

CIRCULACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN MATERIA SOCIETARIA*

Edgar Fabián Garzón Buenaventura**

Investigador nacional invitado

Brayan Yesid Herrera Rey***

Investigador nacional invitado

Resumen: El presente artículo analiza las formas de creación del derecho a través de la circulación de la jurisprudencia y sus modalidades. Por tal motivo, se exponen las herramientas usadas por el juez para crear su decisión judicial a partir de la jurisprudencia extranacional. Para el caso concreto, se expone la escasa regulación normativa del régimen general de responsabilidad de los administradores en materia societaria y la adopción de la jurisprudencia estadounidense como fuente directa para la resolución de los casos sobre la materia. Por tanto, se analizan las decisiones proferidas por la Superintendencia de Sociedades y la modalidad de diálogo con los criterios judiciales estadounidenses sobre la responsabilidad de los administradores.

* Artículo de reflexión del proyecto de investigación denominado “Codificación Procesal Constitucional” del Grupo de Investigación de Derecho Privado y del proceso Gustavo Vanegas Torres de la Universidad Libre.

** Abogado y filósofo de la Universidad Libre de Colombia; magíster en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional Lomas de Zamora; doctor en Derecho de la Universidad Libre de Colombia; candidato a Doctor en Filosofía por la Universidad de Salamanca. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Contacto: edfagabu@gmail.com

*** Abogado de la Universidad Libre de Colombia; especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia; candidato a magíster en Derecho Privado por la Universidad Libre. Contacto: brayan1804@gmail.com

Palabras clave: creación del derecho; circulación de jurisprudencia; decisión judicial; responsabilidad de administradores; modalidad de diálogo.

CIRCULATION OF JURISPRUDENCE ON THE LIABILITY OF DIRECTORS IN CORPORATE LAWS

Abstract: This article analyzes the forms of law creation through the circulation of jurisprudence and modalities. In addition, the tools used by the judge to create his judicial decision based on extranational jurisprudence. Specifically, the poor normative regulation of liability of directors in corporate laws, and the adoption of US jurisprudence as a direct source for the resolution of cases. Therefore, the decisions issued by the Colombian Corporate Superintendence and the dialogue modality with the American judicial criteria on the liability of directors are analyzed.

Keywords: Law creation, Circulation of jurisprudence, Judicial decision, Liability of directors in corporate laws, Dialogue modality.

Introducción

La circulación de la jurisprudencia entre diferentes ordenamientos tiene como fin acoger nuevas instituciones, conceptos, figuras o reglas jurídicas, que brinden un direccionamiento al quehacer judicial ante eventos desconocidos o de difícil resolución. La naturaleza de la norma es ajena a la multiplicidad fáctica, luego, entonces, resulta en un imposible que la ley, por sí sola, resuelva la infinidad de eventos que pueden ventilarse en un proceso judicial. Por ende, ante eventos desconocidos o de difícil resolución, es necesario evaluar la jurisprudencia externa para acoger nuevos criterios que ayuden a configurar la decisión judicial correcta.

Ejemplo de lo anterior se observa en la escasa regulación normativa del régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia. El artículo 24 de la Ley 222 de 1995 limita el alcance de la responsabilidad a los elementos subjetivos de dolo y culpa frente a la sociedad y a terceros, sin que atienda la naturaleza de la actividad del administrador y la limitada intervención del derecho a las estructuras societarias. De ahí que sea complejo distinguir entre las acciones que tienen por objeto maximizar el capital invertido, frente a las conductas que pueden llegar a ser objeto de reproche por un proceso judicial. Al final, la escasa regulación legal hace del régimen de responsabilidad del administrador un evento desconocido o de difícil resolución.

Lo anterior implica que el operador jurídico en materia societaria advierta la necesidad de acoger nuevos criterios normativos o jurisprudenciales, que entren a regular la materia de responsabilidad de los administradores. En Colombia, la Superintendencia de Sociedades es el órgano que ejerce las facultades jurisdiccionales en lo que concierne a los conflictos societarios, y acude como juez para dirimir tales asuntos, entre ellos, el régimen de responsabilidad en estudio. En ese contexto, este órgano ha sido el responsable de acudir a la circulación de jurisprudencia como mecanismo idóneo para resolver los problemas en cuanto a la responsabilidad.

En este sentido, el presente artículo de investigación busca mediante una metodología descriptivo-analítica responder el presente interrogante metodológico: ¿Cómo la Superintendencia de Sociedades ha acogido la jurisprudencia estadounidense en materia de responsabilidad de los administradores en Colombia? El interrogante propuesto pretende explayar las formas de creación e interpretación del derecho a través de la jurisprudencia, al delimitar el régimen general de responsabilidad de los administradores y al definir la intervención del derecho a las estructuras societarias, todo, desde la circulación de la jurisprudencia estadounidense.

Se sigue de lo anterior, que el objetivo general está en determinar cómo la SuperSociedades ha acogido la jurisprudencia estadounidense para regular la escasa regulación normativa frente al régimen general de responsabilidad de los administradores. En consecuencia, se abordará el siguiente sumario para dar respuesta a la pregunta planteada: i) creación del derecho a través de la jurisprudencia; ii) modalidades de circulación de jurisprudencia; iii) régimen general de responsabilidad de los administradores en materia societaria; iv) jurisprudencia estadounidense del régimen general de los administradores; v) casos de responsabilidad administrativa por la Superintendencia de Sociedades; vi) diálogo entre la Superintendencia de Sociedades y los tribunales estadounidenses.

Creación del derecho a través de la jurisprudencia

Uno de los problemas de la tradición jurídica se debe a la imposibilidad de la norma para acoger todos los hechos posibles del mundo real. Las acciones son infinitas y las palabras limitadas para que el texto normativo

responda a todos los casos posibles que puedan surgir. Así las cosas, la naturaleza abierta del lenguaje impide que se subsumen todos los elementos fácticos posibles. En palabras de Hart, “las situaciones de hecho no nos esperan claramente etiquetadas, planchadas y dobladas, ni llevan su clasificación jurídica escrita encima para que el juez simplemente las lea. En lugar de ello, al aplicar reglas jurídicas, alguien debe tomar la responsabilidad de decisión, con todas las consecuencias prácticas que ello involucra, si el caso en cuestión está o no cubierto por las palabras”.¹

Lo precitado impone al juez la labor proactiva de configurar su decisión judicial, aun cuando no tenga respuesta en el texto normativo. De ahí que su labor judicial sea compleja al acudir a otras herramientas jurídicas que le permitan definir su sentencia. Más allá de ser un operador jurídico que aplica la ley, el juez debe tener el rol de creador de derecho, ante los eventos que no tienen repuesta en la ley, o que simplemente resultan complejos en su resolución. Por tanto, además del texto normativo, hay que disponer de recursos judiciales necesarios, que se preceptúen como vectores para configurar la decisión judicial, por ejemplo, la jurisprudencia.

Es ese sentido, la jurisprudencia es la interpretación de la norma jurídica que sirve para resolver cada caso. “Es el arte bien difícil de aplicar el derecho al hecho, es decir de poner la ley en acción, de restringir o extender su aplicación a las innumerables cuestiones surgidas en el choque de los intereses y en la variedad de las relaciones sociales”.² Luego, entonces, corresponde a la jurisprudencia el papel de la interpretación del derecho y ser fuente generadora del mismo.

Así pues, la jurisprudencia se establece como la doctrina³ creada por las altas cortes o tribunales, que emiten criterios de interpretación, que pueden convertirse en normas o reglas jurídicas del quehacer judicial, igual de vinculantes en la configuración de la sentencia. En ese tenor, la jurisprudencia dista del texto normativo en extremo riguroso, para configurar criterios

¹ H. L. A. HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review* 71, n.º 4 (1958): 593.

² Clemente DE DIEGO, Antonio Gullón Ballesteros y Alfonso Cossio y Corral, *Instituciones del Derecho Civil Español* I. 2a ed. (Madrid: Artes Gráficas Julio San Martín, 1959).

³ Rafael DÍAZ ROCA, *Teoría general del Derecho* (Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1997), 367.

amplios que sirven como vectores interpretativos para el juez, ante los casos de difícil resolución, donde la norma no da respuestas claras.

Ahora bien, un amplio debate versa sobre la jurisprudencia como fuente de derecho. Por una parte, se encuentran las tesis que afirman que la jurisprudencia es fuente directa bajo el concepto de costumbre⁴ y su aplicación de los principios jurídicos⁵, además de la teoría que sustenta la premisa desde una dirección socialista⁶ y de reconocimiento de los efectos de la interpretación⁷ del derecho. Esta tesis, fue acogida por el derecho anglosajón, al basar su sistema judicial en el precedente emanado del cúmulo de decisiones jurídicas proferidas por los jueces.

Por otra parte, están las tesis que niegan la jurisprudencia como fuente de derecho⁸, y que aducen su vinculatoriedad a criterios de reiteración de las decisiones conforme vayan tomando fuerza y relevancia, para los casos de difícil resolución. Estas tesis, fundamentan los sistemas jurídicos del derecho continental, donde pesa más la delimitación del texto normativo que las decisiones aisladas que puedan proferir los jueces en casos concretos.

En Colombia, el debate precitado ha sido zanjado por la Corte Constitucional al declarar que “son fuentes formales la ley –material–, la jurisprudencia, la costumbre, la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina”⁹. Destáquese de lo antedicho, que la jurisprudencia es fuente formal del ordenamiento jurídico colombiano, como origen próximo a la elaboración y creación de las reglas contentivas de la modelación jurídica adoptada por el país.¹⁰

⁴ Ambrosio COLIN y H. Capitán, *Curso elemental de Derecho Civil I*. 3a ed. (Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952).

⁵ Federico PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español*, I, I (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957).

⁶ *Ibidem*

⁷ José CASTÁN TOBEÑAS, *La formulación judicial del Derecho* (Madrid: Editorial Reus S. A., 1954), 167

⁸ Luis Díez PICAZO y Antonio Gullón, *Instituciones de Derecho Civil*, II (Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1998).

⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-168 de 1995 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

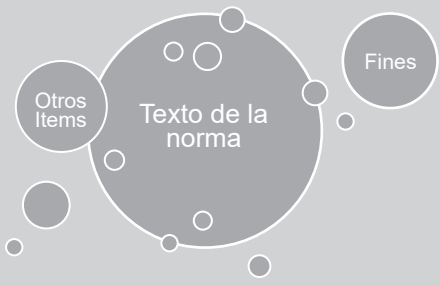
¹⁰ Carolina SCHIELE MANZOR, “La jurisprudencia como fuente del derecho: el papel de la jurisprudencia” (tesis de doctorado, Universidad Católica de Chile, 2008), <https://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf>

En consecuencia, la labor del juez encuentra como fuente formal la jurisprudencia para moldear su decisión judicial. Es en estos eventos que la creación del derecho brinda un alcance y contenido que resguardan una parte más amplia del mundo fáctico, como elemento integrador de la decisión del juez en su sentencia. De este modo, el quehacer judicial es el resultado de una tarea interpretativa de la ley, con un vector de interpretación enmarcado en la jurisprudencia. Es esta la razón por la cual se aceptan varias respuestas para un mismo caso, dada las diferentes formas de interpretar el derecho.

En ese contexto, pueden encontrarse diversos métodos de interpretación del derecho, que postulan diversas respuestas posibles en la decisión judicial. Se sigue entonces, que, acorde con el método de interpretación elegido por el juez, podrá llegarse a diferentes conclusiones en su sentencia. Véanse a continuación, entonces, los métodos más comunes de interpretación, a fin de validar la divergencia del ejercicio judicial, por parte del operador jurídico, ante los diferentes que casos que debe resolver.

Tabla 1. Métodos de interpretación

Método	Uso	Gráfico
Histórico	Esta interpretación busca el origen y génesis histórico de la institución jurídica. Su objetivo confluye en encontrar el “espíritu” o la intención con la cual fue creada la figura o institución jurídica en estudio.	
Sistemático	La interpretación de la norma parte del sistema que la incluye. Así, pues, se haya no solo el sentido de la norma específica, sino su sentido en conjunto con el cuerpo normativo al que pertenece. Luego entonces hay que hallar el propósito del sistema del cual hace parte el texto normativo interpretado.	

Método	Uso	Gráfico
Gramatical	Esta interpretación ubica el objeto en el texto de la norma estudiada. Busca el sentido en su literalidad, teniéndose como propósito encontrar la interpretación que del lenguaje expresado resulte.	
Teleológico	Esta interpretación busca los propósitos objetivos por los cuales el legislador creó la norma. Busca relacionar el precepto con las valoraciones jurídicas, ético-sociales y político-criminales; ¹¹ por tanto, va más allá del texto literal de la norma.	

Fuente: elaboración de los autores.

Modalidades de circulación de la jurisprudencia

El discurso acerca de las transferencias normativas y jurisprudenciales, que se producen entre diferentes ordenamientos jurídicos, desestima las modalidades en que esta circulación del derecho es realizada. Con frecuencia, la referencia a la movilización de la normativa o la jurisprudencia entre países se enmarca en el rótulo de trasplantes jurídicos. Véanse, por ejemplo, el estudio de la Teoría impura del derecho del profesor López Medina,¹² o los estudios de Watson¹³, como autores de la materia en trasplantes legales.

¹¹ José CASTILLO ALVA, Manuel Luján Túpez y Roger Zavaleta Rodríguez, 2da. ed. *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación, y motivación de las resoluciones judiciales* (Perú: Ara Editores, 2006).

¹² Diego LÓPEZ MEDINA, “¿Por qué de hablar de una ‘teoría impura del Derecho’ para América Latina”, en *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, editado por Daniel Bonilla (Bogotá: Siglo del Hombre, 2009).

¹³ Alan WATSON, *Legal Transplant: An Approach to Comparative Law*, Edimburgh: Scottish Academic Press, 1974.

Pese a lo anterior, las transferencias de la normativa y jurisprudencia responden a diferentes fines en la labor judicial. Es debido precisar que la configuración de la sentencia es el resultado de una valoración probatoria y un ejercicio racional¹⁴, que requiere el criterio del juez como director del proceso para proferir su decisión. En ese contexto, ante casos desconocidos o de difícil resolución, el juez debe valerse de los recursos necesarios para configurar su sentencia, entre estos: trasplantar el derecho. Por tanto, dependiendo del proceso que afronte, el juez deberá importar parcial o totalmente una teoría jurídica, una regla decisoria, figura jurídica, o cualquier criterio que coadyuve a configurar una decisión judicial razonada.

En este sentido, el juez puede importar jurisprudencia extranjera que le permita dilucidar un caso, ante la omisión de regulación de la ley o frente a casos de difícil resolución que debe dirimir. Esta potestad deriva de su rol, como creador de derecho y director del proceso. Además, la necesidad de dar respuesta a los eventos que la ley no puede resolver está en cabeza del operador jurídico, siendo este el único que sobrepasa la naturaleza limitada de la norma para acoger la infinidad de hechos posibles.

De iure, deben diferenciarse las modalidades de circulación de la jurisprudencia que tiene el juez a su mano para dirimir la situación jurídica presentada. La doctrina inglesa, ha derivado variadas denominaciones, para hacer referencia a las transferencias jurisprudenciales y normativas, a saber: “*Transposition*”¹⁵; “*Legal transplants*”¹⁶; “*Migration*”¹⁷; “*Cross fertilization*”¹⁸, entre otras. Punto en el cual resulta indispensable, abordar las diferencias sustanciales entre los conceptos referenciados, que la doc-

¹⁴ Pedro CABALLERO, “Las decisiones judiciales: justificación y racionalidad”, *Filosofía y teoría del Derecho*, n.º 13 (2019).

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872019000100067

¹⁵ Véase, Esin ÖRÜCÜ, “Law as Transposition”, *International Comparative Law Quarterly*, 51 n.º 2 (2002): 205-223.

¹⁶ J. SMITS, *Legal Tourism: Contract, Marriage and Citizenship Beyond the State* (England: Oxford Institute of European and Comparative Law, 2010).

¹⁷ Sujit CHOUDHRY, *The Migration of Constitutional Ideas* (New York: Cambridge University Press, 2006).

¹⁸ Stephane JAQUEMET, “The cross-fertilization of international humanitarian law and international refugee law”. *International Committee of the Red Cross (ICRC)* 83 n.º 843 (2001). https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/651-674_jaquemet.pdf

trina y la práctica han establecido en el ejercicio de las trasferencias normativas. De esta manera, se presenta una distinción de las modalidades de importación de la jurisprudencia en: a) trasplantes, b) diálogos, c) injertos, d) cooperación.

Trasplantes

El trasplante jurídico es el vocablo más usado para hacer referencia a las transferencias normativas y jurisprudenciales. Esta modalidad se refiere a la importación de instituciones, conceptos, figuras o reglas jurídicas provenientes de otro ordenamiento jurídico. En ese tenor, el trasplante responde a la movilización de las concepciones, discursos y pensamientos del derecho entre diferentes fronteras, con el ánimo de crear recursos transversales en el ejercicio judicial del operador jurídico, ante los casos de difícil resolución.

Esta modalidad de importación de la jurisprudencia es desarrollada por el profesor López Medina, quien atribuye como fuentes la cultura jurídica y el fenómeno de la globalización, a modo de elementos fundamentales en la importación y circulación del derecho. Se sigue entonces quienes señalan la posibilidad de trasplantar la jurisprudencia como Watson¹⁹, y quienes se niegan a la idea, con fundamento en el arraigo cultural de los fenómenos jurídicos que se quieren importar, dada la diferencia cultural y las consecuencias divergentes que se despliegan en el país receptor. En otras palabras, no se tendrá la misma identidad de la normativa y jurisprudencia trasladada del país emisor al país receptor.

Así las cosas, la modalidad de trasplantar el derecho deriva, ya sea de la necesidad para adoptar nuevas formas jurídicas, o por libre elección del ejercicio judicial desplegado. En todo caso, el juez como director del proceso, es quien evalúa la necesidad de acudir a un trasplante jurídico, dado su despliegue en el país emisor, sobre el caso desconocido o de difícil resolución que necesite desentrañar. No obstante, el juez podrá importar derecho de un sitio de producción ajeno, con fundamento en una decisión de pura autoridad.

¹⁹ WATSON, “*Legal Transplant: An Approach to*”, 1974.

Por tanto, los trasplantes jurídicos adoptados por un país tendrán consecuencias diferentes en la resolución de los casos, dada la diferencia de cultura y subjetividad propia de cada pueblo que lo acoge en su sistema de derecho. Luego entonces, no es lo mismo el despliegue de una figura jurídica en Francia, que en el sistema jurídico de Colombia.

Injerto

El injerto es una modalidad de circulación de la jurisprudencia que adopta una palabra jurídica de otro idioma con el fin de brindar mayor motivación a la decisión judicial. Esta importación del derecho está en la clase de libre elección del juez, dado que su adopción depende en exclusiva del querer del operador jurídico, más no de la necesidad de resolver el caso.

Así pues, el ejercicio judicial para configurar la sentencia podrá acudir a un *lexema*²⁰ proveniente de otra lengua. En el caso de la jurisprudencia, podrá adoptarse una palabra en su origen para acoger su definición y alcance en los términos jurídicos dados, de esta manera, será el juez como creador de su decisión, quien decantará las consecuencias del término acogido y su implicación en el caso dirimido.

Cooperación

La cooperación es la creación de derecho por parte de jueces de diferente cultura jurídica que, de manera coordinada, da origen a nuevas reglas de interpretación a través de la jurisprudencia para dirimir casos de difícil resolución. El objetivo de esta modalidad de circulación de jurisprudencia es crear una línea jurídica que revista de cohesión y unidad²¹ a las futuras sentencias proferidas, sobre casos que aún resultan novedosos, o en los que la ley omite su regulación debido a su complejidad.

²⁰ L. ANTONIOLLI, G. A Benacchio y R. Toniatti, *Le nuove frontiere della comparazione* (Milano: Univertità degli Studi di Trento, 2012), 140.

²¹ Giuliana ZICCARDI CAPALDO, *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence* (Oxford University Press, 2018).

Esta modalidad implica la casi nula existencia de criterios jurídicos frente a un determinado caso, que impiden al juez pronunciarse de manera fundada por la complejidad del asunto estudiado. En estos eventos, la cooperación entre los jueces nacionales y extranjeros debe dirigirse a la creación de derecho, desde su origen, ya sea con fundamento en otras ciencias (filosofía, sociología, antropología, etc.) u otras perspectivas, que brinden el génesis de una nueva articulación del derecho. Por tanto, el fin converge en la creación de nuevos elementos jurídicos que constituyan herramientas transversales para las culturas jurídicas implícitas, en aras de resolver el caso complejo que se presente.

De esta manera, mientras se articulan los nuevos criterios jurídicos en la jurisprudencia desplegada por los diferentes países, se requiere la cooperación de proferir de manera coordinada y unificada las sentencias que entrarán a regular el caso complejo, a fin de originar herramientas judiciales cohesionadas y congruentes. Así pues, la labor del juez será sumarse a la línea de cooperación supranacional para resolver el caso complejo, acudiendo a los criterios de interpretación que se han producido para crear su decisión judicial. Luego entonces, su labor comprende, de una parte, acogerse a lo hasta ahora planteado en la circulación del derecho y, de otra, acudir a su capacidad proactiva para la creación de nuevas formas jurídicas que le permitan resolver el asunto de difícil resolución.

Diálogos

Los diálogos entre jueces de distintos países también son parte de una modalidad de circulación de la jurisprudencia y la normativa. El diálogo es la circulación de criterios jurídicos entre las cortes y los tribunales de distintos países, que circulan de forma unidireccional de un país líder a otro país. A diferencia de la cooperación, el diálogo parte de modelos jurídicos ya generados, que han sido ensayados en determinados casos, complejos o innovadores para los operadores jurídicos.

Mientras que la cooperación parte de una casi nula existencia de criterios jurídicos y se maneja con bidireccionalidad para resolver los casos difíciles, el diálogo, por su parte, tiene un manejo unidireccional, en donde

el tribunal o corte, adopta modelos jurídicos de una cultura jurídica líder, esto es, con gran trascendencia en la ciencia del Derecho. Por tanto, el ordenamiento jurídico receptor, no coadyuva en el desarrollo del criterio adoptado, sino que tan solo lo moldea a su cultura jurídica, sin que tenga implicaciones o produzca cambios en el derecho de país emisor.

La circunstancia anterior es causa de crítica a la denominación asignada de “diálogo”, toda vez que la postura unidireccional impide que se entablen los elementos de discusión o acuerdo, propios de una conversación entre dos o más cortes o tribunales. Así las cosas, cuando se habla de diálogo, se hace referencia a la adopción de jurisprudencia propia de una corte con gran trascendencia jurídica, que se impone en un mayor nivel jerárquico frente a la corte del país receptor. En palabras de Pegoraro, “... existen algunas cortes que se consideran “importantes”, que manifiestan parsimonia, discriminación y una cierta soberbia en el uso de la jurisprudencia extranjera. Para ellas, sin embargo, diferentemente del caso de los gobiernos y parlamentos, con base en los datos de la investigación empírica parece más difícil demostrar situaciones de subordinación unidireccional y unilateral”.²²

Más allá de la crítica presentada a la denominación de “diálogo”, su efecto es la creación y circulación de derecho entre fronteras jurídicas. Luego entonces, el nivel del diálogo podrá darse en los diversos niveles entre jueces, esto es: i) entre tribunales internacionales y tribunales internacionales; ii) entre tribunales internacionales y tribunales nacionales; iii) entre tribunales nacionales y tribunales nacionales).²³ Los jueces, sin distinción de la jerarquía que ocupen en un sistema judicial, podrán hacer uso del diálogo al adoptar criterios de derecho exógenos en los diversos niveles de la corte emisora, para la configuración de sus decisiones judiciales.

²² Lucio PEGORARO, “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos”, en *Jurisprudencia y Doctrina frente a los retos del derecho comparado* (España: Tirant lo Blanch, 2013), 38.

²³ Jenny S. MARTÍNEZ, “Towards an International Judicial System”, *Stanford Law Review* 56, n.º 2 (2003): 429-529.

Figura 1. El diálogo como modalidad de circulación del derecho

Fuente: elaboración propia.

En efecto, las modalidades de circulación del derecho permiten evaluar el ejercicio judicial realizado por el operador jurídico en su decisión judicial. La forma de adoptar nuevas instituciones, conceptos, figuras o reglas jurídicas desde la jurisprudencia amplía el conocimiento sobre el ejercicio creador del derecho. Por una parte, depende de si la sentencia acogió un criterio jurídico debido a la necesidad por omisión de regulación normativa o complejidad del asunto resuelto; por otra, de si fue el juez en su decisión quien, debidamente motivado, adoptó una importación jurídica para fortalecer la configuración de la misma.

Ya sea por necesidad o por querer del juez, adoptar jurisprudencia o normativa de otra cultura jurídica implica en el ejercicio judicial desarrollar el criterio acogido en el caso concreto. Ciertamente, la identidad del criterio jurídico importado se perderá en la circulación del país emisor al país receptor, dadas las diferencias culturales y subjetivas de cada ordenamiento jurídico. Por tanto, el acoplamiento de un trasplante, cooperación, injerto o diálogo, siempre cobrará identidad propia en el país donde se acoja y se ensaye, frente al caso ventilado en un proceso judicial.

Régimen general de responsabilidad de los administradores en materia societaria

Luego de revisar *ut supra* las modalidades de circulación de jurisprudencia y su carácter de fuente formal del derecho colombiano, se pasa a exponer y analizar la responsabilidad de los administradores en una sociedad comercial, con el objetivo de determinar cuál ha sido el modelo de circulación y creación del derecho realizado por la Superintendencia de Sociedades, como juez societario en la materia.

En un primer estadio, debe señalarse que el administrador de una sociedad comercial es aquel que gestiona los negocios de la empresa, y quien tiene como objetivo primordial maximizar el capital de la sociedad. Así pues, la calidad de administrador la pueden detentar el representante legal, los miembros de la junta o consejo directivo, el liquidador, o quien detente las funciones de “administrar” dentro de los estatutos que regulan la compañía. Por tanto, el administrador será la persona a quien se le confíe la gestión del capital abonado para incrementar su valor.

Se sigue de lo anterior que la responsabilidad circundante en la labor administrativa deriva de la confianza asignada por parte de los accionistas de determinada sociedad, quienes detentan un ánimo de maximizar el capital invertido. Así las cosas, delegar la gestión y cuidado del dinero aportado implica, por parte del asociado, depositar un grado de confianza en quien se designará como administrador para gestionar los negocios sociales. Dicha determinación, por parte de los accionistas, implica asignar mayores responsabilidades a quien detenta la calidad de administrador.

Es lógico suponer que quien reúne en su seno tan gran poder estará, en contrapartida, sometido a una responsabilidad no menor; que cualquier acto que represente perjuicio para aquellos que, al menos en teoría, son titulares de la empresa a la que sirve, podrá ser revisado; que su actuación toda estará constantemente controlada por la ley en compensación a la ausencia de riesgo que supone en su patrimonio la gestión de estos intereses ajenos; que, en definitiva, la diligencia que deberá prestar será enérgicamente exigida.²⁴

²⁴ Jorge PINZÓN SÁNCHEZ, “El buen hombre de negocios y la crisis de la empresa”, en *Nuevos retos del derecho mercantil* (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2000), 50.

En este tenor, el administrador debe demostrar la mayor diligencia para con el negocio que le ha sido confiado y, sobre todo, en su objetivo de maximizar el capital invertido en la sociedad y acrecentar el valor accionario de los asociados. Sin embargo, ante la dinámica y limitación del derecho societario, debido a su independencia para lograr los fines económicos, resulta complejo distinguir qué acciones del administrador pueden llegar a ser objeto de reproche y, más aún, objeto de juicio por la responsabilidad civil.

Ante la dificultad expuesta, la Ley 222 de 1995 reguló una responsabilidad especial sobre las funciones de los administradores²⁵, en el sentido de reconocer la actividad administrativa bajo el concepto de empresario, quien ejerce actividades comerciales con el ánimo de obtener ganancias. Este nuevo enfoque delimitó la actividad realizada por el administrador bajo el concepto del “buen hombre de negocios”, categoría referida a la conciencia y razonabilidad del administrador, para asumir riesgos en su objetivo primordial de acrecentar el capital.

Así, las determinaciones que adopten los administradores de las compañías deben ser cumplidas con una particular diligencia que implica una forma de actuar propia de personas conocedoras de las técnicas de administración. Se trata, pues, de un patrón de conducta más estricto, que implica una evaluación seria e informada de las principales opciones de que dispone el administrador en el momento de tomar determinaciones.²⁶

Lo precitado confluye en el artículo 24 de la Ley 222 de 1995 cuando señala que “los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.”²⁷ Pese al esfuerzo normativo realizado, ello no resolvió la distinción entre los hechos reprochables por el régimen de responsabilidad frente al accionar loable en las funciones de un administrador empresario. Ciertamente, si las acciones del administrador cumplen con el objetivo de lucro, su actividad no será reprochada por los asociados,

²⁵ Véase, Nicolás URIBE LOZADA, *El régimen general de responsabilidad civil de los Administradores de sociedades y su aseguramiento* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013), 562

²⁶ Francisco REYES VILLAMIZAR, *Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos* (Bogotá: Temis, 1996), 204 y 205.

²⁷ Ley 222 de 1995 del Congreso de la República de Colombia. *Diario Oficial* 42156.

pero ello no obsta para que pueda ser reprochable ante el régimen de responsabilidad.

Destáquese entonces, que la labor administrativa puede ser sancionada por los asociados de una compañía, ante el evento en que el administrador no ha desplegado las ganancias esperadas. Pese a lo anterior, esto no implica la declaratoria de responsabilidad del administrador, sino, posiblemente, la dinámica empresarial en donde se gana, o a veces se pierde. Este escenario implica un caso de difícil resolución para el juez que asuma dirimir la responsabilidad del administrador. Luego, entonces, el operador jurídico, más allá de aplicar un régimen especial de responsabilidad, deberá evaluar la labor del “buen hombre de negocios” y la relación de confianza depositada en el administrador.

Por tanto, los casos que sobrevienen del régimen general de los administradores revisten de alta complejidad para la labor judicial. En primer lugar, dado que el juez debe comprender la dinámica empresarial y el accionar del administrador como buen hombre negocios, *ergo* debe asumir su rol para determinar la responsabilidad de su accionar. Y, en segundo lugar, dada la escasa regulación normativa sobre la labor del administrador que brinda el texto jurídico, dado que nunca se define que es ser un “buen hombre de negocios”, o ser diligente en una actividad empresarial.

Se sigue de lo anterior, la necesidad de acudir a la jurisprudencia, como recurso y fuente del derecho, a fin de brindar los vectores de interpretación que permitan configurar la decisión judicial de forma razonada. De ahí, que la Superintendencia de Sociedades acoja la jurisprudencia estadounidense para dirimir la responsabilidad de los administradores, como modo de circulación del derecho ante la omisión de regulación por parte del texto normativo.

Jurisprudencia estadounidense del régimen general de los administradores

A diferencia del ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia estadounidense ha decantado con mayor profundidad los eventos acerca de la responsabilidad de los administradores. El avance en materia societaria

y en sociedades mercantiles ha pautado criterios judiciales transversales a la actividad administradora respecto a la delimitación del “buen hombre de negocios” y la confianza emitida por parte de los asociados. En este punto resulta necesario evidenciar la jurisprudencia estadounidense más relevante, e identificar las subreglas allí mencionadas, para luego realizar un ejercicio de comparación con las decisiones judiciales proferidas por la Superintendencia de Sociedades.

Se tiene, entonces, que la jurisprudencia norteamericana, con mayor relevancia sobre el particular estudiado, tiene subreglas listadas en la siguiente tabla.

Tabla 2. Subreglas de sentencias estadounidenses

Sentencia	Resumen	Subregla
Aronson vs. Lewis (1983)	Se demanda al administrador, presuntamente, por irregularidades en la destinación de los recursos de la compañía y favoritismos en la contratación y honorarios a uno de los directores de la compañía. El juez rechaza la demanda, dado que se impone la presunción de que el administrador actúa de buena fe, con la creencia honesta de adoptar buenas decisiones en su actividad y con un actuar informado. Luego, entonces, ante la falta de evidencia razonable para determinar la responsabilidad del administrador, el derecho no interfiere en las políticas empresariales adoptadas.	La actuación del administrador reviste una regla de criterio empresarial que consiste en una presunción de buena fe, de un actuar informado y de la creencia honesta en las decisiones que adopte en su política empresarial.
Shlensky vs. Wrigley. (1968)	Los socios demandan al administrador para forzar la instalación de luces al estadio de beisbol, con el fin de tener eventos deportivos por las noches. El administrador se niega, dado que considera que afectará al vecindario del estadio. El tribunal le haya la razón al administrador, puesto que no encuentra que la política empresarial adoptada sea reprochable a la luz de la responsabilidad. Por lo tanto, considera que el derecho solo entra a regular los casos en donde exista fraude, ilegalidad o conflicto de intereses.	La conducta del administrador en el ejercicio empresarial solo es reprochable si su actuar adolece fraude, ilegalidad o conflicto de intereses.

Sentencia	Resumen	Subregla
Bayer vs. Beran (1941)	Los socios demandan al administrador por pagar sumas cuantiosas de publicidad a su esposa, quien trabaja en una cadena radial. El juez halla la razón a los asociados toda vez que encuentra conflicto de intereses en las actuaciones del administrador.	Los deberes fiduciarios del administrador no deben adolecer de conflicto de intereses en su accionar.
Stone vs. Ritter (2006)	Dos trabajadores bancarios crean un sistema piramidal dado el acceso a información susceptible. Se demanda al banco por 50 millones de dólares. La aclaración del juez va encaminada a que no se demuestra la mala fe de los administradores. Ante la duda razonable, debe entonces aplicarse la regla de criterio empresarial.	La falta de buena fe es una condición <i>sine qua non</i> para declarar el incumplimiento del deber fiduciario del administrador.

Fuente: elaboración propia con base en la jurisprudencia estadounidense.

Las subreglas decantadas por la jurisprudencia estadounidense han resuelto con gran éxito los casos relacionados con responsabilidad de los administradores. Tanto la creación de la regla de criterio empresarial, como presunción del correcto quehacer del administrador y los criterios de fraude, ilegalidad y conflicto de intereses, como elementos vectores de la labor administrativa, se imponen como criterios de interpretación, que coadyuvan en la labor judicial ante la omisión del texto legal para los casos específicos.

Casos de responsabilidad administrativa por la Superintendencia de Sociedades

Los vectores de interpretación de la jurisprudencia estadounidense han sido acogidos por el juez societario aquí en Colombia, específicamente por la labor jurisdiccional realizada por la Superintendencia de Sociedades. Así las cosas, la adopción de estos criterios normativos provenientes de la jurisprudencia norteamericana, ante la escasa regulación de la responsabilidad de los administradores en Colombia, se legitima en una circulación del derecho en modalidad de diálogo, de referencia antelar en el presente escrito.

Es debido precisar, que la SuperSociedades como juez no ha realizado un trasplante jurídico, ya que la responsabilidad de los administradores está consagrada en el ordenamiento jurídico colombiano²⁸. Tampoco se ha realizado un injerto, dado que no se han adoptado lexemas del lenguaje inglés. Mucho menos una cooperación, dado que existe un precedente desde 1983 (Aronson vs. Lewis) del tratamiento a la responsabilidad de los administradores. Se trata entonces, de un diálogo, como modalidad de circulación del derecho en los términos aquí referenciados, esto es, con adopción de unidireccionalidad, en donde la SuperSociedades es la corte receptora y las Cortes estadounidenses son quienes detentan la tradición jurídica, *ergo*, no dialogan con el juez societario colombiano acerca del tema en estudio.

En este punto, es necesario revisar las sentencias que han adoptado la jurisprudencia estadounidense por la SuperSociedades; no sin antes mencionar la vinculación de la jurisprudencia extranjera por otras corporaciones colombianas, como la Corte Suprema de Justicia (CSJ), al adoptar la regla de criterio empresarial²⁹. Empero, se revisa en exclusiva la jurisprudencia emanada de la SuperSociedades, dada su jurisdicción en los temas de responsabilidad de los administradores en Colombia.

Tabla 3. Jurisprudencia estadounidense sobre la responsabilidad de los administradores

Sentencia	Resumen	Subregla
Sentencia 801-35 de 9 de julio de 2013	Se demanda a los administradores cuestionando su buena fe en sus políticas empresariales, toda vez que demandan un conflicto de intereses que perjudica a los demás socios.	Las acciones de los administradores son reprochables si: i) adolecen de conflicto de interés y/o ii) actúan de mala fe.
Sentencia 800-29 de 14 de mayo de 2014	Los socios demandan a la administradora por falta de lealtad a la compañía. Se destaca que aprovechaba sus funciones para beneficiar a ciertas personas, denotándose un conflicto de intereses.	Los deberes fiduciarios incluyen actuar de buena fe en favor de la sociedad comercial.

²⁸ Ley 222 de 1995 del Congreso de la República de Colombia, *Diario Oficial* 42156.

²⁹ Véase, Corte Suprema de Justicia Sentencia SC2749, 2021, M. P. Álvaro Fernando García Restrepo. Colombia.

Sentencia	Resumen	Subregla
Sentencia 800-40 de 2 de julio de 2014	Se demanda a los administradores, dado que ejecutan acciones dirigidas al control completo de la compañía al actuar de mala fe y favorecer a allegados, y por esto recaer en conflicto de intereses.	Los deberes fiduciarios del administrador no deben adolecer de conflicto de intereses en su accionar.
Auto 800-4782 de 26 de marzo de 2015	Se demanda el accionar del administrador al favorecer a un familiar en la contratación de la compañía, y su posible fraude para con la compañía.	Los deberes fiduciarios del administrador no deben adolecer de conflicto de intereses en su accionar o de una labor con ánimo defraudatorio.
Sentencia 800-00444 de 28 de octubre de 2020	Demanda por posible conflicto de intereses y falta a los deberes fiduciarios del administrador.	Las acciones de los administradores son reprochables si adolecen de conflicto de interés y actúan de mala fe.

Fuente: elaboración propia.

Diálogo entre la Superintendencia de Sociedades y los Tribunales estadounidenses

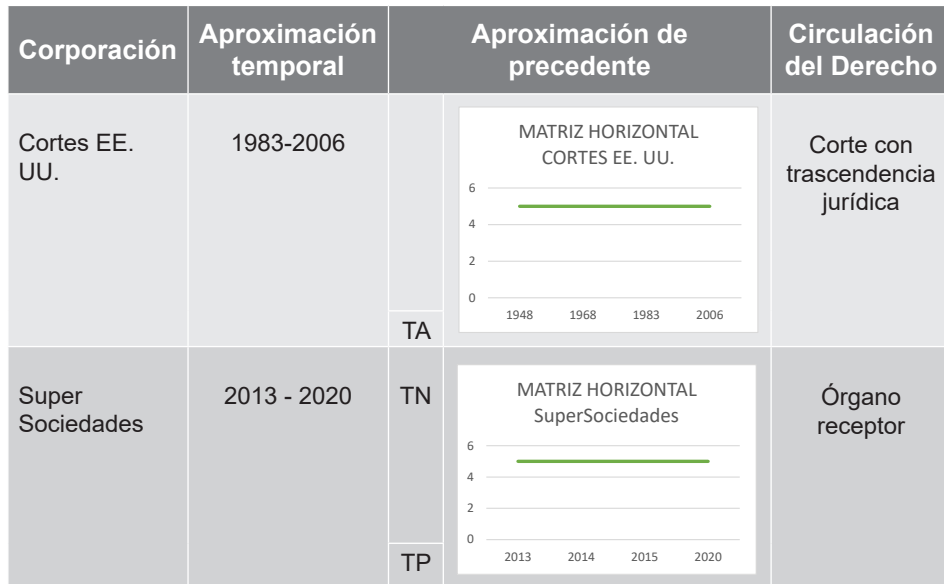
Así las cosas, las decisiones proferidas por la Superintendencia de Sociedades, como juez societario en Colombia, han adoptado la circulación del derecho en modalidad de diálogo unidireccional. Significa que han importado las subreglas decisorias de Tribunales estadounidenses con tradición jurídica y aplicado dichos vectores de interpretación en materia de responsabilidad de los administradores.

En este sentido, resulta aplicable la teoría de la comunicabilidad entre Cortes, redireccionada con fundamento en la aplicación dada por el profesor Garzón³⁰, quien, bajo la metodología de la ecología intelectual, evalúa las relaciones intrínsecas en el orden vertical y horizontal de las subreglas emanadas de la jurisprudencia. Para el caso en concreto, y, a fin de determinar de qué manera la SuperSociedades ha acogido la jurisprudencia estadounidense, para regular la escasa regulación normativa frente al régi-

³⁰ Edgar GARZÓN BUENAVENTURA, *Control judicial del acto discrecional en Colombia* (Colombia: Editorial Tirant lo Blanch, 2020).

men general de responsabilidad de los administradores, se examinará a la luz de una matriz horizontal la comunicación unidireccional. Lo anterior, en aras de demostrar la relación intrínseca entre SuperSociedades-Tribunales estadounidenses, en cuanto al tema estudiado.

Figura 2. Matriz horizontal SuperSociedades – Tribunales estadounidenses



Fuente: elaboración propia.

Luego, entonces, se evidencia en la matriz horizontal, el vínculo de igual identidad entre la jurisprudencia emanada de las Cortes estadounidenses y las decisiones proferidas por la SuperSociedades, en Colombia. El diálogo sostenido entre las corporaciones estudiadas se da en el plano extrínseco³¹, dada la comparación entre órganos jurisdiccionales de orden nacional y extra-nacional.

En efecto, los tribunales estadounidenses se imponen en el diálogo ejercido, como fuentes de derecho con alta trascendencia jurídica, sin acudir a la confrontación de sus reglas aplicadas en otro ordenamiento jurídico. Por el contrario, Colombia, a través de la SuperSociedades, acoge e importa los vectores de interpretación en diálogo horizontal con la jurisprudencia

³¹ Ibidem.

norteamericana, y valida la unidireccionalidad de un emisor con mayor peso jurídico sobre el receptor.

Conclusiones

Ante la pregunta metodológica planteada en el presente artículo, a saber: ¿Cómo la Superintendencia de Sociedades ha acogido la jurisprudencia estadounidense en materia de responsabilidad de los administradores en Colombia? La respuesta a este interrogante se da en la circulación del derecho, en modo de diálogo extrínseco entre una corporación nacional con funciones jurisdiccionales, SuperSociedades, en diálogo unidireccional con las Cortes estadounidenses. Este hecho implica que, ante la escasez de contenido del texto legal que contiene el régimen de responsabilidad de los administradores, las decisiones proferidas sobre el particular, en el ordenamiento jurídico colombiano, deban acudir como fuente formal del derecho a la jurisprudencia norteamericana.

La relación intrínseca entre estas dos corporaciones se evidencia en la matriz horizontal, como metodología propia del diálogo y su movilización del derecho. Se sigue, entonces, que la creación y la injerencia de la jurisprudencia cruza fronteras, acorde con su tradición jurídica y la imposición de relevancia que ostente en la materia. En ese contexto, la jurisprudencia estadounidense, en materia societaria ha decantado con mayor profundidad la labor de gestión administrativa, a diferencia de otros ordenamientos legales. *Ergo*, los criterios judiciales creados se convierten en vectores de interpretación transversales a nivel global, en el ejercicio judicial que desempeña la configuración de decisión judicial, y por lo menos en el presente estudio, del régimen de los administradores.

Téngase en consideración, adicionalmente, que los modos de circulación del derecho imprimen una mayor sofisticación a la hora de evaluar la sentencia emitida, conforme los recursos extra-nacionales importados. Esto es, la necesaria convicción de identificar en qué nivel el juez ha decidido adoptar una transferencia normativa. Esta conciencia de la configuración de la sentencia permite identificar el nivel de creación del derecho a través de la jurisprudencia y, sobre todo, examinar la capacidad del juez para proferir su sentencia ante casos desconocidos o de difícil resolución.

Bibliografía

- ANTONIOLLI, L., G. A. Benacchio y R. Toniatti. *Le nuove frontiere della comparazione*. Milano: Univerità degli Studi di Trento, 2012.
- CABALLERO, Pedro. “Las decisiones judiciales: justificación y racionalidad”. *Filosofía y teoría del Derecho*, n.º 13 (2019). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872019000100067
- CASTÁN TOBEÑAS, José. *La formulación judicial del Derecho*. Madrid: Editorial Reus S. A., 1954.
- CASTILLO ALVA, José, Manuel Luján Túpez y Roger Zavaleta Rodríguez. *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación, y motivación de las resoluciones judiciales*. 2a ed. Lima: Ara Editores, 2006.
- CHOUDHRY, Sujit. *The Migration of Constitutional Ideas*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- DE DIEGO, Clemente, Antonio Gullón Ballesteros y Alfonso Cossio y Corral. *Instituciones del Derecho Civil Español*, I. Madrid: Artes Gráficas Julio San Martín, 1959.
- COLIN, Ambrosio y H. Capitant. *Curso elemental de Derecho Civil*, I. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 222 de 1995. *Diario Oficial* 42156.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-168 de 1995 M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia C-2749 de 2021 M. P. Álvaro Fernando García Restrepo.
- DÍAZ ROCA, Rafael. *Teoría general del Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1997.
- DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio Gullón. *Instituciones de Derecho Civil*, II. Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1995.
- GARZÓN BUENAVENTURA, Edgar. *Control judicial del acto discrecional en Colombia*. Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch, 2020.
- HART, H. L. A. “Positivism and the Separation of Law and Morals”. *Harvard Law Review* 71, n.º 4 (1958): 593.

- JAQUEMET, S. “*The cross-fertilization of international humanitarian law and international refugee law*”. International Committee of the Red Cross (ICRC), 2001.
https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/651-674_jaquemet.pdf
- LÓPEZ MEDINA, Diego. “¿Por qué hablar de una ‘teoría impura del Derecho’ para América Latina?”. En *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, editado por Daniel Bonilla. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009.
- MARTÍNEZ, Jenny S. “Towards an International Judicial System”. *Stanford Law Review* 56, n.º 2 (2003): 429-529.
- ÖRÜCÜ, Esin. “Law as Transposition”. *International Comparative Law Quarterly* 51, n.º 2 (2002): 205-223.
- PEGORARO, Lucio. “Estudio Introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos”. En *Jurisprudencia y Doctrina frente a los retos del derecho comparado*. España: Tirant lo Blanch, 2013.
- PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. “El buen hombre de negocios y la crisis de la empresa”. En *Nuevos retos del derecho mercantil*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2000.
- PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*, I, I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos*. Bogotá: Temis, 1996.
- SCHIELE MANZOR, Carolina. “*La jurisprudencia como fuente del derecho: el papel de la jurisprudencia*”. Santiago: Universidad Católica de Chile, 2008.
- SMITS, J. *Legal Tourism: Contract, Marriage and Citizenship Beyond the State*. England. Oxford Institute of European and Comparative Law, 2010.
- URIBE LOZADA, Nicolás. *El régimen general de responsabilidad civil de los administradores de sociedades y su aseguramiento*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013.
- WATSON, Alan. *Legal Transplant: An Approach to Comparative Law*. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974.
- ZICCARDI CAPALDO, Giuliana. *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*. Oxford Scholarship, 2018.