





# **GOBIERNO CORPORATIVO**



# **GOBIERNO CORPORATIVO**

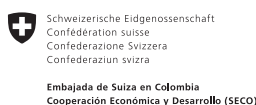
SIETE APROXIMACIONES JURÍDICAS

## **Editores académicos**

FRANCISCO JAVIER PRADA RAMÍREZ

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

SANTIAGO GUERRERO SABOGAL



## Reservados todos los derechos

- © Pontificia Universidad Javeriana
- © Francisco Javier Prada Ramírez, Alfonso Miranda Londoño, Santiago Guerrero Sabogal, editores académicos
- © Francisco Javier Prada Ramírez, Jorge Gaitán Pardo, Juan Pablo López Moreno, Juliana Morad Acero, Marcela Serrano Solórzano, Yadira Elena Alarcón Palacio, Santiago Guerrero Sabogal, Camilo Ramírez Zuluaga, Luis Felipe Botero Cárdenas, Nicolás Alberto Avella Millán

Primera edición: marzo de 2022  
Bogotá D. C.

ISBN (impreso): 978-958-781-666-2  
ISBN (digital): 978-958-781-667-9  
DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.9789587816679>  
Número de ejemplares: 300  
Impreso y hecho en Colombia  
*Printed and made in Colombia*

Editorial Pontificia Universidad Javeriana  
Carrera 7ª n.º 37-25, oficina 1301, Bogotá  
Edificio Lutaima  
Teléfono: 3208320 ext. 4205  
[www.javeriana.edu.co/editorial](http://www.javeriana.edu.co/editorial)

## Corrección de estilo

Ruth Romero Vaca

## Diagramación

Kilka Diseño Gráfico

## Impresión

Nomos S. A.

Pontificia Universidad Javeriana.  
Vigilada Mineducación.  
Reconocimiento como universidad:  
Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964.  
Reconocimiento como personería  
jurídica: Resolución 73 del 12 de  
diciembre de 1933 del Ministerio de  
Gobierno.

Las ideas expresadas en este libro  
son responsabilidad de sus autores y  
no comprometen las posiciones de la  
Pontificia Universidad Javeriana.

Pontificia Universidad Javeriana. Biblioteca Alfonso Borrero Cabal, S. J.  
Catalogación en la publicación

Prada Ramírez, Francisco Javier, autor, editor académico

Gobierno corporativo : siete aproximaciones jurídicas / autores, Francisco Javier Prada Ramírez [y otros nueve] ; editores académicos, Francisco Javier Prada Ramírez, Alfonso Miranda Londoño, Santiago Guerrero Sabogal. -- Primera edición. -- Bogotá : Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2021.

176 páginas ; 23 cm

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 978-958-781-666-2 (impreso)

ISBN: 978-958-781-667-9 (electrónico)

1. Gobierno corporativo 2. Gobernabilidad 3. Empresas 4. Relaciones laborales 5. Bancos 6. Empresas familiares 7. Ética empresarial I. Miranda Londoño, Alfonso, editor académico II. Guerrero Sabogal, Santiago, autor, editor académico III. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas IV. International Finance Corporation. IFC

CDD 658.4 edición 21

inp

25/10/2021

Prohibida la reproducción total o parcial de este material, sin autorización por escrito de la Pontificia Universidad Javeriana.

# Contenido

<b>INTRODUCCIÓN</b>	11
<b>FUNDAMENTOS DEL GOBIERNO CORPORATIVO</b>	15
FRANCISCO JAVIER PRADA RAMÍREZ	
¿Qué es el gobierno corporativo?	15
¿Por qué el gobierno corporativo es importante?	20
El entendimiento de los órganos sociales y la responsabilidad de los administradores desde una perspectiva no regulatoria	31
¿Generan valor las juntas directivas?	36
Conclusiones	45
Referencias	46
<b>COMPORTAMIENTO ÉTICO EN LA EMPRESA</b>	49
JORGE GAITÁN PARDO	
El concepto	49
La ética en las empresas	53
Referencias	59
<b>ACERCAMIENTO AL GOBIERNO CORPORATIVO DESDE LAS RELACIONES LABORALES</b>	61
JUAN PABLO LÓPEZ MORENO, JULIANA MORAD ACERO Y MARCELA SERRANO SOLÓRZANO	
Gobierno corporativo: sustrato generador de ética empresarial y sostenibilidad	63
Los trabajadores como partes de interés	65
Los códigos de buen gobierno y las relaciones laborales	68
Reglas de conducta, códigos de ética y derechos humanos	69

Gestión de género y equidad en los órganos de gobierno y en la organización	71
Gobernanza, relaciones sindicales y transparencia en la información	73
Conclusiones	75
Referencias	76
<b>EL PROTOCOLO DE FAMILIA Y SU FUERZA VINCULANTE</b>	79
YADIRA ELENA ALARCÓN PALACIO	
El desarrollo de la empresa familiar en Colombia	79
Naturaleza jurídica del protocolo familiar: acuerdo parasocial	84
Los protocolos de familia y su revisión por la Superintendencia de Sociedades	86
Eficacia de los protocolos de familia	95
Conclusiones	102
Referencias	103
<b>BUENAS PRÁCTICAS DE GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS ENTIDADES BANCARIAS: PROTECCIÓN DE <i>STAKEHOLDERS</i> Y POLÍTICAS DE SOSTENIBILIDAD</b>	107
SANTIAGO GUERRERO SABOGAL	
Análisis teórico del gobierno corporativo y su desenvolvimiento en las entidades bancarias	111
Buenas prácticas en el sector bancario: protección de los <i>stakeholders</i> y la cobertura eficiente del riesgo	113
Protección a los <i>stakeholders</i> y análisis del <i>corporate social responsibility</i> de las entidades bancarias	120
Conclusiones	125
Referencias	126



<b>LA LIBERTAD Y FLEXIBILIDAD DE LOS TIPOS SOCIETARIOS Y EL GOBIERNO CORPORATIVO: EL CASO DE LA SAS EN COLOMBIA</b>	129
CAMILO RAMÍREZ ZULUAGA	
<b>El gobierno corporativo en Colombia: la regulación y la autorregulación</b>	132
<b>La SAS y la necesidad de autorregulación</b>	138
<b>Conclusiones</b>	146
<b>Referencias</b>	146
<b>LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: UNA VISIÓN HACIA LA TUTELA EFECTIVA DE LOS BIENES JURÍDICOS</b>	151
LUIS FELIPE BOTERO CÁRDENAS Y NICOLÁS ALBERTO AVELLA MILLÁN	
<b>El régimen penal actual en Colombia</b>	152
<b>Modelos de responsabilidad penal</b>	155
<b>Buen gobierno corporativo y <i>compliance</i></b>	166
<b>Conclusiones</b>	168
<b>Referencias</b>	169
<b>EVALUADORES</b>	173



## Introducción

El entorno corporativo se encuentra modificado por nuevos paradigmas y megatendencias, como el mayor activismo de los inversionistas sobre la forma como son dirigidas las empresas; la hipertransparencia, originada en los dispositivos y redes sociales, que pueden cuestionar constantemente el actuar corporativo; la inteligencia artificial, que facilita la toma de decisiones o que inclusive podrá reemplazar el rol de los directivos; el activismo social; el aumento de la desigualdad; los riesgos ambientales y sociales; los cambios demográficos, que afectan a la fuerza laboral y al perfil del consumidor, y la polarización y radicalización política, que presionan cambios geopolíticos. Estos son solo algunos de los aspectos que también moldearán el mundo jurídico.

Así como el mundo corporativo encuentra nuevos mantras, también el mundo jurídico y regulatorio requieren el examen de sus instituciones y de las relaciones que antaño han sido reguladas, por lo tanto merecen una mirada prospectiva y, de ser posible, innovadora, para plantear una conversación diferente, desde la academia y los operadores legales, que permita esclarecer las implicaciones para el derecho económico de estas megatendencias, y su particular importancia desde el modo como se dirigen y controlan las empresas.

Como se plantea en esta publicación, el gobierno corporativo, entendido como la forma como se dirigen y se controlan las empresas, constituye uno de los aspectos fundamentales para propiciar la perdurabilidad y competitividad de las organizaciones. Por esto, subyace al derecho societario, particularmente a la regulación básica para el

funcionamiento de los órganos societarios y la responsabilidad de quienes lo componen, un entorno de relaciones que han sido ordenadas en su mayoría dentro de marcos autorregulatorios, estándares globales y locales, todos ellos necesarios para garantizar la confianza en los mercados, evitar crisis sistémicas y promocionar la competitividad de las economías. Se inicia por lo tanto esta publicación entronizando su temática fundamental en el primer capítulo: los fundamentos de la gobernanza corporativa.

La manera como los individuos que componen las organizaciones toman decisiones y los dilemas que plantea su comportamiento frente a los intereses que deben privilegiar (que en el mundo corporativo se traducen en los de la persona jurídica) conllevan una responsabilidad jurídica característica, que hace necesario que, como se muestra en el segundo capítulo, se reflexione alrededor de la ética en las empresas, aspecto que usualmente se encuentra gestionado por las áreas legales, a las cuales resulta común demandarles la función de cumplimiento de dichos estándares, no sin antes haber elaborado los conocidos códigos de ética y las demás herramientas de autorregulación.

La exigencia cada vez mayor de los inversionistas de corporaciones incluyentes y diversas, que encarnen la visión progresista de sus clientes y grupos de interés, hace pertinente examinar, en el tercer capítulo, desde la perspectiva de las relaciones laborales y el gobierno corporativo, la existencia de liderazgos capaces de representar y hacer sostenibles los valores éticos de las organizaciones, y el reconocimiento y la gestión de grupos de interés clave, como los trabajadores, los sindicatos y los accionistas, así como la manera como se gestionan temas críticos para la coherencia de sus valores, tales como la equidad de género en y desde los órganos corporativos.

Los altos niveles de concentración de la propiedad en la economía, que se traducen en la hegemonía de familias propietarias del tejido empresarial, la cual en su evolución económica no ha compartido el mismo desarrollo regulatorio, hacen que resulten escasas las regulaciones efectuadas sobre la empresa de familia en el ordenamiento mercantil. Por esto, en el cuarto capítulo, se efectúa el examen de la evolución de la empresa de familia, cuya regulación plantea importantes cuestionamientos sobre la coercibilidad de los actos jurídicos que allí se encuentran involucrados para administrar las diferentes

relaciones económicas, afectivas y éticas que surgen de dicha complejidad. Hacen parte de este análisis el entendimiento de la evolución de la jurisprudencia y la doctrina alrededor de dichas realidades, y la incidencia que tienen los protocolos de familia como herramienta inicial sobre la que muchos asesores legales despliegan su actividad para prevenir posibles conflictos de sus clientes.

La viabilidad de la forma de vida actual de nuestra civilización se encuentra atada a la estabilidad, eficiencia y confianza de su sistema financiero, los flujos de capital que deben circular entre los distintos actores económicos deben ser gestionados por intermediarios que gocen de las prácticas que les permitan preservar la confianza y competitividad de sus proveedores de recursos y de sus clientes. Las instituciones financieras son tratadas, por lo tanto, en el quinto capítulo, las cuales constituyen un objeto central del análisis del gobierno corporativo, además de ser usualmente la primera institucionalidad en adoptar la vanguardia de las prácticas de gobernanza, la cual radica en el desafío impuesto por los riesgos ambientales, como el cambio climático, y los riesgos sociales (ASG). En línea con esos desafíos, hace parte importante de esta discusión el cambio perpetuado por el mundo corporativo hacia el *stakeholders capitalism*, en donde las instituciones financieras entienden un nuevo sentido del propósito de su actividad, y entienden su intermediación con un sentido de impacto y valor para todos los miembros de la sociedad; todo lo cual comporta una nueva visión de su gobierno corporativo.

La irrupción de un nuevo tipo societario, como la sociedad por acciones simplificada (SAS), constituye uno de los polos de mayor desarrollo del derecho societario. Esta regulación, destacada por incluir los aspectos más innovadores del derecho societario comparado, tiene como característica principal la flexibilidad que aporta para el tráfico jurídico. Lo anterior hace necesario que, en el sexto capítulo, se examine la relevancia del gobierno corporativo en el marco de la autorregulación, para que este tipo societario pueda brindar todos los beneficios esperados por los comerciantes y asesores legales que lo han convertido en el tipo de mayor aplicación.

Finalmente, en el séptimo capítulo, se efectúa un análisis de la responsabilidad penal de la persona jurídica como punto de partida para establecer la importancia del gobierno corporativo y la

autorregulación, en donde se entiende el gobierno corporativo como unas instancias necesarias para garantizar el nivel de *compliance* adecuado en las corporaciones modernas. En este análisis resulta cada vez más prominente la necesidad de que los operadores jurídicos adopten medidas preventivas efectivas ante la enorme gama de riesgos y posibles actos cuestionables de la corporación, que en el derecho comparado son cada vez más sancionados en el ámbito penal, tendencia que eventualmente podrá ser adoptada en Colombia.

Así las cosas, esta publicación facilita, con el aporte experto de sus autores, una visión jurídica del gobierno corporativo y su incidencia en las distintas temáticas que rodean la realidad empresarial, y abre la discusión para una conversación aún más prolífica sobre el desarrollo regulatorio y autorregulatorio que debe acompañar el futuro de la gobernanza empresarial.

FRANCISCO JAVIER PRADA RAMÍREZ

Oficial de Gobierno Corporativo  
Corporación Financiera Internacional (IFC)  
para Latinoamérica y el Caribe

## Fundamentos del gobierno corporativo

FRANCISCO JAVIER PRADA RAMÍREZ\*

### ¿Qué es el gobierno corporativo?

El desarrollo de este concepto suele vincularse con los descalabros corporativos ocurridos a finales de los años noventa en los Estados Unidos y Europa, como los casos de Enron y Parmalat, por lo que habitualmente se cree que el gobierno corporativo fue establecido por las regulaciones como una exigencia a partir de dichos eventos, los cuales desencadenaron una enorme desconfianza de parte de los inversionistas en los mercados de capitales. Sin embargo, el gobierno corporativo es tan antiguo como las corporaciones; existe desde el momento en que la empresa moderna tuvo la necesidad de delegar la gestión de los negocios en un tercero, diferente del propietario o del inversionista, de modo que, como se hace referencia en buena parte de la literatura, existe desde el momento en que se separó la propiedad del control en la gestión de las compañías.

\* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, con especialización en Legislación Financiera, de la Universidad de los Andes, y MBA del Colegio de Estudios Superiores en Administración (CESA). Actualmente es oficial de Gobierno Corporativo de la Corporación Financiera internacional (IFC) para Latinoamérica y el Caribe, en donde lidera actividades para el desarrollo de conocimiento y capacidad local sobre la integración de temas ambientales, sociales y de gobierno corporativo (ASG), presta asesoría a empresas para el mejoramiento de su gobernanza de la sustentabilidad y brinda asistencia a los gobiernos sobre regulaciones y estándares ASG. En su cargo también desarrolla la práctica de evaluación de juntas directivas y apoya la implementación de inteligencia artificial para el análisis de riesgos ASG en Latinoamérica.

Este evento suele enmarcar la primera aproximación teórica a la problemática originada por la gestión de un tercero diferente a los socios, lo cual resulta mucho más evidente con el surgimiento y el uso generalizado de la sociedad anónima, en la cual, como bien lo manifiesta Adam Smith, en 1876, en su obra central *The wealth of nations*, de los directores de tales compañías, sin embargo, siendo los administradores del dinero de otros y no del suyo propio, no puede esperarse que ellos lo vigilen con la misma ansiosa diligencia con la cual los socios en una sociedad privada frecuentemente vigilan el suyo propio.<sup>1</sup>

En el imaginario y la sabiduría popular se han acuñado frases coloquiales como “Quien tenga tienda que la atienda, sino que la venda” o “Al ojo del amo, engorda el ganado”, en las cuales se evidencia el conocimiento empírico de los empresarios de lo que la literatura ha denominado el *problema de agencia*, el cual fue referido durante los años 30 por Berle y Means,<sup>2</sup> centrando la atención en el aumento en la separación del poder de los administradores de las grandes empresas listadas y sus diversos y dispersos accionistas, aspecto que se fue desarrollado por Jensen y Meckling<sup>3</sup> en 1976, en donde explican la teoría de la agencia, haciendo referencia a los costos en los que deben incurrir los propietarios (principales) para poder supervisar la gestión de sus gerentes (agentes), dada la propensión de estos a obrar en beneficio propio y no el de los propietarios.

Si bien durante los años 70 y 80 se desarrollaron diversos aportes académicos a tópicos relacionados con el gobierno corporativo, como lo menciona Tricker,<sup>4</sup> la frase *gobierno corporativo* era nueva, y solo apareció hasta en 1983, como título de una investigación publicada en *Perspectives on Management*,<sup>5</sup> y también fue el título de un reporte

1. Adam Smith, *The wealth of nations* (Chicago: University of Chicago, [1776] 1976), citado por Bob Tricker, *Corporate governance principles, policies, and practices* (Nueva York: Oxford University Press, 2009), 8.
2. Adolph Berle y Gardiner Means, *The modern corporation and private property* (Londres: Macmillan, 1932), citado por B. Tricker, 9.
3. Michael Jensen y William H. Meckling, *Can the corporation survive?* (Rochester, MN: Centre for Research in Government Policy and Business, University of Rochester, 1976), citado por B. Tricker, 11.
4. B. Tricker, 12.
5. Michel J., Earl, ed., *Perspectives on Management* (Oxford: Oxford University Press, 1983).



del American Law Institute denominado *Principles of corporate governance*; además apareció en un libro publicado en el Reino Unido con el título de *Corporate governance: Practices, procedures and powers in British companies and their boards of directors*, del mismo Bob Tricker.

Así pues, resulta claro desde la perspectiva académica que la gestión de las empresas plantea un reto particular en la forma en la que se conciben las relaciones entre sus principales integrantes y en la manera como se toman decisiones en su interior para desarrollar el propósito corporativo, aspecto este último que, como veremos, conlleva un intenso debate en el sistema del *common law* y particularmente en la escena académica de los Estados Unidos.

El equilibrio y los sistemas de pesos y contrapesos necesarios para el funcionamiento adecuado de los órganos sociales de una organización son definitivos para los aspectos macroeconómicos y las políticas públicas que buscan el desarrollo de los mercados financieros; de hecho, con posterioridad a los escándalos originados a finales de los años 90 por la ausencia de una buena gobernanza en algunas corporaciones, los cuales sembraron desconfianza en los inversionistas, con el riesgo de contagio en todos los mercados, dada la globalización prevalente de los sistemas financieros, se hizo necesario que se establecieran algunas recomendaciones en el marco de la autorregulación. Para esto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE; en inglés, Organisation for Economic Co-operation and Development [OECD]) asumió el rol de regulador global, la cual, para efectos de los principios de gobierno corporativo, se refiere a esta materia de la siguiente manera:

El gobierno corporativo de una sociedad implica el establecimiento de un conjunto de relaciones entre la dirección de la empresa, su consejo de administración, sus accionistas y otros actores interesados. El gobierno corporativo proporciona también la estructura a través de la cual se fijan los objetivos de la sociedad y se determina la forma de alcanzarlos y supervisar su consecución.<sup>6</sup>

6. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Principios de gobierno corporativo de la OCDE* (Paris: autor, 2016), 9.

Uno de los primeros autores en acuñar el término, Bob Ticker, define el gobierno corporativo de la siguiente forma: “Si la administración trata del manejo de un negocio, el gobierno corporativo trata de velar por que se le maneje correctamente. Todas las empresas necesitan tanto un gobierno corporativo como una administración”.<sup>7</sup>

Sir Adrian Cadbury, en el prólogo a *Focus I: Corporate governance and development*, publicación del Foro Mundial sobre Gobierno Corporativo, define el gobierno corporativo de una manera muy relevante para la actualidad:

En su sentido más amplio, el gobierno corporativo consiste en mantener el equilibrio entre los objetivos económicos y los sociales y entre los objetivos individuales y los comunitarios. El marco de gobierno se establece con el fin de promover el uso eficiente de los recursos y, en igual medida, exigir que se rindan cuentas por la administración de esos recursos. Su propósito es lograr el mayor grado de coordinación posible entre los intereses de los individuos, las empresas y la sociedad. El incentivo que tienen las empresas y sus propietarios y administradores para adoptar las normas de gestión aceptadas a nivel internacional es que ellas los ayudarán a alcanzar sus metas y a atraer inversiones. En el caso de los Estados, el incentivo es que esas normas fortalecerán sus economías y fomentarán la probidad de las empresas.<sup>8</sup>

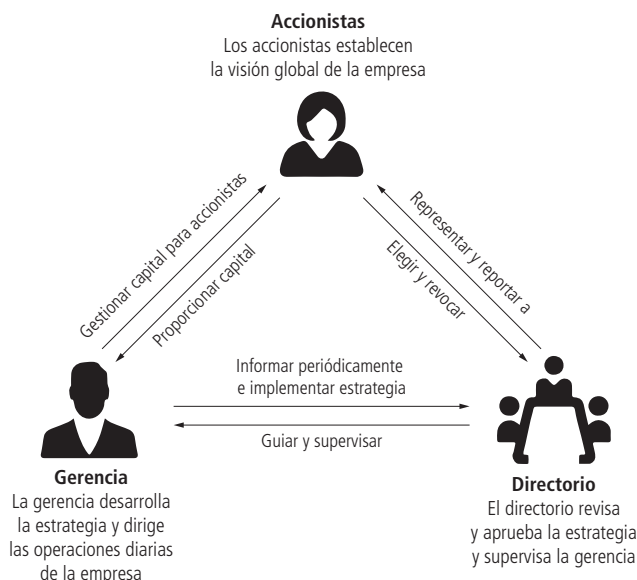
Otros órganos multilaterales definen el gobierno corporativo aportando una adaptación a la definición de manera pedagógica, como, por ejemplo, la Corporación Financiera Internacional (IFC), del Grupo Banco Mundial, que señala, en su *Guía de gobierno corporativo para las PyMES*, lo siguiente:

El gobierno corporativo “clásico” —desarrollado inicialmente para las grandes empresas cuyas acciones se cotizan en bolsa— se define como las estructuras y los procesos con los cuales las empresas son dirigidas

7. Robert Ian Tricker, *Corporate governance: History of Management thought* (Farnham: Ashgate, 1984), citado en Corporación Financiera Internacional (IFC), *Guía de gobierno corporativo para las PyMES* (Washington, D. C.: autor, 2019), 2.
8. Adrian Cadbury, Foreword de *Focus 1: Corporate governance and development*, de Stijn Claessens (Washington, D. C.: IFC, 2003), V.

y controladas. Se enfoca en la interacción entre tres órganos que toman decisiones clave: accionistas, directorio y gerencia.<sup>9</sup>

**Figura 1.** Relaciones entre los principales actores de una empresa



Fuente: Corporación Financiera Internacional (IFC), *Guía de gobierno corporativo para las PyMES*, 16.

En Latinoamérica existen características que hacen que el entendimiento de lo que se refiere al gobierno corporativo se encuentre enmarcado en la realidad cultural, la estructura del tejido empresarial y el sistema legal, puesto que resulta claro que las economías latinoamericanas se encuentran compuestas por grandes grupos económicos y empresas de naturaleza familiar, enclavadas en una ética católica, bajo el sistema legal continental europeo, todo lo cual conlleva la generación de un modelo particular sobre la forma como las empresas son dirigidas y controladas.

Las realidades anteriores suponen el desarrollo de una problemática particular para las empresas de esta región, que se basa en

9. Corporación Financiera Internacional (IFC), *Guía de gobierno corporativo para las PyMES*, 5.

estructuras de capital con bloques de control familiar, con una propensión a tomar decisiones que privilegian los intereses familiares sobre los empresariales, con una estrategia legislativa descrita por Reinier Kraakman y Henry Hansmann<sup>10</sup> como aquella con regulaciones que establecen requisitos *ex ante* para la realización de operaciones con las cuales se busca, con una visión paternalista, proteger a los asociados minoritarios mediante mayorías reforzadas, como respuesta ante una institucionalidad débil para hacer coercibles las normas mercantiles, en donde ha hecho carrera la frase “más vale un mal arreglo que un buen pleito”.

El contexto anterior se complementa con estructuras de financiación basadas en actividad bancaria, baja profundidad en el mercado de valores, con fondos de pensiones como principales inversionistas institucionales, lo que hace que las empresas sean en su mayoría no listadas.

En particular, la problemática más relevante para abordar en Latinoamérica con respecto al gobierno corporativo se refiere a las empresas no listadas, en las cuales los socios mayoritarios pueden originar una serie de comportamientos abusivos, en detrimento de los minoritarios y de otros grupos de interés, especialmente en cuanto en la mayoría de los casos son quienes administran la empresa, y, por lo tanto, pueden incurrir en comportamientos oportunistas, como los destacados por Berle y Means,<sup>11</sup> tales como remuneraciones exorbitantes, usurpación de oportunidades corporativas, resistencia a fusiones o liquidaciones rentables, asunción excesiva de riesgos, operaciones en conflicto de interés, conflictos entre directores, apropiación indebida de activos o expropiaciones a minoritarios.

## ¿Por qué el gobierno corporativo es importante?

### Desde el punto de vista macroeconómico

La estabilidad de los mercados financieros requiere de la confianza de los inversionistas y depositantes en la gestión adecuada de sus recursos,

10. Reinier Kraakman et. al., *The anatomy of corporate law: Comparative and functional approach* (Oxford: Oxford University Press, 2017).

11. Adolf Berle y Gardiner Means, *The modern corporation and private property* (Londres: Macmillan, 1967).

así como de la garantía de la veracidad de las reglas de juego y de la oportunidad de la información suministrada para la toma de decisiones, por lo cual, la arquitectura financiera internacional ha establecido el gobierno corporativo como uno de los aspectos sujetos a supervisión por las comisiones y superintendencias de instituciones financieras y mercados de capitales.

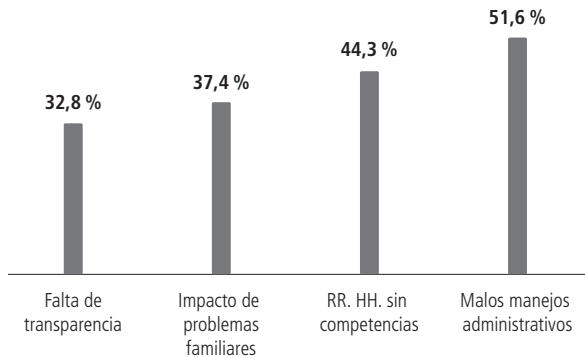
Es claro que el Estado tiene que velar por el orden público económico, y por lo tanto la confianza en la gestión que realizan los administradores no debe ser defraudada, por lo que la regulación debe abordar aspectos relativos a la profesionalización y a la responsabilidad de los administradores, así como a los niveles de transparencia y revelación sobre la información financiera y no financiera de las compañías, de tal forma que se garantice el uso razonable de los recursos de ahorradores y los inversionistas.

#### **Desde el punto de vista microeconómico**

Si bien la supervivencia y competitividad del sistema empresarial resulta un tema muy relevante en las medidas y políticas públicas, para cualquier emprendedor o empresario es importante garantizar que su iniciativa empresarial pueda perdurar en el tiempo, y en ese sentido la pregunta fundamental de por qué se acaban las empresas puede contestarse desde distintas perspectivas.

En un esfuerzo de la Superintendencia de Sociedades de Colombia por entender las causas que llevaron a procesos de liquidación obligatoria a muchos empresarios, fue llevado a cabo un estudio con posterioridad a la crisis conocida como la crisis del UPAC, acaecida a finales de los años 90, en el cual pudo vislumbrarse que las causas para iniciar este tipo de proceso concursal son externas y que pueden tener gran relación con la ausencia de gobierno corporativo, como puede verse en la figura 2.

**Figura 2.** ¿Por qué se acaban las empresas?



Fuente: Superintendencia de Sociedades, *Causas de la liquidación obligatoria de sociedades en Colombia. Estrategias para prevenir la crisis* (Bogotá: autor, 2004), 52, 53.

#### Malos manejos administrativos

Como se muestra en la figura 2, los malos manejos administrativos pueden entenderse como una causa significativa de la liquidación de las empresas. Dentro de estos aspectos deben entenderse los procesos de toma de decisiones informales o sin análisis de los riesgos, o como resultado de la gran dificultad que tienen muchos empresarios para diferenciar el patrimonio familiar o personal del patrimonio de la compañía, todo lo cual implica la realización de operaciones en conflicto de interés o con partes relacionadas en perjuicio de la organización, la disposición de activos indebida y los comportamientos oportunistas de los socios mayoritarios, que en algunos casos podrán enmarcarse en abusos del derecho por parte de estos.

#### Recursos humanos sin competencias

La selección para los cargos clave puede verse afectada por la propensión a nombrar a miembros relacionados o miembros de la familia, que no necesariamente pueden tener las habilidades y los conocimientos necesarios para ejercer un rol adecuado en la organización; asimismo, especialmente en empresas en manos de la primera generación, se puede encontrar que

el rechazo total o la incapacidad de empezar a delegar pueden llevar a la persona fundadora a volverse dictatorial y a no aprovechar

adecuadamente el talento gerencial y técnico de la empresa. También existe el riesgo de que la persona fundadora no se comunique de manera efectiva, lo que conduce a brechas de información en el equipo.

[...] La excesiva concentración de poder en la persona fundadora/CEO, el riesgo de persona-clave sigue siendo alto y los sistemas de equilibrio de poderes internos de la empresa pueden ser ineficaces. El riesgo de un trato desigual de algunos accionistas también es una preocupación importante.

[...] Las empresas construyen a menudo estructuras, funciones y procesos en torno a las personas disponibles, en lugar de contratar a personas específicamente calificadas para realizar las funciones predefinidas. Con la prisa por satisfacer la creciente demanda, las pymes contratan a menudo a demasiados empleados y seleccionan a personas para que desempeñen roles ajenos a sus calificaciones reales. Las líneas de reporte, las autoridades y las responsabilidades siguen estando vagamente definidas.<sup>12</sup>

#### Impacto de problemas familiares en la empresa

Otro factor muy relevante es la manera como algunos aspectos relacionales entre los miembros de la familia pueden originar decisiones subjetivas, bien sea para beneficiar sin fundamento a una rama de la familia o para perjudicar a otra en medio de enfrentamientos viscerales (p. e., el cónyuge en proceso de divorcio contencioso que prefiere afectar los intereses empresariales para propinar un daño emocional en su contraparte). En efecto, otra dificultad de la gobernanza

es la combinación de intereses familiares y empresariales. Esto trae consigo un mayor componente emocional que tiende a resultar en una falta de claridad o transparencia en la toma de decisiones, especialmente en asuntos financieros. Asimismo, la comunicación sobre el rendimiento del negocio puede ser sesgada y poco fiable; es posible

12. Corporación Financiera Internacional (IFC), *Guía de gobierno corporativo para las PyMES*, 16.

que las personas fundadoras no estén preparadas para incluir a otros accionistas en el negocio.<sup>13</sup>

#### Falta de transparencia

Usualmente los inversionistas tienen preocupaciones por que las empresas no listadas

no tengan la intención de desarrollar estructuras de rendición de cuentas y no tengan ni siquiera los sistemas y las políticas más básicos. Relacionado con esto está el riesgo de que las personas fundadoras estén tomando todas las decisiones y no estén buscando asesoría de un tercero sobre la estrategia del negocio o, incluso, internamente.<sup>14</sup>

La falta de transparencia se produce en muchos casos debido a la informalidad y a los incentivos que llevan a la ausencia de rigor en las prácticas contables y financieras, así, por ejemplo, muchos empresarios suelen efectuar préstamos a socios que terminan siendo subsidiados por la compañía y que se encuentran fuera del objeto social de esta, o incluyen como gastos corporativos gastos típicamente familiares, como el pago de gastos educativos de la familia, combustibles para los autos familiares, estancias vacacionales y otro sinnúmero de gastos que pertenecen al ámbito familiar y no al empresarial. En este mismo rubro suelen encontrarse muchos aspectos relativos al uso de activos en los que suele confundirse el uso y disposición de activos empresariales para fines familiares o viceversa.

#### El gobierno corporativo como elemento para la sostenibilidad de las empresas

Los anteriores retos que enfrentan los empresarios requieren de prácticas que administren los riesgos que afectan la continuidad de su negocio, para lo cual las prácticas de gobierno corporativo deben entenderse como un sistema de administración de esos riesgos; de hecho, han surgido estándares enmarcados en la autorregulación, como la *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia*, que manifiesta:

13. *Ibid.*, 14.

14. *Ibid.*

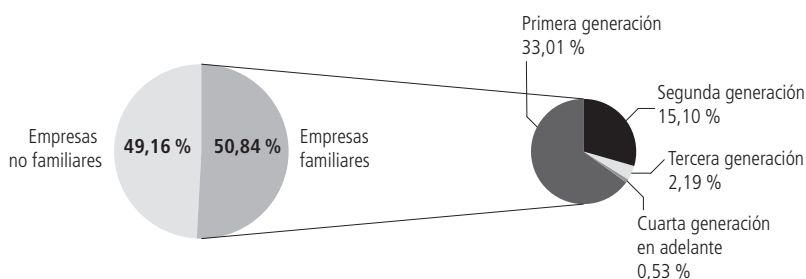


Una de las finalidades esenciales de la *Guía* es convertirse precisamente en una herramienta para garantizar la permanencia de la sociedad en el entorno económico, evitando que desaparezca por problemas o fallas en su sistema de Gobierno Corporativo. Aquellas sociedades comprometidas con un esquema de desarrollo progresivo y de constante crecimiento encontrarán en la *Guía* medidas que contribuyan a organizar su estructura de gobierno corporativo para evitar incurrir en las principales causas de crisis empresarial asociadas a fallas en el Gobierno Corporativo.<sup>15</sup>

### El problema de la sucesión

De acuerdo con estadísticas de la Superintendencia de Sociedades de Colombia, a la cual reportan anualmente alrededor de 7000 empresas sobre sus prácticas de gobierno corporativo y responsabilidad social, se evidencia para el año 2018 que, de una muestra de 6204 empresas, el 50,84 % (3154) de las empresas informaron ser empresas de familia, y que de estas el 33,01 % se encuentran en la primera generación, esto es, son gestionadas por sus fundadores.<sup>16</sup> Lo anterior se encuentra ilustrado en la figura 3.

**Figura 3.** Empresas familiares y generación en que se encuentran sus propietarios



Fuente: Superintendencia de Sociedades, *Indicadores de gobierno corporativo...*, 17.

15. Superintendencia de Sociedades, Cámara de Comercio de Bogotá y Confecámaras, *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia* (Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2009), 9.

16. Superintendencia de Sociedades, *Indicadores de gobierno corporativo en empresas de capital año 2018* (Bogotá, D. C.: autor, 2019), 17.

Por lo anterior muchas empresas deben enfrentar la transición entre la primera y la segunda generación, lo cual crea una enorme tensión en los sistemas de toma de decisiones, puesto que

existe el riesgo de que las personas fundadoras sigan interfiriendo directamente en la “verificación y control” del negocio, pasando por alto la nueva estructura y las políticas en el proceso. [...] Otra posible señal de alarma son los miembros de la familia que desplazan al personal profesional. Pueden surgir conflictos entre los socios fundadores, la nueva gerencia y los inversionistas, que pueden verse acentuados por una comunicación deficiente entre estas partes.<sup>17</sup>

Si bien la sucesión del fundador es diferente de la sucesión del director general, debe resaltarse que, como lo ha destacado IFC, la sucesión del Director General y de los ejecutivos es probablemente el tema más importante que enfrentan las compañías, incluyendo las de propiedad familiar. Esto ocurre porque los ejecutivos de una compañía suelen ser los impulsores de su desempeño, crecimiento y supervivencia. El tema de la sucesión gerencial es aún más importante para las empresas familiares ya que se vuelve especialmente espinoso a medida que crece la familia y aparecen varios candidatos potenciales para la alta gerencia de diversas ramas de la familia. Muchas empresas familiares demoran la planeación de la sucesión de sus ejecutivos hasta el último minuto, lo cual lleva a crisis que a veces pueden causar la desaparición de la empresa familiar. Una deficiente planeación de la sucesión de la alta gerencia podría ser, por cierto, una de las razones por las que la mayoría de las empresas desaparecen antes de alcanzar su tercera generación.<sup>18</sup>

### **El gobierno corporativo se relaciona con un mejor desempeño financiero**

Desde la intuición y bajo una aproximación teórica debe concluirse que el gobierno corporativo permite que las organizaciones compongan y establezcan procedimientos y formas de relacionamiento que

17. Corporación Financiera Internacional (IFC), *Guía de gobierno corporativo para las PyMES*, 13-17.

18. Corporación Financiera Internacional (IFC), *Manual IFC de gobierno de empresas familiares* (Washington, D. C.: autor, 2011), 51.

permiten una mejor apreciación de los riesgos, así como una toma de decisiones objetiva y eficiente, todo lo cual generaría un buen desempeño financiero de la organización.

Esta aproximación ha sido discutida e investigada en la literatura; no obstante, para el contexto latinoamericano resulta interesante la investigación efectuada por la Superintendencia de Sociedades de Colombia en la que, con una muestra inusual a nivel global, demuestra que la adopción de prácticas de gobierno corporativo tiene un impacto positivo en el desempeño financiero. En efecto, la Superintendencia, en un estudio efectuado en el año 2018, manifiesta que “para hacer el análisis de la relación entre el gobierno corporativo y el rendimiento financiero de las sociedades se tuvo en cuenta la información del cuestionario de prácticas empresariales entre 2007 y 2016”.<sup>19</sup>

En esta investigación se manifiesta que las 29656 sociedades con las que se realiza el análisis hacen referencia a sociedades que presentaron su información de gobierno corporativo en al menos uno de los años del estudio. Por lo que se tiene que hay un total de 29656 sociedades diferentes.<sup>20</sup>

También hace referencia a que las estadísticas de gobierno corporativo se construyen con el objetivo de capturar la variación del puntaje de las sociedades en cada una de las cinco dimensiones inicialmente propuestas. Sin embargo, no es posible analizar la variación de todas las dimensiones y por eso dicho trabajo termina estudiando el efecto de las dimensiones de junta directiva y transparencia.<sup>21</sup>

Como conclusión, establece dicho estudio que el gobierno corporativo es uno de los factores de buenas prácticas que más deben tener en cuenta las sociedades. Por medio del análisis de las respuestas al informe de prácticas empresariales entre 2007 y 2016 el estudio encuentra una relación positiva entre las dimensiones de junta

19. Superintendencia de Sociedades, *Relación entre el gobierno corporativo y el rendimiento financiero* (Bogotá, D. C.: autor, 2018), 12.

20. *Ibid.*, 13.

21. *Ibid.*, 16.

directiva y transparencia y el rendimiento financiero de las sociedades medido con el ROA y el ROE.<sup>22</sup>

### El gobierno corporativo mejora el acceso a recursos financieros o disminuye su costo para las organizaciones

Otro estudio es el realizado por la IFC, en el que se afirma:

Este estudio empírico sobre el vínculo entre el GC y el desempeño de las empresas de portafolio de la IFC en los mercados emergentes muestra que el GC no solo es un elemento de riesgo importante, sino que también tiene una asociación positiva con el desempeño del cliente, como lo demuestra un menor riesgo de inversión y un mayor desempeño financiero. Específicamente, para los nuevos negocios de la IFC, la conclusión del estudio es que una mejor selección de las prácticas de GC de los clientes potenciales de la IFC se correlaciona con un menor riesgo crediticio durante el período de inversión y, por lo tanto, se asocia con una menor probabilidad de incumplimiento crediticio. El análisis de GC ex ante es fundamental para seleccionar los clientes adecuados y podría integrarse mejor con otros elementos del análisis de inversiones, incluidos el crédito y la valoración. También sería beneficioso, cuando sea relevante, definir criterios y análisis para incorporar factores de riesgo de GC en la evaluación del riesgo de crédito.<sup>23</sup>

Otra evidencia interesante para Latinoamérica es efectuada por el Círculo de Empresas,<sup>24</sup> que se estableció paralelamente a las mesas redondas de gobierno corporativo desarrolladas por la OCDE en Latinoamérica, y en el cual una investigación llevada a cabo con sus miembros afirma que,

de acuerdo con la hipótesis de que el buen gobierno trae recompensas, el Cuadro 1 demuestra que los miembros del Círculo de Empresas

22. *Ibid.*, 21.

23. International Finance Corporation (IFC), *Governance and performance in emerging markets: Empirical study on the link between performance and corporate governance of IFC investment clients* (Washington, D. C.: autor, 2018), 25, 26.

24. El Círculo de Empresas agrupa a un grupo de empresas líderes de América Latina que han adoptado buenas prácticas de gobierno corporativo. Los miembros del Círculo de Empresas brindan aportes del sector privado al desarrollo del gobierno corporativo en Latinoamérica y comparten sus experiencias entre sí y con otras empresas de la región.

obtuvieron mejores resultados operativos en términos de rentabilidad, como indica el ROE, que las demás empresas latinoamericanas analizadas. En concreto en los tres ejercicios entre 2005 y 2007, obtuvieron un ROE promedio de 21,7%, frente al 16,7% correspondiente al resto de las empresas latinoamericanas para el mismo periodo.<sup>25</sup>

Se destacan dos resultados:

Como ilustra el cuadro del índice de pago, los miembros del Círculo de Empresas pagaron más dividendos, en términos relativos. Distribuyeron aproximadamente un 34% de beneficios por acción, en comparación con el 11% distribuido por el resto de las empresas latinoamericanas. A pesar de que no está claro que el mayor desembolso de dividendos sea necesariamente más conveniente para los inversores —dado que el mayor rendimiento de dividendos puede estar relacionado con acciones preferidas que restringen los derechos de sus titulares—, muchos inversores prefieren el mayor flujo de efectivo de los dividendos. Además, esto puede aumentar el atractivo de las acciones de la empresa para otros inversores. El apalancamiento financiero de los miembros del Círculo de Empresas es superior al del resto de las empresas latinoamericanas, como demuestra su ratio de deuda del 32,8%, frente al 22,5% del grupo comparable. Al igual que los resultados del índice de pago de dividendos, este indicador puede considerarse positivo: históricamente, las empresas latinoamericanas han estado poco apalancadas, especialmente a largo plazo, debido a la falta de acceso a créditos a largo plazo a un costo razonable. Por lo tanto, se podría argumentar que estos ratios más elevados indican que estas empresas tienen más capacidad de acceso a los mercados de deuda a largo plazo o al financiamiento bancario, con un costo razonable. Sin embargo, las empresas con más apalancamiento pueden enfrentar un mayor riesgo de solvencia, especialmente en momentos de gran inestabilidad del mercado crediticio, ya que dependen de la capacidad de seguir emitiendo deuda o de generar constantes flujos de efectivo para reembolsar la deuda.<sup>26</sup>

25. International Finance Corporation (IFC), Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y Foro Global de Gobierno Corporativo (GCGF), *Guía práctica de gobierno corporativo* (Washington, D. C.: IFC, 2010), 181.

26. *Ibid.*, 182.

## El gobierno corporativo facilita la gestión de la crisis corporativa

No sobra resaltar que el gobierno corporativo tiene un importante papel en los momentos inciertos y las crisis externas, como las que se producen en medio una pandemia o cualquier otro “cisne negro”:

Cuando llega una crisis, el buen gobierno corporativo puede permitir a las compañías planificar de manera efectiva una respuesta, distribuir roles y responsabilidades claramente definidos y establecer una estrategia de comunicación efectiva. Tales acciones ayudan a las organizaciones a recuperarse rápidamente y minimizar el daño a sus negocios.<sup>27</sup>

Para resumir, los beneficios del gobierno corporativo se representan en la figura 4.

**Figura 4.** Beneficios del gobierno corporativo



Fuente: elaboración propia.

27. International Finance Corporation (IFC), *Navigating through crises: A handbook for boards* (Washington, D. C.: autor, 2010), 11.

## El entendimiento de los órganos sociales y la responsabilidad de los administradores desde una perspectiva no regulatoria

Si bien desde el mundo jurídico se ha establecido con claridad desde la regulación la manera cómo funcionan las personas jurídicas y los órganos que hacen posible su existencia, suele ser poco entendido uno de los órganos que mayor importancia tiene para el sistema jurídico anglosajón, y que alcanza una gran relevancia para las prácticas de gobernanza, inclusive para los países que hacen parte del sistema continental europeo, este órgano es *el directorio*, que es conocido con sinónimos como consejo directivo, junta de directores o junta directiva.

La prolífica regulación del derecho de sociedades se ha ocupado de proteger a los asociados y de establecer las reglas de juego para el funcionamiento de las asambleas o juntas de socios, o de los máximos órganos sociales, no obstante, en los casos de cuerpos de gestión de la compañía, y particularmente en los casos de la junta directiva, como lo es para el caso colombiano, la regulación resulta bastante incipiente y otorga un enorme espacio a la autorregulación, por la vía de estándares o en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada característica del derecho mercantil.

El entendimiento de los roles de este órgano resulta fundamental para diferenciar la estrategia legislativa de necesidad empresarial y la aplicación y el desarrollo adecuado de estándares de gobernanza por parte de los profesionales del derecho, por esto, no hacemos referencia en este capítulo a las recomendaciones y estándares aplicables para las juntas directivas en Colombia; sin embargo, el lector podrá encontrarlos fácilmente, como el Código de Mejores Prácticas de Corporativas, la *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia* y las *Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas*, entre otros. Por supuesto que, como lo hemos manifestado en otras obras,<sup>28</sup> el artículo 438 del Código de Comercio establece las atribuciones de la junta directiva, y consagra que esta tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para

28. María Andrea Trujillo, Alexander Guzmán y Francisco Prada, *Juntas directivas en el desarrollo del gobierno corporativo* (Bogotá: Colegio de Estudios Superiores de Administración [CESA], 2015), 211.

tomar las determinaciones necesarias para que la sociedad cumpla sus fines, a menos que en los estatutos se haya establecido algo distinto. En el caso de las sociedades por acciones simplificadas (SAS), el artículo 25 de la Ley 1258 de 2008 establece claramente que, si la sociedad no pacta la creación de la junta directiva en los estatutos, la totalidad de funciones de administración y representación le corresponderá al representante legal.

Lo anterior supone que la compañía debe establecer claramente la competencia de la junta para evitar el riesgo de conflicto con otros órganos, y es por esto que, en el marco de la autorregulación, se realizan algunas recomendaciones como las anteriormente descritas.

### ¿Para qué sirve la junta directiva?

Muchos autores hacen referencia a dos funciones fundamentales: la función de supervisar la gestión del gerente y la alta dirección en nombre de la compañía, y la función de asesorar al gerente o a la alta dirección cuando resulta necesario. Estas funciones requieren de aclaraciones urgentes e importantes para muchos directores y participantes de estos órganos, pues existe la creencia, derivada de la literatura anglosajona y de las facultades de negocios, según la cual los directores existen para representar y generar valor al accionista, aspecto que no puede entenderse como cierto en el mundo actual y que tampoco es resultado de los deberes impuestos por la regulación para el desempeño de estos roles.

Considero que no puede entenderse el rol de supervisión de la gerencia como una faceta para la cual el director elegido se encuentra representando a la porción de capital que lo ha elegido, pues a todas luces el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en el caso colombiano, establece que este debe obrar en interés de la sociedad y de sus socios, y frente al deber fiduciario de lealtad, como lo ha confirmado la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades bajo facultades jurisdiccionales, deben privilegiar el interés de la compañía sobre el de los socios, que en muchos casos no es el mismo. Ejemplo de lo anterior es el evento de reparto de utilidades, que genera tensión entre la administración y los accionistas cuando la compañía puede requerir reinversión para aumentar su sostenibilidad y competitividad.



## El rol de supervisión

Establecido lo anterior, el rol de supervisión de la junta hace referencia a velar por el cumplimiento de los administradores de las políticas y prácticas necesarias para garantizar la integridad y la administración de riesgos, así como el cumplimiento de los objetivos estratégicos, para lo cual evalúa la gestión de los gerentes y la alta dirección de la compañía.

Por otro lado, el rol de supervisión se encuentra relacionado con la necesidad no solo de velar por el buen desarrollo de los fines de la organización, sino por todos aquellos que conllevan un impacto para los grupos de interés, puesto que en todo caso los directores responden ilimitada y solidariamente con sus patrimonios por cualquier incumplimiento de sus deberes, aspecto que hace que sus decisiones deban tener en cuenta no solo al grupo de interés de los accionistas, sino que deben establecer su impacto en todos los otros grupos de interés que rodean a la compañía (la comunidad, el ambiente, los trabajadores, los clientes, etc.). De este planteamiento consideramos que el debate contemporáneo sobre el interés que deben privilegiar las corporaciones se ha venido resolviendo a partir de la cada vez más activa participación de los inversionistas y del activismo social que rodea el entorno de los negocios, lo que se vislumbra como una de las tendencias más importantes del entorno corporativo, especialmente en el contexto financiero, en donde se han planteado las finanzas verdes y los estándares ambientales, sociales y de gobierno corporativo (ASG; ESG, por sus siglas en inglés), que sin duda se imponen en las organizaciones resilientes y en aquellas que hacen parte del siglo XXI.

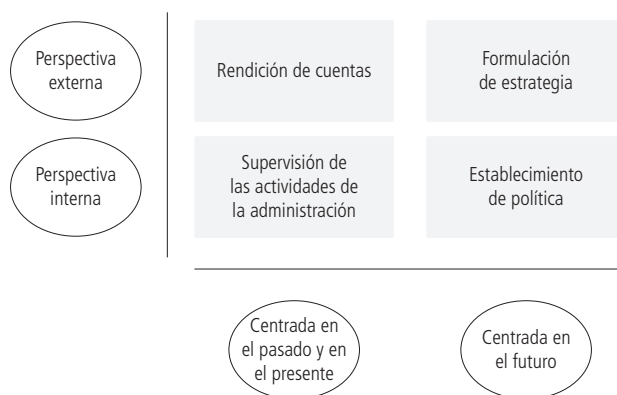
El rol de supervisión en muchos casos se convierte en la trampa más común de la gestión de las juntas directivas, cuando en su cotidianidad se dedican a recibir unilateralmente información de parte de los gerentes y dedican sus sesiones a revisar y discutir estados financieros, aspecto que seguramente en el futuro no tan lejano podrá ser desarrollado por herramientas de inteligencia artificial o por algoritmos que servirán de soporte para los roles de supervisión de las juntas directivas. A este aspecto nos referiremos al final de este capítulo.

## El rol de asesoramiento

El rol de asesoramiento resulta ser el más precario en la práctica y el de mayor desarrollo en el futuro de las juntas directivas, en donde la gran volatilidad; la hipertransparencia, facilitada por las redes sociales, los dispositivos móviles, el internet de las cosas, el avance en el procesamiento con nuevas generaciones de superconductores y la inteligencia artificial; la mayor automatización y su disrupción en los modelos de negocio; los cambios demográficos, con el envejecimiento poblacional y el surgimiento de generaciones con intereses y visiones radicales, que serán los nuevos consumidores; el calentamiento global, la inestabilidad geopolítica, y el aumento de la desigualdad económica hacen mucho más compleja la visión estratégica y la capacidad de la gerencia para tomar decisiones oportunas, relevantes y eficientes para una organización.

Con fines pedagógicos, la figura 5 ilustra los principales roles de las juntas directivas y las perspectivas de los directores necesarias para desarrollarlas.

**Figura 5.** Perspectivas y funciones básicas de las juntas directivas



Fuente: B. Tricker, 37.

¿Cómo pueden verse afectados los roles de la junta directiva con la inteligencia artificial (IA)?

Con particular interés quienes quieren introducirse en el gobierno corporativo deben entender el rol de la tecnología en su desarrollo y en

el papel de las juntas directivas. De acuerdo con Jesuthasan y Ganu,<sup>29</sup> al aplicar su metodología para el rol de miembro independiente de junta directiva, establecieron como primera medida cuáles actividades de este miembro de junta son repetitivas (se basan en reglas y son rutinarias) y cuáles son variables (requieren creatividad e innovación y no están limitadas por reglas), con lo cual concluyeron que alrededor del 48% de las actividades actuales de los miembros independientes de las juntas directivas pueden ser mejoradas sustancialmente por la inteligencia artificial (IA) y la automatización, y que el 25% pueden ser totalmente sustituidas.

La verificación de estados financieros y el cumplimiento de normas para reportarlos serán sustituidos mediante los libros digitales de contabilidad y los contratos inteligentes. Estos avances permiten que la contabilidad se realice simultáneamente desde cualquier parte del mundo, y, hecho esto, su impacto también podrá vislumbrarse en el desarrollo de las asambleas de accionistas, las cuales no tendrán que realizar reuniones para la aprobación de estados financieros.

Para el futuro desarrollo del gobierno corporativo y en especial para lo que se ha denominado el *stakeholders capitalism*, uno de los aspectos más interesantes será el uso de plataformas para que los accionistas, clientes, empleados y distintos *stakeholders* puedan expresar sus preferencias e inquietudes en tiempo real, de tal forma que inclusive la junta directiva pueda hacerlo.

La IA soportará y facilitará enormemente la tarea de revisar las propuestas de la gerencia y las deliberaciones de la junta directiva, dada la continua democratización de la información y el *machine learning* (ML). El seguimiento del desempeño en tiempo real de los datos y el análisis predictivo permitirán que la toma de decisiones se realice con mucha facilidad.

Un ejemplo interesante es el de Venture Capital DKV de Hong Kong con un algoritmo llamado Vital, que actúa como un miembro de la junta directiva para la toma de decisiones de inversión.

Por esto, consideramos que en el futuro todas las juntas directivas tendrán al menos un miembro que será un algoritmo que pueda

29. Ravin Jesuthasan y Shai Ganu, "Can a board member's job be automated?", *Harvard Business Review*, 1 de octubre de 2019.

mantenerse al día con las discusiones de la sala de juntas, contextualizar discusiones y hacer referencia a discusiones pasadas y a su contexto histórico para efectuar recomendaciones oportunas para la compañía.

Sin embargo, consideramos también que el rol de asesorar la estrategia y establecer la visión y los estándares de conducta de las empresas sería uno de los aspectos en los que en el corto plazo la IA o el ML no reemplazarán a los seres humanos, debido a que se requiere experiencia; no obstante, serán un facilitador con mejores datos.

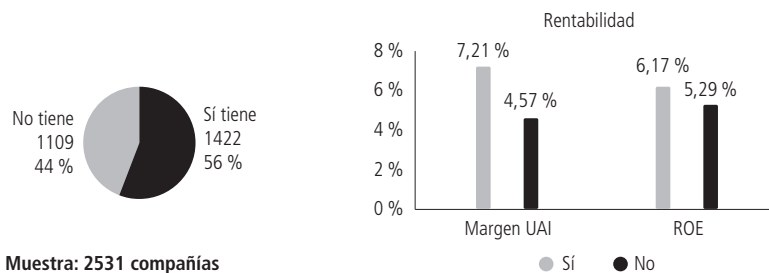
### **¿Generan valor las juntas directivas?**

Nos referimos con mayor énfasis a este aspecto, en cuanto son muchos los casos en los que en nuestra experiencia hemos encontrado a profesionales del derecho con una visión paradigmática sesgada hacia la utilidad y la relevancia del rol de la junta directiva, acusando a este órgano de ser una instancia burocrática y pregonando su ineficiencia, para abogar por su minimización, o haciendo creer a los empresarios que solo resulta relevante de acuerdo con la dimensión de la compañía. En efecto, la exitosa diseminación del tipo societario de la SAS y su flexibilidad en el gobierno corporativo puede llevar a creer que las juntas directivas han desaparecido, y en muchos casos resulta tentador para los asesores corporativos suprimir sus roles y establecer bajo la justificación de la concentración de la propiedad su inaplicabilidad, pero nada resulta más equivocado como creer que una empresa gestionada por su propietario no requiere en muchos casos una instancia similar a la junta directiva. Este pensamiento florece a partir de la arcaica visión de la junta supervisora o junta que solo sirve para representar los intereses de los propietarios, puesto que no debe pensarse erradamente que existe una discrecionalidad absoluta de los propietarios al elegir a los directores, porque ello supone también una carga de diligencia para los propietarios, que deben procurar que su elección beneficie a la organización, y, por otro lado, dicha elección no conlleva que las decisiones del director elegido privilegien los intereses del propietario elector por sobre los intereses de la compañía.

La creación de una junta directiva no debe estar basada en la obligatoriedad legal, sino en su capacidad de aumentar la sostenibilidad y la competitividad de la organización

Para establecer de manera clara algunas evidencias sobre la contribución de la junta directiva al desempeño empresarial, resulta interesante hacer referencia a una investigación presentada por la Superintendencia de Sociedades, en el año 2015,<sup>30</sup> en la que buscaba evidenciar los beneficios del gobierno corporativo (figura 6).

**Figura 6.** Empresas que tienen junta directiva u órgano equivalente, aun cuando no es obligatorio, 2014



**Muestra: 2531 compañías**

Fuente: Superintendencia de Sociedades, II Encuentro Nacional de Construcción Conjunta...

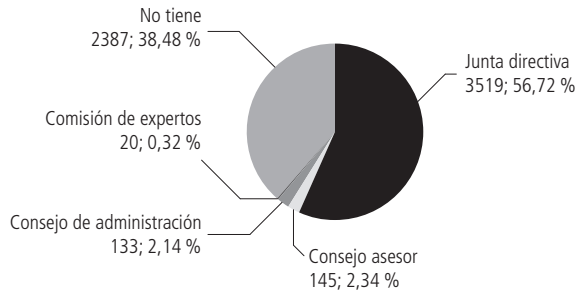
A partir de lo anterior puede concluirse que las preferencias de los empresarios por la junta directiva no obedecen a la obligatoriedad establecida en la ley, y que, aun cuando el tipo societario de la SAS es el más extendido, dicha flexibilidad es aprovechada con el entendimiento de la necesidad de contar con este tipo de órgano para aspectos que pueden beneficiar a la compañía; asimismo, la conclusión de la Superintendencia resulta contundente al señalar que la rentabilidad de las empresas que cuentan con junta directiva es mayor, como puede verse en el margen del UAI y del ROE.

La Superintendencia de Sociedades, en su reporte más reciente disponible en el momento de esta publicación,<sup>31</sup> también ha señalado que esta tendencia de prevalencia de la junta directiva y de órganos que cumplen estos roles se ha mantenido (figura 7).

30. Superintendencia de Sociedades, II Encuentro Nacional de Construcción Conjunta para la aplicación de Normas de Contabilidad de Información Financiera Internacional y de Aseguramiento (conferencia, Bogotá, 17 y 18 de septiembre de 2015).

31. Superintendencia de Sociedades, *Indicadores de gobierno corporativo...*, 24.

**Figura 7.** Empresas que tienen junta directiva u órgano equivalente, 2018



Fuente: Superintendencia de Sociedades, *Indicadores de gobierno corporativo...*, 24.

De este modo, la Superintendencia establece que, de las 6204 empresas que diligenciaron el informe, el 56,72 % (3519) de las empresas informaron tener junta directiva, mientras que el 4,80% indicaron contar con un órgano equivalente y el restante 38,48% informaron no tener ningún órgano. Dentro de los órganos equivalentes prevalece la figura de consejo asesor.<sup>32</sup>

### La ausencia de junta directiva obedece a paradigmas de limitación del poder para controlantes o fundadores de compañías o a la resistencia a la supervisión que tienen los gerentes

Establecido lo anterior, debe reflexionarse sobre la razón por la que los empresarios optan por no tener junta directiva, para lo cual podría decirse que esto puede deberse a los costos relacionados con la búsqueda de directores o con los costos relacionados con su remuneración, especialmente cuando estas juntas no se encuentran compuestas por miembros de la familia o cuando requieren externos o miembros independientes. Al responder a esta pregunta, en el estudio de la Superintendencia<sup>33</sup> puede observarse lo siguiente (figura 8):

32. *Ibid.*

33. Superintendencia de Sociedades, *II Encuentro Nacional de Construcción Conjunta...*

**Figura 8.** Razones que aducen los empresarios para no tener junta directiva



Fuente: Superintendencia de Sociedades, II Encuentro Nacional de Construcción Conjunta...

Desde el punto de vista de los empresarios suele justificarse la ausencia de una junta directiva por el costo asociado con la remuneración de los directores; sin embargo, en nuestra experiencia, y como lo demuestra la anterior evidencia, la razón predominante tiene que ver con la resistencia que tienen los controlantes o los gerentes a crear una instancia de mayor jerarquía, que consideran que solo sirve para supervisarlos o limitarlos.

Por otro lado, en nuestro concepto, este tipo de situaciones se encuentran exacerbadas por la ausencia de transparencia en el mercado de directores y por sus remuneraciones. La experiencia en los mercados latinoamericanos y especialmente en el colombiano demuestra que las juntas directivas no son constituidas a partir de reflexiones sobre las necesidades de la organización y que el proceso de selección de directores es informal, sin la participación de *head hunters* o de terceros que puedan contribuir de manera objetiva para que cuenten no solo con las competencias típicas de un director, sino que además tengan las habilidades blandas<sup>34</sup> necesarias para desempeñar su rol en el entorno de la junta, que requiere un disenso constructivo y un ejercicio objetivo para privilegiar, como tantas veces lo hemos dicho, el interés de la organización. Ahora bien, el valor y la forma como es establecida la remuneración es otro aspecto con gran opacidad y sobre el cual son escasísimas las informaciones, puesto que en los casos en

34. En este aspecto la IFC, con aliados como Page Group, ha venido desarrollando iniciativas para medir las competencias blandas de los directores, en las que se ha demostrado la necesidad de que los procesos de evaluación de junta directiva o de inducción de miembros de junta partan de las características personales de sus integrantes para agregar una dinámica apropiada de modo que las decisiones y la gestión de las juntas agreguen valor a las organizaciones.

que esta información se hace pública, como es el caso de los emisores de valores, se hace de manera agregada.

Por todo lo anterior, los organismos multilaterales que promueven el desarrollo del gobierno corporativo se encuentran fomentando la profesionalización de directores y el desarrollo de la capacidad local para su profesionalización y consecución, como es el caso colombiano, en donde se ha creado el Instituto Colombiano de Gobierno Corporativo (ICGC),<sup>35</sup> del que se espera que pueda llegar a certificar directores y pueda constituir una base de miembros de juntas directivas y una instancia que con independencia pueda hacer más transparente y dinámico este mercado.





Ahora bien, no resulta fácil establecer en qué momento debe implementarse la junta directiva; para este efecto, es importante diferenciar las distintas etapas de crecimiento de las PyMES, para lo cual, de acuerdo con la cartilla del IFC para PyMES,<sup>36</sup> en la tabla 1 se muestran las distintas etapas de evolución de las PyMES y la descripción de dos aspectos clave del gobierno corporativo.

35. El ICGC y el Centro de Estudios de Gobierno Corporativo, del CESA, cuentan con publicaciones y literatura sobre gobierno corporativo referida al mercado colombiano, la cual ha sido desarrollada con el fin de aumentar el conocimiento y demostrar la relevancia del gobierno corporativo para el desarrollo económico de Colombia. Esta puede consultarse en [www.icgc.com.co](http://www.icgc.com.co)

36. Corporación Financiera Internacional (IFC), *Guía de gobierno corporativo para las PyMES*, 23.



**Tabla 1.** Matriz de evolución de las PyMES

Definiendo factores/ parámetros	 <b>Etapa 1</b> Inicio del negocio	 <b>Etapa 2</b> Crecimiento activo	 <b>Etapa 3</b> Desarrollo organizacional	 <b>Etapa 4</b> Expansión del negocio
Tamaño (número de empleados)	Pequeña (p. ej., < 50)	Pequeña a mediana (p. ej., 50-75)	Mediana (p. ej., 76-150)	Mediana en crecimiento (p. ej., 151-250)
Enfoque empresarial	Desarrollo de productos, pruebas de mercado	Ventas y crecimiento, aumentando la variedad de productos, creando una base de clientes	Optimización de la propia estructura/ procesos después del crecimiento	Mayor crecimiento, apoyado por la mejora de la organización y los procesos internos
Cultura y compromiso con el buen gobierno corporativo (políticas, procesos y estructura organizacional)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pequeño equipo multitareas</li> <li>• Alto grado de informalidad</li> <li>• Pocos sistemas, establecidos “sobre la marcha”</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El equipo está creciendo: empiezan a surgir distintas funciones y una estructura organizacional</li> <li>• Sistemas sencillos para permitir colaboración entre las funciones</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Mayor profesionalización de las funciones</li> <li>• Formalización de la estructura organizacional, las políticas y los procedimientos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La continuación de tendencias iniciadas en la etapa 3</li> </ul>
Toma de decisiones y supervisión estratégica (proceso y órganos de toma de decisiones, estilo de liderazgo)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Toma de decisiones altamente centralizada por parte de la(s) persona(s) fundadora(s)</li> <li>• Estilo de liderazgo autocrático</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Surgimiento de delegación en la gerencia</li> <li>• Estilo de liderazgo consultivo, en gran medida autocrático, pero con aportes de gerentes y asesores clave</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se contratan gerentes profesionales</li> <li>• Descentralización de la autoridad mediante la división/gestión funcional</li> <li>• Estilo de gestión colaborador</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Separación de la toma de decisiones estratégicas y operativas</li> <li>• Estilo de toma de decisiones institucional, basado en la estructura organizacional, roles y procedimientos definidos</li> </ul>

Fuente: Corporación Financiera Internacional (IFC), *Guía de gobierno corporativo para las PyMES*, 23.

Ahora bien, para responder de manera más concreta a la pregunta planteada, se considera la etapa comprendida entre el desarrollo organizacional y la expansión del negocio como aquella en la que usualmente se aconseja el establecimiento de este tipo de órganos,<sup>37</sup> como puede verse en la tabla 2.

**Tabla 2.** Matriz de prácticas de gobierno corporativo de las PyMES

Temas de gobierno clave	Etapa 1 Inicio del negocio	Etapa 2 Crecimiento activo	Etapa 3 Desarrollo organizacional	Etapa 4 Expansión del negocio
<b>A</b> <b>Cultura y compromiso con el buen gobierno corporativo</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Funciones centrales identificadas</li> <li>• Escritura de constitución adoptada</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Puestos centrales cubiertos</li> <li>• Organigrama, políticas clave y declaración de principios empresariales básicos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Líder de gobierno corporativo</li> <li>• TdR para puestos clave</li> <li>• Procesos centrales documentados</li> <li>• Un calendario de eventos corporativos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Plan de acción para el gobierno corporativo</li> <li>• Función de secretario corporativo</li> <li>• Disposiciones de gobierno corporativo incorporadas en la escritura de constitución y en los estatutos</li> </ul>
<b>B</b> <b>Toma de decisiones y supervisión estratégica</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Asesores externos informales involucrados</li> <li>• La(s) persona(s) fundadora(s) toma(n) decisiones en consulta con ejecutivos individuales</li> <li>• Se han comunicado los límites de autoridad del personal clave</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Asesores externos formalmente involucrados</li> <li>• Las decisiones clave se toman en colaboración con los ejecutivos como grupo</li> <li>• Se formaliza la delegación limitada de los firmantes autorizados</li> <li>• Prioridades de personal identificadas</li> <li>• Plan de continuidad del negocio para el CEO y las personas clave</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se recurre a una asesoría externa continua y estructurada</li> <li>• Discusiones a nivel de toda la empresa sobre estrategia, financiamiento, dotación de personal</li> <li>• Comité ejecutivo/de gestión (o similar) formalizado</li> <li>• Políticas de recursos humanos para atraer, retener y motivar al personal</li> <li>• Marco de planificación de la sucesión para las personas clave</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Un directorio</li> <li>• Los procedimientos del directorio garantizan la eficacia de las reuniones y los aportes de todos los directores</li> <li>• La política de planificación de la sucesión ha sido aprobada por el directorio</li> </ul>

Fuente: International Finance Corporation (IFC), *Guía de gobierno corporativo para las PyMES*, 25.

37. *Ibid.*, 25.

## ¿Tiene alguna incidencia la composición de la junta directiva en su generación de valor?

En lo referente a la composición de las juntas directivas, sin que entremos a referirnos a la diversidad que debe hacer parte de su composición, no solo de género, profesiones, perfiles o edades, aspecto que suele ser un área de profundización en el gobierno corporativo, cabe resaltar que lo que evidencia la Superintendencia de Sociedades<sup>38</sup> sobre los directores externos, como se muestra en la figura 9 y la tabla 3, es sin duda una comprobación de la necesidad de que al menos los miembros de las juntas directivas puedan tener puntos de vista diferentes a quienes se encuentran trabajando en la organización y, lo que resulta más importante, que tengan menos vínculos para poder evaluar la gestión de la dirección y sopesar los puntos de vista de los directores externos, además de brindar las perspectivas que estos no pueden conocer. Todo esto debe originar un mejor desempeño de la organización.

**Figura 9.** Juntas directivas con miembros externos



**Muestra: 3591 compañías**

Fuente: Superintendencia de Sociedades, II Encuentro Nacional de Construcción Conjunta...

**Tabla 3.** Relación entre la presencia de juntas directivas y la participación en algunos indicadores de desempeño financiero

	Número de empresas	Margen de utilidad antes de impuestos	Rotación de activos	ROA	ROE
<b>Con junta directiva</b>	1528	<b>7,62 %</b>	0,55	4,44 %	6,69 %
<b>Sin junta directiva</b>	2063	4,94 %	0,82	<b>5,07 %</b>	<b>7,19 %</b>
<b>Total general</b>	3591				

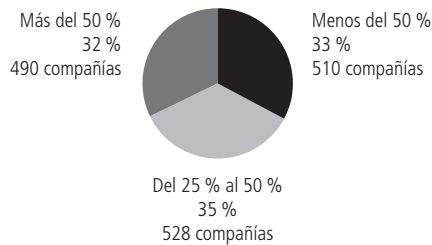
Fuente: Superintendencia de Sociedades, II Encuentro Nacional de Construcción Conjunta...

No obstante, el beneficio de los miembros externos no es tan contundente como cuando estos pueden constituir una mayoría en la junta

38. Superintendencia de Sociedades, II Encuentro Nacional de Construcción Conjunta...

directiva, evidencia que permite confirmar las recomendaciones de los estándares de gobierno corporativo, que exigen una mayoría de miembros externos en las juntas directivas, puesto que al parecer esta es la manera más efectiva en que realmente pueden originar un verdadero contrapeso o un mejor disenso constructivo para generar valor en las compañías. Así lo demuestran la figura 10 y la tabla 4, tomadas de la Superintendencia de Sociedades.<sup>39</sup>

**Figura 10.** Porcentaje de participación de miembros externos en las juntas directivas



Fuente: Superintendencia de Sociedades, II Encuentro Nacional de Construcción Conjunta...

**Tabla 4.** Relación entre el porcentaje de participación de los miembros externos en la junta directiva y algunos indicadores de desempeño financiero

	Número de empresas	Margen de utilidad antes de impuestos	Rotación de activos	ROA	ROE
<b>Menos del 25 %</b>	510	6,34 %	0,55	5,28 %	5,40 %
<b>Del 25 % al 50 %</b>	528	5,66 %	0,54	3,86 %	5,55 %
<b>Más del 50 %</b>	490	<b>10,24 %</b>	0,57	4,43 %	<b>8,36 %</b>
<b>Total general</b>	1528				

Fuente: Superintendencia de Sociedades, II Encuentro Nacional de Construcción Conjunta...

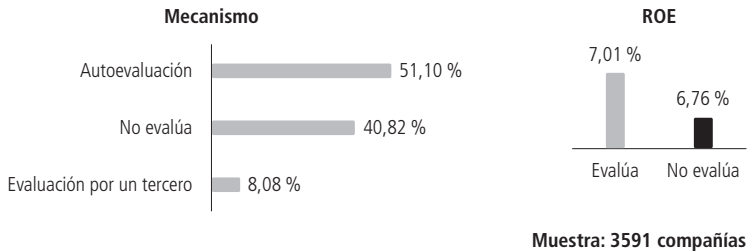
### Las prácticas de las juntas pueden determinar su valor

Como se puede apreciar en la figura 11, otro aspecto que debe mencionarse con respecto a los roles de las juntas directivas y su relevancia es que aquellas que tienen prácticas adecuadas, como la evaluación de su gestión, son las que pueden originar mayor valor para la compañías,

39. *Ibid.*

así, por ejemplo, este resulta ser otro tema en el que puede evidenciarse un mejor desempeño financiero de la compañía cuando existe una evaluación que permita adoptar planes de mejora y, en muchos casos, renovar la composición o mejorar los procedimientos y normas de funcionamiento de este órgano.

**Figura 11.** Mecanismos para la evaluación de las Juntas Directivas y su relación con algunos indicadores de desempeño financiero



Fuente: Superintendencia de Sociedades, II Encuentro Nacional de Construcción Conjunta...

## Conclusiones

En este intento de aproximación inicial al gobierno corporativo hemos podido intuir su concepto, su relevancia y beneficios, y algunas particularidades de la junta directiva, cuyo rol debe entenderse en un sentido amplio y diferente del legal, y por supuesto debe encontrarse equilibrado y activado de acuerdo con las necesidades y realidades de las organizaciones, que no pueden seguir contando con juntas directivas dogmáticas en sus procedimientos, puesto que su manera de generar valor para la compañía y sus grupos de interés se encuentra enmarcada en la capacidad de sus miembros de desarrollar un pensamiento complejo y flexible para adaptarse a distintos contextos de intervención, entendiendo los momentos en que la organización requiere de una junta pasiva, una participativa o una con mayor intervención, de modo que se garantice el cometido de la organización.

El análisis legal del gobierno corporativo no constituye la esencia de la gobernanza corporativa, sino que, al contrario, es una herramienta que facilita el suceso de la dinámica y la participación de seres humanos (y, como hemos dicho, posiblemente de otros participantes digitales) para generar valor frente a los retos y las demandas que tienen

y seguirán teniendo las corporaciones en el siglo XXI. Es por esto que debe entenderse que las funciones y competencias exclusivas de una junta directiva constituyen la capacidad cognitiva de la organización para entender lo que ocurre y lo que ocurrió con sus decisiones, su capacidad de innovación a partir de sus aprendizajes y de su diversidad de puntos de vista, y, lo que resulta hoy en día evidente, su referente ético, y por lo tanto el escenario en donde se inicia y se hace visible la coherencia con los valores de la organización.

## Referencias

- BERLE, Adolf y Gardiner Means. *The modern corporation and private property*. Londres: Macmillan, 1932.
- BERLE, Adolf y Gardiner Means. *The modern corporation and private property*. Londres: Macmillan, 1967.
- CADBURY, Adrian. Foreward de *Focus I: Corporate governance and development*, de Stijn Claessens, V-VII. Washington, D. C.: IFC, 2003.
- CLAESSENS, Stijn. *Focus I: Corporate governance and development*. Washington, D. C.: IFC, 2003.
- CORPORACIÓN Financiera Internacional (IFC). *Guía de gobierno corporativo para las PyMES*. Washington, D. C.: autor, 2019. [https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/4dae4860-f5a2-47e0-b083-f1f414af2122/Spanish\\_IFC+SME+Guide+Final.pdf?MOD=AJPERES&CVID=nzHi7WJ](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/4dae4860-f5a2-47e0-b083-f1f414af2122/Spanish_IFC+SME+Guide+Final.pdf?MOD=AJPERES&CVID=nzHi7WJ)
- CORPORACIÓN Financiera Internacional (IFC). *Manual IFC de gobierno de empresas familiares*. Washington, D. C.: autor, 2011. [https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/253e1374-edba-44f4-8565-5f971fdeb00f/Family\\_Business\\_Governance\\_Handbook\\_Spanish.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mnKgFXw](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/253e1374-edba-44f4-8565-5f971fdeb00f/Family_Business_Governance_Handbook_Spanish.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mnKgFXw)
- CORPORACIÓN Financiera Internacional (IFC), Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y Foro Global de Gobierno Corporativo (GCGF). *Guía práctica de gobierno corporativo*. Washington, D. C.: IFC, 2010. [https://www.google.com/url?sa=t&rc=t=j&sq=&resrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj5y7evze\\_yAhXZRTABHUVrDM4QFnoECAMQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.ifc.org%2Fwps%2Fwcm%2Fconnect%2Fd1419a4c-60f4-4a77-81a0-c6386bf90f09%2FSpanish\\_Practical\\_Guide\\_Full.pdf%3FMOD%3D](https://www.google.com/url?sa=t&rc=t=j&sq=&resrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj5y7evze_yAhXZRTABHUVrDM4QFnoECAMQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.ifc.org%2Fwps%2Fwcm%2Fconnect%2Fd1419a4c-60f4-4a77-81a0-c6386bf90f09%2FSpanish_Practical_Guide_Full.pdf%3FMOD%3D)

- AJPERES%26CVID%3DjtCwEI9%26attachment%3Dtrue%26id%3D1335808817502&rusg=AOvVaw0OVnTq9nd9LnJz0w0MNIje
- EARL, Michel J., ed. *Perspectives on Management*. Oxford: Oxford University Press, 1983.
- INTERNATIONAL Finance Corporation (IFC). *Governance and performance in emerging markets: Empirical study on the link between performance and corporate governance of IFC investment clients*. Washington, D. C.: autor, 2018.
- INTERNATIONAL Finance Corporation (IFC). *Navigating through crises: A handbook for boards*. Washington, D. C.: International Finance Corporation. 2010.
- JENSEN, Michael y William H. Meckling. *Can the corporation survive?* Rochester, MN, Centre for Research in Government Policy and Business, University of Rochester, 1976.
- JESUTHASAN, Ravin y Shai Ganu. "Can a board member's job be automated?". *Harvard Business Review*, 1 de octubre de 2019.
- KRAAKMAN, Reinier et. al. *The anatomy of corporate law: Comparative and functional approach*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- ORGANISATION for Economic Co-operation and Development (OECD). *Principios de gobierno corporativo de la OCDE*. París: autor, 2016. <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>
- SMITH, Adam. *The wealth of nations*. Chicago: University of Chicago, (1776) 1976.
- SUPERINTENDENCIA de Sociedades. II Encuentro Nacional de Construcción Conjunta para la aplicación de Normas de Contabilidad de Información Financiera Internacional y de Aseguramiento. Conferencia, Bogotá, 17 y 18 de septiembre de 2015.
- SUPERINTENDENCIA de Sociedades. *Indicadores de gobierno corporativo en empresas de capital cerrado año 2018*. Bogotá, D. C.: autor, 2019. <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Revistas/2019/PDF-INFORME-GOBIERNO-CORPORATIVO.pdf>
- SUPERINTENDENCIA de Sociedades. *Causas de la liquidación obligatoria de sociedades en Colombia. Estrategias para prevenir la crisis*. Bogotá: autor, 2004.
- SUPERINTENDENCIA de Sociedades. *Relación entre el gobierno corporativo y el rendimiento financiero*. Bogotá, D. C.: autor, 2018.

- SUPERINTENDENCIA de Sociedades, Cámara de Comercio de Bogotá y Confecámaras. *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2009. <http://www.icgc.com.co/wp-content/uploads/2018/01/Gu%C3%ADa-colombiana-de-gobierno-corporativo-para-sociedades-cerradas-y-de-familia.pdf>
- TRICKER, Bob. *Corporate governance principles, policies, and practices*. Nueva York: Oxford University Press, 2009.
- TRICKER, Robert Ian. *Corporate governance: History of Management thought*. Farnham: Ashgate, 1984.
- TRUJILLO, María Andrea, Alexander Guzmán y Francisco Prada. *Juntas directivas en el desarrollo del gobierno corporativo*. Bogotá: Colegio de Estudios Superiores de Administración (CESA), 2015.



## Comportamiento ético en la empresa

JORGE GAITÁN PARDO\*

### El concepto

Luego de los fundamentos sobre gobierno corporativo expuestos por el Dr. Francisco Javier Prada, en los que aborda aspectos que tienen que ver con su definición, importancia, entendimiento de los órganos sociales y la responsabilidad de los administradores desde una perspectiva no regulatoria, en su rol de supervisión, asesoramiento y su capacidad de aumentar la sostenibilidad y la competitividad de la organización, se harán, a continuación, unas breves reflexiones sobre dos cuestiones que tienen que ver con el comportamiento ético en la empresa: la primera relativa a las decisiones de quienes la dirigen y la segunda, al deber de pensarla en el entorno de la responsabilidad social.

Cuando hablamos de ética hablamos de comportamiento humano. La ética es fundamental para la convivencia humana y no hay relación entre dos o más personas que no esté regulada por aquella; está presente en todos los órdenes: en la familia, en cualquier institución educativa, en la escuela o en la universidad, en las instituciones del Estado y en la empresa, entre otras muchas formas de organización

\* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, con especialización en Bioética de la misma universidad y un diplomado en Negociación Internacional dictado por la Pontificia Universidad Javeriana en asociación con la American University of Washington, D. C. Actualmente se desempeña como profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

humana. La ética se expresa a través de normas, que no son otra cosa que reglas de conducta, como son las normas jurídicas o las normas de la moral. Sin ética no es posible lograr una sana convivencia, y sin ella no es posible lograr una buena organización social ni política ni empresarial. Por eso en toda empresa pública o privada o en cualquier institución del Estado o cuando se habla de política o cuando se habla de justicia, por ejemplo, es importante que las personas obren siempre basadas en los más elementales conceptos de la filosofía moral.

La ética no puede entenderse como algo que es inútil para la sociedad; por el contrario, con la ética se logra el orden, se logra un buen comportamiento ciudadano, una buena actitud cívica, y se resuelven en buena medida gran parte de los problemas individuales y sociales. Por eso, cuando se habla de empresa es importante que se obre bajo determinados códigos de ética, que deberán seguirse como fundamento de la actividad empresarial. Estos contienen principios mínimos que deben ser tenidos en cuenta en el desempeño de un oficio o profesión dentro de cualquier organización.

Una mirada que se tiene de la ética es como saber práctico, que se preocupa por explicar nuestro comportamiento como sujetos de responsabilidad moral. Aristóteles decía que la ética era la reflexión de lo moral; así, la ética, como filosofía moral que es, se preocupa por el estudio de la conducta humana, por explicar aquello que es bueno o malo según cada hombre o mujer, o la vida de virtud, que nos enseñaba el mismo Aristóteles.

Adela Cortina, en su libro *Ética de la empresa*, señala que la ética como filosofía moral tiene tres funciones:

1. aclarar qué es lo moral, cuáles son sus rasgos;
2. fundamentar la moral, es decir, tratar de inquirir cuáles son las razones para que los hombres se comporten moralmente;
3. aplicar a los distintos ámbitos de la vida social los resultados de las dos primeras, que es lo que hoy se viene llamando “ética aplicada”.

4. Desde esta perspectiva la *ética empresarial* sería una de las partes de la *ética aplicada*, la que se ocupa de la actividad empresarial, en el sentido en que lo hemos hecho hasta ahora.<sup>1</sup>

Sobre la ética como filosofía moral, la citada autora<sup>2</sup> señala que podemos distinguir dos partes: una, la fundamentación y, otra, la aplicación. Con respecto a la primera, indica que se trata de contestar a la pregunta ¿Por qué nos comportamos moralmente?, para lo cual han sido muchas las respuestas que se han dado a lo largo de la historia.

Con respecto a lo segundo, al referirse a la ética aplicada, Cortina dice que esta

tiene por objeto, en principio, como su nombre indica, aplicar los resultados obtenidos en la parte de fundamentación a los distintos ámbitos de la vida social: a la política, la economía, la empresa, la ecología, etc. Porque si al fundamentar hemos descubierto unos principios éticos, la tarea consistirá en averiguar cómo pueden orientar esos principios los distintos tipos de actividad.

La ética de la empresa es, en este sentido, una parte de la ética aplicada, como lo es toda ética de las organizaciones y de las profesiones, y tiene que reflexionar sobre cómo aplicar los principios mencionados a la actividad empresarial.<sup>3</sup>

Teresa Asnariz, en su artículo “¿De qué hablamos cuando hablamos de bioética?”, al referirse a la ética como disciplina filosófica práctica, que se interesa por la praxis humana moral, señala que

cuando dividimos la realidad en ámbitos y situaciones particulares y allí hacemos un enfoque ético estamos en una ética aplicada. El objeto de la ética aplicada se da a partir de la percepción de situaciones nuevas en el contexto de la realidad social. Podrían ser situaciones que estaban y no se habían de detectado aún, o que aparecen.<sup>4</sup>

1. Adela Cortina, *Ética de la empresa. Claves para una nueva cultura empresarial* (Valladolid: Trotta, 1996), 28.
2. *Ibid.*, 29.
3. *Ibid.*, 32, 33.
4. Teresa Asnariz, “¿De qué hablamos cuando hablamos de bioética?”, *Selecciones de Bioética*, n.º 16 (2002): 43.

Luego de citar a Iribarne,<sup>5</sup> esta autora expresa que “la ética es disciplina aplicada en tanto tratamos de aplicar principios éticos generales a ámbitos específicos de acción humana en la realidad: ética profesional (deontología), ética social, ética económica”.<sup>6</sup>

En ese contexto, cuando hablamos de una ética de la empresa nos referimos a ese ámbito específico en el que se dan las distintas situaciones particulares con respecto a la realidad social en el que se aplicarán los principios éticos generales como resultado de la acción empresarial.

El Código de Comercio colombiano, en su artículo 25, entiende por empresa “toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios”,<sup>7</sup> y la Constitución política colombiana preceptúa, en su artículo 333, lo siguiente:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y

5. Iribarne sostiene que, “dado el carácter dinámico y complejo de la realidad, el aporte de la ética pura no basta. Es función de la ética aplicada abarcar metódicamente la situación concreta, analizarla. Un primer momento de análisis practicado por la ética aplicada es la discriminación de los aspectos sociales: económicos, ideológicos, educacionales, políticos, que son ajenos al enfoque de la situación desde un punto de vista exclusivamente ético, aunque la descripción de la situación los incluya. En este sentido se hace manifiesto que lo que puede ser un problema social no tiene por qué ser necesariamente un problema para la ética. Por ejemplo, extrema pobreza, la desnutrición infantil, la discriminación racial, etc. Tales temas son para la ética ‘cosa juzgada’, en ese sentido no son problemáticos, son situaciones moralmente inaceptables sin apelación. Son problemas para la sociología o la economía, en la medida en que no logren resolverlos. La ética aplicada colabora en la resolución de estos problemas en cuanto pone al alcance la comprensión de las dificultades desde un punto de vista ético, pero no está en sus medios producir soluciones concretas. Aporta la crítica de los medios que se arbitren para resolver un problema”. Iribarne, citado por Asnariz, 43.
6. Asnariz, 43.
7. Decreto 410/1971, de 16 de junio, por el cual se expide el Código de Comercio (*Diario Oficial* n.º 33339, de 16 de junio de 1971).

evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

## La ética en las empresas

Como se lee en los artículos anteriores, para determinar la comprensión que el legislador tiene de la actividad empresarial no es suficiente con la simple definición de empresa contemplada en la ley mercantil, sin el alcance que da el orden constitucional de la libertad de empresa; como tampoco es suficiente con el derecho como sistema de responsabilidad que es, sin la dimensión ética de la actividad empresarial. Las personas no son solo sujetos de responsabilidad jurídica, sino que lo son también de responsabilidad moral. A este respecto, Fernando Casado expresa lo siguiente:

La ética empresarial va mucho más allá del cumplimiento del objeto social de la empresa, o de sus responsabilidades financieras, porque las exigencias de los negocios no son, únicamente, las que se refieren al cumplimiento de metas y objetivos esperados por sus socios o accionistas, ni tampoco los perseguidos por los grupos de interés (“*stakeholders*”) de las empresas. También es necesario atender las necesidades y los problemas de la comunidad. De ahí el que se reconozca que la responsabilidad social de las empresas va de la mano de la ética. La gerencia practicada bajo los valores éticos y morales, necesariamente se identifica y se orienta hacia la responsabilidad social empresarial o corporativa.<sup>8</sup>

Surgen dos cuestiones importantes relativas al comportamiento ético en la empresa:

La primera cuestión tiene que ver con las decisiones de quienes tienen a su cargo la dirección de las empresas. En las decisiones morales se debe obrar de tal manera que en la calidad de sujeto de

8. Fernando Casado, “La responsabilidad social ante el espejo; premisas universitarias”, citado por José Ignacio Zuluaga y Pascual Amézquita, “Reflexiones sobre ética desde lo público y lo privado”, *Integritas. Revista de Ética Pública* 1, n.º 1 (2018): 46.

responsabilidad moral que se es, en el ámbito de la ética, se incorporen en las decisiones los valores y no los antivalores. El deber ser normativo ético como categoría fundamental busca la realización de dichos valores, es decir, se debe obrar con honestidad, transparencia, honradamente, respetando al otro, entre otros, y es solo el sujeto o la persona quien decide hacerlo así, nadie más. Solo el sujeto tiene esa capacidad de obrar racionalmente<sup>9</sup> y con “la autocomprensión y la reflexión sobre el contexto cultural y social de nuestras decisiones”. A este respecto, el profesor Daniel Callahan indica que

las buenas decisiones morales conllevan tres elementos: autoconocimiento, conocimiento de las teorías morales y percepción cultural. El autoconocimiento es fundamental porque los sentimientos, los motivos, las inclinaciones y los intereses aclaran y oscurecen la comprensión moral. Al final, las personas, con sus pensamientos y su vida privada, pueden luchar con los problemas morales. Esta clase de lucha a menudo lo lleva a uno a confrontar la clase de persona que es, a enfrentar el carácter y la integridad de uno y la habilidad que tiene para trascender el estrecho interés personal por tomar buenas decisiones morales. Y una vez que se toma la decisión, se debe actuar. Una decisión de conciencia combina el juicio moral y la voluntad de actuar sobre ese juicio (Callahan, 1991). Se necesita también esta clase complementaria de conocimiento, no fácil de lograr. Somos individuos, criaturas sociales que reflejamos los tiempos en los cuales vivimos, encarnados en una sociedad particular en un momento dado. Nuestra ubicación social moldeará la manera de entendernos a nosotros mismos, los problemas morales que encontremos y las respuestas creíbles y convenientes para ellos. La teoría moral por sí misma es probablemente capaz de darnos todos los ingredientes que se necesitan para un juicio moral informado y bien pensado. Solo si se complementa con la autocomprensión y la reflexión sobre el contexto cultural y social de nuestras decisiones, puede la teoría moral ganar el peso suficiente para ser útil e iluminante.

9. En palabras de la filósofa Adela Cortina: “‘Obrar racionalmente’ significa, en principio, saber deliberar bien antes de tomar una decisión con objeto de realizar la elección más adecuada y actuar según lo que hayamos elegido. Quien no reflexiona antes de actuar sobre los distintos cursos de acción y sus resultados, quien no calibra cuál de ellos es más conveniente y quien, por último, actúa en contra de la decisión que él mismo reflexivamente ha tomado, no obra racionalmente”. Cortina, 18.

El buen juicio moral requiere que nos movamos de atrás para adelante entre los elementos necesarios: el ser reflexivo, la cultura interpretada y las contribuciones de la teoría moral. Ningún elemento es privilegiado; cada uno tiene una parte indispensable que jugar.<sup>10</sup>

En ese contexto cultural y social, quienes dirigen o administran la empresa se proponen alcanzar ciertas metas que se definen en su objeto, y deben buscar responsablemente en la realización de dicho objeto proyectos de futuro, que exigen para su desarrollo la implementación de buenas prácticas. En una empresa quienes toman las decisiones lo hacen formulando políticas que benefician a quienes invierten en ella, pero obligados, en cualquier circunstancia, de manera socialmente responsable. Para ello se exige lealtad con la empresa, porque quien es desleal actúa privilegiando el interés particular y personal, pasando por alto el interés general o social; si se obra así, se evidencia una falta de compromiso que traiciona la confianza y quebranta las reglas de la solidaridad empresarial.

Se exige, además, obrar con probidad, con rectitud, que es la base fundamental de la buena fe, y se espera que el comportamiento sea exento de culpa. No se puede recurrir al engaño ni ser negligente ni actuar temerariamente al decidir sobre todas las cuestiones que tienen que ver con la empresa, como son sus asuntos de orden financiero, productivo, administrativo y de gestión, laboral y de seguridad social, e impositivos, entre otros.<sup>11</sup>

10. Daniel Callahan, "Tomar buenas decisiones morales", *Selecciones de Bioética*, n.º 2 (2002): 41.

11. La ley 222 de 1995, en su artículo 23, establece los deberes de los administradores así:

"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 sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de

Tanto la lealtad como la buena fe exigen el respeto por el otro, que es la base de un ambiente sano, y para ello es fundamental obrar con justicia,<sup>12</sup> que no es otra cosa que respetar los derechos de los demás, de una parte, y, de la otra, comprender el desenlace colateral de nuestras acciones, es decir, el efecto que las decisiones provocan en los otros. Esto último lo explica bien la teóloga María Isabel Gil cuando señala lo siguiente:

Hay que partir de la realidad de que nuestras acciones no son neutras, y por lo tanto es imposible impedir que mi acción no afecte el destino de otras, de modo que poner en juego lo mío implica también poner en juego algo que le pertenece a otro y sobre lo cual yo no tengo ningún derecho.

A nadie se le puede discutir el derecho a actuar de manera irreflexiva, incluso con el propio bien de su vida, pero lo que sí se le puede decir es que ese derecho está limitado por un deber opuesto y es que el otro está incluido en mi apuesta.<sup>13</sup>

En la actuación transparente, la Universidad de Navarra propone algunas acciones concretas:

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 sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad". Ley 222/1995, de 20 de diciembre, por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones (*Diario Oficial* n.º 42 156, de 20 de diciembre de 1995), [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0222\\_1995.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html)

12. "La 'existencia' de los derechos humanos obviamente no es comparable a la existencia del Big Ben en el centro de Londres, ni a la existencia de una ley promulgada en un código. Las proclamas de los derechos humanos, aun cuando formuladas como el reconocimiento de la *existencia* de cosas llamadas derechos humanos, son realmente vigorosos pronunciamientos éticos sobre lo que se *debe* hacer. Estos últimos exigen el reconocimiento de imperativos e indican que algo tiene que hacerse para la realización de esas libertades reconocidas que se han identificado a través de estos derechos". Amartya Sen, *La idea de la justicia* (Bogotá: Taurus, 2009), 389, 390.
13. María Isabel Gil, *Bioética: una propuesta de humanización y actitud frente a la vida* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2001), 34.



Prioridad para la satisfacción óptima de los clientes. No hacer ni aceptar acuerdos para fijar precios, repartirse el mercado ni solicitar a los clientes que compren artículos de baja demanda, como requisito para acceder a productos escasos o con alta demanda. No interferir ni imponer límites y obstáculos a la libre competencia. No participar ni conformar monopolios u oligopolios.<sup>14</sup>

La segunda cuestión se refiere a pensar la empresa en el entorno de la responsabilidad social. La actividad empresarial tiene efectos en la sociedad, y por ello debe desarrollarse pensando siempre en lograr el mayor bienestar para esta. Es responsabilidad de la empresa que en la gestión de sus negocios tengan en cuenta el ambiente y el bienestar social. No es suficiente preocuparse solo por el bienestar de su equipo humano, sino por que en los procesos de producción haya el menor impacto sobre el ambiente, como puede ser con un consumo mayor de energía solar, el empleo de materiales ecológicos, la utilización de biotecnologías de biorremediación de aguas residuales que reducen los niveles de contaminación en procesos industrializados, y, si se trata del entorno social, contribuyendo con las comunidades vecinas en su desarrollo y progreso, entre otros.

La concepción hoy en día de la empresa es otra, que, pensada desde la ética, tiene, como dice la filósofa Adela Cortina, una seria responsabilidad moral con la sociedad:

En una época como la nuestra en la que retos como los ecológicos exigen ir más allá de la ética personal del deber y asumir que los colectivos son responsables de las consecuencias de sus acciones, el paso del deber personal a la responsabilidad colectiva, en este caso a la corporativa, está dado.<sup>15</sup>

Por eso cuando se habla de responsabilidad social de la empresa se pide que sus buenas prácticas miren no solo hacia su interior, sino también hacia afuera con inmensa preocupación por el lugar y la sociedad donde funcionan.

14. Zuluaga y Amézquita, 47.

15. Cortina, 81.

Así como las personas individualmente consideradas tienen deberes ciudadanos para cumplir con la sociedad, las empresas también tienen deberes que estas les reclaman atender. Se debe entender que la empresa es una criatura de la sociedad, responsable del uso de los recursos disponibles y de la conservación y defensa del medio ambiente dentro del cual trabajan. Por eso la legislación estatal está en aumento permanente, amplía y compromete más al gerente de las empresas, con los intereses y problemas de la sociedad. Ello obliga a que el empresario recuerde que sus responsabilidades se salen de los muros de su empresa.<sup>16</sup>

Esta nueva concepción de la ética de la empresa hay que ponerla en sintonía con el pensamiento de Hans Jonas, que en su libro *El principio de responsabilidad* señala que,

ahora que el hombre constituye de hecho una amenaza para la continuación de la vida en la Tierra, es necesaria una nueva ética, una ética orientada al futuro, que puede ser llamada con toda propiedad, ética de la responsabilidad, una ética actual que mire también al futuro.<sup>17</sup>

Esa preocupación de Jonas debe ser igualmente para toda empresa pública, privada o para cualquier institución del Estado.<sup>18</sup>

De esa inquietud de Jonas y de otros pensadores de la bioética, como Van Rensselaer Potter, bioquímico norteamericano, quien publicó en 1970 un artículo que tituló “Bioética, la ciencia de la supervivencia”,

16. Zuluaga y Amézquita, 49.

17. Hans Jonas, *El principio de responsabilidad*, citado por Asnariz, 54, 55.

18. “La amenaza que el hombre hace pesar sobre el hombre toma, de algún modo, el lugar de las amenazas a las cuales los otros seres vivos ya están sometidos debido a las acciones humanas. A la vulnerabilidad de la vida, el hombre de la era tecnológica añade un factor desintegrador suplementario, que es el de su propia obra. La vida en el planeta tuvo sus reglamentos durante mucho tiempo, pues la naturaleza se constituía en un cerco intransponible para la actuación humana. Sin embargo, la acción del hombre, al dejar de ser regida por fines naturales, se transforma en el centro de un desequilibrio específico. Por su dimensión cósmica, por sus efectos acumulativos e irreversibles, las técnicas introducen distorsiones tan definitivas, que crean una dimensión de peligro sin precedentes en la historia de la vida. La preservación de la vida siempre tuvo un costo, pero con el hombre moderno ese valor, ese precio que debe pagar, puede ser el de la destrucción total. En proporción al aumento del grado de peligro del hombre crece en importancia su responsabilidad como tutor de todas las formas de vida”. José de Siqueira, “El principio de responsabilidad de Hans Jonas”, *Selecciones de Bioética*, n.º 10 (2006): 66.

surge la idea esencial e importante de establecer unos mínimos éticos prácticos en los códigos de ética del quehacer empresarial y ciudadano orientados al cuidado mancomunado de la empresa, de la sociedad y del planeta. En esta visión del planeta, las Naciones Unidas hacen una propuesta concreta con su declaración sobre las responsabilidades que tienen las generaciones actuales para con las generaciones futuras, adoptada el 12 de noviembre de 1997 por su Conferencia General para la Educación, la Ciencia y la Cultura, que constituye una perspectiva de prudencia para el mundo, en esta creciente preocupación por los daños que el mismo ser humano ha generado a la humanidad y al ecosistema. Se requiere que todos tengamos una visión biocéntrica y una actitud ética fundada en unos principios que garanticen un comportamiento humano orientado a preservar un mundo sostenible, en el que la utilización de los recursos naturales que provienen de los ecosistemas, a los cuales pertenecen todos los seres vivos que hacen parte de este planeta, se haga de manera razonable.

En conclusión, basados en las dos cuestiones planteadas, los códigos de ética se constituyen en referentes de comportamiento moral, que apelan a los valores que defiende la empresa como parte de su visión y misión y se convierten en el fundamento de cualquier decisión y actuación de sus directores o empleados, pues no solamente son de carácter ético, sino que también son vinculantes en la interpretación de sus estatutos, en los que el compromiso empresarial debe privilegiar el interés general sobre el particular, en esa idea utilitarista del bienestar social como base del comportamiento moral o ético de la responsabilidad social.

## Referencias

- ASNARIZ, Teresa. “¿De qué hablamos cuando hablamos de bioética?”. *Selecciones de Bioética*, n.º 16 (2002): 38-57.
- CALLAHAN, Daniel. “Tomar buenas decisiones morales”. *Selecciones de Bioética*, n.º 2 (2002): 29-43.
- CORTINA, Adela. *Ética de la empresa. Claves para una nueva cultura empresarial*. 2.ª ed. Valladolid: Trotta, 1996.
- DE Siqueira, José. “El principio de responsabilidad de Hans Jonas”. *Selecciones de Bioética*, n.º 10 (2006): 59-68.

- DECRETO 410/1971, de 16 de junio. Por el cual se expide el Código de Comercio. *Diario Oficial* n.º 33339, de 16 de junio de 1971.
- GIL, María Isabel. *Bioética: una propuesta de humanización y actitud frente a la vida*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2001.
- LEY 222/1995, de 20 de diciembre. Por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º 42156, de 20 de diciembre de 1995. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0222\\_1995.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html)
- SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. Bogotá: Taurus, 2009.
- ZULUAGA, Ignacio y Pascual Amézquita. “Reflexiones sobre ética desde lo público y lo privado”. *Integritas. Revista de Ética Pública* 1, n.º 1 (2018): 39-51.

## **Acercamiento al gobierno corporativo desde las relaciones laborales**

JUAN PABLO LÓPEZ MORENO\*

JULIANA MORAD ACERO\*\*

MARCELA SERRANO SOLÓRZANO\*\*\*

Abordar el tema del gobierno corporativo desde la perspectiva de las relaciones laborales, además de un interesante reto, es, por decir lo menos, urgente y de vital importancia para el desarrollo de esta disciplina y su acertada aplicación en el universo empresarial. Desde este punto de vista, el acercamiento a las relaciones laborales supone una visión

- \* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especializado en Derecho Laboral de la misma universidad, con experiencia a alto nivel en asesoría a empresas en asuntos laborales de carácter individual, colectivo y de la seguridad social. Actualmente es el director del Departamento de Derecho Laboral, de los posgrados en Derecho Laboral y Seguridad Social y de la Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Pontificia Universidad Javeriana. Es socio director de López & Asociados Abogados.
- \*\* Abogada y filósofa de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho de la Seguridad Social y en Derecho Laboral de la misma institución y magíster en Políticas Públicas de la Escuela de Gobierno de la Universidad de los Andes. Directora del Semillero de Investigación en Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Javeriana. Actualmente se desempeña como profesora del Departamento de Derecho Laboral de la Facultad de Ciencias Jurídicas de esta misma universidad.
- \*\*\* Abogada de la Universidad Santo Tomás, de Bogotá. Especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana y magíster en Responsabilidad Social Corporativa de la Universidad de Barcelona. Docente Universitaria en Responsabilidad Social y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Javeriana y de la Especialización de Derecho de la Empresa de la Universidad de los Andes. En la actualidad es profesora de la Maestría en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana.

integral del devenir laboral, pues involucra a todas aquellas personas cuya fuerza de trabajo presta un servicio a la organización, bajo las diversas modalidades de contratación o vinculación. De acuerdo con lo indicado en el anterior capítulo, la visión de empresa exige integrar nuevos enfoques y conceptos, tales como el gobierno corporativo y la responsabilidad social empresarial. Esta integración para tener lugar, por tanto, debe abarcar incluso las relaciones laborales.

El mundo económico contemporáneo, la globalización y la digitalización de las dinámicas laborales hacen imperiosa la necesidad de avanzar hacia nuevas formas de relacionamiento, que garanticen la sostenibilidad social y económica de las naciones, y es allí donde el gobierno corporativo aporta importantes herramientas para el quehacer empresarial. La importancia de la implementación de las buenas prácticas de gobierno corporativo en el interior de las organizaciones, por tanto, ya no es un tema de otras dimensiones, países o reservada para grandes empresas multinacionales u obligadas a tener parámetros de acción enmarcados en esta disciplina, sino que es, por decir lo menos, uno de los principales instrumentos de gestión ética y sostenible, generador de valor para las organizaciones, cualquiera sea su tamaño y lugar de funcionamiento, y con independencia de las personas que las componen.

La claridad en las reglas de juego, la concertada definición de las estrategias de la dirección fundamentadas en la ética organizacional como base fundamental en la toma de decisiones, la sostenibilidad como derrotero del equipo humano y la generación de valor para la empresa y la sociedad en general constituyen, desde una visión panorámica, el deber ser del gobierno corporativo.

Se hace necesario mencionar además que la implementación de los instrumentos u hojas de ruta para la gobernanza de la organización, tales como los códigos de buen gobierno, los protocolos de familia, los códigos de conducta o de ética, acuerdos extraconvencionales y extralegales, son todos válidos, siempre que se legitimen dentro de la organización, mediante el involucramiento de las partes de interés, el reconocimiento del otro como un ser igual, la participación activa y la superación de esquemas tradicionales y verticales de gobernanza. No hacerlo bajo estas reglas de juego puede implicar para la empresa un alto riesgo de corrupción, falta de empatía hacia el proyecto conjunto,

acomodamientos, así como baja creatividad y productividad, entre otras muchas consecuencias.

Es hora, por tanto, de trascender la visión clásica del gobierno corporativo como herramienta aplicable únicamente a los órganos de dirección e inversionistas, para abordarlo desde un punto de vista integral y sistémico, acorde con los cambios laborales, económicos y sociales. Y como Colombia debe continuar este camino asumiendo nuevos retos que impliquen una real transformación que convierta a las empresas en verdaderos actores de cambio, inclusión, reconocimiento y desarrollo humano, el presente texto busca ahondar brevemente en los aspectos más relevantes en los que confluyen el buen gobierno corporativo y las relaciones laborales, abordando los siguientes temas: el sustrato ético empresarial, el lugar de los trabajadores como partes de interés, el lugar de los accionistas como trabajadores, la presencia de las mujeres en los órganos directivos desde un enfoque de género y una breve alusión al lugar del sindicalismo en el buen manejo corporativo.

### **Gobierno corporativo: sustrato generador de ética empresarial y sostenibilidad**

Es indudable que el concepto de gobierno corporativo, entendido como aquella forma de dirigir las organizaciones fundamentada en la ética empresarial y orientada hacia la sostenibilidad y el desarrollo humano, debe articularse con la clara concepción de *empresa* en el mundo actual. La visión renovada de lo que entendemos por empresa supone trascender la originaria “necesidad” de generar riqueza económica, para abordar a conciencia la “finalidad” del actuar empresarial, entendida como la generación de desarrollo sostenible y bienestar social.<sup>1</sup>

De esta forma, se involucran en las preocupaciones de las empresas los aspectos sociales, laborales, económicos y medioambientales (*triple bottom line*), convirtiéndose en los tres ejes de planeación, control y acción en la organización.

Con este cimiento, se puede entender a la empresa como un verdadero actor social, que satisface diversas necesidades, como lo expresa Adela Cortina al abordar el concepto de *empresa ciudadana*:

1. James Harrington y Marco Bertin, *Gobierno corporativo: para organizaciones pequeñas a medianas* (s. l.: Kindle Edition, 2015).

La cuenta de resultados contempla no solo bienes tangibles, sino también intangibles que pueden ser de muy diverso tipo, desde propiciar la armonía y la cooperación en el seno de la Empresa hasta asumir la responsabilidad social por el entorno. Una “empresa ciudadana” es la que en su actuación asume estas responsabilidades como cosa propia, y no se desentiende del entorno social o ecológico, limitándose a buscar el máximo beneficio material posible.<sup>2</sup>

Este es el cimiento de la legitimidad social para una empresa, vista desde un enfoque contemporáneo y alineado con los cambios económicos y sociales de este siglo.

Instrumentos como el del gobierno corporativo, por tanto, son la punta de lanza para la adecuación al mundo moderno de las organizaciones y su enfoque corresponsable en la sociedad. La capacidad de la empresa de retornar a la sociedad lo que de ella ha recibido para su propio crecimiento y consolidación supone desintegrar la visión de “parte” en el relacionamiento empresarial, para dar paso al reconocimiento sistémico del organismo, por cierto, vivo que conocemos como empresa.

En el ámbito del gobierno corporativo, en el escenario de las relaciones laborales específicamente, la construcción conjunta y la participación activa de quienes conforman la fuerza de trabajo de la organización constituye la base fundamental y el elemento gestor de las buenas prácticas que promueven la sostenibilidad y forjan organismos sanos y resistentes a los fenómenos del mercado y a los cambios en la economía.

Las buenas prácticas en gobierno corporativo podrán hacer realidad este precepto; estas prácticas distan, por mucho, de esquemas que podrían considerarse como coadministración o pérdida de la capacidad de orientar los destinos de las empresas, a cargo históricamente de los órganos de administración; por el contrario, permiten establecer una verdadera horizontalidad en la toma de decisiones y, entre otras muchas cosas, permiten incentivar la autonomía y el autocontrol de aquellos que conforman las relaciones laborales en la empresa.

2. Adela Cortina, *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, 4.ª ed. (Madrid: Alianza, 2005).



Como ejemplo de estas buenas prácticas están las jornadas de información, reflexión, análisis o toma de decisiones, lideradas por la administración con la participación de líderes de procesos o de áreas que retroalimentan, sanamente, lo que en su terreno ocurre y lo que en verdad se requiere para la implementación de mejoras sustanciales; la construcción conjunta de códigos de ética, protocolos de familia, regímenes sancionatorios y otros instrumentos propios de cada organización son garantía de que estos dejarán de ser letra muerta, para convertirse en faro orientador hacia un mejor vivir laboral.

En estos ejercicios es además de vital importancia no solo permitir la expresión y el disenso, sino también incluir al que tradicionalmente no se incluye, por su género, edad, cargo, orientación sexual o política, origen, raza, etc. Es aquí, en la gestión diversa y responsable del recurso humano, donde todos los principios del buen gobierno se tornan en realidades de acción en la toma de decisiones.

Dicho esto, la ética, aplicada en todo el quehacer empresarial como fundamento para la toma de decisiones y relacionamiento con las partes de interés, es insumo principal para la sostenibilidad empresarial: los principios del buen gobierno corporativo desarrollados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), los lineamientos de la Corporación Andina de Fomento (CAF) en la misma materia, los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Naciones Unidas y muchísimas otras iniciativas que orientan hacia el mismo fin pueden, para las empresas modernas o que quieran ir con el cambio de los actuales tiempos, ser herramientas de verdad útiles en el camino de la construcción de mejores formas de vivir desde lo empresarial.

Deberán las empresas superar el discurso; deberá ser honesta la voluntad política, mucha la constancia y verdadero el empeño en forjar empresas verdaderamente éticas, comunidades cívicas que aporten al desarrollo humano y que no se excusen en el error del otro para salvaguardar sus propias equivocaciones.

### **Los trabajadores como partes de interés**

De acuerdo con lo indicado, el gobierno corporativo busca en el fondo que las empresas tengan un mejor desempeño, sean más sólidas y estables y estén mejor preparadas para competir. Y, para ello, considera las

prácticas, expresadas formalmente o no, que gobiernan las relaciones entre los participantes de una empresa, principalmente entre los que administran (la gerencia), los que invierten recursos en ella (los dueños y los que prestan dinero en general) y las distintas partes de interés (clientes y trabajadores).<sup>3</sup>

Donalson y Preston describen el cambio de la concepción tradicional de empresa al modelo de grupo de interés, en el que los trabajadores, proveedores e inversores dejan de considerarse como agentes externos, para considerarse como actores envueltos y corresponsables del mismo crecimiento económico de la empresa. Esto supone que la dirección de la empresa se enfrenta a nuevos problemas al ampliarse el número de agentes y al abandonar la concepción convencional que se enfoca preponderante y casi que exclusivamente en los accionistas.<sup>4</sup> Surge en consecuencia el concepto de parte de interés o *stakeholder*, que no solo incluirá a los accionistas, sino también a los directivos, clientes, proveedores, inversionistas, comunidad<sup>5</sup> y a los trabajadores como parte de interés interna, entre otros.<sup>6</sup>

Ahora bien, Clarke afirma que, para que las relaciones con estas partes de interés se desarrollen de manera exitosa, debe formalizarse el reconocimiento de sus diversos intereses.<sup>7</sup> Y será por tanto responsabilidad del órgano directivo empresarial desarrollar políticas que tengan en cuenta todos estos intereses. De cara a los trabajadores, vale considerar además no solo el cumplimiento de la normativa laboral básica, sino que esta se encuentre integrada a una estrategia mayor. Así es como se comienza a hablar, por ejemplo, de absentismo y rotación en el trabajo, equidad y discriminación, la presencia de las mujeres en la dirección y juntas de organización, entre otras, como intereses que se

3. Georgina Núñez y Andrés Oneto, *Gobernanza corporativa en Brasil, Colombia y México* (Santiago de Chile: Cepal, Banco Interamericano de Desarrollo y Banco de Desarrollo de América Latina, 2012).
4. Thomas Donaldson y Lee Preston, "The stakeholder theory of the corporation: Concepts, evidence and implications", *Academy of Management Review* 20, n.º 1 (1995): 65-91.
5. Donald Kuratko, Duane Ireland y Jeffrey Hornsby, "Improving firm performance through entrepreneurial actions: Acordia's Corporate entrepreneurship strategy", *The Academy of Management Executive* 15, n.º 4 (2001): 60-71.
6. Ronald Mitchell, Bradley Agle y Donna Wood, "Toward a theory of stakeholder identification and salience: Defining the principle of who and what really counts", *Academy of Management Review* 22, n.º 4 (1997): 853-886.
7. Thomas Clarke, *Research on corporate governance* (Oxford: Blackwell, 1998).

han reconocido a través de un plan formal construido dentro de cada organización atendiendo a la legislación vigente, pero no reduciéndose exclusivamente a ella.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que los trabajadores son el principal activo de la empresa y no un costo, por la importancia otorgada al conocimiento que tienen de la empresa.<sup>8</sup> Son, en efecto, una pieza clave y central de todo planteamiento de creación y rentabilización de conocimiento. Los trabajadores, además, según Scholes y Clutterbuck,<sup>9</sup> son el vínculo de comunicación con otros grupos de interés, por lo que se les debe atender como medio para equilibrar y satisfacer las necesidades de otros grupos. Los trabajadores son los mejores transmisores de información debido a que en muchos casos son los únicos que transfieren o logran su aceptación.

La promoción de unas buenas condiciones laborales, por tanto, trasciende el mero cumplimiento de normas, para impactar el crecimiento empresarial y finalmente beneficiar a la sociedad en general.

Finalmente, cabe destacar un crecimiento paulatino de las empresas que, dentro del territorio colombiano, han venido incluyendo políticas ambientales, contables, de clima organizacional y de manejo laboral que trascienden el mero cumplimiento legal. Se someten incluso a informes de calificación y posicionamiento otorgados por entidades certificadoras y consultoras especializadas, que en últimas se convierten en argumentos de las mismas empresas ante posibles ataques o cuestionamientos que lleguen a presentar.<sup>10</sup>

Así mismo, las firmas de mayor tradición y desarrollo, particularmente las asentadas en la región de Antioquia, que fueron pioneras en políticas de bienestar laboral y cierto asistencialismo hacia sus entornos, como las del sector textil, Grupo Corona y Argos, hasta cierto punto mantienen su tendencia a mostrar unos estándares de remuneración y

8. Daniel Fernández Kranz y Anna Merino Castelló, "¿Existe disponibilidad a pagar por responsabilidad social corporativa? Percepción de los consumidores", *Universia Business Review*, n.º 7 (2005): 38-53.
9. Eileen Scholes y David Clutterbuck, "Communication with stakeholders: An integrated approach", *International Journal of Strategic Management: Long Range Planning* 31, n.º 2 (1998): 227-238.
10. Augusto Valero, "Sindicatos y responsabilidad social empresarial (RSE) en el posconflicto colombiano: ¿una oportunidad para el diálogo social?", *Revista Controversia*, n.º 207 (2016): 167-203.

calidad del empleo, y abordan ahora nuevas dimensiones y propósitos como los de equidad de género y equilibrio entre trabajo y familia. Esto último también se percibe en algunas filiales de multinacionales y otras firmas del sector servicios.<sup>11</sup>

## **Los códigos de buen gobierno y las relaciones laborales**

### **Órganos de gobierno y relaciones laborales**

En el contexto corporativo, las relaciones laborales son claramente el insumo base para la construcción y aplicación sostenible de los códigos de buen gobierno.

Los órganos de gobierno, que varían según la estructura interna de cada organización, compuestos por todos aquellos con capacidad decisoria de diferentes niveles, son originalmente los llamados a marcar la pauta en el devenir laboral de la empresa y son responsables de la construcción conjunta de las pautas que marcarán la adecuada gobernanza en las relaciones laborales. El papel preponderante de los órganos de gobierno en este escenario garantiza la viabilidad de todos los instrumentos y orientaciones del devenir laboral; sin la activa participación de estos órganos, sería difícil, por decir lo menos, construir una cultura organizacional sólida.

El compromiso ético requiere, entonces, de un verdadero liderazgo, que originalmente practica la alta dirección; no obstante, una mirada moderna de este asunto apunta hacia el compromiso real de todas las instancias de la organización; Colombia tiene en el inmediato futuro que superar los esquemas tradicionales y sistemas de creencias basados en la omnipotencia de las directivas, para dar paso a organizaciones incluyentes y desprendidas de miedos y mitos que impiden la apertura y la comunicación sin tapujos y prejuicios. Solo así será viable y sostenible la existencia de relaciones laborales sanas y duraderas.

### **Administradores y accionistas como trabajadores**

En adición a la anterior visión, la importancia de los órganos de gobierno en las relaciones laborales debe analizarse en doble vía, esto es,

11. *Ibid.*, 186.

las relaciones laborales de los propios órganos de gobierno, cuando sus miembros estén vinculados como parte activa de la fuerza de trabajo de la organización, como presidentes, gerentes, miembros de juntas directivas, asesores o accionistas.

En infinidad de ocasiones, la confusión de roles y la falta de claridad en la modalidad de contratación, verdaderos contratos de trabajo bajo formas contractuales diferentes, socios que dan su fuerza de trabajo sin protección social alguna, miembros de familia que lideran los emprendimientos sin ninguna formalidad, ausencia de gestión de género en los niveles altos de la organización y otros muchos vacíos en este esquema hacen prácticamente insostenible que las prácticas de buen gobierno tengan la legitimidad necesaria ante la organización. Es entonces de vital importancia un adecuado diseño laboral para estas personas, cuyos derechos deben ser claramente conservados y protegidos. El esquema tradicional de relación de trabajo subordinante, las cargas impositivas en las relaciones laborales frente a las dificultades del mercado en las empresas en países emergentes y la rigidez del sistema legal laboral en países como Colombia dificultan en la mayoría de los casos un diseño equitativo, que, además de respetar y proteger los derechos humanos, permita a la organización ser viable económicamente y sostenible a futuro.

Las buenas prácticas de buen gobierno deben entonces permitir la implementación concertada de nuevas formas de trabajo, en donde la protección de los derechos de los vinculados en la fuerza laboral permita también relaciones de trabajo acordes con el mundo contemporáneo, el mercado digital y las nuevas formas de trabajar en esquemas no subordinados y probablemente más eficientes.

### **Reglas de conducta, códigos de ética y derechos humanos**

Las reglas de conducta de las organizaciones y los mecanismos prácticos para compilarlas y controlarlas no solo tienen relación con los alcances legales y los controles internos de la compañía, sino también con el comportamiento de sus *partes de interés* —trabajadores,

accionistas, inversionistas, miembros de junta, clientes, proveedores— y con las demás partes de interés de la organización.<sup>12</sup>

En este camino, la activa participación y la real comunicación con las partes de interés es de vital importancia en el éxito del empeño que implica la construcción de reglas de juego claras para todos los actores.

Tal y como se mencionó previamente, entendemos por partes de interés todas aquellas personas, naturales o jurídicas; grupos; etnias; entidades, y, en general, todos aquellos que son o pueden ser impactados por la organización o que la impactan o pueden llegar a impactar, de forma positiva o negativa.

De esta forma la organización se debe encargar, dentro de su línea de acción y dirección, de detectar estas partes de interés según el impacto que en cada caso tienen, definiendo los niveles de riesgo o exposición y los mecanismos de remediación concretos y viables.

Es aquí donde la protección de los derechos en general y en particular de los derechos humanos de las partes de interés tiene relevancia. Uno de los principios de gobierno corporativo orientados por la OCDE a este respecto reza:

El marco de gobierno corporativo reconocerá los derechos de los actores interesados que disponga el ordenamiento jurídico o se estipulan de mutuo acuerdo y fomentará la cooperación activa entre estos y las sociedades con vistas a la creación de riqueza y empleo, y a la sostenibilidad de empresas sólidas desde el punto de vista financiero.<sup>13</sup>

En el mismo documento de la OCDE, se establecen los lineamientos para el respeto de estos derechos, así:

- A.- Se respetarán los derechos de los actores interesados que disponga el ordenamiento jurídico o se estipulan de mutuo acuerdo. [...]
- B.- Cuando la ley ampare los derechos de los actores interesados, estos tendrán la oportunidad de obtener una reparación eficaz en caso de que se hayan vulnerado. [...]
- C.- Se permitirá el desarrollo de mecanismos de participación para los trabajadores. [...]

12. Adrian Davies, *The globalisation of corporate governance: The challenge of clashing cultures* (Burlington: Gower, 2011).

13. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Principios de gobierno corporativo de la OCDE y del G20* (París: autor, 2016), 37.

- D.- En los casos en los que los actores interesados participen en el proceso de gobierno corporativo, tendrán un acceso oportuno y periódico a información pertinente, suficiente y fiable. [...]
- E.- Los actores interesados, incluidos los empleados a título individual y sus órganos de representación, podrán comunicar libremente al Consejo de Administración y a las autoridades públicas competentes su inquietud en relación con prácticas ilegales o contrarias a la ética sin que ello suponga poner en peligro sus derechos. [...]
- F.- El marco del gobierno corporativo se complementará con una normativa eficaz y eficiente sobre insolvencia, así como con una ejecución efectiva de los derechos de los acreedores.<sup>14</sup>

En este escenario, es importante incorporar la relevancia que tiene la visión de género en el manejo de las relaciones laborales: es claro que los asuntos relacionados con la igualdad de oportunidades, de remuneración, de acceso a cargos de dirección y la prohibición de discriminación hacia la mujer han sido incorporados en las políticas públicas, elevados a rango constitucional, y hacen parte de la *hard law* de las naciones; existen hoy, además, infinidad de directrices, lineamientos, acuerdos e instrumentos de la *soft law* que, con una visión de voluntariedad, promueven la implementación de planes y programas hacia el mismo fin.

### **Gestión de género y equidad en los órganos de gobierno y en la organización**

Dentro de la gobernanza corporativa un asunto que ha venido tomando importancia es la posición de las mujeres dentro de la dirección empresarial. Sobre esta situación, la literatura feminista ha exaltado la vigencia del problema, dada la asociación que sigue existiendo entre una posición de liderazgo y una identidad masculina naturalizada: lo masculino se relaciona con las ideas de dureza, fuerza y carácter, mientras que lo femenino, con las de delicadeza, debilidad e inseguridad. En el imaginario del empleador, los hombres siguen inspirando mayor credibilidad en la toma de decisiones, porque se consideran más racionales y menos emotivos; se cree además que fomentan un

14. *Ibid.*, 37-39.

mayor cumplimiento y responsabilidad por parte de los empleados al promover un mayor orden dentro de las organizaciones.<sup>15</sup>

Estas ideas, como consecuencia, siguen fomentando una “jerarquización de poderes”, en la que lo masculino domina, tiene el poder normativo, es imitable y deseable. De tal manera que, al ser más valorados, los hombres terminan ocupando un mejor lugar en la organización y por tanto recibiendo mayores retribuciones.<sup>16</sup>

Cabe indicar además que esta idea es compartida por muchas mujeres que tienen el imaginario del éxito directivo asociado a una masculinidad que se ha naturalizado, abandonando finalmente la idea de ocupar cargos directivos.<sup>17</sup>

Junto a lo anterior, se cree que el tiempo que se debe destinar a un cargo directivo muchas veces no se acompasa con la maternidad. El ser madres pareciese que no les dejase a las mujeres suficiente tiempo para ocupar un cargo con tanta responsabilidad como lo es un cargo directivo.<sup>18</sup>

Otra situación exaltada por las feministas se refiere a la existencia de ciertas redes invisibles a las que no acceden las mujeres. Estas redes se tejen, por lo general, por fuera de los espacios laborales entre hombres y surgen a partir de pactos informales y de la toma de decisiones que impactan la organización jerárquica y las relaciones de poder dentro de las organizaciones.<sup>19</sup>

Todo esto genera el fenómeno denominado *techo de cristal*, que es una especie de barrera transparente que les impide a las mujeres ascender a posiciones directivas. El que se trate de una barrera invisible, en parte por la naturalización de roles y por escenarios de alianzas no reconocidos, hace que las mujeres estén en una desventaja mayor.

15. Araceli González, “Los conceptos de patriarcado y androcentrismo en el estudio sociológico y antropológico de las sociedades de mayoría musulmana”, *Papers, Revista de Sociología* 98, n.º 3 (2013): 489-504.

16. *Ibid.*

17. Eduardo Fernández, “La teoría de la segmentación del mercado de trabajo: enfoques, situación actual y perspectivas de futuro”, *Investigación Económica* 69, n.º 273 (2010): 115-150.

18. Virginia García, “La desigualdad laboral entre hombres y mujeres”, *En la Calle* 5 (2006): 9-13.

19. Rocío Anguita, Enrique Díez y Eloína Terrón, “Percepción de las mujeres sobre el ‘techo de cristal’ en educación”, *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado* 64 (2009): 27-40.



La gobernanza corporativa en esta línea ha comenzado a abrazar otras tendencias que han empezado a reconocer que las mujeres, más que un estilo de liderazgo emocional, lideran con estilos más democráticos y participativos, que favorecen la creación de relaciones<sup>20</sup> y un mejor entendimiento del cliente. Todo esto sin desconocer la realidad de la maternidad, que impide una equiparación absoluta y sin matices en las condiciones laborales, sobre todo de jornadas.

La OIT, por su parte, se ha encargado de fomentar las actividades que, a nivel empresarial, permitan incrementar los estándares de gestión de género y garantizar además los derechos de las mujeres en el mundo productivo. Durante 2013-2014, la Oficina de Actividades para los Empleadores (ACT/EMP), de la Organización Internacional del Trabajo, desarrolló una investigación a nivel global sobre esta temática y posteriormente, en 2017, fue publicado el documento denominado *Camino hacia la diversidad de género. Buenas prácticas empresariales*, en el que recalca la imperiosa necesidad de superar los esquemas clásicos de relacionamiento con el género femenino para dar paso a las nuevas formas de desempeño de la mujer en el universo empresarial.<sup>21</sup>

## **Gobernanza, relaciones sindicales y transparencia en la información**

Cuando hablamos de abrazar la presencia de diversos grupos de interés, y concretamente el grupo de interés interno de los trabajadores, se debe pensar en la figura de los sindicatos. Es así como, dentro de la gobernanza corporativa, comienza a cobrar un especial lugar el cumplimiento de los compromisos sobre todo con las organizaciones sindicales.<sup>22</sup>

Ahora bien, esta responsabilidad en la gobernanza corporativa terminaría ofreciendo, en últimas, espacios de diálogo con los sindicatos, sin que se entienda que estos reemplazan los procesos de negociación colectiva. La Confederación Europea de Sindicatos ha indicado que estos compromisos que surgen de buenos procesos de gobernanza

20. *Ibid.*

21. Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Camino hacia la diversidad de género. Buenas prácticas empresariales* (s. l.: autor, 2017).

22. Isidor Boix, *La responsabilidad social empresarial en la acción sindical nacional y transnacional para avanzar hacia un trabajo digno* (Madrid: Secretaría de Internacional de CC. OO., IndustriALL Global Union, 2015).

en vez de reemplazar los acuerdos suscritos con organizaciones sindicales podrían favorecer el buen relacionamiento sindical, al facilitar la culminación de procesos de negociación colectiva y mejorar sus niveles de cumplimiento.<sup>23</sup>

Con todo, se debe reconocer que “las organizaciones sindicales han adoptado en los últimos años la estrategia de intentar trasladar los compromisos responsables asumidos voluntariamente por las compañías al terreno de la negociación colectiva nacional”.<sup>24</sup> Esto no muestra más sino la importancia que los sindicatos otorgan al pacto de compromisos responsables, al vincularlos a los procesos de negociación.

Cabe señalar además que al involucrar a las organizaciones sindicales estas se convierten en corresponsables en la aplicación de las políticas y normas de autorregulación, y esto supone que no solo velarán por sus propios intereses, sino por el cumplimiento de las políticas por y en sí mismas. Este proceso, por su parte, abandonando una posición paternalista de los órganos directivos de la empresa, permite que los trabajadores contribuyan en la construcción de estas políticas y que además actúen como supervisores de su cumplimiento.<sup>25</sup>

En ese orden de ideas, los sindicatos deben promover que los informes de RSE consulten fuentes sindicales, aborden la cadena productiva en toda su extensión, empleen adecuados indicadores de análisis y valoración, incluyan asuntos relevantes con información precisa, no falten a la verdad y aborden aspectos problemáticos e impactos negativos.<sup>26</sup>

En Europa, los sindicatos, por ejemplo, hacen hincapié en la necesidad de ser involucrados en el diseño, aplicación, rendición de cuentas y verificación de las políticas socialmente responsables.<sup>27</sup> Permitir que participen en la comunicación al público con respecto a la repercusión social de las empresas y su contribución es una de las formas más importantes para velar por el cumplimiento normativo, se trate de

23. Syndicat European Trade Union, *Guía informativa de la CES: sobre la responsabilidad social de las empresas* (s. l.: autor, 2013).

24. María Maira Vidal, “Las organizaciones sindicales ante la responsabilidad social de las empresas transnacionales en el contexto de la globalización económica”, *Cuadernos de Relaciones Laborales* 30, n.º 2 (2012): 431.

25. Valero.

26. *Ibid.*, 181.

27. *Ibid.*

normas previstas en la ley, acordadas convencionalmente o de compromisos voluntarios.<sup>28</sup> Además, permite que se valoren incluso los indicadores y los criterios de evaluación.

Como supervisores y directores involucrados, en últimas, los sindicatos pueden aumentar la transparencia en las cadenas de producción, suministro y relaciones comerciales; fortalecer los informes que se rindan a entidades externas; promover la vinculación de personas pertenecientes a grupos desfavorecidos, y la elaboración, validación y aplicación del cumplimiento de los acuerdos.<sup>29</sup>

Cabe finalmente resaltar que, en las compañías transnacionales, los sindicatos proponen y presionan para que los códigos de ética o conducta se conviertan en acuerdos internacionales para que ellas cumplan las normas fundamentales del trabajo en todos los países donde operan.<sup>30</sup> Esto puede además resultar provechoso para el giro de negocios en cada país, al permitir que se estandarice en el máximo nivel, compartiendo y extendiendo el alcance de los mejores estándares.

## Conclusiones

Es indudable que el estado del arte en materia de buenas prácticas de gobierno corporativo a nivel no solo global sino latinoamericano y colombiano refleja grandes avances en la forma de dirigir las organizaciones en el mundo empresarial contemporáneo.

Se hace necesario, no obstante, en nuestro país, reforzar por medio de acciones concretas y sostenibles la forma como cada empresa aborda la gobernanza en materia de relacionamiento laboral, de forma que la inclusión de las partes de interés se torne real antes que estratégica. Es vital, entonces, trascender la mirada arcaica de dirección vertical y excluyente, para dar paso a verdaderos liderazgos incluyentes, que impliquen el aprovechamiento de herramientas derivadas de la gobernanza corporativa, las cuales transforman a las empresas en organizaciones sostenibles y generadoras de verdadero desarrollo social.

El sano equilibrio en las relaciones laborales de la organización, la verdadera promoción de la equidad de género, la promoción positiva de

28. International Labour Office (ILO), *Trade unions and decent work country programmes: A resource package* (Génova: autor, 2010).

29. Valero.

30. Vidal.

las partes de interés de la organización y la articulación de todas ellas implican una gobernanza sana y la generación de activos y patrimonio intangibles para las organizaciones.

Trascendental importancia toma entonces la puesta en marcha de nuevas formas de gobernanza que impliquen, en el ámbito de las relaciones laborales, la destrucción de barreras culturales empresariales que históricamente han obstaculizado el real acceso y la activa participación en la toma de decisiones de algunos grupos de interés, como las mujeres y las organizaciones sindicales, entre otros actores. Estas nuevas formas de relacionamiento implican como conducta de entrada poner en práctica no solo los principios de gobierno corporativo ya desarrollados y las buenas prácticas sugeridas, sino todos aquellos compromisos contruidos de forma colectiva dentro de cada organización; será esta construcción de compromisos conjuntos el sustrato imprescindible para la generación de un verdadero cambio organizacional, como capital intangible para la sostenibilidad de la empresa.

## Referencias

- ANGUITA, Rocío, Enrique Díez y Eloína Terrón. "Percepción de las mujeres sobre el 'techo de cristal' en educación". *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado* 64 (2009): 27-40.
- BOIX, Isidor. *La responsabilidad social empresarial en la acción sindical nacional y transnacional para avanzar hacia un trabajo digno*. Madrid: Secretaría de Internacional de CC. OO., IndustriALL Global Union, 2015.
- CLARKE, Thomas. *Research on corporate governance*. Oxford: Blackwell, 1998.
- CORTINA, Adela. *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*. 4.<sup>a</sup> ed. Madrid: Alianza, 2005.
- DAVIES, Adrian. *The globalisation of corporate governance: The challenge of clashing cultures*. Burlington: Gower, 2011.
- DONALDSON, Thomas y Lee Preston. "The stakeholder theory of the corporation: Concepts, evidence and implications". *Academy of Management Review* 20, n.º 1 (1995): 65-91.
- FERNÁNDEZ KRANZ, Daniel y Anna Merino Castelló. "¿Existe disponibilidad a pagar por responsabilidad social corporativa? Percepción de los consumidores". *Universia Business Review*, n.º 7 (2005): 38-53.

- FERNÁNDEZ, Eduardo. "La teoría de la segmentación del mercado de trabajo: enfoques, situación actual y perspectivas de futuro". *Investigación Económica* 69, n.º 273 (2010): 115-150.
- GARCÍA, Virginia. "La desigualdad laboral entre hombres y mujeres". *En la Calle* 5 (2006): 9-13.
- GONZÁLEZ, Araceli. "Los conceptos de patriarcado y androcentrismo en el estudio sociológico y antropológico de las sociedades de mayoría musulmana". *Papers, Revista de Sociología* 98, n.º 3 (2013): 489-504.
- HARRINGTON, James y Marco Bertin. *Gobierno corporativo: para organizaciones pequeñas a medianas*. s. l.: Kindle Edition, 2015.
- INTERNATIONAL Labour Office (ILO). *Trade unions and decent work country programmes: A resource package*. Génova: autor, 2010. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms\\_152355.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_152355.pdf)
- KURATKO, Donald, Duane Ireland y Jeffrey Hornsby. "Improving firm performance through entrepreneurial actions: Acordia's Corporate entrepreneurship strategy". *The Academy of Management Executive* 15, n.º 4 (2001): 60-71.
- MAIRA Vidal, María. "Las organizaciones sindicales ante la responsabilidad social de las empresas transnacionales en el contexto de la globalización económica". *Cuadernos de Relaciones Laborales* 30, n.º 2 (2012): 431-458.
- MITCHEL, Ronald, Bradley Agle y Donna Wood. "Toward a theory of stakeholder identification and salience: Defining the principle of who and what really counts". *Academy of Management Review* 22, n.º 4 (1997): 853-886.
- NÚÑEZ, Georgina y Andrés Oneto. *Gobernanza corporativa en el Brasil, Colombia y México*. Santiago de Chile: Cepal, Banco Interamericano de Desarrollo y Banco de Desarrollo de América Latina, 2012.
- ORGANIZACIÓN Internacional del Trabajo (OIT). *Camino hacia la diversidad de género. Buenas prácticas empresariales*. s. l.: autor, 2017. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---act\\_emp/documents/publication/wcms\\_578770.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/documents/publication/wcms_578770.pdf)
- ORGANIZACIÓN para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). *Principios de gobierno corporativo de la OCDE y del G20*. París: autor, 2016. <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>

- SCHOLES, Eileen y David Clutterbuck. "Communication with stakeholders: An integrated approach". *International Journal of Strategic Management: Long Range Planning* 31, n.º 2 (1998): 227-238.
- SYNDICAT European Trade Union. *Guía informativa de la CES: sobre la responsabilidad social de las empresas*. s. l.: autor, 2013. <http://istas.net/descargas/Guis%20RSE%20CES%20septiembre%202015.pdf>
- VALERO, Augusto. "Sindicatos y responsabilidad social empresarial (RSE) en el posconflicto colombiano: ¿una oportunidad para el diálogo social?". *Revista Controversia*, n.º 207 (2016): 168-207.

## El protocolo de familia y su fuerza vinculante\*

YADIRA ELENA ALARCÓN PALACIO\*\*

Vista la importancia de la ética en el desarrollo de las empresas y la necesaria idea de replantear las buenas prácticas de gobierno corporativo a través de la incorporación de mecanismos de construcción colectiva que permitan abrir espacios a todos los grupos de interés desde el punto de vista laboral, es importante revisar ahora la correlación entre la familia, la empresa y la propiedad, a través de otro instrumento de gobierno corporativo como son los protocolos de familia.

### El desarrollo de la empresa familiar en Colombia

El desarrollo de la empresa familiar en Colombia se muestra por medio de estadísticas que dan cuenta de la expansión de su modelo en los últimos años.<sup>1</sup> Parte importante de la economía colombiana

- \* Este capítulo corresponde al desarrollo del proyecto de investigación *Nuevas tendencias en derecho de familia en el marco del Estado constitucional de derecho*, cuya contribución pertenece al Grupo de Investigación en Derecho Privado, de la Pontificia Universidad Javeriana.
- \*\* Profesora titular y directora de la Especialización en Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogada de la Universidad del Norte, de Barranquilla. Doctora en Derecho Privado Social y Económico, magíster en Necesidades y Derechos de la Infancia de la Universidad Autónoma de Madrid y especialista en Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Javeriana.
- 1. De una muestra total de 6204 empresas, el 50,84 % son empresas familiares; de ellas, el 39,60 % constan de un plan de sucesión y retiro de los socios o accionistas fundadores dentro de un protocolo de familia, y el 57,99 % consideran que los protocolos de familia son de obligatorio cumplimiento. Superintendencia de Sociedades, *Buen gobierno corporativo* (s. l.: autor, 2019), <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Documents/2019/PRESENTACION-INFORME-GOBIERNO-CORPORATIVO.pdf>

se funda precisamente en este modelo de empresa. Tal concientización ha generado una serie de instrumentos, tanto en el exterior<sup>2</sup> como a nivel nacional, que pretenden esbozar las estrategias para la perdurabilidad de estas. Estos instrumentos en nuestro país han sido iniciativa de las principales agremiaciones y entidades del sector público y privado en materia de empresa. En 2009 se publicó la *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia*, fruto de un esfuerzo interinstitucional entre la Cámara de Comercio de Bogotá, la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio (Confecámaras) y la Superintendencia de Sociedades,<sup>3</sup> cuya emisión respondió a la urgente necesidad identificada de promover las prácticas de buen gobierno entre las sociedades cerradas y de familia. Su contenido contempla 36 medidas, inspiradas en los principios de realidad empresarial, en la necesidad de fortalecer la sostenibilidad de la empresa y en el incremento de la competitividad.

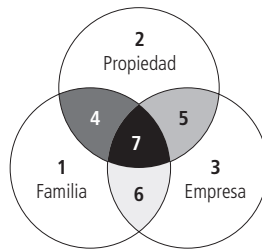
En esta guía, el módulo V se ocupa de las sociedades de familia, y desarrolla diez medidas en torno a sus órganos de gobierno y sus funciones. De manera casi impositiva, en la medida 31 se establece la obligatoriedad en cabeza del consejo de familia de suscribir un protocolo de familia o acuerdo similar, donde se regule el manejo entre familia, negocio y propiedad.<sup>4</sup>

Esta correlación entre los tres grandes núcleos de la vida en la empresa familiar deriva del modelo norteamericano conocido como el sistema de los tres círculos,<sup>5</sup> el cual se muestra en la figura 1.

2. Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares (BOE n.º 65, de 16 de marzo de 2007), <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-5587>; Buysse Code: Corporate Governance Recommendations for Non-Listed Enterprises, 2005, [http://www.ecgi.org/codes/documents/code\\_buysse\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/code_buysse_en.pdf); Finland Central Chamber of Commerce, *Improving corporate governance of unlisted companies* (Helsinki: autor, 2006), [http://www.ecgi.org/codes/documents/finnish\\_cg\\_2006\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/finnish_cg_2006_en.pdf)
3. Superintendencia de Sociedades, Cámara de Comercio de Bogotá y Confecámaras, *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia* (Bogotá: autores, 2009), <http://www.icgc.com.co/wp-content/uploads/2018/01/Gu%C3%ADa-colombiana-de-gobierno-corporativo-para-sociedades-cerradas-y-de-familia.pdf>
4. *Ibid.*, 16.
5. Renato Tagiuri y John Davis, "Bivalent attributes of the family firms", *Family Business Review* 9, n.º 2 (1996): 199-208.



Figura 1. Modelo de los tres círculos



Fuente: Renato Tagiuri y John Davis, "Atributos ambivalentes de la empresa familiar", *Family Business Review* 11, n.º 1 (1982): 11.

De esta interacción resultan siete posibilidades, en las que los miembros de una misma familia pueden aparecer en los escenarios de la empresa o en la titularidad de sus bienes y en las que personas ajenas a la familia se correlacionan con la empresa o son, además, sus propietarios.

Así, podemos observar en la figura 1 que los números indican diferentes grupos: 1) miembros de la familia que no son propietarios ni trabajan en la empresa; 2) propietarios de la empresa que no son miembros de la familia ni trabajan en la empresa; 3) empleados de la empresa que no son miembros de la familia ni son propietarios; 4) miembros de la familia que son propietarios, pero no trabajan en la empresa; 5) miembros de la familia que no son propietarios, pero trabajan en la empresa; 6) propietarios que no son miembros de la familia, pero trabajan en la empresa, y 7) miembros de la familia que son propietarios y trabajan en la empresa.<sup>6</sup>

El juego de intereses de cada grupo poblacional puede generar tensiones. Se ha analizado, por ejemplo, que los grupos 2 y 4 probablemente prefieran una repartición alta de dividendos, pues se consideran con el legítimo derecho de exigirlos en calidad de propietarios. Los grupos 3, 5 y 6 buscarán el crecimiento de la empresa, de manera que la repartición de dividendos pasa a un segundo plano. El grupo 6 puede pretender que los familiares tengan una preferencia por sobre los terceros a la hora de ingresar a trabajar u ocupar cargos directivos

6. Ana Isabel Pérez Molina, "El modelo de empresa familiar: los cuatro pilares fundamentales", *3 Ciencias* (2012): 4, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4817932.pdf>

dentro de la empresa, y para el grupo 3 lo correcto es que el trabajo sea para la persona con más méritos, sin importar si es o no familiar.<sup>7</sup>

Los problemas que se presentan en la empresa familiar han sido señalados por la doctrina como

problemas sociológicos y antropológicos relacionados con la propia evolución de la familia como estructura y conectados a una “cultura de empresa” con especiales connotaciones; problemas psicológicos en los que se examina la idiosincrasia de cada grupo familiar donde surgen liderazgos personales con repercusión sobre la empresa; problemas económicos, de dirección estratégica y de financiación, que buscan elaborar propuestas vinculadas al grado de compromiso que la familia establece con la empresa y al grado de diferenciación entre ambas instancias, que es presupuesto para una correcta objetivación de la empresa; problemas organizativos que pretenden cuestionar el modelo más adecuado de relación entre familia y empresa, a través de instancias de encuentro y de acuerdo entre los miembros de la familia, más allá de lo que suponen las estructuras organizativas de la empresa propiamente dichas; problemas, en fin, jurídicos, que suscitan especialidades y demandas normativas singulares en los instrumentos reguladores de la actividad empresarial (pactos civiles, cláusulas estatutarias en la forma societaria adoptada, normas de comportamiento personal y colectivo, instrumentos fiscales apropiados, figuras peculiares en la relación laboral, etc.).<sup>8</sup>

Como una herramienta exitosa para abordar el conflicto de intereses entre todos los actores de la empresa familiar, se ha considerado el protocolo de familia.<sup>9</sup> Este puede servir para lograr dos objetivos

7. Néstor Camilo Martínez Beltrán, “Empresa de familia: realidad y perspectivas en el derecho societario” (tesis, Pontificia Universidad Javeriana, 2004), 42, <http://docplayer.es/13356022-Empresa-de-familia-realidad-y-perspectivas-en-el-derecho-societario-nessor-camilo-martinez-beltran-presentado-para-optimar-al-titulo-de-abogado.htmlx>
8. Jesús Quijano González, “El protocolo en las empresas familiares”, en *Empresas de familia. Aspectos societarios, de familia y sucesiones, concursales y tributarios. Protocolo de familia*, 1.ª ed., dirs. Gabriela S. Calcaterra y Adriana Noemí Krasnow, 551-595 (Buenos Aires: La Ley, 2010), 552.
9. “De esta manera, el Protocolo familiar se ha constituido en una carta básica de los principios que orientan a la familia Carvajal en sus relaciones con la empresa y que contribuyen a su desarrollo y a la permanencia de la unidad familiar como elemento catalizador del éxito empresarial logrado durante un siglo”. María del Mar Ravassa Garcés, ed., *Carvajal cien*

principales: la perdurabilidad de la empresa y la unidad familiar.<sup>10</sup> Los asuntos que debe tocar un protocolo de familia se pueden señalar así: misión y visión de la familia, valores familiares, desarrollo de la familia, mecanismos de protección del patrimonio familiar, sucesión en la propiedad y en la administración, órganos de gobierno de la empresa, órganos de gobierno de la familia, relaciones con la familia política, criterios a seguir para evitar la confusión de patrimonios familia-empresa, política de liquidez para los accionistas, participación laboral de los familiares en la empresa, contribución de la familia a la comunidad y alternativas para la solución de conflictos.<sup>11</sup>

Sin embargo, la falta de regulación de los protocolos familiares ha cuestionado su fuerza vinculante, lo que llevaría a su ineficacia. Esta situación planteada en España dio lugar a la expedición del Real Decreto 171 de 2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, que, si bien es de carácter voluntario para las empresas, sí le otorga un marco legal claro en cuanto a su alcance y obligatoriedad. En Colombia, la *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia*, a la que ya hemos hecho referencia y que fue expedida en el año 2009, abrió el camino para considerar el alcance vinculante de los protocolos de familia, su pertinencia como garantía de perdurabilidad de las empresas familiares

años. Edición conmemorativa 1904-2004 (Cali: Cargraphics S. A., 2004), 75. "Fueron pioneros en buscar asesoría para organizarse y Corona tiene hoy un modelo de gobierno moderno e internacional. El Consejo Directivo está conformado mayoritariamente por independientes, pero también incluye a algunos Echavarría designados por el Consejo de Familia. El protocolo familiar ha dado buenos resultados y ya hay miembros de la Cuarta Generación". "Los reyes de la cerámica", *Revista Semana*, 28 de abril de 2007, <https://www.semana.com/los-reyes-ceramica/84989-3/>

10. Andrés Gaitán Rozo, *Grupos empresariales y control de sociedad en Colombia* (Bogotá: Superintendencia de Sociedades, 2011), 199.
11. *Ibid.* En igual sentido, véase María de los Ángeles Lucero Bringas, *Protocolos en empresas de familia* (Madrid: Unión, 2018), 95. También puede consultarse sobre el contenido a Eduardo Press, *Emociones en empresas de familia. Gestión de las relaciones familiares y la profesionalización* (Buenos Aires: Granica, 2016), 141-146. Asimismo se ha sostenido que los protocolos de familia pueden ser un instrumento para optimizar la dinámica de los máximos órganos sociales con la posibilidad de acordar mecanismos concretos sobre convocatorias, acceso a la información, derechos y deberes de los accionistas, frecuencia de las reuniones, revisoría fiscal, elección de miembros de juntas directivas, entre otros aspectos. Andrés Gaitán Rozo, "Asambleas y juntas de socios en empresas de familia: del Código de Comercio a las SAS", en Hernán Ruiz López, *Empresas colombianas: actualidad y perspectivas II* (Bogotá: Superintendencia de Sociedades, 2010), 50, 51.

y su importante proceso de elaboración con la participación de todos los interesados como garantía de inclusión y de mantenimiento de la unidad familiar. Desde entonces se han producido pronunciamientos que serán objeto de estudio en esta contribución; entre ellos, algunos conceptos de la Superintendencia de Sociedades a través de oficios que resuelven interrogantes de la ciudadanía sobre los protocolos de familia y su aplicación a algunas formas societarias, así como un auto del año 2014 en el que la misma entidad entra a conocer de una demanda de una accionista solicitando la aplicación del protocolo que la empresa había suscrito.

Todo ello con el fin de esclarecer la pregunta de investigación que subyace en la presente propuesta: ¿cuál es en Colombia la fuerza vinculante de los protocolos de familia de las empresas familiares? Para abordar dicha pregunta procederemos, en primer lugar, a mostrar la discusión acerca de la naturaleza jurídica de los protocolos de familia y su posible régimen general aplicable y, en segundo lugar, revisaremos el alcance que les ha dado el ente de inspección, vigilancia y control de las empresas en Colombia, para, por último, pronunciamos sobre lo que a nuestro juicio constituye la base de la vinculatoriedad de este tipo de pactos parasociales.

### **Naturaleza jurídica del protocolo familiar: acuerdo parasocial**

El aspecto que queremos desarrollar es clave en el éxito de la herramienta denominada protocolos de familia, también llamados constitución familiar, credo familiar, declaración de principios familiares, reglas y valores familiares, reglas y regulaciones familiares y plan estratégico familiar.<sup>12</sup> La doctrina los ha considerado “pactos parasociales”,<sup>13</sup> para

12. Corporación Financiera Internacional y Banco Mundial, *Manual IFC de gobierno de empresas familiares* (Estados Unidos: autor, 2018), 22, [https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/253e1374-edba-44f4-8565-5f971fdeb00f/Family\\_Business\\_Governance\\_Handbook\\_Spanish.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mnKgFXw](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/253e1374-edba-44f4-8565-5f971fdeb00f/Family_Business_Governance_Handbook_Spanish.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mnKgFXw).
13. El término *pacto parasocial* lo acuñó el italiano Giorgio Oppo, en su obra *I contratti parasociali*, ya en 1942, así lo indica Antonio José Valmaña Cabanes, “El régimen jurídico del protocolo familiar” (tesis doctoral, Universitat Rovira I Virgili, 2015), <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/292369/TESI.pdf?sequence=1>, citando en el mismo sentido a Sebastián Albella Amigo, “Régimen de publicidad de los pactos parasociales”, en *Régimen jurídico de los mercados de valores y de las instituciones de inversión colectiva*, coord. Francisco Uría (España: Wolters Kluwer, 2007), 853-870.

expresar su diferenciación con los estatutos societarios. En el derecho italiano se encuentra una definición en sede de disposiciones de la sucesión por causa de muerte, considerando viable la transmisión de la empresa familiar mediante pactos de familia. Para el derecho italiano, un pacto de familia es un contrato mediante el cual, de acuerdo con lo establecido en materia de empresa familiar y en cumplimiento de las distintas tipologías societarias, el empresario transfiere, total o parcialmente, la sociedad, y los titulares de las participaciones transfieren, total o parcialmente, sus acciones a uno o más descendientes.<sup>14</sup>

Así, el protocolo de familia ha sido considerado un acto que se crea en desarrollo de la autonomía privada —es decir, obra por voluntad de las partes, no por mandato de la ley— que tiene elementos contractuales y aspectos no jurídicos de naturaleza ética y moral que determinan el empeño de quienes contratan para que todo marche de la mejor manera posible, dentro de los lineamientos que el protocolo asigna.<sup>15</sup>

No obstante, hay quienes defienden ampliamente su naturaleza contractual, señalando que los protocolos de familia cumplen con los requisitos de existencia y validez de los contratos, los cuales son fundamentalmente el objeto y la causa lícita, la capacidad para realizarlos y la voluntad de contraer dichas obligaciones.<sup>16</sup>

En Colombia, se ha defendido su naturaleza contractual consensual. Para Gaitán Rozo y Castro Velasco,

14. Regio Decreto 262/1942, de 16 de marzo, approvazione del testo del Codice Civile (*Gazzetta Ufficiale* n.º 79, de 4 de abril de 1942), artículo 768-bis.

15. Humberto Serna Gómez y Edgar Suárez Ortiz, *La empresa familiar. Estrategias y herramientas para su sostenibilidad y crecimiento* (Bogotá: Temis, 2005), 122.

16. Para el derecho español, se destacan Cándido Paz Ares, Juan Manuel Badenas Carpio, Ignacio Gomá Lanzón, Antonio Valmaña Cabanes, entre otros. Para este último, “asimismo, es importante hacer hincapié en el carácter consensual del protocolo. Y es que el concepto moderno de contrato está fundado en dos características: constituir una categoría genérica (a diferencia del Derecho Romano, donde el término ‘contrato’ englobaba una serie de figuras singulares) y ‘tener su base en la convención o pacto o, lo que es igual, en el acuerdo de voluntades’. Y el ‘acuerdo de voluntades’, si repasamos lo anteriormente expuesto, es una cuestión fundamental entre la doctrina: es el ítem principal de la definición de protocolo que ofrecen Blasi Pujol o Zugaza Salazar, mientras que otros autores le añaden la fuerza vinculante al hablar, como hace Corona, de ‘acuerdo obligacional’”. Valmaña Cabanes, “El régimen jurídico del protocolo familiar”, 124.

desde el punto de vista jurídico el protocolo es un contrato consensual pues para su nacimiento basta el acuerdo de voluntades [...]. Las normas y demás cláusulas consagradas en el Protocolo de Familia serán oponibles a quienes lo suscriben. Esto se fundamenta en la naturaleza contractual del protocolo, por lo que sus normas son ley para las partes de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil.<sup>17</sup> No obstante, el protocolo se encuentra limitado por la ley y los estatutos, es decir, se trata en principio de un acuerdo parasocial.<sup>18</sup>

Siendo entonces un acuerdo de voluntades encaminado a la realización de un acto parasocial,<sup>19</sup> con efectos sobre las sociedades cerradas, es indiscutible que su importancia para la familia y la empresa deriva del grado de eficacia que tengan sus cláusulas. El alcance de los protocolos familiares en Colombia ha suscitado una serie de intervenciones ciudadanas en torno al tipo de convenciones o cláusulas que pueden realizarse en algunas sociedades y a su fuerza vinculante. Sobre ello trataremos a continuación.

## Los protocolos de familia y su revisión por la Superintendencia de Sociedades

### La consulta ciudadana

El oficio 220-034920, del 25 de mayo de 2012,<sup>20</sup> atiende la consulta de un ciudadano que, en lo que es de nuestro interés, manifiesta una serie

17. Ley 84/1873, de 26 de mayo, Código Civil de los Estados Unidos de Colombia (*Diario Oficial* n.º 2867, de 31 de mayo de 1873), [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)

18. Andrés Gaitán Rozo y José Danilo Castro Velasco, *Sociedades de familia en Colombia* (Bogotá: Superintendencia de Sociedades, 2001), 77, 78.

19. “Los convenios parasocietarios son una especie más amplia que las meras sindicaciones de acciones, convenios de votos o, incluso, que los acuerdos de accionistas, que incluyen una convención celebrada entre algunos u otros socios, incluso con personas que no son necesariamente socias, a los efectos de reglamentar algunas de las cuestiones societarias (también llamados *voting trust* en diversas normas de derecho norteamericano)”. Carlos Molina Sandoval, “Protocolo de empresas familiares”, en *La familia empresaria. Herramientas de gestión y profesionalización* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Grupo Unión, 2017), 174-175.

20. Oficio 220-034920, del 25 de mayo de 2012, Sociedad por acciones simplificada: protocolo de familia, [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/32356.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/32356.pdf)

de inquietudes en torno a la viabilidad de pactar en estatutos sociales restricciones en las sociedades por acciones simplificadas (en adelante, SAS) en lo relativo a la disposición y enajenación de las acciones de las que los accionistas son propietarios y en limitaciones para que estos miembros no realicen negocios que pongan en riesgo su patrimonio. Esta pregunta va seguida de otra en la que, ya concretamente, el ciudadano alude a los protocolos de familia, y se cuestiona si es posible que en un protocolo de familia adoptado por familiares integrantes de una SAS se establezcan condiciones que restrinjan la disposición de las acciones de algunos de sus miembros. Además, se pregunta sobre la fuerza vinculante de dicha estipulación y en qué condiciones se puede realizar. La respuesta de la consulta, realizada mediante derecho de petición, ofrece algunos aspectos a destacar:

En primer lugar, la Superintendencia se detiene en explicar las oportunidades y diferencias que ofrece la SAS en el nuevo sistema normativo y destaca la posibilidad de estipular una serie de cláusulas que no tenían cabida anteriormente para las sociedades constituidas al amparo del Código de Comercio<sup>21</sup> o de la Ley 222 de 1995,<sup>22</sup> que, en esencia, pretenden promover la creación de nuevas estructuras cimentadas en la voluntad autónoma de las partes. También recuerda, acorde con lo expresado, que la Ley 1258 de 2008<sup>23</sup> dispone, en sus artículos 17 y 45, lo siguiente: el primero señala que, en los estatutos que rigen a la compañía, es posible determinar “libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento” y el segundo consagra de manera clara y expresa que,

en lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se registrará por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto,

21. Decreto 410/1971, de 27 de marzo, por el cual se expide el Código de Comercio (*Diario Oficial* n.º 33 339, de junio 16 de 1971), [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_comercio.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html)
22. Ley 222/1995, de 20 de diciembre, por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones (*Diario Oficial* n.º 42 156, de 20 de diciembre de 1995), [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0222\\_1995.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html)
23. Ley 1258/2008, de 5 de diciembre, por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada (*Diario Oficial* n.º 47 194, de 5 de diciembre de 2008), [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1258\\_2008.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1258_2008.html)

en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio.<sup>24</sup>

Para concluir que en los estatutos de una sociedad por acciones simplificada “es viable pactar, dentro de los lineamientos establecidos en los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 1258, algunas restricciones a la libre negociabilidad de sus acciones por parte de los socios”,<sup>25</sup> pero si nada se pacta al respecto, las reglas que deben acogerse, de acuerdo con el artículo 46 *ibídem*, son las previstas para la negociación de acciones en las sociedades anónimas.

En segundo lugar, se puede destacar la forma en que enlaza esta inquietud cuando dichas limitaciones no se realizan de forma estatutaria, sino que se introducen en un protocolo de familia. Y es aquí donde la Superintendencia de Sociedades, órgano rector de las empresas en Colombia, adelanta un concepto sobre los protocolos de familia, calificándolos como

un instrumento de carácter preventivo, a partir del cual las familias y sus empresas establecen unas pautas para afrontar adecuadamente los problemas que suelen afectarlas, el protocolo es un acuerdo entre los miembros de la familia que desde el punto de vista jurídico tiene el carácter paraestatutario.<sup>26</sup>

A continuación, la Superintendencia se refiere a su carácter consensual, señalando que “en todo caso, es contrato para cuyo perfeccionamiento basta el acuerdo de voluntades, es decir, para que nazca a la vida jurídica no requiere de formalidades especiales”. Y finalmente incorpora en el concepto su fuerza vinculante y sus limitaciones, al sostener que,

por ser un contrato, es ley para quienes lo suscriben, debe ser ratificado por quienes sucesivamente lleguen a la mayoría y periódicamente debe revisarse para hacerle los ajustes que sean necesarios. Los límites del protocolo son la ley, los estatutos y, desde luego, no puede contravenir normas de orden público.<sup>27</sup>

24. *Ibid.*, artículo 45.

25. Oficio 220-034920.

26. *Ibid.*

27. *Ibid.*



Por último, concretamente con respecto de la cuestión planteada, la Superintendencia de Sociedades considera que es posible en un protocolo de familia

regular unas limitaciones a los socios, para evitar que realicen negocios en sus actividades particulares que pongan en riesgo su patrimonio, así como el de establecer garantías y medidas frente a algunas acciones para la protección del patrimonio de los miembros de la sociedad. Lo hace teniendo presente que, por tratarse de un contrato, su marco de regulación está determinado por la ley, los estatutos y desde luego, no puede contravenir normas de orden público.<sup>28</sup>

El oficio 220-206544, del 10 de diciembre de 2018,<sup>29</sup> atiende la consulta de un ciudadano que, en lo que es de nuestro interés, manifiesta una serie de inquietudes en torno a la viabilidad de pactar el precio de venta de acciones de una compañía mucho tiempo antes de la venta, incluso por un valor inferior al valor comercial, al intrínseco y al nominal; pregunta, asimismo, si es posible excluir la participación como socios de personas que adquieran dicha calidad por sucesión o liquidación de la sociedad conyugal; cuestiona cuál es la validez estatutaria de una norma que indique que la sociedad se rige, además de los estatutos, por lo establecido por el protocolo de familia, y demanda saber si es válido obligar a todos los socios a capitalizar una sociedad, incluso al socio que se opuso a esta capitalización.

Esta ocasión permitió que la Superintendencia de Sociedades se detuviera ampliamente en explicar el alcance de los acuerdos de una sociedad de familia por acciones simplificadas. En primer lugar, señala su naturaleza:

Por sociedad de familia se entiende aquella conformada por integrantes de una misma familia que poseen el control administrativo, económico y financiero de la misma, y aunque la legislación anterior consideraba como tal a aquellas personas “ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil”, esta Superintendencia estima que esta definición “resulta inadecuada

28. *Ibid.*

29. Oficio 220-206544, del 10 de diciembre de 2018, Protocolo de familia en una sociedad por acciones simplificada y otros, [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/OFICIO\\_220-206544\\_DE\\_2018.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-206544_DE_2018.pdf)

a la hora de realizar un estudio sobre la realidad de este tipo de organizaciones. En efecto, las sociedades de familia, independientemente del tipo societario (colectivas, en comanditas, limitadas, anónimas) son en la práctica aquellas controladas por miembros de una misma familia, que bien pueden ser hermanos, primos, sobrinos, tíos, abuelos, nietos, etc. En particular en las sociedades de segunda y tercera generación es apenas lógico que aparezcan vinculados miembros de la familia que tienen un parentesco más distante que el señalado en la norma comentada, sin que eso desnaturalice la esencia del control que siguen ejerciendo miembros de una familia, cuyas relaciones se proyectan en el campo de la empresa, la familia y la propiedad<sup>30</sup>.

En cuanto a los protocolos de familia, los define como contratos o acuerdos de accionistas

en los que se consagran las reglas o condiciones para administrar la sociedad, con el fin de evitar que una y otra resulten afectadas por circunstancias propias del devenir familiar; es decir, que se trata de un documento en el que se regulan las relaciones entre los diferentes miembros de la familia y la sociedad, para garantizar la sostenibilidad de la empresa, y puede contener derechos y deberes incluso de naturaleza personalísima, como la obligación de suscribir capitulaciones matrimoniales, la prohibición de vincularse laboralmente con empresas competidoras o de ejercer ciertas actividades profesionales, la no admisión de cónyuges como socios, etc.<sup>31</sup>

En lo relativo a la negociación de las acciones, sostiene que, “en principio, las acciones de una sociedad por acciones simplificada son libremente negociables y, por lo tanto, su titular puede determinar la oportunidad de enajenación, el precio y demás condiciones que considere convenientes para ello<sup>32</sup>”; sin embargo, admite que es posible que al amparo de la autonomía de la voluntad y de las normas que regulan especialmente a este tipo societario, tanto en los estatutos de la sociedad como en el protocolo de familia, se haya incluido “una

30. *Ibid.*

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

serie de limitaciones o condicionamientos para su cesión, enajenación o transferencia, así como las consecuencias de su incumplimiento”.<sup>33</sup>

Para mayor especificidad y comprensión de las posibilidades de los acuerdos en este tipo de sociedades, listaremos las enunciadas por la Superintendencia de Sociedades como “restricciones a la libertad de negociabilidad de las acciones que pueden ser pactadas en los estatutos y los protocolos de familia en una SAS”.<sup>34</sup>

1. La fijación de un precio de venta inferior al valor comercial, al intrínseco y al nominal cuando alguno de los miembros de la familia retire su participación, como quiera que las acciones representan la participación en el capital social, y como tal constituyen derechos patrimoniales de carácter renunciante, cuya cesión, transferencia o enajenación pueden hacerse incluso a título gratuito.
2. El compromiso de futuras capitalizaciones debe estar previsto en los estatutos de la sociedad y, por ende, no es posible que la asamblea general de accionistas o la junta directiva aprueben un reglamento de emisión y colocación de acciones en el que de manera autónoma se imponga a los accionistas la obligación de suscribir otras acciones.
3. La sociedad puede celebrar con cada uno de los socios un contrato de promesa de suscripción de acciones en el que, con el cumplimiento de los requisitos legales, aquellos se comprometan a suscribir un determinado número de acciones, con el fin de proveer al ente societario de los recursos indispensables para atender sus obligaciones.
4. Son viables las estipulaciones del protocolo de familia en torno a la inadmisión como socios de los no consanguíneos adjudicatarios de las acciones dentro de un proceso de sucesión o de liquidación de la sociedad conyugal, si se considera que el ingreso de terceros desnaturaliza la empresa de familia y atenta directamente contra la perdurabilidad del control sobre ella propio de estas sociedades.

33. Ibid.

34. Ibid.

5. Es factible que en los estatutos o en un acuerdo de accionistas se consagre el compromiso de los socios de aumentar o reponer sus aportes, de suscribir nuevas acciones y de entregar anticipos por cuenta de futuras capitalizaciones, cuando se estime necesario para el cumplimiento del objeto social, caso en el cual no es posible a los socios sustraerse del cumplimiento de tal obligación, así lo consideren inconveniente o inoportuno; pero, si no existe una promesa en tal sentido, no puede la asamblea general de accionistas imponer a los socios la celebración de un contrato contentivo de aquella.

### La postura de la Superintendencia de Sociedades en función jurisdiccional

Mediante Auto n.º 801-11759, de 20 de agosto de 2014,<sup>35</sup> la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales emanadas del artículo 24, numeral 5, inciso a, del Código General del Proceso,<sup>36</sup> conoció del caso Obando Benjumea contra Oben Muebles S. A. Este auto resuelve un recurso de medidas cautelares dentro del proceso verbal sumario que inició la demandada. El 9 de julio de 2014, Beatriz Helena Obando presentó ante ese despacho una demanda en contra de Oben Muebles S. A. En el escrito presentado, la demandante solicitó el decreto de medidas cautelares, con el fin de salvaguardar los derechos en litigio. Para el otorgamiento de estas, el organismo competente en primer lugar analiza los presupuestos derivados de la aplicación del artículo 590 del Código General del Proceso. El primero de ellos se refiere a las posibilidades de éxito de las pretensiones conforme a un primer análisis de las pruebas allegadas, sin que por ello implique prejuzgamiento. El análisis se inicia mencionando que las pretensiones de la demandante encuentran fundamento en la posible violación de las disposiciones contenidas en un acuerdo celebrado entre los accionistas de Oben Muebles S. A.:

35. Auto n.º 801-11759, de 20 de agosto de 2014, [https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\\_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/A\\_Oben\\_20\\_08\\_2014.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/A_Oben_20_08_2014.pdf)

36. Ley 1564/2012, de 12 de julio, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones (*Diario Oficial* n.º 48489, de 12 de julio de 2012), [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html)

En el aludido convenio parasocial, denominado Protocolo de Familia, se han establecido algunas calificaciones profesionales que deben acreditar los sujetos que se proponen ocupar el cargo de representante legal de la compañía. Entre tales requisitos se encuentra el consignado en el Parágrafo I del Artículo Décimo Octavo, a cuyo tenor “cualquier FIRMANTE accionista que desee ser Gerente General debe poseer por lo menos un título profesional en el área de las ciencias administrativas” (vid. Folio 76). Según la demandante, la decisión de la junta directiva de Oben Muebles S. A. de designar a María del Socorro Obando como representante legal principal contravino la citada regla, puesto que la señora Obando no cumple con los requisitos profesionales determinados en el estudiado Protocolo de Familia.<sup>37</sup>

En esto consistía la pretensión, pues con dicho nombramiento se consideraba violado el protocolo familiar de la empresa demandada.

La Superintendencia de Sociedades encontró sustento para las pretensiones, en el entendido de que las pruebas documentales corroboraban las afirmaciones de la demandante:

Ciertamente, en el acta correspondiente a la reunión de la junta directiva del 6 de junio de 2014 quedó constancia de la oposición de varios directores a la postulación de la señora María del Socorro Obando como representante legal principal de Oben Muebles S. A. Según aparece en el acta mencionada, los directores Beatriz Obando y Hugo Obando invocaron el Protocolo de Familia suscrito entre los accionistas de la compañía para controvertir la designación de la nueva representante legal (vid. Folios 17 y 18). A pesar de lo anterior, el nombramiento de María del Socorro Obando como representante legal de Oben Muebles S. A. fue aprobado por tres de los cinco directores presentes en la reunión del 6 de junio de 2014, vale decir, Francisco, María Victoria y José Gabriel Obando Benjumea.<sup>38</sup>

Uno de los indicios en contra de los demandados que dan lugar a la toma de medidas cautelares es la constatación de que ellos desconocían la fuerza vinculante del protocolo. Así se trae a colación:

37. Auto n.º 801-11759.

38. *Ibid.*

En este punto debe decirse que aún no es claro si la nueva representante legal de Oben Muebles S. A. tiene las calificaciones profesionales exigidas en el Protocolo de Familia. Sin embargo, existen indicios de que la señora María del Socorro Obando no cuenta con un “título profesional en el área de las ciencias administrativas”. Por ejemplo, durante la reunión del 6 de junio, el director Francisco Obando parece haber desconocido el carácter vinculante del convenio parasocial analizado. Para el efecto, según consta en el acta de esa reunión, el señor Obando expresó que “corresponde a la Junta Directiva elegir a quien hará las veces de gerente; sobre el protocolo de familia es un acuerdo privado que en ningún caso puede contrariar la ley y menos los estatutos” (vid. Folio 17). Además, ante las preguntas acerca de las calificaciones profesionales de la señora María del Socorro Obando, el señor Francisco Obando manifestó que “es una persona de la casa, que tiene su talante (...) Mariana tiene un perfil comercial dentro de la organización” (vid. Folio 19). Tanto el desconocimiento de los efectos vinculantes del Protocolo de Familia, como la renuencia a responder las preguntas formuladas acerca de las calificaciones profesionales de la señora María del Socorro Obando, apuntan a una posible violación del acuerdo de accionistas bajo estudio.<sup>39</sup>

Establecido lo anterior, el órgano jurisdiccional concluye que será procedente la medida cautelar destacándose la censura al incumplimiento de acuerdos de accionistas, en vista de la importante función económica que cumplen estos convenios, así como por la necesidad de hacer efectivos los postulados que rigen la celebración y ejecución de contratos en Colombia.

La Superintendencia verificó el interés económico legítimo que le asistía a la demandante, constatando que detentaba la calidad de accionista de Oben Muebles S. A. y, además, que había suscrito el protocolo de familia que era objeto del proceso. El órgano jurisdiccional, para concluir, ordenó, en lugar de suspender la decisión de designar a María del Socorro Obando como representante legal de Oben Muebles S. A., la inscripción de la correspondiente demanda en el registro mercantil. Además, se le ordenó a María del Socorro Obando que le informe

39. *Ibid.*

al despacho si cumplía con los requisitos profesionales establecidos en el protocolo de familia para ocupar el cargo de representante legal.

## **Eficacia de los protocolos de familia**

### **El marco normativo que sustenta la fuerza vinculante del protocolo de familia**

Varias son las normas que permiten establecer que los protocolos de familia, hoy en día en Colombia, son más que simples declaraciones de buenas intenciones entre los miembros de una misma familia que tienen intereses en una empresa. La consideración de que son acuerdos parasociales de carácter contractual y de forma consensuada permite establecer, como ya se mencionó, que, conforme al artículo 1602 del Código Civil, este tipo de contratos será ley para los contratantes, y no podrá ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Este punto debería ser suficiente para evitar discusiones en torno a la eficacia de los protocolos de familia, al menos, entre quienes lo han suscrito. Sin embargo, como pudo constatarse en el trámite adelantado ante la Superintendencia de Sociedades, hay quienes pretenden desconocer su carácter contractual vinculante, cuando encuentran otra respuesta en los estatutos sociales. Pero el juzgador de ley ha confirmado que, al margen de que los estatutos no contemplen las disposiciones que consten en los protocolos de familia, estos son acuerdos entre socios que los vinculan y deben ser acatados, siendo entonces clara su obligatoriedad. Lo más discutible es su oponibilidad frente a terceros. Para el derecho de Andorra, los pactos parasociales solo serán oponibles a las sociedades o a terceras personas si les han sido notificados y los han aceptado expresamente.<sup>40</sup> En Colombia, aún no se dispone de pronunciamientos que puedan esclarecer de forma contundente este punto, pero se ha propuesto por la doctrina tanto la inscripción de estos en el registro mercantil como la inclusión de las cláusulas en los estatutos sociales para lograr la validez frente a terceros.

40. Llei 20/2007, del 18 de octubre, de societats anònimes i de responsabilitat limitada (*Butlletí Oficial del Principat d'Andorra* 98, de 21 de noviembre de 2007), artículo 11, <http://www.consellgeneral.ad/fitxers/documents/lleis-2007/llei-20-2007.pdf>

Otro de los fundamentos legales que permiten afirmar la fuerza vinculante de los protocolos de familia se encuentra en sede del Código General del Proceso, cuando se determina el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. Así, el artículo 24, numeral 5, inciso a, establece que la Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria referidas a las controversias relacionadas con el cumplimiento de los “acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos”. Como vimos, el ente administrativo ha considerado los protocolos de familia como acuerdos de accionistas con fuerza vinculante; para el ente administrativo es “un acuerdo entre los miembros de la familia que desde el punto de vista jurídico tiene el carácter paraestatutario”.<sup>41</sup> Esto hace posible que la Superintendencia de Sociedades conozca de las diferencias suscitadas entre los socios por la inaplicabilidad de los pactos o cláusulas que constan en los protocolos de familia y que permiten la vía judicial para la búsqueda de su acatamiento.

Por último, pero no por ello menos importante, se encuentra el argumento relativo a la fuerza vinculante derivada de la praxis empresarial. No es irrelevante que la *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia* induzca a las empresas colombianas a contemplar, dentro de su actividad, la celebración de acuerdos parasociales denominados protocolos de familia, y se detenga en los órganos que deben constituir y en las funciones de estos en el marco de las relaciones familia, empresa y propiedad. Su impacto en Colombia ha sido corroborado por el aumento de esta práctica en las empresas familiares, que en los últimos años, como se ha señalado, han alcanzado un porcentaje superior al 86 % de las empresas en el país; de las cuales, al menos el 42 % tienen un protocolo de familia, a lo cual se les puede añadir otro tipo de pactos, como acuerdos con grupos de interés (52 %) y mecanismos de resolución de conflictos (44 %),<sup>42</sup> lo cual puede ir enmarcándose y llegar a ser considerado una costumbre mercantil.

41. Oficio 220-034920.

42. PWC Colombia Family Business, *Empresas familiares en Colombia: un legado que trasciende* (Bogotá: autor, 2019), 46, [https://www.pwc.com/co/en/publications/technology/PwCColombiaFamilyBusiness%20\(1\).pdf](https://www.pwc.com/co/en/publications/technology/PwCColombiaFamilyBusiness%20(1).pdf)



## La fuerza vinculante derivada de las cláusulas consagradas en el protocolo de familia

Como hemos venido señalando, el aspecto más importante y controvertido de los protocolos de familia es su fuerza vinculante. Se aconseja como clara obligatoriedad el traslado de las partes pertinentes, es decir, de las directamente relacionadas con el quehacer empresarial, a los estatutos sociales. Se pueden incluir en la constitución de la sociedad o en una reforma posterior; ello dará, a las cláusulas incorporadas, una clara vinculatoriedad frente a los socios y su validez frente a terceros.<sup>43</sup>

Se ha establecido que los protocolos de familia pueden incorporar cláusulas de distinta naturaleza. Ello ha llevado a algunos doctrinantes a clasificar los protocolos de familia conforme a la incorporación de elementos más contractuales frente a otros de carácter menos exigible.<sup>44</sup> Nosotros consideramos que un análisis más concreto consistiría en establecer la fuerza vinculante derivada del contenido de las cláusulas. Es así como parte de la doctrina colombiana identifica dos tipos de cláusulas: las que pueden ser analizadas por su fuerza vinculante y las que se analizan desde sus contenidos. Para Humberto Serna Gómez y Edgar Suárez Ortiz, esta clasificación arroja que en el primer grupo las cláusulas de contenido moral no adquieren una fuerza vinculante más allá de la censura del grupo familiar y, por tanto, no tienen efecto coercitivo ante terceros. Asimismo, encuentran una serie de cláusulas con fuerza contractual simple, entre las que se citan las actuaciones u omisiones a las que las partes se obligan por virtud del protocolo para satisfacer las necesidades derivadas de su relación con la familia y la

43. "La fuerza jurídica del protocolo familiar es uno de los aspectos jurídicos que genera más preocupación y controversia en el seno de las familias empresarias, ya que dudan de su carácter obligatorio, de las garantías de su cumplimiento y de las consecuencias de su incumplimiento. Por ello, se recomienda la traslación a los estatutos sociales de todos aquellos puntos que sean inscribibles en el Registro Mercantil para conseguir su validez frente a todos *erga omnes*". Manuel Pavón Sáez, *Claves prácticas Francis Lefebvre. Protocolo familiar: estructura y contenido* (Madrid: Francis Lefebvre, 2018), 123.
44. "También en esta misma línea de considerar que el protocolo deberá incorporar elementos más contractuales frente a otros de carácter menos exigible, se manifiesta abundante doctrina, para la que existen tres grandes tipos de protocolos familiares: el pacto entre caballeros (que sería una mera declaración de intenciones), el protocolo contractual (conjunto de deberes y obligaciones, con garantías de su cumplimiento y sanciones para su incumplimiento) y el protocolo institucional (que sería oponible a terceros debido a su inscripción registral)". Valmaña Cabanes, 334.

empresa, como no realizar cierto tipo de actividades consideradas en contravía con las políticas empresariales, cuya obligatoriedad deriva de su efecto contractual o legal. Del mismo modo estos autores encuentran un último tipo de cláusulas que presentan también esta característica de fuerza vinculante, incluso frente a terceros, para lo cual consideran indispensable que estos las conozcan, y la vía sugerida es la inscripción en el registro mercantil en el momento de inscripción de los estatutos o en el momento de su elaboración, cuando el protocolo se realice en un momento posterior. Ellos atribuyen al registro la fuerza vinculante frente a terceros dada la publicidad de este, pero hacen la salvedad de que en algunas ocasiones sería preferible que las limitaciones que atañen a terceros queden directamente en estatutos. El segundo grupo lo clasifican por cláusulas relativas al contenido, en las que hacen referencia a aquellas que atañen a la filosofía de la empresa, dentro de las que se contienen compromisos en cuanto a las relaciones familia-empresa y las que tienen compromisos institucionales.<sup>45</sup>

Si bien compartimos dicha clasificación, teniendo en cuenta lo desarrollado a lo largo del presente escrito, consideramos pertinente hacer ciertas precisiones que nos llevarían a otra clasificación y al análisis, como sigue:

#### Cláusulas de contenido moral y ético

Este tipo de cláusulas suelen contener el conjunto de valores que identifican al grupo familiar<sup>46</sup> y que en últimas es la construcción de nuestra cultura. Y bien se ha dicho que hablar de valores, identidad, interrelaciones y formas de autodirigirse socialmente es hablar de los pilares fundamentales que definen la cultura de una sociedad.<sup>47</sup> Dos son los aspectos que pueden destacarse en torno a este tipo de cláusulas: el primero, que los valores de la empresa familiar son el punto de partida básico para generar un sentido de identidad que permita adoptar las

45. Serna Gómez y Suárez Ortiz, 125-128.

46. "Los valores son las ideas y comportamientos que identifican al grupo familiar y que se quieren transmitir a las siguientes generacionales y al mercado en general". Guillermo L. Perkins, *Empresas familiares: dirigiendo lo nuestro. Empresas creando riqueza, familias generando felicidad y personas realizándose* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Temas, 2017), 120, 121.

47. Fernando Nogales Lozano, *Empresas familiares: la profesionalización de los consejeros de familia* (España: Unión, 2012), 72.

medidas pertinentes para marcar unas directrices para la labor diaria de la empresa. Por lo tanto, serán estos contenidos morales los que determinarán qué tipo de pactos está dispuesta a alcanzar la familia empresaria y qué grado de eficacia jurídica desea que estos revistan. Además, sus contenidos ayudarán a comprender el sentido de las reglas adoptadas, lo cual servirá para explicarlas, justificarlas, legitimarlas y, como consecuencia de todo ello, fomentar su cumplimiento.<sup>48</sup> Como principios orientadores de la filosofía de la empresa, se les ha restado fuerza vinculante.<sup>49</sup> Sin embargo, es posible que apartarse de las conductas que la familia estime como adecuadas para el buen nombre del grupo familiar pueda ser considerado una falta grave o muy grave, que contemple determinadas sanciones expresamente consagradas en el protocolo familiar y se determine a su vez un derecho al resarcimiento de los perjuicios que se causen a la empresa familiar o a sus miembros.<sup>50</sup> Sobre este punto la Ley 1258 de 2008 permite que en los estatutos de la SAS se consagre que el grave incumplimiento del protocolo pueda ser considerado como una causal de exclusión de los socios.<sup>51</sup> Se destaca que en este tipo de cláusulas —nosotros agregaríamos que en estas y en las demás que mencionamos operan iguales límites— caben todas las estipulaciones que se quiera, siempre que no vayan contra la ley, el orden público o las buenas costumbres.<sup>52</sup>

48. Así lo afirma Valmaña Cabanes, 375.

49. Para Eduardo Press, al ser un acuerdo de voluntades y consensuado en la familia su fuerza es moral. Este autor plantea que se revise si el incumplimiento se trata de un error, de una falta grave o de un delito, pero centra las soluciones al incumplimiento principalmente en el pacto expreso de los mecanismos de solución de conflictos, que pueden incluir negociaciones directas, intervención del consejo de familia y la designación de directores independientes, si se trata de temas de gestión empresarial. También señala la implementación en los contratos, testamentos y estatutos de cláusulas de mediación obligatoria por personas cercanas a la familia y de arbitrajes privados, preferiblemente en manos de tribunales institucionales. Press, 147-150.

50. Véase Pavón Sáez, 124, 125.

51. Véase Andrés Gaitán Rozo, Alba Lucía Hincapié Cardona y José Danilo Castro Velasco, investigadores, *Estudio sobre empresas colombianas perdurables. Casos de éxito* (Bogotá: Superintendencia de Sociedades 2013), 53, [https://www.supersociedades.gov.co/doctrina-jurisprudencia/Doctrina-Supersociedades/Libros/Estudios\\_sobre\\_empresas\\_colombianas\\_perdurables\\_casos\\_de\\_exito-2013.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/doctrina-jurisprudencia/Doctrina-Supersociedades/Libros/Estudios_sobre_empresas_colombianas_perdurables_casos_de_exito-2013.pdf)

52. Véase Serna Gómez y Suárez Ortiz, 127.

#### Cláusulas de contenidos personalísimo

Este tipo de cláusulas son clave en las relaciones entre familia, empresa y patrimonio. A diferencia de lo que pueda considerarse desde el punto de vista de la defensa de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, en el ámbito empresarial y dadas las connotaciones jurídico-económicas que reviste este tipo de actividad, es posible, como se ha visto, que se consideren válidas cláusulas limitativas de conductas personales en esferas que van directamente relacionadas con la empresa y su actividad negocial. Así pueden destacarse en este grupo las cláusulas mencionadas por la Superintendencia de Sociedades como de naturaleza personalísima, tales como las obligaciones de suscribir capitulaciones matrimoniales, la prohibición de vincularse con empresas de la competencia o de ejercer ciertas actividades profesionales; u otras de exclusión, como la no admisión de socios no consanguíneos, sean cónyuges o compañeros permanentes. La fuerza vinculante de este tipo de cláusulas deriva no solamente del carácter contractual del protocolo, sino además de la inclusión de ellas en los estatutos sociales, así como de las sanciones que se prevean en ambos instrumentos por su incumplimiento. Tal y como se señaló en apartado anterior, es posible consagrar sanciones que pretendan disuadir a los miembros de las familias de un posible incumplimiento del protocolo familiar.

#### Cláusulas de contenido patrimonial

Existen otro tipo de cláusulas de contenido patrimonial que son netamente empresariales y que, como hemos visto, se consideran viables por la naturaleza de las sociedades cerradas por acciones y vinculantes por el ente rector en ejercicio jurisdiccional. Estas cláusulas atienden, por ejemplo, a las limitaciones o condicionamientos para la cesión, enajenación o transferencia de acciones, y se considera además posible y vinculante establecer las consecuencias de su incumplimiento. Cabrían en este apartado, asimismo, los mencionados acuerdos de accionistas en los que se consagre el compromiso de los socios de aumentar o reponer sus aportes, de suscribir nuevas acciones y de entregar anticipos por cuenta de futuras capitalizaciones, cuando se estime necesario para el cumplimiento del objeto social. También es posible incluir en esta categoría aquellas cláusulas tendentes a establecer límites o prohibiciones

para la realización de negocios que pongan en riesgo el patrimonio de la empresa familiar.

#### Cláusulas de contenido organizacional

El caso de análisis Obando Benjumea contra Oben Muebles S. A. es un claro ejemplo de que las cláusulas que atañen a la parte organizacional de la empresa cobran fuerza vinculante cuando las partes involucradas han suscrito voluntariamente el protocolo de familia. Las condiciones o requisitos establecidos para poder ejercer un cargo dentro de la empresa, contenido en el acuerdo parasocial de accionistas, se tornó obligatorio para los directivos, quienes quisieron desconocer su fuerza vinculante. Y es que desconocer lo pactado atentaría contra la seguridad jurídica derivada de los contratos que son ley para las partes, con independencia, como ocurrió en este caso, de su inexistencia en los estatutos sociales. Se puede pactar, tanto en el protocolo de familia como en los estatutos, prestaciones accesorias como condición para ser socio (por ejemplo, haber firmado el protocolo familiar). Se pueden establecer compromisos de formalizar testamentos con condición suspensiva (por ejemplo, haber firmado el protocolo de familia para acceder a la propiedad de la empresa como heredero o legatario).<sup>53</sup> También podrían citarse en este grupo las que se han mencionado como referidas a las relaciones familia-empresa, y que cobijan disposiciones sobre profesionalización de los miembros de la familia; la apertura o restricción en cuanto al ingreso de nuevos miembros integrantes del núcleo familiar; la participación en la dirección y control de la empresa; el establecimiento de canales de comunicación entre la familia y la empresa; los procesos de apoyo y capacitación a los miembros de la familia; la sucesión de la propiedad; los eventos en que se considere dejar de ser empresa familiar, etc.<sup>54</sup>

#### Cláusulas de contenido sancionador

Como hemos venido señalando, una clave para conseguir un alto grado de eficacia del protocolo de familia es la consagración expresa de disposiciones que conlleven sanción por el incumplimiento de lo

53. Véase Pavón Sáez, 124.

54. Serna Gómez y Suárez Ortiz, 127.

pactado. Fórmulas de este tipo se reflejan, además de la ya señalada de exclusión, por ejemplo, en establecer una cláusula penal, esto es, una pena económica concreta en caso de incumplimiento; también puede consagrarse una cláusula indemnizatoria de daños y perjuicios; otra fórmula es consagrar la obligación de vender acciones o participaciones de la empresa familiar en caso de incumplimiento.<sup>55</sup>

## Conclusiones

El protocolo de familia se constituye en una herramienta exitosa para abordar el conflicto de intereses entre todos los actores de la empresa familiar, lo que impacta directamente en la perdurabilidad de la empresa y la unidad familiar. Dentro de los aspectos que pueden ser tratados en él están desde los asuntos relativos a la historia y la filosofía familiar hasta mecanismos de protección del patrimonio; sucesión en la propiedad y en la administración; órganos de gobierno de la empresa y de la familia; relaciones con la familia afín; criterios de prevención; evitar la confusión de patrimonios familia-empresa; política de liquidez para los accionistas; participación laboral de los familiares en la empresa; contribución de la familia a la comunidad; alternativas para la solución de conflictos; etc. Pero, además, en él se puede llegar a contemplar en las SAS la fijación de un precio de venta inferior al valor comercial, al intrínseco y al nominal cuando alguno de los miembros de la familia retire su participación, comoquiera que las acciones representan la participación en el capital social, y como tal constituyen derechos patrimoniales de carácter renunciante, cuya cesión, transferencia o enajenación pueden hacerse incluso a título gratuito. Lo mismo ocurre con la posibilidad de pactar con cada uno de los socios un contrato de promesa de suscripción de acciones en el que, con el cumplimiento de los requisitos legales, aquellos se comprometan a suscribir un determinado número de acciones, con el fin de proveer al ente societario de los recursos indispensables para atender sus obligaciones.

Los protocolos de familia son un acuerdo de voluntades encaminado a la realización de un acto parasocial, con efectos sobre las sociedades cerradas y de familia, y es indiscutible que su importancia para la familia y la empresa deriva del grado de eficacia que tengan

55. Véase Pavón Sáez, 123.

sus cláusulas. De esta manera la naturaleza contractual consensual contempla la eficacia desde el punto de vista de los contratos y su exigibilidad se ha señalado dentro de los acuerdos de accionistas conforme a las competencias de la Superintendencia de Sociedades en materia societaria en cuanto al cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos. También se presenta hoy día como una praxis empresarial cuyo incremento es contundente en los últimos años y que, dado el número de empresas familiares que ya lo contemplan, puede llegar a ser considerado una costumbre mercantil.

La fuerza vinculante de las cláusulas contenidas en el protocolo puede ser protegida dentro del mismo acuerdo parasocial para incentivar su cumplimiento y forzoso acatamiento, a través de la traslación de las cláusulas netamente relacionadas con la actividad empresarial a los estatutos sociales, así como estableciendo cláusulas penales e indemnización de perjuicios en el protocolo de familia y llegando incluso a consagrar el incumplimiento como causal de exclusión de la empresa.

## Referencias

- ALBELLÁ Amigo, Sebastián. “Régimen de publicidad de los pactos parasociales”. En *Régimen jurídico de los mercados de valores y de las instituciones de inversión colectiva*, coordinado por Francisco Uría, 853-870. España: Wolters Kluwer, 2007.
- AUTO n.º 801-11759, de 20 de agosto de 2014. [https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\\_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/A\\_Oben\\_20\\_08\\_2014.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/A_Oben_20_08_2014.pdf)
- BUYSSE Code: Corporate Governance Recommendations for Non-Listed Enterprises. 2005. [https://ecgi.global/sites/default/files//codes/documents/code\\_buysse\\_en.pdf](https://ecgi.global/sites/default/files//codes/documents/code_buysse_en.pdf)
- CORPORACIÓN Financiera Internacional y Banco Mundial. *Manual IFC de gobierno de empresas familiares*. Estados Unidos: autores, 2018. [https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/253e1374-edba-44f4-8565-5f971fdeb00f/Family\\_Business\\_Governance\\_Handbook\\_Spanish.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mnKgFXw](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/253e1374-edba-44f4-8565-5f971fdeb00f/Family_Business_Governance_Handbook_Spanish.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mnKgFXw)
- DECRETO 410/1971, de marzo 27. Por el cual se expide el Código de Comercio. *Diario Oficial* n.º 33339, de 16 de junio de 1971. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_comercio.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html)

- FINLAND Central Chamber of Commerce. *Improving corporate governance of unlisted companies*. Helsinki: autor, 2006. [https://ecgi.global/sites/default/files//codes/documents/finnish\\_cg\\_2006\\_en.pdf](https://ecgi.global/sites/default/files//codes/documents/finnish_cg_2006_en.pdf)
- GAITÁN Rozo, Andrés. “Asambleas y juntas de socios en empresas de familia: del Código de Comercio a las SAS”. En Hernán Ruiz López, *Empresas colombianas: actualidad y perspectivas II*. Bogotá: Superintendencia de Sociedades, 2010.
- GAITÁN Rozo, Andrés. *Grupos empresariales y control de sociedad en Colombia*. Bogotá: Superintendencia de Sociedades, 2011.
- GAITÁN Rozo, Andrés y José Danilo Castro Velasco. *Sociedades de familia en Colombia*. Bogotá: Superintendencia de Sociedades, 2001.
- GAITÁN Rozo, Andrés, Alba Lucía Hincapié Cardona y José Danilo Castro Velasco, investigadores. *Estudio sobre empresas colombianas perdurables. Casos de éxito*. Bogotá: Superintendencia de Sociedades, 2013. [https://www.supersociedades.gov.co/doctrina-jurisprudencia/Doctrina-Supersociedades/Libros/Estudios\\_sobre\\_empresas\\_colombianas\\_perdurables\\_casos\\_de\\_exito-2013.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/doctrina-jurisprudencia/Doctrina-Supersociedades/Libros/Estudios_sobre_empresas_colombianas_perdurables_casos_de_exito-2013.pdf)
- LEY 1258/2008, de diciembre 5. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. *Diario Oficial* n.º 47194, de 5 de diciembre de 2008. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1258\\_2008.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1258_2008.html)
- LEY 1564/2012, de 12 de julio. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º 48 489, de 12 de julio de 2012. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html)
- LEY 222/1995, de diciembre 2. Por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º 42 156, de 20 de diciembre de 1995. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0222\\_1995.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html)
- LEY 84/1873, de 26 de mayo. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. *Diario Oficial* n.º 2867, de 31 de mayo de 1873. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)
- LEI 20/2007, del 18 de octubre. De societats anònimes i de responsabilitat limitada. *Butlletí Oficial del Principat d'Andorra* 98, de 21 de noviembre de 2007. <http://www.consellgeneral.ad/fitxers/documents/lleis-2007/llei-20-2007.pdf>



- “Los reyes de la cerámica”. *Revista Semana*, 28 de abril de 2007. <https://www.semana.com/los-reyes-ceramica/84989-3/>
- LUCERO Bringas, María de los Ángeles. *Protocolos en empresas de familia*. Madrid: Unión, 2018.
- MARTÍNEZ Beltrán, Néstor Camilo. “Empresa de familia: realidad y perspectivas en el derecho societario”. Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana, 2004. <http://docplayer.es/13356022-Empresa-de-familia-realidad-y-perspectivas-en-el-derecho-societario-nessor-camilo-martinez-beltran-presentado-para-optar-al-titulo-de-abogado.html>
- MOLINA Sandoval, Carlos. “Protocolo de empresas familiares”. En *La familia empresaria. Herramientas de gestión y profesionalización*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Grupo Unión, 2017.
- NOGALES Lozano, Fernando. *Empresas familiares: la profesionalización de los consejeros de familia*. España: Unión, 2012.
- PAVÓN Sáez, Manuel. *Claves prácticas Francis Lefebvre. Protocolo familiar: estructura y contenido*. Madrid: Francis Lefebvre, 2018.
- PÉREZ Molina, Ana Isabel. “El modelo de empresa familiar: los cuatro pilares fundamentales”. *3 Ciencias* (2012). <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4817932.pdf>
- PERKINS, Guillermo L. *Empresas familiares: dirigiendo lo nuestro. Empresas creando riqueza, familias generando felicidad y personas realizándose*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Temas, 2017.
- PRESS, Eduardo. *Emociones en empresas de familia. Gestión de las relaciones familiares y la profesionalización*. Buenos Aires: Granica, 2016.
- PWC Colombia Family Business. *Empresas familiares en Colombia: un legado que trasciende*. Bogotá: autor, 2019. [https://www.pwc.com/co/en/publications/technology/PwCColombiaFamilyBusiness%20\(1\).pdf](https://www.pwc.com/co/en/publications/technology/PwCColombiaFamilyBusiness%20(1).pdf)
- QUIJANO González, Jesús. “El protocolo en las empresas familiares”. En *Empresas de familia. Aspectos societarios, de familia y sucesiones, concursales y tributarios. Protocolo de familia*. 1.ª ed. Dirigido por Gabriela S. Calcaterra y Adriana Noemí Krasnow, 551-595. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- RAVASSA Garcés, María del Mar, ed. *Carvajal cien años. Edición conmemorativa 1904-2004*. Cali: Cargraphics S. A., 2004.

- REAL Decreto 171/2007, de 9 de febrero. Por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. *BOE* n.º 65, de 16 de marzo de 2007. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-5587>
- REGIO Decreto 262/1942, de 16 de marzo. Approvazione del testo del Codice Civile. *Gazzetta Ufficiale* n.º 79, de 4 de abril de 1942.
- SERNA Gómez, Humberto y Edgar Suárez Ortiz. *La empresa familiar. Estrategias y herramientas para su sostenibilidad y crecimiento*. Bogotá: Temis, 2005.
- SUPERINTENDENCIA de Sociedades. *Buen gobierno corporativo*. s. l.: autor, 2019. <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Documents/2019/PRESENTACION-INFORME-GOBIERNO-CORPORATIVO.pdf>
- SUPERINTENDENCIA de Sociedades, Cámara de Comercio de Bogotá y Confecámaras. *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia*. Bogotá: autores, 2009. <http://www.icgc.com.co/wp-content/uploads/2018/01/Gu%C3%ADa-colombiana-de-gobierno-corporativo-para-sociedades-cerradas-y-de-familia.pdf>
- TAGIURI, Renato y John Davis. “Atributos ambivalentes de la empresa familiar”. *Family Business Review* 11, n.º 1 (1982): 11-16.
- TAGIURI, Renato y John Davis. “Bivalent attributes of the family firms”. *Family Business Review* 9, n.º 2 (1996): 199-208.
- VALMAÑA Cabanes, Antonio José. “El régimen jurídico del protocolo familiar”. Tesis doctoral, Universitat Rovira I Virgili, 2015.

## **Buenas prácticas de gobierno corporativo en las entidades bancarias: protección de *stakeholders* y políticas de sostenibilidad**

SANTIAGO GUERRERO SABOGAL\*

A grandes rasgos, los administradores de una determinada empresa parten del supuesto de la búsqueda de la rentabilidad de la actividad económica que realizan. Sin embargo, ante lo anterior surgen aspectos fundamentales a tener en cuenta a la hora de cumplir con sus funciones, como la asunción responsable de riesgos y las implicaciones sociales que tiene el desarrollo de la empresa en las comunidades.<sup>1</sup> Así las cosas, la liquidez y un alto nivel de patrimonio son aspectos financieros que no garantizan *per se* que una empresa pueda desenvolverse abiertamente en el mercado,<sup>2</sup> dado que es necesario evaluar distintos comportamientos tanto internos como externos de la entidad bancaria, que son trascendentales precisamente para garantizar unas buenas prácticas de gobierno corporativo y la rentabilidad de la empresa.

\* Abogado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Ha realizado estudios en finanzas, mercado de capitales y sostenibilidad financiera. Cuenta con experiencia laboral en el sistema financiero de Colombia y actualmente se encuentra realizando distintos trabajos académicos en publicaciones nacionales e internacionales.

1. John Elkington, "Towards the sustainable corporation: Win-win-win business strategies for sustainable development", *California Management Review* 36, n.º 2 (1994): 90.
2. Corporación Andina de Fomento, *Gobierno corporativo: lo que todo empresario debe saber* (Caracas: autor, 2010), 3.

Entre los comportamientos internos, se encuentra la protección de todos los grupos de interés que se ven involucrados directa o indirectamente en el desenvolvimiento de la empresa (*stakeholders*), pues no solo son cruciales para la obtención del capital, sino también para la efectiva realización de la actividad económica, como se vislumbra con los trabajadores, inversionistas externos, acreedores, etc.<sup>3</sup>

De esta forma, no solo se concibe a los accionistas como el único sujeto al que la alta gerencia de una empresa debe responder, puesto que los *stakeholders* son igualmente titulares de una serie de derechos, tales como la información pública y transparente, en el caso de inversionistas terceros, como de condiciones dignas de trabajo en el caso de los empleados.<sup>4</sup> Por ello, el gobierno corporativo resulta ser una institución esencial para garantizar la confianza y protección de los grupos de interés, debido a que la forma en que una empresa es administrada y empleada evidencia, efectivamente, las prácticas profesionales de su desempeño en los negocios y la confianza que esta puede generar.<sup>5</sup>

Si bien tanto en las empresas familiares como en las sociedades abiertas (en este caso, las entidades bancarias) existen consensos sobre la importancia de adoptar prácticas con el fin de fortalecer la sostenibilidad, el incremento de la competitividad y la atención a los posibles conflictos de interés, como se expuso en el capítulo anterior, los posibles problemas que se pueden presentar entre este tipo de empresas tienden a ser diferentes, dado no solo su naturaleza (sociedades abiertas), sino también por la finalidad económica que estas cumplen en la sociedad. Por esta razón, la adopción de protocolos para atender conflictos en materia de sucesiones de los socios o la separación patrimonial entre estos y la empresa son aspectos que no serán tenidos en cuenta en el presente capítulo.

3. "Está bien establecido que para cualquier corporación o entidad comercial, hay múltiples partes, comúnmente denominadas 'partes interesadas' (*stakeholders*), que tienen interés en el bienestar de la entidad y sus esfuerzos comerciales. Ya sea en la literatura empresarial, académica o profesional, casi no se encuentra discusión de que, para administrar con éxito una empresa, los gerentes y juntas directivas deben considerar, ya sea directa o indirectamente, los intereses de estas partes". Justin Blount, "Creating a stakeholder democracy under existing corporate law", *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 18, n.º 2 (2016): 366.
4. Thomas Donaldson, "Response. Making stakeholder theory whole", *Academy Management Review* 24, n.º 2 (1999), 237.
5. Corporación Andina de Fomento, *Gobierno corporativo...*, 9.

Respecto a las entidades de carácter bancario, cabe decir que, a partir de la actividad económica que estas cumplen en el mercado como intermediarios en la canalización de capital,<sup>6</sup> se puede evidenciar un comportamiento externo a ellas que es crucial en su gobierno corporativo. Esto se debe a que, por ineficiencias y actos ilegales en su desenvolvimiento, no solo se pone en riesgo a la entidad, sino en general a la economía, lo cual es evidenciable en las crisis que han ocurrido a lo largo de la historia, como es el caso de la crisis de Wall Street, en el año 2008.<sup>7</sup>

A partir de esto, organizaciones internacionales como el Comité de Basilea en Supervisión Bancaria (en adelante, CBSB) y la Corporación Andina de Fomento (en adelante, CAF), en procura de garantizar el efectivo desarrollo de los mercados y la sostenibilidad financiera, han realizado una serie de postulados y principios para orientar lo que sería el *buen gobierno corporativo*.<sup>8</sup>

Esta categoría, la cual es actualizada constantemente a partir del examen empírico de las mismas organizaciones, pretende recomendar cuáles son las mejores prácticas a la hora de administrar una empresa, tanto para garantizar el desarrollo del mercado como para garantizar prácticas que sean sostenibles y traigan provecho a la sociedad.<sup>9</sup>

Bajo la noción de *buenas prácticas de gobierno corporativo*, el enfoque principal de las recomendaciones internacionales se funda en la noción de reducción y prevención del riesgo sistémico.<sup>10</sup> Sin embargo, tanto la doctrina como determinadas organizaciones internacionales, fundadas posteriormente al Acuerdo de París,<sup>11</sup> han incidido en cómo las entidades financieras no solo deben enfocarse en esta clase de riesgos, sino también en los riesgos sociales y ambientales que pueden

6. Jesús Alfaro, "Derecho bancario", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 2 (2000), 284.

7. Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *La respuesta del Comité de Basilea a la crisis financiera: informe al G-20* (Basilea: Banco de Pagos Internacionales, 2010), 7.

8. Hwa-Jin Kim, "Financial regulation and supervision in corporate governance of banks", *Journal of Corporation Law* 41, n.º 4 (2016): 707.

9. *Ibid.*

10. Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *La respuesta del Comité de Basilea a la crisis financiera...*, 10.

11. El Acuerdo de París es un compromiso realizado por los países miembros de las Naciones Unidas con el fin de mitigar el cambio climático. Naciones Unidas, *Aprobación del Acuerdo de París* (París: autor, 2015), 2.

generar.<sup>12</sup> Lo anterior permite argüir cómo las obligaciones de las entidades financieras pasan a ser, inclusive, obligaciones legales de carácter social y ambiental en pro de la sostenibilidad, que deben concebirse por fuera de prácticas propias de la filantropía.

No obstante, si bien las organizaciones internacionales antedichas han tenido el enfoque de protección de los *stakeholders*, esta nueva dimensión de la sostenibilidad por parte de las entidades bancarias ha tenido un papel secundario y relegado;<sup>13</sup> especialmente, porque estas organizaciones han enfocado como principal elemento de crisis dentro del sistema financiero la asunción indiscriminada del riesgo operativo y de crédito como un factor netamente derivado del capital invertido, ignorando las implicaciones económicas internas fruto de las afectaciones sociales y ambientales.<sup>14</sup>

Si bien el enfoque de dichas organizaciones es fundamental, cabe resaltar que, dado el papel preponderante que tiene el sector financiero como motor de la economía, sus posibles afectaciones y riesgos asumidos no están exclusivamente basados en la capacidad de pago de los usuarios.

Por todo lo anterior, la debida protección de los *stakeholders* y la adopción de prácticas sostenibles a nivel ambiental y social deben considerarse como dos caras de la misma moneda con respecto a los réditos que puede generar una empresa. En el caso de los *stakeholders*, por la perspectiva “interna” de todos los actores que participan en la actividad económica, y por la sostenibilidad como el factor “externo”, dadas las implicaciones sociales y jurídicas que genera la actividad financiera.

De esta forma, en primer lugar, se revisarán los elementos que componen el gobierno corporativo en las entidades bancarias; en segundo lugar, se analizará el estado actual de las recomendaciones de

12. Como son los casos concretos de la Network for Greening the Financial System y la Red de Banca Sostenible. “About us”, *Network for Greening Financial Systems*, 2020, <https://www.ngfs.net/en/page-sommaire/governance>; “Sustainable Banking Network”, *International Finance Corporation*, 2020, [https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics\\_ext\\_content/ifc\\_external\\_corporate\\_site/sustainability-at-ifc/company-resources/sustainable-finance/sbn](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/sustainability-at-ifc/company-resources/sustainable-finance/sbn)

13. Corporación Andina de Fomento, *Lineamientos para un código latinoamericano de gobierno corporativo* (Caracas: autor, 2013), 20.

14. Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *La respuesta del Comité de Basilea a la crisis financiera...*, 2.

buen gobierno corporativo, tanto a nivel internacional como local, y, en tercer lugar, se denotará la importancia de la adopción de prácticas en pro de los *stakeholders* y de la sostenibilidad ambiental.

### **Análisis teórico del gobierno corporativo y su desenvolvimiento en las entidades bancarias**

Para que una empresa opere correctamente, es necesario ante todo planificarla. De esta forma, surgen interrogantes con respecto al objeto social que se debe perseguir y a la forma en que se deben estructurar sus distintos cuerpos de gobierno.<sup>15</sup> De acuerdo con la realidad económica existente en el mundo empresarial, se evidencia que las respuestas a estos interrogantes no se resuelven de una misma manera, pues dependen tanto de la complejidad del negocio que se está desarrollando como del tamaño de la empresa. Asimismo, las respuestas a estas cuestiones básicas al iniciar un negocio no siempre quedan claramente expuestas por escrito, ya que, en la mayoría de los casos, la empresa cumple con estas prácticas a partir del ejercicio empírico de su actividad.<sup>16</sup>

Sin embargo, la definición de dichas actividades es de vital importancia, tanto para establecer el ámbito de acción de una empresa como para el proceso en virtud del cual se ejecutarán las decisiones.

Es por ello que se puede considerar al gobierno corporativo, como el conjunto de prácticas, expresadas de manera formal o informal, que rigen las relaciones entre los participantes de una empresa.<sup>17</sup> Estas se dan fundamentalmente entre los cuerpos administrativos (lo cual se conoce como la gerencia) y aquellos que invierten capital en ella (inversionistas y acreedores).

De esta manera, el objetivo del gobierno corporativo es permitir el correcto desenvolvimiento de la empresa en el mercado, a partir de prácticas que faciliten la relación entre sus participantes y entre estos con la sociedad. Esto se evidencia, por ejemplo, a partir de la generación de confianza frente al mercado, la transparencia y rendición de cuentas, la debida protección de los derechos y la dignidad de los

15. Corporación Andina de Fomento, *Gobierno corporativo...*, 9.

16. *Ibid.*, 10.

17. Henry Hansmann y Reinier Kraakman, "What is corporate law?", *Yale Law & Economics Research Paper*, n.º 300 (2004): 1.

trabajadores, además de la adopción de prácticas comerciales socialmente responsables.<sup>18</sup>

Ahora bien, cabe agregar que el deber ser del gobierno corporativo consiste en que dichas prácticas sean interiorizadas como la conformación de una disciplina empresarial.<sup>19</sup> Así las cosas, el ejercicio de estas prácticas dentro de la empresa se deben desarrollar de manera orgánica con el normal funcionamiento de ella, sin que represente una contradicción con su objeto económico.<sup>20</sup>

Con ocasión de la especial naturaleza de la actividad económica de las entidades bancarias, el gobierno corporativo de esta clase de entidades ha tenido una revisión particular.<sup>21</sup> Si bien su estudio ha sido una cuestión histórica,<sup>22</sup> no fue sino hasta la crisis global del 2012 que el gobierno corporativo fue concebido como un asunto trascendental.<sup>23</sup>

De esta forma, si bien el derecho societario y las finanzas corporativas regulaban lo relativo en materia de la gestión empresarial, aspectos tales como la protección del sistema económico y de los intereses de terceras partes por fuera de los *shareholders* no eran tenidos en cuenta por estas áreas.

Es así como el gobierno corporativo en las entidades bancarias (en un mundo poscrisis) puso principalmente atención a la prevención de los riesgos, las implicaciones del sector financiero en la sociedad, la transparencia en el desarrollo de sus operaciones y la protección de los depositantes e inversionistas por fuera de la visión clásica del accionista.<sup>24</sup> De esta forma, dichas acciones fueron suscitadas bajo la intención de generar buenas prácticas de gobierno corporativo dentro del sistema financiero.

18. Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *La mejora del gobierno corporativo en organizaciones bancarias* (Basilea: Banco de Pagos Internacionales, 2006), 3.

19. Corporación Andina de Fomento, *Lineamientos para un código latinoamericano de gobierno corporativo*, 12.

20. *Ibid.*

21. Kim, 710.

22. En la obra de Kim "Financial regulation and supervision in corporate governance", se puede apreciar una breve revisión histórica y económica del gobierno corporativo dentro de las entidades financieras; como no es esta la razón de ser de este capítulo, no será analizado.

23. Kim, 712.

24. *Ibid.*, 711.



## Buenas prácticas en el sector bancario: protección de los *stakeholders* y la cobertura eficiente del riesgo

En el caso de las entidades bancarias, las insuficiencias en el gobierno corporativo no solo generan consecuencias internas, sino que, dada su naturaleza como intermediarios en la canalización de capital, los riesgos que generan las entidades bancarias trastocan directamente a los usuarios y a la sociedad, al ser ellos quienes depositan su dinero o lo confían en comisión para su administración.<sup>25</sup> A su vez, las implicaciones macroeconómicas son igualmente alarmantes, puesto que se pueden evidenciar fenómenos como el riesgo de contagio o el impacto en los sistemas de pago de otras entidades financieras a nivel global.<sup>26</sup>

Es por ello que, en pro de la eficiencia económica, la estabilidad financiera y el crecimiento sostenible, distintas organizaciones han propuesto una serie de recomendaciones y principios en virtud de los cuales se busca el cumplimiento de la excelencia en la gestión administrativa, lo cual se conoce como *propuestas para un buen gobierno corporativo*.

En el marco de las recomendaciones internacionales, los países de Latinoamérica han procurado la aplicación de estos principios de distintas formas, tanto por la vía legislativa, como es el caso de Colombia con el Código País (Circular Externa 028 de 2014), como a partir de la iniciativa privada, dado que distintas empresas han adoptado las recomendaciones en el interior de sus organizaciones como muestra de interés en el fortalecimiento y seguridad de los mercados.<sup>27</sup>

Lo anterior, en virtud de que las malas prácticas administrativas en el sistema financiero no solo pueden generar consecuencias a nivel sistémico, pues la incorrecta administración puede provocar efectos adversos, tales como la pérdida de confianza del público, procesos judiciales, pérdida de *good will*, el descontento de los trabajadores, etc.<sup>28</sup>

25. Jaime Herrero, "La reciente evolución del gobierno corporativo de las entidades de crédito", *Estabilidad Financiera*, n.º 28 (2015): 56.

26. Alfaro, 288.

27. Superintendencia Financiera de Colombia, Código de Mejores Prácticas Organizativas: Código País (Bogotá: Superintendencia Financiera de Colombia, 2014), 4.

28. Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *La mejora del gobierno corporativo en organizaciones bancarias*, 3.

Cabe decir que las recomendaciones internacionales sobre buen gobierno corporativo se basan en estudios desarrollados a profundidad. Sin embargo, no se puede argüir que existan soluciones simples, así como tampoco un modelo único que se pueda adaptar a nivel global en todos los casos. Por el contrario, el buen gobierno corporativo consiste en un delicado equilibrio entre objetivos específicos y las tradiciones comerciales a nivel local.<sup>29</sup> Por lo tanto, el punto de partida para la elaboración de propuestas en materia de gobernanza debe ser el debate sustentado consistentemente en estudios empíricos del mercado y las realidades económicas del momento.<sup>30</sup>

Ahora bien, a partir de la exposición anterior, se realizará una aproximación a los aspectos más relevantes de las recomendaciones internacionales y su desarrollo normativo en Colombia.

### Desarrollo internacional

A nivel internacional, es fundamental referirse al Comité de Basilea en Supervisión Bancaria, el cual fue creado en 1975 y cuyo objetivo era en un principio realizar recomendaciones a los bancos a nivel internacional.

Si bien el Comité, en el año 1988 y 2006, realizó una serie de guías cuyo propósito era la adopción de prácticas de supervisión adecuadas y la transparencia de las actividades financieras, no fue sino hasta en el año 2008, frente a la crisis financiera, que se suscitó la necesidad de replantear a fondo las medidas de gobierno corporativo adoptadas en el sistema financiero, dada la escasa materialidad de estas prácticas en el sector financiero.<sup>31</sup>

De esta forma, en el año 2010, el Comité emitió un informe llamado *La respuesta del Comité de Basilea a la crisis financiera: informe al G-20*, en el cual se evidenciaron distintas razones por las cuales se originó la respectiva crisis.<sup>32</sup> Entre los puntos señalados, cabe hacer referencia a:

29. Aldo Olcese, *Teoría y práctica del buen gobierno corporativo* (Madrid: Marcial Pons, 2005), 25.

30. *Ibid.*

31. Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *La respuesta del Comité de Basilea a la crisis financiera...*, 8.

32. *Ibid.*, 2.

1. La inadecuada gestión de los riesgos asumidos por las entidades.
2. La falta de disciplina de mercado en materia de divulgación de información.<sup>33</sup>
3. La conformación de conglomerados en extremo complejos y poco transparentes.<sup>34</sup>
4. La flexibilidad en materia de apalancamiento y liquidez de los bancos, siendo los usuarios del sistema financiero los principales afectados.<sup>35</sup>

Bajo este contexto, el Comité de Basilea determinó revisar la guía de 2006, por lo que en el año 2011 publicó el informe *Basilea III: marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios*.<sup>36</sup> En consecuencia, la nueva guía aspira a fortalecer las entidades financieras a partir de la consolidación eficaz de sus estructuras de gobierno corporativo y la aplicación real-material de estas prácticas, con la finalidad de consolidar la disciplina de mercado por parte de los cuerpos de gobernanza y garantizar así la transparencia pública y la asunción responsable de riesgos.

Así las cosas, con la misión de promover un gobierno corporativo eficiente en las entidades financieras, el Comité de Basilea planteó una serie principios generales. De esta serie de principios, vale la pena señalar los siguientes:

1. La divulgación y transparencia de la información publicada, por lo que esta debe ser regular y analizada por la entidad de supervisión y control.<sup>37</sup>
2. La utilización de normas de diligencia debida con los clientes (CDD), con el propósito de promover normas éticas y profesionales cada vez mejores en el sector financiero e impedir conductas delictivas.<sup>38</sup>

33. *Ibid.*, 4.

34. *Ibid.*, 8.

35. *Ibid.*, 10.

36. Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *Basilea III: marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios* (Basilea: Banco de Pagos Internacionales, 2011), 1.

37. Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *Principios de gobierno corporativo para bancos* (Basilea: Banco de Pagos Internacionales, 2015), 38.

38. *Ibid.*, 10.

3. La verificación de que los bancos y grupos bancarios cuenten con políticas sólidas de gobernanza y en materia de gobierno corporativo. Esto incluye la dirección estratégica, la estructura de grupo y organizativa, el entorno de control, las atribuciones de los consejos y la alta dirección.<sup>39</sup>
4. La comprobación de los bancos con respecto a la utilización de políticas y mecanismos adecuados para identificar, cuantificar, evaluar, informar y controlar o mitigar los riesgos derivados de su actividad, en especial, con respecto a la calidad del capital invertido y el nivel de capital ordinario.<sup>40</sup>

Sobre los anteriores principios cabe señalar el enfoque que le da el Comité, puesto que no solo prevé el interés de las entidades, sino también de todos aquellos que se pueden ver afectados por la actividad económica que estos desarrollan, ya que los principales perjudicados por esta clase de crisis son, a grandes rasgos, la comunidad y los *stakeholders*.<sup>41</sup>

Si bien la discusión doctrinaria previa a la crisis de 2008 tenía un determinado enfoque sobre los *stakeholders*, dicha visión era vaga y difícilmente concebía a estos agentes como sujetos titulares de derechos dentro de las organizaciones financieras.<sup>42</sup> No ha sido sino hasta discusiones, incluso recientes, que se les ha dado especial relevancia a los *stakeholders*.<sup>43</sup>

Así pues, en aras de garantizar la estabilidad en los negocios, las prácticas administrativas debían enfocarse de igual forma en la satisfacción de los distintos agentes con algún interés en la entidad, ya que garantiza la consecución de metas a largo plazo y no solo la consecución de logros cortoplacistas.<sup>44</sup> Lo anterior, dado que la satisfacción de los distintos *stakeholders* brinda a la entidad la suficiente

39. *Ibid.*, 22.

40. *Ibid.*, 33.

41. *Ibid.*, 6.

42. John H. Farrar, "The new financial architecture and effective corporate governance", *International Lawyer* 33, n.º 4 (1999): 927.

43. Lynne Dallas, "Short-termism, the financial crisis, and corporate governance", *Journal of Corporation Law* 37, n.º 2 (2012): 321.

44. *Ibid.*, 268.

estabilidad interna para afrontar distintos proyectos a futuro.<sup>45</sup> Este punto se abordará con más profundidad en el siguiente capítulo.

De igual forma, cabe mencionar las recomendaciones realizadas por la CAF, si bien su enfoque son las sociedades comerciales en general, sus principios son complementarios a las perspectivas esbozadas de protección al interés común y a los *stakeholders*, ya que, al igual que el Comité de Basilea, busca prever las conductas ilícitas e insostenibles.<sup>46</sup> De igual forma, entre las recomendaciones realizadas por la CAF para América Latina, podemos resaltar:

1. *Arquitectura de control*: este concepto reúne los aspectos relativos al control, manejo de riesgos, administración interna y manejo de la información. A grandes rasgos, la arquitectura de control permite que la empresa cuente con una estructura de políticas internas ejercidas de manera general por sus miembros (desde la alta gerencia hasta los trabajadores), con el fin de generar seguridad con respecto a la consecución de las metas de la empresa.<sup>47</sup>
2. *Transparencia e información financiera y no financiera*: la transparencia en la revelación de información de las operaciones ha sido un aspecto fundamental no solo para los accionistas, sino para los mercados y los grupos de interés en general. De esta manera, la transparencia, al ser entendida como el acto de revelar información sobre la sociedad, es la base de la que parte la generación de confianza, así como el *good will* de la sociedad.<sup>48</sup>

De esta manera, podemos evidenciar cómo estas organizaciones internacionales no solo se focalizan en la supervisión, sino que son principalmente incisivas en procurar la sostenibilidad y estabilidad financiera, la transparencia de la información y la disciplina de mercado;

45. Andrew Friedman y Samantha Miles, *Stakeholders. Theory and practice* (Nueva York: Oxford University Press, 2006), 149.

46. Corporación Andina de Fomento, *Lineamientos para un código latinoamericano de gobierno corporativo*, 109.

47. *Ibid.*, 98.

48. *Ibid.*, 109.

todo con el objetivo de proteger no solo al sistema financiero, sino a la sociedad y a los terceros interesados o *stakeholders*.

### Desarrollo jurídico en Colombia

Dentro de la normatividad colombiana, la visión de las buenas prácticas dentro de las empresas inicia principalmente con la regulación normativa.<sup>49</sup> De esta forma, la visión de buen gobierno corporativo como elemento esencial para garantizar la estabilidad de los mercados financieros motivó a la Superintendencia Financiera (en ese tiempo, Superintendencia Valores) a expedir la Resolución 275 del año 2001, la cual se estableció para los emisores que quisieran invertir en los fondos de pensiones y cesantías, a raíz de la obligación de conformar un código de buenas prácticas corporativas.<sup>50</sup> En general, aunque la resolución se limitaba a determinados actores, fundamentó la relación entre el gobierno corporativo y el derecho financiero para garantizar no solo la eficiencia, sino también la sostenibilidad misma del sistema financiero.

Bajo la normatividad actual de Colombia, y con el posterior desarrollo de los principios de Basilea III, es trascendental nombrar el Código País, el cual fue emitido por la Superintendencia Financiera y cobija a las instituciones que hacen parte del sistema financiero.

Así como lo han entablado las recomendaciones internacionales, este código ha tenido dos enfoques principales: en primer lugar, a partir de la supervisión, con el fortalecimiento de los órganos de vigilancia y control tanto externos como internos de la empresa, y, en segundo lugar, a partir de la estructuración eficiente del gobierno corporativo en este tipo de entidades. Así, el Código País enuncia las siguientes recomendaciones, trascendentales para el estudio en concreto:

1. *Arquitectura de control*: llevar a cabo todas las prácticas necesarias para el control interno y la gestión de los riesgos que se puedan generar con la actividad económica. Así, la empresa puede contar con una estructura que genere seguridad con

49. Institutos de Gobierno Corporativo de Latinoamérica, *Gobierno corporativo en Latinoamérica 2010-2011* (Washington: IGCLA, 2011), 28. Entre los primeros acercamientos cabe nombrar el Código de Comercio expedido en el año 1971 y, posteriormente, la Ley 222 de 1995.

50. Institutos de Gobierno Corporativo de Latinoamérica, *Gobierno corporativo en Latinoamérica 2010-2011*, 28.

respecto al logro de los objetivos propuestos por ella y, en el caso de los conglomerados, permitir el fortalecimiento de la cohesión de las empresas que la componen.<sup>51</sup>

2. *Transparencia e información financiera y no financiera*: la revelación de información financiera y no financiera es la principal forma en la que se entabla la relación de la empresa con sus *stakeholders*. Esta información tiene el propósito de permitir el conocimiento adecuado por parte de tales grupos sobre la situación de la empresa y, de esta manera, posibilitar que puedan tomar decisiones de manera informada. En este sentido, la transparencia se concibe como un *derecho*, tanto de los accionistas como de los *stakeholders*, y un *deber* de las compañías.<sup>52</sup>

Si se sintetiza este capítulo, tanto las recomendaciones internacionales como la normatividad colombiana se enfocan en fortalecer los organismos de supervisión y la implementación de prácticas de buen gobierno corporativo, entre estas, la protección de los *stakeholders* a partir de la prevención y reducción de riesgos incensarios e ilegales dentro de la actividad financiera.

De este modo, se acentúa la adopción de prácticas como la transparencia financiera en materia de *disclosure*, la participación política de los grupos de interés y la inspección en estas entidades, no solo como un derecho de los accionistas, sino también como un deber de la compañía, tanto con los entes de control como con el público.<sup>53</sup> Asimismo, aspectos como una arquitectura de control en la empresa y la búsqueda de la equidad en los mercados han sido objetivos planteados tanto a nivel local como internacional para blindar la sostenibilidad financiera.<sup>54</sup>

Sin embargo, debido a la relevancia que poseen estas entidades en la economía, tanto la sociedad como los mercados son sensibles a

51. Superintendencia Financiera de Colombia, Código de Mejores Prácticas Organizativas..., 30.

52. *Ibid.*, 35.

53. Por ejemplo, las operaciones entre vinculadas deben realizarse por medio de parámetros objetivos, tales como volumen de la operación, porcentaje sobre activos, ventas u otros indicadores, las cuales deben incluirse con detalle en la información financiera pública. Corporación Andina de Fomento, *Lineamientos para un código latinoamericano de gobierno corporativo*, 110.

54. Superintendencia Financiera de Colombia, Código de Mejores Prácticas Organizativas..., 30.

las actuaciones de estas instituciones. Por ende, no solo son esenciales las prácticas de gobierno corporativo cuyo enfoque sea conseguir y mantener la confianza del público en el sistema bancario, sino que también son esenciales las dinámicas de responsabilidad en materia de riesgos sociales y ambientales de la actividad financiera, dado que los riesgos ambientales y sociales no solo afectan la reputación o *good will* de la empresa, sino que también pueden generar afectaciones económicas y jurídicas.

### **Protección a los *stakeholders* y análisis del *corporate social responsibility* de las entidades bancarias**

Para evidenciar la razón de ser de la protección a los *stakeholders* por parte de los organismos internacionales, así como de la existente deuda en materia de prácticas sostenibles, es fundamental adentrarse en la materia correspondiente.

Con respecto a los grupos de interés o *stakeholders*, se puede afirmar que esta es una figura dentro del derecho corporativo y las finanzas<sup>55</sup> cuya visión y desarrollo se ha construido constantemente ante los cambios desarrollados no solo en la economía, sino en general en la concepción de las empresas como una entidad legal autónoma.<sup>56</sup> Por lo tanto, existe una multiplicidad de formas para definirlos, y no es correcto clasificarlos en una única perspectiva.

Sin embargo, y con el propósito de caracterizar este término, se comparten las definiciones realizadas por Bryson y el World Bank, ya que denotan su papel dentro de las empresas y la línea académica desarrollada en el presente capítulo: “Cualquier grupo de personas u organización que pueda reclamar sobre la atención, los recursos o los resultados de una organización, o que sea afectada por esos resultados”,<sup>57</sup> a la vez que se afirma que, “en el contexto de los proyectos de desarrollo, las partes interesadas son aquellas que se ven afectadas —negativa o positivamente— por el resultado o aquellas que pueden afectar el resultado de una intervención de desarrollo propuesta”.<sup>58</sup>

55. Friedman y Miles, 19.

56. *Ibid.*, 36.

57. John Bryson, “What to do when stakeholders matter: Stakeholder identification and analysis techniques”, *Public Management Review* 6, n.º 1 (2004): 22.

58. The World Bank, *The World Bank participation sourcebook* (Washington: autor, 1996), 125.



A partir de lo anterior, se pueden establecer tres principales aspectos de los *stakeholders*:

En primer lugar, su composición depende de la propia descripción de la empresa, de sus intereses y valores intrínsecos.<sup>59</sup> Lo cual implica que, dependiendo de la industria, así como de distintos contextos tanto económicos como sociales, la conformación de los distintos grupos de interés tiende a variar.

En segundo lugar, los *stakeholders* se visibilizan ante la necesidad de *poder* que tienen los administradores para alcanzar los objetivos de la empresa (beneficios y crecimiento), dado que es necesaria su participación para alcanzar dichos objetivos.<sup>60</sup> Este punto es esencial, dado que visibiliza la importancia de los distintos grupos de interés en la política estratégica de cada entidad bancaria. Si bien los accionistas son considerados como el principal sujeto al que los administradores deben responder por su gestión, en la actualidad las empresas deben enfocarse de igual forma en los sujetos externos, tales como los trabajadores, los consumidores y los inversionistas, para dimensionar de esta manera el futuro a largo de plazo de la entidad, ya que, si bien los administradores pueden encontrarse en una grata relación con los accionistas, esto no garantiza que estén en la misma situación con respecto al mercado y los agentes externos, por lo que su participación es esencial.

En tercer lugar, son necesarios para garantizar la validez de la actividad económica de la empresa, ya que, si la empresa desea cumplir con unos parámetros legales, se desprende la necesaria protección normativa de los derechos de los *stakeholders*.<sup>61</sup>

Así las cosas, los grupos de interés, como aquellos que tienen un papel dentro de la organización o se ven afectados por la actividad de esta, poseen un componente descriptivo (quiénes son y cuáles son sus intereses), uno instrumental (la necesidad de su participación para alcanzar los fines de la empresa) y uno normativo (la protección de sus derechos garantiza la validez de la actividad económica de la empresa).

59. Donaldson, 237.

60. Thomas Donaldson y Lee Preston, "The stakeholder theory of corporation: Concepts, evidence, and implications", *Academy of Management Review* 20, n.º 1 (1995): 238.

61. *Ibid.*

Por lo anterior, y como se puede apreciar, la figura del *stakeholder* dentro de las empresas no es inocua para los administradores; por ello, es fundamental la relación armónica entre los administradores de la entidad y los grupos de interés,<sup>62</sup> lo cual se posibilita a partir de un proceso estratégico hacia el futuro en donde se busque el beneficio mutuo de las partes (en contraposición a la prevalencia del interés particular y cortoplacista), lo cual, según Díaz y Castaño, se manifiesta a partir de la comunicación estratégica entre todas las partes para la consecución de los objetivos de la empresa y sus miembros.<sup>63</sup>

De esta forma, si se analiza el desarrollo jurídico en Colombia y el internacional en materia de *stakeholders*, así como la doctrina expuesta previamente, se puede evidenciar el fundamento para la protección de los *stakeholders*:

1. Las afectaciones negativas generadas por las entidades financieras representan en sí no solo un perjuicio a los inversores, sino en general a la economía. Es por ello que las bases de gobierno corporativo deben fomentar la transparencia y la equidad de los mercados en los que desarrollan su actividad económica.<sup>64</sup>
2. El papel de los *stakeholders* no se basa exclusivamente en la titularidad de instrumentos financieros, sino que también son titulares de derechos, como la información verídica y la participación en las empresas, resaltando que no solo los *shareholders* son titulares de aquellos derechos, sino que se incluye la generalidad de los inversores y participantes frente a sus intereses.<sup>65</sup>

62. Edward Freeman, *Values and ethics for the 21<sup>st</sup> Century (BBVA): Stakeholder management and reputation* (Madrid: BBVA, 2011), 364.

63. El mayor resultado proveniente de aplicar efectivamente la comunicación estratégica es intervenir e influir en cada grupo de interés para configurar sus comportamientos de manera que susciten un entorno apropiado para la consecución de objetivos tanto personales como organizacionales; sin embargo, no solo es influir y persuadir, sino que la estrategia se convierte en una herramienta fundamental para que la organización se convierta en un sistema sinérgico y de participación activa en el cual todos ganen. Nelson Díaz y Carlos Castaño, "Stakeholders: base de la sostenibilidad empresarial", *Daena: International Journal of Good Conscience* 10, n.º 2 (2015): 98.

64. Kent Greenfield, "Defending stakeholder governance", *Case Western Reserve Law Review* 58, n.º 4 (2008): 1044.

65. Greenfield, 1051; Blount, 366.

3. Si bien las recomendaciones internacionales se han enfocado principalmente en *stakeholders* como el inversionista o el consumidor financiero, es importante tener en cuenta a todos los grupos de interés indistintamente de su composición, dado que todos ellos participan directa o indirectamente en el desarrollo de la actividad económica de la entidad financiera, como es el caso de los trabajadores.<sup>66</sup>
4. Para garantizar la efectiva armonía entre los *stakeholders* y los cuerpos de administración, es necesaria la creación de mecanismos que garanticen la constante comunicación y participación entre estos.

Finalmente, y con respecto a la importancia de la adopción de prácticas en materia de sostenibilidad, bien se ha expuesto previamente que las entidades bancarias poseen un evidente papel trascendental dentro de la sociedad como sujeto esencial en la economía.<sup>67</sup> Esto se debe a la función que ejercen como intermediarios entre la oferta y la demanda de capital en los mercados existentes, no solo a nivel nacional sino internacional, al encontrarnos en un mundo globalizado.<sup>68</sup>

Por ello, es innegable la relación que tiene el sector financiero con los distintos sectores industriales y productivos existentes, a los cuales precisamente surte del músculo económico para llevar a cabo sus determinados objetos sociales. Si bien en la actualidad se han resaltado unas dinámicas de *corporate social responsibility* con estos sectores, aún falta mucho para interiorizar las dinámicas de sostenibilidad como un factor esencial en la economía, lo cual es necesario con el fin de pensarse modelos de producción alternativos.<sup>69</sup>

Lo anterior se deriva con ocasión de las distintas consecuencias que puede generar el cambio climático en la actividad productiva, dado que la destrucción del ambiente puede, por un lado, generar una serie de afectaciones al bienestar de las comunidades, como la falta de

66. Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *La mejora del gobierno corporativo en organizaciones bancarias*, 9.

67. Ronaldo Parente, José-Mauricio Geleilate y Ke Rong, "The sharing economy globalization phenomenon: A research agenda", *Journal of International Management*, n.º 24 (2018): 53.

68. *Ibid.*

69. Naciones Unidas, 2.

seguridad alimentaria;<sup>70</sup> así como, por otro lado, aumentar los costos de producción ante la necesidad de atender prácticas de adaptación al cambio climático, situación que particularmente afecta al pequeño y mediano productor.<sup>71</sup>

Si bien el primero de los aspectos enunciados en el párrafo anterior no implica *per se* la generación de costos directamente para la industria y el sector financiero, si la sociedad y el ambiente se encuentran deteriorados, también lo estarán por ende los mercados.<sup>72</sup> Lo segundo en cuanto en la actualidad existe una serie de normas que sancionan las conductas contrarias al ambiente y la sociedad,<sup>73</sup> que pueden generar el incremento de los costos y el aumento del riesgo de capital por parte de las entidades bancarias que otorgaron los recursos cuando incumplen con dichas normas.

Por otro lado, la no aplicabilidad de políticas de sostenibilidad en las entidades financieras incluso representa una pérdida de oportunidad de inversión. Precisamente, organizaciones internacionales tales como el Network for Greening the Financial System (NGFS), la Red de Banca Sostenible (SBN) y la misma International Capital Market Association (ICMA) han diseñado recomendaciones y distintas políticas para la adopción de prácticas de carácter sostenible como una nueva forma de hacer negocios. De esta forma, en la actualidad se puede apreciar en los mercados la existencia de productos financieros “verdes”, tales como los *green bonds*.<sup>74</sup>

70. *Ibid.*

71. Jesús Rodríguez de Luque *et al.*, “Impactos socioeconómicos del cambio climático en América Latina y el Caribe: 2020-2045”, *Cuadernos de Desarrollo Rural* 13, n.º 78 (2016): 13.

72. Sobre este punto cabe resaltar lo sucedido con la crisis fruto de la covid-19, si bien los mercados, en especial el financiero, se encontraban estables previo a la coyuntura, la afectación sanitaria ocasionó prácticamente el colapso de varios sectores de la economía.

73. Ya sea mediante el derecho tributario, el derecho administrativo e incluso las normas internacionales para *anti-money laundering* (AML).

74. Los bonos verdes son una forma de inversión de deuda donde los inversionistas prestan dinero a una entidad (corporativa o gubernamental) que pide prestados los fondos por un período de tiempo definido y con un tipo de interés fijo, para financiar proyectos y actividades. Los tipos de bonos verdes incluyen: bonos verdes de infraestructura, bonos verdes para el desarrollo multilateral, bonos verdes bancarios, bonos verdes corporativos, bonos verdes sectoriales, bonos de selvas húmedas y bonos de carbón indexados. “Los bonos verdes del Banco Mundial”, *Bretton Woods Project*, 9 de octubre de 2014, <https://www.brettonwoodsproject.org/es/2014/10/los-bonos-verdes-del-banco-mundial/>

El anterior es solamente un ejemplo, sin embargo, denota la trayectoria actual del gobierno corporativo de una entidad bancaria, dado que, para el desarrollo de su objeto social, esta se puede orientar bajo las dinámicas de la sostenibilidad ambiental y social, aún más allá de proteger el factor reputacional de la entidad, incluso como una forma de garantizar la sostenibilidad económica de la entidad. Situación a la que Elkington llama *la triple línea de resultados*:

Sostenibilidad económica: Capacidad de crecer y desarrollar una actividad económica rentable y sostenible. [...] Sostenibilidad ambiental: Protección efectiva del ambiente físico, cuidado de los recursos que le permiten a las empresas ser sostenibles económicamente. [...] Sostenibilidad social: Dirigida a devolver a la sociedad todo aquello que le ha permitido lograr su sustento económico.<sup>75</sup>

Así, se puede evidenciar cómo la adopción de prácticas sostenibles dentro del sistema financiero no solo tiene efectos reputacionales, sino que también genera un valor agregado en sus actividades (inversiones verdes y menor asunción de riesgos), así como la oportunidad de traer un gran beneficio a las comunidades.<sup>76</sup> Estos intereses son, claramente, un énfasis de buenas prácticas de gobierno corporativo que se debe resaltar en esta clase de entidades y que son necesarias no solo para la sostenibilidad de los mercados, sino en general de la sociedad.<sup>77</sup>

## Conclusiones

Las buenas prácticas de gobierno corporativo son transversales a todo tipo de entidad de carácter comercial, entre estas las de carácter financiero. Sin embargo, cabe resaltar que, debido al papel económico que desempeñan estas entidades, se debe hacer énfasis en determinadas prácticas que son necesarias para la correcta sostenibilidad no solo de la entidad, sino también de la sociedad, las cuales, desde el punto de vista del presente capítulo, se refieren a la protección de los intereses y derechos de los *stakeholders* y a la necesaria adopción de políticas de sostenibilidad social y ambiental.

75. Díaz y Castaño, 105.

76. Mas no lo contrario, es decir, la generación de externalidades negativas.

77. Woon Leung, Wei Song y Jie Chen, "Does bank stakeholder orientation enhance financial stability?", *Journal of Corporate Finance*, n.º 56 (2019): 39.

Por un lado, con respecto a los *stakeholders*, es fundamental determinar cómo las recomendaciones internacionales y la doctrina han concebido que la titularidad de derechos no sea exclusiva de los *shareholders*, sino que reconocen la importancia y necesaria protección de los intereses de los primeros, lo cual se evidencia a partir de la materialización de derechos tales como la participación dentro de la empresa, la posibilidad de acceder a la información y la garantía de trato digno dentro de la entidad.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que, para la consecución de dichas finalidades, es necesaria la adopción de prácticas tales como una arquitectura de control en la empresa, la búsqueda de la equidad en los mercados y la necesaria comunicación entre los administradores y los *stakeholders*.

Por otro lado, es vital resaltar la importancia de la adopción de prácticas sostenibles dentro del sistema financiero. Esto debido a que no solo son esenciales las prácticas de gobierno corporativo cuyo enfoque sea conseguir y mantener la confianza del público en el sistema bancario, sino que también son esenciales las dinámicas de responsabilidad en materia de riesgos sociales y ambientales de la actividad financiera para la efectiva consecución de la sostenibilidad social, ambiental y económica, lo cual se evidencia tanto en la protección de las comunidades, así como a través de la reducción de costos derivados de las afectaciones sociales y las oportunidades de inversión sostenibles.

## Referencias

- ABOUT us. *Network for Greening Financial Systems*, 2020. <https://www.ngfs.net/en/page-sommaire/governance>
- ALFARO, Jesús. "Derecho bancario". *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 2 (2000): 283-336.
- BLOUNT, Justin. "Creating a stakeholder democracy under existing corporate law". *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 18, n.º 2 (2016): 365-417.
- BRYSON, John. "What to do when stakeholders matter: Stakeholder identification and analysis techniques". *Public Management Review* 6, n.º 1 (2004): 21-53.

- COMITÉ de Supervisión Bancaria de Basilea. *Basilea III: marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios*. Basilea: Banco de Pagos Internacionales, 2011.
- COMITÉ de Supervisión Bancaria de Basilea. *La mejora del gobierno corporativo en organizaciones bancarias*. Basilea: Banco de Pagos Internacionales, 2006.
- COMITÉ de Supervisión Bancaria de Basilea. *La respuesta del Comité de Basilea a la crisis financiera: informe al G-20*. Basilea: Banco de Pagos Internacionales, 2010.
- COMITÉ de Supervisión Bancaria de Basilea. *Principios de gobierno corporativo para bancos*. Basilea: Banco de Pagos Internacionales, 2015.
- CORPORACIÓN Andina de Fomento. *Gobierno corporativo: lo que todo empresario debe saber*. Caracas: autor, 2010.
- CORPORACIÓN Andina de Fomento. *Lineamientos para un código latinoamericano de gobierno corporativo*. Caracas: autor, 2013.
- DALLAS, Lynne. "Short-termism, the financial crisis, and corporate governance". *Journal of Corporation Law* 37, n.º 2 (2012): 265-364.
- DÍAZ, Nelson y Carlos Castaño. "Stakeholders: base de la sostenibilidad empresarial". *Daena: International Journal of Good Conscience* 10, n.º 2 (2015): 94-108.
- DONALDSON, Thomas. "Response. Making stakeholder theory whole". *Academy Management Review* 24, n.º 2 (1999): 237-241.
- DONALDSON, Thomas y Lee Preston. "The stakeholder theory of corporation: Concepts, evidence, and implications". *Academy of Management Review* 20, n.º 1 (1995): 65-91.
- ELKINGTON, John. "Towards the sustainable corporation: Win-win-win business strategies for sustainable development". *California Management Review* 36, n.º 2 (1994): 90-100.
- FARRAR, John H. "The new financial architecture and effective corporate governance". *International Lawyer* 33, n.º 4 (1999): 927-954.
- FREEMAN, Edward. *Values and ethics for the 21st Century (BBVA): Stakeholder management and reputation*. Madrid: BBVA, 2011.
- FRIEDMAN, Andrew y Samantha Miles. *Stakeholders. Theory and practice*. Nueva York: Oxford University Press, 2006.
- GREENFIELD, Kent. "Defending stakeholder governance". *Case Western Reserve Law Review* 58, n.º 4 (2008): 1043-1065.

- HANSMANN, Henry y Reinier Kraakman. "What is corporate law?". *Yale Law & Economics Research Paper*, n.º 300 (2004): 1-20.
- HERRERO, Jaime. "La reciente evolución del gobierno corporativo de las entidades de crédito". *Estabilidad Financiera*, n.º 28 (2015): 49-73.
- INSTITUTOS de Gobierno Corporativo de Latinoamérica. *Gobierno corporativo en Latinoamérica 2010-2011*. Washington: IGCLA, 2011.
- KIM, Hwa-Jin. "Financial regulation and supervision in corporate governance of Banks". *Journal of Corporation Law* 41, n.º 4 (2016): 707-726.
- LEUNG, Woon, Wei Song y Jie Chen. "Does bank stakeholder orientation enhance financial stability?". *Journal of Corporate Finance*, n.º 56 (2019): 38-63.
- "Los bonos verdes del Banco Mundial". *Bretton Woods Project*. 9 de octubre de 2014. <https://www.brettonwoodsproject.org/es/2014/10/los-bonos-verdes-del-banco-mundial/>
- NACIONES Unidas. *Aprobación del Acuerdo de París*. París: autor, 2015.
- OLCESE, Aldo. *Teoría y práctica del buen gobierno corporativo*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- PARENTE, Ronaldo, José-Mauricio Geleilate y Ke Rong. "The sharing economy globalization phenomenon: A research agenda". *Journal of International Management*, n.º 24 (2018): 52-64.
- RODRÍGUEZ de Luque, Jesús, Carlos Eduardo González, S. M. Gourdji, Daniel Mazon D'Croz, Diego Fernando Obando, Jeison Mesa y Steven Dean Prager. "Impactos socioeconómicos del cambio climático en América Latina y el Caribe: 2020-2045". *Cuadernos de Desarrollo Rural* 13, n.º 78 (2016): 11-34.
- SUPERINTENDENCIA Financiera de Colombia. Código de Mejores Prácticas Organizativas: Código País. Bogotá: autor, 2014.
- SUSTAINABLE Banking Network. *International Finance Corporation*. 2020. [https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics\\_ext\\_content/ifc\\_external\\_corporate\\_site/sustainability-at-ifc/company-resources/sustainable-finance/sbn](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/sustainability-at-ifc/company-resources/sustainable-finance/sbn)
- THE World Bank. *The World Bank participation sourcebook*. Washington: autor, 1996.



## **La libertad y flexibilidad de los tipos societarios y el gobierno corporativo: el caso de la SAS en Colombia**

CAMILO RAMÍREZ ZULUAGA\*

Desde hace aproximadamente veinte años el gobierno corporativo ha tenido relevancia en Colombia, enfocándose inicialmente en las sociedades del sector financiero y de capital abierto, como se ve en capítulos anteriores. En las sociedades de capital cerrado y familiares el interés por el gobierno corporativo es mucho más reciente, surgiendo en gran medida por la creación en el ordenamiento colombiano de la sociedad por acciones simplificada (en adelante, SAS), a través de una regulación que podría permitir mayor libertad y flexibilidad, pero que, a su vez, abriría la puerta para eventuales abusos de los diferentes interesados. De esta forma, la regulación de este tipo societario no es suficiente para prevenir dichos abusos, razón por la cual la autorregulación es fundamental para el funcionamiento de este tipo de sociedades.

Hasta el año 2008, el régimen societario en Colombia se caracterizaba por ser formal y estricto, toda vez que se encontraba permeado por normas de orden público que pretendían la seguridad jurídica y la seriedad de las transacciones que se realizarán mediante cada uno de los vehículos o tipos societarios establecidos en la ley, dejando en

\* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Derecho Administrativo de la misma universidad, magíster en Derecho con Énfasis en Tributación de la Universidad Externado de Colombia y magíster en Derecho (LLM) en Resolución de Conflictos Internacionales y Derecho Económico de la Queen Mary University of London (becario Colfuturo). Actualmente se desempeña como profesor investigador del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

manos de los contratantes muy poca libertad para establecer sus propias reglas de juego.

Ello se podía reflejar, entre otras cosas, en las solemnidades establecidas para constituir los tipos societarios (escritura pública y registro mercantil), el número mínimo o máximo de socios que debía tener cada sociedad, la conformación de su capital social, el régimen de responsabilidad de los socios, la obligatoriedad de junta directiva y de revisoría fiscal, la forma de realizar las reformas estatutarias y, en fin, múltiples disposiciones que le impedían al socio, en especial de micro, pequeñas y medianas empresas, enfocarse en la ejecución de su objeto social y en el cumplimiento de los objetivos propuestos para la creación de su propia compañía.

En el año 2008, se implementó en Colombia una forma societaria que cambió totalmente la concepción de sociedad y revolucionó la forma de realizar negocios. La SAS se convirtió desde el 5 de diciembre de 2008, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1258 de ese mismo año, en el mecanismo predilecto utilizado por grandes, medianas, pequeñas y microempresas para desarrollar y formalizar sus actividades económicas.

Desde su exposición de motivos, se resaltó la importancia de que existiera flexibilidad en la configuración de las sociedades cerradas, donde “debe prevalecer una amplia libertad de estipulación, de modo que las relaciones jurídicas entre los asociados correspondan a sus necesidades específicas”<sup>1</sup>

La regulación de la SAS desencadenó no solo la creación de este tipo de sociedades de forma masiva, sino también la transformación de un gran número de sociedades que operaban bajo alguno de los tipos societarios contenidos en el Código de Comercio.

De acuerdo con una encuesta adelantada por la Superintendencia de Sociedades en el año 2018, se logró comprobar que, desde la entrada en vigor de la Ley 1258 de 2008, se han constituido más de 500 000 SAS, correspondiendo a SAS el 98 % de las sociedades que se crean,<sup>2</sup>

1. Proyecto de Ley 39/2007 (*Gaceta del Congreso XVI*, n.º 346, de 26 de julio de 2007), <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Senado&fec=26-07-2007&num=346>
2. Superintendencia de Sociedades, “En Colombia al menos una de cada dos empresas está constituida como SAS”, 31 de octubre de 2018, <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2018/En-Colombia-al-menos-una-de-cada-dos-empresas-est%C3%A1-constituida-como-S-A-S.aspx>

por lo cual esta clase de sociedad se ha convertido hoy en día en el tipo preferido por los empresarios para el desarrollo de sus negocios.

De esta forma, la SAS deja a un lado algunas o la gran mayoría de restricciones y limitaciones de orden público contenidas en el Código de Comercio para los otros tipos societarios, dejando en libertad, en gran medida, a los socios para determinar las reglas de juego que van a regir sus relaciones internas.

Así, se podrá cumplir la voluntad de los socios y permitir un manejo mucho más sencillo de la sociedad; pero ello también puede generar muchos conflictos, en especial, frente al manejo que le den a la sociedad los socios que ostenten el control de la compañía, sean mayoritarios o minoritarios.

De esta forma, es necesario contar con mecanismos de pesos y contrapesos dentro de las sociedades para garantizar los derechos de todos los accionistas y evitar el abuso por parte de quienes ostenten el control mediante la toma de decisiones abiertamente contrarias a los intereses de los demás socios o a través del control sobre los órganos de administración. Esos mecanismos se pueden implementar a través del establecimiento de políticas de gobierno corporativo dentro de las sociedades, solución recomendada por diferentes órganos multilaterales y domésticos.

El gobierno corporativo se puede definir, en los términos de Gregory y Sims, como

la combinación de legislación, regulación y prácticas voluntarias del sector privado que permite a las empresas atraer capital financiero y humano, desempeñarse con eficacia y, consiguientemente, perpetuarse creando valor económico a largo plazo para sus accionistas y, al mismo tiempo, respetando los intereses de las partes interesadas y de la sociedad en su conjunto.<sup>3</sup>

La implementación de políticas de gobierno corporativo es, entonces, ese sistema de pesos y contrapesos necesario para garantizar no solo el equilibrio entre los accionistas, sino también el cumplimiento

3. Holly J. Gregory y Marcha E. Sims, "Corporate governance: What it is and why it matters", ponencia presentada en la 9th International Anti-Corruption Conference, Durban, 10-15 de octubre de 1999, <https://growthorientedandsustainableentrepreneurship.files.wordpress.com/2016/07/gv-corporate-governance-what-it-is-and-why-it-matters.pdf>

de los objetivos de la empresa y las adecuadas relaciones entre la compañía y los diferentes actores internos y externos.

Así, es necesario establecer si en la SAS la regulación existente es suficiente para garantizar el equilibrio, cumplimiento y adecuadas relaciones arriba planteadas o si es necesario que para ello el socio o los socios adopten sus propias regulaciones.

Con base en lo anterior, en una primera medida, se presentarán los presupuestos fundamentales del gobierno corporativo en Colombia, para en un segundo apartado analizar dichos presupuestos contra la regulación existente para la SAS y la necesidad o no de crear regulaciones propias (autorregulación) dentro de cada una de las sociedades para garantizar un adecuado gobierno corporativo de estas que evite de forma efectiva los abusos por parte de alguno de sus socios.

### **El gobierno corporativo en Colombia: la regulación y la autorregulación**

El gobierno corporativo ha tenido acogida desde finales de los años 90 en Colombia. De acuerdo con Prada, “desde el año 1999 el gobierno corporativo inició su arribo a Colombia de manos de la Confederación de Cámaras de Comercio (Confecámaras), la cual creó un programa de gobierno corporativo con el apoyo del Centro Internacional para la Empresa Privada (CIPE)”<sup>4</sup>.

A pesar de ello, la regulación existente para la época ya contenía algunos elementos que permitían evitar abusos de sus administradores o controladores. De esta forma, se encuentran, desde el mismo Código de Comercio en su redacción original y posteriormente modificada por la Ley 222 de 1995, regulaciones tendentes a salvaguardar los intereses de los diferentes actores involucrados directa o indirectamente con la compañía.

A continuación, se presentará brevemente cómo ha sido el paso de la regulación y autorregulación en dos frentes: 1) la regulación y autorregulación para los emisores de valores y 2) la regulación y

4. Francisco J. Prada, “Colombia: del mero cumplimiento a la convicción sobre el gobierno corporativo”, en *Gobierno corporativo en Latinoamérica 2010-2011* (s. l.: Global Corporate Governance Forum, 2011), 28, [https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/fb392f05-819b-4932-ab20-e1871aff8397/Gobierno\\_Corporativo\\_en\\_Latinoamerica\\_2010-11.pdf?MOD=AJPERES&CVID=jNA1-Vy](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/fb392f05-819b-4932-ab20-e1871aff8397/Gobierno_Corporativo_en_Latinoamerica_2010-11.pdf?MOD=AJPERES&CVID=jNA1-Vy)

autorregulación para sociedades cerradas y familiares. No se incluye dentro de esta presentación análisis alguno referente al gobierno corporativo en intermediarios financieros, empresas estatales, entidades de economía solidaria o entidades del sector salud, las cuales tienen un tratamiento diferencial.<sup>5</sup>

### La regulación y la autorregulación para los emisores de valores

Desde el año 1999 se han proferido regulaciones de diferente orden jerárquico que han pretendido implementar modelos de gobierno corporativo en diferentes tipos de entidades, en especial, en los emisores de valores,<sup>6</sup> sujetos calificados cuya actividad se encuentra es-

5. Al respecto, existen diferentes regulaciones y manuales que apuntan directamente a este tipo de entidades. Para el efecto, se relacionan para una consulta más profunda:
  - Intermediarios financieros:
    - Ley 795 de 2003
  - Entidades estatales:
    - Documento Conpes 3851, de 23 de noviembre de 2015, Política General de Propiedad de Empresas Estatales de Orden Nacional
    - *Lineamientos para el buen gobierno corporativo de empresas del Estado*, emitido por la CAF
    - *Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas*
  - Entidades de economía solidaria:
    - Decreto 962 de 2018, normas de buen gobierno aplicables a organizaciones de economía solidaria que prestan servicios de ahorro y crédito
  - Entidades del sector salud:
    - Circular Externa n.º 0007, de 30 de junio de 2017, emitida por la Superintendencia Nacional de Salud: Instrucciones Generales para la Implementación de Mejores Prácticas Organizacionales. Código de Conducta y de Buen Gobierno EPS EMP y SAP
    - Circular Externa n.º 0003, de 24 de mayo de 2018, emitida por la Superintendencia Nacional de Salud: Instrucciones generales para la implementación de mejores prácticas organizacionales. Código de Conducta y de Buen Gobierno IPS de los grupos C1 y C2
6. Se entiende como emisor de valor a toda sociedad que se encuentre inscrita o tenga inscritos valores en el Registro Nacional de Valores y Emisores. De su implementación se exceptúan la Nación, los patrimonios autónomos administrados por las sociedades fiduciarias, los fondos de inversión colectiva, las universalidades de que trata la Ley 546 de 1999, las entidades territoriales a que se refiere el artículo 286 de la Constitución política, los organismos multilaterales de crédito, los gobiernos extranjeros, las entidades públicas extranjeras, las sucursales de sociedades extranjeras y las entidades extranjeras. Circular Externa 028/2014, de 30 de septiembre, presentación del Nuevo Código País y adopción del Reporte de Implementación de Mejores Prácticas Corporativas, [https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1010034&downloadname=ce028\\_14.docx](https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1010034&downloadname=ce028_14.docx)

trictamente regulada y bajo la supervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia.<sup>7</sup>

Los emisores de valores han sido regulados mediante la Ley 964 de 2005. Dicha ley, en términos de Prada, contiene diferentes disposiciones tendentes a garantizar el gobierno corporativo de estas entidades:

Entre ellas se encuentran la exigencia de al menos 25% de miembros de Juntas Directivas como independientes, la eliminación de las suplencias numéricas o la posibilidad de no tener suplentes, la obligatoriedad de contar con un Comité de Auditoría, la elección de sus integrantes sin que sea obligatoria la aplicación del sistema de cociente electoral y finalmente la obligación de responder por un escrito debidamente motivado las propuestas realizadas por accionistas que representen el 5% de las acciones suscritas. Es menester remarcar que para aumentar la transparencia en el mercado esta ley estableció la obligación de divulgar inmediatamente los acuerdos de accionistas celebrados mediante el Registro Nacional de Valores y Emisores.<sup>8</sup>

Con el fin de complementar la regulación existente en la materia, en el año 2007 se expidió el Código de Mejores Prácticas de Colombia, el cual, en términos de Guzmán y Trujillo, se consolidó como un “mínimo de normas que deberían adoptar las empresas que actúan como emisores de títulos valores en la Bolsa de Valores de Colombia”.<sup>9</sup> Para Prada, dicho código pretendió “eliminar las asimetrías entre las diferentes empresas emisoras de valores que tenían prácticas de gobierno corporativo y la búsqueda de una transición desde los códigos formales a las verdaderas prácticas que trascendieron las exigencias legales e hicieran parte de la autorregulación”.<sup>10</sup>

Su implementación se hizo obligatoria para los emisores de valores, mediante la Circular Externa 028 de 2007,<sup>11</sup> emitida por la Su-

7. Véase Alexander Guzmán y María Andrea Trujillo, *Hacia la implementación de buenas prácticas de gobierno corporativo en empresas cerradas* (Bogotá: Colegio de Estudios Superiores de Administración, 2012), [http://www.confecamaras.org.co/phocadownload/GobiernoCorporativo/GobiernoCorporativo\\_final.pdf](http://www.confecamaras.org.co/phocadownload/GobiernoCorporativo/GobiernoCorporativo_final.pdf)

8. Prada, 29.

9. Guzmán y Trujillo, 50.

10. Prada, 29.

11. En especial lo que, según Prada, se resume en que “el emisor podía tener la opción de adoptar o no una práctica del Código País”. Prada, 32.

perintendencia Financiera de Colombia, la cual fue modificada en su sustancia mediante la Circular Externa 007 de 2011, de la misma entidad, edificada sobre el principio de “cumpla o explique”.<sup>12</sup> Finalmente, en el año 2014, se presentó una nueva modificación al Código, la cual fue implementada mediante la Circular Externa 028 de 2014, de la Superintendencia Financiera, que incluía el Nuevo Código de Mejores Prácticas Corporativas de Colombia (Nuevo Código País), así como la obligación de su aplicación por parte de los emisores de valores.

De esta forma, la regulación abrió la puerta para la autorregulación, la cual se ha adaptado y ajustado debido, en términos de Prada, a un cambio de paradigma respecto del gobierno corporativo, en donde no es la cultura del cumplimiento sino la necesidad de competitividad la que ha hecho creer al empresario colombiano que la adopción de buenas prácticas requiere de su propia voluntad y comporta beneficios que van más allá del simple requerimiento de la ley.<sup>13</sup>

### La regulación y la autorregulación en las sociedades cerradas

Tal como ya fue mencionado, desde la expedición del Código de Comercio y su modificación mediante la Ley 222 de 1995, se observan mecanismos a través de los cuales se pretende salvaguardar los intereses de los diferentes actores involucrados directa o indirectamente en la gestión y administración de una Sociedad, los cuales aplican tanto para sociedades abiertas como cerradas.

Como ejemplo de dichos mecanismos, se pueden mencionar los siguientes:

- En materia de transformación, fusión y escisión, se establece su aprobación por unanimidad cuando la transformación imponga a los socios una responsabilidad mayor que la contraída

12. A pesar de que la adopción de las prácticas es voluntaria, se exige a los emisores de valores el diligenciamiento de una encuesta que los obliga a informar las razones por las cuales no se cumple alguna de las prácticas recomendadas, con el fin de “dar a conocer dicha información al mercado”. Circular Externa 007/2011, de febrero 10, modificación de la Circular Externa 028 de 2007, [https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile10960&downloadname=ce007\\_11.doc](https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile10960&downloadname=ce007_11.doc)

13. Prada, 32.

bajo la forma anterior;<sup>14</sup> igualmente se establece el derecho de retiro para los socios ausentes o disidentes.<sup>15</sup>

- En materia de derecho de retiro, se considera ineficaz cualquier disposición que despoje, modifique o haga nugatorio el derecho de retiro que tienen los socios.<sup>16</sup>
- En materia de conglomerados, se establece la obligación de registrar en la Cámara de Comercio la existencia de situaciones de control y de grupos empresariales;<sup>17</sup> ello con el fin de determinar quién es el beneficiario real de la actividad.
- En materia de órganos sociales, se establece quórum deliberatorio y decisorio,<sup>18</sup> así como casos en los cuales se requieren mayorías calificadas para aprobar determinadas decisiones.<sup>19</sup>
- Términos para efectuar las convocatorias<sup>20</sup> y ejercicio del derecho de inspección.<sup>21</sup>
- Derecho a impugnar las decisiones de los órganos sociales.<sup>22</sup>
- En materia de repartición de utilidades, no se puede privar a los socios de las utilidades;<sup>23</sup> se establecen igualmente mayorías calificadas para aprobar la no repartición de utilidades.<sup>24</sup>

A pesar de la existencia de regulación específica en materia de gobierno corporativo y de principios de autorregulación para sociedades abiertas, desde el año 2005, con el apoyo de la Corporación Andina de Fomento (CAF),<sup>25</sup> se abrió la puerta para establecer las prácticas ade-

14. Decreto 410/1971, de 27 de marzo, por el cual se expide el Código de Comercio (*Diario Oficial* n.º 33339, de junio 16 de 1971), artículo 168.

15. *Ibid.*, artículo 176; Ley 222/1995, de 20 de diciembre, por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones (*Diario Oficial* n.º 42156, de 20 de diciembre de 1995), artículo 12, [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0222\\_1995.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html)

16. Ley 222/1995, artículo 17.

17. *Ibid.*, artículos 26 y 28.

18. *Ibid.*, artículo 68.

19. Decreto 410/1971, artículos 155, 420(5) y 455.

20. *Ibid.*, artículos 181 y 182.

21. Ley 222/1995, artículo 48.

22. Decreto 410/1971, artículo 191.

23. *Ibid.*, artículo 150.

24. *Ibid.*, artículo 155.

25. En el año 2005 se expidió por parte de la CAF los *Lineamientos para un código andino de gobierno corporativo* y, posteriormente, en el año 2006, el *Manual de gobierno corporativo para empresas de capital cerrado*. Véase Guzmán y Trujillo, 53.



cuadas para sociedades cerradas. En el año 2009, la Superintendencia de Sociedades, en asocio con Confecámaras y la Cámara de Comercio de Bogotá, publicó la *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia*.

En palabras de Guzmán y Trujillo, esta guía de gobierno corporativo es un documento que busca presentar medidas basadas en la realidad empresarial. Su punto de partida es el diagnóstico previamente realizado a través de la encuesta, y trata de ayudar a las empresas a afrontar situaciones identificadas como perjudiciales para el desarrollo de las sociedades cerradas y de familia en el país.<sup>26</sup>

Esta guía está motivada principalmente porque el modelo económico del país ha demostrado que

la mayoría de los recursos se transfiere a través de compañías que no negocian sus acciones en las bolsas de valores. Esta circunstancia ha orientado una nueva corriente en Gobierno Corporativo que busca promover la adopción de prácticas de buen gobierno en sociedades cerradas.<sup>27</sup>

Dicha guía se encuentra dividida en módulos, en los que se establecen recomendaciones en materia de control de gestión, máximo órgano social, administradores, revelación de información y sociedades de familia, que permiten a las sociedades cerradas y de familia adoptar medidas para establecer el equilibrio, garantizar los derechos de todos los accionistas y evitar el abuso por parte de quienes ostenten el control de las compañías.

Además de la *Guía colombiana de gobierno corporativo para empresas cerradas y familiares*, se encuentran diferentes manuales que permiten la adopción de políticas de gobierno corporativo, los cuales se reseñan a continuación:

26. Guzmán y Trujillo, 54.

27. Superintendencia de Sociedades, Cámara de Comercio de Bogotá y Confecámaras, *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia* (Bogotá: autores, 2009), 6, <http://www.confecamaras.org.co/phocadownload/GobiernoCorporativo/guicolombiana.pdf>

- *Manual IFC de gobierno de empresas familiares*<sup>28</sup>
- *Lineamientos para un código de gobierno corporativo para las PyME y las empresas familiares*<sup>29</sup>
- *Manual de gobierno corporativo para empresas de capital cerrado*<sup>30</sup>

Como se puede observar, hoy en día los empresarios colombianos cuentan con información suficiente y disponible que les permite adoptar autorregulaciones en materia de gobierno corporativo dentro de las sociedades abiertas y cerradas, y cuyo objetivo principal, en palabras de Iskander y Chamlou, es “atraer capital financiero y humano, desempeñarse con eficacia y, consiguientemente, perpetuarse creando valor económico a largo plazo para sus accionistas y, al mismo tiempo, respetando los intereses de las partes interesadas y de la sociedad en su conjunto”.<sup>31</sup>

Dicho lo anterior, a continuación, se procederá a efectuar un análisis de la SAS, los problemas derivados de su regulación y la necesidad de autorregulación, con el fin de adoptar códigos de buen gobierno corporativo dentro de ellas.

## La SAS y la necesidad de autorregulación

Tal como se manifestó en la introducción del capítulo, la creación de la SAS ha sido uno de los acontecimientos más importantes en los últimos años en materia corporativa. La libertad y flexibilidad son los principios más relevantes de este tipo societario, que permite a sus accionistas un amplio margen de disposición en materia de organización,

28. Corporación Financiera Internacional, *Manual IFC de gobierno de empresas familiares*, 3.<sup>a</sup> ed. (Washington: autor, 2011), <http://www.icgc.com.co/wp-content/uploads/2018/01/Manual-IFC-de-Gobierno-de-Empresas-Familiares.pdf>

29. Corporación Andina de Fomento, *Lineamientos para un código de gobierno corporativo para las PyME y empresas familiares* (s. l.: autor, 2011), [http://www.icgc.com.co/wp-content/uploads/2018/01/lineamientos\\_gobierno\\_corporativo\\_pymes.pdf](http://www.icgc.com.co/wp-content/uploads/2018/01/lineamientos_gobierno_corporativo_pymes.pdf)

30. Corporación Andina de Fomento, *Manual de gobierno corporativo para empresas de capital cerrado* (s. l.: autor, 2010), [http://www.icgc.com.co/wp-content/uploads/2018/01/gc\\_capital\\_cerrado\\_2.pdf](http://www.icgc.com.co/wp-content/uploads/2018/01/gc_capital_cerrado_2.pdf)

31. Magdi R. Iskander y Nadereh Chamlou, *Corporate governance: A framework for implementation* (Washington, D. C.: The World Bank Group, 2000), 16, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/810311468739547854/pdf/multi-page.pdf>

actividades a ejecutar, término de duración de la sociedad, composición del capital social y organización y administración de la sociedad.

Como claras manifestaciones de dicha libertad podemos destacar su forma de constitución mediante documento privado al que simplemente se le exige la presentación personal de la firma de los socios ante notario; establecer un término de duración indeterminado; establecer un objeto social amplio a través del cual la sociedad puede ejecutar cualquier actividad lícita dentro del territorio nacional, así como en el extranjero; libertad para crear cualquier clase de acciones o la determinación de la estructura del capital social y de la organización de la sociedad; posibilidad de hacer reformas estatutarias sin necesidad de ser protocolizadas en escritura pública y de crear causales de disolución diferentes a las establecidas en la ley; en fin, se liberaron muchas de las restricciones existentes en su momento y que actualmente se mantienen para otros tipos societarios.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que dicha libertad y flexibilidad mal aplicadas pueden terminar en abusos que generen conflictos entre los mismos accionistas, o entre los accionistas y los administradores, o inclusive entre los miembros de la compañía y los grupos de interés. Esto puede suceder dentro de cualquier compañía, bajo cualquier tipo societario, pero en la SAS el abuso puede ser mucho más evidente, toda vez que puede configurarse como un abuso de derecho, esto es, un abuso bajo el amparo de la norma mediante la desviación de su finalidad.<sup>32</sup>

### **Los mecanismos establecidos en la ley para prevenir los abusos, extralimitación de facultades y la utilización de la SAS para violar la ley o causar perjuicios a terceros**

La Ley 1258 de 2008, que regula el abuso en su artículo 43, señala que los accionistas deben ejercer su derecho al voto conforme a los intereses de la compañía, considerándose

32. Josserrand plantea en materia de abuso del derecho que "cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social comete una culpa, delictual o cuasidelictual, un abuso del derecho susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad". Louis Josserrand, *Del abuso del derecho y otros ensayos* (Bogotá: Temis, 1999), 5.

abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas.<sup>33</sup>

Esta norma trae como consecuencia la obligación del accionista de reparar los daños causados e incluso la posibilidad de que las decisiones sean consideradas como objeto ilícito y su declaratoria como nulas absolutas.

Frente a los administradores, la Ley 1258 de 2008 establece, en su artículo 27, que los administradores responderán en los términos de lo establecido en la Ley 222 de 1995, y extiende dicha responsabilidad a “las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad”. En ese sentido, el régimen de responsabilidad de los administradores en la SAS es el mismo que se aplica a todos los demás tipos societarios.

Igualmente, frente a la relación de la sociedad con los grupos de interés, la Ley 1258 de 2008, incluye una regla de desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando se utilice en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, con lo cual se obliga a los accionistas y a los administradores a responder directamente con su patrimonio por los perjuicios ocasionados.<sup>34</sup>

Como se puede observar, la regulación contiene mecanismos de protección en caso de abuso por parte de los accionistas, extralimitación de facultades por parte de los administradores y la utilización de la SAS para violar la ley o causarles perjuicios a terceros, por lo que es necesario preguntarse si esas disposiciones son suficientes para prevenir abusos por parte de los accionistas o si se deben adoptar medidas por parte de los accionistas para prevenirlos.

33. Ley 1258/2008, de 5 de diciembre, por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada (*Diario Oficial* n.º 47 194, de 5 de diciembre de 2008), artículo 43, [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1258\\_2008.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1258_2008.html)

34. *Ibid.*, artículo 42.

## La regulación que puede abrir la puerta a abusos amparados bajo la ley

En este punto, se considera que la regulación existente abre las puertas para el abuso del derecho, y ese abuso puede ser mucho más evidente en las relaciones entre los mismos accionistas de la sociedad.<sup>35</sup> Para el efecto, se presentan, a continuación, casos en los cuales disposiciones de la Ley 1258 de 2008 pueden ser utilizadas por los accionistas para abusar y generar desequilibrio en las relaciones con los demás accionistas.

Como un primer ejemplo de la regulación que puede dar lugar a abusos y conflictos entre los accionistas, podemos encontrar la posibilidad de crear diversas clases de acciones, contenida en el artículo 10 de la Ley 1258 de 2008, complementada con la facultad de otorgarle a una acción el derecho de voto múltiple consagrada en el artículo 11 de la misma normativa. Esta disposición no es nueva, toda vez que para la sociedad anónima ya existía previamente la posibilidad de crear acciones privilegiadas, en los términos del artículo 381 del Código de Comercio, y las acciones con dividendo preferencial sin derecho a voto, en los términos del artículo 61 de la Ley 222 de 1995, pero sin que se permitiera la creación de otro tipo diferente de acciones. La SAS, en cambio, permite la creación de cualquier tipo de acción, inclusive acciones diferentes a las enunciadas en dicho artículo.

Un segundo ejemplo se refleja en la posibilidad de establecer en los estatutos sociales la restricción para la negociación de acciones y la autorización para la enajenación de acciones contenidos en los artículos 13 y 14, respectivamente, de la Ley 1258 de 2008, lo cual limita la libertad que tienen los accionistas de disponer de sus acciones, so pena de que el acto que viole dichas restricciones sea ineficaz de pleno derecho.

Finalmente, un tercer ejemplo se evidencia en la posibilidad de pactar en los estatutos sociales de la compañía causales para la exclusión de accionistas, la cual se encuentra prevista en el artículo 39 de la Ley 1258 de 2008.

Es claro que la finalidad de dichas disposiciones es la de darle libertad a las partes en la estructuración de las reglas de juego de la

35. Es necesario resaltar que la SAS no tiene como requisito la existencia de un mínimo o máximo de socios, toda vez que puede ser constituida por una o varias personas, consagrándose expresamente la posibilidad de que la sociedad tenga un accionista único, caso en el cual no aplicaría el presente aparte.

compañía, pero dicha libertad debe ser ejercida dentro de los límites establecidos en las mismas normas y respetando los derechos de las demás personas que se puedan ver afectadas por la imposición de dichas disposiciones en la compañía.

Es por las anteriores razones que se considera que no es suficiente la regulación de la SAS, establecida en la Ley 1258 de 2008, para prevenir los abusos, extralimitaciones de los administradores y su utilización para violar la ley o generarles perjuicios a terceros, por lo que es estrictamente necesario que se adopten dentro de las SAS autorregulaciones en materia de gobierno corporativo.

Dichas autorregulaciones deben tener en cuenta las guías, manuales y lineamientos que han sido expedidos por organismos domésticos y multilaterales, y que se han referenciado líneas más arriba, entre las cuales se recomienda la inclusión de disposiciones que establezcan con claridad los derechos de los accionistas, se les otorgue un trato justo y equitativo, se permita la participación de los accionistas no controlantes en los órganos sociales, se planteen claras reglas de funcionamiento de los órganos sociales, se creen órganos de administración de segundo nivel, como la junta directiva, y se definan claramente las funciones, facultades y limitaciones de los administradores, así como la forma de hacer frente a los conflictos de interés.

De esta forma se plantean las siguientes recomendaciones, basadas en un análisis de las guías, manuales y lineamientos desarrollados en materia de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia, con el fin de precaver el abuso del derecho en los ejemplos planteados, sin perjuicio de que se puedan adoptar la totalidad de las medidas recomendadas en las guías, manuales y lineamientos:

1. Aplicar las medidas de control de gestión contenidas en la *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia*, en especial las medidas 9<sup>36</sup> y 10.<sup>37</sup>

36. "Medida 9. La compañía deberá identificar riesgos de incumplimiento de la Ley y de la regulación interna".

37. "Medida 10. La compañía determinará cuáles riesgos se pueden mitigar, cuáles son aceptables y cuáles se pueden controlar".

2. Aplicar las medidas de máximo órgano social contenidas en la *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia*, en especial las medidas 14,<sup>38</sup> 15<sup>39</sup> y 16.<sup>40</sup>
3. Aplicar las medidas de administradores contenidas en la *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia*, en especial la medida 24.<sup>41</sup>
4. Aplicar la medida 26,<sup>42</sup> de revelación de información, contenida en la *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia*.

38. "Medida 14. La sociedad, de acuerdo con la información conocida de sus asociados, deberá emplear aquellos medios que promuevan una mayor asistencia a las reuniones del Máximo Órgano Social".
39. "Medida 15. La convocatoria a las reuniones del Máximo Órgano Social deberá realizarse, como mínimo, con la antelación establecida en la Ley, y deberá contener, por lo menos:
  - El orden del día, evitando menciones genéricas.
  - El lugar específico, fecha y hora de la reunión.
  - Lugar, oportunidad y persona ante quien podrá ejercerse el derecho de inspección, en los casos en que la Ley lo establezca.
  - El mecanismo utilizado para garantizar que los asociados estén debidamente informados, de los temas a tratar".
40. "Medida 16. La sociedad deberá contar con un reglamento interno de funcionamiento del Máximo Órgano Social, el cual establecerá al menos lo siguiente:
  - Tiempo máximo que transcurrirá entre la hora de citación y la de instalación de la reunión.
  - Los acuerdos para garantizar una participación activa de todos los asistentes y una dinámica eficiente para el proceso de toma de decisiones.
  - El procedimiento para determinar quienes ejercen la Presidencia y la Secretaría de la reunión.
  - Los deberes y responsabilidades de los miembros de la comisión aprobatoria de actas en los casos en que dicha función haya sido delegada.
  - La obligación de someter a aprobación previa el orden del día.
  - La obligación referente a que los temas propuestos en el orden del día y los que surjan como adición al mismo sean discutidos por separado".
41. "Medida 24. La compañía deberá asignar un responsable de la comprobación del cumplimiento de las normas estatutarias y legales en las reuniones de la Junta Directiva o del órgano equivalente, así como también deberá reflejar debidamente en las actas el desarrollo de las sesiones de la Junta o el órgano equivalente, y dar fe de las decisiones".
42. "Medida 26. Los Administradores, en su informe de gestión, deberán revelar información sobre:
  - Las operaciones celebradas con los administradores, los asociados y personas vinculadas a estos y aquellos.
  - El resultado de las operaciones que comportaron enajenación global de activos.
  - El cumplimiento de las Prácticas de Gobierno Corporativo".

## 5. En materia de junta directiva, aplicar las medidas 19-25<sup>43</sup> de la *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades*

43. "Medida 19. La compañía deberá establecer, en sus estatutos, las funciones de los órganos societarios. En todo caso, cada órgano deberá tener funciones diferentes.

Medida 20. La compañía establecerá un procedimiento para la presentación de candidatos para miembros de Junta Directiva u órgano equivalente, que establezca un mecanismo de verificación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Ley, los estatutos y demás regulaciones internas aplicables.

Medida 21. La Junta Directiva deberá tener un número impar de miembros, de los cuales por lo menos uno (1) deberá ser externo.

Para los efectos de esta Guía, se entenderá por miembro externo, aquella persona que en ningún caso:

- Sea empleado o Representante Legal de la compañía.
- Sea empleado o administrador de la persona natural o jurídica que preste servicios de auditoría a la sociedad o a alguna de sus filiales o subsidiarias.
- Sea asociado que directa o indirectamente dirija, oriente o controle la mayoría de los derechos de voto de la compañía o que determine la composición mayoritaria de los órganos de administración, de dirección o de control de la misma.
- Tenga vínculos familiares con alguno de los anteriores hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Medida 22. La Junta Directiva, o el Máximo Órgano Social en ausencia de Junta Directiva, adelantará de forma indelegable las siguientes funciones:

- Aprobar el presupuesto anual, el plan y objetivos estratégicos de la compañía.
- Realizar seguimiento periódico al desarrollo del plan estratégico.
- Establecer las políticas de nombramiento, retribución, evaluación y destitución de los altos directivos de la compañía.
- Identificar las partes vinculadas.
- Verificar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno, cumplimiento de las políticas contables y administración de riesgos.
- Determinar las políticas de información y comunicación con los grupos de interés de la compañía.
- Establecer el programa para mitigar el riesgo de sucesión del ejecutivo principal de la compañía.
- Velar por el cumplimiento de las normas de Gobierno Corporativo.
- Administrar los conflictos de interés de los funcionarios distintos a los administradores.

Medida 23. La Junta Directiva o el órgano equivalente tendrá un reglamento de organización interno que contemplará al menos los siguientes aspectos:

- Los deberes, derechos, incompatibilidades e inhabilidades de los miembros, así como los supuestos en que debe darse el cese o la dimisión de sus miembros.
- La periodicidad de las reuniones.
- La forma, antelación y competencia para realizar la convocatoria, así como los documentos que deben acompañarla para garantizar el derecho de información de los miembros.
- La forma en que la Junta Directiva tendrá acceso a la información de la compañía, estableciendo que cualquier solicitud de información de un miembro individual deberá ser aprobada por la Junta Directiva.
- Las reglas para la instalación, desarrollo y terminación de sus reuniones.

Medida 25. La compañía establecerá un procedimiento de evaluación de la gestión de su Junta Directiva o del órgano equivalente, en el que claramente se establezca la forma,



*cerradas y de familia*, así como las medidas 19-42 del *Manual de gobierno corporativo para empresas de capital cerrado*, de la CAF, en materia del directorio de la compañía.

6. Aplicar las medidas de derechos y trato equitativo<sup>44</sup> del *Manual de gobierno corporativo para empresas de capital cerrado*, de la CAF, en línea con los lineamientos en materia de derecho y trato equitativo de los *Lineamientos para un código de gobierno corporativo para las PyME y empresas familiares*, de la CAF.
7. Aplicar las medidas de asamblea general de accionistas<sup>45</sup> del *Manual de gobierno corporativo para empresas de capital cerrado*, de la CAF, en línea con los lineamientos en materia de asamblea general de accionistas de los *Lineamientos para un código de gobierno corporativo para las PyME y empresas familiares*, de la CAF.

Finalmente, y con el objetivo de abrir la puerta para futuras investigaciones en la materia, se considera necesario resaltar la necesidad de adaptación de las guías, lineamientos y manuales, con el fin no solo de procurar evitar el abuso de las vías de derecho aquí planteadas, sino para abordar todas las problemáticas que se han presentado en los últimos diez años, en los cuales han ocurrido muchos casos con nuevos tintes<sup>46</sup> que hacen necesaria la implementación de estrictas políticas de gobierno corporativo dentro de las empresas, teniendo en cuenta, adicionalmente, que dichas adaptaciones deben hacerse de cara al cumplimiento de compromisos de Colombia para su ingreso a la OCDE.

periodicidad y el responsable de la evaluación. Los resultados más relevantes de las evaluaciones realizadas deberán ser incluidos en el informe anual de gobierno corporativo”.

44. Las medidas son: 1) principio de igualdad de voto; 2) derecho a la no dilución de la participación en el capital de la sociedad; 3) y 4) fomento de la participación y entrega continua de información a los accionistas; 5) el quórum y las mayorías exigibles y 6) cambio o toma de control por otro grupo.
45. Las medidas son: 7) función y competencia; 9), 10), 11), 13), 14), 15) y 18) procedimientos en la convocatoria y ejecución de la asamblea general de accionistas.
46. Baste simplemente con resaltar los múltiples casos de captación masiva e ilegal de recursos del público y soborno transnacional.

## Conclusiones

La llegada de la SAS al derecho societario colombiano ha implicado una revolución en materia de formalización, flexibilización y libertad en la forma de hacer empresa en Colombia, pero también implica retos con el fin de que esa flexibilización y libertad no terminen en abuso y libertinaje. En ese sentido, la implementación del gobierno corporativo en las SAS permite establecer un sistema de pesos y contrapesos necesario para garantizar no solo el equilibrio entre los accionistas, sino también el cumplimiento de los objetivos de la empresa y las adecuadas relaciones entre la compañía y los diferentes actores internos y externos.

La regulación vigente para la SAS establece mecanismos mediante los cuales se pretende hacer frente a los abusos de los accionistas, extralimitaciones de los administradores y la utilización de la SAS para violar la ley o generarle perjuicios a terceros, pero igualmente establece posibilidades que, mal aplicadas, pueden derivar en abusos de derecho que se pueden prevenir mediante la implementación de políticas de gobierno corporativo sustentadas en las guías, manuales y lineamientos expedidos por órganos domésticos y multilaterales especializados en dichas materias.

En todo caso, es necesario efectuar una revisión a dichas guías, manuales y lineamientos con el fin de que se alimenten de las experiencias que se han presentado durante los últimos años, para aprender de lo vivido y evitar la repetición de lo sucedido.

## Referencias

- CIRCULAR Externa 007/2011, de febrero 10. Modificación de la Circular Externa 028 de 2007. [https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile10960&downloadname=ce007\\_11.doc](https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile10960&downloadname=ce007_11.doc)
- CIRCULAR Externa 028/2007, de mayo 11. Adopción Encuesta de Mejores Prácticas Corporativas. [https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile21412&downloadname=ce028\\_07.rtf](https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile21412&downloadname=ce028_07.rtf)
- CIRCULAR Externa 028/2014, de 30 de septiembre. Presentación del nuevo Código País y adopción del Reporte de Implementación de Mejores Prácticas Corporativas. <https://www.superfinanciera.gov.co/desca>

rgas?com=institucional&name=pubFile1010034&downloadname=ce028\_14.docx

- CIRCULAR Externa n.º 0003/2018, de 24 de mayo. Instrucciones generales para la implementación de mejores prácticas organizacionales. Código de Conducta y de Buen Gobierno IPS de los grupos C1 y C2. <http://www.icgc.com.co/wp-content/uploads/2019/10/CIRCULAR-EXTERNA-0003-DE-2018.pdf>
- CIRCULAR Externa n.º 0007/2017, de 30 de junio. Instrucciones Generales para la Implementación de Mejores Prácticas Organizacionales. Código de Conducta y de Buen Gobierno EPS EMP y SAP. <http://www.icgc.com.co/wp-content/uploads/2019/10/CIRCULAR-EXT-0007-DE-2017.pdf>
- CORPORACIÓN Andina de Fomento. *Lineamientos para el buen gobierno corporativo de empresas del Estado*. s. l.: autor, 2010. [http://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/559/lineamientos\\_gc.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/559/lineamientos_gc.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- CORPORACIÓN Andina de Fomento. *Lineamientos para un código de gobierno corporativo para las PyME y las empresas familiares*. s. l.: autor, 2011. [http://www.icgc.com.co/wp-content/uploads/2018/01/lineamientos\\_gobierno\\_corporativo\\_pymes.pdf](http://www.icgc.com.co/wp-content/uploads/2018/01/lineamientos_gobierno_corporativo_pymes.pdf)
- CORPORACIÓN Andina de Fomento. *Manual de gobierno corporativo para empresas de capital cerrado*. s. l.: autor, 2010. [http://www.icgc.com.co/wp-content/uploads/2018/01/gc\\_capital\\_cerrado\\_2.pdf](http://www.icgc.com.co/wp-content/uploads/2018/01/gc_capital_cerrado_2.pdf)
- CORPORACIÓN Financiera Internacional. *Manual IFC de gobierno de empresas familiares*. 3ª ed. Washington: autor, 2011. <http://www.icgc.com.co/wp-content/uploads/2018/01/Manual-IFC-de-Gobierno-de-Empresas-Familiares.pdf>
- DECRETO 410/1971, de 27 de marzo. Por el cual se expide el Código de Comercio. *Diario Oficial* n.º 33339, de junio 16 de 1971.
- DECRETO 962/2018, de 5 de junio. Por el cual se adiciona el Título 11 a la Parte II del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015. Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, relacionado con normas de buen gobierno aplicables a organizaciones de economía solidaria que prestan servicios de ahorro y crédito, y se dictan otras disposiciones. <http://www.icgc.com.co/wp-content/uploads/2019/10/DECRETO-962-DEL-05-DE-JUNIO-DE-2018.pdf>

- DOCUMENTO Conpes 3851, de 23 de noviembre de 2015. Política General de Propiedad de Empresas Estatales de Orden Nacional. <http://www.icgc.com.co/wp-content/uploads/2018/01/conpes.pdf>
- GREGORY, Holly J. y Marcha E. Sims. "Corporate governance: What it is and why it matters". Ponencia presentada en la 9th International Anti-Corruption Conference, Durban, 10-15 de octubre de 1999, <https://growthorientedsustainableentrepreneurship.files.wordpress.com/2016/07/gv-corporate-governance-what-it-is-and-why-it-matters.pdf>
- GUZMÁN, Alexander y María Andrea Trujillo. *Hacia la implementación de buenas prácticas de gobierno corporativo en empresas cerradas*. Bogotá: Colegio de Estudios Superiores de Administración, 2012. [http://www.confecamaras.org.co/phocadownload/GobiernoCorporativo/GobiernoCorporativo\\_final.pdf](http://www.confecamaras.org.co/phocadownload/GobiernoCorporativo/GobiernoCorporativo_final.pdf)
- ISKANDER, Magdi R. y Nadereh Chamlou. *Corporate governance: A framework for implementation*. Washington, D. C.: The World Bank Group, 2000. <https://documents1.worldbank.org/curated/en/810311468739547854/pdf/multi-page.pdf>
- JOSSERAND, Louis. *Del abuso del derecho y otros ensayos*. Bogotá: Temis, 1999.
- LEY 1258/2008, de 5 de diciembre. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. *Diario Oficial* n.º 47 194, de 5 de diciembre de 2008. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1258\\_2008.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1258_2008.html)
- LEY 222/1995, de 20 de diciembre. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º 42 156, de 20 de diciembre de 1995. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0222\\_1995.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html)
- LEY 795/2003, de 14 de enero. Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial* n.º 45 064, de 15 de enero de 2003. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0795\\_2003.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0795_2003.html)
- LEY 964/2005, de 8 de julio. Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones. *Diario*

- Oficial n.º 45963, de 8 de julio de 2005. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0964\\_2005.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0964_2005.html)
- ORGANIZACIÓN para la Cooperación y el Desarrollo Económico.  
*Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas*. s. l.: autor, 2011. <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48632643.pdf>
- PRADA, Francisco J. “Colombia: del mero cumplimiento a la convicción sobre el gobierno corporativo”. En *Gobierno corporativo en Latinoamérica 2010-2011*, 28-35. s. l.: Global Corporate Governance Forum, 2011. [https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/fb392f05-819b-4932-ab20-e1871aff8397/Gobierno\\_Corporativo\\_en\\_Latinoamerica\\_2010-11.pdf?MOD=AJPERES&CVID=jNA1-Vy](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/fb392f05-819b-4932-ab20-e1871aff8397/Gobierno_Corporativo_en_Latinoamerica_2010-11.pdf?MOD=AJPERES&CVID=jNA1-Vy)
- PROYECTO de Ley 39/2007. *Gaceta del Congreso XVI*, n.º 346, de 26 de julio de 2007. <http://svrpubindc.imprensa.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Senado&fec=26-07-2007&num=346>
- SUPERINTENDENCIA de Sociedades. “En Colombia al menos una de cada dos empresas está constituida como SAS”. 31 de octubre de 2018. <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2018/En-Colombia-al-menos-una-de-cada-dos-empresas-est%C3%A1-constituida-como-S-A-S.aspx>
- SUPERINTENDENCIA de Sociedades, Cámara de Comercio de Bogotá y Confecámaras. *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia*. Bogotá: autores, 2009. <https://www.confecamaras.org.co/phocadownload/GobiernoCorporativo/guiacolombiana.pdf>



## **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión hacia la tutela efectiva de los bienes jurídicos**

LUIS FELIPE BOTERO CÁRDENAS\*

NICOLÁS ALBERTO AVELLA MILLÁN\*\*

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia ha sido un proyecto potencial para las autoridades legislativas en los últimos años. Si bien es cierto que la doctrina nacional e internacional se encuentra dividida, pues, por un lado, existe un sector importante que considera que la dogmática penal no fue diseñada para extender juicios de reproche penalmente relevantes en contra de los entes económicos, particularmente por la existencia de barreras insuperables desde el ámbito de la conducta típica, así como en sede de culpabilidad; por otro lado, existen otros autores que reconocen, principalmente desde el defecto de organización, la necesidad de penalizar a las personas jurídicas, tal como sucede en la actualidad en algunas latitudes del mundo.

\* Abogado egresado con mención de honor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia y candidato a magister en Derecho de la Universidad de los Andes. Se desempeña como consultor y litigante en asuntos penales, fiscales y disciplinarios y es profesor de la línea de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

\*\* Estudiante de Derecho en proceso de grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, con énfasis en Derecho Empresarial. Miembro del semillero de investigación de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Javeriana. Se desempeña como consultor en temas empresariales e inmobiliarios.

En Colombia, la discusión tampoco ha sido pacífica, pues diversas iniciativas que han sido presentadas ante el Congreso de la República no han permeado hacia una normatividad específica y concreta que permita la vinculación formal de la persona jurídica en el proceso penal. En todo caso, se ha hecho cada vez más evidente la necesidad de que las empresas que operan en el territorio nacional cuenten con un adecuado gobierno corporativo, resguardando la ética empresarial y la prevención de riesgos jurídicos en el marco de los programas de cumplimiento corporativo, pues ello, además de preservar las buenas prácticas empresariales, constituye un derrotero fundamental de defensa en las actuaciones con relevancia penal por situaciones desplegadas dentro de la empresa, susceptibles de lesionar o de poner en peligro bienes jurídicos tutelados.

### **El régimen penal actual en Colombia**

El régimen penal en Colombia actualmente está instituido de tal manera que solo las personas naturales podrán ser declaradas penalmente responsables, situación que por el momento excluye a las personas jurídicas de ser sancionadas bajo el reproche propio de la jurisdicción penal.

Históricamente hablando, el derecho penal ha sido concebido como el mecanismo de control social de última *ratio*, aquel que interviene solamente cuando las demás formas jurídicas son insuficientes para ejercer adecuadamente el control en una sociedad, de allí que tenga un carácter eminentemente residual.

En ese sentido, resulta pertinente recordar que una de las funciones de la pena contempladas en el artículo 4 de la Ley 599 de 2000<sup>1</sup> es precisamente la retribución justa, la cual implica entender que, en una significativa proporción, el derecho penal es castigo, implica un juicio de reproche para sancionar una conducta humana. Por ende, la lógica usualmente lleva a la conclusión tajante de que solamente pueden delinquir las personas naturales, quienes se encuentran en la capacidad de adecuar un comportamiento basado en el querer.

1. Ley 599/2000, de julio 24, por la cual se expide el Código Penal (*Diario Oficial* n.º 44097, de 24 de julio de 2000), artículo 4, [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html)



No obstante, la realidad del mundo actual implica analizar permanentemente la posibilidad de extender este tipo de responsabilidad a un ente inanimado, como lo son las personas jurídicas, aun cuando resulta notorio que para un sector amplio de la doctrina dicha propuesta resultaría inviable desde el punto de vista jurídico, pues tales organizaciones carecerían de las condiciones mínimas necesarias para formar un conocimiento y una voluntad.

Sin embargo, debe recordarse que uno de los triunfos más significativos en materia comercial y societaria ha sido precisamente el hecho de que las personas jurídicas sean sujetos de derechos y obligaciones, lo que en últimas se traduce en una capacidad jurídica para actuar.

Nótese cómo la Constitución política de Colombia, siendo el texto base y más importante en el Estado social y democrático de derecho, establece dos disposiciones: 1) el derecho de asociación y 2) los límites de la iniciativa privada y la actividad económica. Dichos postulados son sumamente relevantes para entender que las formas de criminalidad pueden ser diversas y que además pueden provenir de una fuente distinta a la persona natural.

En primer lugar, el derecho de asociación está contenido en el artículo 38 de la carta, al establecer que “se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”.<sup>2</sup>

Ello permite afirmar, entonces, que el ordenamiento jurídico es el principal promotor para la creación de entes inanimados, que se denominan técnicamente personas jurídicas, para efectos de que los seres humanos puedan realizar conjuntamente diversos proyectos de carácter lícito.

Sumado a lo anterior, es importante recordar lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución política, el cual señala que “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites al bien común”.<sup>3</sup>

Es decir que, así como el sistema jurídico pretende el crecimiento económico, la maximización de la eficiencia y el aumento progresivo

2. Constitución política de Colombia (*Gaceta Constitucional* n.º 114, de 4 de julio de 1991), artículo 333.

3. *Ibid.*

de mejores condiciones de vida para los ciudadanos, debe ser consecuente con una política eficaz en la prevención del delito. Con ello se empieza a evidenciar cuál es el fundamento de la responsabilidad penal en las personas jurídicas, pues, en últimas, la utilización de aquellos entes como vehículos para la comisión de delitos implica que el Estado deba adoptar los mecanismos suficientes y adecuados para prevenir el fenómeno de criminalidad.

Es necesario señalar que las sociedades evolucionan, son dinámicas y cambiantes en cuanto a las necesidades propias de cada tiempo. De hecho, hoy en día las personas jurídicas establecidas como sociedades por acciones simplificadas (SAS) pueden ejercer un objeto social abierto, amplio e indeterminado, siempre que este mantenga un carácter lícito. Si se generara una conversación en materia societaria, unos 30 años atrás, sobre la posibilidad de que una persona jurídica ejerciera su objeto social en forma indeterminada, con seguridad hubieran existido más críticas que elogios.

No obstante, la autonomía que caracteriza actualmente a las personas jurídicas como sujetos de derechos es un reflejo de la manera como se superó una resistencia al cambio hace un par de décadas, lo que permitió así que hoy en día los niveles de productividad y de competitividad sean más eficientes en beneficio de las sociedades modernas.

Algo similar está sucediendo con la idea de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, pues si bien es cierto que no se ha podido establecer un consenso definitivo sobre la viabilidad o la inviabilidad de crear este tipo de régimen, lo cierto es que cada día se plantean nuevas discusiones académicas y jurídicas, sumamente fuertes y estructuradas, de las que puede surgir una iniciativa legislativa que cada vez adquiere más fuerza en el ordenamiento jurídico, pues, como punto de referencia, hay otros países que a la fecha han implementado este tipo de responsabilidad penal para personas jurídicas, aspecto que se desarrollará en los párrafos siguientes.

Ahora bien, no puede perderse de vista que el entorno corporativo es sumamente complejo, incluso, la estructura empresarial de cada persona jurídica registrada en Colombia es tan diversa como el número de sociedades que aparecen inscritas ante las cámaras de comercio. De tal suerte que el Estado no cuenta con la posibilidad de inmiscuirse a fondo en la dinámica corporativa de cada organización, pero sí tiene

la opción de establecer políticas macro, orientadas a la prevención del delito en el entorno societario, pudiendo generar juicios de reproche desde el ámbito penal por ausencia o deficiencia en los programas de cumplimiento (*compliance*), los cuales deben orientar las actuaciones desplegadas por cada persona jurídica, lo que nos llevará a analizar conceptos tales como el buen gobierno corporativo y la autorregulación.

Tampoco puede olvidarse que la creación de un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas en Colombia supondrá una necesaria reestructuración dogmática que permita delimitar objetiva y subjetivamente cuáles serían los factores de atribución de este tipo de responsabilidad en las personas jurídicas. Es decir que, de una u otra manera, el derecho penal empieza a analizarse desde una visión preventiva y no solamente sancionatoria, pues la implementación oportuna de los sistemas de *compliance* dentro de las organizaciones económicas, adaptados a una cultura de cumplimiento efectivo, permitirá la exoneración de este tipo de responsabilidad en favor de los entes corporativos.

Así las cosas, sea la oportunidad para destacar que en materia penal se encuentra completamente erradicada cualquier forma de responsabilidad objetiva, de tal suerte que habrá que analizar desde cada caso en concreto cuál fue la razón real y objetiva generadora del resultado penalmente relevante, analizando además si la persona jurídica verdaderamente podía desde la autorregulación prevenir o al menos reducir el riesgo correspondiente.

De ahí la importancia de que las personas jurídicas estén adecuadamente reguladas, según las características y las necesidades específicas de cada ente económico, pues ello servirá para desvirtuar contundentemente algunos factores de atribución de la responsabilidad penal, de modo que se genere la exoneración definitiva de potenciales cargos imputados al ente organizacional.

## **Modelos de responsabilidad penal**

El origen de los modelos de responsabilidad está directamente relacionado con las categorías dogmáticas que sirven como elementos estructurales para la atribución de consecuencias penales, siendo estos la acción o conducta, la violación de una norma penal y la culpabilidad. A partir de estos conceptos se establecen dos tipos de esquemas bajo los

cuales se puede hacer penalmente responsable a la persona jurídica, el primero de ellos consiste en el modelo de autorresponsabilidad y el segundo es denominado modelo de heterorresponsabilidad.

### **Modelo de la autorresponsabilidad o de la responsabilidad directa**

La premisa de este modelo parte de la base de que debe responder directamente la persona que haya actuado infringiendo la norma penal, pudiéndose imputar directamente el hecho punible. Con respecto a la persona jurídica, se establece que esta debe responder directamente por los actos que haya ejercido, siendo estos ilícitos y culpables, sin entrar a analizar de manera conjunta la responsabilidad que pueda tener una persona natural por los actos reprochables que guarden relación.<sup>4</sup>

Para poder entender cómo la conducta de una persona física puede generar por acción propia la responsabilidad penal de una persona jurídica, se hace relevante analizar la teoría del hecho de referencia. El autor español Zugaldía Espinar<sup>5</sup> establece el hecho de referencia como la teoría en virtud de la cual una persona jurídica será sancionada cuando la conducta penalmente relevante sea ejercida por intermedio o en representación de ella, adecuándose entonces el actuar corporativo a los supuestos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, situación que permite deducir que el ente económico es quien realiza una acción propia, pues, precisamente bajo la óptica de esta teoría, la responsabilidad penal de la persona jurídica no es consecuencia de la declaratoria de responsabilidad penal de la persona natural.

En otras palabras, la conducta ilícita que realiza la persona natural es el hecho referente para hacer un análisis posterior e individual de la eventual responsabilidad penal que pueda llegar a ser atribuible a la persona jurídica, bajo el postulado de la acción propia, al permitir la realización de la conducta prohibida. En ese contexto, cabe destacar que será la persona jurídica la directamente responsable de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, pero, en todo caso, deberá separarse el análisis teórico con respecto a los factores de atribución de responsabilidad penal establecidos por el legislador para sancionar

4. José Miguel Zugaldía Espinar y Gonzalo Quintero Oviedo, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 142.

5. *Ibid.*, 143.

a las personas naturales de aquellos que castigan penalmente a las personas jurídicas.

Ahora bien, es importante mencionar en este punto cómo se deben aplicar los conceptos de tipicidad objetiva y de tipicidad subjetiva frente a los actos ejecutados por la persona jurídica. En sede de tipicidad objetiva, como lo establece la autora española Ana Isabel Pérez,<sup>6</sup> la persona jurídica será llamada al proceso penal en razón de su posición de garante, como ente colectivo, frente a las actuaciones de sus miembros, en especial quienes ostentan una posición de dirección, confianza o manejo; al tener una posición de garante, la persona jurídica debe crear y mantener rigurosos mecanismos de autorregulación y *compliance* que le permitan prever, evitar y afrontar actuaciones ilícitas realizadas por alguno de sus miembros, siempre y cuando dicha conducta punible sea ejecutada en beneficio de la persona jurídica o en relación con su objeto social.

La tipicidad subjetiva por su parte se refiere al dolo o la culpa que puede tener la persona jurídica. En este punto, como lo enuncia Ana Isabel Pérez,<sup>7</sup> detractores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas critican que el dolo o la culpa no se pueden dar en las personas jurídicas debido a que estas son una ficción jurídica, y no actúan directamente, sino por medio de una persona física. Es por ello que, a continuación, se realizará un análisis frente al dolo y la culpa en relación con la persona jurídica.

El dolo se debe entender como el conocimiento que tiene un ente colectivo frente al deficiente sistema organizativo interno, entiéndase este como autorregulación, lo cual genera posibles incrementos de riesgo frente a la posible concreción de resultados típicos, que además tengan la entidad suficiente para lesionar o poner en peligro valiosos bienes jurídicos tutelados por la ley penal; de otro lado, el elemento volitivo del dolo estaría dado por la voluntad del ente colectivo de seguir adelante con la operación habitual, sin mejorar su sistema organizativo, siendo consciente que de no hacerlo se produciría una lesión

6. Ana Isabel Pérez Machío, "Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas", en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, dir. José Luis de la Cuesta Arzamendi, coord. Norberto Javier de la Mata Barranco (Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013), 37.

7. *Ibid.*

o una puesta en peligro de algún bien jurídico tutelado. Por otro lado, la culpa se daría cuando el ente colectivo, pudiendo evitar el riesgo (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico) sin querer que se produjese el daño, no lo haya evitado por la poca diligencia con respecto a la autorregulación que le corresponde, superando así el riesgo permitido frente a la actividad que ejerce.<sup>8</sup>

Establecida la tipicidad objetiva y subjetiva, debe haber antijuricidad formal y material para que la conducta sea juzgada penalmente. Frente a estos términos, Sampedro Arrubla<sup>9</sup> establece que la antijuricidad formal penal se refiere a la realización de una conducta que está prohibida por el ordenamiento jurídico penal o cuando se omite realizar una conducta que es ordenada por el mismo ordenamiento, sin que exista una justa causa o autorización de su realización u omisión por parte de este. Por otro lado, el mismo autor dicta que la antijuricidad material se refiere a que la conducta que se realiza u omite efectivamente lesiona o pone en peligro el bien jurídico que el ordenamiento jurídico protege.<sup>10</sup>

Por último, se debe analizar la culpabilidad. En palabras del profesor Córdoba Ángulo, quien la define desde una perspectiva dogmática, esta hace referencia al conjunto de condiciones necesarias que justifican la imposición de una pena al sujeto que realiza la conducta típica y antijurídica, siendo la culpabilidad el fundamento de la pena. En otras palabras, la culpabilidad es el juicio de reproche a una conducta típica y antijurídica. El mismo autor señala que los elementos de la culpabilidad desde una perspectiva finalista son: 1) la imputabilidad, 2) el conocimiento de la antijuricidad y 3) la exigibilidad de otra conducta.<sup>11</sup> Así pues, en la culpabilidad de la persona jurídica se mirará si el hecho de no tener un sistema organizativo de autorregulación, adecuado y ajustado a las exigencias del propio ordenamiento jurídico, conlleva o no la comisión del hecho punible, del cual se pueda hacer responsable al ente colectivo.

8. *Ibid.*, 38.

9. Camilo Sampedro Arrubla, "Concurso de tipos punibles", en *Lecciones de derecho penal: parte general*, de José Joaquín Urbano Martínez et al. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 363.

10. *Ibid.*

11. Miguel Córdoba Ángulo, "Culpabilidad", en *Lecciones de derecho penal: parte general*, 391.

### Modelo de la heterorresponsabilidad o modelo vicarial

El modelo de heterorresponsabilidad hace referencia a una responsabilidad por el hecho de un tercero, pues, por una parte, se imputa responsabilidad penal a la persona natural y, por la otra, se atribuye responsabilidad de esta naturaleza a la persona jurídica. La responsabilidad que se le endilga a la persona jurídica es consecuencia directa de la conducta punible que realiza la persona natural, debido a que la conducta ilícita se cometió dentro de la persona jurídica, representando o utilizándose esta para generar una lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico penalmente tutelado.

La responsabilidad de la persona jurídica en este modelo, siguiendo la postura de Zugaldía Espinar,<sup>12</sup> también surge de la teoría del hecho de referencia o hecho de conexidad, en donde se toma la conducta penalmente ilícita que realiza una persona natural para determinar así la responsabilidad de la persona jurídica. Pero en este modelo de heterorresponsabilidad o responsabilidad por el hecho ajeno, se hace necesario que primero se impute la conducta a la persona natural, para que así pueda juzgarse también a la persona jurídica. De esta forma, la responsabilidad y la pena puede ser tanto para la persona natural como para la persona jurídica, o solo para esta última si la situación sustancial y/o procesal en la que se encuentra la persona natural impide que se la pueda responsabilizar.

Frente a la calidad en la cual la persona jurídica es responsable penalmente, Ana Isabel Pérez<sup>13</sup> contempla que se está ante un título de autoría mediata o coautoría. En la autoría mediata, como lo establece Hernández Esquivel,<sup>14</sup> quien es autor no realiza directamente la conducta penalmente prohibida, sino a través de una persona natural que obra, por lo menos, sin culpabilidad. El mismo autor también se refiere a la coautoría, afirmando que es coautor toda persona que interviene en la fase de ejecución de la conducta punible, siendo su aportación indispensable para la realización del resultado pretendido.

12. Zugaldía Espinar y Quintero Oviedo, 141.

13. Pérez Machío, 31.

14. Alberto Hernández Esquivel, "Autoría y participación", en *Lecciones de derecho penal: parte general*, 294.

En conclusión, el sistema de heterorresponsabilidad trata de conectar la responsabilidad de una persona natural con la responsabilidad que eventualmente podría serle atribuible a la persona jurídica como consecuencia de permitir la conducta ilícita que realiza la persona física, la cual necesariamente deberá lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, entrando entonces a responder penalmente el ente colectivo, a título de autor mediato o de coautor.

### Tendencias en derecho comparado

La legislación en España ha aplicado un modelo mixto entre la autorresponsabilidad y la heterorresponsabilidad a efectos de poder atribuirle un hecho punible a las personas jurídicas, tal como lo establecen los supuestos del artículo 31bis 1 del Código Penal español.<sup>15</sup> En ese sentido, las personas jurídicas son penalmente responsables por el hecho delictivo que comete la persona física, siempre que exista un vínculo de conexión con la persona jurídica, evidenciándose así el sistema de heterorresponsabilidad. Mientras tanto, el artículo 31bis 2 del mismo código enuncia que se puede declarar penalmente responsable a la persona jurídica de manera individual, aun cuando no se pueda individualizar o dirigir el proceso penal en contra de la persona física.<sup>16</sup>

De otro lado, la legislación en el Perú establece, en virtud de la Ley 30424 del 21 de abril de 2016, que las personas jurídicas tendrán una responsabilidad autónoma con respecto a la responsabilidad penal propia de las personas naturales, anunciándose en el artículo 4 ibídem que “las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”.<sup>17</sup> Por tal circunstancia se puede afirmar que en el ordenamiento jurídico peruano se aplica un modelo de responsabilidad directa o de autorresponsabilidad.

15. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE n.º 281, de 24 de noviembre de 1995), <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

16. José Luis de la Cuesta Arzamendi, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 68, 69.

17. Ley 30424/2016, de 21 de abril, ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional (*El Peruano*, de 21 de abril de 2016), <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30424.pdf>



En Chile, la Ley 20 393 de 2009 es la que contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas, indicando que el ente colectivo debe responder penalmente de forma autónoma con respecto a la persona natural en los siguientes supuestos: 1) cuando se haya extinguido la responsabilidad penal individual, 2) cuando el proceso penal contra la persona física se suspende o 3) cuando se acredita la existencia del delito, pero no se ha podido establecer la participación en él o identificar a los responsables individuales. Resalta la ley en el artículo 5 *ibídem* que la responsabilidad penal es autónoma siempre que se cumplan los requisitos del artículo 3 *ibídem*, los cuales son que el delito haya sido cometido en interés o provecho de la persona jurídica por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes, quienes realicen actividades de administración y supervisión, o por cualquier persona natural que esté bajo la dirección y la supervisión de los sujetos mencionados. Así mismo, el artículo 3 *ibídem* considera que se ha cumplido con los deberes de dirección y supervisión cuando previamente a la realización del delito la persona jurídica hubiese tenido e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir el delito de acuerdo con la ley. Por tanto, en el ordenamiento jurídico chileno confluye tanto la teoría de la autorresponsabilidad, al establecerse que solo en los supuestos 1 y 2 entra a responder penalmente la persona jurídica, como la teoría de la heterorresponsabilidad, al indicarse que responderá penalmente el ente colectivo, así no se haya podido establecer la participación de él o los responsables individuales del delito, pues se cometió en interés de la persona jurídica, bajo la administración y supervisión de esta.<sup>18</sup>

En Argentina, la Ley 27 401 de 2017 implementó la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciéndose un modelo de heterorresponsabilidad, pues en el artículo 2 *ibídem* se señala que hay responsabilidad de las personas jurídicas cuando se realiza el delito “directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio”,<sup>19</sup> pudiendo entrar a responder penalmente la persona

18. Ley 20 393/2009, de 2 de diciembre de 2009, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1008668>

19. Ley 27 401/2017, de 8 de noviembre (*Boletín Nacional*, de 1 de diciembre de 2017), <https://www.argentina.gov.ar/normativa/nacional/ley-27401-296846>

jurídica cuando el delito haya sido ejercido por un tercero que carece de atribuciones para actuar en representación de ella, pero permitiendo el ente colectivo dicha gestión, así fuese de manera tácita. Es importante resaltar, que esta ley en su artículo 3 ibídem contempla la sucesión de responsabilidad penal de la persona jurídica en los casos de transformación, fusión, absorción, escisión u otra modificación societaria que genere una persona jurídica nueva o se una a otra, trasladándose la responsabilidad penal a la persona jurídica resultante o absorbente, siempre que se dé continuidad a la actividad económica y se mantenga la identidad de los clientes, proveedores y empleados.<sup>20</sup>

### Antecedentes en el ordenamiento jurídico colombiano

Hay que decir que el ordenamiento jurídico colombiano ha reconocido en múltiples ocasiones no solo la posibilidad de establecer un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas, sino la necesidad de su efectiva implementación. Las altas cortes, desde el año 1998 han venido recomendando la concreción de tales iniciativas en el entorno legislativo, consideraciones que recientemente han sido plasmadas por el actual Gobierno para consideración del Senado de la República y de la Cámara de Representantes. A continuación, se hará referencia a algunas de estas iniciativas.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-320 de 1998, realizó un estudio de constitucionalidad frente a una iniciativa legislativa promovida en el año 1996, mediante la cual se pretendió atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas por delitos que atentaran directamente en contra del ambiente. En dicha providencia, la entidad reconoce enfáticamente la posibilidad, e incluso la necesidad, de implementar un régimen penal que sancione efectivamente a las personas jurídicas, en los siguientes términos:

La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica no encuentra en la constitución política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de

20. Ibídem.

avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva.<sup>21</sup>

Otro factor que reconoce abiertamente dicha corporación refiere precisamente que las sanciones penales aplicables a las personas jurídicas no pueden ser una réplica de aquellas que fueron establecidas por el legislador para castigar a las personas naturales. Es decir que las formas de castigo deben estructurarse para que sean adecuadas en el propósito de sancionar al ente inanimado. Es por lo anterior que la norma objeto de estudio en sede de constitucionalidad hace referencia a sanciones pecuniarias, a la cancelación del registro mercantil, a la suspensión temporal o definitiva de la obra y al cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones, pero atribuyéndolas desde una perspectiva penal que como mecanismo de control social de última *ratio* trasciende frente a otras formas jurídicas de control que históricamente no han contado con la efectividad necesaria para generar una cultura organizativa, que prevenga la comisión de delitos en el entorno corporativo.<sup>22</sup>

Ahora bien, quizá una de las críticas más significativas que se ha materializado en contra de este tipo de iniciativas describe la problemática frente a la reinserción social, entendida como una de las funciones de la pena establecidas en Colombia por el ordenamiento jurídico. Al respecto, la Corte señala: “Esta clase de sanciones —que recaen sobre el factor dinámico de la empresa, su patrimonio o su actividad— se aviene a la naturaleza de la persona jurídica y, en modo alguno, resulta contraria a las funciones de la pena”.<sup>23</sup> Es decir que no existiría una forma efectiva de reinserción social, pues el planteamiento de este tipo de sanciones para las personas jurídicas fomentaría más la terminación y el cierre definitivo de la persona jurídica, en lugar de contribuir a la prevención de nuevas prácticas delictivas.

En todo caso, es oportuno reafirmar que la Corte no desecha la alternativa, pues, por el contrario, refiere la alta corporación que

21. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-320 de 1998, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-320-98.htm>

22. *Ibid.*

23. *Ibid.*

no siempre la evitación del comportamiento prohibido debe recaer únicamente en las personas físicas que fungen como gestores del ente o limitarse la responsabilidad consiguiente al resarcimiento de los daños causados por un tercero a las personas jurídicas el ordenamiento suministra órganos y medios para establecer su dominio —control— inclusive sobre los actos y omisiones que violen la ley no enfrenta la persona jurídica, por el simple hecho de tener esta naturaleza, la circunstancia ineluctable de no poder prevenir ni reaccionar ante las acciones u omisiones con capacidad para destruir bienes y valores sociales supremos.<sup>24</sup>

En segundo lugar, se evidencia una nueva manifestación jurisprudencial orientada a permitir las sanciones penales en contra de personas jurídicas. Se trata de la Sentencia de Casación emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el 10 de diciembre de 2014, bajo la radicación 39070, con ponencia del magistrado Gustavo Malo Fernández.

En esta decisión, la Corte emitió concepto frente al estado actual de la responsabilidad penal para las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico. Todo lo anterior en el contexto del caso objeto de estudio, en el cual se analizó la posible comisión del delito de contaminación ambiental, bajo el esquema procesal de la Ley 600 de 2000, modelo predominantemente inquisitivo que de manera excepcional mantiene vigencia dentro de los sistemas procesales modernos.

Lo primero que advirtió la alta corporación es la trascendencia que ofrece este tipo de sistemas para garantizar una efectiva respuesta estatal frente a los diversos fenómenos de criminalidad que pueden concretarse en el ámbito societario. Asimismo, se hace referencia, a modo de ejemplo, a legislaciones tales como la estadounidense, la canadiense y la francesa, en donde se extiende el juicio de reproche penal a las personas jurídicas.<sup>25</sup>

24. *Ibid.*

25. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP16794, del 10 de diciembre del 2014, <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1ene2015/SP16794-2014.pdf>

Hace aproximadamente tres años, el Gobierno del presidente Iván Duque Márquez presentó ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley 117 de 2018, el cual pretende contar con el aval del legislativo para hacer que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se convierta en una realidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Algunas de las características que componen dicho proyecto legislativo son las siguientes:<sup>26</sup>

En primer lugar, el proyecto pretende delimitar la sanción penal a las empresas privadas por delitos cometidos que atenten contra la administración pública, el ambiente, el orden económico y social, el patrimonio público, por asuntos asociados al terrorismo y a su financiación, al igual que el apoyo a grupos de delincuencia organizada.

De otro lado, se propone que la sanción esté delimitada por el hecho de que dichas infracciones penalmente relevantes hayan sido realizadas en interés o en provecho del ente corporativo, por sus representantes legales, revisor fiscal, contador, auditor, socios, accionistas de sociedades anónimas de familia, administradores, directivos o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento por parte de esta de los deberes de dirección y supervisión.

Ahora bien, el artículo 100c del proyecto referido advierte la responsabilidad autónoma de la persona jurídica, propia del modelo de autorresponsabilidad, aun cuando existen otras disposiciones que parecieran tener un corte ligado al modelo vicarial, por lo que podemos deducir que se pretende incorporar un modelo mixto de responsabilidad, similar al que opera en países como España, Perú, Chile y Argentina, entre otros.

Como puede verse, se trata de una perspectiva que cada vez se hace más necesaria en el Estado social y democrático de derecho, como forma de control social que permita prevenir oportuna y efectivamente los fenómenos delincuenciales asociados a los ámbitos corporativos y societarios.

26. Proyecto de Ley 117/2018, <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2018-2019/1255-proyecto-de-ley-117-de-2018>

## Buen gobierno corporativo y *compliance*

### Autorregulación

El concepto de autorregulación no tiene una definición única.<sup>27</sup> La noción de autorregulación puede variar según el autor, el tiempo y el lugar en que se sitúe.<sup>28</sup> En Colombia, a nivel doctrinal, el autor Fernando Silva García establece que la autorregulación es una

actividad de propia regulación por los sujetos concernidos con una cierta actividad, que da lugar a la expedición de reglas cuya observancia se hace obligatoria para quienes se acogen a ellas, aunque la obligatoriedad no deriva de que las reglas provengan del Estado o se impongan por la autoridad del Estado, con independencia del respaldo o acogimiento que les pueda prodigar el ordenamiento jurídico.<sup>29</sup>

Por otra parte, jurisprudencialmente, la Corte Constitucional de Colombia ha definido la autorregulación

como el instrumento mediante el cual grupos de individuos y agentes de cualquier negocio o industria, con base en la autonomía que el ordenamiento les reconoce, acuerdan unas pautas de conducta o un marco jurídico de deberes y obligaciones recíprocas, cuyo incumplimiento tiene repercusiones de diversa naturaleza.<sup>30</sup>

Así pues, en su sentido más puro, la autorregulación es el establecimiento y la creación de normas, producto de la voluntad de los agentes sobre cierta actividad, para reglar la organización o industria a la que pertenecen los agentes que las crean; todo esto, en principio, sin la intervención por parte del Estado.<sup>31</sup>

27. Emilio José Archila Peñalosa *et al.*, *Estudios jurídicos sobre el mercado de valores* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018), 119.

28. Maximiliano Rodríguez Fernández, "Concepto, alcance y estructura de la autorregulación en el mercado de valores colombiano", *Revista E-Mercatoria* 13, n.º 2 (2014): 32.

29. Fernando Silva García, "Anotaciones sobre la autorregulación en Colombia: carácter paraestatal, potestad punitiva y acreditación de idoneidad de quienes actúan en la inter-mediación", en *Cinco años de la Ley 964 de 2005: ¿se están cumpliendo los objetivos?* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 375, citado en Rodríguez Fernández, 33.

30. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-962 de 2007, citada por Rodríguez Fernández, 34.

31. Rodríguez Fernández, 35.

De forma más laxa y bajo ciertos escenarios, la autorregulación es un mecanismo de cooperación entre el Estado y las personas que conforman determinada industria o actividad para así generar unas normas que se originan por una presión u obligación estatal, pero creadas y aplicadas a voluntad de los agentes que conforman la actividad económica o la industria.<sup>32</sup>

### Alcances del buen gobierno corporativo y el *compliance*

El buen gobierno corporativo<sup>33</sup> y el *compliance*<sup>34</sup> son dos mecanismos que establecen prácticas comportamentales a nivel interno y externo de las empresas, surgiendo estos mecanismos de la autorregulación y/o la obligatoriedad jurídica, los cuales, como dispone Arribas Urrutia, son fundamentales para la reputación de las empresas y sociedades que los aplican, pues una correcta aplicación de estos mecanismos demuestra credibilidad y confianza en la organización, mostrando así

32. *Ibid.*, 36.

33. Como ya se trató en capítulos anteriores de este libro, el buen gobierno corporativo es un mecanismo que tiene como objetivo primordial la creación de confianza, transparencia y rendición de cuentas, para así propiciar las inversiones, la estabilidad financiera y la integridad de los negocios en una determinada sociedad. Debido a la necesidad de establecer ciertas relaciones entre la empresa, su consejo de administración, sus accionistas y las personas interesadas que guarden algún tipo de relación con el ente económico, se desarrollan estructuras orientadas a establecer los objetivos de la persona jurídica, cómo alcanzarlos y la manera en que se supervisará su ejecución. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Principios de gobierno corporativo de la OCDE y del G20* (París: autor, 2016). Otra aproximación del buen gobierno corporativo es entender a este como la aplicación de una filosofía corporativa, la cual debe tener procesos idóneos para que quien tenga algún interés sobre el ente societario pueda medir y evaluar objetiva y razonablemente los propósitos, los riesgos y las oportunidades que tiene la corporación, lográndose así un uso eficiente de recursos a partir de la confianza y credibilidad. Francisco Aníbal Ganga Contreras y José Ricardo Vera Garnica, "El gobierno corporativo: consideraciones y cimientos teóricos", *Cuadernos de Administración* 21, n.º 35 (2008): 101.

34. *Compliance* es un término anglosajón, su definición en inglés lo establece como "el acto de obedecer una orden, regla o solicitud". "Compliance", *Cambridge dictionary* (Cambridge University Press, 2019). Esto en lengua castellana significa el acto de obediencia frente a una orden, norma o requerimiento. En el ámbito que nos ocupa en este artículo, lo referente a la persona jurídica, y basándonos en lo dicho por Thomas Rotsch ("Criminal compliance", *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* 1 [2012]: 1-11, <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/876a.pdf>), podemos entender entonces el *compliance* como el actuar armónico de las empresas y sus órganos frente a las normas vigentes del ordenamiento jurídico en el que se encuentran.

que se actúa con métodos éticos.<sup>35</sup> Esto conlleva a que, en otras áreas del conocimiento, como lo es el derecho penal en ciertos países como España, se analice el buen gobierno corporativo y/o el *compliance* de una empresa para determinar si puede tener responsabilidad la persona jurídica sobre ciertos hechos punibles que se hayan cometido por parte de alguno de sus miembros que dirigen o administran la sociedad.

Los autores Ganga Contreras y Vera Garnica<sup>36</sup> contemplan que el buen gobierno corporativo se aplica en las organizaciones económicas, estableciéndose dentro de estas medidas tendentes a la autorregulación, procesos adecuados para seleccionar los administradores de la sociedad, de manera que se cree así una estructura de incentivos que sean eficientes para alcanzar los fines de la empresa, se procure siempre la realización de buenas prácticas corporativas y se establezcan normas que protejan a los accionistas minoritarios o a terceros financistas que actúan de forma correcta frente a accionistas mayoritarios.

## Conclusiones

Con base en estas breves reflexiones, puede decirse entonces que el fundamento de la responsabilidad penal para las personas jurídicas se encuentra soportado en fenómenos asociados a la desorganización interna que pueden llegar a tener las organizaciones dentro de sus áreas tanto administrativas como operacionales. Indiscutiblemente, la tendencia en derecho comparado demuestra que a nivel mundial son varias las legislaciones que hoy en día imponen sanciones penales a las personas jurídicas cuando se concreten resultados típicos, siempre que estos lesionen o pongan en inminente peligro los bienes jurídicos que son objeto de tutela por el derecho penal, cuando las organizaciones económicas no cumplen con estándares mínimos de prevención o de organización, haciendo uso de políticas integrales encaminadas a la prevención del delito, habiendo estado en capacidad de hacerlo.

Así las cosas, la autorregulación empieza a adquirir un papel protagónico dentro de las distintas legislaciones a nivel mundial, saliendo a relucir conceptos como el buen gobierno corporativo y el *compliance*,

35. Amaia Arribas Urrutia, "Buen gobierno corporativo para la construcción de una reputación. La ética en las organizaciones", *ComHumanitas: Revista Científica de Comunicación* 7, n.º 1 (2016): 77-88.

36. Aníbal Ganga Contreras y Vera Garnica, 101.



elementos asociados a las buenas prácticas empresariales y corporativas, que, además de generar una cultura de cumplimiento y fidelidad con el derecho, trascienden para minimizar, e incluso excluir, cualquier manto de duda que pueda conllevar un juicio de reproche en contra del organismo colectivo.

## Referencias

- ARCHILA Peñalosa, Emilio José *et al.* *Estudios jurídicos sobre el mercado de valores*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- ARRIBAS Urrutia, Amaia. “Buen gobierno corporativo para la construcción de una reputación. La ética en las organizaciones”. *ComHumanitas: Revista Científica de Comunicación* 7, n.º 1 (2016): 77-88.
- “COMPLIANCE”. *Cambridge dictionary*. Cambridge University Press, 2019. <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/compliance?q=Compliance>
- CONSTITUCIÓN política de Colombia. *Gaceta Constitucional* n.º 114, de 4 de julio de 1991.
- CÓRDOBA Ángulo, Miguel. “Culpabilidad”. En *Lecciones de derecho penal: parte general*, de José Joaquín Urbano Martínez *et al.*, 390-400. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- CORTE Constitucional de Colombia. Sentencia C-320 de 1998. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-320-98.htm> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-962 de 2007.
- CORTE Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SPI6794, del 10 de diciembre del 2014. <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/blene2015/SPI6794-2014.pdf>
- DE la Cuesta Arzamendi, José Luis. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”. En *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, dirigido por José Luis de la Cuesta Arzamendi y coordinado por Norberto Javier de la Mata Barranco, 49-102. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- GANGA Contreras, Francisco Aníbal y José Ricardo Vera Garnica. “El gobierno corporativo. Consideraciones y cimientos teóricos”. *Cuadernos de Administración* 21, n.º 35 (2008): 93-126.
- HERNÁNDEZ Esquivel, Alberto. “Autoría y participación”. En *Lecciones de derecho penal: parte general*, de José Joaquín Urbano Martínez *et al.*, 286-322. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

- LEY 20 393/2009, de 2 de diciembre de 2009. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1008668>
- LEY 27 401/2017, de 8 de noviembre. *Boletín Nacional*, de 1 de diciembre de 2017. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27401-296846>
- LEY 30 424/2016, de 21 de abril. Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional. *El Peruano*, de 21 de abril de 2016. <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30424.pdf>
- LEY 599/2000, de julio 24. Por la cual se expide el Código Penal. *Diario Oficial* n.º 44 097, de 24 de julio de 2000. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html)
- LEY Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Del Código Penal. BOE n.º 281, de 24 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>
- ORGANIZACIÓN para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). *Principios de gobierno corporativo de la OCDE y del G20*. París: autor, 2016. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>
- PÉREZ Machío, Ana Isabel. “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”. En *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, dirigido por José Luis de la Cuesta Arzamendi y coordinado por Norberto Javier de la Mata Barranco, 21-48. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- PROYECTO de Ley 117/2018. <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2018-2019/1255-proyecto-de-ley-117-de-2018>
- RODRÍGUEZ Fernández, Maximiliano. “Concepto, alcance y estructura de la autorregulación en el mercado de valores colombiano”. *Revista E-Mercatoria* 13, n.º 2 (2014): 29-96.
- ROTSCH, Thomas. “Criminal compliance”. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* 1 (2012): 1-11. <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/876a.pdf>
- SAMPEDRO Arrubla, Camilo. “Concurso de tipos punibles”. En *Lecciones de derecho penal: parte general*, de José Joaquín Urbano Martínez *et al.*, 347-360. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

- SILVA García, Fernando. "Anotaciones sobre la autorregulación en Colombia: carácter paraestatal, potestad punitiva y acreditación de idoneidad de quienes actúan en la inter-mediación". En *Cinco años de la Ley 964 de 2005: ¿se están cumpliendo los objetivos?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- ZUGALDÍA Espinar, José Miguel y Gonzalo Quintero Oviedo. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.



## **Evaluadores**

### **María Andrea Trujillo Dávila**

Doctora y magíster en Administración, de la Universidad de los Andes. Ingeniera sanitaria, de la Universidad de Antioquia. Profesora titular del CESA, reconocida desde el 2015 como investigadora sénior por Colciencias. Fundadora y codirectora del Centro de Estudios de Gobierno Corporativo (CEGC), del CESA; miembro fundador del Instituto Colombiano de Gobierno Corporativo (ICGC), consultora y asesora en la implementación de buenas prácticas de gobierno y miembro de la Red de América Latina para la Investigación Académica del Gobierno Corporativo de la OCDE, la IFC y el Banco Mundial. Cuenta con experiencia docente en el área financiera, en cursos de pregrado y posgrado, en las universidades del Rosario, Los Andes, Eafit y el CESA. Sus actividades de docencia están enfocadas en el área de las finanzas corporativas, y la agenda de investigación que desarrolla se centra en gobierno corporativo. Sus proyectos de investigación han contado con el apoyo del Grupo Banco Mundial, mediante la IFC; el Center for International Private Enterprise (CIPE) (Estados Unidos); la State Secretariat for Economic Affairs (SECO) (Suiza); el Ministerio de Educación Nacional; la Bolsa de Valores de Colombia; la Superintendencia de Sociedades; el Consejo Privado de Competitividad; Confecámaras, y la Cámara de Comercio de Bogotá. Se desempeñó como directora del programa de Administración en Logística y Producción en la Universidad del Rosario. Ha publicado varios libros de investigación y de texto, y más de treinta artículos en revistas científicas indexadas.

## **Alexander Guzmán Vásquez**

Doctor y magíster en Administración, de la Universidad de los Andes. Especialista en Gerencia de Mercadeo, de la Universidad del Rosario, y en Finanzas, de la Universidad Externado de Colombia. Administrador de Empresas, de la Universidad Externado de Colombia. Coordinador del área financiera y profesor titular del CESA, reconocido desde 2015 como investigador sénior por Colciencias. Fundador y codirector del Centro de Estudios de Gobierno Corporativo (CEGC), del CESA, miembro fundador del Instituto Colombiano de Gobierno Corporativo (ICGC), consultor y asesor en la implementación de buenas prácticas de gobierno y miembro de la Red de América Latina para la Investigación Académica del Gobierno Corporativo de la OCDE, la IFC y el Banco Mundial. Ha sido profesor de aspectos relacionados con finanzas corporativas y mercado de capitales, en programas de pregrado y posgrado, en las universidades Externado, Sabana, Rosario, Los Andes, Eafit y CESA. Adicionalmente, sigue una agenda de investigación en gobierno corporativo. Sus proyectos de investigación han contado con el apoyo del Grupo Banco Mundial, mediante la IFC; el Center for International Private Enterprise (CIPE) (Estados Unidos); la State Secretariat for Economic Affairs (SECO) (Suiza); el Ministerio de Educación Nacional; la Bolsa de Valores de Colombia; la Superintendencia de Sociedades; el Consejo Privado de Competitividad; Confecámaras, y la Cámara de Comercio de Bogotá. Se ha desempeñado en cargos directivos en el área financiera y como asesor de inversiones en empresas del sector financiero, comercial y de servicios. Ha publicado varios libros de investigación y de texto, y más de treinta artículos en revistas científicas indexadas.



Gobierno Corporativo: Siete Aproximaciones Jurídicas  
Fue compuesto con caracteres Frutiger y Berkeley Oldstyle  
y se imprimió en los talleres de Nomos S. A. en papel Bulky de  
70 gramos durante el mes de marzo del 2022.