




KPMG



Responsabilidad del
Miembro de Junta
Directiva

Colombia

Responsabilidad del Miembro de Junta Directiva



Responsabilidad del Miembro de Junta Directiva

Traducción y adaptación del libro
«A Practical Guide For The Corporate Director», KPMG LLP, 1990



Responsabilidad del Miembro de Junta Directiva

Esta publicación fue preparada bajo la dirección de los doctores Jaime Bueno Miranda y Gustavo Avendaño y la colaboración profesional de Patricia Lozano, Danny Berggrun y Mónica Grisales.

Derechos Reservados

Ninguna parte de esta publicación puede reproducirse sin la aprobación previa del Editor. Cualquier reproducción, divulgación o comercialización sin autorización del autor, será sancionada civil y penalmente como lo indica la Ley.

La información aquí contenida es de naturaleza general y no tiene el propósito de abordar las circunstancias de ningún individuo o entidad en particular. Aunque procura proveer información correcta y oportuna, no puede haber garantía de que dicha información sea correcta en la fecha que se reciba o que continuará siendo correcta en el futuro. Nadie debe tomar medidas basadas en dicha información sin la debida asesoría profesional después de un estudio detallado de la situación en particular.

Esta publicación no está disponible para la venta, se distribuye como cortesía de KPMG en Colombia a sus clientes y otros amigos.

Los derechos de autor sobre la presente obra son titularidad de KPMG Ltda. y se hallan protegidos en los términos señalados por la Ley 23 de 1982.

© 2005 KPMG Ltda., firma miembro colombiana de KPMG International, cooperativa Suiza. Derechos Reservados.

Impreso en Colombia.

KPMG

BOGOTÁ, D.C.

Calle 90 No. 21-74
Comm: (1) 618 8000/618 8100
Fax: (1) 610 3245 /218 5490
A.A. 9122
colombia@kpmg.com.co

CALI

Calle 19 Norte No. 2N – 29
Piso 31 Of. 3102^a
Edificio Torre de Cali
Tels: (2) 668 1480
Fax: (2) 668 4447
A.A. 2098
cali@kpmg.com.co

MEDELLIN

Carrera 43 A No. 16 A Sur-38
Piso 3
Tels: (4) 314 0404
Fax: (4) 313 2554
A.A. 1212
medellin@kpmg.com.co

INDICE

PRESENTACIÓN.....	7
CAPITULO I	
ESTRUCTURA DE LA JUNTA DIRECTIVA.....	9
Origen del Cargo.....	9
Comités de la Junta Directiva.....	11
CAPITULO II	
AUTORIDAD DE LA JUNTA DIRECTIVA.....	17
Generalidades.....	17
La Junta y la Gerencia.....	18
Accionistas y Otras Personas Interesadas en los Negocios Sociales.....	20
CAPITULO III	
OBLIGACIONES FIDUCIARIAS DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS.....	22
La Obligación de Actuar con “La Diligencia de un Buen Hombre de Negocios”.....	22
Lineamientos Útiles para un Miembro de la Junta Directiva.....	24
Lineamientos Útiles para una Junta Directiva.....	26
La Obligación de “Ser Leal”.....	28
Código Marco de Buen Gobierno “White Paper”.....	30

CAPITULO IV

**CONSIDERACIONES SOBRE LOS RIESGOS QUE
SE DERIVAN DE LA RESPONSABILIDAD A CARGO**

DE LOS DIRECTORES	36
Distinción entre las Violaciones a la Obligación de Ejercer y Actuar con la “Diligencia de un Buen Hombre de Negocios” y la de “Ser Leal”.....	37
Gastos Legales de Defensa.....	38
Reconocimiento de las Transacciones de Alto Riesgo.....	41

CAPITULO V

RESPONSABILIDAD LEGAL DE LOS

ADMINISTRADORES	43
Definición de Administrador.....	43
Deberes de los Administradores.....	44
Responsabilidad de los Administradores.....	44
Acción Social de Responsabilidad.....	52

CAPITULO VI

PARTICULARIDADES DE LOS ADMINISTRADORES

DE ENTIDADES FINANCIERAS	53
Deberes Especiales en la Actividad Financiera.....	53
Responsabilidad Civil	58
Régimen Especial Disciplinario.....	59
Responsabilidad Penal	60

PRESENTACIÓN

Esta guía es un resumen de las más importantes responsabilidades que atañen a los “miembros de las Juntas Directivas”, quienes también se conocen como “directores”. Recoge experiencias tanto colombianas como internacionales y ofrece asesoría práctica sobre las diversas formas en que la Junta puede desempeñar sus responsabilidades institucionales. Aunque la guía describe las principales obligaciones de tipo legal que corresponden a un miembro de Junta Directiva, hace igualmente énfasis en las responsabilidades de rutina. Las razones que sustentan este enfoque son: La guía tiene básicamente el propósito de ser un elemento de motivación para la persona no especializada en el desempeño de las funciones de director; no está dirigida a los abogados de la entidad. Entonces muchas de las sutiles consideraciones legales que deberían tenerse en cuenta si el abogado estuviera asesorando a la Junta se omiten aquí o se tratan brevemente. Esta guía tampoco tiene como objetivo proporcionar orientaciones legales de carácter específico y por ello no debe utilizarse para ese fin. En particular no abarca la normatividad existente para Juntas Directivas de sociedades de economía mixta, empresas industriales y comerciales del Estado. Y lo más importante, el cumplimiento de la Junta con sus responsabilidades rutinarias mes a mes y año tras año tendrá mayor influencia en el éxito del negocio a largo plazo, que la forma como ella maneje el tipo de transacción ocasional y complicada que probablemente pueda resultar en una acción de tipo legal.

Esta guía no pretende fijar reglas inflexibles para los procedimientos de la Junta ni establecer un modelo de código que rija la conducta de sus miembros. Como es obvio, los requisitos para que un director se desempeñe eficazmente varían de una entidad a otra y dependen de factores tales como el tamaño, si la compañía es abierta (las que ofrecen títulos al público en las bolsas de valores) o cerrada, su situación financiera, la naturaleza y alcance de sus actividades y las relaciones personales entre los miembros de la Junta Directiva y la alta gerencia. No obstante, existen ciertas funciones básicas que se esperan de todas las Juntas Directivas y cierto tipo de comportamiento que todo director debe evitar. Las causas que



determinan el éxito de un director tienden a ser las mismas para todas las compañías, ya sean grandes o pequeñas, abiertas o cerradas, con o sin ánimo de lucro.

El capítulo I de esta guía describe la estructura de una Junta, incluyendo la función y composición de sus principales comités. El capítulo II explora el papel de la Junta en la conducción de la entidad en términos de su autoridad legal y relaciones con la administración, accionistas y otras partes interesadas. El capítulo III contiene un detalle de las obligaciones de tipo “fiduciario” de los miembros de la Junta Directiva y ofrece algunos lineamientos prácticos para el mejor cumplimiento de los deberes asignados a los directores y a la Junta. El capítulo IV ofrece una perspectiva de los riesgos por responsabilidad inherentes al cargo de miembro de Junta Directiva. El capítulo V ofrece una perspectiva de los riesgos por responsabilidad legal de los administradores en Colombia, del cual hemos tomado para las diferentes clases de responsabilidades, apartes del libro Responsabilidad de Directivos, publicado por Legis en su edición 2004*. Por último, el capítulo VI trata de las particularidades de los administradores de las entidades financieras en Colombia.

Debemos finalmente registrar la amable respuesta que nuestros clientes y amigos le han brindado a esta publicación; en efecto, sus continuas solicitudes y la reforma del Código del Comercio, expedida con la Ley 222 de 1995, nos invitaron a preparar esta nueva impresión.

KPMG

Jaime Bueno Miranda, Presidente

Bogotá D.C., enero de 2005.

* Legis, Responsabilidad de Directivos 2004, Segunda Edición, Bogotá D.C., Legis Editores S.A., 2003.

CAPITULO I

ESTRUCTURA DE LA JUNTA DIRECTIVA

ORIGEN DEL CARGO

Los miembros de la Junta Directiva son elegidos por los accionistas en la Asamblea General o Junta de Socios y el periodo de su cargo lo definen los Estatutos de la Compañía, periodo que por regla general es de un año.

Miembros de la Junta Directiva: “Internos” y “Externos” con “Intereses” e “Independientes”

La ley en Colombia clasifica como administradores a los miembros de juntas o consejos directivos.

Sin perder de vista la responsabilidad legal que tienen los miembros de Junta Directiva, a la cual nos referimos más adelante, es posible diferenciar distintas clases de miembros de las Juntas Directivas y puede hablarse de directores “internos” (aquellos que hacen parte de la compañía) y “externos” (los que son ajenos a ella). Esta clasificación en si no tiene implicaciones legales, máximo si se tiene en cuenta que todo director una vez elegido debe independizarse de los intereses y criterios de quienes fueron sus patrocinadores dentro del proceso de selección; pero la clasificación es válida si se observa que algunos directores si tienen “intereses” al paso que otros son independientes con respecto al giro ordinario de los negocios de la compañía.

Directores “Internos”: La expresión “director interno” puede describir sencillamente a alguien que dentro de la compañía está empleado a nivel gerencial. Algunas empresas designan a sus mejores ejecutivos para que se desempeñen en

las Juntas Directivas de la misma compañía o en las de las filiales. La composición exacta de los representantes de la administración en la Junta Directiva varía considerablemente: algunas compañías tienden a escogerlos de su personal operativo fundamental tales como jefes de división, mientras que otras prefieren a ejecutivos de nivel superior, como el vicepresidente financiero o el asesor general. Otras compañías se inclinan por una mezcla representativa de diversas experiencias, incluidos funcionarios operativos y asesores o analistas.

Directores “Externos”: Si bien los “directores internos” aportan experiencia e información actualizada a las discusiones de la Junta Directiva, de los “directores no vinculados” o “directores externos” se espera que estos contribuyan con perspectivas innovadoras y de alguna envergadura, ya que no están íntimamente vinculados con el desarrollo de las operaciones diarias de la compañía. Con base en esta premisa, los ejecutivos retirados y aquellos que prestan servicios a la compañía en algunos cargos de asesoría o análisis, como el que desempeñan los abogados, los economistas y los banqueros de inversión, pueden estar en capacidad de hacer valiosas contribuciones a la Junta. Sin embargo, debido al cada vez más importante papel que se atribuye a los “directores independientes”, muchas compañías restringen la elección en la Junta Directiva a aquellas personas que no tienen ninguna vinculación financiera o de cualquier otro tipo con la sociedad. Es así como los altos ejecutivos de otras empresas o aquellos que se han destacado en otros campos profesionales son especialmente valiosos para ocupar el cargo de ‘director externo’, ya que ellos pueden cumplir dos funciones: enriquecer las deliberaciones de la Junta y actuar como “directores independientes”, cualidad que puede resultar de especial importancia en ciertos momentos.

Directores “Independientes” y Directores “Interesados”: El término “independiente” se usa en dos contextos diferentes y en cada uno tiene un significado ligeramente distinto. Para los casos en que la compañía puede realizar negocios con algunos de sus directores, la palabra “independiente” es sinónimo de “desinteresado” e incluye a todos los directores que no poseen un interés financiero personal, directo o indirecto, en la citada transacción. Por ejemplo, si un “director externo” vende propiedades a la compañía, todos los otros directores - internos y externos - se pueden considerar como independientes o desinteresados en cuanto se relaciona con el análisis y aprobación de esa compraventa. (ver Capítulo III).

En otros casos el término “independiente” incluye solo a aquellos directores que no tienen interés financiero que arriesgar y que son completamente libres de la influencia que pudiera ejercer sobre ellos la administración de la compañía. Resulta prudente asumir que ningún “director interno” se deberá catalogar como “independiente”, para aprobar operaciones en que la administración o los accionistas mayoritarios puedan ser considerados como “interesados” y que se

cuestionará enfáticamente la independencia de quienes actualmente son miembros de la Junta Directiva pero fueron empleados de la compañía; son: sus abogados, sus economistas o sus banqueros de inversión o aquellos que de alguna manera tienen relaciones importantes con la compañía. Solamente aquellos directores que cumplan con la más estricta definición de “independencia”, se deben considerar como tales para cuanto se relacione con las transacciones enunciadas (Capítulo IV). Los “directores independientes” también deben constituir una mayoría en los comités de auditoría o revisoría fiscal, remuneración y nombramientos, que se describen más adelante dentro de este mismo capítulo.

COMITES DE LA JUNTA DIRECTIVA

Conforme a muchas legislaciones, la Junta Directiva puede delegar algunas de sus responsabilidades en comités integrados por algunos de sus miembros. Muchas Juntas han establecido un comité ejecutivo, uno o más de vigilancia y varios comités para propósitos específicos.

Comité Ejecutivo. El comité ejecutivo se justifica cuando actúa como un intermediario en relación con los asuntos que surgen entre una y otra reunión de la Junta Directiva y que exigen atención inmediata. Estos comités pueden tomar decisiones sobre los asuntos para los que reciban facultad por parte de la Junta Directiva y dado que su principal tarea es la de actuar con conocimiento y rapidez, usualmente la calidad de miembro del comité ejecutivo está restringida a los “directores internos”.

En los últimos años este comité ejecutivo ha venido asumiendo un papel más importante y en algunas compañías se ha ocupado del análisis y preparación de cuanto se relaciona con la planeación a largo plazo y la formulación y evaluación de políticas que deben someterse a la consideración de la Junta Directiva en pleno. En estos casos, cuando la agenda del comité incluye lo relacionado con planeación y formulación de políticas, es usual que entre sus integrantes se incluyan algunos “directores externos”.

Este comité ejecutivo rinde sus informes a la Junta en pleno, se reúne periódicamente y de cuanto sucede en sus reuniones, se levantan actas que son conocidas por todos los miembros de la Junta Directiva.

Comités de Vigilancia: Aunque las actividades específicas que deben atender los principales comités de vigilancia aún se encuentran en su etapa de desarrollo, goza de bastante aceptación la idea de que tales comités contribuyen de muy buena manera al eficiente desempeño de la Junta Directiva. En primer término,

estos comités aumentan considerablemente las contribuciones o aportes que provienen de los “directores independientes” al concentrar su atención en aspectos específicos de la dirección de la empresa. En segundo lugar, el hecho de que los “directores independientes” constituyen una mayoría y algunas veces el total de los miembros de los comités de vigilancia, le asegura a los directores restantes un criterio más independiente en relación con la información y evaluación de los asuntos y negocios que se someten a tales comités. En contraste con el comité ejecutivo, los comités de vigilancia por lo general no toman la decisión final sobre los asuntos que son objeto de su análisis, sino que tales decisiones se reservan para la Junta Directiva, órgano ante el cual los comités presentan sus informes y recomendaciones. Este procedimiento enfatiza el hecho de que la responsabilidad de la dirección societaria corresponde a la Junta Directiva y no a cada uno de sus miembros individuales considerados. El propósito de los comités no es relevar a la Junta de sus responsabilidades sino aumentar su eficiencia.

La Junta Directiva deberá tener especial cuidado en definir exactamente la competencia y responsabilidad específica de cada uno de sus comités y a su vez cada comité debe analizar periódicamente el alcance de su mandato para, si es del caso, obtener la pronta renovación de sus instrucciones o facultades. Las tareas que típicamente se asignan a los comités de vigilancia incluyen las principales responsabilidades del comité de auditoría, del comité de remuneración y del comité de nombramientos.

Comité de Auditoría o de Revisoría Fiscal: Este comité puede ser el mejor ejemplo de las contribuciones especializadas que sus miembros pueden hacer para la buena marcha de la compañía.

Un adecuado sistema de información y control financiero es el soporte vital de cualquier empresa. Su diseño e implantación es una tarea que por exigir determinadas condiciones inicialmente se deja en manos de la administración por el alto grado de conocimiento e información que ella posee. Sin embargo, como la información y el control financiero son esenciales para la propia existencia de la compañía, la Junta Directiva debe tener la responsabilidad final para asegurar que el sistema desarrollado por la administración sea adecuado. Los revisores fiscales y los auditores externos tienen dentro de sus responsabilidades la evaluación de los sistemas de control, pero las Juntas Directivas no están en capacidad de actuar como enlaces idóneos entre éstos y la administración, debido a la frecuencia de sus reuniones y a las otras exigencias que les imponen las leyes y los estatutos sociales, los cuales limitan su tiempo disponible. Por estas razones, es obvio que esta función no se puede delegar en la administración, ya que es su propio sistema de control el que los auditores van a revisar y evaluar para, posteriormente, rendir un informe sobre el mismo a la Asamblea General de Accionistas. De ahí que el comité de auditoría sea el enlace directo entre la Junta

Directiva y los Revisores Fiscales y/o los Auditores Externos, lo cual facilita que la Junta cumpla su responsabilidad de vigilar el sistema de información y control financiero, y simultáneamente le permite a los Revisores Fiscales y/o a los Auditores Externos obtener un canal de comunicación directo entre ellos y la Junta Directiva, con independencia de la Gerencia, lo cual contribuye a la independencia de los Revisores o Auditores.

El comité de auditoría, además de las funciones que le encargue la Junta Directiva, debe ocuparse de:

- Recomendar a la persona, a la asociación o firma de contadores que actuará como Revisor Fiscal o como Auditor Externo para el próximo período y analizar el presupuesto de honorarios y gastos que ellos le presenten.
- Revisar y discutir con los Revisores Fiscales o con los Auditores sus programas de trabajo.
- Reunirse periódicamente con los funcionarios de control interno y conocer sus planes de trabajo y los resultados que vayan obteniendo en el desarrollo del mismo.
- Analizar, junto con los Revisores Fiscales o los Auditores Externos los borradores de sus dictámenes, informes y estudios especiales, si los hubiere.
- Reunirse con el Revisor Fiscal o con el Auditor para revisar la relación que ellos tienen con los funcionarios encargados del control interno de la administración y, si fuera el caso, hacer recomendaciones sobre los correctivos que pudieran ser necesarios.
- Revisar junto con la Gerencia y el Revisor Fiscal o el Auditor independiente los estados financieros antes de su presentación ante las autoridades de inspección y vigilancia y antes de su presentación ante la Asamblea General de Accionistas, analizando la causa de cualquier desacuerdo que pudiera surgir entre la gerencia y los Revisores Fiscales, o los Auditores, o las entidades gubernamentales por causa de los estados financieros. Debido a la naturaleza técnica de las preguntas que el comité de auditoría muy seguramente encontrará en el desarrollo de su trabajo, dentro de sus miembros debe haber por lo menos un director que esté familiarizado con los principios de contabilidad y con las técnicas que utilizan los Revisores Fiscales, los Auditores Externos y las oficinas gubernamentales que tienen a su cargo la inspección y vigilancia.

Los Comités de Auditoría del Negocio han venido adquiriendo creciente importancia dentro del Gobierno Corporativo, con responsabilidades en el mejoramiento del control interno de las Organizaciones. El control interno no se concibe hoy como actividad limitada a los Contadores Públicos y Auditores; su campo de aplicación no debe confundirse tampoco con las funciones de los Auditores Internos o Externos.

El control interno ha sido definido como una **responsabilidad gerencial** así: «Proceso realizado por el Consejo de Directores (Junta Directiva), Administradores y otro personal de una Entidad, diseñado para proporcionar seguridad razonable, mirando el cumplimiento de los objetivos en las siguientes categorías: Efectividad y eficiencia de las operaciones, Confiabilidad en la información financiera y Cumplimiento de las leyes y regulaciones aplicables» (COSO, Committee on Sponsoring Organizations of the Treadway Commission).

En reconocimiento a la importancia de los Comités de Auditoría, KPMG creó el **Audit Committee Institute** para atender las necesidades de los miembros de dichos Comités. En el pasado, los Comités de Auditoría del Negocio han tenido que basarse en su propia iniciativa para estar al día en temas de gobierno corporativo, problemática financiera, legal y contable, etc. El Instituto KPMG ofrece guía de cortesía para acrecentar la familiaridad de los miembros de los Comités de Auditoría en los temas bajo su responsabilidad. Los interesados pueden consultar con el Instituto temas específicos o compartir conocimiento.

Para mayor información sobre el Audit Committee Institute de KPMG, consulte en la siguiente dirección: <http://www.kpmg.com/aci/>

Comité de Remuneración: La principal tarea del comité de remuneración es revisar y formular las recomendaciones anuales sobre el sueldo, las bonificaciones y otras formas de retribución que las compañías adopten en favor de sus más altos ejecutivos y los “directores-administradores”. La delegación de esta tarea en el comité de remuneración le permite a estos ejecutivos no entrar en conflicto de intereses al que tendrían que someterse, si ellos discutieran directamente con la Junta Directiva el valor y el sistema que define las compensaciones económicas que son de su interés. Por esta razón, los miembros de estos comités deben ser “directores-independientes”. Por otro lado, como la compensación debe estar relacionada con el desempeño de quien la recibe, el comité al evaluar a otros miembros del equipo de gerencia debe buscar la opinión del ejecutivo de mayor nivel jerárquico (presidente, gerente general, etc.).

Las metas del comité se orientan al diseño de políticas de compensación y otro tipo de incentivos lo suficientemente atractivos para:

- Reclutar, retener y estimular a un talentoso equipo de administración;

- Retribuir a cada ejecutivo de acuerdo con las contribuciones que haga al buen éxito de la compañía; y,
- Asegurar que el rubro total de remuneración de la empresa sea razonable en relación con la competencia y los recursos disponibles. En consecuencia, el comité debe tener acceso a ciertos documentos confidenciales que contengan información sobre las políticas de compensación y remuneración que otras empresas análogas hayan adoptado. El comité también debe desarrollar mecanismos que le permitan mantenerse informado sobre las nuevas tendencias que vayan apareciendo en el mercado, para retribuir a ejecutivos de buen nivel a fin de revisar periódicamente y a la luz de los acontecimientos más recientes, la estrategia que utiliza la compañía en relación con estos asuntos.

Con frecuencia la máxima autoridad ejecutiva (presidente, gerente general, etc.) solicita al comité asumir mayores responsabilidades que pueden incluir la evaluación de las políticas de personal y la recomendación o análisis de las propuestas que se le hagan en relación con los ascensos y traslados de personal directivo, así como la formulación de planes que sirvan para establecer mecanismos de ascenso y sucesión laboral a largo plazo en momentos de emergencia.

Comité de Nombramientos: En contraste con los otros dos comités de vigilancia, el objetivo de este comité es la Junta Directiva misma. Su principal responsabilidad está en diseñar los criterios que rigen la elección de los miembros de la Junta Directiva e identificar candidatos para esas dignidades. Aunque la composición del comité de nombramientos es menos especializada que la de los otros dos comités (auditoría y remuneración), es obvio que la independencia, el nivel y la experiencia de los candidatos será mayor, si el comité está compuesto por “directores independientes”. Como en el caso del comité de remuneración, el comité de nombramientos debe solicitar y dar apropiado análisis a las recomendaciones del presidente o del gerente general, sobre determinados candidatos.

A este comité es frecuente que se le solicite el diseño de métodos para evaluar el desempeño individual de los directores, para revisar periódicamente y presentar recomendaciones sobre el tamaño de la Junta, su estructura, el número de comités, la asignación de responsabilidades y actividades que a cada uno le compete, así como la frecuencia de sus reuniones ordinarias.

Comités para propósitos específicos: Como es natural, la Junta Directiva puede crear tantos comités ad-hoc como sea necesario. Esos comités usualmente se utilizan para desarrollar la base objetiva que sustentará la decisión que deberá tomar la Junta Directiva, cuando los hechos relacionados con determinado asunto son complejos o necesitan un estudio más o menos dispendioso. En estas circunstancias, el papel de ese comité especial se limita a recopilar, evaluar e

informar los hechos que revistan interés para la Junta Directiva. Los informes de estos comités pueden incluir o no algunas recomendaciones, pero la Junta será quien tome la decisión final. Los comités especiales a veces se utilizan para evaluar las causas y fundamento de las reclamaciones que presenten los accionistas o los clientes contra ciertos directores; para analizar algunos litigios eventuales, y con frecuencia estos comités tienen suficiente autoridad para decidir si afrontan el litigio o se comprometen a buscar alguna solución a las pretensiones del quejoso, o si adoptan algunas decisiones de tipo administrativo, que traten de prevenir la ocurrencia futura de los hechos que dieron lugar a la queja reclamación objeto de su estudio.

Es usual que estos comités tengan poderes amplios para evaluar los proyectos de fusión y cada día es más frecuente que a estos comités se les encargue la formulación de las políticas que debe adoptar la compañía para la emisión de nuevas acciones, la adquisición de acciones en compañías filiales o subordinadas, o la venta de las acciones que posean en ella.

Cada vez que se designa a un comité para solucionar un problema latente de conflicto de intereses, es esencial que sus miembros sean independientes y que el comité en si mismo disponga de toda la información y soporte necesarios, incluyendo asesoría externa, para así llegar a una decisión consciente y totalmente independiente (ver Capítulo IV).

CAPITULO II

AUTORIDAD DE LA JUNTA DIRECTIVA

GENERALIDADES

En términos más o menos amplios puede decirse que la Junta Directiva es la máxima autoridad en cuanto se relaciona con los asuntos administrativos de la compañía, sin que ello suponga que tiene a cargo la representación legal de la sociedad y por ende la capacidad de contratar con terceros.

Sus funciones específicas deben estar contenidas en los estatutos y ordinariamente comprenden las relacionadas con:

- La elaboración del reglamento de colocación de acciones.
- En las sociedades anónimas, la aprobación del avalúo de bienes que se reciban como aportes en especie, posteriores al acto de la constitución.
- Al fin de ejercicio, la elaboración de un informe razonado de gestión y sobre la situación de la compañía, para la presentación ante la asamblea general de accionistas.
- La preparación del proyecto de distribución de utilidades.
- El análisis y recomendación de decisiones tales como la fusión, escisión, venta sustancial de los activos de la compañía, reformas estatutarias, aumentos de capital y disolución anticipada de la compañía.

Los estatutos, en muy contadas ocasiones, imponen limitaciones a la autoridad de la Junta; en principio, se acepta que la Junta debe tener a cargo el análisis y decisión de cuanto se relacione con contratos, acuerdos o programas que

comprometan recursos o activos significativos de la compañía. Por lo tanto, la emisión de bonos de garantía general o de garantía específica, bonos obligatoriamente convertibles en acciones, la emisión de acciones; la intervención en transacciones o en litigios de consideración y la adquisición, gravamen o enajenación de activos significativos, son situaciones que deben ser objeto de análisis por la Junta Directiva.

LA JUNTA Y LA GERENCIA

No obstante la extensa lista de los deberes que los estatutos y las leyes asignan a las Juntas Directivas y la extensión de su autoridad, la única actividad que la Junta no realiza es la relacionada con la gerencia ordinaria de la compañía. Hay una distinción entre la gestión administrativa de la Junta Directiva y la gestión administrativa de la gerencia, la cual se expresa al decir que los poderes de la gerencia deben ejercerse “por y con sujeción a la autoridad de” en tanto que la compañía es administrada “bajo la dirección” de la Junta Directiva. Este concepto describe el ejercicio del poder en casi todas las compañías a excepción de las de tamaño reducido. En las empresas de mayor tamaño, la gestión administrativa de gerencia la ejerce el presidente, o el gerente general o similar y los otros miembros del equipo de dirección quienes, de acuerdo con los estatutos, ejerzan o detenten esas funciones.

La literatura sobre el ejercicio del poder en las compañías abunda en intentos que tratan de precisar la distinción entre las funciones de administración de la Junta Directiva y las de la administración de la gerencia. Se dice que las juntas deben ejercer monitoria y vigilancia sobre el desempeño de las tareas de la gerencia; por ello es común expresar la diferencia entre la administración de la Junta y la administración de la gerencia en términos de perspectiva, cuando se dice que la administración de la gerencia mira hacia adentro, mientras que el enfoque de la administración de la Junta se realiza hacia afuera. También la distinción entre uno y otro órgano social se hace en términos de tiempo cuando se dice que la administración de la gerencia se preocupa por las cosas relacionadas con el “momento”, mientras que la administración de la Junta Directiva debe ocuparse de las cosas de “mediano y largo plazo”. Cada uno de estos aforismos es verdadero, pero ninguno resulta suficientemente preciso y distintivo. En consecuencia, una gran parte de la agenda de las Juntas Directivas trata de solucionar los problemas del día y por ello tanto la Junta Directiva como la gerencia, deben estar en capacidad de analizar el efecto de sus actos frente a la organización y negocios de la compañía y cuando la ocasión lo amerite, la Junta debe estar en disposición de intervenir directamente en los detalles de cualquier asunto.

Resulta bien difícil diferenciar las funciones de la Junta y las de la gerencia, no tanto porque haya inconsistencias o contrastes entre unas y otras, sino porque más bien las dos funciones son complementarias. En aquellas compañías que tienen un sistema de funcionamiento sencillo la línea divisoria entre la gerencia y la Junta Directiva es casi invisible. La separación de las responsabilidades que institucionalmente le corresponden a cada órgano, se torna más evidente cuando se presentan dificultades o errores graves e instintivamente los accionistas, los órganos de control o las agencias gubernamentales de inspección y vigilancia buscan a quién culpar. En la mayoría de estos casos la responsabilidad recae tanto en la Junta Directiva como en la gerencia, porque ambas han fallado en el desempeño de las responsabilidades esenciales que una tiene para con la otra.

Lo ideal es que la relación entre la Junta Directiva y la gerencia sea de soporte mutuo, apoyo que se aprecia de mejor manera cuando se analizan las relaciones entre el presidente o gerente general y la Junta Directiva. Aunque el presidente o gerente general es responsable ante la Junta y en cierto sentido está subordinado a ésta, los directores no deben adoptar hacia el una actitud adversa o de manifiesta prevención, porque ese comportamiento afecta toda la estructura administrativa. Como es obvio la Junta, para dar cumplimiento a las responsabilidades que tiene frente a los accionistas, no puede actuar en forma rutinaria ni con precipitación ni con desinterés. Por el contrario, los directores en forma independiente deben estudiar, cuestionar y evaluar las propuestas que se sometan a su consideración. Sin embargo el objetivo de la inspección y análisis cuidadoso que le corresponde a la Junta no es comprobar o examinar la actuación de la gerencia, ni hacer valer su autoridad frente al Presidente o al Gerente General, porque en estos casos la Junta debe ayudar a tales funcionarios a formular políticas que favorezcan los intereses de la empresa y los de sus accionistas, y para ello la Junta no solo debe contribuir con su inteligencia sino que, en veces, debe tomar las medidas necesarias para asegurar que dicho ejecutivo tenga a su disposición, todos los recursos indispensables para ejecutar esas políticas. La actuación de la Junta Directiva debe desarrollarse de tal manera que fomente el respeto y la lealtad de todos los funcionarios de la compañía hacia el presidente o el gerente general y por ello los directores, a su vez, también deben respetar la cadena de mando. Si por ejemplo, se necesita información adicional sobre determinado proyecto, es preferible solicitársela al presidente o al gerente general para que la obtenga del ejecutivo a quien le corresponda; no es conveniente solicitarla directamente. A su vez, la Junta está en su pleno derecho de esperar que el presidente o el gerente general respeten sus prerrogativas, respalden y acepten con sinceridad su papel institucional. Para ello, el presidente o gerente general debe:

- Mantener comunicación con los directores durante el lapso que transcurre entre una reunión y otra e informarles sucintamente de los acontecimientos importantes.

- Poner anticipadamente a disposición de los directores la agenda de cada reunión, acompañada de los informes u otros documentos de soporte que cada director deberá analizar antes de cada sesión.
- Responder completa y rápidamente todas las solicitudes relacionadas con información adicional o con estudios específicos que se le soliciten; y,
- Propiciar las oportunidades para que los directores conozcan y se familiaricen con otras personas claves dentro de la administración; para ello, puede permitir que esas personas reporten en forma directa algunos asuntos que deba conocer la Junta Directiva y también puede fomentar reuniones periódicas de esos funcionarios con la Junta o con sus comités.

ACCIONISTAS Y OTRAS PERSONAS INTERESADAS EN LOS NEGOCIOS SOCIALES

Si bien la Junta Directiva tiene a su cargo la dirección interna de la compañía, a ella también le corresponde velar por las relaciones de la sociedad frente a los terceros; para ello, la Junta debe mantener estrecha relación con los accionistas, acreedores, empleados, clientes, miembros de la comunidad dentro de la que opera, asesores externos, auditores y oficinas gubernamentales encargadas de la inspección y vigilancia de la compañía. La Junta Directiva debe reconocer que todas estas personas e instituciones, que podríamos llamar “terceros” tienen exigencias legítimas frente a la compañía y por ese motivo la Junta debe esforzarse por definir políticas que aseguren la justa consideración de las peticiones que ellos formulen y también debe supervisar la manera como la compañía cumple las expectativas razonables de esos “terceros”. Así por ejemplo, la Junta Directiva debe revisar periódicamente los planes de sueldos y prestaciones sociales del personal, los procedimientos que la compañía utiliza para atender los reclamos de sus clientes, la puntualidad que la sociedad tiene en el pago de las cuentas a su cargo, las cuantías, actividades y propósitos de los beneficiarios de donaciones caritativas y cualquier otra forma de ayuda a la comunidad, así como el interés, detalle y oportunidad con los que la administración atiende las solicitudes de información que recibe de oficinas gubernamentales y velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.

En la mayoría de los casos no hay un verdadero conflicto entre los intereses de los accionistas y los de otras terceras personas o instituciones, porque lo que beneficia a los terceros también favorece los intereses a largo plazo de los accionistas. Por ejemplo, una compañía que se preocupa por la reputación de sus productos

encontrará que el “goodwill” se traduce en mayor demanda de sus productos o servicios, y, desde luego, en mayores utilidades. En igual forma, las compañías que se esfuerzan por cumplir estrictamente sus obligaciones financieras tienen mayor posibilidad de encontrar acreedores amables en tiempos difíciles y estará en ventaja con respecto a aquellas compañías que tratan de aprovechar hasta el último centavo, demorando excesivamente los pagos de las cuentas a su cargo.

CAPITULO III

OBLIGACIONES FIDUCIARIAS DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS

Los miembros de las Juntas Directivas son verdaderos “fiduciarios” - personas en quienes los terceros depositan su confianza y a quienes se otorgan poderes suficientes para realizar negocios jurídicos en interés del fideicomisario - exigiéndose en sus actuaciones la buena fe, lealtad y diligencia del buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados, por todo lo cual ellos deben actuar con las responsabilidades que son inherentes al administrador de cosas ajenas. Estas responsabilidades incluyen el deber de obrar con la diligencia que se espera de directores solícitos y la lealtad se refiere a la obligación que tienen los directores de subordinar sus propios intereses a los de la compañía.

LA OBLIGACION DE ACTUAR CON “LA DILIGENCIA DE UN BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS”

Asumir riesgos es una parte esencial del arte de hacer negocios y por definición no todos los riesgos a la postre conducen a resultados positivos. Los directores deben disponer de considerable libertad para decidir cuales riesgos son razonables.

De lo anterior se deduce que los directores en forma individual deben ser quienes más se preocupen por la forma como ellos y sus colegas toman las decisiones sobre asuntos de especial importancia para la compañía.

Cabe anotar que los deberes impuestos por la obligación de actuar de buena fe, exenta de culpa, con “la diligencia de un buen hombre de negocios”, son tanto de naturaleza objetiva como subjetiva. En términos subjetivos, el actuar como director cuidadoso exige de esa persona honestidad e integridad. Si los directores tienen conocimiento de información que está abiertamente reñida con los hechos y deciden guardar silencio, esa actitud carece de buena fe. Ahora, si las actuaciones de los directores están motivadas por la perspectiva del lucro personal tampoco pueden ser consideradas de buena fe, ni pueden entenderse animadas por el propósito de lograr el buen suceso y el éxito de la compañía.

Aún en las circunstancias en que la honestidad y la buena fe del miembro de la Junta Directiva están fuera de todo reproche, es indispensable que el director crea razonablemente y esté íntimamente convencido de que actúa en provecho de la compañía y que su decisión es correcta. Los directores deben actuar con el mismo cuidado con el que un administrador normalmente prudente y diligente actuaría, si estuviera en una situación semejante a la que tiene el miembro de la Junta Directiva.

Del párrafo anterior conviene resaltar algunas ideas:

“Creer razonablemente”. A los miembros de Junta Directiva se les debe informar adecuadamente sobre el asunto que se somete a su consideración y con esa información puede esperarse que las decisiones o actuaciones de los directores se cumplan en provecho de la compañía. Es obvio que la información que se debe analizar se relaciona con hechos específicos y que variará de acuerdo con la complejidad de la transacción, su importancia para la compañía y el tiempo disponible para evaluarla. En la segunda sección de este capítulo hemos presentado algunos lineamientos generales que podrían tenerse en cuenta para precisar cuándo se entiende que los directores están debidamente informados y en el capítulo IV hemos identificado las que podríamos llamar situaciones de alto riesgo, que demandan la mejor preparación en cada uno de los miembros directivos y la mayor dedicación en el análisis del caso.

“Normalmente prudente”. Si bien se acepta que los directores no necesariamente representan un compendio de lo mejor de la sabiduría humana o de la más fina perspicacia para los negocios, de ellos se espera que actúen con el mismo buen sentido, criterio y atención a los detalles que un director común y corriente prestaría a un caso semejante, puesto en “una posición similar”.

“En una situación semejante”. Esta es quizás la parte más crítica de la noción que estamos sugiriendo, porque tiene que ver con las personas encargadas de tomar la decisión y con el proceso que siguieron para expresar su criterio final o última opinión. En primer lugar, el grado de cuidado y diligencia desplegada por un director, debe compararse con el cuidado y diligencia de un director hipotético semejante en conocimientos, experiencia y preparación a la persona sobre la cual

se hace el examen. Debido a la importancia del riesgo que se asume, las decisiones de los miembros de Junta Directiva no deben compararse, por ejemplo, con las decisiones o criterios que uno esperarla por parte del síndico de una quiebra o de un administrador de bienes inmuebles. “Situación semejante” también significa que los “directores externos” deben juzgarse con base en normas apropiadas para evaluar a otros directores que tienen con respecto a la compañía, un grado de información y experiencia semejante a la del director que es objeto de evaluación. No se pueden evaluar los esfuerzos y el comportamiento de los directores externos, con base en los criterios que se aplicarían para analizar los directores que son empleados de tiempo completo de la compañía y que tienen un grado de conocimiento mucho más profundo que los directores externos sobre determinados asuntos. Esta distinción se convierte en un arma de doble filo: si bien no es razonable esperar que una persona ajena a la compañía posea sobre un negocio determinado el mismo conocimiento íntimo, que tendría alguien que pertenece a esa compañía, del director externo se puede esperar un esfuerzo muchísimo mayor para compenetrarse con todas las circunstancias y particularidades de los negocios sociales. Al evaluar lo adecuado de una investigación o un análisis sobre un negocio determinado, los esfuerzos hechos por los directores externos deben juzgarse partiendo de la base de que su vinculación no es de tiempo completo y que tienen otros compromisos que atender. Igualmente deberá tenerse en cuenta que los directores, para emitir sus conceptos, se valen de sus propios conocimientos y experiencias. Por el mismo motivo, los directores que tienen experiencia en áreas determinadas (como por ejemplo en derecho, en matemáticas financieras, en impuestos) deben usar sus conocimientos especializados y su capacitación, en el análisis de aquellos asuntos que se relacionen con su especialidad y el margen de error en que ellos pueden incurrir, es muchísimo menor al que sería tolerable en otros directores que carecen de esos conocimientos especializados.

LINEAMIENTOS UTILES PARA UN MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA

Aceptando que los directores están obligados a desempeñar su cargo con esmero, que deben actuar con la diligencia propia de los administradores solícitos y que las operaciones de alto riesgo demandan una atención especial (ver Capítulo IV), el director puede estar razonablemente seguro de cumplir esta responsabilidad, si observa los lineamientos que se sugieren a continuación:

Conocer la Compañía: Cada miembro de la Junta Directiva debe tener un conocimiento práctico del negocio al cual se dedica la compañía, sus líneas de producción, políticas de recursos humanos y los problemas específicos que la afectan. Para un director recién nombrado ello significa un compromiso que le

exige especial dedicación para poder informarse en detalle antes de aceptar formar parte de la Junta Directiva y después durante los primeros años de servicio. Los nuevos directores deben leer las actas de la Junta Directiva y las de sus principales comités correspondientes al año anterior, así como los informes presentados por la administración y la revisoría fiscal a la asamblea general de accionistas durante los últimos años.

Además, los nuevos directores deben solicitar y estudiar todos los dictámenes que tengan por objeto la compañía, tales como informes relacionados con las inversiones, la cartera, los activos fijos, la situación laboral, las expectativas del mercado para los productos o servicios de la compañía, etc. También deben esforzarse por lograr una rápida familiarización con sus colegas de la Junta Directiva y con otros miembros claves del equipo de administración.

De los directores veteranos se da por sentado que dentro de sus responsabilidades permanentes han incluido la lectura de las actas e informes antes mencionados. No obstante, ellos deben mantenerse alerta para identificar, conocer y evaluar todos los informes que se relacionen con la compañía y que provengan de fuentes externas, sin abandonar el diálogo permanente con los otros miembros de la Junta Directiva y las personas claves dentro del equipo de la administración.

La administración puede jugar un papel importante para que los directores cumplan a cabalidad su responsabilidad de “actuar con diligencia”, papel que consiste en reunir información y documentos que orienten a los nuevos directores, en procurar que todos los directores reciban los informes preparados por analistas o asesores de la compañía, así como los artículos de revistas especializadas y cualquier otra información relacionada con la compañía, sus productos o sus competidores y propiciar luego un intercambio informal de ideas entre los miembros de la Junta Directiva y el personal operativo. Muchas compañías también acostumbran invitar a los directores a que periódicamente visiten sus instalaciones más importantes.

Destinar el tiempo necesario para realizar el trabajo: Si bien es un honor que a una persona se le solicite que forme parte de una Junta Directiva, esta distinción, a diferencia del “premio al mejor ciudadano”, exige un compromiso permanente que le disminuye el tiempo disponible para sus actividades y negocios habituales. Nadie debe aceptar convertirse en miembro de una Junta Directiva a menos que disponga de suficiente tiempo para realizar el mejor trabajo posible. Por lo tanto, los directores deben asistir a todas las reuniones de la Junta Directiva y de sus comités, a menos que se encuentren enfermos o haya ocurrido una emergencia. Los miembros de la Junta Directiva deben prepararse adecuadamente para las reuniones, la cual supone estudiar los documentos que llegan a su mano; también deben preparar preguntas y propuestas o documentos sobre los temas que se traten durante las reuniones de la Junta. El miembro de Junta Directiva que desempeña su trabajo a conciencia, debe estar preparado para recibir exigencias imprevistas

en relación con su tiempo disponible y debe prepararse para dejar de un lado otras ocupaciones y atender las emergencias cuando ellas se presenten.

Participar activamente: Antes de la votación cada director debe participar activamente en el trabajo preliminar de la Junta y debe proponer y obtener respuestas satisfactoriamente sobre cualquier pregunta que sea de su interés. Estas preguntas deben hacerse a medida que vayan surgiendo en lugar de acumularlas para el final de la reunión. Al solucionar anticipadamente la mayor cantidad posible de asuntos, los directores agilizan el flujo de la reunión y permiten que sus colegas se concentren en los asuntos de mayor importancia. Por otro lado, si los directores genuinamente consideran que algo no se ha resuelto a su entera satisfacción, no deben dudar en insistir ante sus colegas hasta obtener una respuesta satisfactoria.

“Hacer honor al cargo”: Servir como miembro de una Junta Directiva es un esfuerzo cooperativo cuya meta final es el progreso de los intereses de la colectividad. El ego y los asuntos personales se subordinan a los intereses de la Junta Directiva y finalmente a los de todas aquellas terceras partes que en alguna forma tienen relación con la compañía. Los directores deben ser conscientes de que han sido elegidos para un cargo de especial responsabilidad y confianza, y que ellos son responsables de su fiel desempeño. En consecuencia, aunque los directores responsables deben enfocar los asuntos con una mente abierta y ser receptivos a las opiniones e ideas de otros, también deben confirmar en su propio sentido lo que es justo, equitativo y provechoso para la compañía.

LINEAMIENTOS UTILES PARA UNA JUNTA DIRECTIVA

La eficiencia de la Junta Directiva se determina por el desempeño colectivo de sus miembros. La obligación de actuar “con la diligencia de un buen hombre de negocios”, también implica algunas consideraciones institucionales que revisten especial importancia para la Junta, como son preservar la integridad de los procesos de la Junta y defender sus prerrogativas contra usurpación o negligencia de la administración. Por tanto, la Junta debe insistir en sus derechos institucionales y exigir:

Información completa y oportuna: La Junta Directiva tiene el derecho de esperar que se le mantenga informada sobre todos los acontecimientos importantes que ocurran en la compañía y a que tal información se le proporcione tan pronto como sea posible. Serán muy escasas las ocasiones en que consideraciones relacionadas con la seguridad, exijan o justifiquen que se restrinja por algún tiempo la presentación ante la Junta Directiva, de un asunto extremadamente delicada y en

tales casos la administración debe estar en capacidad de explicar su comportamiento.

En igual forma, la Junta debe esperar que habitualmente se le presente toda la información sobre los asuntos que se someten a su consideración. Aunque muchas veces se obvia el requisito de la documentación para solucionar rápidamente situaciones inesperadas, la deseable es que siempre sea exigida como soporte.

Tiempo suficiente para deliberar: La Junta Directiva debe esperar que la administración le notifique con tanta anticipación como sea posible, el conjunto de las transacciones importantes que debe evaluar. Como es natural, las emergencias reales no se pueden evitar, pero por causa de una falta de planeación adecuada sobre el tiempo que se requiere para analizar todos los aspectos relacionados con un asunto concreto, aparece la tendencia de convertir las decisiones de rutina en decisiones de emergencia. La Junta puede y debe declinar tomar decisiones sobre cualquier asunto que no haya podido considerar en todas sus aspectos. El tiempo necesario para el análisis se puede acortar, siempre y cuando se mantenga permanentemente informada a la Junta sobre los asuntos pendientes.

Mantener un adecuado registro sobre las deliberaciones y decisiones de la Junta: Algunas compañías sólo registran en sus actas las decisiones adoptadas para la Junta Directiva. Sin embargo, el registro debe incluir el resumen de sus deliberaciones, incluyendo las preguntas formuladas, así como sus respuestas y como anexos de las actas deben incluirse todos los informes, memorandos, registros financieros y otros documentos que la Junta haya considerado. Un registro completo y detallado es la mejor evidencia de que la Junta actuó con el debido cuidado. También resulta de utilidad orientar a los nuevos miembros de la Junta Directiva sobre la cultura institucional vigente dentro de ese órgano social.

“Hacer valer los derechos que le han sido reservados”: Por razones de eficiencia, la Junta Directiva delega parcialmente el derecho a administrar, aunque puede y debe recuperado si no ha sido ejercido a su satisfacción. En consecuencia, cuando existe evidencia de serias fallas en la administración ordinaria, la Junta Directiva debe actuar de inmediato y modificar la composición del equipo de administración a temporalmente debe asumir esas responsabilidades administrativas. Igualmente, la Junta debe hacer valer sus derechos y asumir el conocimiento y decisión de todas las transacciones en que los miembros de la alta gerencia posean un interés, que podría llegar a ser adverso con los intereses de la compañía a sus accionistas.

LA OBLIGACION DE “SER LEAL”

Uso indebido del cargo o de la información: La obligación de “ser leal” exige que los directores reconozcan su fidelidad a la compañía y coloquen los intereses institucionales por encima de los propios. Pero esta obligación va más allá del simple hecho de no sacar ventaja de la compañía; la lealtad demanda que los directores no obtengan ventajas de su cargo, aún así se demuestre que la empresa no se perjudica por sus actuaciones. Además, no se permite a los miembros de la Junta Directiva hacer uso para su propio beneficio de información a la que tengan acceso en su calidad de directores y tampoco se les permite obtener beneficios personales, que provengan de terceros interesadas en las decisiones a en las consecuencias de lo que resuelva la Junta Directiva, así como tampoco pueden prometer, otorgar o amenazar con suspender, a modificar negocios de la compañía.

Para evitar la más leve apariencia de uso indebido del cargo, los directores deben tratar como estrictamente confidencial toda la información que reciben en su calidad de tales, cualquiera que sea su trascendencia y deben declinar su discusión con terceros, excepto cuando sea en provecho del negocio.

Gratificación y retribución de los directores: El uso de gratificaciones, tales como automóviles suministrados por la compañía, viajes, regalos y halagos significativos también tiene que ver con la lealtad. Vale la pena repetir que los activos de la compañía deben destinarse exclusivamente para los propósitos de los negocios sociales y usarlos por razones puramente personales, equivale a hurto. Para evitar las frecuentes preguntas sobre el uso apropiado de los bienes y activos sociales, muchas Juntas Directivas suelen adoptar guías y códigos de ética, que se refieren a asuntos tales como las circunstancias dentro de las cuales se justifica pagar gastos de viajes al cónyuge del director y las circunstancias dentro de las cuales, los miembros de la familia pueden utilizar instalaciones recreativas destinadas a los empleados de la compañía.

Una retribución excesiva quebranta la lealtad. Las preguntas más difíciles en este punto son aquellas que se relacionan con la utilización excesiva de las gratificaciones, favores y de otras formas de retribución que implican compensaciones por los servicios de los directores, ya que raras veces los accionistas se quejan de aquellas compensaciones que son totalmente explícitas.

Conflicto de intereses: La lealtad también se compromete cuando un director tiene interés personal en una transacción en que participa la compañía. Este tipo de situaciones se presenta con mayor frecuencia en compañías cerradas. El comportamiento más prudente para todos los directores es el que trata de limitar sus relaciones con la compañía a ser miembro de la Junta Directiva y

nada más. Sin embargo, la compañía puede encontrarse en alguna situación en que le convenga más contratar los servicios profesionales (como por ejemplo, un banquero, abogado o asesor de impuestos o asesor financiero) que también haga parte de la Junta Directiva.

Los directores afrontan un conflicto de intereses cuando quiera que ellos, un miembro de su familia o cualquier institución, o fideicomiso en que ellos posean un interés financiero significativo, o de los cuales sean directores ejecutivos o socios, celebren un negocio de cualquier clase con la compañía. Se considera que estas transacciones son “materiales” cuando es tal su importancia financiera, que razonablemente puede afectar el criterio del director. En este, como en todos los asuntos que tienen que ver con la lealtad, es mejor pecar por exceso de cautela y considerar que todos los casos dudosos implican la obligación de ser leal. Cuando el director y la Junta Directiva afrontan una situación de conflicto deben tener en cuenta la rectitud subjetiva de la transacción y la manera como ella se realiza. En caso de que el negocio se autorice para que se celebre con la persona en virtud de la cual puede pensarse que existe el conflicto de interés, las condiciones económicas de esa operación, por lo menos deben ser tan favorables a la compañía, como lo serían si la transacción se hubiera celebrado como consecuencia de haber promovido ese negocio frente a muchas personas y haberlo concluido con otra totalmente ajena al director y a la compañía. La obligación de ser leal exige que los directores revelen sus conflictos de intereses y que en caso de celebrarse algún negocio en el que tal conflicto pudiera aparecer, se precisen todos los aspectos relacionados con la transacción. En síntesis, la regla de conducta es muy sencilla: el director debe ser absolutamente franco. En ningún momento el director en conflicto debe intentar persuadir a sus colegas para que aprueben la transacción y tampoco debe tratar, en ninguna forma, de influir en las deliberaciones de la Junta. Por el contrario, luego de haber hecho una total revelación de las circunstancias que pudieran dar a entender que tal conflicto existe, dicho director debe retirarse de la reunión. En cuanto se refiere a la Junta Directiva, los miembros restantes deben analizar detenidamente la situación en conflicto y tratar a sus colegas como si fueran extraños.

Normas sobre la justa competencia: Estas normas tienen que ver con una forma específica de competencia desleal, cuya ocurrencia es más frecuente en compañías cerradas e incluye a directores “externos” o directores “accionistas” que posean el control accionario. No es muy común que en ella participen los directores “internos”, ya que los términos de sus contratos de trabajo limitan las oportunidades de desarrollar actividades económicas importantes fuera de la empresa.

Por el contrario, se asume que los principales accionistas y directores “externos” dedican la mayor parte de su tiempo a realizar actividades empresariales fuera de la organización. El tema de la justa competencia surge cuando un director identifica una oportunidad para invertir y la compañía también tiene interés en esa operación. Como es obvio, el director debe abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la Junta de Socios o de la Asamblea General de Accionistas y aún así habrá lugar a un serio cuestionamiento, sobre si dicho director utilizó información privada de la compañía para obtener una ventaja que resulta desleal. Los cuestionamientos son aún más complicados cuando el director desea invertir en algo que la compañía hubiera querido para sí misma de haberlo conocido a tiempo. La determinación de si una inversión o proyecto representa una “verdadera oportunidad” para la compañía se basa en hechos concretos; así cuando esa oportunidad tiene relación directa con la actividad corriente o futura de la compañía es más evidente su calidad de “verdadera oportunidad”. Por lo tanto, los miembros de la Junta Directiva están en la obligación de consultar con el asesor legal antes de invertir en cualquier proyecto, que de alguna manera esté relacionado con el negocio de la compañía. Si se obtiene evidencia de que un determinado proyecto es una “verdadera oportunidad” para la compañía, las normas éticas exigen que los directores que la aprovecharon en forma temporal, la transfieran al costo a la compañía haciendo caso omiso de cualquier futura valuación o del valor de los servicios que ellos hubieren prestado para desarrollar ese proyecto. Por otro lado, los directores que inicialmente ofrezcan una oportunidad a la compañía son libres de aprovecharla si ella no la utiliza; en estos casos se da por sentado que los directores hicieron una revelación total de los aspectos relacionados con la operación, que la Junta Directiva estuvo suficientemente ilustrada sobre los mismos y que tales directores por ningún motivo hicieron uso de tal información, antes de que la Junta Directiva tuviera oportunidad de pronunciarse.

CÓDIGO MARCO DE BUEN GOBIERNO: “WHITE PAPER”

La actividad empresarial contemporánea ha puesto de relieve la importancia de contar con los mejores lineamientos de Gobierno Corporativo, esto es, los estándares mínimos adoptados por una Sociedad con el fin de garantizar una recta gerencia, el derecho de los socios o accionistas, las responsabilidades de la

Junta Directiva, la fluidez de la información y las relaciones con los grupos de interés.

Desde el punto de vista de los accionistas, éstos deben tener claridad sobre sus derechos en temas como: registro de su propiedad, la transferencia de acciones, el voto en las asambleas, y obtención de información oportuna, entre otros; estos derechos deben ser garantizados incluso a los accionistas minoritarios y extranjeros. En igual sentido, los grupos de interés deben participar en el proceso de Gobierno Corporativo y sus derechos deben ser respetados.

Por su parte, los administradores sociales deben armonizar la búsqueda de la competitividad de la empresa con garantías para todos los grupos de interés.

En desarrollo de lo anterior, surgen los denominados Códigos de Buen Gobierno, los cuales propenden por la protección de los intereses de los accionistas y de terceros aportantes de recursos. El *White Paper*, es una guía para la preparación de Códigos de Buen Gobierno formulado por iniciativa de Confecámaras y con la participación, entre otros, de KPMG.

Esta herramienta de Gobierno Corporativo para las sociedades que buscan financiamiento a través del Mercado Público de Valores presenta las siguientes particularidades:

En cuanto a los deberes y responsabilidad de los miembros de la Junta Directiva: Debe ser eficiente, independiente y responsable, actuando en función de los derechos de los accionistas y la sostenibilidad y crecimiento de la compañía, de buena fe y con información suficiente. Sus miembros deben evitar incurrir en conflictos de interés y procurar manejar prudentemente la información confidencial (aquella cuya revelación, contempla riesgo para la sociedad e involucra estrategias de competitividad, tales como invitaciones, convocatorias, proyectos de colocación, licitaciones, negociaciones o convenios).

No deben ser miembros de la Junta Directiva ejecutivos clave de la sociedad¹, así como ningún empleado de la misma (garantizando que el máximo ejecutivo de la sociedad y el presidente de la Junta Directiva no sean la misma persona)

Su estructura garantizará la idoneidad, experiencia e independencia de sus decisiones. Debe tener entre cinco y nueve miembros, entre representantes de los accionistas mayoritarios; al menos un representante de los accionistas minoritarios, de los tenedores de títulos y; miembros independientes. El periodo de sus

¹ Grupo de personas que componen la Alta Gerencia, tales como presidentes ejecutivos, gerentes, directores, vicepresidentes y cualquier otro cargo que detente la representación legal de la sociedad o facultades para la toma de decisiones de trascendencia para la misma.

miembros será de un año con posibilidad de reelección de acuerdo con la evaluación de su gestión por la Asamblea General de Accionistas. El perfil de sus miembros será el de expertos en la actividad económica que desarrolla la sociedad y/o experiencia en finanzas, derecho o ciencias afines; personas de buen nombre y reconocimiento por su idoneidad profesional e integridad de un rango de edad establecido por la Asamblea General de Accionistas y que no pertenezcan simultáneamente a más de 5 juntas directivas.

La Junta Directiva debe cumplir sus obligaciones de dar dirección estratégica a la empresa y responder ante la compañía y los inversionistas. Deberá estructurar en su interior, en su mayoría con miembros independientes, los siguientes comités especiales: (i) Comité financiero y de auditoría; (ii) Comité de nominación, evaluación y compensación de ejecutivos clave y; (iii) el Comité de Gobierno Corporativo².

Como funciones generales se destacan supervisar el rendimiento de los ejecutivos clave, garantizar un beneficio aceptable para los accionistas y otros aportantes de capital y prevenir los conflictos de intereses. Debe mantener independencia con respecto a la dirección a fin de cumplir eficientemente con sus responsabilidades.

Como funciones específicas de la Junta se establecen: (i) aprobar y examinar la estrategia corporativa³; (ii) nominar, nombrar, remover y evaluar a los ejecutivos clave; (iii) fijar los sistemas de compensación de los ejecutivos clave⁴; (iv) solicitar informes periódicos a los ejecutivos clave; (v) verificar la efectividad y transparencia de los sistemas contables; (vi) realizar reportes periódicos a los accionistas, sobre la situación financiera y de Gobierno; (vii) poner a consideración de la Asamblea las reformas necesarias relacionadas con el Gobierno Corporativo; (viii) determinar la compensación de la auditoría y; (ix) autorizar transacciones entre accionistas controlantes.

Sus responsabilidades deberán ser: (i) actuar de buena fe, con juicio independiente y garantizando el derecho y trato equitativo de los accionistas; (ii) garantizar la efectividad de los sistemas de revelación de información⁵; (iii) dedicar tiempo

² La forma como se administran y controlan las sociedades.

³ Esta incluye la misión y visión; objetivos e indicadores de gestión; planes –financiero, para administración de riesgos, de manejo de imagen corporativa, de mercado y de desarrollo de actividades-; políticas –laborales, de administración de conflictos de interés y para la resolución de controversias internas y externas-.

⁴ El plan de compensación deberá ser aprobado por la AGA y será proporcional al tiempo de dedicación, la situación financiera de la sociedad y la participación en los comités.

⁵ La información entregada por la empresa debe ser oportuna y confiable sobre los temas de importancia material, incluyendo situación financiera, desempeño y gobierno.

suficiente al ejercicio de sus funciones; (iv) abstenerse de manipular, difundir o utilizar en beneficio propio o ajeno, la información confidencial de uso interno a la que tengan acceso; (v) garantizar la aplicación de políticas de buen gobierno corporativo adoptadas; (vi) verificar el cumplimiento de la ley; (vii) sesionar como mínimo cuatro veces al año; (viii) orientar a los nuevos miembros sobre decisiones adoptadas, situación financiera y normas sobre gobierno corporativo y; (ix) elaborar actas en constancia.

En cuanto a los deberes y responsabilidad del Ejecutivo Principal: Es la persona que detenta la máxima representación gerencial y legal de la sociedad (Presidentes Ejecutivos o Gerentes Generales). Debe ejecutar las directrices y estrategia corporativa aprobadas por la Junta Directiva. Es nominado por el Comité de Nominación y Compensación de la Junta Directiva según perfiles establecidos previamente y su designación la hace la Junta Directiva. Adicionalmente a las responsabilidades típicas de su cargo⁶ deberá: nombrar y remover libremente a los empleados de sus dependencias con base en los criterios de eficiencia, evaluación y gobierno corporativo; revelar posibles conflictos de interés; garantizar el cumplimiento de las normas de gobierno corporativo adoptadas por la Asamblea y; mantener informados a los inversionistas en la forma y tiempo que establezca el Código de Buen Gobierno Corporativo.

Conflictos de Interés: El *White Paper* contiene una serie de disposiciones sobre la prevención de conflictos de interés, antes definidos. El *White Paper* prevé que las sociedades deban implementar mecanismos efectivos para prevenir, manejar y divulgar los conflictos de interés que puedan presentarse entre los accionistas, los ejecutivos clave, los grupos de interés y los miembros de la Junta Directiva.

Asimismo, de acuerdo con el mismo, los ejecutivos clave, los accionistas y los miembros de Junta Directiva, deben revelar los conflictos de interés en los cuales pudieran estar incurso y se abstendrán de votar dichos asuntos.

⁶ Dentro de estas funciones cabe mencionar: representar legalmente a la Sociedad; la inmediata dirección y administración de sus negocios; celebrar en nombre de la Sociedad todos los contratos relacionados con su objeto social; ejecutar y hacer cumplir las decisiones de la Asamblea General y de la Junta Directiva; adoptar las medidas necesarias para la debida conservación de los bienes sociales y para el adecuado recaudo y aplicación de sus fondos; vigilar y dirigir las actividades de los empleados de la sociedad e impartir las órdenes e instrucciones que exija la buena marcha de la empresa; citar a la Junta Directiva a reuniones extraordinarias cuando lo considere necesario o conveniente, y mantenerla adecuada y oportunamente informada sobre la marcha de los negocios sociales; someter a su consideración los balances de prueba y cualquier información que los Comités requieran; presentar a la Asamblea anualmente, en su reunión ordinaria, el balance de fin de ejercicio, junto con los informes y el proyecto de distribución de utilidades y demás detalles e informaciones especiales exigidos por la ley, previo el estudio, las consideraciones y la aprobación inicial de la Junta Directiva.

Las sociedades deberán preparar un manual de políticas para la administración, prevención y solución de conflictos de interés, que pondrán a disposición del mercado; y además adoptarán mecanismos para la administración de conflictos de interés de ejecutivos clave, miembros de Junta Directiva y accionistas controlantes.

Prácticas Prohibidas: El White Paper establece una serie de prácticas prohibidas para ejecutivos clave, miembros de Junta Directiva y empleados.

- a. Recibir remuneración, dádivas, o cualquier otro tipo de compensación en dinero o especie por parte de cualquier persona jurídica o natural, en razón del trabajo o servicio prestado a la sociedad.
- b. Los ejecutivos clave quedan completamente inhabilitados para otorgar compensaciones extraordinarias a los miembros de la Junta Directiva.
- c. Utilizar indebidamente la información privilegiada o confidencial para obtener provecho o salvaguardar intereses individuales o de terceros.
- d. Realizar proselitismo político aprovechando cargo, posición o relaciones con la sociedad.
- e. Los ejecutivos clave se abstendrán de contratar empleados en la sociedad, con los cuales tengan relaciones financieras, familiares o de poder.

El auge de la aplicación de los principios del *corporate governance* y la correlativa adopción y aplicación de los Códigos de Buen Gobierno, con toda seguridad, harán mucho más atractivas las empresas colombianas a los ojos de los potenciales inversionistas nacionales y extranjeros.

Hasta la fecha el Código de Buen Gobierno o al menos un Código de Conducta es obligatorio para las siguientes sociedades:

- Las que pretendan ser destinatarias de la inversión de recursos de los fondos de pensiones (Art. 6 Resolución 275 de 2001 de la Superintendencia de Valores).
- Las sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria (Capítulo XI de la Circular Básica Jurídica 7 de 1996 de la Superintendencia Bancaria-SIPLA-)
- Las Bolsas de Valores, Comisionistas de Bolsa y Comisionistas Independientes de Valores (Art. 1.1.2.1. literal a) Resolución 1200 de 1995 de la Superintendencia de Valores)
- Las que hayan celebrado un acuerdo de reestructuración (Art. 44 de la Ley 550 de 1999)

- Las que presten servicios inherentes o relacionados con operaciones de comercio exterior (Circular Externa 170 de 2002 de la DIAN)

Para mayor información consulte nuestros servicios y publicaciones de Corporate Governance en nuestra página Web www.kpmg.com.co haciendo clic en el link de Servicios y clic en el link de Corporate Governance.

CAPITULO IV

CONSIDERACIONES SOBRE LOS RIESGOS QUE SE DERIVAN DE LA RESPONSABILIDAD A CARGO DE LOS DIRECTORES

Hasta ahora este documento ha presentado algunas ideas relacionadas con la actuación de los miembros de la Junta Directiva, la forma como deben asumir y desarrollar sus responsabilidades, sus relaciones con la administración, los accionistas y los terceros. Sin embargo, es poco lo que se ha precisado sobre las consecuencias que se derivan de la negligencia de los directores en el cumplimiento de sus responsabilidades o de requerimientos (justos o injustos) que provengan de terceras personas o autoridades.

Una Junta Directiva cuya mayoría de miembros no asume con seriedad sus obligaciones, eventualmente podrá causar perjuicio a aquellos que supuestamente debe proteger. (Ver Capítulo V).

Es entendible la preocupación que tienen los directores sobre la responsabilidad solidaria e ilimitada, que pueden contraer como resultado del incumplimiento de sus obligaciones legales como directores.

Aquellos que actúan como directores “externos” se muestran particularmente alarmados por la perspectiva de arriesgar sus bienes personales, su reputación y libertad, como consecuencia de lo que para ellos es un compromiso parcial.

El objetivo de este capítulo es sugerir a los directores las bases para evaluar en forma realista los riesgos que los pueden afectar, como consecuencia de la responsabilidad que se deriva de sus cargos.

DISTINCION ENTRE LAS VIOLACIONES A LA OBLIGACION DE EJERCER Y ACTUAR CON LA “DILIGENCIA DE UN BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS” Y LA DE “SER LEAL”

La ley siempre ha sido más severa con los deshonestos que con los descuidados y en alguna forma es indulgente con los errores de criterio en los que honestamente pueden incurrir los miembros de las Juntas Directivas. Por esta razón, es importante distinguir entre la obligación de actuar como “administrador diligente” y la obligación de “ser leal”.

Muchas de las actuaciones de una Junta Directiva están excluidas de las valoraciones sobre responsabilidad, porque tales actuaciones se adoptan con ceñimiento a un recto criterio comercial. Esta opinión implica que el fondo de muchas de las decisiones de rutina que adoptan las Juntas Directivas no podrá ser revisado por un tribunal, ni de ellas podrá derivarse responsabilidad de ningún tipo, porque tales resoluciones de la Junta expresan criterios que en la medida en que estén técnicamente respaldados son indiscutibles, así los resultados de tales decisiones no hayan sido afortunados, como puede ocurrir con el ascenso de un funcionario de carrera que ha tenido un brillante desempeño durante todo el tiempo que ha estado vinculado a la compañía, tiene la experiencia e idoneidad necesarias para desempeñar el cargo para el que lo llama la Junta Directiva, pero por alguna circunstancia en su servicio resulta inferior a las expectativas; o, como puede ocurrir con la adopción de estrategias de mercadeo y producción suficientemente estudiadas de antemano y no obstante poco afortunadas en términos de resultado. En estos casos y otros similares, difícilmente podría pensarse que las consecuencias adversas que se deriven para los intereses de la compañía por tales decisiones, implican responsabilidad para el director que participó en la toma de esa decisión, a menos que la decisión implique un interés personal en el negocio, que haya sido adoptada sin la valoración debida, o que sea el resultado de haber violado alguna disposición legal o estatutaria.

La queja o inconformidad de los accionistas que califican a un administrador como deficiente, tampoco tiene muchas posibilidades de prosperar en un tribunal. Para que haya un litigio justo no basta la inconformidad del demandante y por ello la reclamación de cualquier accionista debe estar acompañada de la prueba de que determinada acción u omisión de la Junta Directiva fue causa eficiente de pérdidas actuales o futuras para la compañía, o de alguna manera condujo a desmejoras en el giro ordinario de sus negocios. Aún en estos casos, el accionista inconforme no puede descalificar la decisión de la Junta Directiva, comparándola con el comportamiento generalizado de otras Juntas Directivas en casos análogos, porque para pretender alguna indemnización deberá demostrar que la decisión

de la Junta Directiva fue ilegal, estuvo motivada por los propios intereses de los directores, o se adoptó sin una adecuada investigación previa, o sin una deliberación más o menos intensa y detallada, según fuera necesario, por la dificultad que tal decisión implicaba. La Junta Directiva que ha adoptado adecuados mecanismos de vigilancia, tales como los esbozados en el Capítulo I, difícilmente podrá ser inculpada por no percibir o detectar la deshonestidad o mala conducta de algunos funcionarios de la compañía, a menos que el control contable y administrativo sea totalmente inapropiado, o que la Junta Directiva haya tenido conocimiento de esos hechos irregulares y los hubiera tolerado, o los hubiera dejado impunes. La mayoría de los litigios que se derivan de las deficiencias en el ejercicio de los deberes que le corresponden a un “buen hombre de negocios”, se relaciona con reclamaciones en virtud de que la Junta fue descuidada en el recaudo o examen de toda la información sobre el caso, o en que aprobó alguna transacción que finalmente resultó perjudicial sin haberla valorado cuidadosamente.

Cuando menos el accionista inconforme deberá apoyar su reclamación, estableciendo que la Junta fue negligente al aprobar el negocio que ha generado las pérdidas o la desmejora de la compañía, o deberá probar que la actuación de la Junta fue deficiente, comparando tal decisión con la que hubiera tomado una Junta Directiva razonablemente prudente, en presencia de circunstancias parecidas y con el conocimiento de información análoga a la que en su oportunidad tuvo esta Junta Directiva.

GASTOS LEGALES DE DEFENSA

De acuerdo con la ley en Colombia (ver Capítulo V), los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que, por dolo o culpa, ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

No es razonable que los directores honestos conscientes de sus responsabilidades, que actúan de buena fe y no persiguen ninguna ventaja indebida como consecuencia de su investidura, sean inculcados por virtud de procesos que impulsen los accionistas de la compañía, o los terceros que se sientan perjudicados por las decisiones de la Junta. Desafortunadamente, en estos casos existe el riesgo de que esos directores sean condenados civilmente y también existe la posibilidad de que tales directores puedan sufrir algún perjuicio económico, aunque fueran exonerados de cargos, porque como estos litigios, aunque tengan poco o ningún mérito, suelen demorar algún tiempo, los directores pueden llegar a incurrir en

considerables gastos legales para defenderse, antes de que sean exonerados definitivamente. Por estas razones los directores deben analizar detenidamente cuál es el grado de cobertura que para tales riesgos ofrece la compañía. La indemnización que podría reclamar un director que debiera incurrir en gastos o tuviera que soportar dificultades como consecuencia de la investidura que tuvo a su cargo, debe incluir el reintegro de los gastos y perjuicios causados en los procesos que se intenten contra ellos por el hecho de ser miembros de la Junta Directiva. La indemnización también debe poner a los directores a salvo de los daños que se deriven de juicios instaurados por terceras personas que reclamen indemnizaciones por daños y de procesos contencioso administrativos y de carácter penal.

La clave para definir si las compañías deben acceder a dar amparo legal o a indemnizar a los directores que deban afrontar procesos civiles, penales o administrativos, surge de precisar si ellos han sido demandados o deben rendir descargos, o iniciar procesos orientados a su defensa, como consecuencia de actuaciones que han cumplido en su calidad de directores y tendrán derecho a ser indemnizados si con base en sus méritos y en argumentos sustanciales, han logrado defender exitosamente su caso. Así las cosas, no puede pensarse en indemnizar a los directores que intencionalmente y a sabiendas violaron la ley, actuaron de mala fe, obtuvieron un injusto beneficio personal, como consecuencia de la transacción que ha dado lugar a la censura administrativa o al proceso civil. Sobre este particular, como pueden transcurrir varios años antes de que se produzca un fallo definitivo, los directores deben analizar cuidadosamente los siguientes aspectos:

¿Ha adoptado la compañía algún reglamento interno que la obligue a indemnizar a los directores por el total de los daños que pudieran recibir, como consecuencia del servicio que han aceptado prestar? Si no es así, la indemnización que se podría reclamar después de haber afrontado con éxito un proceso de este estilo resultaría opcional y la compañía podría reconocerla o no.

¿Puede la compañía anticipar fondos para que los directores cubran los honorarios de los asesores y otros gastos, a medida que ellos vayan generándose, o los directores sólo puedan reclamar el reembolso de los gastos efectivamente pagados?

¿Ha previsto la compañía la constitución de una póliza de protección patrimonial para directores y administradores, en caso de que tengan que atender eventuales reclamaciones de responsabilidad por perjuicios a la sociedad, a los socios o a terceros, cuando en la defensa de sus casos no se pruebe que hubo dolo o culpa en sus actuaciones?

Con ocasión de la expedición en Colombia de la Ley 222 de 1995, Reforma al Código de Comercio (Capítulo V), la cual puntualizó responsabilidades a los administradores de las sociedades, comenzó el auge de las pólizas de responsabilidad civil de administrador.

Por lo general estas pólizas tienen las siguientes características:

- El asegurador indemnizará los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley, para el resarcimiento de la víctima, que se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.
- Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual.
- No son asegurables: El dolo, la culpa grave, los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario; las sanciones de carácter penal o policivo; el ejercicio de profesión no reconocida por el Estado y el ejercicio de profesión por persona que no sea legalmente hábil para ejercerla.
- El asegurador responderá, además, aún en exceso de la suma asegurada por los costos del proceso que el tercero damnificado o sus causahabientes promuevan en su contra o la del asegurado, con las siguientes salvedades:
 1. Responsabilidad proveniente de dolo o expresamente excluida del contrato de seguro;
 2. El asegurado afronta el proceso contra orden expresa del asegurador, y
 3. La condena por los perjuicios ocasionados a la víctima excede la suma que delimita la responsabilidad del asegurador (que responderá por los gastos del proceso en proporción a la cuota que le corresponda en la indemnización).
 - En caso de liquidación obligatoria, el crédito del damnificado será de primera clase, a continuación de los del fisco.
 - Normalmente los amparos de las pólizas son los siguientes:
 - Gastos de representación y defensa en los que incurra la sociedad asegurada (incluso en presencia de dolo y conflicto de interés de parte del directivo)
 - Gastos de representación y defensa en los que incurra el directivo asegurado (salvo en presencia de dolo y conflicto de interés de parte del directivo)
 - Gastos de publicidad en los que incurra la sociedad asegurada.
 - Pérdidas por reclamos contra directivos

- Pérdidas por daño financiero originado o relacionado con un acto, error u omisión negligentes por parte de un directivo.

RECONOCIMIENTO DE LAS TRANSACCIONES DE ALTO RIESGO

Cualquier lista definitiva que trate de identificar todas las transacciones que puedan tener un alto riesgo de litigio, será necesariamente tan imperfecta e incompleta, como lo es la que pretenda recoger o incluir todos los juicios de valor que pueda formular la suspicacia de los seres humanos.

El riesgo que implica una decisión que es totalmente inocua cuando se adopta por la Junta, no se percibe en el momento de someter el tema a votación. Ese riesgo es muy difícil de prever y valorar en todos sus aspectos y por lo general tal riesgo sólo se hace evidente cuando un tercero intenta una reclamación concreta, o cuando en virtud de tal decisión alguna autoridad formula censuras o pliegos de cargos.

Sin embargo, existen algunos tipos de transacciones que, ala luz de la experiencia puede aceptarse que implican algún riesgo de litigio. Ellas son:

Las tomas de control: En situaciones en donde compañías emiten acciones que se negocian en los mercados públicos de valores, es posible que algún grupo de accionistas tome interés en transacciones que alteren la estructura del control accionario y en tales hipótesis la respuesta de la Junta Directiva demanda una gran atención, porque su indiferencia puede perjudicar el giro ordinario de los negocios sociales, pero su participación en favor de uno u otro de los grupos que participan en la puja por el control de las mayorías, puede comprometer su neutralidad y por ello, en tales casos la Junta debe valorar todas las alternativas que se derivan de estos hechos, debe llevar registros completos de las deliberaciones y debe recibir el consejo de expertos y asesores con experiencia específica en estos asuntos. En estos casos los siguientes principios pueden ser de alguna utilidad.

Hace algún tiempo la doctrina ha venido considerando que en estos casos la Junta debe adoptar una posición de estricta neutralidad y abstenerse de colocar nuevas acciones, porque en esos períodos los interesados en la adquisición de alguna parte de las acciones usualmente ofrecen primas a favor de sus posibles vendedores y en esos momentos hay un evidente conflicto de intereses, porque como consecuencia de tales pujas por el control, la Junta puede ver amenazada su permanencia dentro de la compañía.

La Junta debe considerar los intereses a largo plazo, tanto de la compañía como de sus accionistas y debe abstenerse de facilitar información a cualquiera de los grupos de accionistas que puedan tener intereses encontrados y con mayor celo debe evitar que los fondos, equipos, funcionarios o activos de la compañía, puedan servir para que uno de tales grupos logre su propósito.

Actitud frente a los entes estatales que ejercen inspección y vigilancia

Una segunda fuente de litigios surge como consecuencia del entendimiento impreciso que los directores puedan tener, sobre la responsabilidad que les corresponde frente a las agencias gubernamentales, que tienen a su cargo la inspección y vigilancia de las compañías mercantiles. Si bien los directores asumen una responsabilidad inmediata con sus constituyentes naturales -los accionistas- las agencias gubernamentales pueden exigir determinados comportamientos por parte de los directores y en caso de que tales exigencias no sean atendidas cabalmente, dichas autoridades pueden desatar sus facultades legales, formular requerimientos y necesariamente, después de haberle dado a los directores la oportunidad de presentar sus descargos, aceptar sus explicaciones o amonestarlos, multarlos e incluso removerlos de su cargo, lo cual debe ser aceptado por los directores como un riesgo al que están sometidos por el hecho de ser miembros de la Junta Directiva, sin que ello implique que las agencias gubernamentales actúen por motivos egoístas, sino más bien que ellas obran con criterio disciplinario, que solo podrá generar consecuencias adversas para los directores, cuando sus actuaciones sean reprochables.

El respeto que los directores deben a las autoridades gubernamentales no los puede desanimar para abocar la defensa de su investidura y oponerse a las frecuentes pretensiones de autoridades gubernamentales que, ocasionalmente, van más allá de la inspección y vigilancia e imparten ordenes como si ellas fueran coadministradoras. El director fácilmente puede percibir el alcance de sus responsabilidades frente a sus accionistas y frente a la comunidad dentro de la cual actúa la empresa; su deber es estar atento a las disposiciones de las entidades públicas, sin menoscabar su derecho a controvertidas cuando su actuación no esté prevista en la Ley o en las normas.

CAPITULO V

RESPONSABILIDAD LEGAL DE LOS ADMINISTRADORES

En este capítulo se presentan algunos de los tipos de responsabilidad legal que asisten a los administradores, entre los cuales encontramos la responsabilidad mercantil, fiscal, contable, aduanera, penal, cambiaria y administrativa.

RESPONSABILIDAD MERCANTIL

Este capítulo transcribe el articulado que en la Reforma al Código del Comercio, Ley 222 de 1995, se refiere a los administradores, su definición, deberes, responsabilidades y la acción social de responsabilidad para obtener la indemnización de perjuicios que, por dolo o culpa, ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

DEFINICION DE ADMINISTRADOR

Artículo 22. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.

* Este texto es un resumen de los capítulos II, III, IV,V, VII, VIII y IX de la Primera Parte del Libro *Responsabilidad de Directivos* 2004 (pps. 92 a 507; 532 a 708) Segunda Edición, Legis Editores S.A. Bogotá, 2003.

DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES

Artículo 23. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.
3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.
4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.
5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.
6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.
7. Abstenerse de participar por si o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad, o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la Junta de Socios o asamblea general de accionistas.

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

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Artículo 224. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

* Este texto es un resumen de los capítulos II, III, IV,V, VII, VIII y IX de la Primera Parte del Libro *Responsabilidad de Directivos* 2004 (pps. 92 a 507; 532 a 708) Segunda Edición, Legis Editores S.A. Bogotá, 2003.

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

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

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

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

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

RESPONSABILIDAD FISCAL

El Estatuto Tributario señala que los gerentes, administradores y en general los representantes legales, deben cumplir los deberes formales por las personas jurídicas y sociedades de hecho. Esta responsabilidad puede ser delegada en funcionarios de la empresa designados para el efecto, en cuyo caso se deberá informar del poder especial otorgado a la administración de Impuestos y Aduanas correspondiente.

Son deberes formales de los contribuyentes, entre otros, inscribirse en el Registro Único Tributario, presentar las declaraciones y cancelar el impuesto, expedir facturas y certificaciones, cumplir con las normas de contabilidad, facilitar la información requerida por la administración de impuestos, conservar por lo menos durante cinco años los documentos que permiten fijar correctamente las bases gravables y liquidar los impuestos, así como los libros de contabilidad e informar el NIT y el nombre en los membretes de la correspondencia, recibos, facturas y demás documentos.

Los obligados al cumplimiento de éstos deberes formales responden subsidiariamente cuando omitan cumplir tales deberes, por las consecuencias que se deriven de su omisión. Esta responsabilidad subsidiaria implica que primero se debe perseguir al contribuyente como sujeto pasivo principal y solo si este no cumple con las obligaciones las asumirá el representante legal.

Sobre el particular nos parece importante rescatar la sanción a los administradores y representantes legales, introducida por la Ley 788 de 2002. Esta norma adicionó

el artículo 658-1 del Estatuto Tributario, el cual prescribe que si en la contabilidad o en las declaraciones tributarias de los contribuyentes se encuentran irregularidades, los representantes designados para cumplir los deberes formales respecto de las personas jurídicas y sociedades de hecho, serán sancionados con una multa equivalente al veinte por ciento (20%) de la sanción impuesta a la sociedad, sin exceder de la suma de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la cual no podrá ser sufragada por su representada.

Las irregularidades en la contabilidad o en las declaraciones tributarias deben estar relacionadas con la omisión de ingresos gravados, doble contabilidad e inclusión de costos o deducciones inexistentes y pérdidas improcedentes.

Los representantes que deben cumplir deberes formales, de acuerdo con las normas vigentes son los administradores de personas jurídicas y sociedades de hecho, entre los cuales se incluye el representante legal, el liquidador, el gerente, los miembros de Juntas Directivas y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten estas funciones. Estos representantes serán sancionados por la irregularidad en la contabilidad o en las declaraciones tributarias cuando ordenen y/o aprueben el acto que produjo la irregularidad.

Esta sanción se impone y discute dentro del mismo proceso de imposición de sanción o de determinación oficial que se adelante contra la sociedad infractora. En todo caso, como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-910 de 2004 Expediente D-5074, la sanción se debe determinar de manera individualizada, en forma tal que todos los posibles afectados tengan la oportunidad de conocer la actuación iniciada por la administración tributaria, de plantear descargos y de presentar las pruebas que consideren pertinentes.

RESPONSABILIDAD EN MATERIA CONTABLE

En la mayoría de los estatutos de las sociedades anónimas se establece por lo general que los estados financieros sean considerados y aprobada su presentación al máximo órgano social, por la Junta Directiva.

Así pues, una de sus responsabilidades en esta materia esta directamente relacionada con la metodología para recopilar la información y con los datos que la contabilidad genera para la emisión de los estados financieros. Para ello, deben cerciorarse del cumplimiento de la existencia, integridad, derechos y obligaciones, valuación, presentación y revelación de la información contenida en ellos: En la medida en que se aseguren de las anteriores afirmaciones previstas en el Decreto 2649 se brindará una información completa, y resumida para comprender y evaluar correctamente la situación financiera de la compañía.

En la preparación y presentación de estados financieros, deben observarse fundamentalmente dos tipos de disposiciones: las generales, contenidas en el Reglamento General de la Contabilidad y demás normas que lo adicionen, complementen o modifiquen; en el Código de Comercio y en la Ley 222 de 1995; y las específicas, contempladas en actos administrativos emanados de los organismos de vigilancia y control del ente económico, como las superintendencias, fijan para las entidades sometidas a su vigilancia y control, criterios específicos para la preparación y presentación de estados financieros y demás informes, siendo la aplicación de tales criterios, de estricta observancia por quienes en la empresa deben preparar la información y tienen obligación de presentarla (área contable y órganos de administración, principalmente). Por ejemplo las entidades emisoras de valores que frente a los estados financieros intermedios deben velar porque se revele como información eventual todas aquellas transacciones que puedan afectar al mercado público de valores.

De igual manera, deberá asegurarse que la entidad posee un sistema de control interno y que existen procedimientos y metodologías que conduzcan a que todos los asuntos que deban ser revelados quedan incluidos en los estados financieros y sus notas. Así las cosas, la responsabilidad de los miembros de Junta Directiva frente al control interno esta encaminado a efectuar su diseño y mantenimiento adecuado y plantear en su informe adicional a los estados financieros lo previsto en el artículo 446 del Código de Comercio.

Corresponde a los miembros de Junta Directiva vigilar cuidadosamente la observancia de las operaciones realizadas por el ente económico y se reconozcan en una misma unidad de medida, lo anterior para garantizar la consistencia de la información en la perspectiva de ser comparable.

Así mismo, deben tratar que: a) El ente económico prepare y difunda periódicamente estados financieros e informes que sean de utilidad para la comprensión de su situación.

b) Que se revelen las prácticas sobre gobierno corporativo e intervenir en la aprobación de los límites de operación de las diferentes negociaciones.

c) Conocer de la estructura de negocios con el fin de brindar apoyo, monitorear y efectuar seguimiento a los diferentes riesgos.

Como un buen hombre de negocios, la Junta Directiva debe velar por la continuidad de la empresa y, en caso contrario informar oportunamente los hechos que podrían comprometer la buena marcha de los negocios.

RESPONSABILIDAD EN MATERIA CAMBIARIA

La regulación cambiaria no señala de manera expresa las obligaciones y deberes de los miembros de Junta Directiva, pero sí establece que el incumplimiento total o parcial de las obligaciones señaladas en la Resolución No.8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República y en general de las disposiciones cambiarias da lugar a una responsabilidad de los administradores y a la imposición de sanciones por parte de los entes de control.

En materia de inversiones de capital y endeudamiento, las infracciones cambiarias hacen responsables a representantes legales, socios y administradores y en general, a las personas naturales con poder decisorio para ver obligado a la persona jurídica o cuya concurrencia haya sido necesaria estatutariamente para ejecutar los actos o los hechos constitutivos de tales infracciones (ver artículo 21 Decreto 1746/91). Entratándose en fracciones cambiarias relacionadas con importaciones y exportaciones y financiación de las mismas, el Artículo 31 del Decreto 1092/96 establece una responsabilidad solidaria entre la persona jurídica y sus representantes legales, socios, administradores, asociados, funcionarios o empleados que autoricen o ejecuten actos violatorios de las normas cambiarias a las cuales dichas personas jurídicas o entidades deban sujetarse u omitan el cumplimiento de las mismas.

RESPONSABILIDAD ADUANERA

De conformidad con las normas vigentes, son responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el exportador, el propietario, el poseedor o el tenedor de la mercancía; así mismo, son responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, el agente de carga internacional, el depositario, intermediario y el declarante.

También son responsables las Sociedades de Intermediación Aduanera que actúen ante las autoridades aduaneras, por la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos que suscriban sus representantes acreditados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así como por la declaración de tratamientos preferenciales, exenciones o franquicias y de la correcta clasificación arancelaria de las mercancías. Estas sociedades adicionalmente responden directamente por los gravámenes, tasas, sobretasas, multas o sanciones pecuniarias que se deriven de las actuaciones que realicen como declarantes autorizados.

En relación con éstos obligados, el Estatuto Aduanero tiene previstas sanciones frente a las infracciones administrativas aduaneras que pueden consistir en multas, suspensión o cancelación de la autorización, inscripción o habilitación para ejercer actividades, según corresponda a la naturaleza de la infracción y a la gravedad de la falta.

Las sanciones se aplican sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal, fiscal o cambiaria que pueda derivarse de las conductas o hechos investigados y de la obligación de subsanar los errores que hayan dado lugar a la comisión de la misma, así como del pago de los tributos aduaneros a que haya lugar en cada caso.

Las personas jurídicas usuarias del comercio exterior, tienen la posibilidad de repetir contra sus administradores, respecto de las sanciones antes comentadas que les sean impuestas.

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE A LA CONTRATACIÓN CON EL ESTADO

El Estatuto General de Contratación, determinó que durante todo el proceso contractual (presentación de la oferta, licitación, adjudicación y celebración del contrato) estuviese definida la responsabilidad de quienes contratan con el estado. De ahí que la Ley 80 de 1993, señaló una serie de inhabilidades e incompatibilidades para ellas. Hemos querido en esta ocasión identificar algunas en las que los administradores de sociedades que contratan con el estado pudiesen incurrir.

Una de ellas es la concerniente a vínculos de consanguinidad hasta el segundo grado (los padres, hijos, nietos y abuelos, así como a los hermanos del representante legal o de alguno de los socios) o afinidad (los suegros, yernos, nueras, hermanos y hermanas del cónyuge o compañero(a) permanente del representante legal o de algunos de los socios) de otra sociedad que haya presentado una propuesta de manera formal para la licitación o concurso.

Debe tenerse en cuenta, que esta inhabilidad sólo se configura para la sociedad que presentó su propuesta después de aquella sociedad que la presentó en primer lugar.

La otra inhabilidad a la que se ven abocados los administradores es aquella en la cual están inhabilitados los socios de las sociedades de personas a las cuales se les haya declarado la caducidad administrativa de un contrato, así como, las sociedades de personas de las que formen parte dichos socios con posterioridad a la declaratoria de caducidad.

Esta inhabilidad afectará a los socios y a las sociedades de las cuales hagan parte por un término de 5 años.

* Este texto es un resumen de los capítulos II, III, IV, V, VII, VIII y IX de la Primera Parte del Libro *Responsabilidad de Directivos* 2004 (pps. 92 a 507; 532 a 708) Segunda Edición, Legis Editores S.A. Bogotá, 2003.

En relación con la contratación con entidades estatales, está aquella de inscribirse, clasificarse y calificarse en el Registro Unico de Proponentes que se lleva en las Cámaras de Comercio, cuando se está interesado en la celebración de contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa.

Esta causal resulta de importancia por cuanto una sociedad que este sujeta a inscripción en el registro de proponentes puede resultar perjudicada y sancionada por el lapso de diez años en los casos en que uno de sus administradores aporte documentos o presente informaciones a nombre de la sociedad que no correspondan a la realidad.

RESPONSABILIDAD PENAL

Es posible que en atención al cargo y las funciones impuestas al miembro de Junta Directiva, este pueda incurrir en responsabilidad penal. De allí la importancia de realizar un recuento de las principales conductas de administradores penalizadas por nuestro ordenamiento jurídico, las cuales presentamos de acuerdo con la clasificación del Código Penal (Ley 599 de 2000) según el bien jurídicamente tutelado.

I. Delitos contra el patrimonio económico

El Código Penal sanciona las conductas que atenten contra la propiedad privada y señala como punible tratándose de los administradores, la utilización de la información privilegiada a que tienen acceso en virtud de su cargo, con el fin de obtener provecho para sí o para otro. Cabe recordar que la Ley 222 de 1995, señaló como deber expreso de los administradores, abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.

II. Delitos contra los derechos de autor

Se penalizan las conductas que impliquen violación a los derechos de autor, ello para garantizar la protección efectiva de las obras literarias, artísticas, o científicas, incluyendo el software. En relación con este tema, específicamente la Ley 603 de 2000, estableció que los administradores en su informe de gestión deben indicar el estado de cumplimiento de las normas sobre propiedad intelectual y derechos de autor por parte de la sociedad, por lo que los miembros de Junta Directiva deben implementar mecanismos que les permitan tener certeza sobre el cumplimiento de esta normatividad.

III. Delitos contra la fe pública

Nuestra legislación protege la confianza colectiva. Es posible que frente a los estados financieros que aprueban los miembros de Junta Directiva de manera previa a su presentación a la Junta de Socios o la Asamblea General de Accionistas, se incluya información falsa y si los mismos son usados, podría incurrirse en una falsedad en documento privado. Es importante destacar que esta conducta es dolosa, es decir que debe estar presente la intención positiva de causar daño, pero en todo caso, no se exige que se genere un perjuicio efectivo a un tercero, basta con la falsificación y el uso del documento para que se configure el delito.

IV. Delitos contra el orden económico social.

Se sancionan entre otras, conductas como el acaparamiento, el agiotaje, la especulación, la usura, el contrabando, las exportaciones o importaciones ficticias, la usurpación de marcas y patentes, el uso ilegítimo de patentes, la declaración de tributos aduaneros por un valor inferior al que por ley le corresponde, el lavado de activos, la alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida de artículos destinados a su distribución, suministro, venta o comercialización, el ofrecimiento engañoso de productos, el pánico económico, el daño en materia prima, producto agropecuario o industrial.

Se entiende que estas conductas delictivas atentan contra el orden económico y social, y en todo caso se exige dolo, es decir la intención de causar daño, por lo que se excluye la comisión culposa.

Dentro de esta clasificación también se encuentran los delitos contra el sistema financiero, los cuales se detallan en el capítulo VI de este documento.

V. Delitos contra el medio ambiente

Una de las responsabilidades de las Compañías frente a la comunidad, es garantizar el desarrollo sostenible, lo cual implica el manejo racional de los recursos naturales y la conservación del medio ambiente. Por esta razón el Código Penal sanciona algunas conductas que atentan contra estos bienes, entre las cuales se encuentra el ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, el manejo ilícito de microorganismos nocivos, los daños en recursos naturales y la contaminación ambiental.

VI. Delitos contra la administración pública

Se pretende sancionar al agente retenedor o auto-retenedor que no consigne las sumas objeto de retención en la fuente dentro de los dos meses siguientes a la

fecha fijada por el Gobierno para su presentación y pago. Además, se sanciona al responsable de IVA que no consigne las sumas recaudadas por dicho impuesto dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno para su presentación y pago.

ACCION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

La ley colombiana contempla la acción de responsabilidad civil contra todo director, gerente o funcionario de una institución financiera o entidad aseguradora que viole a sabiendas o permita que se violen las disposiciones legales, por las pérdidas que cualquier individuo o corporación sufra por razón de tales infracciones, sin perjuicio de las demás sanciones civiles o penales que señala la ley y de las medidas que conforme a sus atribuciones pueda imponer la Superintendencia Bancaria (Artículo 210 e.o.s.f.).

Sin perjuicio de lo anterior y de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros, la reforma al Código de Comercio reguló expresamente la **Acción Social de Responsabilidad como una acción legal en cabeza de la sociedad**, que se convierte en herramienta de tutela de los intereses sociales que involucra la actividad comercial de la empresa.

Artículo 25. La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la Junta de Socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podría realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social.

La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador.

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

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros.

CAPÍTULO VI

PARTICULARIDADES DE LOS ADMINISTRADORES DE ENTIDADES FINANCIERAS

El marco regulatorio de la responsabilidad de los miembros de Junta Directiva de las entidades financieras tiene como materia prima el de los administradores en general, contenido en el Código de Comercio y en la Ley 222 de 1995, que lo modificó y adicionó, y en el de los administradores de entidades financieras, que se encuentra en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

De acuerdo con lo anterior, por razones metodológicas abordamos la responsabilidad de los miembros de Junta Directiva de las entidades financieras, una vez revisado en capítulos precedentes el régimen general de la responsabilidad de los administradores contenido en la legislación mercantil

DEBERES ESPECIALES EN LA ACTIVIDAD FINANCIERA

REGLAS DE CONDUCTA Y OBLIGACIONES LEGALES

El artículo 72 del Estatuto Financiero contiene las reglas de conducta y las obligaciones que deben cumplir las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios. Reza así la disposición:

Art. 72 Decreto Ley 663 de 1993. Modificado por el artículo 12 de la Ley 795 de 2003.- Reglas de conducta y obligaciones legales de las entidades vigiladas, de sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios. Las entidades vigiladas, sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios, deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de buena fe y de servicio al interés público de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política, para lo cual tienen la obligación legal de abstenerse de realizar las siguientes conductas:

- a) Concentrar el riesgo de los activos por encima de los límites legales;*
- b) Celebrar o ejecutar, en cualquier tiempo, en contravención a disposiciones legales, operaciones con los accionistas, o con las personas relacionadas o vinculadas con ellos, por encima de los límites legales;*
- c) Utilizar o facilitar recursos captados del público, para realizar operaciones dirigidas a adquirir el control de otras sociedades o asociaciones sin autorización legal.*
- d) Invertir en otras sociedades o asociaciones en las cuantías o porcentajes no autorizados por la ley;*
- e) Facilitar, promover o ejecutar cualquier práctica que tenga como propósito u efecto la evasión fiscal;*
- f) No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar las decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas;*
- g) Ejercer actividades o desempeñar cargos sin haberse posesionado ante la Superintendencia Bancaria cuando la ley así lo exija;*
- h) No llevar la contabilidad de la entidad vigilada según las normas aplicables, o llevarla en tal forma que impida conocer oportunamente la situación patrimonial o de las operaciones*

que realiza, o remitir a la Superintendencia Bancaria información contable falsa, engañosa o inexacta;

- i) Obstruir las actuaciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, o no colaborar con las mismas;*
- j) Utilizar indebidamente o divulgar información sujeta a reserva;*
- k) Incumplir o retardar el cumplimiento de las instrucciones, requerimientos u órdenes que señale la Superintendencia Bancaria sobre las material que de acuerdo con la ley son de su competencia; y*
- l) En general, incumplir las obligaciones y funciones que la ley les imponga, o incurrir en las prohibiciones, impedimentos o inhabilidades relativas al ejercicio de sus actividades.*

Como puede apreciarse, este artículo hace referencia a obligaciones tanto con el Estado (representado por la Superintendencia Bancaria como ente fiscalizador) como con la sociedad, los socios y terceros.

Especial mención merece la obligación impuesta por el artículo en el sentido de compeler al funcionario a que obre dentro del principio de servicio al interés público, lo que añade un elemento diferenciador en relación con la conducta esperada y exigida al administrador de una sociedad comercial común. En efecto, éste debe obrar con lealtad frente a la sociedad, al paso que el funcionario de una entidad financiera debe actuar buscando proteger el interés público antes que el interés de la sociedad que representa y/o de los socios de la misma.

En lo que respecta a los principios de sujeción a la ley y de buena fe, ellos comparten las características de aquellos referidos en el Código de Comercio en relación con la conducta esperada del administrador de una sociedad comercial común.

No obstante que, en la norma citada se hecha de menos la obligación de debida diligencia, quienes ostenten la calidad de administradores al interior de una entidad financiera están en efecto sujetos a la obligación de diligencia dada la aplicación extensiva del Código de Comercio. En este sentido el Consejo de Estado, refiriéndose a la responsabilidad de un administrador de una reconocida entidad financiera, manifestó lo siguiente: “*En el sub lite la conducta infractora constituye... el incumplimiento del deber que tiene como administrador de la entidad de obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios y de velar por*

el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias, que establece el artículo 23 de la Ley 222 de 1995”¹

En lo que respecta a las obligaciones desde el punto de vista administrativo, ellas serán vistas más adelante conjuntamente con el grado de culpabilidad imputable en materia disciplinaria.

PREVENCIÓN DE ACTIVIDADES DELICTIVAS

Es deber de las entidades vigiladas, sus órganos de administración y de control, su oficial de cumplimiento y demás funcionarios, asegurar el cumplimiento de las normas encaminadas a prevenir y controlar el lavado de activos (particularmente las contenidas en los artículos 102 a 105 del EOSF).

Para lo anterior deben ponerse en práctica metodologías y procedimientos propios dentro de un Sistema que sea Integral en la Prevención del Lavado de Activos (SIPLA), cuyos requisitos mínimos se describen a lo largo del Capítulo XI del Título I de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria (Circular 7 de 1996).

En todo caso, el SIPLA debe prever procedimientos para la ejecución de los distintos mecanismos de prevención y control que se adopten. Estos procedimientos deben estar contenidos en un manual que debe ser aprobado por la Junta Directiva de la entidad o el órgano equivalente.

El manual de cada entidad debe contener como mínimo, los siguientes aspectos:

- a. Descripción de la metodología de confirmación y actualización de información de clientes, indicando los responsables de su ejecución.
- b. Sistemas de capacitación y otros instrumentos análogos, incluyendo forma de evaluación y cubrimiento de deficiencias en el conocimiento del SIPLA.
- c. Funciones, responsabilidades y facultades de los administradores y demás funcionarios de la entidad a cargo del cumplimiento de las normas legales e internas en materia de prevención del lavado de activos.
- d. Jerarquía, funciones y nivel de responsabilidad del Oficial de Cumplimiento en relación con el SIPLA.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Radicación 25000-23-24-000-2000-0595-01 13495. Marzo 25 de 2004. M.P. María Inés Ortiz Barbosa

- e. Funciones de supervisión de la auditoría y de la revisoría fiscal.
- f. Políticas coordinadas de control y canales de comunicación entre la oficina principal y sus sucursales y agencias e instancias de reporte y consulta entre el Oficial de Cumplimiento y las demás dependencias.
- g. Los plazos o términos en los que cada funcionario debe cumplir, según cargo, los mecanismos e instrumentos de control y prevención de lavado de activos.
- h. Políticas y procedimientos de conservación de documentos.
- i. Desarrollo de los demás elementos disponibles para protegerse del lavado de activos.
- j. El proceso para atender requerimientos de información de autoridades competentes.
- k. El cargo que tiene como función exonerar a clientes del diligenciamiento del formulario de transacciones en efectivo.

Los procedimientos adoptados deben tener en cuenta las siguientes funciones de organización del SIPLA a cargo de la Junta Directiva o máximo órgano administrativo que sea equivalente:

1. Señalar las políticas y adoptar el código de conducta de la entidad en materia de prevención del lavado de activos, de acuerdo con los parámetros establecidos en el numeral 2.1. del Capítulo XI del Título I de la Circular Básica Jurídica. Dichas políticas deben también incluir los criterios que empleará la entidad en la determinación de la documentación que se debe exigir a las distintas personas que desean vincularse como clientes, de acuerdo con lo establecido en el numeral 2.1. del Anexo 1 del mismo capítulo.
2. Aprobar el manual de procedimientos y sus actualizaciones, conforme a los parámetros establecidos en el numeral 2.2. del Capítulo XI del Título I de la Circular Básica Jurídica.
3. Aprobar la estructura de mecanismos e instrumentos del SIPLA.
4. Designar al oficial de cumplimiento según las calidades y requisitos del cargo.
5. Aprobar un sistema de selección del funcionario o funcionarios autorizados para exonerar clientes del diligenciamiento del formulario de transacciones en efectivo o del cumplimiento de los requisitos de vinculación a que se refiere el Anexo 1 del mencionado capítulo.

6. Evaluar periódicamente el funcionamiento del SIPLA y adoptar las medidas necesarias para actualizarlo o corregirlo.
7. Incluir al menos trimestralmente en el orden del día de sus reuniones, la presentación personal del informe del oficial de cumplimiento.

RESPONSABILIDAD CIVIL

El régimen de culpa para los funcionarios del sector financiero se encuentra contenido en el artículo 210 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en los siguientes términos:

*Art. 210.- Sustituido por la Ley 795 de 2003, artículo 45.
Responsabilidad civil. Todo director, administrador, representante legal, funcionario de una institución vigilada por la Superintendencia Bancaria que viole a sabiendas o permita que se violen las disposiciones legales será personalmente responsable de las pérdidas que cualquier persona natural o jurídica sufra por razón de tales infracciones, sin perjuicio de las demás sanciones civiles o penales que señala la ley y de las medidas que conforme a sus atribuciones pueda imponer la Superintendencia Bancaria.*

En el primer caso la expresión “a sabiendas” indica claramente el establecimiento de una culpa en grado de dolo o culpa grave; en el segundo, el verbo “permitir” (sin ningún calificativo) indica una acción negativa, pasiva, que da lugar a la realización de una acción, en este caso la violación de disposiciones legales, por parte de un tercero.

Por otra parte, si se lee atentamente el artículo 210 arriba transcrito, encontramos que, tras determinar los grados de culpabilidad imputables, establece que ello es así “sin perjuicio de las demás sanciones civiles”, lo que claramente abre las puertas a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores sociales contenido en el Código de Comercio.

En sustento de esta apreciación, el Consejo de Estado ha dicho que “*En relación con la responsabilidad civil de los administradores frente a terceros, por infracciones al régimen financiero, es claro que se deriva en primer término del reglamento de la entidad financiera y de las disposiciones del Código de Comercio...*”²

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Radicación 8570. Marzo 13 de 1998. M.P. Germán Ayala Mantilla

RÉGIMEN ESPECIAL DISCIPLINARIO

En materia de régimen sancionatorio administrativo, el régimen es mucho más estricto, al punto que muchos han coincidido en señalar, en este campo, la existencia de una responsabilidad eminentemente objetiva.

Sea lo primero citar el artículo 209 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que a su tenor reza:

Artículo 209.- Sustituido por la Ley 795 de 2003, artículo 45. Sanciones administrativas personales. La Superintendencia Bancaria podrá imponer las sanciones previstas en el presente estatuto a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales y otros funcionarios o empleados de una institución sujeta a su vigilancia cuando incurran en cualquiera de los siguientes eventos:

- a) Incumplan los deberes o las obligaciones legales que les correspondan en desarrollo de sus funciones;*
- b) Ejecuten actos que resulten violatorios de la ley, de las normas que expida el Gobierno Nacional de acuerdo con la Constitución y la ley en desarrollo de sus facultades de intervención, de los estatutos sociales o de cualquier norma legal a la que éstos en ejercicio de sus funciones o la institución vigilada deban sujetarse;*
- c) Incumplan las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en ejercicio de sus atribuciones, cuando dicho incumplimiento constituya infracción a la ley;*
- d) Autoricen o no eviten debiendo hacerlo, actos que resulten violatorios de la ley, de los reglamentos expedidos por el Gobierno Nacional de acuerdo con la Constitución y la ley en desarrollo de sus facultades de intervención, de los estatutos sociales, o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones.*

Lo anterior sin perjuicio de las demás acciones o sanciones a que haya lugar.

Como puede verse, el artículo recién transcrito establece que la responsabilidad de los funcionarios surge por incurrir en una cualquiera de las conductas allí

listadas, sin que se establezca como condición de imputabilidad, culpa de índole ninguna.

El Consejo de Estado ha sido reiterativo al explicar que *“En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, la Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que en materia del régimen administrativo sancionador, en particular por infracciones al derecho financiero, ... no tienen aplicación figuras que son propias del derecho penal, tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad y la favorabilidad, dado que la naturaleza y finalidades de cada una de estas disciplinas son diferentes”*³. En el mismo sentido ha asegurado que *“las sanciones impuestas a los infractores por contravenciones administrativas excluyen la prueba de los factores subjetivos propios de la conducta delictiva, como son el dolo y la culpa”*⁴

Al mismo respecto, el mismo Consejo de Estado ha sostenido que, en relación con los sujetos activos en el derecho administrativo, es admisible la fuerza mayor y el caso fortuito como únicos eximentes de responsabilidad⁵.

RESPONSABILIDAD PENAL

En lo que respecta a las sanciones de carácter penal a las que están expuestos los administradores de entidades financieras, el Código Penal en su Título X, Capítulos Segundo (De los delitos contra el sistema financiero) y Quinto

(Del lavado de activos) establece en los Artículos 314, 315 y 325 tres tipos penales de sujeto activo cualificado⁶:

ARTICULO 314. *“Utilización indebida de fondos captados del público. El director, administrador, representante legal o funcionario de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de las superintendencias Bancaria, de*

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Radicación 25000-23-24-000-2000-0595-01 13495. Marzo 25 de 2004. M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Radicación 8570. Marzo 13 de 1998. M.P. Germán Ayala Mantilla.

⁵ Ibidem.

⁶ Tipos penales en los que la conducta debe ser realizada por un sujeto determinado, en este caso director, administrador, representante legal o funcionario de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de las superintendencias Bancaria, de Valores o de Economía Solidaria, tratándose de los dos primeros artículos y empleado y director tratándose del tercero.

Valores o de Economía Solidaria, que utilizando fondos captados del público, los destine sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de las mencionadas superintendencias, o de otras sociedades, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

ARTICULO 315. *“Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados. El director, administrador, representante legal o funcionarios de las entidades sometidas al control y vigilancia de las superintendencias Bancaria o de Economía Solidaria, que otorgue créditos o efectúe descuentos en forma directa o por interpuesta persona, a los accionistas o asociados de la propia entidad, por encima de las autorizaciones legales, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

La misma pena se aplicará a los accionistas o asociados beneficiarios de la operación respectiva.”

ARTICULO 325. *“Omisión de control. El empleado o director de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omíta el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de cien (100) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

Atendiendo las obligaciones que corresponden a las Juntas Directivas y las diferentes clases de responsabilidad que se pueden derivar de su ejecución, resulta como conclusión obligada que los miembros de estos órganos deben contar con un grado de profesionalización adecuado, o al menos estar apropiadamente asesorados por especialistas. Ello es así, porque la normatividad vigente, exige implícitamente para el cabal cumplimiento de sus funciones el manejo no solo de conceptos financieros, sino también, fiscales, aduaneros, cambiarios, ambientales, de gobierno corporativo, entre otros.

Otro aspecto que resulta importante resaltar, es que los miembros de Junta Directiva deben propender por alcanzar los objetivos de sus compañías, pero a la vez ofrecer las garantías necesarias a todos los grupos de interés. No puede perderse de vista que nuestra legislación contempla que los administradores responden solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que ocasionen por culpa o dolo, no solo a la sociedad, sino también a sus socios o a terceros.



Las obligaciones que corresponden a los miembros de Junta Directiva y las responsabilidades que se pueden derivar de su actuación, apuntan a una profesionalización de la institución y a la búsqueda de un asesoramiento especializado. La normatividad vigente exige implícitamente para el cabal cumplimiento de sus funciones el manejo, no sólo de conceptos financieros, sino fiscales, aduaneros, cambiarios, ambientales y de gobierno corporativo en la perspectiva de alcanzar los objetivos de la compañía con las garantías necesarias para todos los interesados en su gestión y resultados.

Para mayor información sobre nuestros servicios consulte www.kpmg.com.co.

Para mayor información sobre el Audit Committee Institute de KPMG, consulte en la siguiente dirección: <http://www.kpmg.com/aci/>



Si desea obtener copias adicionales de esta publicación por favor comuníquese con nuestras oficinas en Colombia:

BOGOTÁ, D.C.
Calle 90 No. 21-74
Tels: (1) 618 8000
Fax: (1) 623 3300
Apartado 9122
E-mail:
colombia@kpmg.com.co

CALI
Calle 19 Norte No. 2N – 29
Piso 31 Of. 3102ª
Edificio Torre de Cali
Tels: (2) 668 1480
Fax: (2) 668 4447
E-mail:
cali@kpmg.com.co

MEDELLIN
Carrera 43 A No. 16 A Sur-38
Piso 3
Tels: (4) 314 0404
Fax: (4) 313 2554
E-mail:
medellin@kpmg.com.co

“KPMG es la red global de firmas de servicios profesionales cuyo objetivo es transformar en valor el entendimiento de información, industrias y tendencias de negocios. Con cerca de 100,000 personas alrededor del mundo, las firmas miembro de KPMG proveen servicios de aseguramiento, impuestos y servicios legales y asesoría financiera en 715 ciudades en 148 países.”

En 1952, KPMG comenzó operaciones en Colombia, y hoy en día atendemos alrededor de 500 clientes, nacionales y extranjeros, pertenecientes a todos los sectores productivos: banca, seguros, manufactura, industrial, automotriz, comercio, alimentos y bebidas, transporte, salud, telecomunicaciones y gobierno, entre otros.

Nos acompañan más de 450 profesionales: Contadores, Administradores de Empresas, Economistas, Abogados, Ingenieros Industriales, Ingenieros de Sistemas, seleccionados cuidadosamente para brindarle a nuestros clientes el valor agregado que están esperando.

www.kpmg.com.co

kpmg.com.co

Bogotá D.C.

Calle 90 N° 21 - 74
Tel: +57 (1) 6188000
Fax: +57 (1) 6103245
colombia@kpmg.com.co

Medellín

Carrera 43 A N° 16 A sur - 38
Piso 3
Tel: +57 (4) 3140404
Fax: +57 (4) 3132554
medellin@kpmg.com.co

Cali

Calle 19 Norte No. 2N-29
Edificio Torre de Cali, Of 3102
Tel: +57 (2) 6681480
Fax: +57 (2) 6684447
cali@kpmg.com.co