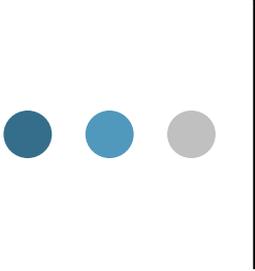
- ✓ Art. 71: desestimación personalidad jurídica
- ✓ Aplicable al empresario, adm. que utilice la empresa en fraude a la ley o perjuicio de terceros



Ámbito de aplicación

Sociedades sometidas a regímenes especiales

- **Financieras y aseguradoras**
 - EOSF: nombramiento, posesión, deberes
- **Sociedades relacionadas con el MPV**
 - Normas especiales de RC por ciertas operaciones
 - L. 964/05: inhabilidades, mecanismos de designación, miembros independientes, propuestas de accionistas
 - Gobierno Corporativo
- **Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios**
 - Mandatos especiales: continuidad del servicio



Las reglas de responsabilidad

Art. 200 C. de Comercio (Mod. art. 24, ley 222 de 1995)

- Solidaridad**
- La responsabilidad es personal (acción u omisión)
 - Análisis temporal, de competencia y funciones
 - Implicaciones de la solidaridad
-

- Elementos de la RC**
- Daño → Teoría General de la RC
 - Nexos de causalidad → Teoría General de la RC
 - Culpa → “Presunciones”
-

- Exoneración**
- Diligencia y cuidado
 - Causa extraña
 - Hecho justificativo
 - No conocimiento, votación en contra de la decisión (sin ejecución) → Diligencia
-



Sociedad en crisis

Causar insolvencia

- Errores de gestión que generan la situación de insolvencia
- Aplican reglas generales de la ley 222
- Debe existir daño
- Normas de R. de las Sociedades Matrices (L. 1116 de 2006)
- Situación de control
- Insolvencia de la filial
- Actos realizados en contra del interés de la filial
- Se presume la causalidad

Manejo de la crisis

- El administrador no es la causa. Falta de gestión
- Nexo causal
- Especial diligencia

Conductas en el proceso

- Normas especiales de la ley 1116
- Rigor en algunas ocasiones excesivo



Acciones de responsabilidad

L222 Art.25

Acción social de responsabilidad

Finalidad

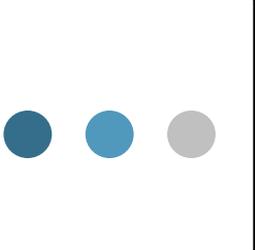
- Indemnización del daño causado a la sociedad
-

Requisitos y efectos

- Decisión: Asamblea de accionistas o Junta de socios
 - Puede adoptarse así no conste en el orden del día
 - Facilidad convocatoria → Socios que representen 20% de acciones, cuotas o partes de interés
 - Mayoría decisoria → $\frac{1}{2}$ + 1 acciones, cuotas o partes de interés representadas
 - Remoción automática del administrador
-

Legitimación

- Ordinaria: La sociedad (3 meses)
 - Extraordinaria: Cualquier socio, administrador, RF, acreedores (50% pasivo externo – insuficiencia activos)
 - Siempre en beneficio de la sociedad
-



... Acciones de responsabilidad

L222 Art.25

Acciones individuales de responsabilidad

Finalidad ➤ Indemnización del daño causado a asociados o terceros

Requisitos ➤ Aplican las reglas generales de procedimiento

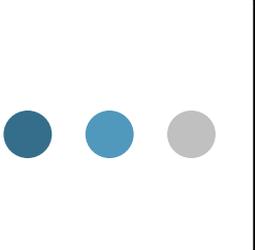
➤ Relevancia práctica de las acciones de grupo (más de 20 afectados que reúnan condiciones uniformes de la responsabilidad)

➤ Procedimiento más expedito

➤ Incentivo abogado

Legitimación ➤ Socio o accionista afectado

➤ Tercero afectado: empleado, acreedor de la sociedad, Estado, etc.



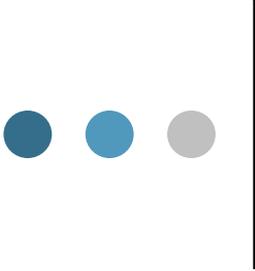
Prescripción

Artículo 235, ley 222 de 1995

- Plazo**
- 5 años
 - Término corre desde la ocurrencia del daño. En casos excepcionales: cuando el daño se manifiesta o es conocido por la víctima.
-

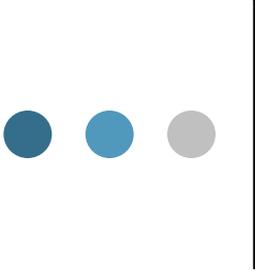
- Requisitos**
- Debe ser alegada expresamente por el administrador
 - Se interrumpe si existe reconocimiento de responsabilidad
-

- Ámbito**
- Acción civil
 - Acción penal
 - Sanciones administrativas
-



Aspectos Generales de las Pólizas D&O

- Mayor difusión por agravación de la RC
- Aseguramiento de R. Profesional
- Seguro tomado por la sociedad (por cuenta del adm.)
 - ✓ La sociedad es beneficiaria potencial (Víctima)
 - ✓ No limita la RC del Administrador
- Sistema de cobertura Claims Made
 - ✓ Algunas con retroactividad (exclusión circunstancias conocidas)
 - ✓ Período adicional de reclamación
- Cobertura de perjuicios patrimoniales puros
 - ✓ Coordinación con pólizas PLO: daños materiales y personales
- Amparos especiales de gastos de defensa
 - ✓ Daños no cubiertos: defensa por RC por contaminación
 - ✓ Anticipo y reembolso por dolo



... Aspectos Generales de las Pólizas D&O

➤ Exclusiones usuales

- ✓ Daños materiales o personales (segmentación)
- ✓ Contaminación (salvo gastos defensa)
- ✓ Ámbito territorial (EEUU, Canadá)
- ✓ Reclamaciones entre asegurados
- ✓ Adquisición de acciones de la sociedad
- ✓ Ventajas o retribuciones
- ✓ Reclamaciones accionista mayoritario (se levanta)