

Autores

Billy Escobar Pérez
Andrés Gaitán Roza
Ana Milena Muñoz Roldán
Pilar Ospina Ariza
Elsa María López Roca
María Zoraida Peña González
Ana María Cuervo Gasca
Andrés Hidalgo Salazar
Nadia Sánchez Alvarado
Diana Camila Gaitán Hemelberg
Luis Javier Acosta Castellanos
Alejandro Londoño-Congote
Yira López-Castro
Grenfieth De Jesús Sierra-Cadena
Alejandro Giraldo López
Andrés Palacios Lleras
Erick Rincón Cárdenas
Catalina Hoyos Jiménez
Diana Carolina Valencia-Tello
Édgar Iván León Robayo
Melissa Alejandra Dukuara
Enrique Prieto-Ríos
Beatriz Eugenia Luna de Aliaga
Daniel Felipe Delgado Otálora
María Alejandra Navas Castañeda
Nicolás Andrés Sánchez Rodríguez

Coordinadores académicos

Andrés Gaitán Roza
Yira López Castro

Riesgos empresariales:

¿Cómo gestionarlos?

Superintendencia de Sociedades
Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario
Colegio de Abogados Comercialistas

Riesgos empresariales: ¿Cómo gestionarlos?

Riesgos empresariales: ¿Cómo gestionarlos?

Autores

Billy Escobar Pérez
Andrés Gaitán Rozo
Ana Milena Muñoz Roldán
Pilar Ospina Ariza
Elsa María López Roca
María Zoraida Peña González
Ana María Cuervo Gasca
Andrés Hidalgo Salazar
Nadia Sánchez Alvarado
Diana Camila Gaitán Hemelberg
Luis Javier Acosta Castellanos
Alejandro Londoño-Congote
Yira López-Castro
Grenfieth De Jesús Sierra-Cadena
Alejandro Giraldo López
Andrés Palacios Lleras
Erick Rincón Cárdenas
Catalina Hoyos Jiménez
Diana Carolina Valencia-Tello
Édgar Iván León Robayo
Melissa Alejandra Dukuara
Enrique Prieto-Ríos
Beatriz Eugenia Luna de Aliaga
Daniel Felipe Delgado Otálora
María Alejandra Navas Castañeda
Nicolás Andrés Sánchez Rodríguez

Coordinadores académicos

Andrés Gaitán Rozo
Yira López Castro

Superintendencia de Sociedades
Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario
Colegio de Abogados Comercialistas
2025

Las opiniones solo comprometen a los autores y de ninguna manera a la Superintendencia de Sociedades.

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares mediante alquiler o préstamo públicos.

ISBN 978-958-678-040-7

Tabla de contenido

PRESENTACIÓN

Andrés Gaitán Rozo

Yira López-Castro..... 14

Capítulo 1 20

La importancia de las recomendaciones en materia de sostenibilidad empresarial de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades

Billy Escobar Pérez 20

Introducción 20

1. La Agenda 2030 20

2. Sostenibilidad empresarial y su marco regulatorio 21

3. Beneficios de implementar las recomendaciones de sostenibilidad 22

4. La sostenibilidad: un reto para todas las empresas 23

5. La autorregulación 24

6. Desafíos en la implementación de las recomendaciones 24

7. El papel de la Superintendencia de Sociedades en la sostenibilidad 24

8. Encuesta de sostenibilidad 25

9. Guía de Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo..... 27

Conclusiones 28

Bibliografía..... 28

Capítulo 2 30

Diez graves errores de la sucesión en las empresas familiares

Andrés Gaitán Rozo 30

Introducción 30

1. Centrarse más en el sucesor que en los órganos de gobierno corporativo 30

2. Olvidar los valores esenciales infundidos por los fundadores 32

3. Entregar la propiedad sin reservarse el control 34

4. Deficiente elaboración e implementación de protocolos de familia, acuerdos de socios y estatutos sociales 35

5. No formar a los sucesores como socios activos 37

6. Diseños de estructuras que generan bloqueos 37

7. No contemplar la posibilidad de discapacidades sobrevinientes 38

8. Perder el foco 39

9. Inadecuada estructuración de grupos empresariales y abuso del derecho societario 40

10. Postergar los procesos para acordar, documentar e implementar la sucesión.....	42
Conclusiones	42
Bibliografía.....	43
Capítulo 3	46
Avances y retos de sostenibilidad de la Organización Carvajal	
<i>Ana Milena Muñoz Roldán</i>	46
Introducción	46
1. La sostenibilidad y su conexión con la estrategia del negocio	46
2. Dimensión ambiental	51
3. Dimensión social.....	54
4. Dimensión gobierno.....	56
Conclusiones	60
Bibliografía.....	60
Capítulo 4	62
Riesgos relacionados con la gestión de los administradores en los procesos de insolvencia	
<i>Pilar Ospina Ariza</i>	62
Introducción	62
1. Aspectos fundamentales de la insolvencia.....	64
2. Responsabilidad de los administradores	67
3. Los riesgos de la insolvencia en relación con la gestión de los administradores ..	70
Conclusiones	73
Bibliografía.....	74
Capítulo 5	76
Alertas financieras como herramientas para la gestión del riesgo de insolvencia	
<i>Elsa María López Roca María Zoraida Peña González Ana María Cuervo Gasca</i>	76
Introducción	76
1. Hipótesis de negocio en marcha (HNM), deterioro patrimonial y riesgo de insolvencia.....	77
2. Las alertas tempranas en la detección de la preinsolvencia	81
3. Responsabilidad del administrador	83
4. Acciones de supervención y acompañamiento preventivo	85
Conclusiones	86

Bibliografía.....	87
Capítulo 6	90
Identificación de los riesgos legales en operaciones societarias de fusión y escisión	
<i>Andrés Hidalgo Salazar Nadia Sánchez Alvarado</i>	90
Introducción	90
Identificación de los riesgos legales en operaciones societarias de fusión y escisión ..	91
1. Autorizaciones estatales	91
2. Responsabilidad heredada.....	94
3. Accionistas o socios ausentes o disidentes	96
4. Solicitud de garantías por parte de acreedores en el período de oposición	97
5. Riesgo tributario	98
6. Riesgo contractual.....	99
7. Riesgo regulatorio.....	100
8. Normalización del pasivo pensional	100
9. Riesgo de transferencia de datos.....	101
10. Riesgos en la ejecución del procedimiento	102
Conclusiones	103
Bibliografía.....	104
Capítulo 7	106
Nuevas situaciones a considerar para mitigar riesgos en la terminación de los contratos de trabajo	
<i>Diana Camila Gaitán Hemelberg</i>	106
Introducción	106
1. Las faltas graves como justa causa de terminación del contrato de trabajo: cambios jurisprudenciales y riesgos	106
2. El nuevo fuero de maternidad extendido o fuero de paternidad	111
3. El nuevo fuero de acoso sexual.....	113
4. ¿Fuero para las personas que están en insolvencia?	115
Conclusiones	116
Bibliografía.....	117
Capítulo 8	118
Errores comunes en la construcción y aplicación de un sistema de prevención del LA/FT/FP desde la perspectiva de su efectividad	
<i>Luis Javier Acosta Castellanos</i>	118

Introducción	118
1. El Capítulo X de la Circular Básica Jurídica, un manual de condiciones mínimas	118
2. Nombramiento del oficial de cumplimiento. Previsiones y efectos frente a su autonomía y capacidad de decisión	121
3. El oficial de cumplimiento y su papel de gestor eficiente de la información de la empresa.....	122
4. La interacción de los roles del Sagrilaft fortalece su enfoque sistémico y contribuye a su eficacia	125
5. Algunos errores en la gestión de los riesgos asociados al LA/FT/FP	127
Conclusiones	129
Bibliografía.....	130
Capítulo 9	132
Datos personales: riesgos del incumplimiento normativo y creación de valor empresarial	
<i>Alejandro Londoño-Congote Yira López-Castro Grenfieth De Jesús Sierra - Cadena</i>	
.....	132
Introducción	132
1. Los datos personales y su protección como ventaja competitiva	133
2. Aspectos esenciales de la regulación sobre datos personales	135
a. Legalidad: e	137
3. Deberes de los responsables y encargados del tratamiento de los datos personales, según el Régimen General de Protección de Datos Personales	141
4. Responsabilidad demostrada.....	145
5. Los riesgos del incumplimiento de las obligaciones en materia de datos personales	147
Conclusiones	152
Bibliografía.....	152
Capítulo 10	154
Los riesgos empresariales por posibles incumplimientos de los derechos de los consumidores	
<i>Alejandro Giraldo López</i>	<i>¡Error! Marcador no definido.</i>
Introducción	154
1. La relación de consumo	155
2. Las obligaciones de los productores y los proveedores en materia de calidad, idoneidad y seguridad de los productos	155

3. La responsabilidad de los empresarios en relación con la información y la publicidad que suministran al público en general	160
4. Protección contractual.....	165
5. Comercio electrónico	168
6. Facultades administrativas y jurisdiccionales	175
Conclusiones	176
Bibliografía.....	177
Capítulo 11	180
Análisis de riesgos y programas de cumplimiento y de beneficios por colaboración.	
A propósito de los fundamentos del derecho de la competencia contemporáneo	
<i>Andrés Palacios Lleras</i>	180
Introducción	180
1. El análisis de riesgos, programas de cumplimiento y la globalización del derecho de la competencia	181
2. Ni eficiencia ni ética: la triste suerte de los análisis de riesgos y de los programas de cumplimiento.....	189
Conclusiones	193
Bibliografía.....	194
Capítulo 12	196
El impacto de los riesgos tecnológicos en las empresas	
<i>Erick Rincón Cárdenas</i>	196
Introducción	196
1. Riesgos en ciberseguridad	197
2. Riesgos respecto a la infraestructura tecnológica	200
3. Riesgos relacionados con la Inteligencia Artificial	202
Conclusiones y recomendaciones.....	206
Bibliografía.....	207
Capítulo 13	212
Riesgos por cumplimiento tributario en Colombia	
<i>Catalina Hoyos Jiménez</i>	212
Introducción	212
1. La gestión de riesgos en el entorno empresarial vista desde la evolución de los sistemas tributarios.....	213
2. Algunas regulaciones importantes para la gestión de riesgos tributarios	218

3. Consecuencias del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de las obligaciones formales.....	219
4. La evolución de los procesos de fiscalización	220
5. Importancia de la planificación fiscal preventiva para minimizar riesgos	222
6. Riesgos reputacionales	223
7. Impacto de las controversias fiscales en los administradores y representantes ...	223
8. La interacción entre riesgos tributarios y riesgos asociados al Sarlaft	224
Conclusiones y perspectivas.....	225
Bibliografía.....	225
Capítulo 14	228
Los riesgos previsibles en la contratación estatal	
<i>Diana Carolina Valencia-Tello</i>	228
Introducción	228
1. La contratación pública desde la Constitución de 1991.....	229
2. Los riesgos previsibles en el Sistema Compra Eficiente	231
3. Lineamientos para el manejo del riesgo previsible en el Sistema Compra Eficiente	234
4. Manual para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos de contratación	236
5. Política de riesgo contractual del Estado para proyectos de infraestructura con participación privada	238
Consideraciones finales.....	239
Bibliografía.....	239
Capítulo 15	242
La gestión de riesgos en la convencionalidad privada	
<i>Édgar Iván León Robayo Melissa Alejandra Dukuara</i>	242
Introducción	242
1. La importancia de la mitigación de los riesgos en la contratación particular	243
2. Ejecución del contrato privado: prevención y evaluación de riesgos	249
3. El administrador y su rol en la gestión de riesgos en la contratación privada	251
Consideraciones finales.....	253
Bibliografía.....	254

Capítulo 16	256
Debida diligencia empresarial en derechos humanos: concepto, avances, beneficios y posibles riesgos	
<i>Enrique Prieto-Ríos Beatriz Eugenia Luna de Aliaga Daniel Delgado María Navas Nicolás Sánchez</i>	256
Introducción	256
1. ¿Qué es la debida diligencia empresarial en derechos humanos?.....	258
2. Avances normativos en otras jurisdicciones y en Colombia	261
3. ¿Por qué es importante la debida diligencia empresarial en derechos humanos?	265
Conclusiones y recomendaciones.....	267
Bibliografía.....	268

PRESENTACIÓN

Andrés Gaitán Rozo
Yira López-Castro

Este libro colectivo ofrece una mirada integral a los riesgos que enfrentan las empresas desde múltiples dimensiones: jurídicas, éticas, sociales, ambientales, tecnológicas y financieras. A través de un enfoque práctico y multidisciplinario, los distintos capítulos abordan desafíos críticos como la sostenibilidad empresarial, la sucesión en empresas familiares, la insolvencia, los riesgos contractuales, laborales, tecnológicos y tributarios, así como el cumplimiento normativo en áreas clave como la protección de datos personales, el derecho del consumo, la libre competencia y la prevención del lavado de activos.

A lo largo de sus páginas, se exploran herramientas de gestión, estrategias de prevención y marcos regulatorios que permiten a las organizaciones anticipar contingencias, tomar decisiones informadas y construir entornos de negocio más resilientes, éticos y sostenibles. Las reflexiones presentadas se basan tanto en el análisis normativo como en la experiencia práctica, lo que permite articular recomendaciones útiles para empresarios, abogados, oficiales de cumplimiento, académicos y administradores societarios.

Además de identificar los principales focos de riesgo empresarial, la obra propone soluciones orientadas a la mejora de la gobernanza corporativa, el cumplimiento proactivo y la generación de valor a largo plazo. Se destaca especialmente la importancia de la debida diligencia en derechos humanos, la gestión responsable de los contratos, el fortalecimiento del rol de los administradores y la necesidad de integrar principios de transparencia, responsabilidad y ética en todas las áreas del negocio.

La Superintendencia de Sociedades, en asocio con el Colegio de Abogados Comercialistas y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario han unido sus esfuerzos para lograr que este libro se constituya en una guía esencial para navegar en un entorno empresarial cada vez más complejo y regulado, donde la anticipación y la prevención del riesgo se convierten en pilares fundamentales para la sostenibilidad y la competitividad. Al reunir voces expertas y experiencias diversas, esta obra invita a reflexionar sobre el papel de la empresa como agente económico y social en el siglo XXI.

El libro comienza con un estudio sobre la importancia de las recomendaciones sobre sostenibilidad empresarial emanadas de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades, escrito por Billy Escobar Pérez. En un entorno donde los desafíos sociales y ambientales impactan cada vez más la operación de las organizaciones, dichas recomendaciones se configuran como una guía esencial para promover prácticas responsables que integren lo económico, lo social y lo ambiental. Estas directrices permiten a las empresas fortalecer su reputación, reducir riesgos y avanzar hacia una gestión más eficiente y ética. El capítulo destaca el rol que ha asumido la Superintendencia de Sociedades como promotora de un entorno empresarial sostenible, mediante acciones preventivas, de acompañamiento y supervisión.

El siguiente capítulo, escrito por Andrés Gaitán Rozo, aborda los errores más comunes que afectan la sucesión en las empresas familiares, destacando cómo una planificación deficiente puede comprometer la continuidad del negocio. A partir del análisis de diez fallas recurrentes, el autor subraya la necesidad de concebir la sucesión como un proceso integral que va más allá de la simple elección del sucesor. La ausencia de estructuras de gobierno corporativo, la falta de formación estratégica de los herederos y la postergación de decisiones críticas son algunos de los factores que elevan el riesgo de conflictos familiares y crisis empresariales. Asimismo, se enfatiza la importancia de preservar la visión del fundador sin frenar la evolución de la empresa. El artículo propone medidas como la implementación de protocolos de familia, acuerdos entre socios y una documentación clara y anticipada del proceso sucesorio, como herramientas clave para asegurar una transición generacional ordenada.

En el entorno empresarial actual, las organizaciones enfrentan desafíos crecientes en sostenibilidad, gestión ambiental y responsabilidad social. En respuesta a estos desafíos, Ana Milena Muñoz Roldán señala en su texto que, adoptar un enfoque integral basado en el desarrollo sostenible es fundamental para garantizar la viabilidad operativa y generar valor a largo plazo. La autora señala que este enfoque no solo busca cumplir con normativas y expectativas sociales, sino también alinear la estrategia corporativa con principios éticos y ambientales sólidos. Su análisis incluye elementos clave como la gestión de riesgos, el uso responsable de los recursos naturales, la protección de los derechos humanos y la implementación de acciones coherentes desde el gobierno corporativo. La experiencia de la Organización Carvajal ejemplifica esta transición, al integrar prácticas sostenibles en su modelo de negocio.

Pilar Ospina Ariza analiza los riesgos asociados a la gestión de los administradores en los procesos de insolvencia en el contexto empresarial colombiano. A partir del bajo índice de supervivencia de las empresas —especialmente microempresas y personas naturales— se expone cómo la insolvencia representa uno de los desafíos más complejos que puede enfrentar un empresario. Lejos de ser una etapa final inevitable, la insolvencia también puede abrir la puerta a mecanismos de recuperación o liquidación ordenada, siempre que exista una gestión diligente por parte de los administradores. Una administración eficaz durante la reorganización puede preservar la empresa y sus empleos, mientras que en la liquidación se vuelve crucial proteger los activos y maximizar el pago a los acreedores. El capítulo ofrece una visión general de los procesos de insolvencia y del régimen de responsabilidad aplicable, identificando los principales riesgos de gestión que pueden comprometer tanto los intereses de los acreedores como la viabilidad empresarial futura.

El siguiente capítulo aborda la importancia de las alertas financieras tempranas como herramientas clave para prevenir la insolvencia empresarial. Elsa María López Roca, María Zoraida Peña González y Ana María Cuervo Gasca advierten que en un entorno donde las empresas son actores fundamentales del desarrollo económico, los administradores deben identificar señales que adviertan sobre deterioro patrimonial o riesgos de continuidad. Las autoras exploran cómo, mediante indicadores financieros como liquidez, rentabilidad o endeudamiento, es posible detectar a tiempo situaciones críticas y tomar decisiones estratégicas. El texto analiza los deberes legales de los administradores en Colombia ante escenarios de crisis, resaltando su responsabilidad de informar al máximo órgano social y actuar con la diligencia de un buen empresario. Asimismo, se destacan los mecanismos

normativos vigentes y el papel de la Superintendencia de Sociedades en el acompañamiento preventivo. La detección oportuna, la gestión proactiva y la supervisión institucional se presentan como pilares fundamentales para preservar la continuidad empresarial y proteger el orden económico nacional.

Andrés Hidalgo Salazar y Nadia Sánchez Alvarado examinan los principales riesgos de cumplimiento que pueden surgir en el desarrollo de operaciones de fusión y escisión societaria. Los autores brindan herramientas para facilitar la planificación, ejecución y control de estas operaciones. El capítulo destaca que, aunque las fusiones y escisiones implican efectos distintos sobre la estructura patrimonial, comparten procedimientos similares que justifican un análisis común de riesgos. El capítulo analiza los riesgos relacionados con las autorizaciones estatales, la responsabilidad heredada, la solicitud de garantías por parte de acreedores en el período de oposición, la normalización del pasivo pensional, los riesgos tributarios, contractuales, regulatorios, de transferencia de datos y en la ejecución del procedimiento.

Diana Camila Gaitán Hemelberg analiza las nuevas situaciones que deben considerar las empresas en Colombia al terminar contratos laborales, en un entorno normativo en constante evolución. Aunque el país permite cierta flexibilidad en la gestión del personal, existen normas y sentencias protectoras del trabajador que restringen el despido sin justa causa, especialmente en casos sensibles como embarazo, acoso sexual o situaciones de insolvencia. El artículo no aborda protecciones ampliamente consolidadas, sino que se centra en cambios recientes en la legislación y la jurisprudencia, como la redefinición de faltas graves o nuevos fueros especiales. Estas transformaciones obligan a las empresas a mantenerse actualizadas para evitar sanciones, reintegros ordenados judicialmente y daños reputacionales. El texto subraya que es esencial incorporar criterios de legalidad y prudencia en la toma de decisiones que impliquen la finalización de relaciones laborales, con o sin justa causa.

Los oficiales de cumplimiento y directivos empresariales encontrarán en el capítulo escrito por Luis Javier Acosta Castellanos orientaciones en la implementación efectiva de sistemas de prevención del lavado de activos, financiación del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva (LA/FT/FP). Basado en el Capítulo X de la Circular Básica Jurídica, el texto destaca la importancia de superar lo meramente formal y adaptar las directrices normativas a la realidad específica de cada empresa. Se señalan errores frecuentes como el desconocimiento del enfoque de materialidad y una gestión inadecuada de la información confidencial. Además, se enfatiza la necesidad de roles claros, liderazgo del oficial de cumplimiento y uso del Enfoque Basado en Riesgos (EBR), que permite priorizar controles según el nivel de amenaza. La implementación efectiva de este sistema fortalece la ética empresarial y protege a las compañías de riesgos legales, financieros y reputacionales que pueden afectar su sostenibilidad.

Los datos personales tienen un valor fundamental para las empresas. En ese sentido, Yira López Castro, Alejandro Londoño Congote y Grenfieth Sierra destacan la doble dimensión de los datos personales para las empresas: como un activo estratégico y como fuente de obligaciones legales. El tratamiento adecuado de estos datos permite mejorar la toma de decisiones, prevenir riesgos, personalizar servicios y fortalecer relaciones con distintos grupos de interés. Sin embargo, estos beneficios solo se alcanzan cuando se cumple con el

régimen de protección de datos personales. El texto expone los principios rectores del tratamiento, los deberes empresariales y el concepto de responsabilidad demostrada, clave para evidenciar cumplimiento. También advierte sobre los riesgos legales derivados de prácticas inadecuadas. En un contexto global donde la información es un recurso esencial, las empresas que protegen los datos personales incrementan su reputación y valor de marca.

Seguidamente, Alejandro Giraldo López examina los riesgos jurídicos y reputacionales que enfrentan las empresas por incumplir los derechos de los consumidores en Colombia. Subraya que el éxito empresarial depende de generar confianza, la cual se deteriora fácilmente ante malas prácticas como publicidad engañosa, atención deficiente o productos defectuosos. A través del análisis del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), el texto aborda obligaciones clave del empresario: brindar garantías, entregar información veraz, redactar contratos justos y evitar cláusulas abusivas. El incumplimiento puede acarrear sanciones legales, pérdidas económicas y daño a la reputación. Además, se destaca que cumplir estas normas fortalece relaciones comerciales duraderas, mejora la percepción del mercado y se convierte en una ventaja competitiva. El artículo concluye que respetar los derechos del consumidor no es un obstáculo, sino una base ética y estratégica para el crecimiento empresarial a largo plazo.

Andrés Palacios Lleras hace una crítica profunda a los programas de cumplimiento y análisis de riesgos en el derecho de la competencia, argumentando que han vaciado de contenido ético esta rama jurídica. En lugar de promover el respeto por la legitimidad y validez de las normas, estos mecanismos incentivan el cumplimiento solo por temor a sanciones o para obtener beneficios por colaboración. El autor examina su origen, su conexión con la globalización del modelo estadounidense y su adopción en el contexto colombiano, destacando cómo estas prácticas pueden generar ineficiencias y conductas anticompetitivas socialmente perjudiciales. Se cuestiona la preeminencia del enfoque instrumental en el derecho contemporáneo y se plantea la necesidad de recuperar fundamentos éticos en la obediencia normativa. El artículo invita a reflexionar sobre la conveniencia de seguir priorizando incentivos materiales en lugar de principios éticos, advirtiendo que esta tendencia puede debilitar la legitimidad y eficacia del derecho de la competencia.

La creciente dependencia tecnológica, aunque genera oportunidades para las empresas, también introduce riesgos significativos. Al respecto, Erick Rincón Cárdenas aborda tres áreas clave para la gestión de riesgos empresariales: ciberseguridad, infraestructura tecnológica e inteligencia artificial (IA). La ciberseguridad se ha vuelto prioritaria debido al aumento de datos sensibles almacenados digitalmente, lo que ha hecho a las empresas más vulnerables a ataques cibernéticos cada vez más sofisticados. La infraestructura tecnológica, incluyendo servicios en la nube y telecomunicaciones es esencial para el funcionamiento empresarial, por lo que cualquier falla puede paralizar operaciones críticas. En cuanto a la inteligencia artificial, se reconoce su potencial para optimizar procesos y apoyar decisiones, pero también se advierte sobre riesgos como la opacidad algorítmica y sus implicaciones éticas. El artículo concluye que la gestión adecuada de estos riesgos es indispensable para garantizar la continuidad operativa, proteger la reputación empresarial y aprovechar de forma segura los beneficios de la transformación digital.

Catalina Hoyos Jiménez analiza los crecientes desafíos que enfrentan las empresas en Colombia debido a la complejidad, inestabilidad y fragmentación del sistema tributario. Las frecuentes reformas fiscales, sumadas a la hiperregulación a nivel nacional, departamental y municipal, generan un alto grado de inseguridad jurídica. Las interpretaciones dispares de la normativa por parte de la DIAN, jueces y entes territoriales complican el cumplimiento y aumentan los riesgos fiscales. Además, la fiscalización intensiva y la interrelación con otros regímenes como Sarlaft incrementan la exposición a sanciones, deterioro reputacional y afectaciones operativas. A nivel internacional, iniciativas como el plan BEPS de la OCDE obligan a adoptar estándares de transparencia más exigentes. El artículo propone un enfoque integral que combine tecnología, consultoría especializada y auditorías internas como herramientas clave para mitigar los riesgos tributarios.

Diana Carolina Valencia Tello destaca la relevancia de identificar y gestionar adecuadamente los riesgos previsibles en la contratación estatal como parte esencial de una planeación contractual eficiente. Las empresas que son proponentes en la contratación pública deben considerar que los riesgos están regulados y deben analizarse conforme a metodologías definidas por Colombia Compra Eficiente y documentos Conpes. El análisis de estos riesgos, tanto por parte de las entidades como de los proponentes, permite distribuir responsabilidades de manera equilibrada, evitar conflictos y garantizar la estabilidad del contrato. El artículo aboga por una mayor conciencia en torno a la identificación de riesgos, promoviendo la colaboración público-privada con base en la transparencia, la buena fe y el conocimiento técnico.

Los riesgos en la contratación privada son analizados por Édgar Iván León Robayo y Melissa Alejandra Dukuara. Su artículo analiza la importancia de la gestión proactiva de riesgos. A través de prácticas como la protección de datos sensibles, el cumplimiento normativo, la debida diligencia y el análisis de contrapartes, se busca prevenir conflictos, proteger activos y fortalecer la confianza entre las partes. Se destaca la necesidad de establecer sistemas de monitoreo, control y auditoría para detectar fraudes o irregularidades, así como el rol fundamental del administrador, responsable de prevenir conflictos de interés y cumplir deberes fiduciarios. El artículo plantea un marco integral para mitigar riesgos en acuerdos privados, fortaleciendo la sostenibilidad, legalidad y rentabilidad de las relaciones comerciales.

El libro cierra con estudio sobre debida diligencia empresarial en derechos humanos, escrito por los integrantes del Semillero de Investigación en Derecho Internacional Económico Y Gobernanza Global de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. El texto introduce el concepto de debida diligencia empresarial en derechos humanos, destacando su evolución desde los años setenta y su consolidación a través de instrumentos internacionales como los Principios Rectores de la ONU. Este proceso permite a las empresas identificar, prevenir, mitigar y reparar impactos negativos sobre los derechos humanos derivados de sus operaciones. Alineada con estándares internacionales, la debida diligencia debe adaptarse al tamaño, sector y contexto geográfico de cada empresa. El capítulo revisa avances normativos en países como Francia, Alemania, Chile y Brasil, y en la Unión Europea, resaltando que esta práctica genera beneficios reputacionales y fortalece relaciones con partes interesadas.

Bogotá, abril de 2025

Capítulo 1

La importancia de las recomendaciones en materia de sostenibilidad empresarial de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades

Billy Escobar Pérez¹

Introducción

En el actual contexto empresarial, la sostenibilidad se ha convertido en un factor clave para garantizar la viabilidad a largo plazo de las organizaciones. La Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades² establece una serie de recomendaciones en materia de sostenibilidad empresarial, las cuales buscan fomentar la adopción de prácticas responsables que contribuyan al desarrollo económico, social y ambiental. Estas directrices no solo representan un marco de cumplimiento normativo, sino que también ofrecen a las empresas una oportunidad para fortalecer su reputación, mejorar su competitividad y generar valor compartido para la sociedad. En este ensayo se analizará la importancia de estas recomendaciones, así como su impacto en la gestión corporativa y en el entorno en el que operan las organizaciones.

1. La Agenda 2030

El desarrollo de la sostenibilidad empresarial en la última década se ha soportado en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, promovida por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y suscrita por 193 países, incluido Colombia. Esta agenda estableció 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y 169 metas, permitiendo a las organizaciones enfocar sus estrategias, metas y actividades para demostrar cómo su negocio contribuye a la sostenibilidad³.

Los ODS están enfocados en cinco ámbitos: personas, planeta, prosperidad, paz y participación colectiva, entendidos de la siguiente manera:

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia; magíster en Administración de Negocios de la Universidad de los Andes y en Seguridad Social de la Universidad de Alcalá (España), magíster en Comercio Internacional de la Universidad Sapienza de Roma (Italia). Experto en el asesoramiento jurídico de empresas de cualquier sector y en el desarrollo de consultorías en temas de *compliance*. Cuenta con amplia experiencia en la representación de empresas, de entidades de la administración pública y pares del sector privado ante instituciones judiciales, así como en la asesoría para la constitución, gestión, modificación o disolución de todo tipo de sociedades mercantiles. Tiene más de 30 años de experiencia en la administración y gestión de instituciones de educación superior, así como en la docencia en las áreas de derecho del trabajo, derecho comercial, seguridad social, derecho procesal y derecho probatorio en universidades nacionales y extranjeras entre las que destacan la Universidad Externado de Colombia, la Universidad del Rosario, la Universidad Central, la Universidad Santo Tomás, la Universidad de La Sabana, la Institución Universitaria Politécnica Grancolombiano, la Universidad de Guadalajara (México), la Universidad de Udine (Italia) y la Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia). En la actualidad se desempeña como Superintendente de Sociedades.

² Colombia, Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica, 21 de noviembre de 2023.

³ Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones y Pacto Global Red Colombia. *Resumen ejecutivo de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y sus 169 metas*. Bogotá. 2018, p. 5.

“la dignidad e igualdad en un ambiente saludable (personas), colocar la protección del planeta en el centro (planeta), transformar las economías para disfrutar de una vida próspera en armonía con el planeta (prosperidad), propiciar sociedades pacíficas (paz) y crear una alianza mundial entre los diferentes actores (alianzas)”.⁴

En ese sentido, los ODS son el pilar sobre el que se fundamentan las estrategias de sostenibilidad, ya que reflejan de manera integral, las realidades y capacidades propias de las empresas. Al incorporarlos en su operación en un corto y largo plazo, estas responderán a las implicaciones de su actividad en todas las áreas de impacto.

En este contexto, la implementación de los ODS en las políticas de sostenibilidad empresarial a nivel mundial se ha consolidado como una práctica generalizada, especialmente, desde su adopción en la Asamblea General de Naciones Unidas en 2015. A la fecha, se han creado 190 normativas en todo el mundo, adaptadas a las exigencias de sostenibilidad⁵.

2. Sostenibilidad empresarial y su marco regulatorio

La sostenibilidad empresarial se refiere a la integración de consideraciones económicas, sociales y ambientales en la estrategia y operación de una empresa. En Colombia, la Superintendencia de Sociedades, en el Capítulo XV de la Circular Básica Jurídica, reconoce que la sostenibilidad es un asunto multidimensional que requiere la participación dedicada de múltiples expertos y de la sociedad civil. Asimismo, recomienda la implementación de mejores prácticas en esta materia, de tal manera que se identifiquen los riesgos correspondientes y se promuevan soluciones innovadoras que contribuyan eficazmente a la perdurabilidad empresarial⁶.

Dicha normativa contiene directrices relacionadas con el cumplimiento normativo, la transparencia y la responsabilidad social empresarial. Establece criterios que las empresas deben considerar para operar de manera sostenible, incluyendo aspectos como la gestión de riesgos ambientales, la debida diligencia en derechos humanos y la inclusión de políticas de gobernanza corporativa. Estas disposiciones buscan alinear las prácticas empresariales con los ODS, fomentando una mayor corresponsabilidad de las empresas en la construcción de un desarrollo sostenible.

La incorporación del Capítulo XV busca que las empresas puedan reportar de forma estandarizada el impacto que generan en el desarrollo de su objeto social en las diferentes áreas de la sostenibilidad. Esto promueve la implementación de estándares internacionales aplicables y de prácticas orientadas a mejorar la competitividad de los supervisados.

En la Circular, la autoridad administrativa recomienda que las empresas presenten reportes de sostenibilidad para identificar, prevenir y mitigar los riesgos que puedan afectar la

⁴ Uribe Macías, Mario Enrique. *La responsabilidad social empresarial. Un modelo de gestión para las organizaciones*. Ediciones de la U. Bogotá. 2020. p. 52.

⁵ Forética. *Tendencias ESG 2025. Claves para la agenda empresarial de sostenibilidad*. España. 2025, p. 8. Consultado de: https://foretica.org/wp-content/uploads/2025/01/Informe-TendenciasESG_2025_Foretica.pdf el 28 de enero de 2025.

⁶ Colombia, Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000010, noviembre 21 de 2023.

sostenibilidad a largo plazo, incluyendo no solo su desempeño económico, sino también el impacto en otras áreas. También destaca la importancia de la transparencia y la gestión adecuada de los recursos para fortalecer la responsabilidad corporativa y promover prácticas empresariales que favorezcan el desarrollo sostenible en el contexto legal.

Uno de los aspectos clave de la Circular Básica Jurídica es su énfasis en la divulgación de información no financiera, que incluye indicadores ambientales, sociales y de gobernanza (ASG). Las entidades empresariales que reportan bajo estos lineamientos deben incluir en sus informes datos detallados sobre su impacto ambiental, políticas de inclusión, condiciones laborales y prácticas de buen gobierno corporativo. Este enfoque garantiza una mayor transparencia y facilita la toma de decisiones informadas por parte de los grupos de interés. Los criterios ASG son fundamentales para el desarrollo empresarial sostenible a largo plazo⁷.

La Circular también establece que las entidades empresariales desarrollen estrategias de debida diligencia para identificar, prevenir y mitigar riesgos asociados a sus operaciones. Esto implica un análisis integral de los posibles impactos negativos en el entorno y la sociedad, así como la implementación de medidas correctivas para garantizar el cumplimiento normativo y fortalecer la confianza de los *stakeholders*⁸.

En sectores como la minería y la agroindustria estas prácticas han contribuido a reducir conflictos sociales y a mejorar la relación con las comunidades locales. La estrecha relación que debe existir entre la empresa y las comunidades permite que haya inclusión y diversidad en los equipos de trabajo, promoviendo la igualdad de oportunidades y la no discriminación.

Otro componente fundamental es su enfoque en el buen gobierno corporativo. Las empresas deben adoptar estructuras y políticas que garanticen la participación equitativa de todos los actores relevantes, promoviendo la diversidad en los órganos de dirección y asegurando que las decisiones empresariales se armonicen con principios éticos y sostenibles. Esto incrementa la capacidad de las organizaciones para adaptarse frente a los cambios y desafíos y mejora su reputación en el mercado.

La Circular Básica Jurídica destaca, además, la importancia de integrar la sostenibilidad en la estrategia empresarial como una forma de garantizar la creación de valor a largo plazo. Hacerlo implica que las empresas alineen sus objetivos económicos con metas sociales y ambientales, reconociendo que la sostenibilidad no es un costo adicional, sino una inversión estratégica que genera ventajas competitivas significativas.

3. Beneficios de implementar las recomendaciones de sostenibilidad

La aplicación de las recomendaciones contenidas en la Circular Básica Jurídica les genera a las empresas beneficios tangibles e intangibles. En primer lugar, mejora la gestión del riesgo

⁷ Escobar Lorenzoni, Lina y Herrera Martínez, Julián. “Los criterios ASG en las sociedades comerciales colombianas: ¿brújula moral o legal?”, *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, 2023, 23, (2), pp. 2-31, en <https://www.redalyc.org/journal/733/73378756009/73378756009.pdf> consulta el 24 de enero de 2025.

⁸ “Así, se define a los Stakeholder como “individuos o grupos que pueden ser impactados por, o pueden influir en el éxito o el fracaso de las actividades o proyectos de una organización”. Ver: Bourne L., citada en Rodríguez, Antonio, “Gestión de Stakeholders: Gestión de grupos de interés”, *Revista Escuela de Administración de Negocios*, 75, 2013, pp. 3, en <https://www.redalyc.org/pdf/206/20629981011.pdf> consulta de 24 de enero de 2025.

corporativo al incorporar factores ambientales y sociales que pueden afectar su estabilidad financiera y operativa. De esta manera, pueden anticiparse a posibles crisis derivadas de problemas como la escasez de recursos naturales, cambios regulatorios o conflictos con comunidades locales.

Además, adoptar buenas prácticas de sostenibilidad mejora la imagen y la reputación corporativa, lo que fortalece la relación con clientes, inversionistas y otras partes interesadas. Cada vez más consumidores y socios comerciales prefieren relacionarse con empresas que demuestran un compromiso genuino con el desarrollo sostenible. En este sentido, el cumplimiento de las recomendaciones de la Superintendencia de Sociedades puede convertirse en una ventaja competitiva y en un generador de confianza para los grupos de interés.

Desde el punto de vista económico, la sostenibilidad empresarial también contribuye a la optimización de costos operativos. La implementación de estrategias de eficiencia energética, gestión responsable de residuos y economía circular ayuda a reducir gastos y a mejorar la rentabilidad a largo plazo. Asimismo, las políticas de sostenibilidad facilitan el acceso a financiamiento sostenible y a incentivos gubernamentales dirigidos a empresas con buenas prácticas ambientales y sociales.

4. La sostenibilidad: un reto para todas las empresas

Conviene destacar que aunque la Circular está dirigida especialmente a las sociedades vigiladas y controladas por la Superintendencia de Sociedades, priorizando los sectores minero-energético, manufacturero, turístico, construcción, telecomunicaciones y nuevas tecnologías, el desafío de implementar buenas prácticas de sostenibilidad les corresponde a todas las empresas.

En este contexto, las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes) representan más del 99 % del total de las empresas en Colombia, generan cerca el 79 % del empleo y aportan el 40 % del producto interno bruto (PIB)⁹. Por lo tanto, desde el momento de su constitución las mipymes deben estructurar un esquema de gobierno orientado a la consolidación de relaciones sostenibles con los diferentes grupos de interés. Se trata de generar confianza en el mercado para lograr una proyección a largo plazo.

Como señala el libro *Estudio sobre empresas colombianas perdurables. Casos de éxito*, publicado por la Superintendencia de Sociedades,

“Dentro de las estrategias de toda organización debe estar el fortalecimiento de las relaciones con los accionistas mayoritarios, minoritarios, administradores, empleados, proveedores, acreedores, clientes, supervisores y comunidad. El buen gobierno de las empresas implica un trabajo constante por generar y preservar la

⁹ Llanes, María Claudia. “Colombia. Una mirada a las mipymes en Colombia”, en BBVA Research, 2024, en www.bbvarresearch.com/publicaciones/colombia-una-mirada-a-las-mipymes-en-colombia consulta de febrero 6 de 2025.

confianza con estos diferentes grupos que de una u otra forma les generan riqueza a las empresas”.¹⁰

5. La autorregulación

La Superintendencia de Sociedades busca que los empresarios se involucren de manera voluntaria en procesos de mejora de sus estructuras y prácticas de gobierno corporativo, orientadas a generar relaciones sostenibles con todos sus grupos de interés. Aunque esta autoridad administrativa tiene amplias facultades para adelantar procesos sancionatorios a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos, en lo relativo a las recomendaciones de sostenibilidad se ha considerado que la autorregulación puede dar mejores resultados. De este modo, se busca que los empresarios se involucren en el diseño de programas que cumplan con altos estándares y se adapten a las particularidades de cada organización. Es posible que, en el futuro, estas instrucciones sean de carácter obligatorio.

6. Desafíos en la implementación de las recomendaciones

A pesar de los beneficios de adoptar prácticas sostenibles, muchas empresas enfrentan desafíos en su implementación. Entre los principales están la falta de conocimiento sobre las normativas, la resistencia al cambio y la percepción de que las inversiones en sostenibilidad pueden ser costosas a corto plazo. Para superarlos, es clave desarrollar estrategias que incluyan la capacitación y sensibilización del capital humano de la compañía, así como su alineación con los objetivos corporativos.

También es importante que las autoridades gubernamentales y las entidades reguladoras fortalezcan los mecanismos de monitoreo y cumplimiento de las recomendaciones de sostenibilidad. La creación de incentivos y la promoción de casos de éxito pueden motivar a más empresas a adoptar estas prácticas de manera voluntaria y estratégica.

7. El papel de la Superintendencia de Sociedades en la sostenibilidad

La Superintendencia de Sociedades desempeña un papel clave en la sostenibilidad empresarial. Las distintas áreas misionales de la entidad deben alinearse con su misión institucional: contribuir al crecimiento y la preservación de las empresas del país mediante políticas de prevención, acompañamiento y supervisión de las sociedades mercantiles, otros entes y personas naturales establecidas en la ley. Su objetivo es promover buenas prácticas empresariales con impacto social, ambiental y en el gobierno corporativo.

En este sentido, a la Delegatura de Supervisión Societaria le corresponde garantizar que las empresas supervisadas cumplan con las normas de derecho societario, con un enfoque especial en el buen gobierno empresarial. Además, que cumplan con los estándares de divulgación de información para garantizar la transparencia en el mercado.

¹⁰ Gaitán Roza, Andrés, Hincapié Cardona, Alba Lucía y Castro Velasco, José Danilo. *Estudio sobre empresas colombianas perdurables. Casos de éxito*. Superintendencia de Sociedades. Bogotá. 2013, p. 453.

La Delegatura de Procedimientos de Insolvencia tiene como principal objetivo promover el salvamento de las empresas mediante el direccionamiento de los procesos concursales de reorganización. En su calidad de supremo juez del concurso, la Superintendencia de Sociedades trabaja para que las compañías logren acuerdos con sus acreedores que permitan la sostenibilidad de las sociedades como actores principales del desarrollo económico.

Asimismo, la Delegatura de Asuntos Económicos y Societarios fomenta una cultura de cumplimiento con los más altos estándares internacionales. Su labor es generar y suministrar información útil, confiable y de calidad a partir de los reportes de las empresas supervisadas. Esta información es fundamental tanto para la toma de decisiones macroeconómicas por parte del Estado como para las decisiones gerenciales dentro de las empresas.

Por su parte, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, administra justicia de manera ágil y especializada en asuntos societarios, de acuerdo con la competencia que le otorga la ley. Además, ofrece un servicio gratuito de conciliación, especializado en la resolución de conflictos empresariales, con especial énfasis en la solución de disputas societarias y de insolvencia.

De igual manera, la Delegatura de Intervención y Asuntos Financieros Especiales lleva a cabo funciones especializadas en la investigación administrativa de posibles eventos de captación ilegal de recursos del público y de intervención judicial. Además, realiza una labor pedagógica para evitar que las personas incurran en malas prácticas de inversión que puedan generar situaciones de crisis, e incluso la liquidación de empresas.

Finalmente, la Superintendencia de Sociedades ha desarrollado un micrositio web dedicado a la sostenibilidad¹¹, donde pone a disposición de las empresas recursos y herramientas para facilitarles la comprensión y aplicación de prácticas sostenibles en sus operaciones. Este espacio ofrece información sobre marcos nacionales e internacionales en la materia, así como resultados de encuestas y diagnósticos realizados a las compañías.

8. Encuesta de sostenibilidad

Con el objetivo de evaluar el estado de la sostenibilidad en el sector empresarial colombiano, en 2024 la Superintendencia de Sociedades realizó la Encuesta de Sostenibilidad¹², en la que participaron 1107 empresas. La encuesta, conformada por 87 preguntas y que abarcó todas las dimensiones clave de la sostenibilidad (ambiental, social, de gobernanza, económica y financiera), tenía como propósito conocer cómo las sociedades están incorporando prácticas sostenibles en sus operaciones. Los resultados obtenidos son de gran utilidad para la entidad, ya que permiten identificar áreas de mejora y diseñar estrategias para fortalecer la sostenibilidad empresarial.

Se observó un nivel significativo de conocimiento sobre los ODS de la Agenda de 2030, lo que indica una alineación creciente con los estándares internacionales. En términos generales,

¹¹ <https://www.supersociedades.gov.co/web/nuestra-entidad/sostenibilidad>

¹² Superintendencia de Sociedades. *Diagnóstico de la Encuesta de Sostenibilidad*. Bogotá. 2024, en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/6846526/DIAGNOSTICO-DE-SOSTENIBILIDAD-2024.pdf> consulta el 21 de enero de 2025.

se identifica una tendencia positiva respecto a la generación de conciencia empresarial sobre las dimensiones clave de sostenibilidad. De hecho, el 53 % de los encuestados (583 empresas) manifestó haber integrado en su visión y misión compromisos relacionados con estas dimensiones.

Lo anterior indica la existencia de un innegable avance del empresariado colombiano frente a la problemática mundial que plantea la sostenibilidad. Sin embargo, también revela el importante camino que aún queda por recorrer para consolidar la sostenibilidad como parte estratégica de la gestión corporativa. Esto constituye un desafío considerable para la Superintendencia de Sociedades, específicamente en términos pedagógicos. Las actividades de divulgación que adelanta la entidad contribuyen de manera significativa a la consolidación de la cultura de buen gobierno en el ámbito empresarial.

Es importante destacar que la sostenibilidad se debe valorar de manera integral. En ese sentido, se evidencia como común denominador que las empresas asumen una o varias dimensiones, pero descuidan otras. En términos de la integración de principios ambientales, sociales y de gobernanza, la mayoría de las empresas encuestadas indicaron aplicarlos en sus decisiones. No obstante, no se especifica su periodicidad ni alcance, lo que sugiere que estas prácticas se aplican de manera aislada o discontinua. Además, no es clara la relación entre el manejo presupuestal y financiero y la implementación de prácticas sostenibles.

Otro hallazgo importante es que un número importante de sociedades no están familiarizadas con la implementación de estándares internacionales en los reportes de sostenibilidad, aspecto sobre el cual se debe avanzar. La adopción de estos instrumentos permite establecer un lenguaje común y universal, indispensable para el desarrollo de los negocios en la actualidad.

Asimismo, se pudo constatar que la mayoría de las empresas carecen de procedimientos definidos para el diseño, dirección y aprobación de programas de sostenibilidad. Además, menos de una tercera parte de los encuestados dispone de una matriz de riesgos o de instrumento equivalente para evaluar los riesgos actuales y potenciales de sus prácticas a la luz de la sostenibilidad. Se estima que aunque en Colombia las empresas están empezando a abordar la sostenibilidad, aún falta mucha claridad sobre su desarrollo sistemático, metódico y organizado que permita incorporar prácticas sostenibles a nivel estratégico.

A pesar de ello, los resultados de la encuesta muestran avances positivos en la promoción de la ética en los negocios. No obstante, es importante superar la concepción tradicional para avanzar y evitar prácticas como el soborno y otras formas de corrupción, e incorporar como determinantes buenas prácticas que promuevan la sostenibilidad en las dimensiones social, ambiental, económica, financiera y de gobernanza.

En relación con el uso sostenible de los recursos naturales, se evidenció la pertinencia de dar rigor a las prácticas de control ambiental para evitar omisiones que puedan afectar negativamente al medioambiente. Para ello es recomendable usar sistemas y programas de gestión ambiental, así como métricas que cuantifiquen de manera precisa la huella hídrica, de carbono y ecológica de las empresas.

Además, es fundamental realizar auditorías y, muy importante, aplicar procesos de debida diligencia a las contrapartes para verificar la procedencia de insumos y productos con el fin de evitar que la empresa sea usada como vehículo para la comisión de delitos ambientales¹³. Aunque la encuesta se trató de un acercamiento inicial sobre cómo las empresas están asumiendo la sostenibilidad, es importante que en el futuro se preparen para presentar información más detallada sobre su gestión ambiental.

En cuanto al área de impacto social, aunque se han asumido compromisos, se observó que también es importante exigir estos compromisos a las contrapartes, pues de esta manera se amplía el impacto y se contribuye a crear entornos sostenibles de manera más efectiva. También fue evidente que solo una tercera parte de los encuestados vincula a las comunidades en sus proyectos de sostenibilidad. Avanzar en esta área debe ser una prioridad, con el fin de conocer las necesidades de su entorno social de manera directa.

Finalmente, se destaca la importancia de continuar desarrollando estrategias económicas de prosperidad compartida que generen verdaderas oportunidades de riqueza para los habitantes de las áreas de influencia de las compañías. Estas estrategias deben impulsar el emprendimiento, apoyar a los pequeños empresarios y promover iniciativas que estimulen la producción local y la economía popular. En términos de eficiencia económica, estas acciones van más allá de la beneficencia, aportando en términos reales oportunidades para lograr la erradicación de la pobreza, en armonía con el primer ODS, “porque como seres humanos, nuestro bienestar está ligado al de los demás”¹⁴.

9. Guía de Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo

En 2023, la Superintendencia de Sociedades, junto con Confecámaras y la Cámara de Comercio de Bogotá, elaboró la *Guía de Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo para empresas competitivas, productivas y perdurables 2023*. El documento incluye seis medidas y trece recomendaciones para ayudar a las empresas a adoptar un modelo de negocio y de gobernanza que integre la sostenibilidad y la conducta empresarial responsable (SCER), en sintonía con las nuevas realidades globales. Estas medidas y recomendaciones se estructuran en torno a los siguientes postulados¹⁵:

1. Establecer el enfoque de SCER, “considerando los requerimientos legales y regulatorios, los riesgos que se aplican en función de su actividad y propósito empresarial”.
2. Identificar “estándares y buenas prácticas en materia de SCER, así como la pertinencia y viabilidad de su implementación”.
3. Establecer una estrategia de sostenibilidad y conducta “a partir de su enfoque y propósito empresarial y el entendimiento de las expectativas de sus grupos de interés”.

¹⁴ Organización de Naciones Unidas. “Objetivo 1: Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo”, en Objetivos de Desarrollo Sostenible, en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/poverty/#:~:text=los%20ODS%202023-.Metas%20del%20objetivo%201,1%2C25%20d%C3%B3lares%20al%20d%C3%Ada> consulta el 6 de febrero de 2025.

¹⁵ Superintendencia de Sociedades, Confecámaras y Cámara de Comercio de Bogotá. *Guía de Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo para empresas, competitivas, productivas y perdurables*. Tercera edición. Bogotá. 2023, pp. 72-75, 77 y 79.

4. Definir una estrategia de sostenibilidad “con un esquema de gobierno que permita la gestión y operatividad”.
5. Crear “una estrategia de comunicación y relacionamiento con sus diferentes grupos de interés que le permita comunicar y promover su estrategia en materia de SCER”.
6. “Promover una cultura de mejoramiento continuo que contribuya al cumplimiento del propósito empresarial”.

Conclusiones

Las recomendaciones de sostenibilidad contenidas en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades resultan muy relevantes para promover un modelo empresarial responsable y sostenible. Su implementación no solo permite a las empresas cumplir con normativas y estándares internacionales, sino que también les brinda la oportunidad de mejorar su reputación, reducir riesgos y optimizar costos operativos.

El futuro de las empresas depende, en gran medida, de su capacidad para adaptarse a los desafíos ambientales y sociales que plantea el mundo actual. En este sentido, incorporar estrategias sostenibles en la gestión corporativa es una necesidad ineludible. Para lograrlo, es importante que tanto las empresas como los entes reguladores trabajen de manera conjunta en la construcción de un entorno empresarial más responsable y sostenible para las generaciones futuras.

Desde esta perspectiva, la Superintendencia de Sociedades cumple un papel fundamental. Sus diferentes áreas misionales deben alinearse con su misión institucional: contribuir al crecimiento y la preservación de las empresas del país. A través de políticas de prevención, acompañamiento y supervisión, la entidad impulsa buenas prácticas empresariales con impacto social, ambiental y de gobierno corporativo, contribuyendo así a la perdurabilidad empresarial.

Bibliografía

Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones y Pacto Global Red Colombia. *Resumen ejecutivo de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y sus 169 metas*. Bogotá. 2018.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica, 21 de noviembre de 2023.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000010, noviembre 21 de 2023.

Escobar Lorenzoni, Lina y Herrera Martínez, Julián. “Los criterios ASG en las sociedades comerciales colombianas: ¿brújula moral o legal?”, *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, 2023,

23, (2), pp. 2-31, en <https://www.redalyc.org/journal/733/73378756009/73378756009.pdf> consulta el 24 de enero de 2025

Forética. *Tendencias ESG 2025. Claves para la agenda empresarial de sostenibilidad*. España. 2025. Consultado de: https://foretica.org/wp-content/uploads/2025/01/Informe-TendenciasESG_2025_Foretica.pdf el 28 de enero de 2025

Gaitán Rozo, Andrés, Hincapié Cardona, Alba Lucía y Castro Velasco, José Danilo. *Estudio sobre empresas colombianas perdurables. Casos de éxito*. Superintendencia de Sociedades. Bogotá. 2013.

Llanes, María Claudia. “Colombia. Una mirada a las mipymes en Colombia”, en BBVA Research, 2024, en www.bbvarsearch.com/publicaciones/colombia-una-mirada-a-las-mipymes-en-colombia consulta de febrero 6 de 2025.

Organización de Naciones Unidas. “Objetivos y metas de desarrollo sostenible”, en Objetivos de Desarrollo Sostenible, en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/poverty/#:~:text=los%20ODS%202023-.Metas%20del%20objetivo%201,1%2C25%20d%C3%B3lares%20al%20d%C3%Ada> consultada el 6 de febrero de 2025.

Rodríguez, Antonio. “Gestión de Stakeholders: Gestión de grupos de interés”, *Revista Escuela de Administración de Negocios*, 75, 2013, pp. 208-210, en <https://www.redalyc.org/pdf/206/20629981011.pdf> consultada el 24 de enero de 2025.

Superintendencia de Sociedades. *Diagnóstico de la Encuesta de Sostenibilidad*. Bogotá. 2024, en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/6846526/DIAGNOSTICO-DE-SOSTENIBILIDAD-2024.pdf> consulta de consulta el 21 de enero de 2025.

Superintendencia de Sociedades, Confecámaras y Cámara de Comercio de Bogotá. *Guía de Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo para empresas, competitivas, productivas y perdurables*. Tercera edición. Bogotá. 2023.

Uribe Macías, Mario Enrique. *La responsabilidad social empresarial. Un modelo de gestión para las organizaciones*. Ediciones de la U. Bogotá. 2020.

Capítulo 2

Diez graves errores de la sucesión en las empresas familiares

Andrés Gaitán Rozo¹⁶

Introducción

La sucesión en las empresas familiares es un proceso fundamental cuya gestión inadecuada puede poner en riesgo la estabilidad y continuidad del negocio. A lo largo del tiempo se han identificado errores recurrentes que afectan el éxito de la transición generacional. Entre estos se destacan el enfoque excesivo en la elección del sucesor en detrimento del fortalecimiento de los órganos de gobierno corporativo, así como la postergación de decisiones clave. Estos errores pueden generar conflictos familiares, bloqueos administrativos e incluso la pérdida del control de la empresa. Este ensayo analiza diez graves errores en la sucesión de empresas familiares, resaltando la importancia de estructurar un proceso de sucesión basado en estrategias de gobernanza, formación y planificación adecuada.

1. Centrarse más en el sucesor que en los órganos de gobierno corporativo

Si bien la preparación del sucesor es un aspecto clave en el proceso de traspaso generacional, priorizarla sobre lo fundamental, que es la profesionalización de los órganos de gobierno corporativo, resulta un riesgo. La historia de la familia Ford y su legado en la industria automotriz es un claro ejemplo de cómo una sucesión mal planificada puede verse interrumpida por circunstancias imprevistas.

Edsel Ford, hijo de Henry Ford, fue un empresario innovador que desempeñó un papel fundamental en la evolución de la Ford Motor Company. Sin embargo, su prematura muerte en 1943, antes que la de su padre, generó una crisis de liderazgo y un impacto profundo en la empresa y en la familia.

Nacido en 1893, Edsel Ford se involucró desde joven en el negocio familiar. A diferencia de su padre, quien tenía una visión más conservadora sobre la producción y el diseño de automóviles, Edsel impulsó la innovación y modernización de los modelos de la compañía.

¹⁶ Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana con especialización en Derecho Comercial. Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Experto en gobierno corporativo de empresas familiares. Realizó estudios de Filosofía y Psicología en el SMB. Diplomado en Gestión Legal y Administrativa del Talento Humano. Diplomado en Conciliación en la Cámara de Comercio de Bogotá. Profesor de Gerencia de Empresas de Familia, Grupos Empresariales y Derecho de Sociedades en programas de maestría, especialización, educación continua y pregrado en las universidades del Rosario, Los Andes, Javeriana y de la Sabana. Autor del libro *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*. Coautor de los libros *Sociedades de familia en Colombia*; *Empresas colombianas perdurables – Casos de éxito*; *Causas de la liquidación obligatoria de sociedades - Estrategias para prevenir la crisis*; *Empresas colombianas: actualidad y perspectivas*; *Empresas de familia: estrategias de éxito y permanencia*; *Cómo acrecentar y cuidar el patrimonio*; *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano*; *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*; *Conglomerados en Colombia. Actualidad y perspectivas*, y *Administradores societarios*. En el Cuarto Congreso de Derecho Comercial, organizado por la Cámara de Comercio de Bogotá, obtuvo mención de honor por la ponencia presentada sobre estrategias para superar las crisis empresariales. En la Superintendencia de Sociedades se ha desempeñado como asesor del superintendente, director de Supervisión de Asuntos Especiales y coordinador de los grupos de Control, Buen Gobierno y Conglomerados. agaitanrozo@yahoo.es

Bajo su liderazgo, Ford desarrolló vehículos icónicos como el Lincoln Zephyr y el Mercury, dirigidos a un segmento más sofisticado del mercado¹⁷.

Pese a sus logros, Edsel siempre operó bajo la sombra de su padre, quien mantenía un control férreo sobre la compañía y desconfiaba de muchas de las decisiones de su hijo. En varias ocasiones, bloqueó iniciativas que podrían haber modernizado la empresa en una etapa más temprana¹⁸.

Edsel falleció a los 49 años debido a un cáncer estomacal, agravado por el estrés, las constantes presiones impuestas por su padre y por la responsabilidad de liderar una de las mayores empresas del mundo en plena Segunda Guerra Mundial¹⁹. Aunque su salud se había deteriorado considerablemente en los años previos, su muerte fue repentina y dejó un vacío en la empresa y en la familia.

Devastado por la muerte de su hijo, Henry Ford retomó el control de la compañía a pesar de su avanzada edad y su deteriorado estado de salud mental y física. Esta decisión generó una crisis de liderazgo que afectó significativamente a la empresa y puso en riesgo su estabilidad²⁰.

La falta de un plan de sucesión adecuado y la negativa de Henry Ford a preparar adecuadamente a una nueva generación de líderes derivaron en un período de inestabilidad. Finalmente, en 1945, apenas dos años después de la muerte de Edsel, Henry Ford II, nieto del fundador, asumió la presidencia e inició una nueva era de modernización y profesionalización del liderazgo empresarial²¹.

Este caso evidencia la importancia de una planificación estratégica en la sucesión de las empresas familiares. La falta de preparación y la resistencia al cambio pueden generar crisis que ponen en riesgo la continuidad del negocio. Aunque en el caso de Ford la intervención de la siguiente generación permitió recuperar el rumbo, la abrupta ausencia de Edsel trajo consigo una serie de desafíos.

La historia de la prematura muerte de Edsel Ford demuestra la necesidad de contar con estructuras de gobierno corporativo enfocadas, principalmente, en la profesionalización de los órganos de gobierno, en particular de la junta directiva, para lograr transición ordenada en la sucesión empresarial. Si bien la formación de los sucesores es un aspecto muy relevante, existe el riesgo de que estos falten o decidan emprender otros proyectos por fuera de la empresa familiar. Por el contrario, los órganos de gobierno, más allá de sus miembros, tienen vocación de permanencia y resultan esenciales para la perdurabilidad de las empresas.

En una encuesta realizada a 316 empresas colombianas con más de 50 años de antigüedad se verificó que:

¹⁷ Brinkley, Douglass. *Wheels for the World: Henry Ford, His Company, and a Century of Progress. 1903-2003*. Viking Press. 2003, p. 217.

¹⁸ Nevins, Allan & Hill, Frank. *Ford: Expansion and Challenge, 1915-1933*. Charles Scribner's Sons. 1954, p. 312.

¹⁹ Watts, Steven. *The People's Tycoon: Henry Ford and the American Century*. Vintage Books. 2005, p. 411.

²⁰ Lacey, Robert. *Ford: The Men and the Machine*. Little Brown & Co. 1986, p. 453.

²¹ Lacey, Ford: *The Men and the Machine*, p. 298.

En la actualidad, el 76% de las compañías perdurables tiene junta directiva y en el 64,3% de los casos esta existe desde que las empresas se constituyeron. Este organismo de dirección es otro elemento fundamental para el desarrollo y la perdurabilidad. Los estudios sobre este tema señalan que la junta directiva debe estar integrada por personas idóneas que sean capaces de orientar la compañía a mediano y largo plazo, y además deben incluir miembros externos.²²

2. Olvidar los valores esenciales infundidos por los fundadores

Las empresas familiares suelen construirse sobre una base sólida de valores y principios que guían su crecimiento y sostenibilidad a lo largo del tiempo. Sin embargo, a medida que nuevas generaciones toman el control, estos valores fundamentales pueden diluirse o incluso desaparecer. La falta de alineación con la visión original del fundador puede llevar a la decadencia de la empresa y comprometer su futuro.

El fundador de una empresa familiar establece no solo la estructura y el modelo de negocio, sino también una cultura organizacional basada en principios como el trabajo duro, la ética, la visión a largo plazo y el compromiso con la comunidad. Por ejemplo, Sam Walton, fundador de Walmart, la multinacional de grandes tiendas de descuento, promovía la austeridad, el ahorro y la cercanía con los trabajadores y clientes²³. Sin embargo, con el tiempo la empresa ha sido cuestionada por prácticas laborales que se alejan de sus valores originales²⁴.

Un fenómeno recurrente en las empresas familiares es el llamado "síndrome de la tercera generación". Mientras que la primera construye el negocio y la segunda lo consolida, la tercera generación suele enfrentar el desafío de administrar una empresa establecida, pero sin el mismo vínculo con sus valores fundacionales. Según Miller y Le Breton-Miller, solo el 30% de las empresas familiares logran sobrevivir a la tercera generación, en gran parte por la pérdida de dirección estratégica y principios²⁵.

La historia de Odebrecht es un claro ejemplo de cómo una empresa familiar puede pasar de la excelencia a la ruina moral y empresarial cuando sus valores fundamentales se ven comprometidos. Fundada en 1944 por Norberto Odebrecht en Brasil, la compañía se convirtió en un referente global de la ingeniería y la construcción, expandiéndose a más de 25 países. Sin embargo, con la llegada de nuevas generaciones se vio envuelta en uno de los mayores escándalos de corrupción de la historia reciente, lo que demostró cómo la pérdida de principios puede destruir un legado construido con esfuerzo y visión a largo plazo.

Norberto Odebrecht estableció su compañía con una filosofía centrada en la excelencia, la ética empresarial y el desarrollo sostenible. En su libro *Sobreviver, Crescer e Perpetuar*²⁶, destacó la importancia de la "Tecnología Empresarial Odebrecht", un modelo de gestión

²² Gaitán Rozo, Andrés, Hincapié Cardona, Alba y Castro Velasco, José Danilo. *Estudio sobre empresas colombianas perdurables. Casos de éxito*. Superintendencia de Sociedades. Bogotá. 2013, p. 437.

²³ Walton, Sam & Huey, John. *Sam Walton: Made in America. My Story*. Bantam. 1993, p. 82.

²⁴ Lichtenstein, Nelson. *The Retail Revolution: How Wal-Mart Created a Brave New World of Business*. Metropolitan Books. 2009, p. 214.

²⁵ Miller, Danny & Le Breton-Miller, Isabelle. *Managing for the Long Run: Lessons in Competitive Advantage from Great Family Businesses*. Harvard Business Review Press. 2005, p. 134.

²⁶ Odebrecht, Norberto. *Sobreviver, Crescer e Perpetuar. Tecnologia Empresarial Odebrecht*. Editora Saraiva. Vol. 1. 1983, p. 45.

basado en la descentralización, la confianza en las personas y la responsabilidad social. Durante décadas, estos principios permitieron que la empresa se posicionara como líder en su sector y fuera reconocida como la mejor empresa familiar del mundo²⁷.

En la década de 1990, Marcelo Odebrecht asumió el liderazgo de la empresa, marcando un punto de inflexión en su historia. Aunque la compañía continuó su expansión, comenzó a adoptar prácticas cuestionables para garantizar contratos multimillonarios. Bajo su dirección se implementó un esquema de sobornos sistemático que aseguraba licitaciones públicas en América Latina y África.

El uso de la División de Operaciones Estructuradas para canalizar pagos ilícitos reflejó el abandono de los valores de transparencia y responsabilidad social promovidos por el fundador. En lugar de continuar con un liderazgo basado en la confianza y la meritocracia, la nueva generación de Odebrecht convirtió la corrupción en un pilar de su estrategia empresarial²⁸.

El escándalo de corrupción de Odebrecht, destapado en 2014 por la Operación Lava Jato en Brasil, tuvo repercusiones devastadoras para la compañía. La empresa enfrentó multas de más de 2600 millones de dólares y la prohibición de operar en varios países²⁹. Además, su reputación quedó destruida, convirtiéndose en un ejemplo de cómo una mala gestión puede desmoronar décadas de trabajo y prestigio.

El impacto no fue solo financiero, sino también social y político. Decenas de altos funcionarios en América Latina fueron implicados en el esquema de sobornos, desestabilizando gobiernos y reduciendo la confianza ciudadana en las instituciones públicas. La empresa pasó de ser un modelo de éxito familiar a convertirse en sinónimo de corrupción y malas prácticas.

El caso Odebrecht demuestra la importancia de mantener la integridad en la transición generacional dentro de las empresas familiares. La falta de controles internos y la sustitución de valores éticos por una visión de corto plazo pueden llevar al colapso de cualquier organización, sin importar su tamaño o prestigio. Esta crisis pudo haberse evitado con una estructura de gobernanza más sólida y una supervisión más estricta del legado ético de la empresa.

La caída de Odebrecht es una advertencia sobre los riesgos de perder los valores fundamentales en las empresas familiares. La transición generacional se debe acompañar de una reafirmación de principios, no de su abandono. Esta historia muestra cómo una organización puede pasar de ser la mejor empresa familiar del mundo a la peor cuando la ambición desmedida y la falta de ética toman el control. La lección es clara: la continuidad

²⁷ Grant, Robert M. *Contemporary Strategy Analysis*. Blackwell Publishing. 2007, p. 112.

²⁸ Filgueiras, Fernando. *Corrupção e Controle Democrático no Brasil*. Editorial de la Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). 2018, p. 156.

²⁹ Moro, Sergio. *Operação Lava Jato: A Verdade dos Fatos*. Editora Planeta do Brasil. 2020, p. 203.

de una empresa familiar no solo depende de su capacidad para adaptarse al mercado, sino, en primer lugar, de su compromiso con los valores que la hicieron exitosa.

3. Entregar la propiedad sin reservarse el control

La historia de Coca-Cola es un ejemplo emblemático de cómo los fundadores de empresas familiares pueden perder el control de su legado si no establecen mecanismos de protección adecuados. Asa Candler, el empresario que convirtió Coca-Cola en una de las marcas más reconocidas del mundo, descubrió que sus hijos vendieron la compañía sin su conocimiento, enterándose de la transacción a través de los periódicos. Este episodio muestra la importancia de mantener el control en las empresas familiares y los peligros de delegar completamente la propiedad sin contemplar mecanismos de supervisión.

Candler adquirió la fórmula de Coca-Cola en 1888 y fundó The Coca-Cola Company en 1892. Bajo su liderazgo, la empresa experimentó una rápida expansión, convirtiéndose en una marca global. Candler era un empresario visionario que apostó por una estrategia agresiva de *marketing* y distribución, estableciendo las bases del éxito de la compañía³⁰.

Sin embargo, en 1919 decidió retirarse de la dirección activa y transfirió la propiedad a sus hijos. Aunque confiaba en que su legado estaba asegurado, esta decisión marcó el inicio de una serie de eventos que culminaron en la venta de la compañía sin su consentimiento. Ese mismo año, los hijos vendieron la compañía a un grupo de inversionistas liderados por Ernest Woodruff por 25 millones de dólares. El hecho causó gran conmoción en la familia y en Candler, quien había dedicado su vida a la construcción del negocio.

Woodruff y su equipo implementaron cambios que llevaron a la modernización y expansión de Coca-Cola, pero la forma en que se hizo la transición evidenció que la falta de salvaguardas legales o estratégicas puede dejar a los fundadores sin control una vez que ceden su propiedad.

La venta de Coca-Cola ilustra los riesgos de confiar plenamente en la siguiente generación sin establecer estructuras de gobierno corporativo sólidas. Asa Candler perdió toda influencia en la compañía y pasó sus últimos años alejado del mundo empresarial, dedicándose a actividades filantrópicas en Atlanta.

Desde la perspectiva empresarial, la venta de Coca-Cola a Woodruff fue clave para su expansión y consolidación, pero desde el punto de vista familiar representó la pérdida total del control sobre un legado construido con esfuerzo y visión a largo plazo. Esta historia es un recordatorio de los riesgos que enfrentan los fundadores de empresas familiares cuando transfieren completamente la propiedad sin garantías. La planificación de la sucesión debe incluir mecanismos de protección que aseguren que el legado del fundador no sea alterado sin su consentimiento.

En este caso, aunque la empresa prosperó tras la venta, Candler quedó marginado de la compañía que había construido, una lección crucial para quienes buscan preservar el control

³⁰ Pendergrast, Mark. *For God, Country & Coca-Cola*. Basic Books. 2000, pp. 67 y 132.

de su negocio. Para que esto no suceda, y garantizar el control por parte de los fundadores, existen diversos mecanismos en el derecho colombiano. La Ley 1258 de 2008, por ejemplo, contempla interesantes opciones al respecto:

El artículo 11 de la Ley 1258 de 2008 establece que en los estatutos se expresarán los derechos de votación que le correspondan a cada clase de acciones, con indicación expresa sobre la atribución de voto singular o múltiple, si a ello hubiere lugar.

Esta norma resultará de gran utilidad en los procesos de sucesión en la empresa familiar, puesto que facilitará el traspaso de la propiedad, pero manteniendo el control para los fundadores. En la realidad de las sociedades de familia se encuentran destacados casos en donde los padres entregan a sus hijos la titularidad de la mayoría de las cuotas o acciones, sin establecer una clara regulación sobre el control, de forma tal que se exponen a que los hijos en cualquier momento les den un “golpe de Estado”, sacándolos de la sociedad con fundamento en las mayorías que ostentan en el máximo órgano social.

Para preservar el control de los fundadores tradicionalmente se vienen utilizando, en especial, los siguientes instrumentos: (a) El usufructo, (b) La fiducia; (c) La sociedad en comandita (simple o por acciones). Con la Ley 1258 aparece una nueva alternativa para lograr este propósito, pues la posibilidad del voto múltiple permitirá establecer diferencias sobre los derechos políticos, de tal manera que unas acciones pueden dar lugar a más votos que otras. Así, el fundador puede poseer unas pocas acciones y, a pesar de ello, reservarse el control de la empresa en virtud del número de votos que le otorguen las mismas.³¹

4. Deficiente elaboración e implementación de protocolos de familia, acuerdos de socios y estatutos sociales

Los protocolos de familia son esenciales para la continuidad y estabilidad de las empresas familiares³². Su correcta aplicación permite regular las relaciones entre la familia, la empresa y la propiedad, estableciendo normas claras de comunicación, sucesión, vinculación y desvinculación, protección patrimonial, órganos de gobierno, roles de socios y administradores y mecanismos de resolución de conflictos, entre otras.

Sin embargo, cuando su implementación es deficiente o no es bien gestionada, en lugar de aportar soluciones puede convertirse en un factor de discordia y desestabilización, generar problemas dentro del núcleo familiar y afectar la cohesión y la viabilidad del negocio.

El protocolo debe servir para alinear los intereses de los miembros de la familia con la visión y misión de la empresa. Según Poza, un protocolo bien diseñado debe contemplar mecanismos efectivos de comunicación y gestión de conflictos para evitar rupturas

³¹ Gaitán Rozo, Andrés. “La SAS: Una nueva alternativa para las empresas de familia”, en *Empresas colombianas: Actualidad y perspectivas*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2009, pp. 15.

³² “Desde el punto de vista jurídico el protocolo es un contrato consensual pues para su nacimiento basta el acuerdo de voluntades. No obstante, se recomienda que sea un documento con estipulaciones claras y suscrito por todos los miembros de la familia que directa o indirectamente tengan relación con la empresa”. Ver: Gaitán Rozo, Andrés y Castro Velasco, Danilo. *Sociedades de familia en Colombia*. Superintendencia de Sociedades. Bogotá. 2001, p. 77.

familiares³³. Uno de los errores más frecuentes es la falta de una comunicación efectiva entre los miembros. De acuerdo con Ward, la ausencia de reglas claras sobre sucesión y participación puede generar resentimientos y disputas entre hermanos y primos, afectando tanto la gestión de la empresa como la armonía familiar³⁴.

Un caso emblemático es el de la familia Hermès, propietaria de la prestigiosa firma francesa de fabricación de lujosos artículos de cuero³⁵. A pesar de contar con un protocolo, la falta de consenso llevó a una disputa interna cuando algunos miembros decidieron vender su participación sin previo acuerdo, desatando un conflicto que afectó la estabilidad de la compañía³⁶.

Cuando el protocolo no define claramente la asignación de responsabilidades y recursos, pueden generarse desigualdades que conducen a conflictos prolongados. Gersick señala que aquellos que benefician a ciertos miembros sobre otros pueden provocar resentimiento y división³⁷.

Para evitar disputas que escalen a niveles destructivos, un protocolo de familia debe incluir mecanismos efectivos de resolución de conflictos. De lo contrario, los desacuerdos pueden terminar en batallas legales que afectan tanto a la empresa como a la familia³⁸. Ward destaca la importancia de un proceso bien estructurado para la elaboración de los protocolos:

¿Por qué fracasan tantas empresas familiares al redactar sus constituciones? La razón principal es que están demasiado concentradas en el contenido del documento más que en el proceso de desarrollarlo. Un estudio investigativo de IMD³⁹ indica que las políticas que una familia incluye en su constitución no son tan importantes en realidad, como la forma en que se adaptan a la familia y a su empresa: la idea que de sí tiene la familia, la forma como percibe y renueva las reglas, el procedimiento para adoptar la constitución y su capacidad creativa para reconciliar las necesidades e intereses de los familiares y del negocio.⁴⁰

Un protocolo de familia bien diseñado es clave para garantizar la estabilidad y continuidad de la empresa familiar. Sin embargo, cuando su implementación es deficiente puede generar graves conflictos. La clave para evitar estos problemas radica en una comunicación efectiva, una distribución equitativa del poder y en la incorporación de mecanismos sólidos de resolución de conflictos. Solo así el protocolo podrá cumplir su verdadero propósito: fortalecer la empresa y preservar la unidad familiar.

³³ Poza, Ernesto. *Family Business*. South-Western Cengage Learning. 2010, pp. 56 y 89.

³⁴ Ward, John L. *Keeping the Family Business Healthy*. Palgrave Macmillan. 2011, pp. 74 y 102.

³⁵ “Desde 1837, generación tras generación, la *maison* Hermès ha seguido una doble línea: la de la meticulosidad del trabajo del artesano y la del estilo de vida de sus clientes. Impulsada por un incuestionable espíritu de libertad y creatividad, manifiesta una sensibilidad y atención constantes a los cambios de la sociedad y sus necesidades”. <https://www.hermes.com/es/es/content/272470-seis-generaciones-de-artesanos/> consulta de marzo 9 de 2025.

³⁶ Colli, Andrea. *Family Firms in the Twentieth Century*. Cambridge University Press. 2003, p. 210.

³⁷ Gersick, Kelin E., Davis, John A., McCollom Hampton, Marion & Lansberg, Ivan. *Generation to Generation: Life Cycles of the Family Business*. Harvard Business School Press. 2015, pp. 132 y 150.

³⁸ Carlock, Randel S. & Ward, John L. *When Family Businesses are Best*. Palgrave Macmillan. 2010, pp. 193 y 201.

³⁹ IMD es la sigla de International Institute for Management Development, una de las escuelas de negocios más prestigiosas del mundo, ubicada en Lausana, Suiza.

⁴⁰ Ward, John. *El éxito en los negocios de familia*. Editorial Norma. 2006, p. 165.

De igual manera, los acuerdos de accionistas y los estatutos bien elaborados son herramientas fundamentales para incluir aspectos relevantes de gobierno corporativo que contribuyan a optimizar los procesos de sucesión en las empresas familiares.

5. No formar a los sucesores como socios activos

Formar a los sucesores como socios, en lugar de simples dueños, es clave para la continuidad de las empresas familiares. La educación en liderazgo, gestión y cultura empresarial permite que la siguiente generación participe activamente en la toma de decisiones y contribuya al crecimiento del negocio. Sin esta preparación, la empresa corre el riesgo de fragmentación, conflictos y pérdida de competitividad. Además, los valores fundacionales pueden diluirse si los sucesores no son educados para respetar y fortalecer la identidad corporativa. Como bien lo señala el profesor Renato Bernhoeft,

La mayoría de los estudios y comentarios que se hacen respecto de las empresas familiares parten del mismo error. Tratan acerca de la profesionalización y sucesión y solo tienen en cuenta la gestión del negocio. Olvidan lo más importante y clave. El hecho de que el fundador no les va a dejar a sus herederos sencillamente una empresa o un patrimonio; pero sí una serie de responsabilidades, derechos y deberes de una sociedad constituida por socios que no tuvieron la libertad de escogerse. Por otro lado, los herederos se preparan con la falsa idea de que van a ser “dueños”, como lo era el fundador, si es que era único. En la mayor parte de las veces se han preparado para ser ejecutivos. No tienen la más mínima idea de lo que es ser socio y toda la complejidad que esto implica.⁴¹

6. Diseños de estructuras que generan bloqueos

En las empresas familiares, la distribución de la propiedad en los procesos de sucesión es una de las decisiones más críticas para garantizar la continuidad del negocio. Una asignación equitativa de acciones puede parecer una solución justa, pero si no se consideran sus efectos en la gobernanza corporativa, puede generar bloqueos en la toma de decisiones. Distribuciones accionarias como el esquema 50-50 entre herederos pueden provocar conflictos internos y parálisis operativa, poniendo en riesgo la estabilidad de la empresa.

El objetivo de una sucesión bien planificada no debe ser solo la equidad entre los herederos, sino también la funcionalidad de la estructura de propiedad y el gobierno corporativo. Según Ward, muchas empresas familiares fracasan en la transición generacional debido a la falta de previsión en la distribución accionaria⁴². Una división que genere un empate accionario o proporciones cercanas entre grupos de herederos puede crear problemas de bloqueo y disputas de poder.

El problema más común en la distribución accionaria sin mecanismos de control es la incapacidad de tomar decisiones clave. Cuando dos herederos o grupos poseen cada uno el

⁴¹ Bernhoeft, Renato. “Sucesión y continuidad en América Latina”, en *Empresas de familia. Estrategias de éxito y permanencia. Cómo acrecentar y cuidar el patrimonio*, Universidad del Rosario, 2010, p. 45.

⁴² Ward, *Keeping the Family*, p. 122.

50 % de las acciones, cualquier desacuerdo puede generar un estancamiento en la toma de decisiones estratégicas, afectando la operación del negocio.

Un caso emblemático es el de la familia Ambani en India. Tras la muerte de Dhirubhai Ambani, sus dos hijos, Mukesh y Anil, heredaron Reliance Industries con una participación igualitaria. Esto llevó a un conflicto interno que terminó con la división del conglomerado en dos empresas separadas, afectando su crecimiento y estabilidad⁴³.

La distribución accionaria en la sucesión de una empresa familiar debe planificarse cuidadosamente. Aunque la equidad es un principio importante, debe equilibrarse con la necesidad de control y operatividad del negocio. Sin mecanismos adecuados, una estructura de propiedad mal diseñada puede generar conflictos irreconciliables, comprometiendo la estabilidad y continuidad del negocio.

Los protocolos de familia, los acuerdos de accionistas y los estatutos sociales deben establecer reglas claras para resolver estos posibles bloqueos, como la intervención de un tercero o, incluso, la toma de decisiones por sorteo cuando las demás opciones se hayan agotado.

7. No contemplar la posibilidad de discapacidades sobrevinientes

La planeación de la sucesión en las empresas familiares debe considerar la posibilidad de que un miembro con capacidad decisoria en los máximos órganos sociales pueda afectarse por discapacidades sobrevinientes. Un ejemplo de ello es la enfermedad de Alzheimer:

Más de un siglo después de descrita la Enfermedad de Alzheimer (EA), se ha convertido en uno de los mayores problemas de salud pública en el mundo debido a la prevalencia actual, al número de pacientes que se calculan para los años venideros y a los costos que ello representa, tanto para los países desarrollados como para los países en vía de desarrollo. La EA es además una de las enfermedades de mayor impacto social y económico para los sistemas de salud, grupos familiares y los pacientes mismos pues afecta su funcionalidad y disminuye su calidad de vida.⁴⁴

La Ley 1996 de 2019 introdujo un marco normativo que protege la autonomía de las personas con discapacidad y establece mecanismos para su representación y toma de decisiones. Esto resulta clave en la sucesión anticipada de empresas familiares. En este contexto, una discapacidad sobreviniente como el Alzheimer puede dificultar la ejecución de estos procesos si no se han establecido previamente medidas de protección y representación adecuadas.

La citada ley reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y establece figuras como los apoyos y salvaguardias para garantizar que sus decisiones sean respetadas. Algo que es especialmente relevante en la sucesión de empresas, ya que permite definir

⁴³ Das, Gurcharan. *India Unbound: The Social and Economic Revolution from Independence to the Global Information Age*. Anchor Books. 2000, p. 215.

⁴⁴ Rubio, Eduardo y Behrens, Mónica. “Enfermedad de Alzheimer: una enfermedad prioritaria de salud pública” en *Revista de la Facultad de Medicina*. Universidad Nacional de Colombia. 2011, p. 125.

mecanismos para que un fundador diagnosticado con Alzheimer delegue responsabilidades sin ser despojado arbitrariamente de su patrimonio o poder de decisión.

La norma establece que una persona con discapacidad sobreviniente tiene derecho a continuar participando en decisiones estratégicas mediante mecanismos de apoyo previamente definidos. Lo anterior significa que en los procesos de sucesión anticipada los empresarios pueden:

1. Definir mecanismos de apoyo: la ley permite que una persona con discapacidad designe voluntariamente a un representante de confianza para tomar decisiones en su empresa⁴⁵.
2. Incorporar cláusulas en los estatutos empresariales: establecer mecanismos de delegación y representación en los estatutos ayuda a prevenir disputas familiares y garantizar la estabilidad del negocio.
3. Incluir previsiones en los protocolos de familia y acuerdos de accionistas: es clave definir cómo se manejarán los derechos de voto y la participación en la administración en caso de una discapacidad sobreviniente.

Cuando las empresas familiares no contemplan estos escenarios en su planificación sucesoria pueden surgir disputas legales y conflictos de gobernanza. Un caso emblemático es el de Sumner Redstone, fundador de Viacom y CBS, quien enfrentó a una batalla legal entre sus herederos y asesores debido a su deterioro cognitivo.

8. Perder el foco

Uno de los mayores riesgos en el traspaso generacional en las empresas familiares es que los sucesores pierdan el enfoque estratégico y se desvíen a caminos equivocados que las lleven a la crisis. Un caso representativo es el de Benetton, que ilustra la importancia de una planificación estratégica en la sucesión y la necesidad de preparar adecuadamente a la siguiente generación, ya que una transición mal gestionada puede afectar gravemente el rumbo de un negocio.

En 2012, Luciano Benetton, fundador de la icónica marca de moda italiana, entregó el control de la compañía a su hijo Alessandro. Sin embargo, su gestión no logró mantener el éxito de la empresa, lo que obligó a Luciano a retomar el liderazgo en 2018.

Luciano fundó la empresa en 1965 junto con sus hermanos, consolidándola como una de las marcas de moda más reconocidas a nivel mundial. Su éxito radicó en un enfoque innovador en publicidad y producción, respaldado por una estrategia comercial orientada a la expansión internacional⁴⁶. Durante su gestión, Benetton se consolidó como un ejemplo de creatividad y diferenciación en la industria de la moda. Con el tiempo decidió retirarse y cedió el control a su hijo Alessandro, confiando en que continuaría con la visión y valores que habían hecho de la marca un referente en el sector textil.

⁴⁵ Colombia, Congreso de la República, Ley 1996 de 2019, artículo 15.

⁴⁶ Colli, *Family Firms*, pp. 198 y 205.

Cuando Alessandro asumió el liderazgo en 2012⁴⁷, implementó cambios para modernizar la marca. Sin embargo, su falta de experiencia en la gestión del negocio familiar y su enfoque en estrategias de diversificación la debilitaron. Bajo su administración, la empresa perdió competitividad, las ventas cayeron y la rentabilidad disminuyó. Esta falta de enfoque y la ausencia de una dirección clara generaron preocupación en el grupo familiar y en los inversores, lo que generó una crisis en la compañía. En 2018, ante la crisis, Luciano decidió regresar para retomar el control y corregir el rumbo:

El reconocido empresario italiano Luciano Benetton, de 82 años y fundador de la marca de ropa que lleva su apellido, anunció ayer su regreso al frente de la compañía para intentar enderezar su rumbo.

En el 2008 dejé a la empresa con 155 millones de euros en activos y regreso con 81 millones de pasivo, algo que me genera un dolor intolerable”, aseguró Luciano Benetton en una larga entrevista al diario italiano La Repubblica.

“Por eso regreso al ruedo”, confesó el llamado ‘príncipe de los colores’. “Mientras otros nos imitaban, United Colors perdía sus colores. Fallamos. Las tiendas, que eran tragaluces, se convirtieron en lugares oscuros y sombríos”, reconoció. Además, como afirmó, “cerramos en América del Sur y Estados Unidos. Lo siento”

Para el empresario, conocido por sus campañas publicitarias a favor de la integración, los derechos humanos y el mestizaje, el “pecado más grave” fue “dejar de hacer suéteres”, indicó. “Es como si hubiéramos eliminado el agua a un acueducto”, recalcó.⁴⁸

Al volver, Luciano implementó estrategias para recuperar la identidad de la marca, reforzó su posicionamiento y reorganizó la estructura operativa de la empresa⁴⁹. Su regreso fue una señal clara de que la transición generacional no había sido manejada adecuadamente.

Este caso demuestra que la sucesión de una empresa familiar no se trata solo de un cambio generacional o de la transferencia de la propiedad y el liderazgo, sino que debe ser un proceso cuidadosamente planificado para garantizar la estabilidad y el éxito a largo plazo. El sucesor debe tener la preparación adecuada para asumir la responsabilidad de mantener el legado y la rentabilidad del negocio. De lo contrario, se puede afectar seriamente la continuidad de una marca consolidada.

9. Inadecuada estructuración de grupos empresariales y abuso del derecho societario

Ocurre con frecuencia que, tanto en Colombia como en el exterior, las empresas familiares diseñan estructuras corporativas complejas para la planeación tributaria, la reducción de riesgos, la solución de conflictos familiares o la sucesión patrimonial, entre otros. Aunque

⁴⁷ Luciano Benetton se había retirado de la gestión activa años antes de la designación de su hijo Alessandro Benetton.

⁴⁸ AFP. “Luciano Benetton anuncia el regreso al frente de su marca”, en *Portafolio*, Bogotá, noviembre 30 de 2017, en <https://www.portafolio.co/negocios/luciano-benetton-anuncia-el-regreso-al-frente-de-su-marca-512195> consulta de marzo 9 de 2025.

⁴⁹ Poza, *Family Business*, p. 142.

estos esquemas pueden ser útiles y legales, si no hay transparencia también pueden generar problemas administrativos, sobrecostos y dificultades en el gobierno corporativo.

Es preciso considerar que la Ley 2155 de 2021⁵⁰ y el Decreto 1674 de 2021⁵¹ establecen la obligación de reportar los beneficiarios finales a través del Registro Único de Beneficiarios Finales (RUB), administrado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Asimismo, el artículo 30 de la Ley 222 de 1995⁵² exige que quienes tienen el control de una sociedad lo revelen en el Registro Público Mercantil.

Estas disposiciones han impactado significativamente en el diseño de las estructuras societarias al obligar a revelar a los verdaderos controlantes, no solo los vehículos jurídicos que se utilizan. Su incumplimiento puede llevar a investigaciones administrativas y a sanciones por parte de la DIAN y la Superintendencia de Sociedades.

Asimismo, la legislación colombiana reconoce los grupos empresariales⁵³, lo que permite coordinar la administración de varias entidades bajo una estructura de control y unidad de propósito y dirección. Sin embargo, en la práctica muchas empresas familiares no establecen un gobierno corporativo adecuado, lo que genera conflictos de poder y dificultades en la sucesión.

Un *holding* familiar puede ser una herramienta efectiva para la planificación sucesoral, ya que permite centralizar la propiedad y establecer reglas claras de administración. No obstante, muchas empresas familiares en Colombia no lo utilizan o lo implementan sin una estrategia clara, lo que puede derivar en problemas de gestión y distribución de dividendos.

En este contexto, es necesario tener presente lo señalado por la Delegatura de Supervisión Societaria de la Superintendencia de Sociedades:

Uno de los principales criterios analíticos para identificar la interposición ilícita de compañías corresponde al estudio de los motivos que condujeron a la creación de una determinada estructura societaria. En vista de los costos inherentes a la constitución y el funcionamiento de una compañía, es apenas lógico que los empresarios que recurren al uso de un tipo societario esperen recibir algún beneficio que justifique incurrir en las mencionadas erogaciones. En la mayoría de los casos, los beneficios perseguidos por los empresarios están amparados por el ordenamiento jurídico vigente. Es perfectamente legítimo, por ejemplo, constituir una compañía con el propósito expreso de acceder al beneficio de limitación de responsabilidad, en forma tal que los asociados no comprometan su patrimonio personal más allá del monto de sus aportes al fondo social. Con todo, puede ocurrir que la creación de una o varias compañías se deba a motivos que desborden, de manera evidente, los fines para los cuales el legislador puso a disposición de los empresarios las diferentes formas asociativas. Para este Despacho es claro, a todas luces, que la creación de sociedades

⁵⁰ Colombia, Congreso de la República, Ley 2155 de 2021.

⁵¹ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1674 de 2021.

⁵² Colombia, Congreso de la República, Ley 222 de 1995, artículo 30.

⁵³ Ley 222 de 1995, artículo 28.

para facilitar transgresiones legales —o para acceder, de alguna otra manera, a una prerrogativa económica injustificada— no corresponde a una finalidad permitida en nuestro ordenamiento jurídico.

No es para nada fácil, por supuesto, identificar las motivaciones espurias detrás de la constitución de una compañía o la conformación de un grupo societario. Sin embargo, el Despacho considera que, cuando no pueda acreditarse una finalidad legítima para poner en funcionamiento una compleja estructura grupal —en la que, por ejemplo, participen numerosas compañías controladas por una misma persona y dedicadas a la misma actividad de explotación económica— controvertida permitió rebasar claras limitaciones legales.⁵⁴

Es posible diseñar estructuras que generen importantes beneficios de separación patrimonial y planeación adecuada de la sucesión basadas en los principios de simplicidad y transparencia. Como decía Confucio, “La vida es muy simple, pero nosotros insistimos en complicarla”.

10. Postergar los procesos para acordar, documentar e implementar la sucesión

Muchas familias empresarias postergan la toma de decisiones sobre la sucesión, ya sea por temor a enfrentar temas delicados o por la creencia errónea de que aún hay tiempo para hacerlo. Aunque los fundadores suelen ser conscientes de los riesgos de no adoptar medidas concretas, en muchos casos deciden postergar la acción.

Esta falta de previsión puede traer consecuencias graves, afectando tanto la estabilidad de la empresa como la armonía familiar. No basta con llegar a acuerdos entre los miembros de la familia, es fundamental documentarlos e implementar oportunamente las estrategias definidas.

Conclusiones

1. La sucesión debe ser un proceso integral: uno de los errores más graves es centrar la sucesión exclusivamente en el sucesor, dejando de lado la importancia de establecer órganos de gobierno corporativo sólidos. La transición generacional debe respaldarse con estructuras que garanticen la continuidad del negocio y reduzcan el riesgo de conflictos familiares y bloqueos administrativos. La implementación de protocolos de familia, acuerdos de socios y estatutos bien definidos es clave para evitar crisis y garantizar la sostenibilidad de la empresa.
2. La visión del fundador debe preservarse sin obstaculizar la evolución del negocio: otro error común es la pérdida de los valores esenciales inculcados por el fundador. La empresa debe evolucionar con cada generación, pero sin perder la esencia que la hizo exitosa. La formación de los sucesores como socios activos y no solo como

⁵⁴ Colombia, Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos Mercantiles, Sentencia del 13 de octubre de 2013, Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (Finagro) contra Mónica Colombia S.A.S., Tilava S.A.S., Monicol S.A.S. y Agrocaxias S.A.S.

propietarios es crucial para mantener el enfoque estratégico del negocio y garantizar la competitividad en el mercado.

3. La planificación y documentación de la sucesión son indispensables: postergar la toma de decisiones sobre la sucesión, no documentar lo acordado y no implementar los cambios puede derivar en crisis de liderazgo y conflictos internos irreparables. La sucesión debe ser un proceso anticipado, bien estructurado y formalizado en documentos jurídicos que respalden la transición generacional. Además, es fundamental considerar escenarios como discapacidades sobrevinientes o la reestructuración de grupos empresariales para evitar imprevistos que comprometan la estabilidad del negocio.

Bibliografía

AFP. “Luciano Benetton anuncia el regreso al frente de su marca”, en *Portafolio*, Bogotá, noviembre 30 de 2017, en <https://www.portafolio.co/negocios/luciano-benetton-anuncia-el-regreso-al-frente-de-su-marca-512195> consulta de marzo 9 de 2025.

Bernhoeft, Renato. “Sucesión y continuidad en América Latina”, en *Empresas de familia. Estrategias de éxito y permanencia. Cómo acrecentar y cuidar el patrimonio*, Universidad del Rosario, 2010.

Brinkley, Douglass. *Wheels for the World: Henry Ford, His Company, and a Century of Progress. 1903-2003*. Viking Press. 2003.

Carlock, Randel S. & Ward, John L. *When Family Businesses are Best*. Palgrave Macmillan. 2010.

Colli, Andrea. *Family Firms in the Twentieth Century*. Cambridge University Press. 2003.

Colombia, Congreso de la República, Ley 222 de 1995.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1996 de 2019.

Colombia, Congreso de la República, Ley 2155 de 2021.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1674 de 2021.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos Mercantiles, Sentencia del 13 de octubre de 2013, Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (Finagro) contra Mónica Colombia S.A.S., Tilava S.A.S., Monicol S.A.S. y Agrocaxias S.A.S.

Das, Gurcharan. *India Unbound: The Social and Economic Revolution from Independence to the Global Information Age*. Anchor Books. 2000.

Filgueiras, Fernando. *Corrupção e Controles Democráticos no Brasil*. Editorial de la Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). 2018.

Gaitán Rozo, Andrés. “La SAS: Una nueva alternativa para las empresas de familia”, en *Empresas colombianas: Actualidad y perspectivas*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá. 2009.

Gaitán Rozo, Andrés y Castro Velasco, Danilo. *Sociedades de familia en Colombia*. Superintendencia de Sociedades. Bogotá. 2001.

Gaitán Rozo, Andrés, Hincapié Cardona, Alba Lucía y Castro Velasco, José Danilo. *Estudio sobre empresas colombianas perdurables. Casos de éxito*. Superintendencia de Sociedades. Bogotá. 2013.

Gersick, Kelin E., Davis, John A., McCollom Hampton, Marion & Lansberg, Ivan. *Generation to Generation: Life Cycles of the Family Business*. Harvard Business School Press. 2015.

Grant, Robert M. *Contemporary Strategy Analysis*. Blackwell Publishing. 2007.

Lacey, Robert. *Ford: The Men and the Machine*. Little Brown & Co. 1986.

Lichtenstein, Nelson. *The Retail Revolution: How Wal-Mart Created a Brave New World of Business*. Metropolitan Books. 2009.

Miller, Danny & Le Breton-Miller, Isabelle. *Managing for the Long Run: Lessons in Competitive Advantage from Great Family Businesses*. Harvard Business Review Press. 2005.

Moro, Sergio. *Operação Lava Jato: A Verdade dos Fatos*. Editora Planeta do Brasil. 2020.

Nevins, Allan & Hill, Frank. *Ford: Expansion and Challenge, 1915-1933*. Charles Scribner's Sons. 1954.

Odebrecht, Norberto. *Sobreviver, Crescer e Perpetuar. Tecnologia Empresarial Odebrecht*. Editora Saraiva. Vol 1. 1983.

Pendergrast, Mark. *For God, Country & Coca-Cola*. Basic Books. 2000.

Poza, Ernesto. *Family Business*. South-Western Cengage Learning. 2010.

Walton, Sam & Huey, John. *Sam Walton: Made in America. My Story*. Bantam. 1993.

Rubio, Eduardo y Behrens, Mónica. “Enfermedad de Alzheimer: una enfermedad prioritaria de salud pública” en *Revista de la Facultad de Medicina*. Universidad Nacional de Colombia. 2011.

Ward, John L. *Keeping the Family Business Healthy*. Palgrave Macmillan. 2011.

Ward, John (Ed.). *El éxito en los negocios de familia*. Editorial Norma. 2006.

Watts, Steven. *The People's Tycoon: Henry Ford and the American Century*. Vintage Books. 2005.

<https://www.hermes.com/es/es/content/272470-seis-generaciones-de-artesanos/> consulta de marzo 9 de 2025.

Capítulo 3

Avances y retos de sostenibilidad de la Organización Carvajal

Ana Milena Muñoz Roldán⁵⁵

Introducción

La dinámica empresarial contemporánea enfrenta retos crecientes en materia de sostenibilidad, gestión ambiental y responsabilidad social. En este contexto, la integración de enfoques que prioricen el desarrollo sostenible es esencial no solo para cumplir las normativas y las expectativas de los distintos grupos de interés, sino también para asegurar la continuidad operativa y la generación de valor a largo plazo.

Este texto ofrece una visión de los pilares que guían a las organizaciones en la incorporación de la sostenibilidad en sus modelos de negocio. Analiza la interconexión entre la gestión de riesgos, el cuidado de los recursos naturales, la protección de las personas y sus derechos y la alineación de la filosofía empresarial con acciones concretas en el marco del gobierno corporativo. Además, examina cómo estos desafíos pueden transformarse en oportunidades para impulsar el desarrollo económico y social.

En este contexto, se explora la experiencia de la Organización Carvajal en la implementación de prácticas sostenibles, destacando su enfoque en la sostenibilidad como eje central de sus modelos de negocio. Se resalta cómo la identificación y gestión de riesgos, junto con la integración de mejores prácticas y estándares internacionales, han sido elementos clave en la integración de la estrategia de sostenibilidad en la organización. Esto le ha permitido mitigar potenciales riesgos, transformar desafíos en oportunidades y fortalecer tanto su competitividad como su continuidad operativa a largo plazo.

1. La sostenibilidad y su conexión con la estrategia del negocio

1.1. Marco de referencia

La sostenibilidad se ha reconsiderado a lo largo de la historia, redefiniendo su significado y su compromiso con las generaciones futuras.

Génesis del concepto: la Comisión Brundtland, en su informe *Nuestro futuro común*⁵⁶, definió el desarrollo sostenible como satisfacer las necesidades actuales sin comprometer las

⁵⁵ Ingeniera de Sistemas de la Universidad Icesi (Colombia) con maestría en Dirección de Recursos Humanos de la Universitat de Barcelona (España), Programa Alta Dirección del Inalde Business School (Colombia). Cuenta con más de 20 años de experiencia en procesos de desarrollo organizacional y desde hace cuatro lidera la Vicepresidencia de Sostenibilidad y Economía Circular de la Organización Carvajal, entidad a la que ha estado vinculada por más de 36 años.

⁵⁶ Comisión Brundtland. *Nuestro Futuro Común*. 1987. Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

futuras. La Declaración de Río (1992) y la Cumbre de Johannesburgo (2002) reforzaron este concepto, destacando la integración de políticas ambientales con estrategias de desarrollo económico y social. Río+20 (2012) impulsó los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) (Gráfico 1), también conocidos como Agenda 2030, fusionando sostenibilidad con la agenda internacional de desarrollo post-2015.

Tipos de sostenibilidad:

1. **Ambiental:** preservación de la biodiversidad y de los recursos naturales, promoviendo un desarrollo humano consciente del medioambiente.
2. **Económica o de gobernanza:** capacidad de generar rentabilidad a largo plazo administrando recursos de manera responsable.
3. **Social:** fortalecer la cohesión y estabilidad de grupos sociales específicos.

Gráfico 1. ODS Agenda 2030



Fuente: Naciones Unidas

La Agenda 2030, sucesora de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, se estructura en 17 ODS que tienen estas características:

- Orientados a la acción.
- De carácter global.
- Interrelacionados. El alcance de uno afecta a los demás.

Los ODS están integrados, lo que significa que no se pueden entender ni alcanzar unos sin los otros.

1.2. ¿Cómo se entiende la sostenibilidad en la Organización Carvajal?

“La Sostenibilidad en la Organización Carvajal no es un área o un departamento, es una manera de asumir retos emergentes, de conversar con el mercado, y sobre todo de actuar”⁵⁷

Carvajal, como muchas empresas, tiene un legado. El nuestro se remonta a 1904. Para nosotros siempre ha sido muy importante honrar ese recorrido y recordar ese origen desde distintos frentes. Por ejemplo, la visión empresarial que tuvo don Manuel Carvajal, que en los años 60 ya declaraba que "no existe una empresa sana en un entorno enfermo". Esto nos

Our Common Future (Brundtland Report) (20.03.1987)

⁵⁷ Equipo sostenibilidad – Organización Carvajal.

ha permitido entender, a lo largo de 120 años de historia, que hacer empresa no se puede desligar del concepto de construir sociedad. Por eso, cuando iniciamos el camino de la sostenibilidad nuestra primera percepción fue que Carvajal ya era sostenible, con un quehacer empresarial de muchos años. Nuestro reto consistía en integrar, desde una única mirada estratégica, ese legado maravilloso.

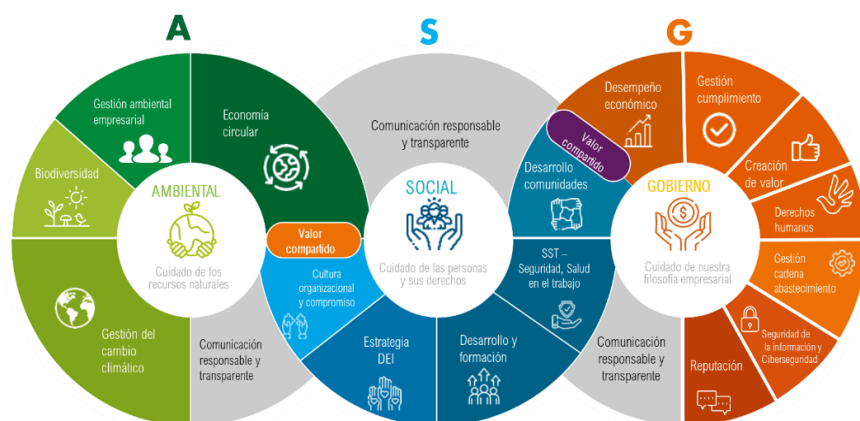
Este proceso nos llevó a organizarnos, revisar todas nuestras prácticas, darles sentido, agruparlas, estudiar y conocer lo que hacían otras empresas con años trabajando la sostenibilidad. De todo este remolino de emociones, nuestro primer gran aprendizaje fue entender que nunca se empieza de cero este viaje de la sostenibilidad, con la seguridad de que en alguno de los ejes ya existen avances, una semilla sobre la cual construir una visión compartida y un enfoque para entender cuál es nuestra propia definición de sostenibilidad.

Entonces se preguntarán qué ha sucedido desde 2016, cuando Carvajal inició este camino. ¿Cómo podemos evidenciar que esto ha sido un modelo vivo, que ha trascendido en visibilidad, alcance y mentalidad? Para dar respuesta a estos interrogantes es necesario empezar por las declaraciones que realizamos (es decir, las acciones que se convirtieron en hitos) y compartir los hallazgos que fueron claves en nuestro aprendizaje.

Creemos firmemente que cuando se declaran sueños es posible alcanzarlos con disciplina, enfoque y mucho trabajo. En sostenibilidad es clave aterrizar esos sueños en proyectos y métricas muy concretas que nos permitan, desde lo imperfectos que somos como empresa, avanzar. Lo que no se planea no se ejecuta y el resultado es la improvisación. ¡La sostenibilidad es disciplina, es perseverancia!

Imagínense el reto de entender qué nos unía, cómo hacer que una organización multisectorial y multipaís se alineara a una única interpretación de lo que significaba la sostenibilidad, pero conservando las particularidades de cada negocio. La clave fue construir el modelo (Gráfico 2) a partir de nuestro propósito superior (impulsar el desarrollo económico y social, haciendo las cosas bien), y con una mirada transversal y sistémica, donde la esencia y quehacer empresarial estuvieran representados, pero ejecutando las tácticas acordes con la estrategia de cada sector.

Gráfico 2. Modelo sostenibilidad de la Organización Carvajal



Una de las primeras declaraciones que realizamos fue “la sostenibilidad en Carvajal es **cuidar**”. Entendimos que nuestra responsabilidad se debía orientar a cuidar en cada dimensión lo fundamental: los recursos naturales que impactamos con nuestras operaciones, las personas y sus derechos y, algo tan intangible, pero a su vez tan importante para Carvajal, su filosofía empresarial. Desde allí construimos el mantra que moviliza el accionar del modelo ambiental, social y de gobierno (ASG): qué somos capaces de aprender, qué podemos hacer y a quién vamos a cuidar. Este es el filtro que usamos para que los proyectos entren a formar parte de nuestra estrategia.

También tomamos la decisión de apalancarnos en una capacidad transversal al modelo: **comunicar** de forma responsable, transparente y desde la generosidad de compartir. Hablar de una comunicación responsable y transparente se dice fácil, ¡pero el reto es hacer que esto suceda en dieciséis mil colaboradores, porque hay muchas tentaciones! Comunicar desde la disposición de compartir aprendizajes, de no quedarnos con nuestro conocimiento, nos ha permitido entender que es la puerta para construir alianzas con muchos actores.

Por todo lo anterior, en Carvajal entendemos la sostenibilidad como un asunto prioritario que se traduce en el compromiso que tenemos como organización de mantener el equilibrio entre el crecimiento económico, el cuidado del medioambiente y el bienestar social de las comunidades donde operamos. Se trata de gestionar responsablemente nuestras operaciones para no comprometer la satisfacción de las necesidades de las futuras generaciones, ser conscientes de reducir el impacto de nuestros procesos productivos en el medioambiente, aportar valor a las comunidades y cuidar a nuestra gente. Sobre todo, ¡para Carvajal la sostenibilidad es el reto de reinventarse a diario y construir relaciones de valor para cuidar nuestra filosofía empresarial de seguir impulsando el desarrollo económico y social haciendo las cosas bien!!!

1.3. Análisis de materialidad y su relación con los riesgos

“La materialidad es como empacar una maleta para una caminata: solo puedes llevar los elementos que son absolutamente críticos. De lo contrario, el peso te hará lento y eventualmente podrías caer”

Gary Nickerk - Director Global Citizenship - Intel Corporation⁵⁸

Desde el 2021 hemos revisado, para las diferentes unidades de negocio de la organización, la materialidad. Esto nos permite visibilizar y gestionar riesgos, impactos y oportunidades, así como definir estrategias de gestión y monitoreo focalizadas. Validar de forma permanente la materialidad ha enriquecido la estrategia interna y fortalecido el relacionamiento estratégico con los grupos de interés, con una mirada de mediano y largo plazo.

El concepto de doble materialidad (Gráfico 3) integra los impactos que son indicativos de la contribución, negativa o positiva, de la organización al desarrollo sostenible, junto con los riesgos y oportunidades derivados de las condiciones del entorno que afectan o contribuyen al valor del negocio.

⁵⁸ Gary Nickerk, Director de Ciudadanía Global de Intel Corporation y orador principal en la Conferencia de Métricas y Materialidad de NAEM de 2014.

Materialidad de impacto: se centra en identificar los asuntos materiales relacionados con impactos significativos, reales o potenciales, en las personas o en el medioambiente a corto, medio o largo plazo, tanto directos como a lo largo de la cadena de valor.

Materialidad financiera: a diferencia de la materialidad utilizada en informes financieros, busca identificar los asuntos materiales que generan o pueden generar efectos financieros para la compañía, afectando los flujos de caja y el valor a corto, medio o largo plazo.

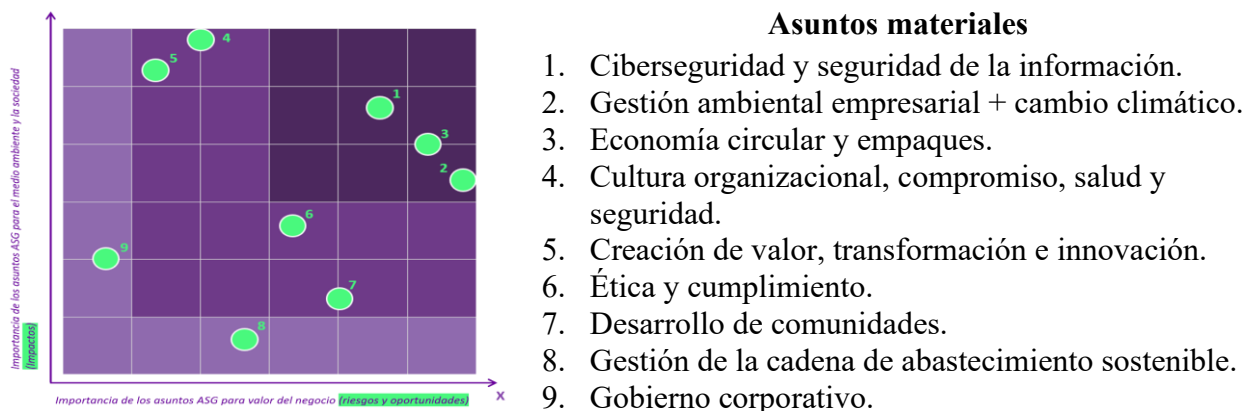
Gráfico 3. Esquema para analizar la doble materialidad



Fuente: esquema desarrollado por la empresa conTREEbute part of Anthesis⁵⁹

El ejercicio de actualización de la doble materialidad realizado en el 2024 por Carvajal se resume en el Gráfico 4. En él se identifican los elementos relevantes para la organización.

Gráfico 4. Matriz doble materialidad 2024 – Organización Carvajal



⁵⁹ conTREEbute part of Anthesis, empresa experta en consultoría en temas de Sostenibilidad, acompañó a la organización Carvajal a realizar el análisis de doble materialidad.

La materialidad es un ejercicio vivo dentro de Carvajal. Se ajusta cada tres años, o antes, si la organización:

- Tiene un cambio importante en su estrategia.
- Identifica un impacto relevante en su cadena de valor.
- Ingresa a nuevos mercados u operaciones de gran importancia para el negocio.
- Realiza procesos de fusión o adquisición que generen cambios administrativos estructurales y operativos relevantes.

Por último, es importante destacar que en la organización nos adherimos a metodologías internacionalmente reconocidas para el análisis e identificación de riesgos estratégicos, incluyendo los relacionados con la sostenibilidad. De esta forma se complementan los análisis de materialidad y doble materialidad.

Entre estas metodologías se destaca el uso del Morgan Stanley Capital International (MSCI), que ofrece una visión integral de los riesgos corporativos en temas ASG, y nuestra participación, desde 2021, en el Corporate Sustainability Assessment de Standard & Poor's, una evaluación que no solo mide nuestro desempeño en sostenibilidad, sino que identifica riesgos y oportunidades claves, asegurando que la estrategia esté alineada con las mejores prácticas internacionales y fortaleciendo nuestra capacidad para gestionar dichos riesgos y crear valor a largo plazo.

2. Dimensión ambiental

“La implementación de prácticas sostenibles desde la dimensión ambiental implica adoptar un enfoque preventivo en lugar de reactivo”⁶⁰

La sostenibilidad ambiental se ha consolidado como un pilar fundamental en las estrategias de competitividad y de sostenibilidad de las empresas a nivel mundial, impulsada por diversos factores y con un lugar privilegiado en las agendas corporativas. Entre estos factores destaca el creciente valor que consumidores, clientes e inversores otorgan a las prácticas responsables, así como la necesidad de cumplir con regulaciones ambientales cada vez más estrictas. Este enfoque de la sostenibilidad es crucial en el contexto empresarial contemporáneo, ya que permite detectar riesgos y oportunidades ambientales y establecer controles adecuados (sobre los riesgos identificados) que fortalecen la viabilidad y el éxito a largo plazo de los intereses empresariales.

Para la Organización Carvajal nada de lo mencionado es ajeno a su actuar empresarial ni a su estrategia de sostenibilidad. En ese sentido, hemos identificado la sostenibilidad desde la dimensión ambiental como una herramienta esencial para abordar, de manera ordenada y sistemática, los desafíos que presenta la gestión ambiental y como una oportunidad concreta para hacernos cargo de nuestra responsabilidad de fomentar prácticas empresariales que propendan por el cuidado del medioambiente y los recursos naturales.

⁶⁰ Equipo sostenibilidad – Organización Carvajal

Asumimos esta responsabilidad con la gestión proactiva de los impactos ambientales derivados de nuestras actividades empresariales, impulsada por el establecimiento de un marco de gobernanza sólido en asuntos ambientales y la búsqueda de la mejora continua en los procesos industriales como pilar fundamental para fortalecer el desarrollo sostenible y la producción limpia.

Este marco de gobernanza se fundamenta en un propósito superior que declara el desarrollo sostenible como uno de sus pilares fundamentales, junto con políticas y valores que guían nuestro actuar y reflejan nuestro compromiso, responsabilidades y el deber de hacer las cosas bien en cuanto al cuidado del medioambiente⁶¹.

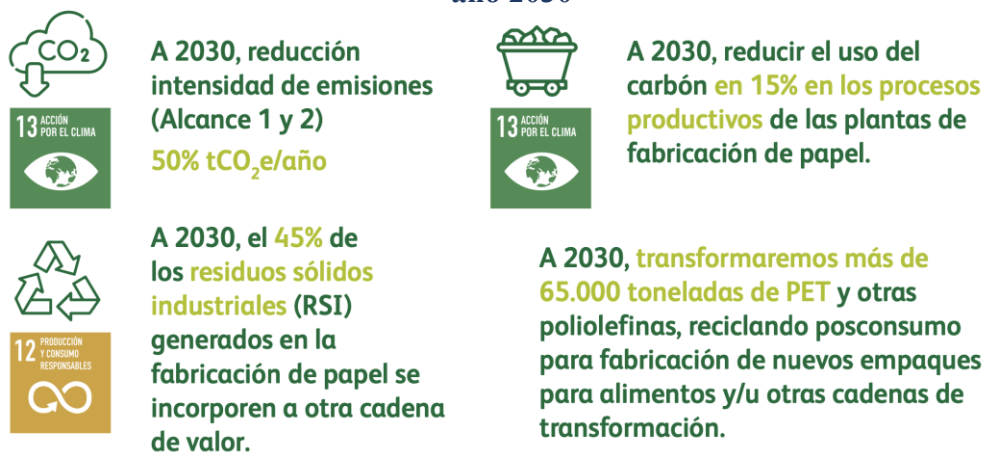
Con el fin de seguir fortaleciendo nuestras capacidades para integrar prácticas sostenibles y de cuidado ambiental en el esquema de gobernanza y en la gestión empresarial, en 2020 la junta directiva corporativa definió la creación de la Vicepresidencia de Sostenibilidad y Economía Circular, encargada de definir e implementar la estrategia de sostenibilidad en todas las unidades de negocio de la organización. Adicionalmente, en cada una de estas unidades de negocio hemos designado líderes especializados en sostenibilidad y medioambiente, responsables de implementar iniciativas específicas, asegurar la integración de prácticas sostenibles en las operaciones diarias y motivar a los equipos hacia objetivos sostenibles.

Es relevante destacar que entendemos que la mejora continua de los procesos es clave para fortalecer el desarrollo sostenible y avanzar hacia una producción limpia. Nuestros esfuerzos en ese sentido se concentran en cuatro ejes fundamentales: la gestión del agua, la gestión de residuos bajo un modelo de economía circular, la eficiencia energética y la gestión del cambio climático.

Somos plenamente conscientes de que nuestras operaciones productivas y de servicios deben desarrollarse dentro de un marco de protección y cuidado del medioambiente, basado no solo en el cumplimiento de la normatividad legal aplicable, sino también en otros compromisos voluntarios adquiridos. Para gestionar adecuadamente estos compromisos hemos definido metas a corto, mediano y largo plazo (2030) (Gráfico 5) que orientan nuestras acciones hacia una gestión ambiental responsable, alineada con las prioridades corporativas. Estas metas han sido incorporadas al esquema de seguimiento y monitoreo de la estrategia de la organización en cabeza del Comité Corporativo de Sostenibilidad y el Comité de Nombramientos, Remuneración y Gobierno, adscritos a la junta directiva corporativa.

61 Conoce más sobre nuestras políticas en <https://www.carvajal.com/sostenibilidad/nuestra-politica-de-sostenibilidad/>

Gráfico 5. Algunas de las metas de sostenibilidad en la dimensión ambiental para el año 2030



Gestión de riesgos ambientales: enfoque integral en la estrategia de sostenibilidad de Carvajal

“Hoy tenemos un panorama de riesgos donde la incertidumbre está a la orden del día, donde los retos, desde la presión ambiental, la prohibición y regulación hasta la gestión del talento y la transparencia, nos convocan a observar sistémicamente, y desde la dimensión global, para tomar acción en lo local y así aprender, mitigar, anticiparnos y transformarnos como organización”⁶²

En el contexto globalizado, los riesgos ambientales, incluidos los climáticos, son priorizados y destacados como los de mayor impacto y probabilidad de ocurrencia en horizontes temporales de corto (dos años) y mediano (diez años) plazo⁶³. Según el informe de Riesgos Globales 2024 del World Economic Forum⁶⁴, más de 1500 expertos de todo el mundo han identificado los siguientes riesgos prioritarios:

En la Organización Carvajal hemos adoptado un enfoque proactivo y preventivo para anticiparnos a los riesgos ambientales y climáticos emergentes. Esto garantiza que nuestras operaciones identifiquen plenamente sus principales riesgos en esta materia y estén preparadas para enfrentar estos desafíos ambientales y climáticos con mayor resiliencia. Para ello, integramos en la estrategia de sostenibilidad herramientas metodológicas que nos permiten identificar adecuadamente los principales riesgos a los cuales estamos expuestos. Entre estas herramientas se destaca el marco TCFD (Task Force on Climate-related Financial Disclosures), que permite evaluar y gestionar los riesgos relacionados con el cambio climático de manera integral desde el punto de vista financiero.

⁶² Equipo sostenibilidad – Organización Carvajal

⁶³ Markovitz, Gayle y Heading, Sophie. “Informe sobre Riesgos Globales 2024: Los riesgos aumentan, pero también nuestra capacidad de respuesta”, en World Economic Forum, 2024, en <https://es.weforum.org/agenda/2024/01/informe-sobre-riesgos-globales-2024-los-riesgos-aumentan-pero-tambien-nuestra-capacidad-de-respuesta/> consulta de Enero 10 de 2024.

⁶⁴ Markovitz y Heading. “Informe sobre Riesgos Globales 2024”.

Después de usar y aplicar las metodologías para identificar los riesgos ASG descritas, priorizamos los riesgos ambientales de la Organización Carvajal: las emisiones de gases de efecto invernadero, la economía circular de los productos y la vulnerabilidad al cambio climático. Estos hallazgos subrayan la necesidad de dar una respuesta estratégica a estos desafíos. Las emisiones de gases de efecto invernadero, por ejemplo, representan un riesgo significativo debido a la dependencia del carbón para la generación de energía, de ahí la necesidad de implementar una reconversión tecnológica hacia fuentes alternativas. Entre las acciones evaluadas para mitigar este riesgo se encuentran la transición hacia energías renovables (como el aprovechamiento de biomasa para la generación de energía), la diversificación de las fuentes energéticas y la mejora de la eficiencia energética en las plantas de producción.

Ignorar estos riesgos podría generar graves consecuencias financieras, como interrupciones en las operaciones, pérdida de la ventaja competitiva y daños a la reputación. Por lo tanto, es esencial no solo aplicar estas metodologías, sino también desarrollar y ejecutar estrategias robustas de mitigación propias. Esto permitirá garantizar una posición sólida y resiliente en un entorno empresarial cada vez más desafiante en términos ambientales.

3. Dimensión social

“No puede haber una empresa sana en un entorno social enfermo, porque tarde o temprano afectará su desempeño. Por tanto, el empresario responsable debe necesariamente involucrarse en la solución de los problemas sociales”
Manuel Carvajal Sinisterra, 1960

Esta frase ha inspirado nuestra acción social, alineándola con los principios del capitalismo consciente, que integran propósito superior, liderazgo consciente, cultura y prácticas empresariales centradas en los grupos de interés, con una visión de crear valor sostenible a largo plazo. Este enfoque considera que las empresas deben ser vehículos para el bienestar humano, ambiental y social, además de generar beneficios económicos.

En este sentido, en 2021 logramos un avance significativo cuando, con la participación de más de 1500 personas entre colaboradores, clientes y proveedores, y respaldados por los valores organizacionales y por más de un siglo de gestión empresarial, definimos que Carvajal existe para **impulsar el desarrollo económico y social, haciendo las cosas bien**. Creemos firmemente que esta declaración es nuestra brújula para alcanzar nuevos horizontes, centrados en cuatro capacidades: creación de valor, personas comprometidas, desarrollo sostenible y transformación e innovación.

Para llevar el propósito a la práctica consolidamos el modelo ASG, que guía la estrategia de sostenibilidad desde una mirada transversal e integra a las empresas que conforman la organización en diferentes geografías. Como se mencionó, el **cuidado** es el factor común de este modelo. En lo ambiental, orientados a cuidar los recursos naturales; en lo social, a impulsar el desarrollo y cuidar los derechos de nuestra gente y de las comunidades vecinas, y en gobierno, a cuidar la filosofía empresarial.

En 2021 dimos un paso importante en el fortalecimiento de la cultura empresarial al definir el perfil cultural necesario para alcanzar los objetivos estratégicos. Este proceso contó con la participación de cerca de 10.000 colaboradores, que brindaron sus percepciones y nutrieron esta experiencia. Gracias a ello determinamos el estado actual de nuestra cultura organizacional, identificamos las brechas respecto a la cultura deseada y diseñamos planes de acción para cerrarlas.

Con base en esta declaración, siempre será importante reflexionar sobre los retos y obstáculos hemos enfrentado.

- El reto está en lograr que **nuestra gente se identifique a diario con el propósito de la organización** y que encuentre en su cotidianidad hechos concretos que evidencien que estamos orientados a impulsar el desarrollo económico y social haciendo las cosas bien.
- Nuestro ADN organizacional está basado en el reconocimiento de la dignidad y en los derechos de las personas. Por esta razón, trabajamos en promover una cultura sana que valore el talento diverso, libre de discriminación. Estas bases, además de la firme convicción por hacer las cosas bien, hicieron que en el 2021 elaboráramos nuestra carta de navegación para guiar la **estrategia de diversidad, equidad e inclusión (DEI)**. El desafío es que esta estrategia trascienda lo teórico y se viva impulsando un cambio de mentalidad que nos permita eliminar sesgos y barreras y ofrecer oportunidades genuinas basadas en la inclusión y la diversidad.
- Comunicar, comunicar y comunicar lo que estamos construyendo para alinearnos y fortalecer nuestra conexión con los grupos de interés, compartiendo lo que creemos y estamos logrando entre todos.

Como se ha manifestado antes, impulsar el desarrollo social de las comunidades hace parte de nuestra estrategia de negocio. Por esto, consideramos que para generar un mayor impacto positivo en las comunidades priorizadas es importante aunar esfuerzos que nos permitan cumplir con dicho propósito. El trabajo conjunto entre la Organización Carvajal, la Fundación Carvajal y la Fundación Propal nos ha permitido desarrollar proyectos de intervención social con altos estándares metodológicos y criterio social que facilitaron la construcción de proyectos comunitarios orientados al desarrollo, partiendo de las necesidades identificadas y priorizadas en cada línea de acción.

En este sentido, entendemos que nuestra estrategia de intervención social se basa en la responsabilidad y la articulación para generar iniciativas de alto impacto que contribuyan a superar la pobreza en los territorios priorizados (Cali, Yumbo, Guachené, Puerto Tejada, Tocancipá, Buenaventura y Ginebra) y para promover agendas comunes que movilicen recursos y acciones conjuntas.

Desde el enfoque de desarrollo social, orientamos los esfuerzos en el cuidado de las comunidades priorizadas, apalancando el objetivo de contribuir a la superación de la pobreza desde cuatro líneas de intervención: **desarrollo social y comunitario, educación y cultura, salud y saneamiento básico y generación de ingresos**. Nos hemos propuesto impactar a

1.700.000 personas para 2030. Entre 2021 y 2023 hemos beneficiado a 735.232, lo que representa el 43,24 % respecto al objetivo planteado.

Por último, es relevante mencionar el concepto de licencia social para operar, que se refiere a la aceptación y apoyo continuo de las comunidades a las operaciones industriales ejecutadas en territorios priorizados. La construcción de esta licencia social se logra a través de proyectos de alto impacto social y comunicación bidireccional, que no solo transforman y empoderan a las comunidades, sino que también abordan de manera efectiva sus necesidades más apremiantes, identificadas a través de metodologías de intervención comunitaria preestablecidas. Este enfoque facilita la mitigación de riesgos asociados con estos grupos de interés y fomenta la confianza y el sentido de pertenencia de las comunidades hacia las operaciones que se desarrollan en sus territorios, garantizando la continuidad y la sostenibilidad de nuestras actividades.

4. Dimensión gobierno

“En el marco de la sostenibilidad empresarial, la organización Carvajal entiende la dimensión gobierno como el cuidado de su filosofía empresarial”⁶⁵

En la Organización Carvajal creemos que la humanidad encuentra sentido y propósito cuando su base para actuar es el respeto y una posición ética que no es negociable en ninguna circunstancia. Por ellos, enfocamos los esfuerzos en fortalecer las políticas y procesos para garantizar la coherencia entre nuestra forma de pensar y de actuar. Entendemos el gobierno corporativo como un activo invaluable que apalanca la estrategia empresarial y, que incorporado en nuestras operaciones, permite construir relaciones con los grupos de interés en un marco de confianza, evidenciando nuestro compromiso con la generación de valor de manera sostenible.

Con una perspectiva de largo plazo que guía nuestras acciones en el presente, Carvajal asume, desde la sostenibilidad, la dimensión de gobierno como la gestión en diferentes frentes. Para los fines de este capítulo, profundizaremos en los siguientes: gestión de los derechos humanos y debida diligencia y cuidado de nuestra gestión de cumplimiento y de nuestra reputación.

4.1. Gestión de los derechos humanos y debida diligencia

En el marco de los derechos humanos, y en sintonía con los ODS, la Organización Carvajal adopta una estructura de gobierno corporativo que garantiza la promoción y protección de los derechos de sus grupos de interés. Nuestra filosofía organizacional, enmarcada en la política de derechos humanos, implica, de manera inherente, el cumplimiento de estos y el respeto por la diversidad, la inclusión y la equidad.

Derivado de nuestro compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos, buscamos que nuestros colaboradores y proveedores lo integren en el desarrollo de sus

⁶⁵ Equipo sostenibilidad – Organización Carvajal

actividades. Adicionalmente, incentivamos a nuestros grupos de interés y a otros actores con los que mantenemos relaciones contractuales o comerciales a adoptarlo y promoverlo. Nuestro compromiso de respetar los derechos humanos se extiende a todos aquellos derechos reconocidos internacionalmente. Sin embargo, en el marco de nuestra operación y de nuestras relaciones contractuales y comerciales, actuamos de manera proactiva y diferenciada para respetar y promover los siguientes derechos y libertades humanas:

- Respetar la dignidad de las personas.
- Generar un ambiente de trabajo seguro, digno y saludable.
- Rechazar el trabajo infantil y el trabajo forzoso u obligatorio.
- Respetar la libertad de asociación y negociación colectiva.
- Garantizar que los colaboradores tengan un régimen laboral.
- Ofrecer y garantizar un empleo digno y justo.
- Garantizar la privacidad de los datos personales de nuestros grupos de interés.
- Rechazar y combatir cualquier comportamiento antiético o corrupto.
- Generar y sostener canales de comunicación con los grupos de interés.
- Promover prácticas de libre competencia.

En línea con este marco de actuación, las interacciones con los colaboradores están libres de discriminación por cualquier condición. Por ello, contamos con un protocolo de acoso destinado a promover espacios de trabajo seguros, basados en el respeto mutuo, y prevenir conductas que vulneren la dignidad humana y la buena convivencia.

Asimismo, consideramos que la comunicación es un pilar fundamental de la filosofía empresarial y la base de nuestras relaciones sostenibles. Por esta razón, disponemos de la línea ética, un canal centralizado y operado por terceros que les permite a los grupos de interés reportar inconsistencias e irregularidades que puedan afectar los intereses y la reputación de la organización, así como cualquier vulneración a nuestra política de derechos humanos.

Por último, destacamos que nos preocupamos por fomentar equipos de trabajo diversos, que propicien ambientes más inclusivos, innovadores, equitativos y flexibles que, a su vez, permitan seguir generando valor frente a los retos actuales y prepararnos para los desafíos futuros. Nuestro compromiso y gestión están orientados a integrar los derechos humanos de manera transversal en los temas materiales de la compañía. En consecuencia, promovemos el diálogo constante y articulamos esfuerzos con los grupos de interés para estar alineados en los compromisos adquiridos y así garantizar una implementación efectiva.

4.2. Gestión de cumplimiento

La estrategia de cumplimiento de la Organización Carvajal se fundamenta en una adecuada gestión de riesgos que permite monitorear de manera continuada los factores que puedan impedir el cumplimiento de la estrategia de negocios. Actuamos con una visión de mediano plazo, respondiendo de forma oportuna, según la realidad operativa del negocio y el marco normativo aplicable. El desarrollo de esta estrategia implica la definición de lineamientos que reflejen la posición de la organización en sus diferentes negocios y geografías.

Como parte integral de estos lineamientos, Carvajal definió políticas en temas críticos como la debida diligencia para proveedores, clientes y colaboradores. Evaluamos aspectos como solvencia moral, financiera, técnica y de calidad. La expectativa es que nuestros aliados estratégicos cumplan la normatividad aplicable e incorporen en sus procesos criterios de calidad y de eficiencia que nos permitan operar de manera óptima.

Sabemos que la integridad, veracidad, cumplimiento y transparencia en nuestro actuar contribuyen no solo a la credibilidad y estabilidad de la organización, sino también a la fluidez y transparencia de las transacciones de negocios con todos nuestros aliados. Con este propósito, en 2015 implementamos el programa de certificación Ciudadano Carvajal, que involucra a todos los colaboradores para fortalecer sus conocimientos sobre la cultura empresarial y los comportamientos éticos esperados.

Con el objetivo de seguir fortaleciendo las capacidades en este ámbito, nos retamos frente a las mejores prácticas. En consecuencia, hacemos parte de los siguientes grupos de trabajo: Pacto Global, Instituto Colombiano de Gobierno Corporativo, Comité de Cumplimiento Empresarial Colombiano, Comunidad de Diálogo y Práctica Empresarial sobre las Problemáticas de Anticorrupción. Además, somos miembros de la Red de Oficiales de Cumplimiento de las Naciones Unidas. Asimismo, en concordancia con nuestra política y con las mejores prácticas en sostenibilidad, Carvajal, de manera permanente, trabaja en diferentes frentes para garantizar la efectividad del programa de cumplimiento. Como parte de este ejercicio, destacamos las siguientes actividades:

- Semana anual de gestión de riesgos.
- Matriz de riesgo de cumplimiento por cada uno de los negocios de la organización.
- Auditoría anual del programa de cumplimiento.

En Carvajal reconocemos que la ética y el cumplimiento normativo son fundamentales para generar confianza en los grupos de interés, impulsar el desarrollo integral de las operaciones, fortalecer el gobierno corporativo y construir una reputación empresarial sólida. Creemos firmemente que cuanto más profunda es nuestra identidad y más sólida nuestra posición ética reflejada en nuestra forma de hacer negocios, más fuerte será el vínculo de confianza entre la sociedad y la organización.

4.3. Gestión de la reputación para fortalecer la confianza

En los últimos años, la reputación corporativa se ha vuelto crucial para las organizaciones, ya que se ha demostrado que de ella depende en gran medida su valor en el mercado. En Carvajal somos conscientes de esta realidad y actuamos en consecuencia para proteger este activo invaluable. Más allá del concepto, entendemos la reputación como el conjunto de percepciones que los grupos de interés internos y externos tienen de la organización. El propósito es alinear estas percepciones con la realidad operativa del negocio, buscando que nuestra reputación sea un fiel reflejo del compromiso con hacer las cosas bien.

En consecuencia, cuidar, gestionar y anticipar los riesgos que pueden afectarla es una prioridad. Por ello, la gestión se desarrolla en cuatro líneas de acción:

- Gestión de relacionamiento.
- Gestión de riesgo reputacional.
- Gestión de comunicación corporativa (externa).
- Gestión de marca.

El enfoque de la gestión de riesgo reputacional busca, específicamente, crear conciencia dentro de Carvajal sobre los posibles riesgos a los que estamos expuestos para poder gestionarlos y avanzar en el fortalecimiento de la confianza. En este punto, se establece una metodología que consta de:

- Identificación de riesgos estratégicos y operativos con impacto reputacional.
- Control de riesgos con impacto reputacional y monitoreo constante.
- Plan de gestión de crisis.

Conscientes de la relevancia del tema, la organización forma parte de diferentes grupos de trabajo enfocados en este asunto. Los más significativos son la Estrategia de Construcción de Reputación del Empresariado y el Comité Estratégico de Reputación del Valle. Estos espacios nutren la estrategia reputacional y nos permiten priorizar los focos de gestión.

4.4. Gestión de riesgos en la dimensión gobierno

El ejercicio de doble materialidad le permitió a Carvajal alinear las expectativas de los grupos de interés con las prioridades estratégicas de la organización, identificando los temas claves para la generación de valor. En el contexto de la dimensión gobierno, y con una mirada holística, la organización entiende que en el pilar gobierno es necesario abordar los riesgos asociados a la ética, al cumplimiento, al gobierno corporativo, a la cadena de abastecimiento, a la seguridad de la información y a la ciberseguridad.

La gestión de riesgos en el marco de la sostenibilidad no es un proceso aislado que ignora los estándares de control interno y las buenas prácticas en este tema. Por el contrario, se nutre de los procesos de control de la organización y complementa la arquitectura de riesgos del negocio. Así, la identificación y mitigación de riesgos en la dimensión gobierno implica su adecuada gestión basada en las etapas de identificación, medición, control y monitoreo.

Después de desarrollar estas etapas, Carvajal identificó y priorizó los riesgos en esta dimensión. Actualmente orienta sus esfuerzos a prevenir y mitigar riesgos como interrupciones operativas en los procesos de producción por no tener disponibilidad de materia prima; retrasos en la producción y en la prestación del servicio por la interrupción de la cadena de abastecimiento; revelación de información financiera y estratégica que no corresponda a la realidad operativa de la organización y que no cumple con la normatividad aplicable; daño a la reputación en caso de incumplimiento o controversia sobre el uso inadecuado de los datos, y pérdida de información confidencial y sensible debido a actos malintencionados, externos o internos.

El resultado de este ejercicio le da a la organización una visión consolidada de los riesgos en la dimensión gobierno, priorizando los que serán el foco de la gestión y poniendo en blanco y negro las implicaciones de su adecuada gestión. Este entregable se convierte en un insumo clave para la toma de decisiones por parte de la alta gerencia y en un elemento esencial para fortalecer la estrategia de sostenibilidad.

Conclusiones

Para Carvajal, la sostenibilidad es el desafío de reinventarse a diario y de construir relaciones de valor que cuiden la filosofía empresarial, mientras seguimos impulsando el desarrollo económico y social haciendo las cosas bien. Entendemos la sostenibilidad como un eje transversal, parte fundamental de nuestro ADN.

Nuestro compromiso con la sostenibilidad parte del reconocimiento de que, como organización, tenemos que generar soluciones a los retos que enfrenta el mundo en la actualidad. Por ello, trabajamos para consolidar una cultura sostenible que se traduzca en oportunidades tanto dentro de la organización como en los territorios que impactamos. La acción climática, la cultura de sostenibilidad y la economía circular son las apuestas de Carvajal para ser una organización sostenible.

Bajo la premisa “no puede haber una empresa sana en un entorno socialmente enfermo”, Carvajal ha construido entornos sostenibles, generando oportunidades en todas sus empresas y en los territorios en los que opera. Desde la perspectiva ambiental, se identifican y gestionan los riesgos más relevantes para la organización. Usamos un enfoque preventivo y proactivo para asegurar la viabilidad del modelo de negocio en un entorno regulatorio y de mercado cada vez más exigente, garantizando la continuidad operativa en un contexto global de alta incertidumbre ambiental.

Bibliografía

Comisión Brundtland. Nuestro Futuro Común. (1987). [Our Common Future \(Brundtland Report\) \(20.03.1987\)](#). El informe Brundtland es una publicación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que trata de dar respuesta a la creciente preocupación sobre el deterioro medioambiental, al uso y explotación de recursos sin que esto afecte negativamente a las necesidades de las generaciones futuras. Publicado en 1987 por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de las Naciones Unidas, debe su nombre a Gro Harlem Brundtland, primera ministra de Noruega y, en aquel momento, presidenta de este comité de la organización internacional.

Gary Niekerk - Director de Ciudadanía Global de Intel Corporation y orador principal en la Conferencia de Métricas y Materialidad de NAEM de 2014.

Equipo Sostenibilidad – Organización Carvajal, conformado por la vicepresidenta de sostenibilidad y economía circular, jefe corporativo de sostenibilidad, director de control interno y equipo gestión ambiental. Anthesis, una organización especializada en servicios de

sostenibilidad, que asesoró a la organización Carvajal en el análisis de doble materialidad.
<https://www.anthesisgroup.com/co/sobre/>

Markovitz, Gayle y Heading, Sophie. “Informe sobre Riesgos Globales 2024: Los riesgos aumentan, pero también nuestra capacidad de respuesta”, en World Economic Forum, 2024, en <https://es.weforum.org/agenda/2024/01/informe-sobre-riesgos-globales-2024-los-riesgos-aumentan-pero-tambien-nuestra-capacidad-de-respuesta/> consulta de enero 10 de 2024.

Capítulo 4

Riesgos relacionados con la gestión de los administradores en los procesos de insolvencia

Pilar Ospina Ariza⁶⁶

Introducción

En el marco del derecho societario existe una discusión que no se ha superado y que tiene que ver con la naturaleza de la firma. Sin perjuicio de la existencia de numerosas teorías al respecto, una de las más aceptadas es la planteada por Ronald Coase, según la cual la firma existe cuando es una herramienta que permite la disminución de los costos de transacción en la producción⁶⁷.

De esta interpretación se deriva, por lo menos, que el empresario, al momento de realizar la actividad empresarial, ha analizado la estructura que más le conviene. De allí que se espere que al elegir la institución adecuada, la empresa (persona o sociedad) crezca y perdure.

En Colombia, la actividad empresarial no tendría que ser ajena al escenario planteado. No obstante, la realidad del ecosistema empresarial muestra que las empresas creadas están expuestas a numerosos riesgos que terminan en su liquidación, voluntaria o legal. De acuerdo con un informe de Confecámaras, elaborado con datos de las cámaras de comercio, la tasa de supervivencia de las empresas colombianas a cinco años es del 33,4 %. El informe explica que “del total de unidades constituidas en 2017 solo el 33.4% ha superado el umbral de los 5 años, es decir, de las 294,896 unidades creadas en 2017, son 98,696 empresas las que siguieron operando durante el 2022”⁶⁸. La situación varía dependiendo de la estructura societaria y el tamaño empresarial.

En relación con la organización, el estudio asegura que los empresarios personas naturales están más expuestas que las personas jurídicas⁶⁹. En cuanto al tamaño, las microempresas

⁶⁶ Abogada de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Privado de la misma universidad. Magíster en Derecho de la Empresa y de los Negocios de la Universidad de Barcelona (España). Se ha desempeñado como docente de Derecho Comercial y Societario en la Universidad Nacional de Colombia, la Universidad Católica y la Universidad del Bosque. También, como docente de posgrado en tipos societarios y grupos empresariales en la Universidad Nacional de Colombia. En la actualidad es funcionaria de la Superintendencia de Sociedades.

⁶⁷ “La noción que aporta Coase parte de los beneficios que representa la existencia de una organización, en términos de reducción de costos empresariales. En su criterio, la firma permite atenuar aquellos costos en que un empresario individual tendría que incurrir para adquirir insumos productivos, si tuviera que regirse por los precios y condiciones del mercado”. Reyes Villamizar, Francisco. *Análisis Económico del Derecho Societario*. Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Bancolombia y Grupo Ibáñez. Bogotá. 2012, p. 45.

⁶⁸ Confecámaras. *La supervivencia empresarial en Colombia: estudio de los factores clave que impulsan la permanencia de las empresas en el mercado*. 2023, en https://img.lalr.co/cms/2023/05/16174901/ESTUDIO-SUPERVIVENCIA-MAYO-9-1_compressed.pdf consulta de septiembre 18 de 2024.

⁶⁹ “En cuanto al tipo de organización jurídica de estas unidades, en la gráfica 2 se observa que la mayor proporción se concentra en personas naturales, que correspondían al 77.3% de unidades creadas en el 2017 y que representan el 69,8% de las unidades que sobrevivieron en el 2022”. Confecámaras, *La supervivencia empresarial*, p. 23.

enfrentan más riesgos que las pequeñas, medianas y grandes⁷⁰. Entre los muchos factores internos que llevan a esta situación, se pueden distinguir el capital humano, la estructura legal, las habilidades gerenciales, la innovación, el acceso a financiación, el lugar, el mercado y el entorno⁷¹.

De acuerdo con Confecámaras, para el primer semestre de 2023 se crearon 164.435 empresas. De ellas, 42.797 corresponden a sociedades y 121.638 a personas naturales; el 99,7 % son microempresas, el 0,28 % pequeñas y el 0,015 % medianas⁷². Si la tendencia continúa, de las empresas creadas en el primer semestre de 2023 solo 55.086 sobrevivirán para el año 2029.

Es bajo este escenario que vale la pena estudiar los riesgos a los que se enfrentan los empresarios en Colombia. Aunque dentro de estos no se nombra expresamente el de insolvencia, lo cierto es que se puede considerar como el máximo problema que deben enfrentar, pues, por definición, solo quienes se encuentran en alguna clase de crisis tienen que recurrir a los procedimientos previstos en la Ley 1116 de 2006.

Pareciera entonces que una vez en insolvencia, el empresario ya habría sucumbido a los riesgos señalados. No obstante, no se puede pasar por alto que la ley de insolvencia prevé situaciones de recuperación empresarial y que además, una buena gestión de la misma implica una mejor y mayor protección de los acreedores, que es la finalidad última del proceso, como lo establece el artículo 1 del citado estatuto de insolvencia⁷³.

En la reorganización, por ejemplo, el propósito es la recuperación de la empresa que durante el proceso continúa realizando su actividad empresarial. Mientras que en la liquidación el propósito es el pago oportuno a los acreedores de la mejor manera posible y con el patrimonio disponible.

De esta manera, incluso en la insolvencia los empresarios se ven expuestos a riesgos que son pertinentes estudiar. En el caso del proceso de reorganización, una correcta gestión de los administradores puede hacer la diferencia para la preservación de la empresa. En la liquidación, el liquidador, como administrador, tiene la responsabilidad de proteger el activo y buscar su mejor aprovechamiento, a riesgo de su pérdida en perjuicio de los acreedores.

⁷⁰ “En este sentido, la tasa de supervivencia a 5 años es del 33,4% para microempresas, mientras que la supervivencia de empresas pequeñas es del 60,9%, la de unidades medianas del 73,7% y la de empresas grandes del 85,7%”. Confecámaras. *La supervivencia empresarial*, p. 24.

⁷¹ “Existen múltiples determinantes que explican la supervivencia de las empresas, la literatura ha sido esencial para distinguir estos factores, además que ha brindado sugerencias para la construcción de políticas que fortalezcan los aparatos productivos dentro de los países. Los estudios de los determinantes de la supervivencia empresarial se pueden distinguir en dos grupos. En el primer grupo se encuentran los determinantes internos, en los cuales se agrupan características de las empresas como el capital humano, edad y tamaño; características de innovación, investigación y desarrollo; y otras características como el tipo de financiación, estructura legal, estrategia comercial, habilidades gerenciales y el carácter de la propiedad de las empresas. El segundo grupo aborda los determinantes externos de la supervivencia empresarial, donde se distinguen las categorías de localización, mercado, industria y entorno”. Confecámaras. *La supervivencia empresarial*, p. 7.

⁷² Confecámaras. *Según informe de Confecámaras, 164.435 empresas se crearon en el primer semestre de 2023*. 2023, en <https://confecamaras.org.co/noticias/897-segun-informe-de-confecamaras-164-435-empresas-se-crearon-en-el-primer-semester-de-2023> consulta septiembre 18 de 2024.

⁷³ “El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor”. Ver: Colombia, Congreso de la República, Ley 1116 de 2006, artículo 1.

Son estos riesgos los que se pretenden analizar en el presente artículo. Aquellos que pueden afectar a los empresarios cuando se encuentran en un proceso de insolvencia, relacionados con la gestión de sus administradores, y que pueden generar perjuicios no solo a los acreedores, sino también a otros actores interesados.

Para ello, se analizarán de manera general los procesos de insolvencia, el régimen general de responsabilidad de los administradores aplicables en la insolvencia y los principales riesgos identificados en la gestión de los mismos, vinculados con la actuación de sus administradores.

1. Aspectos fundamentales de la insolvencia

En este capítulo se analizarán algunos aspectos relevantes de los procesos de insolvencia relacionados con su propósito y con la gestión de los administradores designados, así como los riesgos que la insolvencia puede generar tanto a acreedores como al mismo empresario.

Por definición, la insolvencia se refiere a “falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda”⁷⁴. La respuesta legal para esta situación se encuentra en el derecho concursal que

“ha sido entendido como una disciplina autónoma, en virtud de la que se regula la crisis del deudor, partiendo del siguiente supuesto: la situación de la que se ocupa es irregular, esto es, la imposibilidad o impotencia patrimonial de honrar las obligaciones previamente convenidas, pues el sistema parte de su cumplimiento”⁷⁵.

Como se advirtió en la introducción, la crisis empresarial no tiene una sola causa. Al respecto, se ha dicho que

“La definición de crisis de la empresa presenta ciertas dificultades por razón de los diversos factores que, en cada caso particular, confluyen en torno a este fenómeno. Lo cierto es que la crisis misma determina lo que podríamos denominar “estado de crisis” que no es cosa distinta de las dificultades de carácter económico en que la empresa se encuentra inmersa y que sólo serán superables con la colaboración y participación activa de los acreedores”⁷⁶.

En el ordenamiento jurídico colombiano, cuando los empresarios están en una situación de insolvencia en la que no pueden responder por sus obligaciones, tienen la alternativa de someterse a uno de los procedimientos regulados en la Ley 1116 de 2006, que ordinariamente corresponden a la reorganización y a la liquidación judicial. Esto, sin perjuicio de otras soluciones extraordinarias de insolvencia, que no son objeto de análisis en este artículo. Cada uno de los procesos señalados responde a una finalidad distinta y sus órganos de administración también son diferentes. A continuación, se analizará cada uno de ellos.

⁷⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.8 en línea], en <https://dle.rae.es/insolvencia> consulta de agosto 28 de 2024.

⁷⁵ Rodríguez Espitia, Juan José. *Insolvencia empresarial, derecho concursal y pandemia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2021, p. 25.

⁷⁶ Isaza Upegui, Álvaro, y Londoño Restrepo, Álvaro. *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*. Editorial Legis. Colombia. 2011, p. 15.

1.1. Proceso de reorganización

La finalidad del proceso de reorganización, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 1116 de 2006, es la preservación de empresas viables y la normalización de sus relaciones mediante la reestructuración de la misma, a través de la celebración de un acuerdo con sus acreedores⁷⁷. De su finalidad destacan dos elementos importantes. El primero tiene que ver con la necesidad de que las empresas sean viables. El segundo, con el hecho de que la recuperación se dé con la celebración de un acuerdo en el que se reestructuren sus pasivos y activos.

En relación con el primer elemento, la viabilidad de la empresa, puede resultar confuso, especialmente, en lo que respecta a la definición de crisis. Se parte del hecho de que las empresas están en alguna situación de crisis, lo que genera dificultad para pagar a sus acreedores. Sin embargo, esta crisis debe ser de tal magnitud que no impida que la empresa siga siendo viable, es decir, que tenga la capacidad de recuperarse.

Para delimitar la admisión al proceso de reorganización, la ley definió que los empresarios deben encontrarse en una situación de cesación de pagos o, por lo menos, en una incapacidad de pago inminente, según lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1116 de 2006⁷⁸. La primera situación se refiere al incumplimiento de, como mínimo, dos obligaciones a favor de dos o más acreedores o la existencia de, al menos, dos demandas de ejecución presentadas por dos o más acreedores. En otras palabras, debe probarse el incumplimiento de obligaciones exigibles que, además, superen el 10 % del pasivo total.

La segunda situación, la incapacidad de pago inminente, se refiere a la acreditación de la existencia de circunstancias internas o externas que, de manera razonable, puedan afectar gravemente el cumplimiento normal de sus obligaciones. Esta circunstancia puede entenderse a la luz de la responsabilidad de los administradores, en especial, del concepto de un buen hombre de negocios, contemplado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

La actuación poco diligente del administrador al identificar una situación de crisis puede agravarla. Sobre este asunto se encuentran comentarios en el siguiente sentido:

“La demora en tomar la decisión de acudir al concurso es el primer costo que hay que afrontar en la solución de la crisis. La conducta diligente a la cual está sometido el empresario cuando hay signos serios de dificultades se encuentra perfectamente articulada con el presupuesto de incapacidad de pago inminente, ya que obliga al administrador a proceder oportunamente —sin dilaciones—, para lo cual deberá hacer un análisis mesurado de las circunstancias que existen en el interior de la empresa y en el mercado en que esta se desenvuelve que, a su juicio razonado y razonable, pueden afectar de manera grave el cumplimiento corriente y normal de las obligaciones”⁷⁹.

⁷⁷ Colombia, Ley 1116 de 2006, artículo 1.

⁷⁸ Colombia. Congreso de la República. Ley 1116 de 2006. Artículo 9. “Supuestos de admisibilidad. El inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente”.

⁷⁹ Isaza Upegui y Londoño Restrepo. *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*, p. 22.

La ley contempla algunas medidas relacionadas con los administradores de las empresas que son admitidas en un proceso de reorganización, entre ellas la designación de un promotor, quien no los sustituye. Por el contrario, los administradores continúan ejerciendo sus funciones, sin perjuicio de las obligaciones legales que les corresponden, como comunicar a los acreedores el inicio del proceso⁸⁰, mantener la información financiera disponible para la negociación⁸¹ y actualizar el inventario de activos y pasivos⁸², entre otras.

En particular, la obligación de suministrar información completa y veraz respecto de sus acreedores y su pasivo es la que determina, en parte, el éxito del proceso de reorganización. Una determinación adecuada del activo y del pasivo sin deuda permitirá un mejor escenario de negociación.

Más allá de esto, el empresario en reorganización continúa desarrollando su objeto social y continúa con el funcionamiento de todos sus órganos de administración, que mantienen sus responsabilidades legales. La diferencia es que para algunos actos o negocios que implican la disposición de bienes se requerirá la autorización del juez, precisamente por la imposibilidad de pagar obligaciones sujetas al concurso por fuera de este⁸³. Por lo tanto, es pertinente decir que la carga de la gestión de la empresa en la situación de crisis recae en el administrador, quien debe garantizar su funcionamiento, proteger sus activos y buscar su mejor aprovechamiento en beneficio de los acreedores.

Son claros, entonces, los riesgos que se derivan de una gestión inadecuada por parte de los administradores durante la reorganización, pues pueden generar la pérdida de la unidad de producción económica, en detrimento de socios y acreedores.

1.2. Proceso de liquidación judicial

Según el artículo 1 de la Ley 1116 de 2006, el propósito del proceso de liquidación judicial es la liquidación pronta y ordenada del patrimonio del deudor, buscando su mejor aprovechamiento. En otras palabras, se busca que el activo disponible se use de la manera más eficiente para permitir un mejor pago a un mayor número de acreedores.

En realidad, la norma citada no permite identificar las características del proceso, pues se ha dicho que

“Realmente, más que una definición, hay una evidente tautología en la fórmula transcrita, que ni siquiera sugiere las características que según la doctrina se predicán de ella, entre las cuales vale la pena destacar las relativas a la realización de los activos, a la conclusión de las actividades en curso al momento de iniciarse el proceso, al pago del pasivo y a la entrega de remanentes al deudor, o su distribución entre los asociados cuando se trata de sociedades”⁸⁴.

⁸⁰ Colombia, Ley 1116 de 2006, artículo 19, numeral 9.

⁸¹ Colombia, Ley 1116 de 2006, artículo 19, numeral 5.

⁸² Colombia, Ley 1116 de 2006, artículo 24.

⁸³ Colombia, Ley 1116 de 2006, artículo 19, numerales 6 y 11.

⁸⁴ Isaza Upegui y Londoño Restrepo. *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*, p. 273.

Lo que sí puede derivarse del propósito legal del proceso es que, al finalizar, el empresario se extinguirá (conforme a su naturaleza jurídica), terminando la actividad de explotación económica. En otras palabras, el empresario no va a perdurar como tal más allá de su liquidación.

Una de las principales diferencias con el proceso de reorganización radica, precisamente, en que el empresario en proceso de liquidación judicial no puede continuar desarrollando su objeto social, pues la ley se lo proscrib⁸⁵. La ley también establece la cesación de funciones de los órganos de administración⁸⁶ y la separación de los administradores⁸⁷, separación “que no es una sanción, les impide la enajenación de bienes y la celebración de cualquier acto o contrato en nombre de la sociedad en liquidación judicial”⁸⁸.

La respuesta sobre cómo se ejerce la administración en la liquidación judicial está en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 1116 de 2006, que dispone que en el auto en el que se decreta la liquidación judicial se designará un liquidador, quien tendrá la representación legal de la empresa⁸⁹. Por lo tanto, el liquidador es “el responsable de llevar a efecto la liquidación, esto es, volver líquidos los activos del deudor para cancelar sus pasivos, mediante el pago directo o a través de la adjudicación de los bienes a los acreedores”⁹⁰.

De ahí que sea fundamental una gestión eficiente del liquidador para poder conseguir el propósito del proceso de liquidación judicial. Una gestión deficiente no solo pone en riesgo a los acreedores, que podrían no recibir su pago o recibirlo incompleto, sino también a los socios, que podrían perder la oportunidad de recibir remanentes. No sobra señalar que, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, los liquidadores también se consideran administradores y están sujetos a los deberes propios de este rol⁹¹.

En conclusión, es evidente la importancia que tiene la gestión de los administradores de los empresarios durante el trámite de los procesos de insolvencia, especialmente, en relación con la administración del activo y del pasivo. No es poco afirmar que sin una actuación correcta y diligente de los administradores es improbable que se logre satisfacer la finalidad de estos procesos. De allí la necesidad de analizar su gestión y las responsabilidades que esta pueda implicar.

2. Responsabilidad de los administradores

Para analizar los riesgos que conlleva la gestión de los administradores en los procesos de insolvencia, es pertinente entender el alcance de su responsabilidad y el régimen que los regula, aspectos que se analizarán en este capítulo.

Desde un punto de vista doctrinal, la responsabilidad de los administradores es uno de los temas más analizados en el derecho societario. De acuerdo con el artículo 22 de la Ley 222

⁸⁵ Colombia, Ley 1116 de 2006, artículo 48, numeral 2.

⁸⁶ Colombia, Ley 1116 de 2006, artículo 50, numeral 2.

⁸⁷ Colombia, Ley 1116 de 2006, artículo 50, numeral 3.

⁸⁸ Isaza Upegui y Londoño Restrepo. *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*, p. 436.

⁸⁹ Colombia, Ley 1116 de 2006, artículo 48, numeral 1.

⁹⁰ Isaza Upegui y Londoño Restrepo. *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*, pp. 186-187.

⁹¹ Colombia, Congreso de la República, Ley 222 de 1995.

de 1995, se consideran administradores al representante legal, al liquidador, al factor, a los miembros de juntas o consejos directivos y a quienes, según los estatutos, ejerzan o detenten esas funciones.

En palabras de Francisco Reyes Villamizar, “la manifestación más importante de la protección ofrecida a los asociados de una compañía está representada en el intrincado sistema de deberes y responsabilidades a cargo de los administradores sociales”⁹². Este establece que los administradores deben comportarse en el marco de la buena fe, bajo criterios de lealtad y diligencia.

En cuanto a los derechos fiduciarios de los administradores, se ha dicho que

“El Código de Comercio impone múltiples obligaciones a las personas que administran el patrimonio y los negocios de una sociedad o que actúan de modo permanente en nombre de esta. Y el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 les impone actuar de buena fe, con lealtad, del modo diligente de un buen hombre de negocios y siempre en interés de la sociedad, teniendo en cuenta a la vez los intereses de los asociados. Estas directrices generales se consideran básicas o fundamentales y se complementan con la serie de deberes específicos que el precepto enumera”⁹³.

Por su parte, el deber de cuidado se refiere, según el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, a actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios. La norma no define lo que debe entenderse por un buen hombre de negocios, pero se ha entendido que hace alusión a la conducta que adoptaría un administrador racional y diligente. La dificultad para definir el alcance de este deber ha sido reconocida en los siguientes términos:

“Es muy importante tener en cuenta, de otra parte, que el deber de cuidado no implica, en forma alguna, que la decisión de negocios deba ser acertada. La legislación no exige una obligación de resultados, sino, más bien, de medios. El director debe poner todo su empeño para lograr que las decisiones administrativas sean adoptadas con pleno conocimiento e ilustración sobre los diversos factores que se relacionan con aquellas”⁹⁴.

Por esta razón, sobre la verificación del cumplimiento del deber de cuidado, la jurisprudencia ha manifestado que

“por virtud del deber general de cuidado, les corresponde a los administradores comportarse diligentemente, bajo el estándar del “buen hombre de negocios”. En cumplimiento de ello, la conducta de tales funcionarios debe ser prudente, informada, suficiente, oportuna y razonable, entre otros posibles calificativos”⁹⁵.

Sobre el deber de lealtad, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 establece que el administrador debe actuar en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. También advierte una dificultad en la definición del concepto. Sin embargo, en general se ha

⁹² Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho Societario en los Estados Unidos y en la Unión Europea*. Legis. Colombia. 2013, p. 221.

⁹³ Narváez García, José Ignacio. *Teoría General de las Sociedades*. Legis. Colombia. 2008, pp. 334-335.

⁹⁴ Reyes Villamizar. *Derecho Societario en los Estados Unidos y en la Unión Europea*, p. 228.

⁹⁵ Colombia, Superintendencia de Sociedades, Sentencia proceso 2021-800-00336 del 22 de abril de 2022.

entendido que hace referencia a situaciones en las que los intereses de los administradores no coinciden con los de la sociedad, y sus actuaciones se realizan en perjuicio de esta. Al respecto, se ha dicho que

“el desarrollo judicial de este deber fiduciario en los Estados Unidos obedece a la observación empírica según la cual, bajo ciertos supuestos fácticos, los administradores podrían actuar en forma indebida en aras de mantener una situación que les favorece, a pesar de la existencia de intereses contrapuestos a los de la sociedad”⁹⁶.

Por su parte, Jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades, sobre el deber de diligencia ha expresado que

“Aunque en nuestro sistema no se ha previsto una definición legal que permita identificar la configuración de conflictos de interés en el ámbito societario, este Despacho ha puntualizado que, “mientras subsista este vacío, les corresponderá a los jueces determinar cuando existen circunstancias que puedan activar la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. El análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido”⁹⁷.

En realidad, se observa que la definición de una posible vulneración de deberes fiduciarios por parte de los administradores se determina con el análisis del caso concreto y en relación con las pruebas específicas aportadas. Es decir, que no se puede establecer una regla uniforme para enmarcar la conducta desleal de los administradores. Este hecho, sumado a que cada actividad empresarial es distinta y conlleva riesgos particulares, no impide que la jurisprudencia haya definido ciertos parámetros que pueden llevar a la configuración de responsabilidad.

En cuanto a la gestión de los administradores designados en los procesos de reorganización y liquidación judicial, el tratamiento de su responsabilidad es similar. Dicha gestión dependerá de cada caso particular, esperando que enmarquen sus actuaciones hacia una mejor satisfacción del crédito y un óptimo aprovechamiento de los activos.

En otras palabras, los administradores llevan sobre sus hombros la responsabilidad de la recuperación de la empresa, en el caso de la reorganización, o de una liquidación eficiente, en el caso de la liquidación judicial. Esto no implica una obligación de resultados, ya que ni la doctrina ni la jurisprudencia establecen una conducta específica o un paso a paso para la gestión de los procesos de insolvencia que garantice alcanzar el resultado esperado.

Por ello, lo que se espera de los administradores en los procesos de insolvencia es que actúen con el cuidado de un buen hombre de negocios y con el mejor interés del empresario en

⁹⁶ Reyes Villamizar. *Derecho Societario en los Estados Unidos y en la Unión Europea*, p. 231.

⁹⁷ Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-52 del 1 de septiembre de 2014, citada en Colombia, Superintendencia de Sociedades, Sentencia proceso 2015-800-251, del 3 de octubre de 2017.

mente. Si bien esto no difiere sustancialmente de la gestión que se exige a los administradores en general, en el caso de la insolvencia estos estándares se elevan, dado que su propósito debe enfocarse en una adecuada gestión en una situación de crisis, como ya se explicó. Una gestión que no se ajuste a estos parámetros puede acarrear consecuencias negativas tanto para los acreedores como para el empresario, constituyéndose en un riesgo cuya naturaleza se analizará en el siguiente capítulo.

3. Los riesgos de la insolvencia en relación con la gestión de los administradores

Como se ha señalado, la gestión de los administradores designados en los procesos de insolvencia reviste una importancia significativa debido a los riesgos que pueden generarse para los acreedores y para la sociedad. Dado que ya se mencionó la diferencia en los propósitos entre el proceso de reorganización y de liquidación judicial, los riesgos derivados de la gestión de sus administradores también varían, como se explicará a continuación.

3.1. Los riesgos en el proceso de reorganización

La reorganización, cuyo propósito es la recuperación empresarial, implica que la empresa siga desarrollando su objeto social y que sus administradores no sean removidos. Sobre este proceso, se ha dicho que

“son presupuestos para acceder al concurso la cesación de pagos o la incapacidad de pago inminente, lo cual hace forzoso concluir que en realidad el proceso está concebido como instrumento para superar situaciones de insolvencia, es decir, de incapacidad de un deudor para cumplir el pago corriente de sus obligaciones. En este sentido, hay una orientación hacia la reestructuración de la deuda sin que, desde luego, pasemos por alto la importancia de que los deudores en dificultades, al optar por la solución concursal, aprovechen la protección que ella les otorga, para fortalecer su estructura empresarial en la parte administrativa y operacional”⁹⁸.

Es pertinente afirmar que la gestión de los administradores de empresas en proceso de reorganización necesariamente se desarrolla en un entorno de crisis. Por definición, el empresario tiene dificultades para el pago de sus obligaciones en los términos pactados, lo que se traduce en problemas para ejecutar su objeto social. Además, debido a su admisión al proceso, el empresario ve limitada su capacidad para celebrar determinados actos o contratos que impliquen el uso de sus activos.

Además, la imposibilidad de hacer pagos a los acreedores de obligaciones causadas con anterioridad al inicio del proceso dificulta la relación con ellos, algo que, sin duda, supone un obstáculo para el desarrollo del objeto social. Todo esto ocurre mientras intenta que la actividad siga su curso y se negocie un acuerdo con los acreedores para el pago de las obligaciones.

⁹⁸ Isaza Upegui y Londoño Restrepo. *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*, p. 36.

Evidentemente, no se trata de un escenario sencillo, pero lo cierto es que el administrador debe desplegar todas sus habilidades para conseguir el objetivo en medio de la compleja situación. Esto, por supuesto, dentro del marco de sus deberes fiduciarios de diligencia, lealtad y por supuesto, buena fe.

Estas circunstancias generan un verdadero riesgo para los acreedores, ya que, como se ha afirmado en varios apartes, de la gestión del administrador durante el proceso depende la protección efectiva del activo, el logro de un acuerdo viable con los acreedores y la continuación del desarrollo del objeto social de manera armónica y productiva. Todo esto, con la aprobación del juez del concurso para determinadas situaciones.

No existe, por tanto, un espacio donde se demande del administrador mayor diligencia y lealtad y, sin embargo, uno donde sea menos exigible el cumplimiento de sus deberes, por lo menos dentro del marco procesal que rige la insolvencia. Esto se debe a que ninguna disposición permite el reemplazo de los administradores y, más allá de los requerimientos que pueda hacer el juez del concurso, en realidad no se trata de un espacio diseñado para exigir la responsabilidad ni el cumplimiento de obligaciones.

Es cierto que, de acuerdo con el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1116 de 2006, el juez del concurso tiene la facultad de decretar la inhabilidad para ejercer el comercio a los administradores en los términos previstos en la misma norma⁹⁹. No obstante, es evidente que esta acción no responde a un escenario de responsabilidad de los administradores, por lo que, al menos derivado de la ley que rige los procesos de insolvencia, no se contempla la posibilidad de poder exigirles el cumplimiento señalado.

Esto, sin duda alguna, magnifica el riesgo de una indebida gestión de los administradores. Así, sin herramientas que permitan la exigibilidad de obligaciones, los acreedores quedan a merced de las actuaciones que se decidan adelantar y que repercuten directamente en la posibilidad de recibir el pago a su favor. Los mismos socios están sujetos a este riesgo, pues una gestión inadecuada puede llevar a la liquidación de la empresa, ya sea por la imposibilidad de seguir desarrollando su objeto o por la incapacidad de llegar a un acuerdo con los acreedores. En cualquier caso, implicaría una pérdida de la inversión social.

Esto no quiere decir que en el proceso de reorganización el papel del promotor no sea relevante. Es cierto que, según la ley, entre sus funciones se encuentra la de conseguir el acuerdo de reorganización. Sin embargo, es evidente que sin una adecuada administración ningún acuerdo puede llegar a buen término, impidiendo alcanzar el propósito del proceso. Además, hay que tener en cuenta la posibilidad de que el mismo representante legal sea nombrado promotor.

3.2. Riesgos en el proceso de liquidación judicial

En el proceso de liquidación judicial se designa un liquidador que asume la representación legal de los concursados, mientras que los órganos sociales son separados de sus funciones.

⁹⁹ “Los administradores y socios de la deudora y las personas naturales serán inhabilitados para ejercer el comercio, hasta por diez años, cuando estén acreditados uno o varios de los siguientes eventos o conductas”. Ver: Colombia, Ley 1116 de 2006, artículo 83.

Al respecto, se ha dicho que “como consecuencia de esa separación se produce el desapoderamiento, esto es, la pérdida por parte del deudor de la tenencia y administración de sus bienes y la prohibición de que disponga de ellos”¹⁰⁰.

En este escenario, el riesgo de una gestión deficiente por parte del liquidador también es relevante. Aunque la capacidad jurídica de la empresa queda limitada a los trámites propios de la liquidación¹⁰¹ y entra en estado de disolución, todavía debe darse paso al procedimiento que permita garantizar el pago a los acreedores en las mejores condiciones posibles.

Sobre el estado de las sociedades en proceso de liquidación judicial, para Francisco Reyes Villamizar “la disolución implica el final de la plenitud jurídica de la compañía, la resolución de las relaciones vinculantes en que sea sujeto y la cesación de las actividades comprendidas en su objeto social”¹⁰².

Aunque el empresario finaliza su vida jurídica, el camino que debe recorrer para lograrlo requiere de una gestión eficiente y austera del liquidador, como lo establece la ley. Dentro de sus facultades no solo está determinar el activo y el pasivo, sino también la obligación de proteger los bienes y lograr su realización en las mejores condiciones posibles. Solo esto permitirá alcanzar el objetivo del proceso. Además, el liquidador debe resolver asuntos pendientes en el concursado que puedan afectar el desarrollo del proceso, tales como la situación de los trabajadores, los contratos vigentes al momento del inicio del proceso, en especial los de fiducia, y la gestión de las garantías mobiliarias, entre otros.

En este contexto, resulta significativo que el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 haya incluido a los liquidadores como administradores. Bajo esta norma, los liquidadores designados en los procesos regulados por la Ley 1116 de 2006 están sujetos a los deberes fiduciarios de lealtad y diligencia.

Son innegables los riesgos a los que se enfrentan tanto los acreedores como el empresario en relación con la gestión de los liquidadores. Dentro de estos destacan la pérdida del valor de los activos, que afectan la posibilidad de satisfacción del crédito, o un aumento en la complejidad de las relaciones del empresario con partes interesadas, que ralentiza el proceso y el término para el pago de sus obligaciones. Estas situaciones pueden limitar el derecho de los socios a recibir remanentes tras el pago del pasivo externo.

Aunque la finalidad del proceso de liquidación es clara, no puede perderse de vista que la Ley 1116 de 2006 permite celebrar un acuerdo de reorganización dentro de la liquidación¹⁰³. Esto quiere decir que la extinción de la vida jurídica no es la única opción una vez iniciado el proceso.

¹⁰⁰ Isaza Upegui y Londoño Restrepo. *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*, p. 282.

¹⁰¹ “La providencia de apertura del proceso de liquidación judicial dispondrá: [...] 2. La imposibilidad, a partir de la fecha de la misma, para que el deudor realice operaciones en desarrollo de su objeto, pues conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación, sin perjuicio de aquellos que busquen la adecuada conservación de los activos”. Ver: Colombia, Ley 1116 de 2006, artículo 48, numeral 2.

¹⁰² Reyes Villamizar, Francisco, citado en Isaza Upegui y Londoño Restrepo. *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*, p. 281.

¹⁰³ “Aprobado el inventario valorado, la calificación y graduación de créditos y los derechos de voto, el liquidador o quienes representen no menos del treinta y cinco por ciento (35%) de los derechos de voto admitidos, podrán proponer la celebración de un acuerdo de reorganización, para lo cual, el juez del concurso, convocará a una audiencia”. Ver: Colombia, Ley 1116 de 2006, artículo 66.

Si la gestión del liquidador no cumple con los estándares establecidos en la ley, se corre el riesgo de que, aun cuando sea viable la celebración de dicho acuerdo, este no pueda darse, impidiendo la revitalización del empresario y sus beneficios potenciales.

Todo esto, sumado a que el proceso de liquidación carece de una acción específica de responsabilidad de los administradores, más allá de la posibilidad de que sean removidos de su cargo, se dificulta exigirles el cumplimiento adecuado de sus funciones. Por lo tanto, si el proceso no tiene un marco legal para hacer que el liquidador responda por su gestión, se puede concluir que es muy alta la posibilidad de que los riesgos señalados se materialicen. Esto resalta la importancia de contar con un liquidador competente, capaz de afrontar la crisis empresarial propia de la liquidación judicial y mitigar dichos riesgos.

Conclusiones

En virtud de lo expuesto a lo largo del presente artículo se puede concluir, que los procesos de insolvencia generan riesgos significativos para acreedores, socios y empresarios, relacionados con la gestión de los administradores. La naturaleza y el propósito legal de estos procesos hacen que en ellos recaigan funciones y facultades que pueden impactar directamente sus resultados.

En el caso del proceso de reorganización, el riesgo de una gestión que no responda a los estándares está relacionado, en especial, con la imposibilidad del empresario de continuar siendo viable, así como para ejercer su objeto social (con la pérdida de valor que esto implica) y de satisfacer las obligaciones a su cargo.

Frente a la liquidación judicial, el riesgo no solo tiene que ver con la pérdida de valor de los activos y con la dificultad de satisfacer las deudas, sino también con la imposibilidad de celebrar un acuerdo de reorganización dentro de la liquidación. Esta situación afecta tanto a los acreedores como al empresario, que podría perder la oportunidad de recibir remanentes de la actividad empresarial.

El régimen de insolvencia, ni para el proceso de liquidación judicial ni para el de reorganización, contempla un procedimiento que permita exigir el cumplimiento de las obligaciones de los administradores o resarcir los perjuicios que se puedan causar. Esto aumenta los riesgos de una gestión ineficiente, a pesar de estar sometidos a los estándares de responsabilidad de los administradores en los términos de la Ley 222 de 1995.

Por lo tanto, debido a la importancia que tiene la gestión de los administradores dentro de los procesos de insolvencia, sería deseable que se incorporara un mecanismo judicial que permita exigirles el cumplimiento de sus obligaciones bajo las reglas del derecho societario, y que contemple la posibilidad de reclamar el pago de los perjuicios ocasionados. Esto, sin duda, incentivaría una gestión más eficiente que podría minimizar la configuración de los riesgos expuestos.

Bibliografía

Colombia, Congreso de la República, Ley 222 de 1995.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1116 de 2006.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Sentencia proceso 2015-800-251, del 3 de octubre de 2017.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Sentencia proceso 2021-800-00336 del 22 de abril de 2022.

Confecámaras. *La supervivencia empresarial en Colombia: estudio de los factores clave que impulsan la permanencia de las empresas en el mercado*. 2023, en https://img.lalr.co/cms/2023/05/16174901/ESTUDIO-SUPERVIVENCIA-MAYO-9-1_compressed.pdf consulta de septiembre 18 de 2024.

Confecámaras. *Según informe de Confecámaras, 164.435 empresas se crearon en el primer semestre de 2023*. 2023, en <https://confecamaras.org.co/noticias/897-segun-informe-de-confecamaras-164-435-empresas-se-crearon-en-el-primer-semester-de-2023> consulta septiembre 18 de 2024.

Isaza Upegui, Álvaro y Londoño Restrepo, Álvaro. *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*. Editorial Legis. Colombia. 2011.

Narváez García, José Ignacio. *Teoría General de las Sociedades*. Legis. Colombia. 2008.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.8 en línea], en <https://dle.rae.es/insolvencia> consulta de agosto 28 de 2024.

Reyes Villamizar, Francisco. *Análisis Económico del Derecho Societario*. Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Bancolombia y Grupo Ibáñez. Bogotá. 2012.

Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho Societario en los Estados Unidos y en la Unión Europea*. Legis. Colombia. 2013.

Rodríguez Espitia, Juan José. *Insolvencia empresarial, derecho concursal y pandemia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2021.

Capítulo 5

Alertas financieras como herramientas para la gestión del riesgo de insolvencia

Elsa María López Roca¹⁰⁴
María Zoraida Peña González¹⁰⁵
Ana María Cuervo Gasca¹⁰⁶

Introducción

Las empresas desempeñan un papel crucial en la economía de cualquier país, y Colombia no es la excepción. Como principales generadoras de empleo y riqueza, su sostenibilidad y perdurabilidad son esenciales para el bienestar económico y social. Los administradores de estas entidades enfrentan la constante tarea de identificar y gestionar los riesgos, tanto internos como externos, que puedan amenazar su viabilidad. En este contexto, el riesgo de insolvencia se erige como una de las mayores amenazas.

En el ámbito global, diferentes marcos normativos han abordado la insolvencia empresarial y los indicios de la preinsolvencia. Un ejemplo destacado es la Directiva 2019/1023 de la Comunidad Económica Europea, que regula los marcos de reestructuración preventiva de exoneración de deudas y otras disposiciones. Esta norma reconoce la importancia de las alertas tempranas como mecanismo para detectar dificultades financieras y adoptar medidas oportunas, lo cual incrementa la posibilidad de evitar una insolvencia inminente¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial de la misma universidad. En la Superintendencia de Sociedades ha sido coordinadora de los grupos de Normalización Empresarial, Control de Sociedades y Seguimiento a Acuerdos de Reestructuración; directora de Supervisión Empresarial, y, actualmente, superintendente delegada de Supervisión Societaria.

¹⁰⁵ Economista de la Universidad Santo Tomás. Executive MBA de Inalde Business School, Universidad de La Sabana. En la Superintendencia de Sociedades se ha desempeñado como coordinadora de los grupos de Reglamentación Especial, Gran Empresa, Mipymes y Análisis y Seguimiento Financiero. Actualmente se desempeña como coordinadora del Grupo de Análisis y Seguimiento Financiero de la entidad. Las manifestaciones contenidas en este artículo son responsabilidad exclusiva de su autora, tienen fines académicos y no reflejan ni comprometen la responsabilidad ni la posición de la entidad para la cual trabaja.

¹⁰⁶ Contadora Pública de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Administración Financiera de la Universidad de Los Andes y en Contabilidad Financiera Internacional de la Universidad Javeriana. Magíster en Derecho Comercial Internacional de la Universidad Sapienza de Roma. Profesional del Grupo de Análisis y Seguimiento Financiero de la Superintendencia de Sociedades. Las manifestaciones contenidas en este artículo son responsabilidad exclusiva de su autora, tienen fines académicos y no reflejan ni comprometen la responsabilidad ni la posición de la entidad para la cual trabaja.

¹⁰⁷ “(22) Cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación. Debe facilitarse información clara, actualizada, concisa y fácil de utilizar sobre los procedimientos de reestructuración preventiva, así como sobre una o más herramientas de alerta temprana, con el fin de incentivar a aquellos deudores que empiezan a sufrir dificultades financieras a que tomen medidas a tiempo. Las herramientas de alerta temprana que adoptan la forma de mecanismos de alerta que indican cuándo el deudor no ha efectuado determinados tipos de pago podrían activarse, por ejemplo, debido a un impago de impuestos o de las

En Colombia, el Gobierno nacional, además de contar con la ley de insolvencia empresarial¹⁰⁸, también abordó el deterioro patrimonial y el riesgo de insolvencia de las empresas, así como los mecanismos para detectarlos, el diseño de planes de recuperación y la obligación de los administradores de informar completa y documentadamente al máximo órgano social sobre esta situación para que dicho órgano adopte las decisiones pertinentes sobre la continuidad, disolución o liquidación de la sociedad. El incumplimiento de este deber implica responsabilidad solidaria por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros¹⁰⁹.

Efectuadas dichas precisiones, este capítulo analizará la importancia de implementar alertas financieras tempranas como una herramienta clave para detectar problemas financieros inminentes y permitir una intervención oportuna. Asimismo, se revisarán aspectos específicos sobre la causal de disolución por el incumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, diferenciándola del tratamiento del deterioro patrimonial y del riesgo de insolvencia. También se abordarán las responsabilidades del administrador en estos temas y las acciones de supervisión y acompañamiento preventivo a cargo del supervisor.

1. Hipótesis de negocio en marcha (HNM), deterioro patrimonial y riesgo de insolvencia

1.1. Hipótesis de negocio en marcha

En este contexto, la evaluación de la HNM es una herramienta de gestión clave para ayudar a las empresas a identificar si están enfrentando dificultades temporales o si existen problemas estructurales que amenazan su viabilidad a largo plazo. Su análisis resulta fundamental para decidir el curso de acción más apropiado para la empresa. Entendiendo esta hipótesis como la premisa de que la empresa continuará funcionando en el futuro predecible, sin necesidad de liquidarse o de cesar en sus operaciones¹¹⁰.

Lo anterior no solo deberá tenerse en cuenta al elaborar los estados financieros, como lo dispone la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 1, sino también, como lo establece el inciso 1 del artículo 4 de la Ley 2069 de 2020, “al cierre del ejercicio, de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente”. En consecuencia, será necesario evaluar su cumplimiento cuando se preparen los estados financieros de fin de ejercicio.

Algunas señales que pueden generar dudas significativas sobre la continuidad del negocio, sin ser una lista exhaustiva, son las i) dificultades financieras, como indicadores claves desfavorables, indicios del retiro del apoyo de los acreedores y la incapacidad de obtener

cotizaciones de la seguridad social”. Ver: Unión Europea. Parlamento Europeo y Consejo. Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Junio 20 de 2019.

¹⁰⁸ Colombia, Congreso de la República, Ley 1116 de 2006.

¹⁰⁹ Colombia, Congreso de la República, Ley 2069 de 2020.

¹¹⁰ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 2420 de 2015, anexo 5.

financiación; ii) las dificultades de operación, como la pérdida de un mercado importante o la escasez de suministros claves, y iii) las dificultades legales, como cambios normativos o litigios que puedan afectar negativamente a la empresa¹¹¹.

Para llevar a cabo este análisis de manera efectiva, las empresas deben contar con datos precisos y actualizados, así como con la experiencia para interpretarlos correctamente. La asesoría de especialistas financieros y legales puede ser fundamental en este proceso, ya que aporta una perspectiva adicional que ayuda a identificar problemas y soluciones que quizás no sean evidentes para la administración.

Si se determina que la empresa no cumple con la hipótesis de negocio en marcha, deberá abstenerse de iniciar nuevas operaciones distintas a las del giro ordinario de los negocios y convocar de inmediato a la asamblea general de accionistas o a la junta de socios para informar completa y documentadamente esta situación¹¹².

1.2. Deterioro patrimonial y riesgo de insolvencia

Un evento distinto a la causal de disolución por no cumplimiento de la HNM ocurre cuando existen indicadores que evidencian el deterioro patrimonial y/o el riesgo de insolvencia de la persona jurídica. En estos casos, conforme a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 4 de la Ley 2069 de 2020,

los administradores sociales deberán convocar al máximo órgano social de manera inmediata cuando del análisis de los estados financieros y las proyecciones de la empresa se puedan establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber.

Por su parte, el Decreto 1378 del 28 de octubre del 2021, que modificó el Decreto 854 del 3 de agosto del mismo año, reglamentó lo referido en el párrafo anterior y dispuso que

Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, los administradores deberán establecer la existencia de deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia, conforme a las razones financieras o indicadores pertinentes, según su modelo de negocio y los sectores en los cuales la sociedad comercial desarrolla su objeto social.¹¹³

Sobre estos indicadores, es necesario señalar que

- Es obligatoria su implementación en aquellos casos que les sean aplicables a la sociedad.

¹¹¹ Decreto 2420 de 2015, anexo 5.

¹¹² Ley 2069 de 2020, inciso 3, artículo 4.

- No hacerlo cuando hay lugar a ello implica el incumplimiento de los deberes de los administradores, situación que puede llegar a comprometer su responsabilidad personal frente a la sociedad, frente a los socios y frente a terceros.
- Una vez implementados y analizados se pueden generar varias conclusiones para la compañía: i) que no exista deterioro patrimonial ni riesgo de insolvencia; ii) que exista deterioro patrimonial pero no riesgo de insolvencia; iii) que no exista deterioro patrimonial pero sí riesgo de insolvencia; iv) que exista deterioro patrimonial y riesgo de insolvencia; v) que las mediciones le sean aplicables a la compañía, y vi) que las mediciones no sean aplicables a la compañía.
- Si son aplicables, deben implementarse para servir de soporte a la administración de las compañías, porque] la implementación no es una simple formalidad. El resultado de la medición debe ser revelado, de manera que el máximo órgano social tenga claridad sobre la situación de la empresa, conozca los riesgos y pueda adoptar las decisiones a que haya lugar.¹¹⁴

Para ello, la normatividad establece los indicadores o razones financieras que deben implementarse cuando sean aplicables a la sociedad comercial, así como otros según el modelo de negocio y el sector. Por ejemplo, pueden seleccionarse aquellos incluidos en las categorías de la Figura 1 u otros que se ajusten al contexto específico.

Figura 1.

Grupos de indicadores financieros



Dentro de los indicadores establecidos por el Decreto 1378 del 28 octubre de 2021 que los administradores deben implementar, se encuentran los siguientes:

¹¹⁴ Colombia, Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-217383, 4 de octubre de 2022, p. 4.

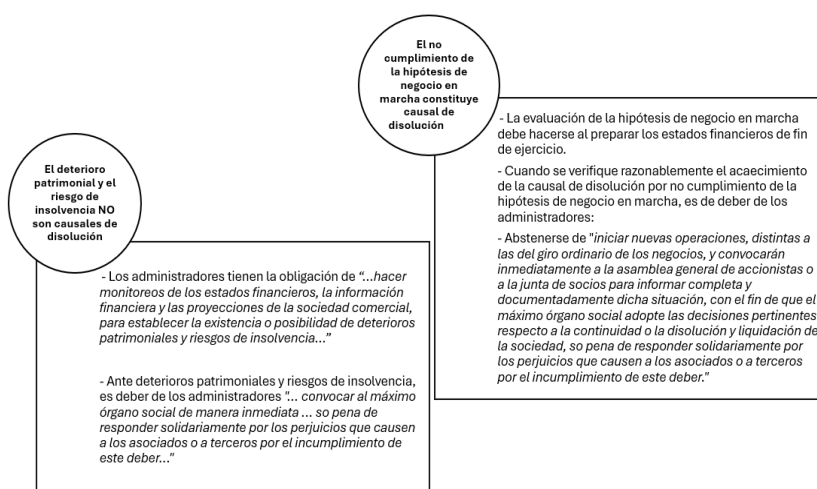
Tabla 1.
Indicadores deterioro patrimonial y riesgo de insolvencia

INDICADOR	DIMENSIÓN	FÓRMULA	OBSERVACIONES
Posición patrimonial negativa	Deterioro patrimonial	Patrimonio total < \$0	Las consecuencias de tener una posición patrimonial negativa pueden ser, entre otras, dificultades para obtener financiamiento, impacto reputacional negativo, desafíos estratégicos, problemas de solvencia y dificultades operativas.
Dos periodos consecutivos de cierre con utilidad negativa en el resultado del	Deterioro patrimonial	(Resultado del ejercicio anterior < \$0) y (Resultado del último ejercicio < \$0)	Es un indicador que obliga a identificar las causas de la pérdida y a generar estrategias.
Dos periodos consecutivos de cierre con razón corriente inferior a 1,0	Riesgo de insolvencia	(Activo corriente / Pasivo corriente < 1,0, del ejercicio anterior) y (Activo corriente / Pasivo corriente < 1,0, del último ejercicio)	Es un indicador que puede evidenciar algunos problemas de liquidez, pero que no implica necesariamente el incumplimiento de obligaciones. Obliga a conocer si la situación es coyuntural o permanente y a evaluar otros indicadores, como el endeudamiento.

De acuerdo con la norma citada, si el administrador determina que existe deterioro patrimonial y/o riesgo de insolvencia, debe informar de inmediato al máximo órgano social para que tome las medidas correspondientes.

Es necesario precisar la diferencia entre hipótesis de negocio en marcha, deterioro patrimonial y riesgo de insolvencia (Figura 2), ya que se ha evidenciado que muchas sociedades los confunden en las notas a los estados financieros. En particular, suelen analizar la hipótesis de negocio en marcha basándose únicamente en los indicadores establecidos en el Decreto 1378 de 2021, mencionados en el cuadro anterior.

Figura 2.
Precisiones sobre la hipótesis de negocio en marcha, deterioros patrimoniales y riesgo de insolvencia



Fuente: Superintendencia de Sociedades¹¹⁵.

¹¹⁵ Superintendencia de Sociedades. *Hipótesis de Negocio en Marcha, deterioros patrimoniales y riesgo de insolvencia*. En <https://www.supersociedades.gov.co/documents/20122/468949/Infografia-Hipotesis-de->

2. Las alertas tempranas en la detección de la preinsolvencia

Los estudiosos de la insolvencia empresarial, especialmente en su etapa preliminar o de preinsolvencia, han centrado sus esfuerzos en desarrollar soluciones anticipadas, técnicas preventivas y sistemas de alertas tempranas. Su objetivo es evitar que estas dificultades se conviertan rápidamente en una situación de insolvencia¹¹⁶.

En este sentido, Jorge Fernando Fushimi¹¹⁷ define la preinsolvencia como “un estado de crisis generalizada de la empresa generada por dificultades económicas, financieras o jurídicas que, sin llegar a la cesación de pagos ameritan una solución preventiva de carácter excepcional con todos o algunos de sus acreedores”. Además, sostiene que “la contabilidad brinda los elementos necesarios para detectar cuando vamos camino a la cesación de pagos” y proporciona herramientas de medición, seguimiento, control y predicción.

Por su parte, Ángel Rojo, en sus reflexiones sobre las “crisis”, señala que

son las situaciones que mejor nos demuestran las verdades ocultas de las organizaciones, permiten entender, relaciones y vínculos, estructuras, modos de pensar y de hacer que, previamente al desencadenamiento de la crisis, no eran percibidos ni entendidos. Del mismo modo aparecen posibilidades de repensar las estrategias y estructuras organizacionales cuya mera consideración era imposible de ser encarada con anterioridad a la situación de crisis.¹¹⁸

Entre otras consideraciones, Rojo añade que una forma particular de evaluar y predecir la crisis (a corto y mediano plazo) es hacer un análisis detallado de los estados financieros, utilizando como herramienta principal los indicadores financieros y económicos calculados a partir de los balances.

En este contexto, las alertas tempranas son un componente crucial del marco preconcursal, ya que permiten a las empresas identificar señales de posibles dificultades financieras. Esto facilita la adopción de medidas correctivas antes de que la situación se deteriore al punto de requerir una reestructuración formal o un proceso de insolvencia¹¹⁹.

Por ello, se recomienda que los administradores realicen un seguimiento continuo del desempeño empresarial con herramientas de análisis financiero y gestión del riesgo. Esto debe incluir la implementación de un sistema de alertas financieras y no financieras, acompañado de las siguientes acciones:

[negocio-en-marcha.pdf/e9d8614d-10ca-b75b-ee5-87ffde92bf01?t=1669064637500](https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/70490). Consulta marzo 3 de 2025.

¹¹⁶ Gebhardt, Marcelo. *Prevención de la insolvencia*. Editorial Astrea. Buenos Aires-Bogotá. 2012. p. 23.

¹¹⁷ Fushimi, Jorge Fernando, citado en Gebhardt. *Prevención de la insolvencia*, pp. 42-43.

¹¹⁸ Rojo, Ángel, citado en Gebhardt. *Prevención de la insolvencia*, p. 67

¹¹⁹ Gil Zuluaga, Juan David. *Detección de alertas tempranas que indiquen la necesidad de acuerdos de reestructuración financiera en compañías colombianas*, tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2010, en <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/70490> Consulta marzo 3 de 2025.

- a. **Diagnóstico financiero** (riesgo interno): consiste en el análisis de la situación financiera a corto y largo plazo. Implica una serie de prácticas y procedimientos que buscan evaluar de manera continua y detallada la salud financiera de la empresa. Este proceso incluye la revisión regular de estados financieros, el monitoreo de indicadores clave de rendimiento, la evaluación de flujos de caja y la comparación de resultados reales con proyecciones. Un seguimiento constante permite detectar desviaciones significativas o tendencias negativas que actúan como una señal de alerta¹²⁰.
- b. **Interpretación de datos**: hace referencia a la capacidad de interpretar correctamente los datos financieros. Esto no solo implica entender los números, sino que es fundamental identificar las causas subyacentes de ciertas tendencias o cambios.
- c. **Perspectiva amplia**: el análisis comparativo con el entorno o empresas similares brinda mayores elementos de juicio para entender cómo se desempeña, proporcionando una perspectiva más amplia sobre su posición financiera¹²¹.
- d. **Implementación de estrategias**: diagnosticar implica detectar problemas para solucionarlos y alcanzar los objetivos empresariales¹²². Se debe definir el conjunto de acciones a desarrollar, entre otras, la reevaluación y ajuste de estrategias, la reestructuración de deudas, la renegociación de contratos o la búsqueda de nuevas fuentes de financiamiento. En algunos casos pueden requerirse cambios más profundos en la operación o en la estructura de la empresa para garantizar su viabilidad a largo plazo.
- e. **Comunicación y transparencia**: la comunicación efectiva con los grupos de interés, incluyendo accionistas, empleados, acreedores y clientes, es una buena práctica empresarial que ayuda a mitigar la incertidumbre y a fortalecer la confianza en períodos de dificultad financiera¹²³.
- f. **Tecnología**: la automatización de la recolección y análisis de datos mediante *software* especializado facilita hacer un seguimiento eficiente y oportuno de las alertas.

Un sistema adecuado permitirá utilizar los datos obtenidos para tomar decisiones oportunas, lo que requiere conocer de manera precisa las regulaciones aplicables para anticiparse a los errores que se puedan presentar. Sin embargo, el sistema de alertas tempranas no es único ni estándar. Por lo tanto, para que funcione adecuadamente debe:

- Ajustarse a la realidad de la sociedad.
- Estar alineado con sus objetivos estratégicos.

¹²⁰ Gil Zuluaga. *Detección de alertas tempranas que indiquen la necesidad de acuerdos de reestructuración financiera en compañías colombianas*. Repositorio Universidad Nacional. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/70490>

¹²¹ Sotelo Enríquez, Juan José. *¿Es necesario innovar en el Régimen de Insolvencia Empresarial para unas negociaciones más eficientes? Una mirada desde los mecanismos desjudicializados de recuperación empresarial*, tesis de maestría, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2023, en <https://repositorio.uniandes.edu.co/entities/publication/f97434ca-e651-4042-928c-aeb68aa1bb08>. Consulta marzo 3 de 2025.

¹²² Gebhardt. *Prevención de la insolvencia*, p. 70.

¹²³ Hernández Cruz, Laura Vanessa. *Crisis empresarial en Colombia. Probabilidad de entrar en proceso de insolvencia: 2016-2019*, tesis de maestría, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2021, en <http://hdl.handle.net/1992/55745>. Consulta marzo 3 de 2025.

- Contar con un seguimiento constante.
- Basarse en fuentes de datos confiables.

3. Responsabilidad del administrador

El artículo 22 de la Ley 222 de 1995 establece que son administradores el representante legal, el liquidador, los miembros de junta o consejos directivos, el factor y quienes, según los estatutos sociales, ejerzan funciones administrativas. Por su parte, el artículo 23 señala que “los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”¹²⁴. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, considerando también el de sus asociados. Además, en el ejercicio de sus funciones deberán, entre otras acciones, “realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social [...]. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias”¹²⁵.

Por su parte, el Decreto 1378 de 2021¹²⁶, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 4 de la Ley 2069 de 2020¹²⁷, establece que los administradores deben

- a. Monitorear los estados financieros, la información financiera y las proyecciones de la sociedad con base en los indicadores o en las razones financieras que deban implementarse, según su modelo de negocio y sector.
- b. Informar los resultados y entregar los soportes de tales análisis al máximo órgano social para que pueda adoptar las decisiones correspondientes

En este marco legal, los administradores tienen el deber de actuar de manera oportuna y cuidadosa en cumplimiento de sus obligaciones. En particular, deben velar por el adecuado desarrollo del objeto social, ejecutando todas las gestiones necesarias para que las actividades contempladas en los estatutos sociales se realicen conforme a la normatividad aplicable.

Asimismo, les asiste el deber de gestionar activamente el riesgo de insolvencia. Esto implica no solo monitorear continuamente la salud financiera de la empresa, sino también tomar medidas proactivas para mitigar los riesgos identificados. La negligencia en su actuar puede acarrear consecuencias legales, reputacionales y patrimoniales. Por tanto, es fundamental que

¹²⁴ “Buena fe: Es un principio de derecho que presume que las actuaciones de las personas son legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio [...]. Lealtad: Es el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la sociedad [...]. Diligencia de un buen hombre de negocios: Hace relación a que las actuaciones de los administradores deben ejecutarse con la diligencia que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y a los estatutos”. Ver: Colombia, Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica 100-000008 del 12 de julio de 2022, p. 43.

¹²⁵ Colombia, Congreso de la República, Ley 222 de 1995, artículo 23.

¹²⁶ “Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.18.2 del Decreto 1074 de 2015, Decreto único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo”. Ver: Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1378 de 2021.

¹²⁷ “Sin perjuicio de lo anterior, los administradores sociales deberán convocar al máximo órgano social de manera inmediata cuando del análisis de los estados financieros y las proyecciones de la empresa se puedan establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber. El Gobierno nacional podrá establecer en el reglamento las razones financieras o criterios para el efecto”.

los administradores comprendan la importancia de las alertas financieras y no financieras tempranas y las integren como parte esencial de su estrategia de gestión de riesgos.

Con respecto a la responsabilidad civil imputable a los administradores en la etapa previa a la insolvencia, la Guía Legislativa de la CNUDMI¹²⁸ sobre el Régimen de Insolvencia establece que

La responsabilidad civil que se atribuye a un director en el período inmediatamente anterior a la insolvencia se basa normalmente en haber causado la insolvencia o no haber adoptado las medidas adecuadas para vigilar la situación financiera de la empresa, evitar o mitigar las dificultades financieras, reducir al mínimo las posibles pérdidas de los acreedores y evitar la insolvencia. Los directores pueden incurrir en responsabilidad cuando conciertan operaciones con fines que no son el de mitigar las dificultades financieras y preservar el valor de la empresa (por ejemplo, operaciones de alto riesgo o actos de disposición de bienes que integran la masa de bienes de la empresa que se puedan traducir en un aumento significativo de la exposición de los acreedores, sin que ello esté justificado). También pueden incurrir en responsabilidad si sabían que la insolvencia era inevitable o que la empresa no podría cumplir sus obligaciones a su vencimiento y, sin embargo, siguieron realizando actividades comerciales que entrañaban, por ejemplo, la obtención de bienes y servicios a crédito, sin ninguna posibilidad de reembolsar esos créditos y sin informar de la situación financiera de la empresa a esos acreedores. En algunos regímenes, los directores pueden incurrir en responsabilidad cuando no cumplen determinadas obligaciones, por ejemplo, notificar la imposibilidad de efectuar ciertos pagos, como los impuestos o las primas de la seguridad social, o presentar una declaración oficial de insolvencia.¹²⁹

En línea con lo anterior, el artículo 224 del Código de Comercio¹³⁰ establece que cuando una sociedad se encuentra en cesación de pagos, los administradores deben abstenerse de iniciar nuevas operaciones y convocar de inmediato al máximo órgano social para informar de manera detallada, documentada y completa sobre la situación. El incumplimiento de estas obligaciones puede generar responsabilidad solidaria para los administradores, quienes deberán responder por los perjuicios causados a los socios o a terceros.

En relación con esta disposición, la Superintendencia de Sociedades, en sede jurisdiccional, ha señalado que

cuando la compañía atraviesa por una situación financiera difícil, de tal forma que el administrador conoce sobre la existencia de un riesgo de incumplimiento considerable, o le es posible prever una incapacidad de pago inminente, le resulta

¹²⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

¹²⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia. Cuarta parte: Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia. (incluidos los grupos de empresas)*. Segunda edición. Naciones Unidas. Viena. 2020, p. 14. En <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-11276-s.pdf>. Consulta marzo 3 de 2025.

¹³⁰ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 410 de 1971.

exigible a dicho funcionario un mayor grado de diligencia, destreza y transparencia al obligar a la sociedad con otros sujetos. De lo contrario, podría incurrir en una expropiación injustificada de los intereses económicos de estos últimos (expropriation of creditor value).¹³¹

4. Acciones de supervención y acompañamiento preventivo

La Superintendencia de Sociedades desempeña un papel clave en el acompañamiento preventivo de las empresas en dificultades. A través de acciones de supervención, la entidad brinda acompañamiento para su recuperación. En ese sentido, la Política de Supervisión de la Delegatura de Supervisión Societaria, expedida en el ejercicio de las funciones delegadas por el presidente de la República en el Decreto 1736 de 2020, establece que

la Superintendencia de Sociedades gestionará el riesgo mediante el análisis permanente del entorno económico y del resultado que arroje el **sistema de alertas tempranas** [negrilla fuera de texto] adoptado por la entidad, con el propósito de identificar situaciones de riesgo de insolvencia en las sociedades comerciales, y en su operación para las cámaras de comercio, o incumplimientos normativos que permitan una actuación oportuna y temprana en aras de tratar de mitigar la afectación al orden público económico, en los asuntos de competencia de la entidad.

[...]

Las alertas económicas se aplican a todas las sociedades comerciales que envían información financiera al cierre de cada periodo y permiten identificar algunos deterioros que reflejan escenarios de riesgo. A partir de lo anterior, la Entidad podrá desplegar actuaciones en el marco de sus competencias sobre aquellas sociedades que revistan mayor interés de supervisión. En este sentido, se definirá una muestra de sociedades que, por sus señales de riesgo y otros criterios e instrumentos de selección, serán objeto de gestión para el periodo que se determine.¹³²

Según la clasificación del interés de supervisión, se definen las acciones y los planes de acompañamiento preventivo, que pueden incluir la programación de acciones pedagógicas personalizadas, el seguimiento a sociedades con alto riesgo de insolvencia para que presenten planes de mejoramiento, la adopción de mejores prácticas y la mediación en negociaciones con acreedores, entre otros¹³³.

Un ejemplo de decisiones oportunas que permitieron anticipar una crisis fueron las acciones de supervisión y acompañamiento realizadas por la Superintendencia de Sociedades con los proveedores de Mercadería S. A. S., sociedad que fue remitida a un proceso de reorganización y, posteriormente, a uno de liquidación judicial. La entidad identificó a los proveedores cuya condición financiera se afectó por la situación de la empresa y adoptó

¹³¹ Colombia, Superintendencia de Sociedades, Sentencia 2020-800-000059 del 26 de julio de 2021, Radicado 2021-01-465545.

¹³² Colombia, Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000005 del 27 de octubre de 2023.

¹³³ Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000005.

medidas oportunas para el salvamento empresarial, como la convocatoria a un proceso de reorganización.

Conclusiones

a. HNM y deterioros patrimoniales

Las alertas y criterios establecidos en el Decreto 1378 de 2021 son fundamentales para anticipar una crisis. Su adaptación a la realidad de cada sociedad (modelo de negocio, sector en el que opera y condiciones externas, entre otros) permite identificar riesgos de insolvencia y deterioro patrimonial, favoreciendo una intervención oportuna para asegurar la continuidad de la compañía. Asimismo, evaluar el cumplimiento de la HNM puede revelar causales de disolución y riesgos en la gestión empresarial.

b. Alertas tempranas y la preinsolvencia

Las alertas tempranas son herramientas clave para la gestión, porque permiten a los administradores reevaluar y ajustar sus estrategias antes de que los problemas financieros se agraven. Estas alertas pueden basarse en indicadores financieros, como liquidez, endeudamiento, rentabilidad, eficiencia y flujos de efectivo. La detección oportuna de señales de alerta permite implementar medidas correctivas que pueden prevenir situaciones de insolvencia.

Los administradores deben ser proactivos en la identificación y mitigación de riesgos financieros. Para ello deben emplear herramientas y estrategias basadas en las mejores prácticas, que incluyan, entre otros, diagnóstico, análisis comparativo con el entorno, implementación de medidas correctivas y comunicación efectiva con los grupos de interés. La detección temprana y la intervención oportuna pueden marcar la diferencia entre la continuidad y la liquidación de una empresa.

c. Responsabilidades del administrador

En línea con lo expuesto, los administradores deben actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios ante cualquier deterioro patrimonial o riesgo de insolvencia. Esto implica i) realizar los esfuerzos conducentes para el adecuado desarrollo del objeto social; ii) velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales; iii) monitorear los estados financieros, la información financiera y las proyecciones de la sociedad; iv) abstenerse de iniciar nuevas operaciones cuando la estabilidad financiera esté comprometida, y v) convocar de inmediato al máximo órgano social para informarlo, de manera completa y documentada, sobre la situación, con el fin de que se adopten las medidas pertinente respecto a la continuidad, disolución o liquidación de la sociedad.

d. Acciones de supervisión y acompañamiento preventivo

El acompañamiento de la Superintendencia de Sociedades refuerza el marco de prevención y gestión del riesgo de insolvencia en Colombia y contribuye al desarrollo del tejido

empresarial, de la economía nacional y al orden público económico. Para ello, la entidad monitorea el entorno económico y emplea alertas tempranas para detectar posibles riesgos de insolvencia, adelantando un acompañamiento preventivo y oportuno de las sociedades que requieren mayor supervisión.

Bibliografía

Colombia, Congreso de la República, Ley 222 de 1995.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1116 de 2006.

Colombia, Congreso de la República, Ley 2069 de 2020.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 410 de 1971.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 2420 de 2015.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1736 de 2020.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1378 de 2021.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica 100-000008 del 12 de julio de 2022.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000005 del 27 de octubre de 2023.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-217383, 4 de octubre de 2022.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Sentencia 2020-800-000059 del 26 de julio de 2021, Radicado 2021-01-465545.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia. Cuarta parte: Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia. (incluidos los grupos de empresas)*. Segunda edición. Naciones Unidas. Viena. 2020. En <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-11276-s.pdf>. Consulta marzo 3 de 2025.

Gebhardt, Marcelo. *Prevención de la insolvencia*. Editorial Astrea. Buenos Aires-Bogotá. 2012.

Gil Zuluaga, Juan David. *Detección de alertas tempranas que indiquen la necesidad de acuerdos de reestructuración financiera en compañías colombianas*, tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2010, en <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/70490> . Consulta marzo 3 de 2025.

Hernández Cruz, Laura Vanessa. *Crisis empresarial en Colombia. Probabilidad de entrar en proceso de insolvencia: 2016-2019*, tesis de maestría, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2021, en <http://hdl.handle.net/1992/55745>. Consulta marzo 3 de 2025.

Sotelo Enríquez, Juan José. *¿Es necesario innovar en el Régimen de Insolvencia Empresarial para unas negociaciones más eficientes? Una mirada desde los mecanismos desjudicializados de recuperación empresarial*, tesis de maestría, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2023, en <https://repositorio.uniandes.edu.co/entities/publication/f97434ca-e651-4042-928c-aeb68aa1bb08>. Consulta marzo 3 de 2025.

Superintendencia de Sociedades, *Circular Externa 100-000005*

Superintendencia de Sociedades. *Hipótesis de Negocio en Marcha, deterioros patrimoniales y riesgo de insolvencia*. En <https://www.supersociedades.gov.co/documents/20122/468949/Infografia-Hipotesis-de-negocio-en-marcha.pdf/e9d8614d-10ca-b75b-ec5-87ffde92bf01?t=1669064637500>. Consulta marzo 3 de 2025.

Unión Europea. Parlamento Europeo y Consejo. Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Junio 20 de 2019.

Capítulo 6

Identificación de los riesgos legales en operaciones societarias de fusión y escisión

Andrés Hidalgo Salazar¹³⁴
Nadia Sánchez Alvarado¹³⁵

Introducción

El presente artículo tiene como propósito identificar algunos de los principales riesgos de cumplimiento en el desarrollo de las operaciones de fusión y escisión. No pretendemos, de ninguna manera, ofrecer un listado exhaustivo de los posibles riesgos asociados a estas operaciones, sino proponer algunos elementos que puedan facilitar su planeación e implementación, así como la adopción de controles necesarios para su mitigación.

El riesgo es un concepto inherente a la actividad empresarial. Por esa razón, la identificación y gestión de riesgos resultan fundamentales para garantizar la sostenibilidad de la empresa y el cumplimiento de sus objetivos. En sectores altamente regulados, los marcos de gestión del riesgo y sus metodologías son más conocidos y permean, en mayor medida, la dirección general de la empresa. Sin embargo, en los menos regulados estos conceptos se han comenzado a adoptar apenas recientemente, y de manera más tímida, por parte de micros, pequeñas y medianas empresas, a pesar de que éstas representan el 99,5 % del universo empresarial formal colombiano y aportan cerca del 40 % del PIB¹³⁶.

En términos generales, el riesgo empresarial está asociado a la “posibilidad de que un evento ocurra y afecte la estrategia y objetivos del negocio”¹³⁷. Y, más específicamente, a “la eventualidad o acercamiento de un daño en un proceso o actividad en curso o por desarrollar”¹³⁸. Los riesgos de cumplimiento, por su parte, son aquellos relacionados con la inobservancia de normas, regulaciones, contratos, estándares o políticas internas que pueden resultar en la imposición de sanciones, multas u otros efectos económicos o administrativos negativos para la empresa¹³⁹. Dentro de esta categoría se incluyen riesgos de cumplimiento en materia laboral, contractual, regulatoria y tributaria¹⁴⁰, entre otros.

¹³⁴ Abogado de la Universidad de los Andes, especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la misma universidad y magíster en Derecho (LL.M.) de la Universidad de Northwestern (Chicago, Illinois, Estados Unidos). Actualmente, es socio de las prácticas de derecho corporativo, fusiones y adquisiciones, y cumplimiento en la firma Lloreda Camacho & Co.

¹³⁵ Abogada de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho de Sociedades de la Universidad Javeriana y magíster en Derecho (LL.M.) de la Universidad de Michigan (Ann Arbor, Michigan, Estados Unidos). Actualmente, es asociada directora de las prácticas de derecho corporativo, fusiones y adquisiciones, y cumplimiento en la firma Lloreda Camacho & Co.

¹³⁶ González Patiño, Juan Sebastián y Llanes Valenzuela, María Claudia. *Una mirada a las mipymes en Colombia* Febrero de 2024. BBVA Research, Bogotá, 2024, p. 6, en https://www.bbvarsearch.com/wp-content/uploads/2024/02/202401_MiPymes_Colombia-1.pdf consulta de septiembre 23 de 2024.

¹³⁷ Society of Corporate Compliance and Ethics (SCCE) & Healthcare Compliance Association (HCCA). *Compliance Risk Management: Applying the COSO ERM Framework*. 2000, en <https://www.coso.org/erm-framework> consulta de agosto 15 de 2024, p. 1.

¹³⁸ Carvajal Sandoval, Alba Rocío y Escobar Ávila, María Elena Emma. *Herramienta integrada de control interno y administración de riesgos, enmarcada en buen gobierno corporativo para pequeñas y medianas empresas en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2012, p. 60.

¹³⁹ SCCE & HCCA. *Compliance Risk Management*, p. 1.

¹⁴⁰ Ramírez Barbosa, Paula Andrea y Ferré Olivé, Juan Carlos. *Compliance, Derecho Penal Corporativo y Buena Gobernanza Empresarial*. Tirant Lo Blanch. Bogotá. 2019, p. 67.

Aun cuando nuestro análisis se limita a los riesgos de cumplimiento mencionados en relación con estas operaciones específicas, no se puede ignorar que, en la práctica, al enfrentarse a ellas, el análisis de riesgos deberá responder al sistema de control interno de cada sociedad. Asimismo, una vez concluidas dichas operaciones societarias, el sistema de control interno requerirá una revisión como consecuencia del cambio de estructura que estas operaciones generan¹⁴¹.

Ahora bien, en este artículo expondremos los principales riesgos de cumplimiento que, consideramos, se deben identificar y evaluar en las etapas de planeación de las operaciones de fusión y escisión, señalando, a renglón seguido, los controles que, desde nuestra opinión, podrían implementarse para evitarlos o mitigar su impacto, según corresponda.

Identificación de los riesgos legales en operaciones societarias de fusión y escisión

Como se sabe, estas operaciones societarias constituyen mecanismos de reorganización¹⁴² con los que se modifica la estructura patrimonial de la sociedad comercial. La legislación colombiana define la fusión como una reforma estatutaria¹⁴³ en la que “una o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva”¹⁴⁴. En la práctica, la unión de los patrimonios, o consolidación patrimonial¹⁴⁵, termina integrando la operación, la información financiera y la tenencia accionaria de las sociedades participantes. Mientras que la escisión es una reforma estatutaria que busca “la división de un patrimonio en varias partes, cada una de las cuales se destina a crear una unidad de explotación económica o a su integración a sociedades ya existentes”¹⁴⁶.

Aunque sus conceptos jurídicos difieren, e incluso, son contrarios¹⁴⁷, los procedimientos para que estas operaciones sean efectivas son muy similares. Estos procesos comparten las fases de preparación de información; de aprobación de los máximos órganos sociales; de publicidad a acreedores; de aprobación de las autoridades estatales, de ser requerida, y de formalización y registro. En este artículo abordaremos los principales riesgos de cumplimiento que son comunes y transversales a estas operaciones, además de señalar las diferencias entre un proceso y otro, si las hubiera.

1. Autorizaciones estatales

Para formalizar las operaciones de fusión y escisión se deben considerar diversos procedimientos. Estos comprenden, por un lado, uno interno societario relacionado con la decisión que deben tomar los máximos órganos sociales sobre la operación; y, por otro, un procedimiento externo en el que intervienen las entidades gubernamentales en cumplimiento de las normas de orden público. En este último es necesario verificar las autorizaciones necesarias para llevar a cabo la fusión o escisión.

¹⁴¹ SCCE & HCCA. *Compliance Risk Management*, p. 2.

¹⁴² Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho Societario. Tomo II*. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2017, p. 107.

¹⁴³ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 410 de 1971, artículo 162.

¹⁴⁴ Colombia, Decreto 410 de 1971, artículo 172.

¹⁴⁵ Reyes Villamizar. *Derecho Societario*, p. 108.

¹⁴⁶ Reyes Villamizar. *Derecho Societario*, p. 109.

¹⁴⁷ Reyes Villamizar. *Derecho Societario*, p. 209.

El riesgo de cumplimiento radica, entonces, en la posible inobservancia de este marco estatutario y normativo, que podría dar lugar no solo a investigaciones administrativas y a la imposición de sanciones, sino, incluso, a la eventual reversión de la operación.

En cada operación de fusión y escisión se debe evaluar si está sujeta a una autorización previa por parte de (i) la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), en el marco del control de integraciones empresariales; de (ii) la Superintendencia de Sociedades, en el ejercicio de sus funciones administrativas (como se detalla más adelante), o de otras entidades con funciones de supervisión sobre las sociedades participantes.

1.1. Superintendencia de Industria y Comercio

A través de una integración económica las empresas concentran sus operaciones y participan de manera conjunta en el mercado. Bajo la ley colombiana, cualquier operación que suponga un cambio de control competitivo se considera una integración o concentración empresarial, independientemente de su forma jurídica¹⁴⁸. Dado que una operación de fusión o escisión puede modificar la estructura de mercado, está sujeta a control por parte de la autoridad de competencia.

El principal riesgo de la adquisición de control competitivo a través de una operación de fusión o escisión sin notificar o sin obtener autorización previa de la SIC es la potencial imposición de multas elevadas por infringir el régimen de competencia. Además, este incumplimiento podría resultar en una orden de reversión de la operación si la autoridad determina que afecta gravemente la competencia.

El segundo riesgo, si la operación requiere la autorización previa, es que la autoridad de competencia la rechace o que imponga condicionamientos que, por su complejidad, inconveniencia o por los costos de su implementación, afecten de manera significativa la viabilidad económica o comercial de la operación, al punto de hacerla nugatoria o excesivamente onerosa. Existe, además, el riesgo de la dilación del cronograma inicialmente previsto para el perfeccionamiento de la operación societaria.

Una operación de fusión o escisión requerirá la autorización previa de la SIC, siempre y cuando se cumplan los supuestos objetivos y subjetivos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009¹⁴⁹. Según esta norma, y la Resolución 2751 de 2021 de la SIC¹⁵⁰, el criterio subjetivo se cumple cuando (a) las empresas intervinientes en la operación realizan la misma actividad económica (integración horizontal) o cuando (b) se encuentran en la misma cadena

¹⁴⁸ Colombia, Congreso de la República, Ley 1340 de 2009, artículo 9.

¹⁴⁹ “Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada”. De manera concordante con esta norma, el artículo 227 de la Ley 222 de 1995 establece que “en los casos de escisión de sociedades y en todos aquéllos que impliquen consolidación o integración de empresas o patrimonios, deberá darse cumplimiento a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.”

¹⁵⁰ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 2751 de 2021.

de valor (integración vertical)¹⁵¹. Por su parte, el criterio objetivo se cumple si en el año fiscal anterior las empresas intervinientes alcanzaron los umbrales de ingresos operacionales o de activos establecidos anualmente por la SIC¹⁵².

La autorización se tramita presentando una notificación o una solicitud de preevaluación, dependiendo de la participación de mercado de las empresas intervinientes. Si la participación conjunta en los mercados relevantes es inferior al 20 %, se debe presentar una notificación. Si la participación es mayor, será necesaria una solicitud de preevaluación. Si no se cumplen estos trámites, la SIC podrá imponer las sanciones previstas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Además, podrá imponer multas de hasta 2000 salarios mínimos mensuales legales vigentes (smmlv) contra el facilitador, sea persona natural o jurídica, que colabore, autorice, promueva, impulse, ejecute o tolere la violación de las normas de competencia. A esto se suma que las multas impuestas a las personas naturales no pueden ser cubiertas, aseguradas ni garantizadas, directa o indirectamente, por las empresas intervinientes.

Por todo lo anterior, es necesario verificar si la operación se debe informar a la autoridad de competencia, de conformidad con los criterios antes expuestos. De ser así, hay que evaluar el impacto de la operación en el mercado y preparar y presentar la extensa documentación requerida, bien sea para la notificación o para la solicitud de preevaluación. En caso contrario, se recomienda que el acuerdo de fusión o escisión incluya expresamente que no es necesario informar la operación a la SIC, y que este hecho se comunique y documente ante los máximos órganos sociales que aprueban las operaciones¹⁵³.

En cuanto al riesgo de rechazo o la imposición de condicionamientos excesivamente gravosos es indispensable sustentar de forma adecuada la operación, preferiblemente, con el respaldo de un estudio de mercado que permita demostrar su bajo impacto en la estructura actual del mercado relevante, de ser el caso.

Por último, dado que tanto la notificación a la SIC como su autorización deben tener lugar antes del cambio de control competitivo, es esencial considerar los tiempos que estos procesos implican¹⁵⁴. En particular, los plazos asociados a la preevaluación, porque pueden afectar de manera significativa el cronograma de la operación.

¹⁵¹ Es importante tener en cuenta que las operaciones de integración en las que las intervinientes acrediten que se encuentran en situación de grupo empresarial, se encuentran exentas del deber de notificación previa ante la SIC (Colombia, Congreso de la República, Ley 1340 de 2009, par. 3º, artículo 9).

¹⁵² De acuerdo con la Resolución 81005 de 2024 expedida por la SIC, para el año de 2025, deberán reportarse las integraciones empresariales entre compañías que se dediquen a la misma actividad económica o que hagan parte de la misma cadena de valor, siempre que las empresas que participen en la transacción:

(i) Hayan tenido ingresos operaciones, individual o conjuntamente, superiores al valor equivalente de 7.074.307,43 unidades de valor básico (UBV) en el año fiscal inmediatamente anterior (2024), esto es, la suma de COP\$81.722.399.431,36; o
(ii) Sus activos en el año fiscal anterior (2024) hayan sido valorados por encima del valor equivalente a 7.074.307,43 UBV, esto es COP\$81.722.399.431,36.

El valor de la UBV para 2025 es de COP\$11.552.

¹⁵³ En caso de que la operación de fusión esté sujeta adicionalmente al régimen de autorización previa de la Superintendencia de Sociedades, el hecho de no necesitar autorización por parte de la SIC, deberá indicarse mediante certificación emitida por el representante legal y el revisor fiscal, prestada bajo la gravedad de juramento. Asimismo, en la copia del acta de la reunión de los máximos órganos sociales que se presente deberá constar que estos fueron informados al respecto (Colombia, Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica, 12 de julio de 2022, Sección 6.11.5.). Esta disposición no se aplica a la operación de escisión.

¹⁵⁴ En el caso de la notificación, la SIC dispone de un plazo de diez días hábiles para acusar recibo de la misma. Por su parte, en el caso de la solicitud de preevaluación, los plazos legales son de treinta días hábiles para la Fase 1 y de tres meses para la Fase 2. No obstante, este

1.2. Entidades con facultades de autorizar fusiones y escisiones

En determinados casos, las operaciones de fusión y escisión requieren de la autorización de las entidades encargadas de su supervisión y vigilancia. La Superintendencia de Sociedades está facultada para otorgar dicha autorización cuando (i) las sociedades estén bajo su supervisión, (ii) las sociedades estén supervisadas por otra entidad que no tenga la facultad de autorizar estas operaciones y (iii) cuando participe simultáneamente con entidades que cuenten con facultades de autorización de estas operaciones, siempre que la sociedad resultante continúe bajo la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades¹⁵⁵.

Sin embargo, las entidades supervisadas por la Superintendencia de Sociedades no siempre necesitan autorización previa. La entidad ha establecido criterios bajo los cuales la operación se entiende autorizada de forma general, eliminando la obligación de presentar una solicitud previa. No obstante, de forma posterior puede solicitar información para verificar el cumplimiento de las formalidades del proceso¹⁵⁶. Además, aunque se cumplan los criterios de autorización general, es necesario revisar si las sociedades participantes enfrentan circunstancias específicas que exijan autorización previa. En estos casos será necesario seguir el procedimiento previsto en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades¹⁵⁷.

En la práctica es común asumir que, si una de las sociedades participantes está en el grado de supervisión de “vigilancia” por parte de la Superintendencia de Sociedades, automáticamente queda obligada al régimen de autorización previa. No obstante, incluso en este grado de supervisión la operación se entenderá autorizada de manera general si (i) no concurren los eventos descritos en la sección 6.9. de la Circular Básica Jurídica y (ii) la sociedad no está vigilada por causales distintas a activos e ingresos¹⁵⁸.

El incumplimiento de esta formalidad puede tener consecuencias distintas, dependiendo de la regulación de la entidad encargada de la autorización. En el caso de la Superintendencia de Sociedades, las sociedades que no cumplan podrían enfrentarse a una investigación¹⁵⁹ y a la imposición de multas de hasta 200 smmlv.

2. Responsabilidad heredada

Cuando la operación de fusión se hace efectiva, por disposición de la ley la sociedad nueva o absorbente adquiere los bienes y derechos de la absorbida y, a su vez, asume su pasivo externo e interno¹⁶⁰. Lo mismo ocurre en la escisión, con la diferencia de que los pasivos se atribuyen de acuerdo con lo previsto en el proyecto de escisión, limitándose a aquellos activos que se hayan asignado¹⁶¹.

último plazo puede extenderse varios meses más dependiendo de la complejidad de la operación y de si la entidad impone condicionamientos para su autorización.

¹⁵⁵ Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica, secciones 6.1. y 6.2.

¹⁵⁶ Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica, secciones 6.4. y 6.9.

¹⁵⁷ Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica, Título III, Capítulo VI.

¹⁵⁸ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1074 de 2015, artículo 2.2.2.1.1.1.

¹⁵⁹ Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica, sección 6.19.1.

¹⁶⁰ Colombia, Decreto 410 de 1972, artículo 178.

¹⁶¹ Colombia, Ley 222 de 1995, artículo 10.

De este modo, la sociedad resultante, después de la operación asumirá las contingencias que existían antes y, por tanto, será responsable de las consecuencias que puedan derivarse de ellas. Esto incluye reclamaciones contractuales en curso, investigaciones, multas o sanciones adelantadas o impuestas por entidades administrativas, así como cualquier resultado adverso producto de decisiones judiciales.

Es evidente que la responsabilidad heredada no constituye un único riesgo, sino que comprende todos los potenciales riesgos que podrían materializarse derivados de las contingencias de cualquier tipo vinculadas a los activos (en el sentido financiero, no contable) de la sociedad absorbida en caso de fusión y de la escidente en lo relacionado con el patrimonio escindido.

Aunque esta responsabilidad heredada está prevista de forma general, existen normas especiales que la contemplan y ratifican. En este sentido, el artículo 319-9 del Estatuto Tributario establece que esta responsabilidad, tanto en casos de fusión como de escisión, es solidaria e ilimitada por la totalidad de tributos a cargo, incluyendo “intereses, sanciones, anticipos, retenciones, contingencias y demás obligaciones tributarias”¹⁶².

En este mismo sentido, el artículo 6 de la Ley 1778 de 2016 determina que, en caso de fusión, si (i) una persona jurídica incurrió en la conducta de soborno de servidores públicos extranjeros, según lo descrito en el artículo 2 de dicha ley¹⁶³, y (ii) modificó su naturaleza antes de la expedición del acto administrativo sancionatorio, la sociedad absorbente o de nueva creación será responsable de la sanción. Asimismo, en caso de escisión, si la conducta ocurre después de la escisión, todas las sociedades participantes estarán sujetas solidariamente a las sanciones previstas en la ley.

Por tanto, será necesario realizar un proceso de debida diligencia previo a la operación para identificar eventuales contingencias y, de esta forma, determinar si existen acciones correctivas que se deban tomar antes de la operación, así como aquellas que, aunque representen un riesgo, podrían considerarse aceptables de acuerdo con el apetito de riesgo de la empresa.

La relevancia de este control se manifiesta, por ejemplo, en la graduación de sanciones aplicables a personas jurídicas investigadas administrativamente por soborno de servidores públicos extranjeros. En estos casos la sanción podrá graduarse si se ha hecho un proceso de debida diligencia previo a una operación de fusión, escisión, reorganización o adquisición de control¹⁶⁴.

¹⁶² Colombia, Presidencia de la República, Decreto 624 de 1989, artículo 319-9.

¹⁶³ La conducta sancionable en el ejercicio de funciones administrativas que genera responsabilidad para la persona jurídica se describe en los siguientes términos: “las personas jurídicas que por medio de uno o varios: (i) empleados, (ii) contratistas, (iii) administradores, o (iv) asociados, propios o de cualquier persona jurídica subordinada den, ofrezcan, o prometan, a un servidor público extranjero, directa o indirectamente: (i) sumas de dinero, (ii) cualquier objeto de valor pecuniario u (iii) otro beneficio o utilidad, a cambio de que el servidor público extranjero; realice, omita, o retarde, cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional”. Ver: Colombia, Congreso de la República, Ley 1778 de 2016, artículo 2.

¹⁶⁴ Colombia, Ley 1778 de 2016, numeral 9, artículo 7.

Por otra parte, la responsabilidad heredada tiene una clara manifestación en materia laboral. En efecto, en los procesos de fusión y escisión, cuando las sociedades absorbidas o el patrimonio escindido tienen empleados a su cargo, los contratos laborales vigentes estarán sujetos a una sustitución patronal¹⁶⁵. Esta sustitución ocurre por ministerio de la ley y no requiere formalidades adicionales para su efectividad. Aunque la sustitución en sí misma no genera un riesgo legal, la sociedad resultante podría verse afectada por las contingencias derivadas de los contratos vigentes, que se transferirán a la nueva entidad resultante de estas operaciones¹⁶⁶.

3. Accionistas o socios ausentes o disidentes

La planeación de estas operaciones también tendrá que evaluar la realidad de las relaciones entre accionistas o socios, y entre estos y la sociedad. En este contexto, es necesario prever que algunos accionistas o socios no estén de acuerdo con la operación de fusión y escisión y decidan ejercer el derecho de retiro que les asiste¹⁶⁷. Este derecho permite que si un accionista ausente o disidente considera que la operación incrementa su responsabilidad o genera una desmejora patrimonial, pueda ejercerlo.

Esto derivará en un derecho de preferencia para la compra de sus acciones por parte de los demás accionistas o socios. En caso de que ellos no las adquieran, la sociedad podrá readquirirlas, siempre que existan utilidades líquidas o reservas constituidas con este fin¹⁶⁸. El valor correspondiente a las acciones se calculará de común acuerdo entre las partes. Si no hay acuerdo, mediante un avalúo hecho por peritos designados por la Superintendencia de Sociedades. Si ni los accionistas o socios ni la sociedad adquieren las acciones o cuotas, el accionista o socio que se retira podrá solicitar el reembolso de sus acciones, cuotas o partes de interés.

El derecho de retiro no tendría el alcance de hacer imposible la operación, y sus retrasos podrían sortearse durante la etapa del período de oposición. Sin embargo, implicarán un cierto grado de preparación por parte de la sociedad, y puede generar controversias en cuanto al valor de adquisición de las cuotas o acciones del socio o accionista inconforme con la operación.

Así, como primera medida, la sociedad deberá definir si acepta o no la causal invocada para el ejercicio del derecho de retiro deberá verificar con anticipación si la operación podría implicar más responsabilidad o una desmejora patrimonial para los socios o accionistas. Asimismo, deberá revisar si cuenta con utilidades líquidas o reservas para readquirir las acciones o cuotas del accionista o socio que se retira, en caso de que los demás accionistas o socios no adquieran las acciones o cuotas del accionista o socio que se retira, en ejercicio del

¹⁶⁵ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 2263 de 1950, artículo 67.

¹⁶⁶ Es importante considerar que aunque la sustitución patronal busca asegurar la continuidad de las operaciones de la sociedad resultante, manteniendo la antigüedad y las condiciones laborales de los empleados, es altamente recomendable implementar, de manera complementaria, un plan de comunicaciones claro, oportuno y orientado a resolver dudas. Este enfoque garantiza una transición más fluida. Una comunicación deficiente y la falta de transparencia durante estos procesos pueden generar confusión, desconfianza, resistencia e incluso el retiro de los empleados. Este es un riesgo que, aunque generalmente es subestimado, tiene un impacto significativo en el éxito de una operación societaria.

¹⁶⁷ Colombia, Ley 222 de 1995, artículo 12.

¹⁶⁸ Colombia, Ley 222 de 1995, artículos 14 y 15.

derecho de preferencia. Si la sociedad no cuenta con utilidades líquidas o reservas para readquirir, deberá anticipar cómo se pagaría el eventual reembolso de esas acciones o cuotas.

Adicionalmente, como medida preventiva la sociedad podría considerar una reforma de estatutos¹⁶⁹ previa que establezca métodos más específicos para determinar el valor de las acciones o cuotas en el ejercicio del derecho de retiro. También podría contemplar, si es posible, pedir la renuncia a este derecho una vez que el máximo órgano social haya tomado la decisión¹⁷⁰. En caso de que el reembolso afecte la estabilidad de la sociedad, esta podrá solicitar ante la Superintendencia de Sociedades un período adicional para efectuar el pago o, en su defecto, la improcedencia del mismo por afectar la prenda general de los acreedores¹⁷¹.

4. Solicitud de garantías por parte de acreedores en el período de oposición

Durante el período de treinta días hábiles posteriores a la notificación a los acreedores y la publicación del aviso de fusión, los acreedores de la sociedad absorbida, en la fusión¹⁷², y los de las sociedades participantes, en la escisión¹⁷³, podrán exigir garantías satisfactorias y suficientes sobre sus créditos. Al respecto, es necesario mencionar que los créditos pueden referirse a obligaciones de carácter crediticio, esto es, de dar, hacer o no hacer, por lo que no están circunscritos a obligaciones dinerarias¹⁷⁴.

Asimismo, aunque teóricamente parecería lógico que esta protección se otorgue a los acreedores tanto de la sociedad absorbida como de la absorbente¹⁷⁵, en operaciones de fusión la doctrina de la Superintendencia de Sociedades¹⁷⁶, e incluso el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil¹⁷⁷, han ratificado que, por disposición legal, esta protección aplica únicamente solo a los acreedores de la sociedad absorbida, toda vez que así lo dispone expresamente la norma.

Una vez presentada la solicitud de garantías ante el juez, este, si lo considera procedente, podrá suspender el proceso de fusión hasta que se otorguen garantías suficientes o los créditos sean pagados. Sin embargo, esto es difícil de aplicar en la práctica, dado que la suspensión del proceso requiere una decisión del juez antes de la finalización del período de oposición, que es solo de treinta días hábiles.

En todo caso, la Superintendencia de Sociedades ha señalado que no es posible que un juez revierta una fusión ya perfeccionada. Su fundamento es, por un lado, que la norma no otorga estas facultades al juez, y por otro, que el proceso debe suspenderse hasta que se den las

¹⁶⁹ Colombia, Ley 222 de 1995, artículo 16.

¹⁷⁰ Colombia, Ley 222 de 1995, artículo 17.

¹⁷¹ Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica, Sección 6.16.2.

¹⁷² Colombia, Decreto 410 de 1971, artículo 175.

¹⁷³ Colombia, Ley 222 de 1995, artículo 6.

¹⁷⁴ Colombia, Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-144047 de 2021.

¹⁷⁵ Vaie Lustgarten, Salomón. *Fusión y escisión de sociedades*. Editorial Temis. Bogotá. 2014, p. 108.

¹⁷⁶ Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-144047 de 2021.

¹⁷⁷ Colombia, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Civil, sentencia del 18 de julio de 2013, magistrada ponente Julia María Botero Larrarte, radicación 11001-31-03-014-2004-00449-01.

garantías necesarias, lo que impediría la reversión porque el proceso, en principio, no habría podido perfeccionarse¹⁷⁸.

Aunque mitigar completamente este riesgo es difícil, sería recomendable hacer una revisión de la situación de los acreedores de todas las sociedades participantes, con especial atención, en el caso de una fusión, a los de la sociedad absorbida. Una vez identificados aquellos acreedores con una situación más crítica será necesario revisar si sus créditos pueden pagarse antes de la operación o si se pueden ofrecer garantías adicionales.

Finalmente, en casos anteriores hemos evidenciado como riesgo residual que algunas contrapartes en litigios en curso han solicitado garantías. Esto, como es natural, ha generado discusiones centradas en si dichas contrapartes califican como acreedores¹⁷⁹.

5. Riesgo tributario

Si en las operaciones de fusión y escisión no se cumplen los requisitos previstos en los artículos 319-4 (fusiones y escisiones adquisitivas) y 319-6 (fusiones y escisiones reorganizativas) del Estatuto Tributario¹⁸⁰, se considerarán como enajenación para los socios o accionistas y estarán gravadas según las reglas de enajenación de activos¹⁸¹. Esto podría representar un costo significativo para la operación. Su inobservancia podría impedir que la operación acceda a la minoración¹⁸², es decir, a la posibilidad de que la operación tenga una neutralidad fiscal y no se considere como una enajenación para efectos fiscales.

Sin perjuicio de que se trate de fusiones o escisiones reorganizativas o adquisitivas se deberá verificar si la operación cumple los requisitos para acceder a la minoración previstos en los artículos 319-4 y 319-6 del Estatuto Tributario. Entre los controles a implementar se encuentran, entre otros, los siguientes:

- El acuerdo de fusión o proyecto de escisión debe contemplar, de forma expresa, la aplicación de los artículos antes mencionados y, en específico, la conservación del costo fiscal de los bienes transferidos¹⁸³.
- Después de la relación de intercambio se debe verificar que se cumplan los porcentajes requeridos de accionistas que recibirán derechos políticos y económicos equivalentes, en sustancia, a los que tenían antes de la operación. Para fusiones y

¹⁷⁸ Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-144047 de 2021.

¹⁷⁹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., sentencia del 18 de julio de 2013.

¹⁸⁰ Como explican Gaviria Gil y Sanín Gómez, la diferencia entre las fusiones reorganizativas y las adquisitivas, según el Estatuto Tributario, es que en las segundas participan sociedades no vinculadas entre sí (conforme al concepto de vinculadas del artículo 260-1 del Estatuto Tributario); mientras que en las reorganizativas deben ser vinculadas. Asimismo, los autores señalan que las fusiones y escisiones adquisitivas se usan para adquirir activos de una sociedad, pero no con dinero, sino con acciones de una sociedad nueva. Por lo tanto, su carácter adquisitivo o reorganizativo no es determinante para acceder a la minoración o diferimiento del impuesto, sino el cumplimiento de los requisitos de los artículos 319-4 y 319-6 del Estatuto Tributario. Ver: Gaviria Gil, Juan Antonio y Sanín Gómez, Juan Esteban. *Efectos económicos y tributarios del derecho societario*. Legis Editores S.A. Bogotá. 2022, pp. 75-76.

¹⁸¹ Gaviria Gil y Sanín Gómez. *Efectos económicos*, p. 84.

¹⁸² Sobre este punto, Gaviria Gil y Sanín Gómez explican que en la literatura tributaria el “no gravamen” no se considera un beneficio tributario, sino una minoración tributaria. Por esta razón, hemos usado este término para referirnos a la regulación de los artículos 319-4 y 319-6 del Estatuto Tributario. Ver: Gaviria Gil y Sanín Gómez. *Efectos económicos*.

¹⁸³ Colombia, Decreto 624 de 1989, artículos 319-4(2) y 319-6(2).

escisiones reorganizativas será del 85 %, y para las fusiones y escisiones adquisitivas, del 75 %¹⁸⁴.

- Tras la ejecución de la operación, las áreas correspondientes y los accionistas o socios participantes se deben coordinar para garantizar la conservación del costo fiscal de los bienes transferidos (acciones y activos), su naturaleza de activos fijos o movibles y su costo base de depreciación y vida útil¹⁸⁵.

6. Riesgo contractual

Al tratarse de una operación de consolidación de las operaciones de dos o más sociedades es necesario tener en cuenta que, aunque por ministerio de la ley la sociedad nueva o absorbente asume los derechos y obligaciones de las absorbidas, desde la perspectiva de las contrapartes en los acuerdos comerciales vigentes de estas últimas, la identificación de la sociedad cambiará tras la operación. Esto podría generar que las contrapartes desconozcan a la sociedad nueva o absorbente como parte del contrato. Dependiendo de los términos contractuales, incluso podrían considerar que hubo un incumplimiento por haberse cedido sin respetar las formalidades acordadas en el mismo.

Además, si se advierte que hay proveedores, clientes o alguna contraparte estratégica que requiere autorización expresa para la cesión, el riesgo puede ser mayor. Esto podría impactar de manera grave la operación de la sociedad resultante, e incluso abrir una ventana de salida para motivar la terminación de contratos o acuerdos que son estratégicos para las sociedades absorbidas, pero no tan favorables para sus contrapartes.

Por otra parte, según la Ley 80 de 1993, en los contratos estatales la cesión del contrato requiere la autorización previa y escrita de la entidad contratante¹⁸⁶. Esto aplica tanto cuando la sociedad contratista cambia de identidad como resultado de la operación como cuando su patrimonio se ve disminuido por la misma¹⁸⁷. En estos escenarios, las entidades estatales contratantes pueden condicionar su autorización a que la sociedad resultante cumpla con los requisitos habilitantes que el contratista acreditó durante el proceso de selección. Esta exigencia es relevante, porque justifica evaluar la capacidad financiera, organizacional, legal y la experiencia de la sociedad resultante antes de perfeccionar la operación propuesta.

Por lo anterior, es necesario revisar los contratos vigentes de las sociedades que serán absorbidas (clientes, proveedores, financiadores, entre otros) y los que hacen parte del patrimonio que se escinde (así como la materialidad y naturaleza de estos contratos). Esta revisión debe considerar si será necesario cumplir alguna formalidad, notificación o autorización previa para la cesión de los mismos sin contratiempos y dentro del cronograma previsto para el perfeccionamiento de la operación¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Colombia, Decreto 624 de 1989, artículos 319-4(5) y 319-6(4).

¹⁸⁵ Gaviria Gil y Sanín Gómez. *Efectos económicos*, p. 84.

¹⁸⁶ Colombia, Congreso de la República, Ley 80 de 1993, inciso 2, artículo 41.

¹⁸⁷ Vaie Lustgarten. *Fusión y escisión de sociedades*, p. 204.

¹⁸⁸ “En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución [subrayado fuera de texto]”. Colombia, Decreto 410 de 1971, artículo 887.

7. Riesgo regulatorio

Debido a que las sociedades participantes pueden ser titulares de licencias, permisos y autorizaciones de diferente clase, emitidos por autoridades distintas, será imprescindible revisar los trámites y procedimientos necesarios ante cada una de estas autoridades. El objetivo es garantizar que dichas licencias y permisos se puedan transferir de la sociedad absorbida a la absorbente o de la escidente a la beneficiaria.

Por regla general, esta transferencia de permisos y autorizaciones sigue la misma suerte que la de los demás activos, es decir, se realiza en bloque y por ministerio de la ley. En teoría, bastaría con acreditar la transferencia mediante la formalización de la reforma estatutaria correspondiente. Sin embargo, nuestra experiencia indica que para muchas autoridades gubernamentales esta formalización no es suficiente. Por ejemplo, con licencias de marca, nombres de dominio, licencias y permisos ambientales, registros ante el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima) o el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), entre otros.

El impacto de este riesgo podría aumentar cuando la falta de licencias, permisos o autorizaciones haga inviable la operación de la sociedad o sociedades resultantes. Para mitigar este riesgo recomendamos implementar las mismas medidas señaladas en el numeral anterior, particularmente, en cuanto a la importancia de realizar un inventario previo de los permisos y autorizaciones que deben cederse a las sociedades beneficiarias. Asimismo, es fundamental identificar y gestionar los trámites y formalidades que se deben cumplir ante cada autoridad para garantizar la continuidad del negocio.

8. Normalización del pasivo pensional

Como parte del análisis de las sociedades participantes, es necesario establecer si tienen pasivos pensionales. Si la sociedad absorbida o la parte del patrimonio escindido es responsable de estos pasivos, se deberá gestionar una autorización para normalizarlos y para que los asuma un tercero¹⁸⁹. En este caso, el pasivo lo asumirá la sociedad resultante de la fusión o la beneficiaria de la escisión, que será responsable de tomar las medidas necesarias para garantizar su pago o normalización¹⁹⁰.

Aunque en la práctica es cada vez menos común encontrar sociedades con pasivos pensionales a su cargo, es necesario verificar si alguna de las sociedades participantes está incurso en esta situación. Esto permitirá considerar el tiempo requerido para preparar los cálculos actuariales, gestionar el trámite de autorización (que puede variar según la autoridad de inspección, vigilancia y control) y presentar la solicitud formal de autorización.

Es importante mencionar que la solicitud de autorización debe presentarse ante la superintendencia que ejerce inspección, vigilancia y control de la sociedad responsable del pasivo pensional, previa emisión de un concepto favorable por parte del Ministerio del

¹⁸⁹ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 4014 de 2006, artículo 1.

¹⁹⁰ Colombia, Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-128069 del 7 de noviembre de 2011.

Trabajo¹⁹¹. También es necesario considerar que tener pasivos pensionales es una causal, prevista en la Sección 6.9.4.(g) de la Circular Básica Jurídica, que obliga obtener la autorización previa de la Superintendencia de Sociedades.

Incumplir esta formalidad puede tener consecuencias distintas dependiendo de la regulación de la entidad que autoriza las operaciones. En el caso de la Superintendencia de Sociedades, las sociedades podrían enfrentarse a investigaciones¹⁹² y la imposición de multas de hasta 200 smmlv. Además, se debe tener en cuenta que el trámite de autorización implica la actualización de cálculos actuariales¹⁹³, lo que posiblemente genere retrasos importantes en el cronograma de la operación.

9. Riesgo de transferencia de datos

Al igual que ocurre con otros activos, las bases de datos personales de las compañías participantes en la fusión o escisión se transfieren en bloque, por operación de la ley, a la sociedad absorbente o a la beneficiaria de la escisión. No obstante, esta transferencia no garantiza que la sociedad resultante o beneficiaria, como nueva responsable del tratamiento de los datos personales¹⁹⁴, quede automáticamente legitimada para tratar los datos de las bases transferidas.

En Colombia, la principal base legal para el tratamiento de los datos personales es la autorización previa e informada del titular, que debe detallar al responsable del tratamiento, las políticas de privacidad aplicables y las finalidades del tratamiento, entre otros aspectos. Por lo tanto, se requiere contar con dicha autorización previa a favor de la sociedad resultante o beneficiaria. Esto se puede lograr si la autorización otorgada por el titular a la sociedad absorbida o escidente establece expresamente que seguirá vigente en caso de una fusión o escisión, siempre que no se modifiquen las finalidades del tratamiento; o si, en desarrollo de la operación societaria, se ratifican o se obtienen nuevas autorizaciones.

En cualquier caso, es necesario informar a los titulares de los datos transferidos sobre las nuevas políticas de tratamiento aplicables y la manera en que podrán ejercer sus derechos ante la nueva responsable. Este proceso resulta especialmente complejo cuando se trata de bases de datos extensas, como las de consumidores, donde obtener nuevamente el consentimiento de los titulares es inviable en la práctica.

Esto se debe a que el cambio en la identidad del responsable del tratamiento, que inicialmente es la sociedad absorbida o escidente, o la existencia de un nuevo responsable se considera sustancial en el contenido de las políticas de tratamiento. Este cambio impacta la autorización otorgada por el titular, generando la obligación de comunicarlo al titular de manera previa y, si el cambio afecta las finalidades del tratamiento, obtener una nueva autorización¹⁹⁵.

¹⁹¹ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1260 de 2000.

¹⁹² Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica, Sección 6.19.1.

¹⁹³ Colombia, Decreto 1260 de 2000, artículo 12.

¹⁹⁴ Colombia, Congreso de la República, Ley 1581 de 2012, artículo 3.

¹⁹⁵ El artículo 5 del Decreto 1377 de 2013, referente a la autorización por parte del titular de los datos personales, establece que “el Responsable del Tratamiento deberá adoptar procedimientos para solicitar, a más tardar en el momento de la recolección de sus datos, la autorización del Titular para el Tratamiento de los mismos e informarle los datos personales que serán recolectados así como todas las finalidades específicas del Tratamiento para las cuales se obtiene el consentimiento.

El riesgo, en este caso, es que la sociedad resultante o beneficiaria no puede tratar los datos personales sin la autorización previa y expresa de los titulares. Si lo hace, podría incumplir el régimen de protección de datos personales y, en consecuencia, podría recibir sanciones como las de la SIC, que tiene la facultad de imponer sanciones administrativas de hasta 2000 smmlv. La evaluación de este riesgo dependerá, entre otros factores, de la relevancia operativa o de otra naturaleza de la base de datos en cuestión frente a la operación societaria, de la necesidad de que la sociedad absorbente o beneficiaria trate los datos y de las características de las bases de datos, considerando, por ejemplo, si contiene información sensible, de menores de edad o datos masivos de consumidores.

Por lo tanto, es necesario revisar los consentimientos otorgados a favor de la sociedad absorbida o escidente para determinar, entre otros aspectos, si contemplan de manera expresa un evento de fusión o escisión, y determinar si habrá o no modificaciones en las finalidades del tratamiento. Si no existe autorización expresa, se deberán implementar medidas para obtenerla de nuevo, con el riesgo de tener que prescindir de las bases de datos transferidas en la operación societaria.

10. Riesgos en la ejecución del procedimiento

En la planeación de estas operaciones los costos del proceso suele ser un factor decisivo para determinar su viabilidad, debido a que las eficiencias que se buscan podrían no justificarlos. Al respecto, resaltamos que uno de los costos más significativos son los notariales, que son fijados por la resolución anual de la Superintendencia de Notariado y Registro¹⁹⁶. Por ejemplo, para las fusiones, en 2025 se estableció en un 3 x 1000 sobre el capital suscrito de la sociedad resultante¹⁹⁷. Por lo general, el capital suscrito de la sociedad fusionada corresponde a la suma de los capitales de las sociedades participantes, lo que puede ser uno de los costos más altos del proceso. Mientras que en la escisión el trámite es un acto sin cuantía¹⁹⁸.

Estas mismas consideraciones aplican para el impuesto de registro que, por regla general, recaudan las cámaras de comercio. En la fusión, suele aumentar el capital de la absorbente, mientras que en las escisiones ocurre un aumento del capital de la beneficiaria o la creación de una beneficiaria. En estos casos, la tarifa del impuesto de registro oscila entre el 0,3 % y el 0,7 %¹⁹⁹ cuando se aumenta el capital, y entre el 0,1 % y el 0,3 %²⁰⁰ en caso de que la operación implique la constitución de una nueva sociedad.

Los datos personales que se encuentren en fuentes de acceso público, con independencia del medio por el cual se tenga acceso, entendiéndose por tales aquellos datos o bases de datos que se encuentren a disposición del público, pueden ser tratados por cualquier persona siempre y cuando, por su naturaleza, sean datos públicos.

En caso de haber cambios sustanciales en el contenido de las políticas del Tratamiento a que se refiere el Capítulo III de este decreto, referidos a la identificación del Responsable y a la finalidad del Tratamiento de los datos personales, los cuales puedan afectar el contenido de la autorización, el Responsable del Tratamiento debe comunicar estos cambios al Titular antes de o a más tardar al momento de implementar las nuevas políticas. Además, deberá obtener del Titular una nueva autorización cuando el cambio se refiera a la finalidad del Tratamiento". Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1377 de 2013.

¹⁹⁶ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 0188 de 2013, artículos 55 y 56.

¹⁹⁷ Colombia, Superintendencia de Notariado y Registro, Resolución 00585 del 2025, artículos 2 (b) y 16 (c).

¹⁹⁸ Superintendencia de Notariado y Registro, Resolución 00585 del 2025, artículo 16 (d).

¹⁹⁹ Colombia, Congreso de la República, Ley 2069 de 2020, artículo 3, literal b. Las tarifas las fijarán las asambleas departamentales. Este artículo modificó el artículo 230 de la Ley 223 de 1995 que, a su vez, fue modificado por el artículo 188 de la Ley 1607 de 2012.

²⁰⁰ Colombia, Ley 2069 de 2020, artículo 3, literal c.

Adicionalmente, si la operación implica la transferencia de un inmueble, el pago del impuesto de registro en la oficina de registro de instrumentos públicos cubrirá dicha obligación, y no se deberá pagar de nuevo en la respectiva cámara de comercio. En la práctica, esto significa que el impuesto por la transferencia del inmueble, en virtud de una operación de fusión o escisión, se debe pagar antes de presentar el trámite ante la cámara de comercio, y se adjunte ante esta última la evidencia de dicho pago para evitar un doble cobro. En estos casos, aplicará una tarifa de entre el 0,5 % y el 1 %²⁰¹. Por lo tanto, es necesario que una vez definida la estructura de la operación se haga un cálculo estimado de los gastos notariales y los impuestos de registro asociados. Esto permitirá evaluar si los beneficios y el propósito de la operación justifican las cargas económicas que generan estos conceptos.

Conclusiones

- Las operaciones de fusión y escisión, aunque presentan diferencias en sus efectos sobre la estructura patrimonial de las sociedades participantes, comparten similitudes en sus procedimientos. Por lo tanto, en términos generales podrían compartir un análisis de potenciales riesgos de cumplimiento.
- Una adecuada identificación, valoración, planificación y gestión de los riesgos de cumplimiento, considerando las características particulares de las sociedades participantes, sus activos específicos y su entorno regulatorio, contribuye a que las operaciones de fusión y escisión cumplan los objetivos empresariales trazados para su ejecución.
- Además de los riesgos de cumplimiento, en su ejecución las operaciones de fusión y escisión enfrentan múltiples riesgos adicionales (operativos, financieros, comerciales, logísticos, recursos humanos, entre otros). Por esta razón, el análisis integral de la operación societaria deberá complementarse con la identificación y gestión de estos riesgos, lo que implicará la participación coordinada de diferentes áreas y profesionales de las sociedades participantes.
- Durante la planificación interna de los riesgos asociados a la operación societaria, los equipos involucrados deberán gestionar de manera adecuada la información (incluyendo consideraciones frente a su confidencialidad), y prever los tiempos requeridos para cada trámite o subproceso. Esto es esencial para evitar impactar el cronograma establecido para su perfeccionamiento.
- El análisis de riesgos se deberá adaptar a la finalidad que orienta la operación societaria. Para tal efecto, se recomienda emplear las técnicas de apreciación del riesgo aceptadas internacionalmente,²⁰² seleccionando la que mejor se ajuste a las particularidades de las sociedades participantes y a las necesidades de la operación en cuestión.

²⁰¹ Colombia, Ley 2069 de 2020, artículo 3, literal a.

²⁰² Por ejemplo, el marco ISO 31010, que contiene una descripción pormenorizada de cada técnica, entre estas, una de las más conocidas en la actualidad: la matriz de consecuencia o probabilidad.

- El análisis de riesgos específico para la operación debe ser consistente con el sistema de control interno de las sociedades participantes, en caso de existir. También será necesario un análisis de los cambios que dicho sistema requiera para reflejar, de manera adecuada, el cambio en la situación patrimonial, posterior a estas operaciones.

Bibliografía

Carvajal Sandoval, Alba Rocío y Escobar Ávila, María Elena Emma. *Herramienta integrada de control interno y administración de riesgos, enmarcada en buen gobierno corporativo para pequeñas y medianas empresas en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2012.

Colombia, Congreso de la República, Ley 80 de 1993.

Colombia, Congreso de la República, Ley 222 de 1995.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1340 de 2009.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1581 de 2012.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1778 de 2016.

Colombia, Congreso de la República, Ley 2069 de 2020.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 2263 de 1950.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 410 de 1971.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 624 de 1989.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1260 de 2000.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 4014 de 2006.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 0188 de 2013.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1377 de 2013.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1074 de 2015.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 2751 de 2021.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 81005 de 2024.

Colombia, Superintendencia de Notariado y Registro, Resolución 00585 del 2025.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica, 22 de julio de 2022.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-128069 del 7 de noviembre de 2011.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-144047 de 2021.

Colombia, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Civil, sentencia del 18 de julio de 2013, magistrada ponente Julia María Botero Larrarte, radicación 11001-31-03-014-2004-00449-01.

Gaviria Gil, Juan Antonio y Sanín Gómez, Juan Esteban. *Efectos económicos y tributarios del Derecho Societario*. Legis Editores S.A. Bogotá. 2022.

González Patiño, Juan Sebastián y Llanes Valenzuela, María Claudia. *Una mirada a las mipymes en Colombia Febrero de 2024*. BBVA Research, Bogotá, 2024, en https://www.bbvarsearch.com/wp-content/uploads/2024/02/202401_MiPymes_Colombia-1.pdf consulta de septiembre 23 de 2024.

Ramírez Barbosa, Paula Andrea y Ferré Olivé, Juan Carlos. *Compliance, Derecho Penal Corporativo y Buena Gobernanza Empresarial*. Tirant Lo Blanch. Bogotá. 2019.

Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho Societario. Tomo II*. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2017.

Society of Corporate Compliance and Ethics (SCCE) & Healthcare Compliance Association (HCCA). *Compliance Risk Management: Applying the COSO ERM Framework*. 2000, en <https://www.coso.org/erm-framework> consulta de agosto 15 de 2024.

Vaie Lustgarten, Salomón. *Fusión y escisión de sociedades*. Editorial Temis. Bogotá. 2014.

Capítulo 7

Nuevas situaciones a considerar para mitigar riesgos en la terminación de los contratos de trabajo

Diana Camila Gaitán Hemelberg²⁰³

Introducción

¿El conductor de un camión de una empresa que se presenta a laborar en estado de embriaguez puede ser despedido con justa causa? Aunque la respuesta parece obvia, en Colombia hemos tenido varios cambios que hacen que pase de ser un claro “sí” a un “depende”.

Por casos como este se puede decir que en materia laboral nuestro país se caracteriza por tener algunas normas bastante proteccionistas en comparación con otras legislaciones más flexibles, como la norteamericana. Aunque existen disposiciones que permiten a trabajadores y empleadores tener autonomía para pactar ciertas condiciones de la relación laboral, como el salario o la modalidad del contrato (presencial o teletrabajo), también hay varias normas orientadas a la protección del trabajador. Esto da lugar a situaciones como la planteada inicialmente.

Dado que en este escrito no es posible analizar todas las normas, se abordarán algunas relacionadas con la terminación de los contratos de trabajo, en particular, las nuevas disposiciones o aquellas que han sido modificadas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Estos son cambios sustanciales que, de no tenerse en cuenta, pueden generar riesgos para las empresas, como multas por parte del Ministerio del Trabajo y órdenes judiciales de reintegro.

En cuanto a la estabilidad laboral reforzada, ya se ha hablado ampliamente de los denominados “fueros”. Por ello, este artículo no abordará temas ya consolidados, como la prohibición de despedir sin justa causa a una trabajadora en estado de embarazo. En su lugar se tratarán aspectos novedosos como el cambio de criterio para definir qué es una falta grave, el nuevo fuero por acoso sexual y la protección en caso de insolvencia, entre otros que las empresas deben contemplar en la administración del personal y la terminación de los contratos con y sin justa causa.

1. Las faltas graves como justa causa de terminación del contrato de trabajo: cambios jurisprudenciales y riesgos

²⁰³ Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Asociada de Godoy Córdoba Abogados. Especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana, con maestría en Gestión y Dirección en Recursos Humanos de la Universidad Internacional de la Rioja (España). Profesora auxiliar de la especialización en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana. Gaitan-diana@javeriana.edu.co

En Colombia, los contratos de trabajo se pueden terminar por diferentes razones, siendo una de ellas la terminación con justa causa. Las justas causas, que están expresamente señaladas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, aplican tanto cuando la terminación la decide el empleador como cuando lo hace el trabajador. El presente apartado se enfocará en la justa causa establecida en el numeral 6 del literal a de dicho artículo:

Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos [58](#) y [60](#) del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.²⁰⁴

De acuerdo con esta norma, si el trabajador incurre en una falta grave, el empleador está facultado para terminar el contrato de trabajo sin que haya lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Si se lee textualmente, podría parecer que la interpretación y aplicación de la norma son simples: si el trabajador incurre en una conducta expresamente calificada en los documentos internos como falta grave, se constituye la justa causa para la terminación del contrato.

Durante varios años este fue el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia. En una sentencia de 2023, la corporación sostuvo que

Aquí, resulta procedente recordar que de dicha causal se desprenden las siguientes posibilidades que justifican un despido: (i) la violación grave de las obligaciones y prohibiciones impuestas al trabajador, caso en el cual las conductas impropias están determinadas en la ley, de modo que solo resta que su ocurrencia adquiera la condición de gravedad que el precepto exige, y (ii) que el empleado incurra en una falta grave definida y calificada como tal en cualquiera de los estatutos mencionados en la norma, es decir, conductas que las partes han calificado como grave por el solo hecho de su ocurrencia.

Frente a la primera, esta Sala ha explicado que le compete al juzgador calificar la gravedad de la conducta cuando se controvierten los supuestos contenidos en el numeral 6.º, literal a) del artículo 7.º del Decreto 2351 de 1965.

[...]

que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, otra es ‘... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.’

En cuanto al segundo aspecto contemplado por el numeral transcrito, es palmario que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. **Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que sí se califica en ellos de grave,**

²⁰⁴ Colombia, Congreso de Colombia, Código Sustantivo del Trabajo, junio 7 de 1951, en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo_pr001.html#62 consulta de 15 de febrero de 2025.

constituye causa justa para fenecer el contrato, no puede, entonces, el juez unipersonal o colegiado entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de esa falta [negrilla fuera de texto]. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada, sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los mencionados artículos 58 y 60 del C.S. T., Lo anterior, ha sido el criterio reiterado y uniforme de la Corte Suprema de Justicia, plasmado en múltiples fallos, tales como el del 18 de septiembre de 1973; 23 de octubre de 1979; 23 de octubre de 1987 y 16 de noviembre de 1988. [...] Lo importante es que el asalariado incurrió en una de las faltas calificadas de graves por el contrato de trabajo, sin importar si ella produjo daño o beneficio para la entidad patronal. La función judicial ha debido limitarse a establecer si los hechos demostrados constituían la causal alegada o no la configuraban, pero no le competía calificar de leve la falta cometida por el trabajador, cuando la misma estaba consagrada como de carácter grave por las partes en el referido contrato.²⁰⁵

Independientemente del tipo de falta, si el contrato de trabajo establecía que una ausencia injustificada constituía una falta grave, y tras el debido proceso disciplinario se acreditaba la conducta, esto era suficiente para constituir la justa causa de terminación del contrato. En consecuencia, lo relevante para las empresas en ese momento era i) que la falta estuviera bien definida en el contrato o en los reglamentos y ii) que su incurrencia estuviera debidamente acreditada (que existan pruebas suficientes) y se hubiese respetado el derecho al debido proceso.

Aunque parecía un asunto claro y sin mayor discusión, en un fallo de 2023 la misma Corte Suprema de Justicia tuvo un cambio de postura. La corporación analizó el caso de una trabajadora de una cadena de supermercados, quien incumplió procedimientos relacionados con el recibo de mercancías (concretamente, un televisor y una lavadora).

La empresa justificó la terminación del contrato indicando que estos incumplimientos estaban tipificados en los reglamentos internos como faltas graves, de manera que se configuraba una justa causa según el numeral 6 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

En su análisis, la Corte reconoce que, en efecto, existió un incumplimiento probado en la diligencia de descargos y admitido por la trabajadora. Sin embargo, concluyó que el reglamento interno establecía la falta de manera muy general, sin especificar qué conductas negligentes constituían incumplimiento grave.

Por lo tanto, determinó que no se podía considerar automáticamente como una falta grave, sino que le correspondía al juez evaluar la gravedad de la conducta, como se puede apreciar en el siguiente apartado de la sentencia:

No empece, en situaciones en las que el empleador consigna normas que no develan con claridad las conductas en que pudiera incurrir el trabajador -genéricas, oscuras o

²⁰⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral 4, Sentencia SL2701-2023, magistrada ponente: Ana María Muñoz, p. 33.

abstractas-, o que en otras palabras, no dejan claro cuál es el incumplimiento de la obligación contractual, que genera la consecuencia analizada, de cara a la actividad productiva, a la organización del trabajo y/o al funcionamiento regular del mismo, el operador judicial deberá apreciar la gravedad de la conducta, conforme a las obligaciones y prohibiciones especiales de que tratan los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, sin perjuicio de la potestad que le asiste de formar su convencimiento con báculo en los elementos de juicio que lo persuadan mejor sobre la verdad real, acompañado de las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante el proceso.

[...]

el operador jurídico ha de constatar no solo si efectivamente el trabajador incurrió en ella, sino además, auscultar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos, para de esa forma inferir si eventualmente existen razones que justifiquen el proceder del trabajador, o que le puedan restar la entidad jurídica de grave, atendiendo las particularidades especiales en cada caso, según la afectación que provoque la conducta.²⁰⁶

Con base en estos argumentos, la Corte concluyó que en el caso concreto no se demostró que la trabajadora hubiera incurrido en una falta grave, pues, además, su incumplimiento no le generó ninguna afectación a la empresa. Ahora bien, pareciera que la decisión tiene sentido, ya que el incumplimiento en efecto no ocasionó un perjuicio relevante para la cadena de supermercados, ni evidencia mala fe por parte de la trabajadora.

Sin embargo, el análisis cambia cuando se examina otro fallo de la Corte Suprema de Justicia, esta vez de 2024, en el que se condenó a una empresa de hidrocarburos. En este caso, un trabajador que operaba un camión explosivo fue elegido, antes de iniciar su jornada, para una prueba aleatoria de alcohol y drogas, una práctica común y lógica, pues se está verificando el estado físico y sensorial de una persona que va a desempeñar una actividad peligrosa y de alto riesgo. El examen arrojó un resultado positivo para marihuana, por lo que, tras el proceso disciplinario, la empresa le terminó su contrato con justa causa.

Las faltas relacionadas con el consumo de sustancias psicoactivas han sido objeto de debate durante años, en especial, por pronunciamientos de la Corte Constitucional. A pesar de esto, ha quedado claro que una empresa no puede prohibir el consumo de estas sustancias en el reglamento o en las políticas solo por voluntad de la empresa. Esta prohibición tiene que estar justificada en un estudio de riesgos que demuestre que bajo los efectos de cualquier sustancia psicoactiva el desempeño de ciertas funciones supone un riesgo para la integridad del trabajador y de terceros.

Desde esta perspectiva, si una empresa establece esta prohibición con base en un estudio de riesgos y para proteger a sus colaboradores, el hecho de que un trabajador se presente a laborar bajo los efectos del alcohol o las drogas implica una falta grave y, por ende, una justa causa de terminación del contrato de trabajo. Por lo tanto, si en el caso del trabajador de la

²⁰⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL2857-2023, magistrado ponente: Gerardo Botero Zuluaga, p. 22.

empresa de hidrocarburos se aplica esta línea de interpretación, la terminación del contrato estaría justificada.

A pesar de esto, la decisión de la Corte Suprema de Justicia fue en sentido contrario. La corporación concluyó que la empresa no había demostrado la gravedad de la conducta y que no se consolidó una justa causa para la terminación del contrato de trabajo. Sus argumentos para no casar la sentencia y confirmar la decisión del Tribunal a favor del trabajador se centraron en que la empresa no demostró cómo el hecho de que el trabajador estuviera bajo la influencia de la marihuana afectaría negativamente el desempeño de sus funciones, pues además, en el informe del laboratorio que practicó los exámenes, el trabajador no presentó signos vitales alterados. Así, según la corporación no quedó probado el riesgo o posible riesgo que el colaborador pudo ocasionar.

En efecto, al apreciar la referida historia (f.º 25 y 172), solo da cuenta de que el accionante tenía «*niveles elevado (sic) en orina de sustancia no medicinal (tetrahidrocanabinol)*», sin que allí se especifique cuál era ese nivel elevado de consumo, los efectos reales actuales o potenciales que tenía en la labor desempeñada por el trabajador, ni el compromiso de su seguridad y de quienes estarían en su entorno laboral o social, lo cual era relevante teniendo en cuenta que el accionante al momento en que se realizó la prueba tenía un buen estado físico y mental general, tal y como también lo demuestra la evidencia en estudio y fue lo que en últimas convenció al Tribunal de que aún con el nivel elevado reflejado, no existía una relación directa y negativa con el desempeño laboral del trabajador.²⁰⁷

Si bien, como se ha mencionado, la postura desde hace años ha sido que el consumo de sustancias debe generar un riesgo para ser una falta disciplinaria, lo cierto es que la sentencia de la Corte impone una carga probatoria excesiva para las empresas. Respetuosamente, no parece razonable que una compañía deba demostrar de forma exhaustiva por qué es peligroso que un trabajador esté bajo los efectos de una sustancia psicoactiva al momento de conducir (que, en cualquier contexto, se trata de una actividad de alto riesgo), y si se trata de un vehículo explosivo.

Adicionalmente, la Corte señala que antes de considerar la justa causa como consecuencia del incumplimiento, el empleador debe evaluar si el trabajador tiene un problema de adicción y darle el mismo trato que se le da a cualquier colaborador con una enfermedad, garantizando apoyo para su recuperación y para que pueda seguir desempeñando sus funciones.

De este apartado se puede concluir:

- Para justificar una terminación de contrato por justa causa debido a un incumplimiento grave, no basta con que la conducta se enmarque en alguna de las faltas graves mencionadas en el reglamento interno de trabajo o en las políticas internas. Es necesario contar con pruebas suficientes que acrediten la gravedad de la conducta, ya sea por sus implicaciones penales, por el perjuicio económico

²⁰⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL771-2024, magistrado ponente: Iván Mauricio Lenis Gómez, p. 20.

ocasionado a la empresa o por el riesgo generado para el trabajador o para los demás miembros de la organización.

- Las empresas deben definir, con el mayor detalle posible, las faltas disciplinarias en sus reglamentos o políticas internas y evitar sustentar como justas causas el incumplimiento de obligaciones de carácter general.
- El consumo de sustancias no se puede prohibir. Su prohibición debe estar ligada a la posibilidad de causar un riesgo. Asimismo, para sustentar una justa causa de terminación debe demostrarse no solo que el trabajador estaba bajo los efectos de sustancias psicoactivas, sino que dicho consumo afectó su capacidad para ejecutar sus funciones y generó un riesgo para él y para los demás.

A continuación, se presentan algunos de los riesgos de terminar los contratos de trabajo sin tener en cuenta las mencionadas previsiones:

- Posibles reclamaciones judiciales que exijan el pago de la indemnización por despido sin justa causa.
- Si la justa causa se utilizó como sustento para la terminación de contratos de trabajadores con estabilidad laboral reforzada (como fuero de salud o de prepensionados), su desestimación podría dar lugar al reintegro del trabajador, lo que implica el pago, con intereses, de salarios dejados de percibir, de prestaciones sociales, de vacaciones y de aportes a seguridad social.
- Una justa causa mal sustentada también podría derivar en la pérdida de los procesos judiciales de solicitud de levantamiento de fuero sindical, pues es el juez quien debe determinar si existe una justa causa para la terminación del contrato.

2. El nuevo fuero de maternidad extendido o fuero de paternidad

Como se mencionó al inicio de este escrito, el propósito de este análisis no es abordar los fueros sobre los que existe claridad legal o una jurisprudencia consolidada, como el fuero de maternidad. Actualmente, la mayoría de los empleadores tienen claro que no pueden terminar de forma unilateral el contrato de una trabajadora en estado de embarazo y que, si se consolida una justa causa, deben solicitar autorización al inspector del trabajo para proceder con la terminación. Sin embargo, aún no es tan conocido qué ocurre con el padre del menor, ¿también está protegido?

En principio, los artículos 239 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo consagraban la protección del fuero de maternidad solamente para la madre. No obstante, en 2017 la Corte Constitucional estudió una demanda sobre la constitucionalidad de esa norma y concluyó que la protección del fuero aplicaba también para el trabajador cuya cónyuge o compañera permanente estuviera en estado de embarazo, licencia de maternidad o período de lactancia, siempre que la madre fuera beneficiaria suya en seguridad social, dando a entender un estado de dependencia económica. En esta sentencia, la Corte dispuso:

En consecuencia, para remediar la inconstitucionalidad advertida la Corte declara la

exequibilidad condicionada del numeral primero del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y del numeral primero del artículo 240 del mismo estatuto, en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la).²⁰⁸

En términos simples, el fuero de maternidad implica que la trabajadora no puede ser despedida i) durante el embarazo ni la licencia de maternidad y ii) sin justa causa durante el período de lactancia. Con la sentencia mencionada, estas dos protecciones se extienden al esposo o compañero permanente de la madre del menor, siempre que ella dependa económicamente de él y esta condición sea efectivamente demostrada. A esta extensión de la protección se la conoce como fuero de maternidad extendido.

Durante varios años esta postura se mantuvo vía jurisprudencia. Posteriormente, la Ley 2141 de 2021, en su artículo primero, incorporó un nuevo numeral para el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual establece:

Se prohíbe el despido de todo trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto y no tenga un empleo formal. Esta prohibición se activará con la notificación al empleador del estado de embarazo de la cónyuge, pareja o compañera permanente, y una declaración, que se entiende presentada bajo la gravedad del juramento, de que ella carece de un empleo.²⁰⁹

Con esta norma quedó formalizado legalmente el mencionado fuero. Es curioso que en varias fuentes se le ha llamado fuero de paternidad. Sin embargo, la denominación no es precisa, ya que la protección no es para el padre del menor, sino para el esposo, compañero de la madre o incluso pareja que provee para ella y su bebé.

A pesar de que la norma constituye un avance en materia de protección, unos años después se demandó su constitucionalidad y la Corte Constitucional²¹⁰ declaró inexequibles las expresiones “y no tenga un empleo formal”, así como “y una declaración, que se entiende presentada bajo la gravedad del juramento, de que ella carece de un empleo”. El argumento principal fue que este tipo de distinciones siguen marcando una diferencia que termina generando discriminación en contra de las mujeres y mantienen el argumento machista de que ellas deben dedicar más tiempo al cuidado de los hijos.

Con esta sentencia la protección quedó ampliada y en la actualidad el esposo o compañero permanente de una mujer en estado de embarazo está protegido y su contrato no puede ser terminado durante la licencia de maternidad, salvo autorización del inspector del trabajo en caso de que haya una causa objetiva o una justa causa de terminación. Ahora, a diferencia de lo que ocurría antes de la consagración legal, el esposo ya no tiene protección en el período de lactancia.

²⁰⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-005 2017, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas.

²⁰⁹ Código Sustantivo del Trabajo, numeral 5, artículo 239.

²¹⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-517 de 2024, magistrada ponente: Diana Fajardo Rivera.

La Corte Constitucional por medio de esta decisión dio a entender que hoy en día los hogares ya no dependen de un único ingreso, sino de dos, y que ambos merecen ser protegidos. De igual manera, cambia el enfoque en la discriminación de la madre, y pone en el centro la protección del que está por nacer.

De acuerdo con esto, si se retoma la pregunta planteada al inicio de este apartado sobre la protección que se brinda al padre del menor, la respuesta en estricto sentido es: ninguna. Sin embargo, sí existe una protección objetiva a la pareja, esposo o compañero permanente de la madre del menor, que puede o no ser el padre del bebé.

Se debe resaltar que esta medida puede tener un impacto positivo no solo para los niños que están por nacer, sino también para las mujeres, pues limitar la protección únicamente para la madre terminaba generando una discriminación indirecta al momento de la contratación de mujeres jóvenes.

Ahora bien, ¿cuál es el riesgo de que la empresa no tenga este cambio en cuenta y termine el contrato de trabajo de la pareja, esposo o compañero permanente de una mujer en estado de embarazo o en licencia de maternidad sin justa causa o sin autorización del Ministerio de Trabajo? Las consecuencias varían según el tipo de contrato y de si el empleador tenía o no conocimiento del estado de embarazo.

No obstante, en términos generales las consecuencias más graves son el reintegro del trabajador, el pago de los salarios dejados de percibir y demás acreencias, el pago de contribuciones a la seguridad social y parafiscales con intereses y pago de una indemnización de 60 días de salario, además de una eventual multa en el marco de un proceso administrativo sancionatorio por parte del Ministerio del Trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que actualmente quedan unas cuestiones prácticas abiertas:

- En cuanto a la duración, como mencionamos, pareciera que la ley limita la protección a la pareja, esposo o compañero permanente de la madre del menor durante el embarazo de esta y la licencia de maternidad. Sin embargo, lo cierto es que antes de la consagración normativa, la protección se extendía también al periodo de lactancia. Por eso, no se puede descartar que un juez de tutela eventualmente considere que se debe seguir esta línea.
- De igual manera, no está definido si esta protección se limita a trabajadores dependientes, o si también se pudiese extender a trabajadores independientes. Pero, en la misma línea que el punto anterior, no se debe descartar que un juez de tutela en caso de reclamación pueda considerar que sí. En todo caso, será un tema que seguramente termine definiendo la Corte Constitucional.

3. El nuevo fuero de acoso sexual

Cuando se habla de acoso la principal norma que se debe tener en cuenta es la Ley 1010 del

2006, que regula en Colombia todo lo relacionado con acoso laboral. En su definición, esta figura tiene algunas limitaciones, como, por ejemplo, que debe tratarse de una conducta reiterativa y demostrable, y que únicamente se puede consolidar entre personas que tengan un contrato de trabajo. De igual manera, la ley incluye una lista enunciativa de las modalidades de acoso y las conductas que definitivamente no constituyen acoso laboral.

Ahora bien, con relación al acoso sexual, su única consagración expresa era el Código Penal, que en su artículo 210-A dispone que: *“El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años”*.

Así, si bien el acoso laboral en la Ley 1010 tiene algunas modalidades relacionadas, como puede ser el maltrato por violencia sexual o la discriminación por razón del género, lo cierto es que el acoso sexual propiamente dicho solamente tenía una connotación penal, de manera que en el ámbito laboral no podía castigarse, salvo que hubiese una sentencia condenatoria que impusiera una pena privativa de la libertad que permitiera la consolidación de una justa causa.

Fue por esta razón que surgió una necesidad de mayor desarrollo normativo que obligara a la prevención y sanción del acoso sexual en diferentes ámbitos y que ampliara el concepto, quitándole la connotación únicamente penal que en su momento tenía. Así, en el 2024 fue expedida la Ley 2365, por medio de la cual se adoptan medidas de prevención, protección y atención del acoso sexual en el ámbito laboral.

De acuerdo con esta ley, se entiende por acoso sexual *todo acto de persecución, hostigamiento o asedio, de carácter o connotación sexual, lasciva o libidinosa, que se manifieste por relaciones de poder de orden vertical u horizontal, mediadas por la edad, el sexo, el género, orientación e identidad sexual, la posición laboral, social, o económica, que se dé una o varias veces en contra de otra persona en el contexto laboral*.

A su vez, el artículo 7 dispone: *Se entenderá que hacen parte del contexto laboral, independientemente de la naturaleza de la vinculación, las interacciones que tengan los trabajadores, agentes, empleadores, contratistas de prestación de servicios, pasantes, practicantes y demás personas que participen en el contexto laboral*.

Es así como la ley concreta una definición de acoso sexual diferente y al margen del delito consagrado en el Código Penal, creando para las empresas una obligación de prevención y sanción del mismo.

De acuerdo con lo señalado en la norma, el acoso sexual tiene una aplicación más amplia que el acoso laboral, pues aquel puede consolidarse también entre personas que no tengan un contrato de trabajo (contratistas, aprendices), y además no tiene el elemento de la persistencia, sino que se consolida así haya ocurrido una sola vez.

En línea con lo anterior, los empleadores deben crear mecanismos para garantizar que las presuntas víctimas puedan presentar quejas por acoso sexual con total confidencialidad, investigar y sancionar al acosador en caso de que se compruebe la comisión de la conducta, así como generar políticas y procedimientos internos para la prevención y para dar a conocer los mecanismos dispuestos en la compañía.

Asimismo, la ley establece expresamente que la presunta víctima tiene una protección especial, y que su contrato de trabajo no se podrá terminar sin justa causa durante los seis meses posteriores a la presentación de la queja ante el empleador o contratante, tal como ocurre con las denuncias de acoso laboral.

Ahora bien, además del fuero, la Ley mencionada en su artículo 14 dispone:

Si posterior a los seis (6) meses la víctima es despedida y afirma en sede judicial haber sido despedida en razón a su queja de acoso sexual, corresponderá al empleador la carga de desvirtuar esta presunción.

Esta medida de protección se extenderá a quienes sirvan como testigos por estos hechos ante la autoridad administrativa o judicial competente que adelante el trámite de la queja o denuncia.

Así, además de la protección de seis meses que es igual a la establecida para el acoso laboral, esta ley de acoso sexual está creando una protección vitalicia para la víctima (que se haya comprobado como tal) y testigos, pues se le traslada al empleador la carga de tener que demostrar que la terminación no se dio con ocasión de la interposición de la queja; es decir, en la práctica nunca se podrá terminar el contrato de trabajo sin justa causa.

Esta norma responde a una realidad social y busca darle relevancia a un problema que afecta a muchas personas. Sin embargo, pocas tenían la valentía de levantar la mano y denunciar; o si lo hacían, la falta de mecanismos diferentes al camino penal hacía que la regla general fuera la impunidad. Sin perjuicio de esto, aunque el espíritu de la norma tiene mucha utilidad social, lo cierto es que esta protección la pueden usar personas inescrupulosas para interponer quejas infundadas y temerarias con el único fin de obtener estabilidad laboral. Por ello, es crucial que las empresas no solo establezcan mecanismos para atender las denuncias, sino también sanciones contundentes para quienes las presenten de mala fe.

Es importante destacar que si un empleador no respeta esta protección y termina el contrato de quien interpuso una queja de acoso sexual puede enfrentar graves consecuencias. Entre ellas están el reintegro ordenado por un juez de tutela al cargo que venía desempeñando y el pago de los salarios dejados de percibir, junto con las debidas contribuciones a la seguridad social. Además, podrían imponerse multas por parte del Ministerio del Trabajo en el marco de una investigación.

4. ¿Fuero para las personas que están en insolvencia?

Aunque se trata de un tema muy puntual, no se puede dejar de mencionar que en febrero de 2025 se expidió la Ley 2545, que modificó el régimen de insolvencia para personas naturales

no comerciantes. Este régimen busca brindar alternativas a las personas endeudadas que no pueden cumplir con sus obligaciones financieras, permitiéndoles negociar sus deudas y organizar un plan de pagos.

El propósito de esta nueva norma fue ampliar su alcance para incluir a pequeños comerciantes y reducir el requisito porcentual de las deudas incumplidas sobre el total (del 50 % al 30 %), entre otros puntos interesantes que se escapan del objetivo de este artículo, pero que, sin duda, vale la pena explorar en otro espacio.

En cuanto a la terminación de contrato, la ley incorporó un párrafo relevante:

ningún empleador o contratante podrá tener en cuenta negativamente que un empleado o contratista o un aspirante a serlo esté tramitando un procedimiento de insolvencia o se hubiere acogido en el pasado a alguno, al decidir sobre su vinculación o desvinculación laboral, civil o administrativa.²¹¹

A raíz de esta disposición, diferentes medios de comunicación informaron que la ley había creado una nueva protección para los trabajadores, indicando que las personas que se encontraban en insolvencia tenían estabilidad. Sin embargo, ¿esto es correcto?

A diferencia de lo que ocurre con el fuero de acoso, esta norma no prohíbe la terminación sin justa causa del contrato de trabajo de una persona en insolvencia. Por lo tanto, no puede entenderse que se haya creado una nueva estabilidad laboral reforzada. Su alcance se limita a impedir que, en materia laboral, la insolvencia sea considerada una falta grave para la consolidación de una justa causa.

¿Qué sucedería si una empresa invoca esto como una justa causa de despido? El trabajador no podría reclamar su reintegro, pero sí podría demandar ante un juez laboral para que se declare que en realidad no hubo una justa causa, lo que daría lugar al pago de la indemnización correspondiente.

Conclusiones

En Colombia, los empleadores tienen cierto margen de flexibilidad en la gestión del personal, de manera que no existe una estabilidad absoluta en el empleo. No obstante, sí se tienen varias disposiciones legales y sentencias que consagran protecciones especiales para ciertos grupos de trabajadores.

Si bien hay claridad sobre cuáles son estas circunstancias, es importante que los empresarios se mantengan actualizados, pues con cierta frecuencia se están expidiendo leyes y creando jurisprudencia que cambian las reglas de juego y crean nuevas protecciones. Desconocer estos cambios puede generar riesgos de reclamaciones laborales con posibles consecuencias económicas significativas, además del riesgo reputacional.

²¹¹ Colombia, Congreso de la República, Ley 2545 de 2025, párrafo tercero, artículo 532.

Bibliografía

Colombia, Congreso de la República, Código Sustantivo del Trabajo, junio 7 de 1951, en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo_pr001.html#62 consulta de 15 de febrero de 2025.

Colombia, Congreso de la República, Ley 599 de 2000.

Colombia, Congreso de la República, Ley 2365 de 2024.

Colombia, Congreso de la República, Ley 2545 de 2025.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-005 2017, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-517 de 2024, magistrada ponente: Diana Fajardo Rivera.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral 4, Sentencia SL2701-2023, magistrada ponente: Ana María Muñoz.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL2857-2023, magistrado ponente: Gerardo Botero Zuluaga.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL771-2024, magistrado ponente: Iván Mauricio Lenis Gómez.

Capítulo 8

Errores comunes en la construcción y aplicación de un sistema de prevención del LA/FT/FP desde la perspectiva de su efectividad

Luis Javier Acosta Castellanos²¹²

Introducción

El presente texto busca acompañar a los oficiales de cumplimiento y demás responsables de la empresa en la toma de decisiones efectivas en materia de prevención del lavado de activos, la financiación del terrorismo y la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva (LA/FT/FP). El propósito es superar el umbral de lo formal, a través de la formulación de recomendaciones que lleven a la implementación de medidas acertadas que estén basadas en la realidad de la compañía y en un mejor entendimiento de los alcances del Capítulo X de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades (en adelante, Capítulo X).

En Colombia las medidas administrativas que atañen al sector real de la economía contra el blanqueo de capitales han evolucionado hacia la determinación de roles y funciones cada vez más detallados; esto ha permitido que las empresas cuenten con instrucciones generales cada vez más claras, para que, aplicando un proceso de materialidad, puedan adaptarlas a sus particularidades de manera más fácil, lo que resulta clave para el éxito del sistema.

Existen múltiples estudios que demuestran la relación directa entre el subdesarrollo y la corrupción²¹³. Reconocer esta realidad implica para el Estado, no solo ejercer una efectiva supervisión, sino también, contar con una normatividad práctica, clara y sistemáticamente estructurada contra el LA/FT/FP.

Dicho esto, se hará un recorrido por algunas de las principales condiciones del Capítulo X, buscando dar claridad sobre los errores en los que se puede incurrir al implementar un sistema de prevención y la manera de optimizar sus directrices en la práctica, si conseguimos articular y aplicar los pilares de efectividad sobre los que se ha construido el régimen contra el LA/FT/FP.

1. El Capítulo X de la Circular Básica Jurídica, un manual de condiciones mínimas

Sobre la competencia de la Superintendencia de Sociedades para establecer las condiciones mínimas del sistema de prevención del LA/FT/FP es importante resaltar que el artículo 84 de la Ley 222 de 1995²¹⁴, le confiere a esta entidad la responsabilidad de ejercer la vigilancia de las sociedades comerciales que no estén supervisadas por otro ente especializado.

²¹² Desde 2019 se desempeña como abogado especializado en temas de Cumplimiento Corporativo y Sostenibilidad de la Superintendencia de Sociedades.

²¹³ Páez Bimos, Pedro Martín. *Analizando la corrupción*. Cevallos Editora Jurídica. Quito (Ecuador). 2018.

²¹⁴ Colombia, Congreso de la República, Ley 222 de 1995.

Partiendo de esta competencia general, la Superintendencia de Sociedades está llamada a diseñar reglas que protejan a las empresas frente al riesgo de ser utilizadas como vehículos para el LA/FT/FP. Por esta razón, el numeral 28 del artículo 7 del Decreto 1736 de 2020²¹⁵, modificado por el artículo 4 del Decreto 1380 de 2021, le confirió a dicha entidad la función de instruir a las sociedades bajo su supervisión sobre las medidas que deben adoptar para gestionar los riesgos asociados al blanqueo de capitales, aspecto que es desarrollado a través del Capítulo X.

Así las cosas, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que el precitado capítulo establece reglas generales, las cuales están llamadas a ser adaptadas a las características propias de cada empresa. Este ejercicio implica necesariamente hacer un análisis previo de materialidad que reconozca cuál es la estructura orgánica y funcional de la compañía. Además, abarca tener en cuenta su tamaño, su gobierno corporativo, el tipo de operaciones que realiza, las regiones o países con los que negocia; los productos y servicios que ofrece, su proceso logístico, canales transaccionales y, también, conocer cuáles son los beneficiarios finales de sus contrapartes; porque de ello dependerá que el sistema sea efectivo. En este sentido, es claro que entre más ajustadas estén las condiciones a su medida, mayor será su capacidad de concreción, de anticipación y de reacción ante una eventual materialización de riesgos asociados al LA/FT/FP.

En concordancia con lo anterior, es importante tener en cuenta que las condiciones que contiene el Capítulo X de la Circular Básica Jurídica corresponden a parámetros mínimos que deben ser potencializados por cada sociedad en su propio sistema. Por lo tanto, es preciso entender que este capítulo no establece reglas exegéticas para que sean calcadas en el programa de prevención de la empresa. Hacerlo, en términos de efectividad, sería un grave error que distorsiona su esencia, dado que sus bases preventivas deben cimentarse en un examen de materialidad que lleve a la sociedad a un exhaustivo autoconocimiento.

En contravía de lo explicado, es posible que algunas empresas no reparen en la importancia de su materialidad y dejen de contemplar sus condiciones particulares al diseñar y aplicar su sistema, error que puede llevar, por ejemplo, a que se opte por utilizar el mismo programa de prevención para todo el grupo empresarial o, de manera aún más preocupante, que recurran a formatos genéricos, lo que en definitiva comprometería su utilidad.

En este sentido, insistimos en que, si la sociedad obvia realizar un juicioso autoexamen no podrá abordar el Capítulo X como un catálogo de medidas mínimas al cual extraerle todo su potencial, pues perderá un referente real sobre el cual puntualizar el conjunto de disposiciones generales que componen el régimen. Por ello, es importante reiterar que para adoptar el sistema de prevención está descartado aplicar las mismas condiciones de manera indistinta a cualquier empresa.

Comprender que el Capítulo X establece condiciones mínimas y que estas se deben desarrollar en cada empresa a partir de un exhaustivo autoconocimiento, permitirá, por

²¹⁵ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1736 de 2020.

ejemplo, ampliar el régimen de inhabilidades del numeral 5.1.4.8.²¹⁶ de acuerdo con las características funcionales y orgánicas de la compañía o hacer más estrictos los requisitos de experiencia y formación académica para el oficial de cumplimiento o definir roles adicionales que coadyuven a la ejecución del *Compliance* de la organización en áreas de mayor riesgo. También se podrá establecer la regularidad de las auditorías del sistema, enfocarse en áreas de mayor vulnerabilidad, definir protocolos específicos según el tipo de operación para adelantar la debida diligencia y la debida diligencia intensificada²¹⁷, identificar señales de alerta precisas para la empresa y profundizar en la gestión de los riesgos, entre otros aspectos.

En línea con lo anterior, es pertinente se tenga en cuenta que la normatividad administrativa nacional sigue los parámetros dados por las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y sus notas interpretativas. En particular, la recomendación 18²¹⁸, que exige la implementación de programas de cumplimiento desarrollados bajo el marco que define la autorregulación regulada. Este modelo permite que el Estado defina los parámetros generales para la prevención del LA/FT/FP, mientras que las empresas los deben adaptar a sus características específicas. Al respecto, Kuhler et al.²¹⁹, señalan que los programas de cumplimiento hacen parte de aquellas reglas que entienden mejor y, tiene mayor efectividad, que las normas generales dictadas por el estado.

En síntesis, según lo anteriormente señalado, el Estado tiene el deber de entregar parámetros mínimos para la prevención del LA/FT/FP siguiendo los estándares definidos por el GAFI y, a su vez, a las compañías les asiste el deber de realizar un examen de materialidad que les permita adaptar dichos parámetros a sus necesidades particulares. Para este propósito las sociedades, deben potencializar las condiciones generales que define el Capítulo X bajo un exhaustivo autoconocimiento que les permita estar lo más protegidas posible frente al blanqueo de capitales y demás conductas relacionadas.

²¹⁶ “Incompatibilidades e inhabilidades de los diferentes órganos [...] debido a la diferencia de las funciones que corresponden al revisor fiscal, al representante legal y al Oficial de cumplimiento, no se deberá designar al revisor fiscal o al representante legal como Oficial de Cumplimiento”. Ver: Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000016, p. 17.

²¹⁷ De acuerdo con lo señalado en los numerales 5.3. y 5.3.1. del Capítulo X, las instrucciones de debida diligencia que allí se señalan son, en efecto, medidas mínimas a partir de las cuales cada empresa debe determinar su alcance de conformidad con sus características propias.

²¹⁸ Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT) y Grupo de Acción Financiera Internacional (FATF). *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva*. 2023, p. 215, en <https://biblioteca.gafilat.org/wp-content/uploads/2024/07/Recomendaciones-metodologia-actDIC2023.pdf> consulta de 01/31/2025.

²¹⁹ “...El término *compliance* significa “cumplimiento”, “observancia”, “conformidad con determinados mandatos”, y hace alusión en este contexto a procedimientos para la “transposición de prescripciones legales” con la pretensión de evitar la criminalidad empresarial. En este sentido, puede decirse que la finalidad de los programas es aplicar normas jurídicas u otras directivas definidas para la empresa y, a través de ello, evitar la reclamación de responsabilidad y otros perjuicios para la empresa, sus órganos y empleados.

...Por ello, se entiende que los *compliance programs*, naturalmente orientados al control interno, poseen un específico contenido de prevención: la influencia directa sobre la dirección de la empresa desde un punto de vista de técnicas de organización el medio más eficaz para influir en la política de la empresa y compensar, así, los efectos criminógenos característicos de las organizaciones empresariales.

La ventaja de los *compliance programs* en relación con la intervención estatal directa se observa particularmente en aquellos ámbitos donde las regulaciones directas de la empresa pueden tener mejor en cuenta las diversas técnicas y especializaciones de la economía moderna que las regulaciones administrativas o jurídico-penales. Esto se debe, sobre todo, a los conocimientos especiales de las empresas, a sus posibilidades de intervención global (no siempre disponibles para el Estado o los organismos internacionales) así como a su dominio de medios de control centrales para la prevención del delito, las competencias jerárquicas para dictar instrucciones y la disponibilidad del sistema de información. Por ello la autorregulación de la empresa puede ser un recurso mucho más efectivo que las regulaciones estatales”. (pg.176)

2. Nombramiento del oficial de cumplimiento. Previsiones y efectos frente a su autonomía y capacidad de decisión

Tomando en consideración que el Capítulo X establece de forma clara qué órgano debe designar al oficial de cumplimiento, así como los requisitos académicos y de experiencia que debe cumplir, en este apartado hemos decidido ahondar en los principales errores que se presentan en el ejercicio de este cargo a la luz de su posición estratégica dentro de la empresa y las funciones conferidas por dicho capítulo.

Por consiguiente, una de las principales falencias que puede presentarse en el desarrollo de las funciones del oficial de cumplimiento es la falta de reconocimiento dentro de la empresa—en términos formales y prácticos— de la jerarquía que le confiere la norma, la cual resulta indispensable para dotarlo de autonomía en la toma de decisiones, sobre todo frente a la gestión de la información asociada al LA/FT/FP que puede llegar a generar reportes de operación sospechosa (ROS) a la UIAF. En relación con esto, el Capítulo X establece²²⁰:

5.1.4.3.1. Requisitos mínimos para ser designado como Oficial de Cumplimiento

La persona natural designada como oficial de cumplimiento debe cumplir como mínimo con los siguientes requisitos:

- a. Gozar de la capacidad de tomar decisiones para gestionar el Riesgo LA/FT/FP y tener comunicación directa con, y depender directamente de, la junta directiva o el máximo órgano social en caso de que no exista junta directiva.

De la predicada norma se desprenden las siguientes condiciones que debe respetar cualquier organización empresarial que implemente el Sagrilajt:

- i) La sociedad debe situar al oficial de cumplimiento dentro de su estructura funcional y jerárquica inmediatamente después de los órganos de dirección. En este sentido, se entienden proscritos los organigramas que sitúen a este funcionario en un nivel inferior al segundo nivel, siendo la junta directiva o la asamblea de accionistas o junta de socios, según el caso, los responsables del primer nivel. De no ser así, quedaría comprometida su verdadera independencia y su facultad para comunicarse directamente con dichos órganos.
- ii) Algunas compañías crean comités de cumplimiento como un nivel intermedio entre el oficial de cumplimiento y la junta directiva o máximo órgano. Esto no debería ocurrir especialmente si se supedita o condiciona el criterio del oficial de cumplimiento a lo que dicten estos cuerpos colegiados. Es claro que si esto ocurre muy posiblemente se estará contradiciendo lo establecido en el Capítulo X.
- iii) Vale aclarar que, a pesar de su potencial interferencia, para que sea válida la creación de este tipo de comités intermedios entre el oficial de cumplimiento y la

²²⁰ Colombia, Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000004 del 9 de abril de 2021, Modificación de los numerales 5.1.2., 5.1.4.3.1., 5.1.4.5., 5.1.4.8., 5.3.2., 7.1. y 7.2. de la Circular Externa No. 100-000016 del 24 de diciembre de 2020.

junta directiva o máximo órgano la empresa debe fijarles claramente sus funciones, las cuales deben limitarse a apoyar y asesorar al oficial de cumplimiento, dejando claro que, de ninguna manera, interferirán en su toma de decisiones. Así pues, uno de los potenciales errores en la implementación del sistema es la creación de este tipo de figuras intermedias sin la debida reglamentación de sus límites, aspecto que en la práctica podría afectar transversalmente la efectividad del sistema de prevención.

Decimos que vulnerar la autonomía del oficial de cumplimiento lleva a que el sistema de prevención sea inefectivo, pues el éxito de sus procedimientos está soportado en la capacidad de aquel para tomar decisiones, lo que implica que su criterio esté libremente formado al punto de no admitir intromisiones que busquen bajo principios de autoridad cambiar su posición. En esta medida, la empresa debe garantizar que la persona que ejerza el cargo de oficial de cumplimiento podrá gestionar imparcialmente los intereses de la compañía sometiéndose, tan solo, al marco normativo que lo rige.

Finalmente, es importante precisar que, otra dificultad para materializar la autonomía del oficial de cumplimiento radica en el estado actual de la normatividad, que permite que sea el representante legal quien proponga a la persona para este cargo. Esto genera, que desde el comienzo se establezca de facto algún grado de subordinación, que podría interponerse entre el oficial de cumplimiento y el máximo órgano o junta directiva.

3. El oficial de cumplimiento y su papel de gestor eficiente de la información de la empresa

Otra de las claves para contar con un sistema de prevención efectivo, se relaciona con la manera cómo la empresa gestiona la información con alcance anti LA/FT/FP, aspecto que no debería tener mayor dificultad, en tanto, las 40 Recomendaciones del GAFI y el Capítulo X son claros respecto a mantener la reserva de los ROS y la necesidad de remitirlos oportunamente a la UIAF. Sin embargo, al profundizar en los detalles se observa que este puede ser un talón de Aquiles en materia de *Compliance* para cualquier organización.

En punto de lo señalado anteriormente, al analizar la utilidad de la información recolectada con fines de cumplimiento, se puede ver cómo la gestión del oficial de cumplimiento debe en ocasiones equilibrar la obligación de generar el reporte a la UIAF bajo estricta reserva y, a su vez, utilizar esta información para que la empresa tome las previsiones necesarias frente a posibles materializaciones de riesgos asociados al LA/FT/FP. En este sentido, el oficial de cumplimiento debe preguntarse, cuál es la mejor manera de gestionar la información que tiene a su disposición, pues, por un lado, es imprescindible mantener su reserva, pero, por otro, debe alertar a las directivas en procura de salvaguardar a la compañía de los daños derivados de un posible caso de LA/FT/FP.

Planteado el problema sobre qué hacer con la información sin contravenir imperativos legales, es claro que los oficiales de cumplimiento tienen dos campos de acción. Uno está orientado a la gestión de la información al interior de la empresa para mitigar los riesgos o daños, y el otro, hacia el exterior, para la presentación de los reportes a la UIAF bajo estricta

reserva. En este aspecto, una lectura detallada del numeral 5.6.1. del Capítulo X empieza a trazar el camino hacia la armonización de estos dos deberes (internos y externos) al señalar que la reserva de los ROS no solo es responsabilidad del oficial de cumplimiento, sino de toda la empresa²²¹.

Por lo tanto, un paso adelante en la gestión de la información asociado al LA/FT/FP es reconocer que en materia de ROS el tratamiento de su confidencialidad constituye una responsabilidad compartida. En efecto, el oficial de cumplimiento requiere colaboradores y líderes en las diferentes áreas que le reporten información y herramientas que le permitan conocer hechos relevantes relacionados con los riesgos LA/FT/FP.

Dado esto, y considerando la realidad operativa del sistema de prevención dentro de la empresa, es evidente que a la creación de un ROS le preceden la recepción, recopilación y procesamiento de información de diferentes áreas de la compañía. Por lo tanto, es poco probable que una operación sospechosa sea conocida solo por el oficial de cumplimiento. Se ajusta más a la realidad aceptar que existe una cadena de actuaciones que involucra a varios funcionarios que recopilan información de valor. De ahí que el Capítulo X mencione a “la Empresa” al referirse a la garantía de la reserva de un ROS.

Con esta precisión es claro que desde la detección de una operación inusual en un área específica de la empresa hasta el momento en que se pone en conocimiento al oficial de cumplimiento, muy seguramente han intervenido varios colaboradores de la compañía. Esto lleva a reconocer que, en materia de ROS, debemos hablar, categóricamente, de la existencia de una cadena de reserva.

De manera complementaria, se debe aclarar que esta cadena de reserva se mantiene luego de la instancia previa o de la detección de la operación. Desde ese momento se sigue un conducto regular en el que el oficial de cumplimiento realiza las gestiones necesarias, no solo para generar el ROS, sino también para que, junto con las áreas competentes, se inicien las labores de prevención o mitigación. Esto tiene como objetivo evitar daños mayores en la sociedad o grupo empresarial relacionados con la posible materialización de riesgos asociados al LA/FT/FP. Por ello, la recomendación 18 del GAFI establece que debe exigirse a los grupos financieros que implementen a nivel de todo el grupo programas contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, incluyendo políticas y procedimientos para intercambiar información dentro del grupo para propósitos anti LA/FT/FP.²²²

Adicionalmente, sobre este mismo tópico es necesario considerar la nota interpretativa a la recomendación 18 del GAFI, la cual señala que los programas de prevención de LA/FT/FP en las sucursales y filiales de propiedad mayoritaria deben incluir

políticas y procedimientos para el intercambio de la información requerida para los efectos de la DDC [debida diligencia del cliente] y el manejo del riesgo de lavado de

²²¹ “La Empresa Obligada y el Oficial de cumplimiento deberán garantizar la reserva del reporte de una Operación Sospechosa remitido a la UIAF, según lo previsto en la Ley 526 de 1999 y demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan”. Ver: Colombia, Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020, Modificación Integral al Capítulo X de la Circular Básica Jurídica de 2017, 5.6.1.

²²² GAFILAT y FATF. *Estándares internacionales sobre la lucha*, p. 18.

activos y financiamiento del terrorismo [...]. Esto debería incluir información y análisis de transacciones u operaciones inusuales (si se realizó dicho análisis); y podría incluir un ROS, su información subyacente o el hecho de que se haya enviado un ROS [...] Deben ser establecidas salvaguardas adecuadas sobre la confidencialidad y el uso de la información intercambiada, incluso para evitar la revelación (*tipping-off*).²²³

Según lo expuesto, es importante advertir que para salvaguardar a la empresa y cumplir con el deber de conservar la confidencialidad del ROS, los oficiales de cumplimiento deben tener la facultad de comunicarse directamente con la junta directiva o máximo órgano. Esto les permitirá informar oportunamente los hechos que podrían exponer a la compañía a daños originados en la materialización de un riesgo detectado, siempre bajo el manto protector de la confidencialidad y mantenimiento la cadena de reserva del ROS y, armonizando la aplicación de las recomendaciones 18, 20 y 21 del GAFI sobre compartir información; el deber de realizar los ROS y el deber de conservar la confidencialidad del reporte, respectivamente²²⁴.

Como se puede apreciar, es crucial tener claras las reglas sobre la dualidad entre el manejo de la información y la confidencialidad de los ROS. Al respecto, el estudio del Grupo Egmont de 2011, *Compartiendo los ROS con toda la empresa: problemas y enfoques*²²⁵, ahonda en consideraciones y detalles sobre las previsiones a tener en cuenta al compartir los ROS dentro del grupo empresarial. Además, aborda el problema que enfrentan los grupos financieros internacionales para compartir estos reportes con las sucursales, subsidiarias o subordinadas en otros países debido a la asimetría en la regulación internacional sobre la reserva de estos reportes.

Igualmente, es preciso mencionar el estudio de 2019, *Herramientas y prácticas de las UIF para investigar el lavado del producto de la corrupción*, del mismo Grupo Egmont. En él se enfatiza en la relevancia de la función de los oficiales de cumplimiento, los revisores fiscales y los representantes legales para la generación de reportes de operaciones sospechosas, al punto de que el 54 % de los casos que permitieron iniciar una investigación se basaron en la misma información suministrada por los sujetos obligados²²⁶.

También es necesario hacer hincapié en la importancia de la confidencialidad de los ROS, ya que este atributo de reserva permite el óptimo funcionamiento del sistema de informes de operaciones sospechosas. De este modo se protegen los intereses de las empresas y los Gobiernos en sus labores de inteligencia, investigación y juzgamiento. Además, permite garantizar la integridad de quien realiza el reporte o ha estado inmerso en las etapas previas que permitieron conocer los hechos que finalmente se transmiten a la UIAF.

²²³ GAFILAT y FATF. *Estándares internacionales sobre la lucha*, p. 90.

²²⁴ GAFILAT y FATF. *Estándares internacionales sobre la lucha*, p. 18-19.

²²⁵ Egmont Group. *Enterprise-wide STR Sharing: Issues and Approaches*. 2011, en https://egmontgroup.org/wp-content/uploads/2021/09/2011_Enterprise-wide_STR_Sharing_Issues_and_Approaches.pdf consulta del 02/01/2025.

²²⁶ Egmont Group. *Public Summary. FIU tools and practices for investigating laundering of the proceeds of corruption*. 2019, en https://egmontgroup.org/wp-content/uploads/2021/09/2019_Public_Summary_FIU_Tools_and_Practices_for_Investigating_Laundering_of_the_Proceeds_of_Corruption.pdf consulta de 02/02/2025.

Tampoco se puede dejar de mencionar que mantener bajo estricta confidencialidad el reporte y la identidad de quienes conocieron los hechos y de quien presenta el ROS contribuye a aumentar la motivación y la confianza en la empresa, lo que incentiva a todos sus integrantes a recurrir a los canales de denuncia sin temor a las represalias. Además, garantiza que el oficial de cumplimiento, el revisor fiscal o el representante legal, según el caso, continúe realizando sin recelo los reportes a la UIAF.

En conclusión, la protección de reserva de los ROS involucra a toda la empresa. No solo está prohibido para el oficial de cumplimiento revelar que hizo un reporte de operación sospechosa, sino que, además, si por cualquier circunstancia algún miembro de la compañía, contraparte o tercero conoce o tiene indicios de que el oficial de cumplimiento, revisor fiscal o representante legal realizó un reporte, también debe guardar absoluta confidencialidad.

Este proceder conforma una cadena de reserva que permite mantener la integridad de los datos que conocerán los entes de investigación y juzgamiento, y, a su vez, brinda protección a quienes conocieron los hechos y a quien hizo el reporte, salvaguardando también los intereses de la empresa al permitirle reaccionar oportunamente ante la posible materialización de un riesgo asociado al LA/FT/FP.

4. La interacción de los roles del Sagrilaft fortalece su enfoque sistémico y contribuye a su eficacia

En el presente apartado se busca hacer énfasis en la importancia de darle, en la práctica, la categoría de sistema al conjunto de reglas y elementos anti LA/FT/FP dispuestos por la empresa, esto con el fin de que operen de forma complementaria y así se logre un óptimo resultado.

De acuerdo con ello, es evidente que debe existir una correlación entre los roles, obligaciones y competencias atribuidas en el Capítulo X, lo que permite que funcionen articuladamente. De ahí que este conjunto de condiciones haya sido concebido como un sistema, es decir, como un conjunto coherente de elementos que contribuyen a lograr un resultado específico. Conforme a lo anteriormente explicado, es un error que la empresa implemente el programa o sistema de prevención sin someter a consideración y decisión del máximo órgano o junta directiva aspectos como la definición de políticas, la decisión sobre la celebración o continuación de negociaciones de alto riesgo o la actualización de sus reglas.

Vincular al nivel directivo exige mantener informados a los órganos que lo componen sobre la gestión del sistema y con base en este conocimiento, que sean estos órganos los que establezcan la política de prevención del LA/FT/FP. Asimismo, es importante que toman las decisiones más relevantes para su direccionamiento estratégico y, si es necesario se pronuncien sobre los casos que representen mayor riesgo.

Algunas de estas interacciones están definidas expresamente por el Capítulo X de la Circular Básica Jurídica. Por ejemplo, entre el oficial de cumplimiento, el máximo órgano o junta directiva y el representante legal, tal como lo establece el numeral 5.1.1.

La aprobación del Sagrilaft será responsabilidad de la junta directiva en las Empresas que cuenten con este órgano, o del máximo órgano social en los demás casos. El proyecto de Sagrilaft deberá ser presentado conjuntamente por el representante legal y el Oficial de cumplimiento. La aprobación deberá constar en el acta de la reunión correspondiente.²²⁷

Por su parte, el numeral 5.1.4.1. establece que les corresponde a estos órganos aprobar la política de prevención del LA/FT/FP. Su literal e habla de la responsabilidad que tienen de analizar y pronunciarse sobre los informes de gestión del Sagrilaft y de formular propuestas y correctivos y, el literal g, del deber que tienen de emitir conceptos y hacerles seguimiento a los informes de la revisoría fiscal y auditorías al sistema²²⁸.

También es preciso señalar que otras interacciones no están expresamente contempladas en la normatividad -sin que por esto sean menos importantes-. Por esta razón, el numeral 5.1.4. reconoce que, para el adecuado funcionamiento del Sagrilaft, es fundamental se tenga en cuenta el papel de cada uno de los miembros del sistema²²⁹.

Algunos casos relevantes de relacionamientos que no están explícitos en el Capítulo X son los que, en la práctica, ocurren entre el oficial de cumplimiento, la revisoría fiscal y los grupos de auditoría, así como la necesaria comunicación que debe haber entre el oficial de cumplimiento y los líderes de cumplimiento y las áreas de la empresa. Debido a esto, es indispensable que la sociedad fije en el manual del sistema los procedimientos o protocolos necesarios para facilitar esta comunicación, incluyendo los medios, la periodicidad y la oportunidad. Esto es crucial, teniendo en cuenta los aspectos ya mencionados frente a la oportuna reacción de la empresa ante la posible materialización de riesgos asociados al LA/FT/FP.

Conforme a lo explicado, es claro que el relacionamiento entre los roles de un sistema de prevención no se limita exclusivamente al oficial de cumplimiento y los administradores. Por ello, es importante ir más allá de las disposiciones normativas estableciendo en el manual del sistema los deberes complementarios para todos los niveles de la organización, así como los canales de comunicación y los protocolos para los casos que lo requieran. Estas acciones, además, serán claves para lograr la detección oportuna y preventiva de actividades relacionadas con posibles casos de LA/FT/FP.

Finalmente, es muy importante precisar que la normatividad en materia de cumplimiento no permite la delegación o traslado de funciones de la junta directiva o máximo órgano hacia otras áreas o roles de la compañía ni a terceros. En consecuencia, gerentes, subgerentes, representantes legales, directores de área, otros empleados o apoderados no pueden asumir, bajo ningún supuesto, las tareas que el Capítulo X asigna específicamente a dichos órganos.

²²⁷ Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000016, numeral 5.1.1.

²²⁸ Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000016, numeral 5.1.4.1.

²²⁹ “5.1.4. Asignación de funciones a los responsables y otras generalidades. Las Empresas Obligadas deben establecer y asignar de forma clara, a quién corresponde el ejercicio de las facultades y funciones [...] Al hacerlo, la Empresa Obligada deberá tener en cuenta que esas funciones y facultades deben traducirse en reglas de conducta que orienten la actuación de la Empresa Obligada, sus empleados, asociados, administradores y demás vinculados o partes interesadas”. Ver: Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000016.

Esta situación, en gracia de discusión, sí es posible en otras jurisdicciones debido al carácter difuso de sus disposiciones²³⁰.

5. Algunos errores en la gestión de los riesgos asociados al LA/FT/FP

En materia de administración de riesgos de LA/FT/FP es esencial que las compañías lleven a cabo correctamente cuatro fases fundamentales: i) identificar y segmentar los riesgos, ii) evaluarlos, iii) monitorearlos y controlarlos y iv) mitigarlos. En este sentido, empecemos por señalar que, uno de los principales errores que puede cometer una empresa es hacer una identificación superficial de sus riesgos LA/FT/FP. En este sentido, es frecuente que se identifiquen los riesgos de manera parcial haciendo alusión exclusiva a un factor de riesgo o, en otros casos, a la causa del riesgo o al daño que potencialmente produciría. También, que los riesgos identificados sean muy generales y, por lo tanto, no atiendan a la materialidad de la compañía, es decir, a sus detalles.

Al respecto, el *Informe sobre buenas prácticas en la aplicación del Enfoque Basado en Riesgos por parte de los Sujetos Obligados*, del Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE) y el GAFILAT, aclara

el término “riesgo” se define como el resultado de tres factores: amenaza, vulnerabilidad y consecuencia, donde una amenaza es una persona o grupo de personas, objeto [sic], o actividad que tienen el potencial de causar daño; vulnerabilidad es aquello que puede ser explotado por la amenaza o que puede apoyar o facilitar las actividades de esta; y consecuencia es el impacto o el daño que el LA o el FT pueden causar, incluyendo el efecto de la actividad criminal subyacente sobre los sistemas e instituciones financieras, [...] como también la economía y la sociedad en general.²³¹

Esta definición de la identificación de los riesgos asociados al LA/FT/FP es reiterada por el GAFILAT en la *Guía dirigida al sector de APNFD, para la construcción de una matriz de riesgos en prevención del lavado de activos y financiamiento al terrorismo (LA/FT)*. En ella se exponen algunos ejemplos de la correcta identificación de los riesgos, recurriendo a la siguiente fórmula²³²:

$$\text{AMENAZA} + \text{VULNERABILIDAD} + \text{CONSECUENCIA} = \text{RIESGO}$$

²³⁰ Toso Milos, Ángela. “El oficial de cumplimiento en el marco de un modelo integrado de *compliance* en las sociedades anónimas”, *Revista de Derecho Coquimbo*, 2021, “1.1. Las funciones del oficial de cumplimiento en los instrumentos que recogen los elementos que componen los modelos de Compliance”.

²³¹ Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE) y Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT). *Informe sobre buenas prácticas en la aplicación del Enfoque Basado en Riesgos por parte de los Sujetos Obligados*. 2023, p. 9, en <https://biblioteca.gafilat.org/?p=617> consulta de 01/27/2025.

²³² Grupo de Acción Financiera Internacional de Latinoamérica (GAFILAT). *Guía dirigida al sector de APNFD, para la construcción de una matriz de riesgos en prevención del lavado de activos y financiamiento al terrorismo (LA/FT)*. 2022, p. 29, en <https://biblioteca.gafilat.org/wp-content/uploads/2024/04/GuA%CC%83%C2%ADa-para-la-construcciA%CC%83%C2%B3n-de-Matriz-de-Riesgo-para-APNFD.pdf> consulta de 01/27/2025.

En la siguiente tabla se presenta uno de los ejemplos expuestos por el GAFILAT para ilustrar, de manera práctica, cómo identificar y configurar conceptualmente un riesgo asociado al LA/FT/FP²³³:

RIESGO		
Amenaza ¿Por qué?	Vulnerabilidad ¿Cómo?	Consecuencia ¿Qué?
Se inician relaciones comerciales con clientes provenientes de países [de] mayor riesgo	No se aplica una adecuada debida diligencia del cliente (proporcional a los riesgos)	Por lo que, podría ser sujeto de sanciones administrativas y riesgo reputacional.

De acuerdo con el ejemplo, el riesgo identificado sería iniciar relaciones comerciales con clientes provenientes de países mayor riesgo sin aplicar una adecuada debida diligencia del cliente (proporcional a los riesgos), por lo que la empresa podría ser sujeto de sanciones administrativas y riesgo reputacional²³⁴.

Como se puede apreciar, la correcta identificación de un riesgo deberá integrar la descripción de la amenaza, la vulnerabilidad y la consecuencia, formando un solo concepto. Es pertinente señalar que, si la identificación no se hace correctamente, es imposible que las demás fases de la gestión de riesgos sean efectivas. En otras palabras, si un riesgo no se identifica de forma adecuada, se distorsionarán las posteriores actividades de segmentación, calificación, monitoreo, control y mitigación.

Otro error importante en la identificación de los riesgos de LA/FT/FP se presenta en la segmentación. Por ello, se recomienda a las empresas identificar sus riesgos atendiendo en detalle las particularidades del sector económico al que pertenecen, sus proveedores, comercializadores, países o regiones de origen; la complejidad de sus operaciones y, en general, todo lo que implique un análisis de materialidad. De esta manera se busca que, en lo posible, ningún aspecto relevante escape a la lupa de la gestión preventiva de la empresa.

En lo que respecta al monitoreo y el control, es importante que la empresa parta de la aplicación rigurosa del enfoque basado en riesgos (EBR). Esto le permite implementar medidas proporcionales, optimizando los recursos asignados para protegerse frente a cada riesgo sin incurrir en errores por exceso o defecto en la asignación de responsabilidades, su profundidad y periodicidad. En este sentido, las acciones a aplicar deben regirse por la máxima “a mayor riesgo, mayor control”. En efecto, la recomendación 1 del GAFI establece que

los países deben aplicar un enfoque basado en riesgo (EBR) a fin de asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo sean proporcionales a los riesgos identificados. Este enfoque debe constituir un fundamento esencial para la asignación eficaz de recursos en todo el régimen antilavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo (ALA/CFT) y la implementación de medidas basadas en riesgo en todas las Recomendaciones del GAFI. Cuando los países identifiquen riesgos mayores, éstos deben asegurar que sus

²³³ GAFILAT. *Guía dirigida al sector de APNFD*, p. 29.

²³⁴ GAFILAT. *Guía dirigida al sector de APNFD*, p. 29.

respectivos regímenes ALA/CFT aborden adecuadamente tales riesgos. Cuando los países identifiquen riesgos menores, éstos pueden optar por permitir medidas simplificadas para algunas Recomendaciones del GAFI bajo determinadas condiciones.²³⁵

De acuerdo con lo anterior, es pertinente señalar que uno de los errores más comunes al monitorear y controlar los riesgos de LA/FT/FP es asignar el mismo nivel de monitoreo y control a todos los riesgos. Al hacerlo se desconoce una de las ventajas más importantes del EBR que es evitar el uso desmedido de recursos que podrían servir para cubrir otros riesgos.

También, se debe advertir que, lograr la asignación eficiente de esfuerzos para administrar los riesgos de LA/FT/FP, requiere que la empresa establezca cuál es su riesgo inherente y cuál su riesgo residual²³⁶. Esto será fundamental para establecer la asignación de esfuerzos y recursos, pues permite tener un estimado de la efectividad que se espera de las medidas de monitoreo y control aplicadas a cada riesgo.

De otra parte, no se pueden dejar de mencionar otras condiciones necesarias para hacer la correcta gestión de los riesgos de LA/FT/FP. Por ejemplo, la implementación de las medidas de control y monitoreo antes, durante y en el cierre de la operación. En ocasiones se ha entendido que durante la ejecución de un negocio las actividades de monitoreo y control no son necesarias porque se aplicaron al inicio de la relación comercial. Sin embargo, las condiciones de las contrapartes pueden cambiar, por lo tanto, es imperativo permanecer atentos durante la ejecución de la operación.

También es preciso señalar que los riesgos asociados al LA/FT/FP persisten durante la liquidación de un negocio. Esto se debe a que en esta etapa se realizan cruces y ajustes de cuentas, cierre de operaciones pendientes, pagos y otras gestiones que hacen que los riesgos asociados con el blanqueo de capitales se mantengan latentes. Por lo tanto, es fundamental que se adopten las previsiones necesarias.

Finalmente, no debe perderse de vista que según la magnitud de las operaciones serán necesarias herramientas tecnológicas que garanticen una administración efectiva de los riesgos de LA/FT/FP. Estos recursos deben aportar dinamismo al análisis de datos y facilitar el acceso a resultados, lo que será clave para apoyar la labor del oficial de cumplimiento y su equipo de *compliance*, máxime, cuando el tiempo y la eficiencia son críticos. Por ello, es cuestionable que empresas con un alto número de operaciones o con transacciones complejas no construyan su matriz de riesgos con herramientas capaces de proporcionar información valiosa para prevenir el LA/FT/FP.

Conclusiones

La efectividad del sistema de prevención de riesgos asociados al LA/FT/FP debe partir del entendimiento de que el Capítulo X fue concebido como un manual que contiene directrices

²³⁵ GAFILAT y FATF. *Estándares internacionales sobre la lucha*, p. 8.

²³⁶ “Riesgo Inherente: es el nivel de riesgo propio de la actividad, sin tener en cuenta el efecto de los controles. Riesgo Residual: es el nivel resultante del riesgo después de aplicar los controles”. Ver: Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000016, p. 6.

generales que las empresas deben adaptar a su realidad, de acuerdo con los resultados de su examen de materialidad. Este enfoque permite que el sistema trascienda de lo formal hacia lo sustancial, generando valor como instrumento que fomenta la ética en los negocios y protege a las empresas de daños legales, financieros y reputacionales que podrían poner en riesgo su crecimiento y perdurabilidad.

La efectividad del sistema de prevención también se relaciona con la capacidad de la empresa para gestionar eficientemente la información. Por ello, el oficial de cumplimiento y el personal que haya conocido de una operación sospechosa deben comprender los alcances de la norma frente a la conservación de la reserva y cómo compartir información, cuando sea necesario, para mitigar daños en la empresa o grupo empresarial sin contravenir las normas de confidencialidad, guiándose por el concepto de Cadena de Reserva.

Para que el sistema anti LA/FT/FP supere el umbral de lo formal hacia lo sustancial es indispensable que las empresas reconozcan en la práctica el liderazgo del oficial de cumplimiento y, además, organicen de forma adecuada los roles que integran el sistema, para garantizar su funcionamiento articulado. De esta manera, los órganos sociales, directivos y demás funcionarios sumarán esfuerzos para crear una barrera sólida contra el blanqueo de capitales.

De otra parte, un sistema de prevención efectivo requerirá de una correcta administración de los riesgos LA/FT/FP. Esto implica individualizar cada riesgo con base en la combinación de amenaza, vulnerabilidad y consecuencia. Asimismo, será trascendental hacer un ejercicio estricto de segmentación basado en un conocimiento exhaustivo de la empresa. Si estos pasos iniciales no se ejecutan correctamente, las fases posteriores de evaluación, monitoreo y control de los riesgos se verán afectadas, impidiendo aplicar medidas eficaces que realmente protejan la empresa.

Finalmente, en cuanto al monitoreo y control de los riesgos de LA/FT/FP, es fundamental aplicar el EBR, ya que permite asignar recursos de manera eficiente, siguiendo la máxima “a mayor riesgo, mayor control”. Esto llevará a la empresa por el camino correcto, porque estará alineada estratégicamente con la esencia de las medidas dictadas por el GAFI, cuya recomendación 1 reconoce este enfoque como pilar esencial para el régimen de prevención del blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva²³⁷.

Bibliografía

Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE) y Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT). *Informe sobre buenas prácticas en la aplicación del Enfoque Basado en Riesgos por parte de los Sujetos Obligados*. 2023, en <https://biblioteca.gafilat.org/?p=617> consulta de 01/27/2025.

Colombia, Congreso de la República, Ley 222 de 1995.

²³⁷ GAFILAT y FATF. Estándares internacionales sobre la lucha, p. 8.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1736 de 2020.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020, modificada por las Circulares Externas 100-000004 de 9 de abril de 2021 y 100-000015 de 24 de septiembre de 2021.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000004 del 9 de abril de 2021, Modificación de los numerales 5.1.2., 5.1.4.3.1., 5.1.4.5., 5.1.4.8., 5.3.2., 7.1. y 7.2. de la Circular Externa No. 100-000016 del 24 de diciembre de 2020.

Egmont Group. *Enterprise-wide STR Sharing: Issues and Approaches*. 2011, en https://egmontgroup.org/wp-content/uploads/2021/09/2011_Enterprise-wide_STR_Sharing_Issues_and_Approaches.pdf consulta del 02/01/2025.

Egmont Group. *Public Summary. FIU tools and practices for investigating laundering of the proceeds of corruption*. 2019, en https://egmontgroup.org/wp-content/uploads/2021/09/2019_Public_Summary_FIU_Tools_and_Practices_for_Investigating_Laundering_of_the_Proceeds_of_Corruption.pdf consulta de 02/01/2025.

Grupo de Acción Financiera Internacional de Latinoamérica (GAFILAT). *Guía dirigida al sector de APNFD, para la construcción de una matriz de riesgos en prevención del lavado de activos y financiamiento al terrorismo (LA/FT)*. 2022, en <https://biblioteca.gafilat.org/wp-content/uploads/2024/04/GuA%CC%83%C2%ADa-para-la-construcciA%CC%83%C2%B3n-de-Matriz-de-Riesgo-para-APNFD.pdf> consulta de 01/27/2025.

Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT) y Grupo de Acción Financiera Internacional (FATF). *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva*. 2023, en <https://biblioteca.gafilat.org/wp-content/uploads/2024/07/Recomendaciones-metodologia-actDIC2023.pdf> consulta de 01/31/2025.

Páez Bimos, Pedro Martín. *Analizando la corrupción*. Cevallos Editora Jurídica. Quito (Ecuador). 2018.

Toso Milos, Ángela. “El oficial de cumplimiento en el marco de un modelo integrado de *compliance* en las sociedades anónimas”, *Revista de Derecho Coquimbo*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso (Chile). 2021.

Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel, Mateo Bermejo, Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Dennis Bock, Victor Gómez Martín, Hans Kudlich. *Compliance y teoría del Derecho Penal Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Penales*. Marcial Pons, Ediciones J. (España). 2013

Capítulo 9

Datos personales: riesgos del incumplimiento normativo y creación de valor empresarial

Alejandro Londoño-Congote²³⁸
Yira López-Castro²³⁹
Grenfieth de Jesús Sierra-Cadena²⁴⁰

Introducción

Los datos personales tienen un valor fundamental para las empresas. La recolección, conservación, consulta y circulación de estos permiten mejorar la toma de decisiones empresariales, identificar oportunidades de negocio, personalizar la oferta de productos, minimizar riesgos derivados del nivel de solvencia de los clientes, prevenir fraudes y optimizar la relación con consumidores, proveedores, trabajadores y aliados. Sin embargo, estas ventajas competitivas solo se obtienen cuando las empresas cumplen con las obligaciones derivadas de la protección de los datos personales.

Garantizar el adecuado tratamiento de la información personal es un mandato constitucional y, a la vez, un factor clave para fortalecer la confianza y la reputación empresarial. Considerando estos dos aspectos fundamentales de los datos personales (el cumplimiento normativo y su valor estratégico para las empresas), este texto tiene como propósito orientar a los empresarios en asuntos fundamentales sobre la regulación de los datos personales y advertir los riesgos legales derivados de su desconocimiento.

Para alcanzar ese propósito, el documento se divide en cinco partes. La primera resalta algunos beneficios estratégicos de la protección de los datos personales para las compañías. La segunda presenta los aspectos esenciales del modelo regulatorio colombiano y los principios que rigen el tratamiento de estos. Luego, se describen los deberes de los empresarios como responsables del tratamiento de datos personales. Posteriormente, se

²³⁸ Abogado de la Universidad de Los Andes con especialización en Derecho de la Empresa y maestría en Derecho Privado de la misma institución, donde también se desempeña como profesor de cátedra. Consultor en datos personales y privacidad y miembro del GECTI (Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico, Telecomunicaciones e Informática). Exasesor del despacho del superintendente delegado para la Protección de Datos Personales en la Superintendencia de Industria y Comercio.

²³⁹ Exvicedecana y profesora de carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Coordinadora de las especializaciones en Derecho Contractual y en Derecho Comercial de la misma universidad. Conjuez de la Sala Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia. Abogada y doctora en Derecho de la Universidad del Rosario.

²⁴⁰ Profesor e investigador asociado en Derecho Público de la Universidad del Rosario. Ex superintendente delegado para la Protección de Datos Personales en la Superintendencia de Industria y Comercio; ex magistrado auxiliar de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia; exconjuez del Consejo de Estado. Doctor en Derecho Público Comparado de la Universidad Paris 1 Panthéon Sorbonne, con maestrías en Derecho Constitucional y en Administración y Políticas Públicas de la Universidad de Paris 2 Panthéon Assas.

destaca el principio de responsabilidad demostrada, que ha transformado la manera de acreditar el cumplimiento de las obligaciones en la materia. Para finalizar, se abordan los riesgos legales asociados al incumplimiento de la normativa.

1. Los datos personales y su protección como ventaja competitiva

Un dato personal es “cualquier información vinculada o que pueda asociarse”²⁴¹ a una o varias personas naturales o jurídicas²⁴². Son datos personales aquellos que, de forma independiente o combinados con otros, permiten identificar a una persona, denominada “Titular”.

Algunos ejemplos de datos que identifican directamente a una persona son el número de cédula o pasaporte; su nombre, si es único en un contexto determinado, y el correo electrónico, si tiene un nombre asociado a la persona. También se puede identificar a una persona mediante la asociación de varios datos, como la geolocalización junto con el perfil de navegación en redes sociales o el cruce de información como edad, género y diagnóstico médico. Del mismo modo, la combinación de datos como sector económico, número de empleados y volumen de facturación puede llevar a identificar con precisión a una empresa.

Una vez aclarado qué son los datos personales, es importante resaltar que su protección se ha vuelto un requisito fundamental para las empresas. Este es un requerimiento de los clientes. Así lo demuestra el estudio *Privacy as an enabler of customer trust*²⁴³, realizado por Cisco entre 2600 empresas de doce países²⁴⁴.

Según esta investigación, el 94 % de las organizaciones considera que sus clientes no les comprarían sus productos si no protegieran adecuadamente sus datos. Además, el 80 % cree que la regulación en materia de protección de datos personales tiene un impacto positivo en su negocio, y el 95 %, que los beneficios de la inversión en privacidad superan los costos, con un retorno promedio de 1,6 veces su inversión.

²⁴¹ Colombia, Congreso de la República, Ley Estatutaria 1581 de 2012, literal c, artículo 3.

²⁴² El literal f del artículo 3 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 define al “Titular” de los datos como la “persona natural cuyos datos personales sean objeto de Tratamiento”. Esta ley estatutaria limita el concepto de titular a las personas naturales, pero no excluye completamente a las personas jurídicas. En la Sentencia C-748 de 2011, la Corte Constitucional consideró que la protección a las personas naturales se puede extender a las “personas jurídicas cuando se afecten los derechos de las personas que la conforman” (Ver: Colombia, Corte Constitucional, Sala Penal, Sentencia C-748 de 2011, octubre 6 de 2011, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Por su parte, la Ley Estatutaria 1266 de 2008 incluye de manera expresa a las personas jurídicas como titulares de datos personales. Así, el artículo 3 define el dato personal como “cualquier pieza de información vinculada a una o varias personas determinadas o determinables o que puedan asociarse con una persona natural o jurídica”, y considera “Titular de la información” a la “persona natural o jurídica a quien se refiere la información que reposa en un banco de datos”. Ver: Colombia, Congreso de la República, Ley Estatutaria 1266 de 2008.

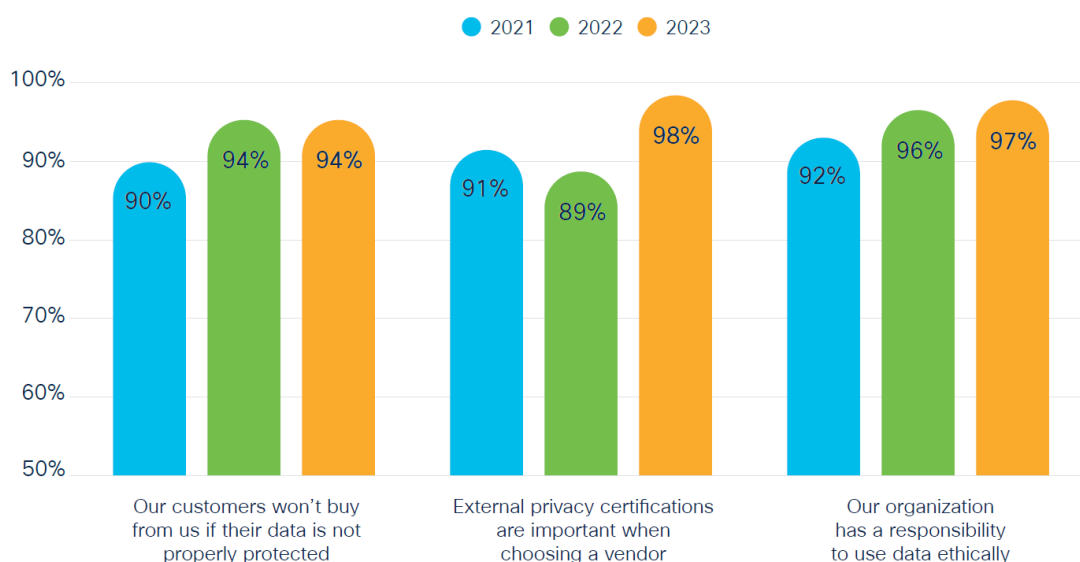
²⁴³ El estudio explica la metodología empleada en la investigación y resalta que se basa en datos recopilados en 2023 mediante una encuesta anónima en la que los participantes desconocían la identidad de los responsables del estudio (p. 3). Ver: Cisco. *Privacy as an enabler of customer trust. Cisco 2024 Data Privacy Benchmark Study*. 2024, en https://www.cisco.com/c/dam/en_us/about/doing_business/trust-center/docs/cisco-privacy-benchmark-study-2024.pdf. Consulta del 10 de enero de 2025.

²⁴⁴ Australia, Brasil, China, Francia, Alemania, India, Italia, Japón, México, España, Reino Unido y Estados Unidos.

El estudio muestra que el 97 % de las empresas considera que tiene la responsabilidad de utilizar los datos de manera ética. Asimismo, concluye que la protección de datos personales es un factor clave para decidir si celebrar o no un negocio, pues las personas y organizaciones prefieren contratar con compañías en las que confían para resguardar su información. Un criterio que ayuda a generar esa confianza es la certificación externa de calidad²⁴⁵. Por ello, el 98 % de las encuestadas considera estratégico obtenerlas.

Como se muestra en el Gráfico 1, el porcentaje de organizaciones que piensa que los datos personales son importantes ha aumentado en comparación con los últimos tres años, según la misma encuesta realizada por la empresa Cisco.

Gráfico 1. Importancia de la privacidad para la confianza del cliente



Fuente: Cisco²⁴⁶.

En conclusión, este estudio, al parecer el más reciente disponible sobre el valor empresarial de los datos personales, evidencia que las organizaciones son cada vez más conscientes de la importancia de gestionar adecuadamente los datos que recopilan, almacenan, usan y transfieren, y que han comprendido que esto es clave para generar confianza en sus clientes. La escasez de estudios empíricos en este campo resalta la necesidad de profundizar en la investigación.

²⁴⁵ El estudio se refiere, principalmente, a certificaciones como la ISO 27701, las Reglas de Privacidad Transfronteriza de la Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) y las normas corporativas vinculantes de la Unión Europea (UE). Ver: Cisco, *Privacy as an enabler*, p. 4.

²⁴⁶ Cisco. *Privacy as an enabler*, p. 4.

2. Aspectos esenciales de la regulación sobre datos personales

El modelo de protección de datos personales en Colombia se sustenta en tres pilares: el entendimiento de la protección de los datos personales como derecho fundamental, una estructura regulatoria basada en principios y la existencia de una autoridad nacional de protección de datos autónoma e independiente. A continuación, se analizan estos pilares.

2.1. El *habeas data* como derecho fundamental y sus implicaciones para los empresarios

El artículo 15 de la Constitución de 1991 reconoció el derecho fundamental de *habeas data* en Colombia²⁴⁷ y sus dos componentes. El primero es el derecho de las personas a conocer, actualizar y rectificar la información que se haya recopilado sobre ellas en bases de datos y archivos de entidades públicas y privadas. El segundo, que en la recolección, tratamiento y circulación de los datos se debe garantizar el respeto a la libertad y demás derechos constitucionales del titular.

De la Constitución se desprende que el derecho de *habeas data* se fundamenta en la interacción entre dos actores principales: el titular de los datos (Titular), quien puede acceder, incluir, excluir, corregir, adicionar, actualizar y limitar la circulación, divulgación o publicación de su información; y el responsable (Responsable) del tratamiento (Tratamiento), es decir, quien recopila, archiva, procesa, usa, circula y decide sobre la información del titular.

Leyes estatutarias han desarrollado las facultades que el derecho de *habeas data* otorga al Titular frente al Responsable y al encargado (Encargado) del Tratamiento. El Régimen General de Protección de Datos Personales está en la Ley Estatutaria 1581 de 2012, que coexiste con la Ley Estatutaria 1266 de 2008, la primera en regular el *habeas data*.

Esta ley se ocupa del Tratamiento de los datos personales de naturaleza comercial, financiera y crediticia²⁴⁸. Además, recoge los principios de veracidad, finalidad, circulación restringida,

²⁴⁷ El artículo 15 de la Constitución Política señala que “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.

²⁴⁸ Aunque el artículo 2 de la Ley 1266 de 2008 señala que “la presente ley se aplica a todos los datos de información personal registrados en un banco de datos, sean estos administrados por entidades de naturaleza pública o privada”, la Corte Constitucional concluyó que esta norma regulaba de forma parcial el *habeas data*. Es decir, específicamente lo relacionado con el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones comerciales, financieras y crediticias. Este cuerpo normativo no regula un sector económico en su totalidad, sino una

temporalidad, seguridad y confidencialidad en la administración de datos personales. Antes de su expedición, la jurisprudencia de la Corte Constitucional había desarrollado estos principios desde la promulgación de la Constitución de 1991.

En 2012, ante la necesidad de una regulación general sobre la protección de datos personales, el legislador promulgó la Ley Estatutaria 1581. Esta norma estableció los principios y las reglas generales y mínimas aplicables a cualquier Tratamiento realizado sobre toda clase de datos personales; reconoció los derechos de los Titulares y los deberes de los Responsables y Encargados; creó mecanismos para que los Titulares soliciten la corrección, actualización o supresión de sus datos personales, y fortaleció las funciones de supervisión de la Delegatura de Protección de Datos Personales de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).

Además de las leyes estatutarias, los empresarios que tratan datos personales también deben cumplir los decretos reglamentarios de la Ley 1581 de 2012:

- Decreto 1377 de 2013: establece los requisitos para la autorización del Tratamiento de datos personales y aclara algunos asuntos sobre el ejercicio de los derechos del Titular, incluyendo el acceso, la rectificación, la actualización y la supresión de sus datos. Además, establece reglas para la transferencia y transmisión internacional de datos e introduce el principio de responsabilidad demostrada.
- Decreto 255 de 2022: busca facilitar la transferencia de datos entre los Responsables de un mismo grupo empresarial que estén en diferentes países.

Como conclusión, en la Tabla 1 se presentan las normas fundamentales que deben tener en cuenta los empresarios en materia de *habeas data*:

Tabla 1.

Normas relevantes en materia de protección de datos personales

Norma	Contenido
Ley Estatutaria 1581 de 2012	“Disposiciones generales sobre la protección de datos personales”.
Leyes estatutarias 1266 de 2008 y 2157 de 2021	Regulan el manejo de la información financiera, crediticia y comercial contenida en bases de datos personales.
Decreto 255 de 2022	Sobre las “normas corporativas vinculantes para la certificación de buenas prácticas en protección de datos personales y su transferencia a terceros países”.
Decreto 886 de 2014	Registro Nacional de Bases de Datos.

actividad muy particular dentro de nuestra economía: el reporte de aquella información ante los operadores de datos.

Decreto 1377 de 2013 (incorporado en el Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015)	Reglamenta varios aspectos de la Ley 1581 de 2012: el aviso de privacidad; los requisitos de la autorización; las limitaciones temporales al Tratamiento, y los requisitos para el Tratamiento de datos de niños, niñas y adolescentes. Además, hace la distinción entre transferencias y transmisiones internacionales e incorpora el principio de responsabilidad demostrada.
---	--

2.2. Un modelo de protección basado en principios

Los principios que rigen el Tratamiento de datos personales son esenciales para guiar la interpretación y aplicación del derecho de *habeas data*. La Ley Estatutaria 1581 de 2012 incluye los siguientes:

a. Legalidad: el Tratamiento de datos personales es una actividad regulada que debe adherirse a lo dispuesto en la normativa. Este principio implica que los datos se deben tratar de manera lícita, lo que significa que toda actividad relacionada con el Tratamiento debe estar legitimada por un marco normativo claro y específico²⁴⁹.

b. Finalidad: “el Tratamiento debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la Ley, la cual debe ser informada al Titular”²⁵⁰. Este principio garantiza que el uso de los datos personales se debe limitar, exclusivamente, para los fines previamente informados y consentidos por el Titular. Además, implica que

- El Tratamiento debe tener un propósito determinado, explícito y legítimo que se debe comunicar al Titular.
- Los datos tratados deben ser los estrictamente necesarios.
- Se deben establecer criterios razonables para la permanencia de los datos.
- Los datos no deben emplearse para fines distintos a los definidos, salvo que se trate de usos que configuren expectativas razonables del Titular.

La Tabla 2 muestra, con un ejemplo, la aplicación del principio de finalidad legítima.

²⁴⁹ El literal a del artículo 4 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 lo reconoce así: “Principio de legalidad en materia de Tratamiento de datos: El Tratamiento a que se refiere la presente ley es una actividad reglada que debe sujetarse a lo establecido en ella y en las demás disposiciones que la desarrollen”.

²⁵⁰ Literal b del artículo 4 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012.

Tabla 2.

Principio de finalidad legítima para el Tratamiento de datos personales

Criterio	Ejemplo
El Tratamiento de los datos debe tener un propósito determinado, explícito y legítimo.	Su finalidad es procesar la compra de un producto y gestionar su entrega al cliente.
Los datos tratados deben ser los estrictamente necesarios y pertinentes para cumplir la finalidad.	La empresa debe solicitar solo los datos imprescindibles, como nombre, dirección y contacto del cliente. Por ejemplo, para entregar un producto no requiere información financiera adicional o la historial laboral.
Se deben establecer criterios razonables para la permanencia de los datos, sin exceder lo necesario para su finalidad.	Los datos personales se almacenan únicamente durante el tiempo necesario para garantizar la entrega del producto y gestionar posibles devoluciones o reclamos.
Los datos no deben emplearse para fines distintos a los definidos.	Para garantizar la entrega del pedido, es razonable que la empresa comparta la dirección y el contacto del Titular con la empresa de transporte, y que esta los utilice para notificarle al Titular el estado de su pedido.

c. Libertad: el Tratamiento requiere el consentimiento previo, expreso e informado del Titular, salvo mandato legal o judicial que releve el consentimiento²⁵¹. Este derecho les otorga a las personas el control sobre su información y, salvo excepciones legales, el Tratamiento no se puede hacer sin su consentimiento.

d. Veracidad o calidad: “la información sujeta a Tratamiento debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. Se prohíbe el Tratamiento de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error”²⁵². Este principio resalta la importancia de verificar, actualizar y corregir los datos constantemente para que correspondan a la realidad y sean integrales. Los datos erróneos pueden generar consecuencias negativas para los Titulares.

e. Transparencia: permite que los Titulares puedan conocer en cualquier momento la información que reposa en una base de datos²⁵³. Este principio conlleva la obligación de los responsables de explicarles, de manera clara y comprensible, cómo se están utilizando sus datos personales.

f. Acceso y circulación restringida: implica que solo las personas autorizadas pueden tratar los datos y que estos no pueden estar disponibles en medios de acceso público, salvo que el

²⁵¹ Ley Estatutaria 1581 de 2012, literal c, artículo 4.

²⁵² Ley Estatutaria 1581 de 2012, literal d, artículo 4.

²⁵³ El Titular tiene derecho “a obtener del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento, en cualquier momento y sin restricciones, información acerca de la existencia de datos que le conciernan”. Ver: Ley Estatutaria 1581 de 2012, literal e, artículo 4.

acceso para las personas autorizadas sea técnicamente controlable o cuando se trate de información de carácter público.

El acceso a los datos depende de su naturaleza. La Ley 1266 de 2008 los clasifica en tres categorías según su grado de posibilidad de divulgación por su proximidad con el derecho a la intimidad: públicos, semiprivados y privados²⁵⁴.

Por su parte, la Ley Estatutaria 1581 de 2012 regula los datos sensibles, definidos como aquellos “que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación”²⁵⁵. Debido a su carácter delicado, las empresas tienen una responsabilidad reforzada en su tratamiento y deben identificar si tratan este tipo de información, pues esto implica una exigencia mayor.

g. Seguridad: el manejo masivo de información genera importantes riesgos, como el acceso no autorizado a las bases de datos; su pérdida, alteración o divulgación indebida, y su uso para cometer fraudes financieros o suplantaciones. Este principio ordena a las empresas adoptar medidas técnicas, humanas y administrativas para garantizar la seguridad de las bases de datos.

h. Confidencialidad: busca garantizar que la información que no tiene naturaleza pública se trate de manera reservada²⁵⁶. Todas las personas que intervienen en el Tratamiento de datos personales tienen la obligación de garantizar la reserva de la información, deber que permanece incluso después de finalizar la relación contractual o laboral vinculada al Tratamiento de los datos personales.

2.3. La autoridad nacional de protección de datos

En el modelo de protección de datos personales, la Delegatura para la Protección de Datos Personales de la SIC cumple un papel fundamental como autoridad central, especializada e independiente. Su labor es vigilar el cumplimiento de los principios, derechos, garantías y procedimientos relacionados con el Tratamiento de datos personales.

²⁵⁴ Según el artículo 3 de la Ley 1266 de 2008, son datos “públicos, entre otros, los datos contenidos en documentos públicos, sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas que no estén sometidos a reserva y los relativos al estado civil de las personas” (literal f). Un dato es semiprivado cuando “no tiene naturaleza íntima, reservada, ni pública y cuyo conocimiento o divulgación puede interesar no sólo a su titular sino a cierto sector o grupo de personas o a la sociedad en general, como el dato financiero y crediticio de actividad comercial o de servicios” (literal g). Y es privado cuando “por su naturaleza íntima o reservada sólo es relevante para el titular” (literal h).

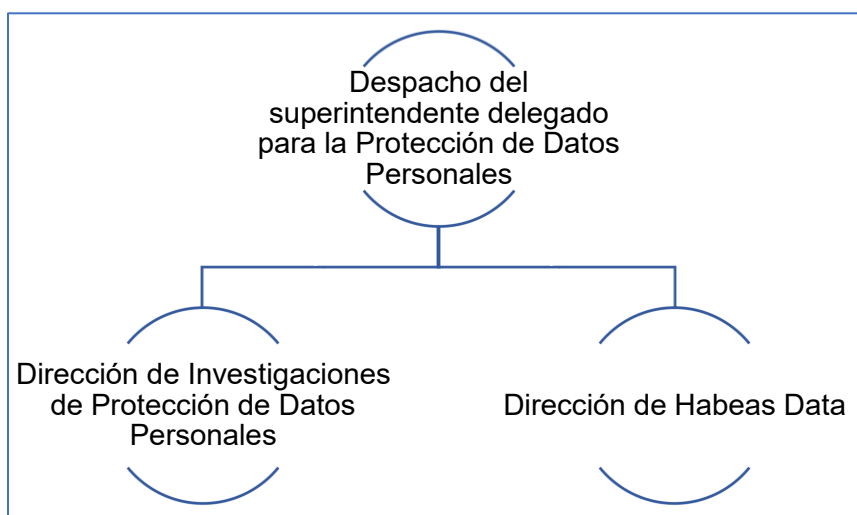
²⁵⁵ El artículo 5 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 incluye como datos sensibles, entre otros, aquellos que revelan el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas y los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.

²⁵⁶ Según este principio “todas las personas que intervengan en el tratamiento de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas a garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende el tratamiento, pudiendo sólo realizar suministro o comunicación de datos personales cuando ello corresponda al desarrollo de las actividades autorizadas en la presente ley y en los términos de la misma”. Ver: Ley 1582 de 2012, literal h, artículo 4.

Las funciones de la Delegatura, que está conformada por dos direcciones (Figura 1), están establecidas en el artículo 21 de la Ley 1581 de 2012. Estas incluyen vigilar el cumplimiento de la legislación, investigar y sancionar infracciones, imponer medidas para garantizar el derecho de *habeas data* y administrar el Registro Nacional de Bases de Datos (RNBD). Dichas funciones se inscriben en el ámbito del ejercicio de policía administrativa²⁵⁷ y expresan la potestad de dirección e intervención del Estado en la economía²⁵⁸.

Figura 1.

Organigrama de la Delegatura para la Protección de Datos personales.



La Dirección de Investigaciones de Protección de Datos Personales es responsable de vigilar el cumplimiento del Régimen General de Protección de Datos Personales. Dentro de sus funciones tiene la facultad de imponer sanciones pecuniarias en caso de detectar violaciones al régimen²⁵⁹.

Por su parte, la Dirección de Habeas Data es responsable de hacer efectivo el derecho tutelado. Esto es, asegurar que el Titular de la información pueda conocer, actualizar, rectificar y suprimir la información que sobre él reposa en las bases de datos de los Responsables y Encargados del Tratamiento. Esta labor se materializa por medio de órdenes administrativas²⁶⁰.

En conclusión, en el modelo de protección de los datos personales los empresarios, que son los Responsables o los Encargados del Tratamiento, están sujetos a la vigilancia de la Superintendencia de Datos Personales como autoridad de protección de datos personales.

²⁵⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 115.

²⁵⁸ Constitución Política de Colombia, artículos 334 y 335.

²⁵⁹ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 4886 de 2011, artículo 17.

²⁶⁰ Decreto 4886 de 2011, artículo 17A.

3. Deberes de los responsables y encargados del tratamiento de los datos personales, según el Régimen General de Protección de Datos Personales

El debido Tratamiento de datos personales conlleva una serie de deberes para los Responsables, establecidos en la Ley Estatutaria 1581 de 2012. Estos deberes son exigibles a todos los Responsables, sean pequeñas empresas o grandes grupos empresariales.

Aunque la complejidad de la aplicación puede variar según la operación de Tratamiento específica, independientemente del Responsable, el adecuado cumplimiento de estos deberes genera beneficios tanto para los Responsables como para los Titulares de la información.

3.1. El Responsable del Tratamiento

De acuerdo con el literal e del artículo 3 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012, el Responsable del Tratamiento es la “persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, decida sobre la base de datos y/o el Tratamiento de los datos”.

La Corte Constitucional ha destacado la importancia de esta figura, ya que su existencia está vinculada “al principio de legalidad en materia sancionatoria y son una garantía para el Titular del dato respecto de quién es obligado a cumplir diferentes prerrogativas que se desprenden del habeas data”²⁶¹.

El Responsable del Tratamiento es quien define **los fines y los medios esenciales** para el Tratamiento de los datos. En este sentido, tiene control sobre aspectos claves del proceso, como el tiempo de almacenamiento, su uso y quién puede acceder a ellos, entre otros.

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que no basta con que una ley o contrato designe explícitamente a un Responsable. En cada situación es necesario analizar el contexto en el que actúan los agentes involucrados para determinar su rol real y, en consecuencia, sus obligaciones y el régimen de responsabilidad aplicable²⁶². Según la Corte Constitucional, la calidad de Responsable puede surgir, entre otros, en los siguientes casos:

1. Cuando la recolección de datos es un requisito para el cumplimiento de una determinada función, por ejemplo, en la seguridad social.
2. Cuando el tratamiento es una parte inherente de la actividad, como sucede con los empleadores frente a los datos de sus trabajadores.
3. Cuando, sin existir las competencias anteriores, se tiene la capacidad de determinación, es decir, una influencia de hecho.

3.2. Deberes de los Responsables del Tratamiento

Como ya se mencionó, la figura del Responsable existe, precisamente, para garantizar que el Titular de la información pueda identificar con claridad quién debe cumplir las obligaciones

²⁶¹ Sentencia C-748 de 2011, 2.5.7.1.

²⁶² Sentencia C-748 de 2011.

derivadas del derecho al Tratamiento adecuado de sus datos personales. De esta manera, el artículo 17 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 establece que los Responsables del Tratamiento deberán cumplir los deberes que se exponen en la Tabla 3.

Tabla 3.

Deberes de los Responsables del Tratamiento

Deberes ²⁶³	Comentarios
“Garantizar al Titular, en todo tiempo, el pleno y efectivo ejercicio del derecho de hábeas data [sic]”.	La SIC estableció que “dentro de las obligaciones legales de los Responsables está la de contestar de manera oportuna, respetuosa y de fondo las consultas o reclamos de los Titulares. Las personas no tienen por qué rogar o insistir ante las empresas para que les respeten sus derechos humanos. No respetar los derechos de los Titulares de los datos es censurable e inadmisibles” ²⁶⁴ .
“Solicitar y conservar, en las condiciones previstas en la presente ley, copia de la respectiva autorización otorgada por el Titular”.	El debido Tratamiento de los datos personales implica cargas probatorias. En este sentido, el Responsable debe obtener la autorización del Titular y poder demostrar que así lo hizo.
“Informar debidamente al Titular sobre la finalidad de la recolección y los derechos que le asisten por virtud de la autorización otorgada”.	Es importante entender que los documentos que se ponen a disposición del Titular tienen una función comunicativa. Por lo tanto, el lenguaje debe ser claro, sencillo y comprensible. No se cumple el deber si los documentos son extensos, técnicos y difíciles de comprender para el Titular.
“Conservar la información bajo las condiciones de seguridad necesarias para impedir su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento”.	El Responsable debe implementar medidas técnicas, humanas y administrativas para garantizar la seguridad de los registros y evitar su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento.
“Garantizar que la información que se suministre al Encargado del Tratamiento sea veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible”.	Estos deberes resaltan la importancia de mantener una comunicación efectiva con el Encargado del Tratamiento. La información que se le entregue debe actualizarse periódicamente. Por ejemplo, es fundamental mantener actualizadas las bases de datos para excluir a los Titulares que ya no quieran recibir mensajes.
“Actualizar la información, comunicando de forma oportuna al Encargado del Tratamiento, todas las	

²⁶³ Ley Estatutaria 1581 de 2012, artículo 17.

²⁶⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 82428 del 16 de diciembre de 2021, en [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2021/Resolución%2082428%20de%2016%20diciembre%20de%202021%20\(EI%20Tiempo\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2021/Resolución%2082428%20de%2016%20diciembre%20de%202021%20(EI%20Tiempo).pdf). Consulta de 12 de febrero de 2025

novedades respecto de los datos que previamente le haya suministrado y adoptar las demás medidas necesarias para que la información suministrada a este se mantenga actualizada”.	
“Rectificar la información cuando sea incorrecta y comunicar lo pertinente al Encargado del Tratamiento”.	
“Suministrar al Encargado del Tratamiento, según el caso, únicamente datos cuyo Tratamiento esté previamente autorizado de conformidad con lo previsto en la presente ley”.	Es esencial tener certeza sobre la legitimación jurídica de la recolección de datos personales. Al respecto, la SIC afirma que “es factible que su empresa adquiriera los datos directamente del Titular del dato o que terceros le suministren esa información. En el primer caso, usted debe obtener una autorización previa, expresa e informada que le permita no solo recolectar los datos, sino que también pueda usarlos para fines de marketing, mercadotecnia y publicidad. Es fundamental que la autorización cumpla esos tres requisitos, pues si omite uno de ellos no podrá usar los datos lícitamente. Recuerde que usted no solo debe estar en capacidad de demostrar que tiene prueba de la autorización, también tiene la carga de probar que informó lo que ordena el artículo 12 de la Ley 1581 de 2012” ²⁶⁵ .
“Exigir al Encargado del Tratamiento en todo momento, el respeto a las condiciones de seguridad y privacidad de la información del Titular”.	Entre otros aspectos, este deber implica que el contrato de transmisión ²⁶⁶ de datos contemple mecanismos de supervisión y monitoreo por parte del Responsable sobre el Encargado. Esto garantiza que se implementen las medidas técnicas, humanas y administrativas necesarias para la seguridad de los registros.
“Tramitar las consultas y reclamos formulados en los términos señalados en la presente ley”.	El Titular de la información debe disponer de canales adecuados para ejercer sus derechos. La SIC recomienda mejorar continuamente la atención al cliente, no solo para fortalecer la fidelización y consolidar su confianza, sino también para evitar investigaciones y posibles problemas jurídicos.
“Adoptar un manual interno de políticas y procedimientos para garantizar el adecuado	Las medidas efectivas y apropiadas que implemente el Responsable deben ajustarse a las instrucciones de la SIC. Por tanto, las políticas internas deben cumplir,

²⁶⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. *Guía sobre el Tratamiento de datos personales para fines de marketing y publicidad*. 2019, p. 13

²⁶⁶ Para conocer más sobre el contrato de transmisión de datos personales, consultar el artículo 2.2.2.25.5.2. del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.

cumplimiento de la presente ley y en especial, para la atención de consultas y reclamos”.	como mínimo, con lo establecido en el artículo 2.2.2.25.6.2 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.
“Informar al Encargado del Tratamiento cuando determinada información se encuentra en discusión por parte del Titular, una vez se haya presentado la reclamación y no haya finalizado el trámite respectivo”.	La comunicación entre el Responsable y el Encargado debe incluir mecanismos claros para informar cuándo y cómo los Titulares presentan reclamos sobre el Tratamiento de sus datos.
“Informar a solicitud del Titular sobre el uso dado a sus datos”.	El Responsable debe estar en capacidad de comunicarle al Titular, de una manera sencilla y adecuada, la información sobre los fines y medios que se emplean para el Tratamiento de sus datos personales.
“Informar a la autoridad de protección de datos cuando se presenten violaciones a los códigos de seguridad y existan riesgos en la administración de la información de los Titulares”.	Las organizaciones deben reportar cualquier incidente de seguridad a la SIC sin dilación indebida y, a más tardar, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su detección y notificación a la persona o área encargada. Esta notificación debe contener, como mínimo, la información que establece el RNBD.
“Cumplir las instrucciones y requerimientos que imparta la Superintendencia de Industria y Comercio”.	Las órdenes e instrucciones impartidas por la SIC deben cumplirse de manera oportuna y adecuada. El incumplimiento puede acarrear sanciones administrativas, además de la pérdida de la confianza de los Titulares.

3.3. El Encargado del Tratamiento

Según el literal d del artículo 3 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012, el Encargado del Tratamiento, o Encargado, es la “persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, realice el Tratamiento de datos personales por cuenta del Responsable del Tratamiento”. En otras palabras, el Encargado actúa por delegación del Responsable y, por tanto, es jurídicamente distinto de este. En este contexto, el Responsable le encomienda al Encargado la ejecución de una o varias operaciones sobre los datos personales con unas finalidades establecidas.

Aquella delegación implica una relación de subordinación, sin que esto implique que el Responsable se exime de su responsabilidad frente al Titular del dato. En este sentido, el Encargado recibe unas instrucciones sobre la administración de los datos.

3.4. Deberes de los Responsables del Tratamiento

De acuerdo con el artículo 18 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012, al igual que los Responsables, los Encargados del Tratamiento deben garantizar el derecho al *habeas data* del Titular. Sus obligaciones incluyen:

- Actualizar, rectificar y suprimir los datos cuando corresponda y en los tiempos indicados para el efecto²⁶⁷.
- En la información que suministren deben incluir leyendas tales como “información en discusión judicial” o “reclamo en trámite” cuando la autoridad judicial los notifique sobre el particular²⁶⁸.
- No divulgar información que haya sido bloqueada por orden de la autoridad de control mientras se adopta una decisión definitiva.
- Gestionar reclamos y consultas con la adopción de un manual que garantice el cumplimiento de la ley y asegure respuestas eficaces y eficientes en los términos indicados en la norma estatutaria²⁶⁹.
- Al igual que los Responsables, los Encargados deben informar sobre cualquier violación a los códigos de seguridad y administración de la información.
- Cumplir las instrucciones y requerimientos del órgano de vigilancia y control del dato personal.

3.5. Los deberes no son taxativos

La Corte Constitucional ha señalado que aunque el legislador hizo un esfuerzo por definir los deberes de los distintos sujetos involucrados en el Tratamiento de datos, esto no implica que el Titular del derecho **no pueda exigir otras obligaciones necesarias para la plena protección de su derecho**, en armonía con los principios que rigen la gestión de datos. En otras palabras, los deberes establecidos en los artículos 17 y 18 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 no son limitativos, sino simplemente enunciativos.

Esto significa que tanto Responsables como Encargados adquieren obligaciones adicionales derivadas del derecho al *habeas data*, en la medida en que son sujetos pasivos de esta garantía constitucional.

4. Responsabilidad demostrada

Los Responsables del Tratamiento deben implementar medidas dentro de su organización para cumplir con los principios y deberes establecidos en la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y sus decretos reglamentarios. Dentro de los deberes establecidos en su artículo 17 está implementar un manual interno de políticas y procedimientos para garantizar el adecuado cumplimiento de la ley.

²⁶⁷ Ley Estatutaria 1581 de 2012, literales c y d, artículo 18.

²⁶⁸ Ley Estatutaria 1581 de 2012, literales g y h, artículo 18.

²⁶⁹ Sentencia C-748 de 2011.

Uno de los principales aportes al Régimen General de Protección de Datos Personales introducidos por el Decreto 1377 de 2013 (incorporado en el Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015) fue el concepto de la responsabilidad demostrada como una obligación de los Responsables del Tratamiento. La norma establece que los responsables deben ser capaces de demostrar, a petición de la SIC, que han implementado medidas apropiadas y efectivas para cumplir con las obligaciones establecidas en la ley.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-032 de 2021, afirmó que:

El principio de responsabilidad demostrada, de acuerdo con lo expuesto, consiste en el **deber jurídico del responsable del Tratamiento de demostrar ante la autoridad de datos que cuenta con la institucionalidad y los procedimientos para garantizar las distintas garantías del derecho al habeas data** [negrilla fuera de texto], en especial, la vigencia del principio de libertad y las facultades de conocimiento, actualización y rectificación del dato personal.²⁷⁰

El artículo 2.2.2.25.6.1. del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 exige que los Responsables demuestren que han implementado medidas apropiadas y efectivas para cumplir con las citadas normas jurídicas²⁷¹. Dichas medidas deben ser proporcionales a:

- La naturaleza jurídica del responsable y, cuando sea necesarios, a su tamaño empresarial.
- La naturaleza de los datos personales objeto de Tratamiento.
- El tipo de Tratamiento.
- Los riesgos potenciales que el Tratamiento podría causar sobre los derechos de los Titulares de los datos personales.

El principio de responsabilidad exige acciones concretas para cumplir con las obligaciones en el Tratamiento de los datos personales. Esto implica que las organizaciones adopten medidas eficaces para asegurar una gestión adecuada de la información. Su efectividad dependerá del compromiso genuino de todos los miembros de la organización, pero, sobre todo, del liderazgo de los directivos. Sin su respaldo claro y decidido, cualquier esfuerzo resultará insuficiente para diseñar, implementar, revisar y evaluar los programas de gestión de datos en la organización²⁷².

Además, el desafío que enfrentan las organizaciones con respecto al principio de responsabilidad demostrada va más allá de la simple expedición de documentos o la redacción de políticas. Lo que se exige es que se demuestre el cumplimiento real y efectivo en la práctica durante el ejercicio de sus funciones.

²⁷⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-032 de 2021.

²⁷¹ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1074 de 2015.

²⁷² Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 53593 del 3 de septiembre de 2020, en [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Normativa/Resoluciones/ORDEN%20GOOGLE\(1\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Normativa/Resoluciones/ORDEN%20GOOGLE(1).pdf) consulta de 12 de febrero de 2025.

En resumen, la regulación es neutral, porque no exige un mecanismo, proceso o tecnología específica para cumplir los deberes y principios establecidos en la ley. No obstante, al margen de la alternativa que utilice el Responsable para este propósito, debe ser capaz de demostrar a la autoridad que las medidas empleadas fueron útiles, efectivas e idóneas para los propósitos establecidos.

5. Los riesgos del incumplimiento de las obligaciones en materia de datos personales

En el ámbito empresarial, el riesgo jurídico relacionado con los datos personales está determinado por los costos reputacionales, legales y financieros en los que puede incurrir una empresa en su rol de Responsable o Encargada. El incumplimiento de los deberes señalados conlleva la vulneración de uno o varios derechos de los Titulares. La determinación de un régimen de responsabilidades y sanciones por la vulneración al *habeas data* implica procesos administrativos y de tutela a cargo de la Delegatura para la Protección de Datos Personales de la SIC²⁷³.

Como se mencionó previamente (Figura 1), para gestionar el régimen de responsabilidad y sanciones, la delegatura se divide en dos direcciones. La primera es la Dirección de Investigaciones de Protección de Datos Personales, cuya misión es instruir y sancionar las violaciones a los regímenes de las leyes 1266 de 2008, 1581 de 2012 y 2300 de 2023. La segunda, la Dirección de Habeas Data, encargada de ejercer la tutela constitucional y administrativa del derecho fundamental consagrado en el artículo 15 de la Constitución.

5.1. Riesgos reputacionales relacionados con las órdenes emitidas por la Dirección de Habeas Data

Toda persona que requiera ejercer su derecho al *habeas data* en el ámbito empresarial puede acudir a la Dirección de Habeas Data para amparar su derecho fundamental para conocer, actualizar, rectificar o suprimir la información que se haya recopilada sobre ella en bases de datos o archivos utilizados con fines comerciales.

La normatividad establece un requisito de previo para estos reclamos: el artículo 16 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 dispone que la persona “sólo podrá elevar queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio una vez haya agotado el trámite de consulta o reclamo ante el responsable del Tratamiento o Encargado del Tratamiento”. Si el reclamo no se resuelve de manera satisfactoria, la persona puede acudir a la Dirección de Habeas Data.

²⁷³ La ley 2300 de 2023 otorga a la SIC funciones de inspección y vigilancia sobre las interacciones de cobranza y publicidad para proteger el derecho a la intimidad de los consumidores. En este contexto, la SIC tiene las siguientes funciones: inspeccionar, vigilar y controlar el Tratamiento de los datos personales y velar por el cumplimiento de la ley en relación con los canales autorizados, las finalidades y las vulneraciones al derecho de *habeas data*.

Esta ley regula, específicamente, el Registro de Números Excluidos (RNE), donde los colombianos pueden inscribirse para no recibir llamadas y mensajes comerciales o publicitarios. Las empresas, incluyendo bancos, empresas de telefonía móvil, comercios, fundaciones, empresas de cobranza y venta de productos están obligadas a cumplir las leyes 2300 de 2023 y 1581 de 2012.

Es importante aclarar que la protección del derecho fundamental al *habeas data* es una potestad compartida entre el juez de tutela y la Dirección de Habeas Data, que tiene funciones jurisdiccionales de tutela en materia de protección del *habeas data*. Por lo tanto, será el Titular quien decida si acudir a la autoridad judicial o a la administrativa.

Las personas pueden presentar quejas o peticiones ante la Dirección para demandar la protección del derecho fundamental al *habeas data*. La Dirección resuelve de fondo estas quejas o peticiones mediante órdenes administrativas. Si la parte afectada no está conforme con la orden emitida, puede presentar ante la Dirección los recursos de reposición y en subsidio el de apelación. Los recursos son resueltos por la Dirección.

Este tipo de actuaciones no son de carácter pecuniario para las empresas, sino administrativo. No obstante, su incumplimiento puede dar lugar a una investigación administrativa sancionatoria por parte de la Dirección de Investigaciones de Protección de Datos, donde las sanciones pueden ser desde multas hasta la suspensión de actividades.

Aunque la actuación administrativa no implique una sanción económica directa, sí puede afectar la reputación corporativa. Una orden administrativa indica que la empresa no garantizó ni respetó los niveles de protección exigidos por la ley. En un contexto comercial, donde las relaciones se establecen en modelos de negocios en red y la circulación de datos dentro de las compañías, esto puede suponer un riesgo grave para la seguridad y confidencialidad de la información. Reputacionalmente, esto puede causar un daño significativo si el público percibe que la compañía no gestiona ni protege adecuadamente la información que se le ha suministrado.

5.2. Riesgos reputacionales y financieros de las sanciones en materia de *habeas data*

La Dirección de Investigación de Protección de Datos Personales está encargada de adelantar, de oficio o a petición de parte, investigaciones administrativas sobre posibles incumplimientos al Régimen de Protección de Datos Personales. Además, supervisa que los sujetos obligados (Responsables y Encargados) adopten medidas y políticas eficientes para garantizar el derecho de los ciudadanos a la protección de sus datos personales.

Asimismo, en esta dirección se resuelven los recursos de reposición y los recursos de reposición y en subsidio de apelación interpuestos frente a sus decisiones. La segunda instancia de estos recursos está a cargo del superintendente delegado para la Protección de Datos Personales, quien solo puede confirmar o revocar.

Esta dirección está comprometida con el cumplimiento factico de los principios establecidos en la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y en la prevención e investigación de los incidentes de seguridad. Dichos incidentes no son sancionados por el solo hecho de producirse, sino por no ser reportados.

5.2.1. Incidentes de seguridad

La apertura de una investigación busca establecer si hubo o no fallas en el deber de diligencia bajo el principio de seguridad, conforme al deber de diligencia proactiva que se materializa en el principio de responsabilidad demostrada. Es decir, se exige a Responsables y Encargados un nivel de diligencia adecuado en seguridad y confidencialidad, así como el cumplimiento de un estándar que evite la ocurrencia de incidentes.

Incumplir el deber de seguridad es una de las violaciones más graves, tanto en términos de sanciones económicas como de impacto reputacional. Una empresa sancionada por un incidente de seguridad, debido a la falta de diligencia exigida bajo el principio de responsabilidad demostrada, puede enfrentarse a las multas más altas y a una pérdida estructural de la confianza de sus clientes al evidenciarse que no protege sus datos con el nivel de diligencia esperado y exigido.

5.2.2. Registro Nacional de Bases de Datos

Esta dirección también vela por el cumplimiento de la obligación de reportar sus bases de datos al RNBD. Están obligados a registrarlas las sociedades y entidades sin ánimo de lucro que tengan activos totales superiores a 100.000 unidades de valor tributario (UVT), así como las entidades de naturaleza pública²⁷⁴. El incumplimiento de esta obligación puede acarrear sanciones con efectos graves para la actividad empresarial.

5.2.3. Dirección de Investigaciones

El tercer escenario de acción de la Dirección de Investigaciones corresponde a las investigaciones, sean de oficio o a petición de parte. Estas se adelantan bajo el procedimiento administrativo sancionatorio contemplado en el artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Se trata de un proceso administrativo contradictorio en el que la autoridad evalúa la responsabilidad de Responsables y Encargados y, de ser necesario, les impone sanciones administrativas por infracciones al régimen de protección de datos personales. Se garantiza el debido proceso y el derecho a la defensa, bajo la finalidad de la tutela judicial efectiva, tanto para el afectado como para el investigado. En el marco de un proceso de investigación, la autoridad puede imponer sanciones que están contempladas en el artículo 23 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 (Tabla 4).

²⁷⁴ Existen tres plazos para realizar el registro de las bases de datos: el primero corresponde a las sociedades y entidades sin ánimo de lucro (ESAL) con activos superiores a 610.000 UVT. El segundo, a las sociedades y ESAL que con activos totales entre 100.000 y 610.000 UVT. El tercero, a las entidades públicas. Las bases de datos creadas después del vencimiento de estos plazos deberán inscribirse dentro de los dos meses siguientes a su creación. El incumplimiento de este requisito puede conllevar sanciones económicas, como multas, así como sanciones administrativas, que incluyen la suspensión de actividades por seis meses o incluso el cierre temporal si no se toman las medidas correctivas necesarias. Ver: Decreto 886 de 2014; Capítulo 26 del Decreto Único 1074 de 2015; Decreto 090 del 18 de enero de 2018, y el Capítulo II del Título V de la Circular Única de la SIC.

Tabla 4.
Sanciones impuestas por la Dirección de Investigaciones

Sanciones ²⁷⁵	Riesgos
“a) Multas de carácter personal e institucional hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción. Las multas podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento que las originó”.	Esta sanción se determina a partir de un estudio financiero que considera el nivel económico de la empresa, la gravedad de daño causado y el nivel de reincidencia. El propósito es generar un impacto económico para llamar su atención sobre los costos financieros que debe asumir por prácticas inadecuadas en el tratamiento de los datos personales. Sin embargo, la experiencia ha mostrado que grandes empresas con gran capital y volumen de negocios asumen este riesgo e integran a sus costes de producción el posible pago de multas. Debido a esto, la SIC expidió la Circular Externa 003 de 2024²⁷⁶, que imparte instrucciones que los administradores societarios deben considerar con relación al Tratamiento de los datos personales. Estos administradores están obligados a cumplir la normativa sobre protección de datos, extendiendo así el criterio de corresponsabilidad a las juntas directivas. Como consecuencia, sus miembros pueden enfrentar sanciones de hasta 2000 salarios mínimos mensuales legales vigentes (smmlv).
“b) Suspensión de las actividades relacionadas con el Tratamiento hasta por un término de seis (6) meses. En el acto de suspensión se indicarán los correctivos que se deberán adoptar; c) Cierre temporal de las operaciones relacionadas con el Tratamiento una vez transcurrido el término de suspensión sin que se	Este tipo de sanción tiene, en primer lugar, un impacto reputacional para la empresa frente a sus clientes. En segundo nivel, un impacto económico, no solo por la multa impuesta, sino por el costo de la parálisis empresarial temporal en ese sector del negocio, lo que conlleva la pérdida de ingresos y clientes, que buscarán otros proveedores. Esta es, sin duda, una de las sanciones más graves para el futuro de cualquier estructura empresarial. La SIC ha impuesto esta sanción a empresas donde la violación de los datos personales ha alcanzado un nivel de gravedad estructural que afecta la privacidad de las personas²⁷⁷.

²⁷⁵ Ley Estatutaria 1581 de 2012, artículo 23.

²⁷⁶ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Circular Externa 003 del 22 de agosto de 2024, en <https://sedeelectronica.sic.gov.co/sites/default/files/normativa/Circular%20externa%20No.%20003%20del%2022%20de%20agosto%20de%202024.pdf>, consulta de 12 de febrero de 2025

²⁷⁷ La SIC sancionó a Risks International S.A.S. con una multa de \$190.547.400 y le ordenó la suspensión de actividades por seis meses. Durante este período, la empresa debía acreditar ante esta autoridad que había adoptado medidas para la protección de los datos personales.

hubieren adoptado los correctivos ordenados por la Superintendencia de Industria y Comercio”.	
“d) Cierre inmediato y definitivo de la operación que involucre el Tratamiento de datos sensibles”.	Esta sanción es de carácter definitivo, en consecuencia, la empresa no podrá continuar con la actividad económica que involucra el Tratamiento de datos. Por lo general, se impone en casos de actividades ilícitas que vulneran de manera grave e irremediable el derecho fundamental al <i>habeas data</i> .

Las sanciones que impone la autoridad de datos están mediadas por criterios de gradualidad a la luz del artículo 24 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012²⁷⁸. Es importante aclarar que estos criterios se basan en el **principio de proporcionalidad** y en la razonabilidad constitucional al momento de imponer sanciones y medidas. La autoridad busca, mediante la proporcionalidad, determinar sanciones adecuadas y ponderadas según el tamaño, la actividad, el capital, el nivel de daño y la reincidencia (de ser el caso).

En la Circular Externa 002 de 2024²⁷⁹, la SIC instruye sobre la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación bajo cuatro criterios: idoneidad, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad para el uso de la inteligencia artificial (IA) en el Tratamiento de los datos personales. Asimismo, enfatiza la importancia de realizar estudios de impacto y del nivel de riesgo como un estándar deseable. Estos criterios se analizarán en las investigaciones para la imposición de sanciones cuando se usen sistemas IA en el Tratamiento de datos personales en actividades empresariales, como el comercio electrónico o el sector *fintech*.

5.2.4. Compliance empresarial

Igualmente, la SIC, mediante la Circular Externa 003 de 2024, amplía el criterio de corresponsabilidad en materia de investigaciones y sanciones para personas jurídicas, incluyendo a las juntas directivas, bajo un esquema de protección constitucional reforzado del derecho fundamental al *habeas data*²⁸⁰.

²⁷⁸ “Las sanciones por infracciones a las que se refieren el artículo anterior, se graduarán atendiendo los siguientes criterios, en cuanto resulten aplicables:

- a) La dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados por la presente ley;
- b) El beneficio económico obtenido por el infractor o terceros, en virtud de la comisión de la infracción;
- c) La reincidencia en la comisión de la infracción;
- d) La resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio;
- e) La renuencia o desacato a cumplir las órdenes impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio;
- f) El reconocimiento o aceptación expresas que haga el investigado sobre la comisión de la infracción antes de la imposición de la sanción a que hubiere lugar.”

²⁷⁹ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Circular Externa 002 de 2024, 21 de agosto de 2024, en <https://sedeelectronica.sic.gov.co/transparencia/normativa/circular-externa-no-002-de-2024-del-21-de-agosto-de-2024-lineamientos-sobre-el-Tratamiento-de-datos-personales-en-sistemas-de>, consulta de 12 de febrero de 2025.

²⁸⁰ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Circular Externa 003 de 2024, 22 de agosto de 2024, en

Esta circular amplia el nivel de *compliance* empresarial en la gestión de datos personales y exige que las juntas directivas no solo conozcan, sino que se involucren en la estrategia de protección de datos personales como un eje central de la gestión de sus negocios. Por lo tanto, el nivel de responsabilidad patrimonial puede vincular a sus miembros bajo los principios de corresponsabilidad y responsabilidad demostrada.

Conclusiones

La protección de datos personales constituye uno de los activos más importantes en el mundo globalizado. El valor agregado que las empresas imprimen a la gestión de los riesgos derivados de la administración, conservación y explotación de los datos personales las convierten en actores clave para lograr la protección de los titulares de los datos.

El mercado percibe de forma positiva y tiende a favorecer a las compañías que consideran a los datos personales su mayor activo y, por ello, despliegan las mejores prácticas para su protección y tratamiento. En un entorno de información y comunicación exponencial, garantizar la privacidad de los datos es un desafío crucial que obliga a los mercados a reconocer que comerciar implica proteger la información de los clientes.

Bibliografía

Cisco. *Privacy as an Enabler of Customer Trust. Cisco 2024 Data Privacy Benchmark Study*. 2024, en https://www.cisco.com/c/dam/en_us/about/doing_business/trust-center/docs/cisco-privacy-benchmark-study-2024.pdf consulta de 12 de febrero de 2025

Colombia, Congreso de la República, Ley Estatutaria 1266 de 2008.

Colombia, Congreso de la República, Ley Estatutaria 1581 de 2012.

Colombia, Congreso de la República, Ley Estatutaria 2157 de 2021.

Colombia, Congreso de la República, Ley 2300 de 2023.

Colombia, Constitución Política de Colombia, 1991.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Penal, Sentencia C-748 de 2011, octubre 6 de 2011, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia, Presidente de la República, Decreto 4886 de 2011.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1377 de 2013.

<https://sedeelectronica.sic.gov.co/sites/default/files/normativa/Circular%20externa%20No.%200003%20del%2022%20de%20agosto%20de%202024.pdf> . consulta de 12 de febrero de 2025

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 886 de 2014.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1074 de 2015.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 255 de 2022.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Circular Externa 002 de 2024, 21 de agosto de 2024, en <https://sedeelectronica.sic.gov.co/transparencia/normativa/circular-externa-no-002-de-2024-del-21-de-agosto-de-2024-lineamientos-sobre-el-Tratamiento-de-datos-personales-en-sistemas-de> consulta de 12 de febrero de 2025

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Circular Externa 003 del 22 de agosto de 2024, en <https://sedeelectronica.sic.gov.co/sites/default/files/normativa/Circular%20externa%20No.%20003%20del%2022%20de%20agosto%20de%202024.pdf> consulta de 12 de febrero de 2025

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 53593 del 3 de septiembre de 2020, en [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Normativa/Resoluciones/ORDEN%20GOOGLE\(1\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Normativa/Resoluciones/ORDEN%20GOOGLE(1).pdf) consulta de 12 de febrero de 2025

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 82428 del 16 de diciembre de 2021, en [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2021/Resolución%2082428%20de%2016%20diciembre%20de%202021%20\(El%20Tiempo\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2021/Resolución%2082428%20de%2016%20diciembre%20de%202021%20(El%20Tiempo).pdf) consulta de 12 de febrero de 2025

Superintendencia de Industria y Comercio. *Guía sobre el Tratamiento de datos personales para fines de marketing y publicidad*. 2019.

Capítulo 10

Alejandro Giraldo López

Alejandro Giraldo López²⁸¹

Introducción

El éxito empresarial a mediano y largo plazo depende, en gran medida, de la capacidad de los empresarios para generar confianza en sus consumidores, lo que fomenta su fidelidad y repetición de compra. Una mala experiencia, como sentirse engañado o frustrado en sus expectativas, puede hacer que un consumidor no vuelva, lo que podría llevar al fracaso de la empresa. Actualmente, los riesgos reputacionales son una de las mayores preocupaciones para los empresarios, especialmente, porque cualquier incidente, como una mala atención, un producto defectuoso o una publicidad engañosa, puede difundirse y volverse viral a través de las redes sociales²⁸².

Sin embargo, los riesgos no se limitan a la pérdida de clientes, lo cual es grave en sí mismo. También existen implicaciones jurídicas que pueden abarcar desde sanciones pecuniarias hasta la orden de cierre del establecimiento o la prohibición de ejercer el comercio. En este artículo se abordarán las obligaciones que tienen los empresarios frente a los consumidores, desde dar garantía sobre los productos que ofrecen, su responsabilidad ante los daños que pueda causar un producto defectuoso y las condiciones de la información que deben entregar al consumidor hasta cómo deben ser los contratos que redacten y pongan a disposición de sus clientes.

En primer lugar, se explicará cuándo existe una relación de consumo, ya que solo en esta se aplica el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011). Si se presenta otro tipo de conflicto, como los que pueden surgir entre el empresario y sus proveedores, las normas pertinentes serán las establecidas en el Código de Comercio. A continuación, se detallarán las responsabilidades del productor y del expendedor frente al consumidor, en cuanto a la garantía y a los daños que sus productos puedan causar a personas o bienes. Seguidamente se abordarán las obligaciones en materia de información y publicidad, así como el tipo de responsabilidad asociada. En un cuarto apartado se analizarán las responsabilidades

²⁸¹ Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Doctor en Sociología de la Universidad de Salamanca (España). Magíster en Sociología Jurídica del Instituto de Sociología Jurídica de Oñati (España) y en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Trabajó en la Superintendencia de Industria y Comercio como asesor del superintendente, del superintendente delegado para la Protección al Consumidor y del superintendente delegado para Reglamentos Técnicos y Metrología Legal. También se desempeñó como vicepresidente Jurídico de la Federación Nacional de Comerciantes Empresarios (Fenalco) a nivel nacional. Actualmente es el director ejecutivo del Organismo Nacional de Acreditación de Colombia (ONAC) y profesor de posgrado de las universidades Del Rosario, Javeriana, Externado de Colombia, Los Andes y La Sabana en derecho del consumo y de la competencia y de la infraestructura de la calidad. Es autor de los libros *Guía Práctica para Entender el Subsistema Nacional de la Calidad – SICAL* (2020) y *Exigencias de Calidad de Mercados Nacionales e Internacionales* (2015), y coautor de los libros *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor* (2012) y *Metodología y Técnica de la Investigación Sociojurídica* (1998). Además, escribe artículos para revistas especializadas en derecho económico y derecho de los mercados y en revistas especializadas en temas de calidad.

²⁸² Según el estudio *La supervivencia empresarial de Colombia: Estudio de los factores clave que impulsan la permanencia de las empresas en el mercado*, realizado por Confecámaras (2023), en 2017 se crearon 296.896 empresas, de las cuales solo 98.696 sobrevivieron en 2022. Es decir, solo el 33,5 % pudo cumplir cinco años de existencia.

contractuales, incluyendo cómo deben redactarse los contratos, las cláusulas prohibidas y las consecuencias legales de su inclusión. Finalmente, se describirán las sanciones previstas para quienes violen estos derechos, junto con las medidas correctivas y compensatorias que puede tomar la autoridad competente.

1. La relación de consumo

El principal requisito para aplicar el Estatuto del Consumidor es que la relación comercial se establezca entre un consumidor y un productor o expendedor, sin importar el sector económico²⁸³. El **consumidor** es definido como cualquier persona natural que adquiera, disfrute o utilice un producto para satisfacer una necesidad propia, privada, familiar o doméstica. Si se trata de una empresa, se considera consumidora cuando adquiere, disfruta o utiliza un producto que no está intrínsecamente relacionado con su actividad económica²⁸⁴.

En este último supuesto se presenta el debate sobre cuándo un producto está o no vinculado a la actividad empresarial, ya que la jurisprudencia y la doctrina han sido contradictorias al resolver casos similares. Sin embargo, hay consenso en que si los productos se adquieren para incorporarlos a un proceso productivo como insumos o materias primas, para ser revendidos o si son esenciales para desarrollar la actividad económica de la empresa (por ejemplo, un avión adquirido por una aerolínea) no se está ante una relación de consumo. En consecuencia, los conflictos que surjan deberán resolverse bajo las normas del Código de Comercio.

2. Las obligaciones de los productores y los proveedores en materia de calidad, idoneidad y seguridad de los productos

Según el artículo 6 del Estatuto del Consumidor, el productor es responsable de la idoneidad y seguridad de los productos que ofrece en el mercado, así como de la calidad ofrecida. La **idoneidad** se define como la “aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado”²⁸⁵. Es decir, los productos deben cumplir con la finalidad para la que fueron diseñados; por ejemplo, un camión debe poder transportar carga y un teléfono inteligente debe permitir hacer llamadas, navegar por internet y soportar aplicaciones.

Sin embargo, puede darse el caso de que un consumidor tenga una necesidad particular y la comunique al expendedor. Si el producto adquirido cumple con los estándares generales, pero no satisface esa necesidad específica, no será considerado idóneo para lo que se comercializó. Por ejemplo, si un aficionado a los juegos en línea (*gamer*) compra un computador, este deberá tener ciertas características especiales, como un procesador más potente que el promedio, una tarjeta gráfica de gran capacidad y una memoria RAM lo

²⁸³ “Objeto. Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores, tanto sustancial como procesalmente.

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.

Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados”. Colombia, Congreso de la República, Ley 1480 de 2011, artículo 2.

²⁸⁴ Ley 1480 de 2011, artículo 5, numeral 3.

²⁸⁵ Ley 1480 de 2011, artículo 5, numeral 6.

suficientemente amplia para procesar grandes cantidades de información de manera rápida y con baja latencia. Si el vendedor, a pesar de conocer las necesidades del cliente, le entrega un computador estándar que no cumple con esas características, estará vendiendo un producto no idóneo para ese consumidor en particular.

La **seguridad**, según el Estatuto del Consumidor, es la

condición del producto conforme con la cual en situaciones normales de utilización, teniendo en cuenta la duración, la información suministrada en los términos de la presente ley y si procede, la puesta en servicio, instalación y mantenimiento, no presenta riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores. En caso de que el producto no cumpla con requisitos de seguridad establecidos en reglamentos técnicos o medidas sanitarias, se presumirá inseguro.²⁸⁶

En otras palabras, ningún producto que se utilice en condiciones normales debería representar un riesgo irracional para los consumidores. El riesgo irracional es aquel que el consumidor no conoce, no puede controlar y no ha aceptado. Además, es esencial diferenciar entre productos peligrosos y productos inseguros. Los productos peligrosos tienen la capacidad de causar daño, pero el consumidor es consciente de ello y asume la responsabilidad de su uso. Un revólver es un producto peligroso porque puede causar lesiones o incluso la muerte, pero no necesariamente es inseguro. Sería inseguro si al dispararlo expulsara pólvora encendida desde el tambor y quemara las manos o el rostro del usuario, ya que ese sería un riesgo desconocido, incontrolable y no aceptado por el consumidor. En consecuencia, un producto que no ofrezca la seguridad razonable a la que todo consumidor tiene derecho se debe considerar defectuoso²⁸⁷.

Por último, la **calidad** se refiere a la “condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él”²⁸⁸. Los productos, por su esencia o naturaleza, tienen características que les son propias. En el caso de un vehículo, las llantas, la carrocería o el sistema de frenos son componentes esenciales; mientras que en un vehículo de alta gama características como tener *airbags*, frenos asistidos y estabilizadores de curvas son inherentes a su calidad. Si un coche de alta gama no cuenta con estos sistemas, se podría decir que tiene problemas de calidad.

Además, existen características que aunque no sean inherentes al producto, la información o publicidad que se proporcione sobre él las puede convertir en parte de su calidad. Una crema de manos tiene la característica inherente de hidratar la piel, pero si también se promociona que elimina arrugas, aclara el tono de la piel y elimina manchas, estas promesas pasan a ser parte de su calidad. Si no cumple con dichas afirmaciones, habrá una violación de los derechos de los consumidores.

Si un producto presenta fallas en cuanto a su calidad, idoneidad o seguridad, pero no ha causado daño a la integridad del consumidor ni a otros bienes, lo que procede es reconocer

²⁸⁶ Ley 1480 de 2011, artículo 5, numeral 14.

²⁸⁷ “Producto defectuoso es aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho”. Ley 1480 de 2011, artículo 5, numeral 17.

²⁸⁸ Ley 1480 de 2011, artículo 5, numeral 1.

la garantía del producto, ya sea reparándolo, sustituyéndolo por otro de características similares o devolviendo el dinero. Sin embargo, si el producto ha causado lesiones a la salud del consumidor o ha dañado otros bienes, no basta con otorgar la garantía; además, deben repararse los daños ocasionados.

2.1. La garantía de los productos

La garantía está definida como

obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas. La garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto.²⁸⁹

Aunque generalmente se asocia la garantía con bienes terminados, como vehículos, televisores o teléfonos móviles, también se aplica a los servicios, como el transporte aéreo, la asistencia a un concierto o la fabricación de un mueble para el hogar. En todos estos casos, ya sean bienes o servicios, en los que el resultado final es tangible (un vehículo en buen funcionamiento, llegar al destino deseado en avión o disfrutar de un concierto), se considera que el vendedor tiene una obligación de resultado. Por lo tanto, el proveedor o vendedor asume una responsabilidad objetiva frente al consumidor y solo podrá exonerarse de dicha responsabilidad si demuestra que el incumplimiento de las expectativas fue debido a un hecho ajeno a su control²⁹⁰.

Sin embargo, la responsabilidad del empresario frente al consumidor también se extiende a los servicios denominados “de medio”, donde no se puede garantizar un resultado, ya que este depende de factores ajenos a quien presta el servicio. Ejemplos de estos servicios son la vigilancia privada, la defensa judicial o el *lobby* ante entidades públicas, en los que no se puede asegurar que no habrá un robo, que se ganará el proceso judicial o que se cumplirán los objetivos por los cuales se contrató al lobista. En estos casos, el artículo 7 de la Ley 1480 de 2011 establece

en la prestación de servicios en el que el prestador tiene una obligación de medio, la garantía está dada, no por el resultado, sino por las condiciones de calidad en la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias y habituales del mercado.

El término de la garantía, según el artículo 8 del Estatuto del Consumidor, se puede establecer en primera instancia por la ley o la autoridad competente, y ningún comerciante podrá ofrecer un plazo inferior. Por ejemplo, el último párrafo del artículo establece que “para los bienes inmuebles la garantía legal comprende la estabilidad de la obra por diez (10) años, y para los acabados un (1) año”. En consecuencia, un constructor no podrá ofrecer una garantía inferior ni en lo relativo a los acabados ni a la estabilidad de la obra. Asimismo, el numeral 16 del

²⁸⁹ Ley 1480 de 2011, artículo 5, numeral 5.

²⁹⁰ Ver las sentencias: Corte Suprema de Justicia, Sentencia 107 del 4 de diciembre de 1986, magistrado ponente Hernando Gómez Otálora; Corte Constitucional, Sentencia C-472 del 5 de noviembre de 2020, magistrada ponente Diana Fajardo Rivera, entre otras.

artículo 59 faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) para “fijar el término de la garantía legal de que trata el artículo 8° de la presente ley para determinados bienes o servicios, cuando lo considere necesario”. En el ejercicio de esta facultad, la SIC ha fijado, mediante la Circular Única Jurídica, los términos mínimos de garantía para vehículos, baterías, repuestos, entre otros.

Si la ley o la SIC no han establecido un término mínimo de garantía, el productor puede fijarlo libremente, siempre y cuando cumpla con la obligación de ofrecer una garantía (está prohibido vender productos sin garantía) e informarla adecuadamente a los consumidores antes de la compra. Una vez fijado el término, el expendedor solo podrá modificarlo para mejorarlo. En ningún caso podrá reducirlo o desmejorarlo²⁹¹.

La obligación de dar garantía abarca mucho más que simplemente reparar, cambiar o devolver el dinero si el producto falla. El artículo 11 del Estatuto del Consumidor también prevé que hacen parte de la garantía la obligación del productor y proveedor de entregar manuales de instalación, uso y mantenimiento (numeral 4); disponer de mano de obra calificada para la instalación y mantenimiento del producto (numeral 5); entregar el bien o cumplir con el servicio en el momento acordado (numeral 6), y disponer de repuestos, partes, insumos y mano de obra calificada, aun después de vencida la garantía, por el término fijado por la autoridad competente, y a falta de este, por el anunciado por el productor; y a falta de los dos anteriores, será el tiempo que, según las condiciones ordinarias y habituales del mercado, se entienda el término de vida útil para productos similares (numeral 7).

Como se mencionó anteriormente, las causales de exoneración de responsabilidad por parte del productor o del proveedor para no cumplir la garantía se limitan a las establecidas en el artículo 16, que son caso fortuito o fuerza mayor, hecho de un tercero que produzca el daño del producto, el uso indebido por parte del consumidor y no seguir las instrucciones de instalación, uso y mantenimiento cuando estas fueron entregadas en idioma castellano. Todas estas causales tienen una característica común, y es que son hechos totalmente ajenos a la esfera de control del garante, por los que no puede y no debe responder. Por tal motivo, y no habiendo elementos de subjetividad, diligencia o buen comportamiento que puedan exonerar de responsabilidad al garante, se puede afirmar que se está frente a una responsabilidad objetiva.

2.2. Responsabilidad por daños causados por productos defectuosos

Un producto defectuoso puede, además, causar daños a quien lo utiliza o a otros bienes. La ley lo define como “aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error [en] el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho”²⁹². En estos casos, además de solicitar la devolución del precio pagado por el bien o servicio, el consumidor puede exigir una indemnización por los perjuicios ocasionados por el producto defectuoso.

Históricamente, cuando una persona sufría daños por un producto defectuoso debía interponer una acción de responsabilidad civil, ya fuera contractual o extracontractual

²⁹¹ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 735 de 2013, artículo 23.

²⁹² Ley 1480 de 2011, artículo 5, numeral 17.

(dependiendo de si se demandaba al vendedor o al fabricante). Además, debía probar todos los elementos de dicha responsabilidad: que el defecto fue causado por un hecho culposo o doloso imputable al fabricante o comerciante (hecho generador del daño), que el defecto fue la causa directa del daño sufrido (nexo de causalidad) y los daños sufridos (lucro cesante, daño emergente, daños morales, entre otros).

En el mercado moderno, donde los productos se pueden elaborar en cualquier parte del mundo y es difícil identificar con precisión a todos los involucrados en su diseño, fabricación o comercialización, exigirle al consumidor que pruebe con certeza cuál fue el defecto que causó el daño, las causas que lo originaron y la intencionalidad del responsable (dolo o culpa) para obtener una indemnización, sería casi imposible.

Por ello, la Ley 1480 de 2011 adoptó en la legislación colombiana las reglas de **responsabilidad civil en materia de consumo** que se aplican en el derecho norteamericano²⁹³ y en la Unión Europea²⁹⁴. Estas normas reducen la carga probatoria a favor del consumidor y eliminan la necesidad de probar el elemento subjetivo de intencionalidad (dolo o culpa), estableciendo una **responsabilidad objetiva**.

En efecto, el artículo 21 de la ley establece que para determinar la responsabilidad por los daños causados por un producto defectuoso, “el afectado deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel”. Es decir, el consumidor solo debe probar la falta de seguridad del producto, sin necesidad de demostrar las causas que originaron dicha falta ni que esta fue la causante del daño.

Además, el artículo 20 establece una responsabilidad solidaria entre productores y expendedores, lo que significa que el consumidor afectado puede demandar a cualquiera de ellos, sin necesidad de probar quién fue el responsable directo del defecto y sin tener que demostrar la culpa o dolo.

El demandado deberá asumir el 100 % de las pretensiones, sin perjuicio de los llamamientos en garantía o las acciones de repetición que pueda interponer contra el causante directo del daño. Para exonerarse de responsabilidad, el demandado deberá probar un hecho ajeno a su control, como la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero. También podrá exonerarse si demuestra que el producto no se había puesto en circulación (por ejemplo, productos en etapa de estudio, como los farmacéuticos, o nuevas tecnologías, como vehículos autónomos), que el defecto fue consecuencia directa del cumplimiento de una norma imperativa o que, en el momento de la puesta en circulación del producto, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía detectar la existencia del defecto²⁹⁵.

Esta última causal es la única **subjetiva**, lo que significa que el productor puede exonerarse si demuestra que en el momento de la fabricación del bien o servicio no había ningún indicio, estudio o sospecha que pudiera prever que el producto causaría daños a los consumidores,

²⁹³ Restatement of torts second and third: Products Liability, de 1965 y 1997.

²⁹⁴ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

²⁹⁵ Ley 1480 de 2011, artículo 22.

teniendo él la carga de la prueba de haber sido diligente al momento de producirlo y ponerlo en circulación.

3. La responsabilidad de los empresarios en relación con la información y la publicidad que suministran al público en general

Aunque a menudo se utilizan los términos información y publicidad como sinónimos, el Estatuto del Consumidor los diferencia claramente. La información se define como

todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización.²⁹⁶

Por otro lado, la publicidad se refiere a “toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo”²⁹⁷. Esto significa que puede haber información que no esté incluida en la publicidad, como las etiquetas nutricionales, y puede haber publicidad que no incluya información detallada sobre el producto o las condiciones de venta, como es el caso de la publicidad que apela a sentimientos patrióticos. Por lo tanto, es necesario estudiar estos dos conceptos de manera separada.

3.1. Información

La ley establece que la información proporcionada a los consumidores debe ser “clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan”²⁹⁸. Además, impone una serie de obligaciones mínimas de información para quienes producen y comercializan productos y servicios.

Por ejemplo, todo productor debe indicar el término de garantía de los productos que pone en el mercado (artículo 8) y el tiempo durante el cual dispondrá de repuestos y mano de obra para repararlos más allá del término de garantía (numeral 7, artículo 11). Asimismo, dependiendo de la complejidad del producto, debe proporcionarse un manual en idioma castellano que indique la forma en que debe instalarse, el correcto uso, consumo o utilización, y el mantenimiento que debe recibir (numeral 4, artículo 11; numeral 4, artículo 16; numeral 1.1, artículo 24). En algunos casos no es necesario un manual, ya que el uso del producto es evidente, como con un martillo, un destornillador o un balón de fútbol.

Si el producto se comercializa por cantidad, peso o volumen, esta información debe proporcionarse en unidades del Sistema Internacional de Unidades, que son universalmente aceptadas, conforme a la Convención del Metro, ratificada por Colombia a través de la Ley 1512 de 2012. En este sentido, los productos deben indicar su peso en kilogramos o sus

²⁹⁶ Ley 1480 de 2011, numeral 7, artículo 5.

²⁹⁷ Ley 1480 de 2011, numeral 12, artículo 5.

²⁹⁸ Ley 1480 de 2011, artículo 23.

múltiplos o submúltiplos, como gramos o miligramos. La longitud debe medirse en metros, centímetros o kilómetros, y el volumen en metros cúbicos o litros (equivalente a un decímetro cúbico). Por lo tanto, en Colombia están prohibidas las unidades que no pertenecen al sistema internacional, como las del Sistema Imperial Anglosajón, que incluye pies, yardas, onzas, pintas, galones²⁹⁹ o barriles.

Si un producto es perecedero, se debe indicar claramente su fecha de vencimiento en el empaque, sin que se pueda alterar o modificar. Es importante destacar que no solo los productos alimenticios son perecederos; también existen otros que tienen una vida útil limitada y no se pueden utilizar después de cierto tiempo, como pegantes, pinturas y cosméticos. Por lo tanto, se debe indicar su fecha de vencimiento de forma visible.

Hay, además, productos sujetos a **reglamentos técnicos**³⁰⁰ que obligan al productor a proporcionar información específica en el producto. Por ejemplo, el reglamento técnico andino para el etiquetado de calzado, productos de marroquinería, artículos de viaje y similares, exige que se indique el material predominante que compone el producto, la identificación del fabricante o importador y el país de origen³⁰¹.

Los proveedores o expendedores deben garantizar que los productos que comercializan tengan toda la información que debe suministrar el productor, e indicar claramente el precio del producto y las garantías que le asisten al consumidor o usuario. En caso de que se produzcan o comercialicen productos que por su naturaleza o componentes puedan ser nocivos para la salud, el productor deberá señalar de forma clara su nocividad y las condiciones o indicaciones necesarias para su correcta utilización, así como las contraindicaciones del caso³⁰² (artículo 25).

El proveedor o expendedor es el obligado a verificar la existencia de la información que debe suministrar el productor, informar el término de garantía e indicar el precio de los productos que comercializa, que se debe dar en pesos colombianos y de forma visual, e incluir todos los impuestos y costos adicionales que deba pagar el consumidor para poderse llevar el bien o disfrutar el servicio. Si existen servicios adicionales, como estudios de crédito, seguros, transporte o cualquier otro que pueda tomar el consumidor, debe informarlo adecuadamente³⁰³.

Además, en algunos sectores específicos se debe entregar información adicional. Por ejemplo, el sector de alimentos para consumo humano envasados o empacados debe contar con información nutricional. Y si el producto tiene exceso de sodio, azúcares, grasas saturadas, grasas trans o edulcorantes, deben tener sellos octagonales de advertencia³⁰⁴. En

²⁹⁹ Aunque en Colombia se vende la gasolina por galones, esta costumbre contraviene el Estatuto del Consumidor y la Ley 1512 de 2012, por lo que debe ser proscrita por las autoridades.

³⁰⁰ “**Reglamento técnico.** Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir disposiciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción o tratar exclusivamente de ellas”. Ver: Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1074 de 2015, numeral 85, artículo 2.2.1.7.2.1., del Libro 2, Parte 2, Título 1, Capítulo 7, Sección 2.

³⁰¹ Perú, Secretaría General de la Comunidad Andina, Resolución 2107 de 2019.

³⁰² Ley 1480 de 2011, artículo 25.

³⁰³ Ley 1480 de 2011, artículo 26.

³⁰⁴ Colombia, Congreso de la República, Ley 2120 de 2021; Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 2492 de 2022.

el sector de la salud los medicamentos deben suministrar información especial en rótulos, etiquetas o empaques³⁰⁵. Y los licores también se debe consignar una información mínima³⁰⁶.

3.2. Publicidad

El Estatuto del Consumidor define la publicidad como “toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo”³⁰⁷. Este concepto es mucho más amplio que el de información, ya que abarca cualquier forma de comunicación que pueda incidir en una decisión de compra, como el lanzamiento de un nuevo producto, el diseño de un empaque o una promoción.

La publicidad y la información son variables independientes. Como se mencionó anteriormente, puede haber publicidad que no incluya información, como cuando se apela a sentimientos patrióticos o de solidaridad sin hacer referencia a las características o propiedades del producto. De la misma manera, puede haber información que no se considere publicidad, como una tabla nutricional que proporciona detalles importantes sobre el producto, pero que no tiene como objetivo influir en una decisión de consumo.

También es esencial distinguir entre los dos tipos de información que se proporcionan en la publicidad: información objetiva e información subjetiva. La información objetiva son las características verificables del producto, como

la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización.³⁰⁸

Por otro lado, la información subjetiva incluye frases o mensajes que expresan opiniones o elogios sobre un producto o servicio, como cuando se dice que un producto es sabroso, bonito o que te hace sentir bien. Este tipo de información no puede valorarse como falsa o verdadera, porque depende de la percepción de cada consumidor.

Esta diferenciación es clave, ya que las obligaciones legales en cuanto a veracidad, suficiencia, claridad y oportunidad de la publicidad solo se aplican a la información objetiva, es decir, a aquella que puede ser verificada.

La ley define la publicidad engañosa como “aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”³⁰⁹. El artículo 29 de la Ley 1480 de 2011 vincula al anunciante con las condiciones objetivas y específicas mencionadas en la publicidad, lo que significa que

³⁰⁵ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 677 de 1995.

³⁰⁶ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1686 de 2012.

³⁰⁷ Ley 1480 de 2011, numeral 12, artículo 5.

³⁰⁸ Ley 1480 de 2011, numeral 7, artículo 5.

³⁰⁹ Ley 1480 de 2011, numeral 13, artículo 5.

cualquier promesa o característica comunicada sobre un producto o servicio la debe cumplir el empresario.

El artículo 30 de la ley prohíbe expresamente la publicidad engañosa y establece que el anunciante es responsable por los perjuicios que esta cause, responsabilidad que incluso puede extenderse a los medios de comunicación que la transmitan, si se comprueba dolo o culpa grave.

La Circular Única Jurídica de la SIC³¹⁰, en el numeral 2.1.1.2. del Título II, Capítulo 2, detalla los criterios para calificar una publicidad como engañosa:

- Cuando se omite información necesaria para una correcta comprensión de la publicidad. Por ejemplo, cuando se ofrecen teléfonos celulares con tecnología avanzada sin informar que en el país no existen redes que soporten dicha tecnología, lo que resulta en una falta de beneficio para el consumidor, a pesar de haber pagado un precio más alto.
- Cuando en las “promociones” se emplean mecanismos que transfieren al consumidor los costos del incentivo sin que este pueda advertirlo fácilmente. Por ejemplo, cuando se disminuye la calidad o cantidad del producto o servicio o se aumenta su precio.
- Cuando en las promociones no se informa de manera adecuada y visible las restricciones, limitaciones, excepciones o condiciones adicionales para adquirir el producto o servicio. En estos casos, la letra pequeña que menciona “condiciones y restricciones” sin detallarlas claramente en la publicidad, no tiene valor jurídico.
- Cuando se ofrecen productos o incentivos con deficiencias o imperfectos, usados, remanufacturados, remodelados o reconstruidos, próximos a vencerse y de colecciones o modelos anteriores sin indicar tales circunstancias de manera clara y precisa en la publicidad.
- Cuando se ofrecen de manera gratuita productos, servicios o incentivos, pero su entrega está supeditada al cumplimiento de alguna condición por parte del consumidor que no se indica en la publicidad, como que asuma algún tipo de costo, como impuestos o gastos de entrega, entre otros.

Las promociones y ofertas tienen una regulación especial, definida en el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, como

ofrecimiento temporal de productos en condiciones especiales favorables o de manera gratuita como incentivo para el consumidor. Se tendrá también por promoción, el ofrecimiento de productos con un contenido adicional a la presentación habitual, en forma gratuita o a precio reducido, así como el que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, tales como rifas, sorteos, concursos y otros similares, en dinero, en especie o con acumulación de puntos.

³¹⁰ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Circular Única Jurídica, julio 19 de 2001.

El artículo 33 de la ley y la Circular Única de la SIC establecen las obligaciones que deben cumplir los empresarios que realicen promociones. En primer lugar, cualquier condición de tiempo, modo, lugar u otro requisito para acceder a la promoción debe estar adecuadamente informada en la publicidad. Además, se debe indicar la fecha de inicio y finalización de la promoción. Si no se proporciona esta información, se considerará vigente a partir del momento en que se anunció al público y permanecerá así hasta que se informe sobre su revocación por los mismos medios y con la misma intensidad con que fue anunciada. Si la promoción se limita a bienes específicos, también debe informarse que esta se realiza hasta agotar existencias y el número de productos disponibles.

Cuando se utilicen imágenes en la publicidad, el producto entregado al consumidor debe corresponder a las características del producto o servicio publicitado. Si el precio del producto depende de su cantidad o contenido, como en el caso de productos preempacados, la cantidad mostrada en la publicidad debe coincidir con la que realmente contiene el envase o empaque entregado al consumidor. Asimismo, en las ventas a distancia, ya sea por catálogo, internet, televenta, etcétera, se deben indicar claramente las características, dimensiones y medidas de los productos.

La publicidad comparativa, que está permitida en el país, e incluso es recomendable, ya que proporciona más información al consumidor de manera fidedigna y útil, se define como

aquella en la cual se alude explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor de forma que se realice una confrontación entre la actividad, las prestaciones mercantiles, servicios o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero.³¹¹

No obstante, deben cumplirse ciertas normas. La comparación no debe referirse a aspectos que no sean análogos ni comprobables, no se pueden utilizar afirmaciones incorrectas o engañosas ni omitir información veraz. La comparación debe realizarse entre bienes, servicios o establecimientos que satisfagan las mismas necesidades o cumplan la misma función. Además, debe enfocarse en características objetivas y verificables de las actividades, productos y establecimientos. Se prohíben comparaciones basadas en juicios o apreciaciones subjetivas, como “mi producto es más bonito que el de mi competidor” o “te hace sentir más feliz que los de mi competidor”, ya que estas son afirmaciones personales del emisor. Asimismo, se deben indicar las características reales de los productos o servicios que se comparan, evitando inducir a error, y, en caso de que se comparen precios, se debe advertir sobre la diferencia en la calidad³¹².

Finalmente, es importante mencionar que en Colombia está prohibido publicitar, promocionar o incentivar el consumo de cigarrillos y productos derivados del tabaco, sucedáneos o imitadores, así como los dispositivos necesarios para su funcionamiento, como los sistemas electrónicos de administración de nicotina (SEAN), los sistemas similares sin nicotina (SSSN), los productos de tabaco calentado (PTC) y productos de nicotina oral (PNO), entre otros³¹³.

³¹¹ Superintendencia de Industria y Comercio, Circular Única Jurídica, 2.1.2.6.

³¹² Superintendencia de Industria y Comercio, Circular Única Jurídica, 2.1.2.6.

³¹³ Colombia, Congreso de la República, Ley 1335 de 2009; Colombia, Congreso de la República, Ley 2354 de 2024.

Además, en el país está prohibida la fabricación, importación, distribución, venta y uso de juguetes bélicos, así como su publicidad. Esta categoría incluye todos aquellos que imiten armas de fuego, armas blancas, armas contundentes o de guerra, como tanques, aviones de combate o barcos armados utilizados por las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y otros organismos de seguridad (Ley 18 de 1990).

En el sector farmacéutico, la publicidad o promoción de medicamentos y productos fitoterapéuticos de venta libre debe ser autorizada previamente por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima). Para los productos que se vendan bajo fórmula médica facultativa, la publicidad solo puede estar dirigida a los médicos y profesionales facultados para realizar la prescripción, en ningún caso, a los consumidores³¹⁴.

4. Protección contractual

La Ley 1480 de 2011 marcó un hito en el derecho contractual colombiano al regular, de manera integral, los contratos de adhesión y prohibir las cláusulas abusivas que a menudo se incluyen en este tipo de contratos. Además, la ley proscribió ciertas conductas consideradas prácticas abusivas, que vinculan al consumidor a contratos sin que este los haya aceptado de manera previa o que lo obligan a adquirir bienes o servicios innecesarios para poder acceder a otros que sí requiere.

4.1. Prácticas abusivas

4.1.1. Consumidor *bystander*

Una de las prácticas que el legislador considera abusivas es aquella que vincula al consumidor a una relación contractual sin que este haya expresado de forma clara y previa su voluntad de contratar. Un ejemplo común es cuando los bancos envían tarjetas de crédito a los hogares de los consumidores sin que estos las hayan solicitado, argumentando que es una forma de “premiar su buen comportamiento financiero”. Además, advertían que si el consumidor no deseaba la tarjeta debía llevarla a una sucursal bancaria específica y explicar las razones por las que no la quería aceptar. Si transcurridos algunos días desde su recepción el consumidor no se manifestaba en los términos establecidos por el banco, se consideraba que aceptaba la tarjeta y, por ende, se activaba y comenzaba a cobrarse la cuota de manejo. Lo mismo pasó con revistas de farándula, servicios de información por celular e inclusive con suscripciones a periódicos locales.

Por esta razón, el artículo 35 de la Ley 1480 de 2011 estableció que

cuando el consumidor no haya aceptado expresamente el ofrecimiento de un producto, queda prohibido establecer o renovar dicho ofrecimiento, si este le genera un costo al consumidor. Si con el ofrecimiento se incluye el envío del producto, el

³¹⁴ Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 1896 de 2023.

consumidor no estará obligado ni a la conservación, ni a gestionar, ni a pagar la devolución de lo recibido.

Es decir, nadie puede ser vinculado a una relación contractual sin que haya expresado su voluntad de contratar de forma expresa, previa y verificable por la autoridad, así le hayan entregado algún supuesto “regalo” para engancharlo, el cual no tendrá ninguna obligación de devolver ni de informar que no lo quiere. La jurisprudencia de la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la SIC cataloga este tipo de situaciones como de “consumidor *bystander*”, es decir, aquellos ciudadanos que sin ser adquirentes de bienes o servicios resultan vinculados a una relación de consumo sin su consentimiento, violando así su derecho de elegir libremente, de expresar su voluntad de contratar y afectando sus intereses económicos³¹⁵.

4.1.2. Ventas atadas

Otra práctica prohibida por el legislador es la que obliga al consumidor a adquirir un bien o servicio para poder acceder a otro bien o servicio que realmente necesita o desea. En efecto, el artículo 36 de la Ley 1480 de 2011 establece que “no se podrá condicionar la adquisición de un producto a la adquisición de otros”, como ocurre cuando se obliga al consumidor a adquirir “paquetes” que incluyen televisión, internet y telefonía, cuando su única intención es contratar el servicio de internet para su hogar.

En estos casos es relevante aclarar que no se consideran ventas atadas si el producto que se exige adquirir es esencial o parte integral del producto que se desea comprar, como el motor de un vehículo. Por ejemplo, si un consumidor quiere adquirir un carro sin motor, el vendedor puede legítimamente negarse a desmontar el motor, ya que forma parte integral del vehículo.

De manera similar, si un almacén tiene un sistema de ventas por paquetes que incluye varios productos, pero el consumidor solo desea un producto que también se puede conseguir de manera individual en otras tiendas (como un jabón), el vendedor no está obligado a venderlo de forma individual, ya que el consumidor podría comprarlo en una tienda de la esquina. Las promociones que ofrecen varios productos a un precio más atractivo, siempre que sea posible adquirirlos de forma individual, tampoco se consideran ventas atadas.

4.2. Contratos de adhesión

Los contratos de adhesión son aquellos en los que las cláusulas las establece unilateralmente el empresario, sin que el consumidor tenga posibilidad de negociación. El artículo 37 de la Ley 1480 de 2011 regula estos contratos, estipulando que al adherente se le debe informar de forma suficiente, anticipada y explícita sobre su existencia, efectos y alcance. Además, las condiciones generales del contrato deben ser claras, concretas y legibles a simple vista, y no deben incluir espacios en blanco que el empresario pueda completar posteriormente.

La ley también prohíbe incluir cláusulas abusivas en estos contratos, y según el artículo 38 de la Ley 1480 de 2011, no se podrán incluir cláusulas que permitan al productor y/o

³¹⁵ Ver, entre otras, las sentencias de las SIC 2346 del 27 de febrero de 2019, 6569 del 29 de mayo de 2019 y 2378 del 05 de marzo de 2020.

proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones. Las cláusulas deben interpretarse de la forma más favorable para el consumidor. En caso de que se generen dudas sobre las cláusulas que se deberían aplicar en un momento dado, deben prevalecer las más favorables para el consumidor sobre aquellas que no lo sean³¹⁶. También debe considerarse que el hecho de que aunque algunas cláusulas del contrato se hayan negociado no basta para que el contrato no se siga considerando de adhesión³¹⁷. La consecuencia de que un contrato de adhesión no cumpla con estas características es que es ineficaz de pleno derecho, por tanto, inexistente; y si la afectación es solo sobre algunas cláusulas, estas se tendrán por no escritas y no vincularán ni obligarán al consumidor adherente.

4.3. Cláusulas abusivas

El artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 define y establece una regla de carácter general sobre lo que se debe considerar como cláusulas abusivas: “aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos”.

Las cláusulas abusivas pueden ser, por ejemplo, aquellas que establecen una prerrogativa solo a favor del comerciante, como terminar unilateralmente el contrato o modificar sus condiciones sin necesidad de concertarlo con el consumidor. En estos casos será la SIC, actuando en facultades administrativas de inspección, vigilancia y control o en facultades jurisdiccionales, quien revise los contratos que los empresarios utilizan con los consumidores y determine si una cláusula es abusiva o no y, por tanto, ineficaz.

La diferencia de hacerlo en facultades administrativas o jurisdiccionales es que en las primeras puede tomar medidas de carácter general para evitar perjuicios a los consumidores y ordenar que se retire dicha cláusula de todos los contratos; mientras que en las segundas, que comparte con los jueces de la República, solo puede resolver un caso particular, declarar que en ese asunto interpartes la cláusula es ineficaz, determinar si el contrato puede subsistir sin dicha cláusula y, en caso afirmativo, establecer las obligaciones correspondientes a cada parte.

Pero el legislador no solo formuló la regla general, sino que también consideró declarar *per se* algunas cláusulas como abusivas, lo que le evita al juez tener que hacer una valoración de si se genera un desequilibrio injustificado. Estas cláusulas son prohibidas y no pueden ser incluidas en ningún contrato de adhesión, so pena de tenerse por no escritas y no tener ningún efecto jurídico. Ellas son las que limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden; las que impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden; las que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; las que trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor; las que establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado; las que vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus

³¹⁶ Ley 1480 de 2011, artículo 34.

³¹⁷ Ley 1480 de 2011, artículo 40.

obligaciones; las que concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo; las que impidan al consumidor resolver el contrato en caso de que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero; las que presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo; las que incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal; las que, para la terminación del contrato, impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo o impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan; las que restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles, y las que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada³¹⁸.

5. Comercio electrónico

El comercio electrónico en Colombia viene creciendo a niveles muy superiores a cualquier otro sistema de venta de bienes y servicios, lo que redundará en ahorros importantes para los consumidores en tiempo y dinero. Para los empresarios también representa grandes ventajas vender por estos canales, como la reducción de costos asociados al alquiler de locales comerciales físicos y la contratación de personal para atenderlos. Sin embargo, el Estatuto del Consumidor ha impuesto algunas cargas adicionales a quienes comercialicen por estos canales, especialmente, relacionadas con dar información clara, transparente, oportuna y suficiente, como se verá a continuación.

El estatuto define el comercio electrónico como “la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios”³¹⁹. Es decir, un acto de comercio electrónico no es solo el que se realiza a través del portal de un comerciante que tiene una página web, sino que se extiende a cualquier operación en la que se concrete una compraventa de un producto (bien o servicio) entre un expendedor y un consumidor, utilizando mensajes de datos que se intercambien en las redes informáticas.

Son actos de comercio electrónico, por ejemplo, las ventas que se realizan a través de redes sociales como Facebook o X (antes Twitter), independientemente de que se hagan utilizando un computador o un teléfono móvil. Inclusive, los pedidos automáticos que realizan algunas neveras inteligentes para hogares, que se conectan con tiendas en línea para comprar productos, también se consideran actos de comercio electrónico.

5.1. Ámbito de aplicación

³¹⁸ Ley 1480 de 2011, artículo 43.

³¹⁹ Ley 1480 de 2011, artículo 49.

El Estatuto del Consumidor delimita la aplicación de sus normas a las compras que realizan los consumidores a los empresarios que están ubicados físicamente en nuestro país, bien sea de forma directa o mediante un representante, como un distribuidor autorizado o un agente comercial. Para su aplicación es indiferente si el empresario tiene su portal web en servidores ubicados fuera del territorio nacional, pues, sin importar que el proveedor de servicios de internet esté en China, Rusia o EE. UU., si el empresario tiene su sede en Colombia, está sometido a las reglas colombianas.

En el otro extremo, la norma no limita su aplicación a los consumidores ubicados en el territorio nacional. Independientemente del país desde donde se realice la compra, el consumidor podrá exigir el cumplimiento de sus derechos ante las autoridades colombianas, siguiendo los procedimientos y mecanismos dispuestos en la misma ley.

En la situación contraria, es decir, los consumidores colombianos que adquieren productos en el exterior por medio de comercio electrónico, no podrán invocar las normas del Estatuto del Consumidor para pedir la protección de sus derechos; tendrán que recurrir a las normas del país donde está ubicado el expendedor. Un importante concepto de la SIC aclaró que

por disposición del artículo 50 de la Ley 1480 de 2011 - Estatuto del Consumidor, los productores, distribuidores o expendedores de bienes y servicios que se encuentren ubicados en territorio de otro Estado, y comercialicen sus productos a través de comercio electrónico, no están sometidos a sus normas, salvo estipulación expresa en el contrato celebrado. Por lo tanto, las controversias suscitadas en virtud de transacciones de comercio electrónico entre consumidores colombianos y proveedores de bienes y servicios de países miembros de la CAN, Estados Unidos y la Unión Europea, no estarán sometidas a las disposiciones del Estatuto del Consumidor, a menos que, así lo establezcan las partes.

5.2. Deber de información

El artículo 50 del Estatuto del Consumidor establece unas obligaciones especiales para quienes venden a través de comercio electrónico, sin perjuicio de los demás deberes de información que rigen de carácter general para todos los comerciantes. Debido a que el consumidor no tiene contacto directo con el producto que está adquiriendo, la finalidad de la norma es llenar los vacíos de información que le pueden quedar por no poder observar, tocar, ver y oler el bien que va a adquirir, o en los servicios por no poder preguntar directamente al personal del almacén las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se presta, y otros elementos circunstanciales que rodean la transacción comercial.

Estos deberes están relacionados con dar información sobre la persona que ofrece los productos, sobre los productos que comercializa y sobre la forma en que se realizará la transacción comercial.

5.2.1. Información sobre el comerciante

Para prevenir que personas inescrupulosas, amparadas en la clandestinidad de las redes, ofrezcan productos engañosos e, inclusive, inexistentes sin que haya posibilidad de perseguirlos y sancionarlos por sus conductas, la norma impuso la obligación a todo aquel que vende utilizando mecanismos de comercio electrónico de informar, en todo momento, su identidad, especificando su nombre o razón social, número de identificación tributaria (NIT), dirección de notificación judicial, teléfono de contacto, correo electrónico y todos los datos que sean pertinentes para su identificación y ubicación. Es importante señalar que quien vende bienes o servicios a través de medios electrónicos también tiene la calidad de comerciante en los términos del artículo 20 del Código de Comercio y, por tanto, debe estar inscrito como tal en la cámara de comercio respectiva.

Un consumidor responsable debería tomar como medida mínima de precaución la revisión de esta información, y si el empresario que vende no es un comerciante reconocido, hacer las averiguaciones pertinentes para determinar su existencia real, llamando a los números telefónicos de contacto suministrados o constatando su adecuada inscripción en la cámara de comercio de donde afirma estar domiciliado. Otra forma muy común para evitar fraudes es revisar los comentarios hechos por otros consumidores en páginas especializadas en las que expresan su experiencia de compra con ese comerciante en particular.

5.2.2. Información sobre los productos que se comercializan

El viejo refrán dice que una imagen vale más que mil palabras y, hasta cierto punto, es verdad. Sin embargo, también lo es que las imágenes pueden inducir al error. Por eso es mejor que la información y las imágenes estén juntas para evitar posibles engaños a los consumidores.

La norma estableció la obligación de suministrar en todo momento información sobre los productos que se ofrezcan, especialmente, de sus características y propiedades, como tamaño, peso, medidas, materiales, naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, forma de empleo, propiedades, calidad, idoneidad, cantidad o cualquier otro factor pertinente, sin importar que se acompañe de imágenes, de tal forma que el consumidor pueda hacer una representación lo más aproximada posible a la realidad del producto. Y, en caso de que se utilicen imágenes, el anunciante debe indicar a qué escala las muestra para que el consumidor pueda saber el tamaño real del bien.

5.2.3. Información sobre la transacción comercial

El empresario debe ser totalmente transparente con los consumidores sobre las condiciones en que se realiza la transacción comercial. Para ello debe indicar el plazo de validez de la oferta y la disponibilidad de los productos; el precio total, incluyendo todos los impuestos, costos y gastos que se deban pagar para adquirirlos; los costos de envío, si los hubiere; el tiempo de entrega, y los medios o canales que dispone para realizar los pagos.

Si en la transacción comercial el consumidor debe firmar un contrato de adhesión, este debe estar publicado en el mismo medio electrónico, de tal forma que sea de fácil acceso y disponible para la consulta, impresión y descarga, así no se haya expresado la voluntad de contratar. Lógicamente, para ser válido el contrato deberá respetar todas las reglas establecidas en el Estatuto del Consumidor y evitar cláusulas que sean consideradas como abusivas.

El consumidor que esté en proceso de realizar una compra electrónica tiene derecho a que antes de terminar su transacción el proveedor le presente un resumen del pedido con todos los bienes seleccionados; el precio individual de cada uno; el costo total; si aplica, los costos y gastos del envío o de cualquier otro concepto adicional, y, al final, el total acumulado. La finalidad de este resumen es que se pueda verificar en detalle la operación que se va a realizar y, si es el caso, hacer las correcciones que se consideren necesarias, inclusive, cancelar la transacción.

Una vez concluida la operación, el vendedor deberá conservar la prueba de la aceptación del consumidor, que debe ser expresa, inequívoca y verificable por la autoridad competente. Igualmente, le deberá remitir al comprador, a más tardar al día siguiente, un acuse de recibo del pedido con información precisa del tiempo de entrega y el precio total a pagar.

Al momento de la entrega de los productos el vendedor deberá cerciorarse de que, efectivamente, se haga en la dirección indicada por el consumidor, y que ha sido plena e inequívocamente identificado. También le deberá entregar el soporte de la operación, como la factura correspondiente, que debe cumplir todos los requisitos legales. Salvo pacto en contrario, la entrega debe realizarse dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha del pedido. En caso de que el producto solicitado no esté disponible, se le deberá informar al consumidor de forma inmediata.

Si la entrega del pedido tarda más de lo pactado, si en ausencia de pacto supera los treinta (30) días calendario o si no hay disponibilidad del producto solicitado el consumidor podrá resolver el contrato unilateralmente y obtener la devolución de todas las sumas pagadas sin que haya lugar a retención o descuento alguno. La devolución debe hacerse efectiva en un plazo máximo de treinta (30) días calendario a partir de que el consumidor exprese su deseo de terminar la relación contractual.

El proveedor debe documentar la compra, la transacción comercial y la entrega a satisfacción porque, en caso de disputa, él tiene la carga de la prueba para demostrar las condiciones en que el consumidor contrató y la entrega real y efectiva de los productos que adquirió.

Por último, el proveedor debe habilitar, en el mismo medio donde realiza el comercio electrónico, mecanismos para que los consumidores puedan presentar peticiones, quejas o reclamos, e informar de forma clara los derechos de retracto y reversión de pagos que les asisten.

5.3. Seguridad en las transacciones

El comerciante debe adoptar todos los mecanismos de seguridad necesarios para garantizar la inviolabilidad de los canales que disponga para que los consumidores realicen sus transacciones electrónicas, de tal forma que se conserve la reserva tanto de la información personal de quien realiza la operación como de la transacción misma. En este sentido, será

objetivamente responsable por las fallas en la seguridad de dichos canales, sean propios o de terceros.

Muchos comerciantes intentan generar confianza en los consumidores enseñando sellos de calidad, membrecías o afiliaciones a esquemas de autorregulación, asociaciones empresariales u organizaciones especializadas para resolver disputas. En estos casos, se debe garantizar que la información sea cierta, actualizada y verificable, proporcionando métodos sencillos para que el consumidor pueda comprobar estas afirmaciones y, además, contactar a las organizaciones.

5.4. Derecho de retracto³²⁰

El derecho de retracto es el derecho que le asiste al consumidor para rescindir un contrato sin necesidad de que haya una causa diferente a su voluntad para hacerlo. En otros países este derecho se llama derecho de reflexión, porque le permite a un ciudadano meditar sobre la transacción comercial que realizó, pudiendo arrepentirse de ella, si es su deseo.

Este derecho crea una excepción a la regla de la firmeza del contrato de compraventa una vez que las partes se han puesto de acuerdo en el precio y el objeto. Por ese motivo, su aplicación está restringida a los contratos de venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgados directamente por el productor o proveedor, a las ventas de tiempos compartidos, a las ventas no tradicionales y a las ventas a distancia, incluyendo el comercio electrónico.

Los efectos del ejercicio del derecho de retracto son la resolución del contrato y la devolución del objeto a su estado original. Para ello, el consumidor debe devolver el bien en el mismo estado en que lo recibió y el proveedor debe restituir todas las sumas pagadas en un término no superior a treinta (30) días calendario, una vez ejercido el derecho.

Aunque la transacción se haya hecho mediante comercio electrónico, el derecho de retracto no opera cuando a) el bien, por su naturaleza, se debe consumir antes de cinco días, como en el caso de los alimentos; b) la prestación del servicio contratado se debe ejecutar antes de cinco días, como sucede con las boletas de un concierto que tendrá lugar al día siguiente de la compra; c) la prestación del servicio ha comenzado con el consentimiento del consumidor, como cuando ya se ha instalado el servicio de internet o televisión por cable; d) el precio del producto está sujeto a fluctuaciones diarias del mercado financiero que el productor no puede controlar, como la compra de acciones en el mercado de valores; e) el bien adquirido es elaborado conforme a las especificaciones dadas por el consumidor o claramente personalizadas, como cuando se contrata un sastre para confeccionar un vestido; f) el bien, por su naturaleza, no se puede devolver, como en el caso de los *software* o la música digital; g) el producto adquirido corresponde a una apuesta o lotería; h) el bien es perecedero, y i) el bien es de uso personal, como la ropa interior o el cepillo de dientes.

³²⁰ Ley 1480 de 2011, artículo 47.

En caso de que el retracto se ejerza sobre un bien, el consumidor deberá informarle al vendedor y devolverlo dentro de los cinco días hábiles siguientes al momento de su recepción, por los mismos medios y en el mismo estado en que lo recibió. Si la devolución se hace a través de un servicio postal, se recomienda elegir uno que permita obtener constancia de la recepción del producto en el lugar de destino.

En caso de que el retracto se ejerza sobre un contrato de prestación de servicios que no se haya comenzado a ejecutar, la simple notificación al empresario de su decisión es suficiente para entender que se ha resuelto el contrato y que se deben devolver todas las sumas pagadas al consumidor.

Es importante resaltar que el ejercicio del derecho de retracto es totalmente diferente al ejercicio del derecho de reclamar por garantía. El derecho de garantía se ejerce cuando el bien presenta un defecto de calidad o idoneidad, y se puede solicitar en cualquier momento mientras la garantía esté vigente. Además, la acción judicial correspondiente se puede ejercer hasta un año después del vencimiento de esta.

5.5. Derecho de reversión de pago³²¹

La reversión del pago tiene como finalidad proteger a los consumidores que adquieren bienes y servicios a través de mecanismos de comercio electrónico, como internet, PSE, *call centers* o cualquier otro sistema de televenta o tienda virtual, y que haya pagado con tarjetas de crédito, débito o cualquier otro instrumento de pago electrónico. Es decir, no procede cuando la compra se hizo por medio de canales presenciales.

Para que proceda la reversión es necesario que tanto el productor o proveedor del bien o servicio como la entidad emisora del instrumento del pago electrónico estén ubicados en Colombia, pero no hace falta que el consumidor tenga domicilio en el país. Puede ejercer el derecho desde cualquier parte del mundo, mientras se cumplan las dos condiciones anteriores.

La figura tiene como propósito lograr la devolución real y efectiva del dinero pagado por los consumidores, obligando a los participantes del proceso de pago (los emisores de los instrumentos de pago, las entidades administradoras de los sistemas de pago de bajo valor, los bancos que manejan las cuentas y/o depósitos bancarios del consumidor y/o proveedor, entre otros) a retrotraer la operación bancaria de depósito del dinero en la cuenta del productor o proveedor, restituyendo las sumas a la cuenta del consumidor cuando suceda alguna de las siguientes eventualidades: i) cuando el consumidor haya sido objeto de fraude; ii) cuando corresponda a una operación no solicitada por el consumidor; iii) cuando el producto solicitado no se haya recibido en la fecha pactada o, en su defecto, en el término de treinta (30) días después de haberse hecho la transacción; iv) cuando el producto entregado no corresponde al solicitado o no cumple con las características inherentes o las atribuidas por la información que se suministre sobre él, o v) cuando el producto entregado es defectuoso.

³²¹ Ley 1480 de 2011, artículo 51.

El consumidor también puede solicitar la reversión parcial del pago cuando haya adquirido varios productos al tiempo y sobre alguno o algunos de ellos recaiga cualquiera de los eventos precedentes. En este caso, deberá expresar de manera clara el valor por el cual se solicita la reversión, que debe corresponder al valor del producto o productos devueltos.

Para que proceda la reversión del pago, el consumidor debe presentar la queja ante el proveedor, devolver el producto cuando sea procedente y notificar al emisor del instrumento de pago sobre el reclamo y la solicitud de reversión dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de la operación fraudulenta o no solicitada, o de que debió haber recibido el producto, lo recibió defectuoso o no correspondía a lo solicitado.

El reclamo al proveedor se puede hacer por escrito, de forma verbal o a través de cualquier medio establecido para ello, indicando la causal o causales invocadas para solicitar la reversión. El proveedor debe dejar constancia indicando la fecha y la causal alegada. Además, al tratarse de bienes, en la misma oportunidad el consumidor le indicará al proveedor que el bien está a su disposición para recogerlo en las mismas condiciones y en el mismo lugar en que se recibió. Si el consumidor desconoce la ubicación del proveedor, o este se niega a recibir la queja, el consumidor queda eximido de presentarla y, si es procedente, mantendrá el bien a su disposición para que el vendedor lo recoja.

La notificación al emisor del instrumento de pago se hará por cualquiera de los canales que disponga para recibir comunicaciones. En ella, el consumidor debe indicar que ha devuelto el bien, cuando sea procedente, y adjuntar el soporte o constancia de la queja presentada al proveedor. Además, deberá manifestar las razones por las que solicita la reversión del pago, indicar la causal a la cual se acoge, especificar el valor por el que solicita la reversión, identificar la transacción realizada, indicando la fecha y la hora de esta, y proporcionar los datos de la cuenta bancaria, tarjeta de crédito o instrumento de pago en el que se cargó la operación.

Una vez presentada la solicitud de reversión ante el emisor del instrumento de pago, los participantes del proceso de pago tienen quince (15) días hábiles para hacerla efectiva. Solo podrán oponerse a la operación alegando la inexistencia de la operación, la falta de fondos o la inexistencia de la causal alegada y que sustenta la solicitud. En caso de que no existan recursos suficientes en la cuenta del proveedor, el emisor del instrumento de pago debe realizar un reembolso parcial e informar esta situación, en cuyo caso el proveedor está obligado a devolver directamente al consumidor el monto faltante.

Si existe controversia entre el proveedor y el consumidor sobre la validez de las razones por las cuales se ejerció el derecho de reversión de pago y fuera resuelta por una autoridad judicial o administrativa a favor del proveedor, el emisor del instrumento de pago deberá cargar definitivamente la transacción al consumidor, depositando el dinero en las cuentas del vendedor. Si no hay fondos suficientes, el consumidor deberá pagarle directamente al expendedor el monto faltante. El consumidor vencido también deberá pagar todos los costos en que hayan incurrido los participantes del proceso de pago para hacer efectiva la reversión.

Si, además, se comprueba que actuó de mala fe, la SIC le podrá imponer sanciones de hasta cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes (smmlv).

Cuando el consumidor haya autorizado operaciones de débito automático para obligaciones periódicas, tendrá derecho a reversar los pagos correspondientes realizados en el mes anterior, por cualquier motivo y aun sin que medie justificación alguna. También podrá revocar, en cualquier momento, su autorización para que le realicen débitos automáticos, comunicando a la entidad con la que lo pactó. Y si es diferente a la emisora del instrumento de pago, le informará a esta última dentro de los cinco (5) días siguientes, fecha a partir de la cual se deben suspender de forma inmediata los descuentos o retiros automáticos revocados.

6. Facultades administrativas y jurisdiccionales

El empresario debe tener presente que si transgrede las normas de protección al consumidor estará sujeto a posibles sanciones administrativas impuestas por la autoridad competente, así como a las acciones jurisdiccionales que inicien los consumidores para lograr la compensación de los perjuicios causados.

6.1. Facultades administrativas

En materia de protección al consumidor, además del régimen general establecido por la Ley 1480 de 2011, existen varios regímenes especiales que vigilan diferentes autoridades administrativas. El sector financiero lo vigila la Superintendencia Financiera de Colombia; el de transporte de personas y de carga aérea, terrestre y fluvial, la Superintendencia de Transporte, y el sector de la salud, la Superintendencia de Salud. Todo lo que no se haya asignado a una autoridad específica le corresponderá a la SIC. Cada entidad tiene su propio régimen sancionatorio y es la competente para iniciar el procedimiento administrativo que le corresponda.

Dentro de su estructura orgánica, la SIC tiene la Delegatura para la Protección del Consumidor, que es la encargada de vigilar, sancionar y tomar medidas correctivas cuando se afecta el derecho colectivo de los consumidores, por ejemplo, cuando circula una publicidad engañosa, hay un producto defectuoso en el mercado o una empresa les impone contratos de adhesión con cláusulas abusivas. La entidad tiene amplias facultades para retirar un producto del mercado, prohibir la transmisión de una publicidad u ordenar bloquear una página web. Además, puede imponer sanciones de hasta dos mil smmlv y señalar la forma, de carácter general, en la que la empresa debe resarcir a los consumidores.

6.2. Facultades jurisdiccionales

Cuando un consumidor considera que se han vulnerado sus derechos puede acudir a la justicia para obtener el resarcimiento de los perjuicios causados mediante una acción jurisdiccional de protección al consumidor. Esta acción se puede presentar ante los jueces de la República,

o ante la SIC, que tiene facultades extraordinarias para administrar justicia y resolver asuntos particulares relacionados con el consumidor.

En estos casos, el ciudadano debe interponer una demanda en contra del empresario, la cual se tramitará según el procedimiento establecido en el Código General del Proceso, dependiendo de la cuantía. El juez o la SIC, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, deberán resolver de fondo el proceso. Si el fallo favorece al consumidor, se ordenará restituir su derecho (cumplir una garantía, interpretar un contrato o cumplir con una publicidad y ordenar la indemnización de perjuicios), se determinará la forma de hacerlo, se concederá un plazo y, en caso de que el empresario no cumpla, se podrán imponer sanciones que corresponden a un smmlv por cada semana de retraso. Además, si el juez o la SIC consideran que los derechos del consumidor se violaron de forma flagrante, podrá imponer al empresario sanciones de hasta 150 smmlv a favor de la SIC.

Conclusiones

Las reglas del Estatuto del Consumidor son unos mínimos básicos que debe cumplir cualquier empresario que quiera conservar su clientela y ser sostenible en el tiempo. No engañar a los consumidores, no abusar de su posición contractual dominante y entregar productos de calidad son prácticas elementales de un buen comerciante para asegurar la confianza y lealtad de sus compradores.

Estas normas no son simplemente recomendaciones, sino imperativos imprescindibles que, al cumplirse de manera coherente, equilibran la relación entre empresarios y consumidores y permiten a las empresas prosperar de forma sostenible y ética. Cualquier empresario que busque mantenerse competitivo en el mercado y asegurar una buena reputación debe entender que cumplir el Estatuto del Consumidor es clave para su éxito a largo plazo.

No engañar a los consumidores es algo fundamental. El engaño no solo genera sanciones legales, sino que deteriora la confianza, que es el pilar sobre el cual se construye una relación comercial sólida. Los consumidores informados y empoderados tienden a buscar empresas transparentes y veraces con la información que proporcionan sobre sus productos y servicios. En un mercado donde la información es accesible y los consumidores están cada vez más atentos, cualquier indicio de engaño puede significar la pérdida irreversible de la clientela.

De igual manera, una relación contractual justa y equilibrada es crucial. Las empresas que abusan de su posición dominante al imponer cláusulas contractuales injustas o desventajosas no solo arriesgan su reputación, sino que también se exponen a sanciones que pueden poner en peligro su estabilidad. Es fundamental que los empresarios comprendan que las relaciones comerciales equitativas, en las que ambas partes sienten que se respetan sus derechos, son la base para un crecimiento mutuo. La sostenibilidad empresarial a largo plazo no se logra a costa del consumidor, sino en colaboración con él, promoviendo relaciones basadas en el respeto y la justicia.

Entregar productos de calidad es otra obligación elemental de todo empresario. La calidad de los productos o servicios que ofrece es el principal indicador de su compromiso con los

consumidores. Además de ser un requisito básico del Estatuto del Consumidor, se trata de una práctica estratégica para garantizar la satisfacción del cliente y la continuidad de la relación comercial. El consumidor que percibe un valor añadido en el producto no solo vuelve, sino que también recomienda la empresa a otros, lo que amplía la clientela y fortalece la reputación de la marca. La calidad es, entonces, un instrumento de fidelización y crecimiento.

En conclusión, las disposiciones del Estatuto del Consumidor no son una carga adicional para las empresas. Por el contrario, son unos estándares mínimos que bien implementados se traducen en una ventaja competitiva. Las empresas que incorporan estos valores en su modelo de negocio no solo cumplen con la ley, sino que también fortalecen su posición en un mercado cada vez más exigente y competitivo. En última instancia, estas prácticas son parte del buen hacer empresarial y del compromiso ético que debe guiar a cualquier empresa que desee perdurar en el tiempo y generar un valor real para la sociedad.

Bibliografía

Colombia, Congreso de la República, Ley 18 de 1990.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1335 de 2009.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1480 de 2011.

Colombia, Congreso de la República, Ley 2120 de 2021.

Colombia, Congreso de la República, Ley 2354 de 2024.

Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 2492 de 2022.

Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 1896 de 2023.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 677 de 1995.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1686 de 2012.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 735 de 2013.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1074 de 2015.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Circular Única Jurídica, julio 19 de 2001.

Confecámaras. *La supervivencia empresarial de Colombia: Estudio de los factores clave que impulsan la permanencia de las empresas en el mercado*. Bogotá, 2023, p. 23.

Perú, Secretaría General de la Comunidad Andina, Resolución 2107 de 2019.



Capítulo 11

Análisis de riesgos y programas de cumplimiento y de beneficios por colaboración. A propósito de los fundamentos del derecho de la competencia contemporáneo

Andrés Palacios Lleras³²²

Introducción

¿Por qué las personas acatan las normas jurídicas? Esta es una de las preguntas más importante de la teoría jurídica contemporánea. Una razón es porque hacen parte de un sistema jurídico válido y, por lo tanto, sus destinatarios, los ciudadanos, entienden que las normas contienen obligaciones que deben cumplir. Otra razón es, simplemente, porque hay que cumplirlas por el temor que genera su desacato, que típicamente se materializa en sanciones que pueden ser civiles, administrativas o penales.

La diferencia fundamental entre ambas posturas radica en que la primera reconoce que las obligaciones contenidas en las normas jurídicas merecen ser obedecidas por su validez y por la razón normativa o teoría que las justifique, así no haya nadie vigilando su cumplimiento. En cambio, la segunda postura asocia la obligatoriedad del derecho con el temor de la sanción, es decir, la norma se cumple solo para evitar una sanción. Estas dos perspectivas nos muestran la diferencia entre el derecho como lo entendemos hoy, es decir, como un sistema de normas válidas y legítimas, y las órdenes impuestas por un asaltante³²³.

La discusión sobre el cumplimiento o incumplimiento del derecho es fundamental en los debates sobre ética y derecho que tienen lugar en el ámbito del derecho comercial. ¿Por qué las personas acatan las múltiples normas jurídicas que regulan el quehacer comercial? ¿Lo hacen porque se sienten compelidos a cumplirlas o por temor a las sanciones que pueda imponerles el Estado? Estas son discusiones particularmente relevantes para la ética empresarial, dado que una de las preguntas centrales de este campo tiene que ver con la ética de las decisiones tomadas al interior de las organizaciones.

En este contexto, hay discusiones sobre las exigencias éticas contenidas en el derecho empresarial y sobre cómo estas condicionan el actuar de las personas. Por ejemplo, ¿debería un contratante A advertir a su contraparte B que está a punto de cometer un error, incluso si dicho error beneficia a A? Dos enfoques teóricos sobre el contenido ético del derecho comercial nos brindan respuestas diferentes a preguntas como esta. Un grupo de teorías nos podría responder que no es ético permitir que una persona se aproveche del error ajeno. Otro conjunto nos podría responder que sí, porque para el derecho es valioso que cada quien tome las medidas necesarias para proteger sus propios intereses (*caveat emptor*). Ambos enfoques

³²² Profesor principal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Abogado de la Universidad de los Andes, LLM de Harvard Law School y Ph. D. de University College London. Contacto: andres.palaciosl@urosario.edu.co

³²³ Hart, Herbert L. A. *El Concepto de Derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1963. pp. 102-106.

tienen apuestas diferentes sobre la ética del derecho comercial y, en el campo de acción que este delimita, sobre la ética del comportamiento de las personas sujetas a dichas normas.

Esta brevísima incursión por los mundos de la teoría jurídica y la ética empresarial me permite introducir el argumento crítico que desarrollo en este capítulo y que versa sobre las razones para cumplir las obligaciones que constituyen el derecho de la competencia. Mi argumento es que los desarrollos recientes en este campo y, especialmente, los programas de cumplimiento que se construyen sobre análisis de riesgos son contraproducentes y lo están vaciando de contenido ético. En otras palabras, los programas de cumplimiento y el análisis de riesgos están contribuyendo a que se obedezca el derecho de la competencia por las eventuales sanciones derivadas de su desacato y no por las razones éticas sobre por qué merece ser obedecido.

Esto es paradójico, pues la idea de los análisis de riesgos y los programas de cumplimiento es, precisamente, que las organizaciones (y las personas que trabajan en ellas) sean conscientes de las prohibiciones que trae el derecho. La paradoja se resuelve si consideramos que estos programas, en particular sus análisis de riesgos, se implementan para tener beneficios materiales, como evitar sanciones o tener sanciones más leves. La idea que subyace, entonces, es que el derecho de la competencia no merece ser obedecido por la validez de sus normas y a la razón normativa o teoría que las justifique, sino simplemente para evitar sanciones.

Este artículo está dividido en tres secciones. En la primera sección describo en qué consiste el análisis de riesgos como parte de los programas de cumplimiento en materia de derecho de la competencia. Se presenta una historia intelectual y política de su relación con los programas de beneficios por colaboración para que el lector pueda apreciar el contenido ético de dichas instituciones (o su ausencia) y su rol en el desarrollo del derecho de la competencia.

En la segunda sección me centro en el análisis de riesgos y en los programas de cumplimiento del derecho de la competencia colombiano. Me interesa mostrar cómo la implementación de uno y otro puede generar resultados socialmente indeseables. En primer lugar, porque contribuyen a ineficiencias. Los análisis de riesgos que nutren los programas de cumplimiento llevan a que, en el mejor de los casos, las organizaciones solo internalicen los costos sociales de algunas de las conductas anticompetitivas, y no de todas las que pueden ser investigadas por las autoridades. En segundo lugar, estos mecanismos son indeseables porque refuerzan la idea de que lo importante en materia de derecho de la competencia no es comportarse de forma ética, sino evitar sanciones. Finalmente, en la última sección presento mis conclusiones sobre nuevas discusiones que surgen de los análisis presentados en las secciones anteriores.

1. El análisis de riesgos, programas de cumplimiento y la globalización del derecho de la competencia

En esta sección describo en qué consiste el análisis de riesgos como parte central de los programas de cumplimiento en materia de derecho de la competencia (sección 1.1.).

Posteriormente, hago un resumen de la historia intelectual y política de su relación con los programas de beneficios por colaboración (sección 1.2.).

1.1. Aspectos básicos del análisis de riesgos y de los programas de cumplimiento

El análisis de riesgos es un elemento central de los programas de cumplimiento. Forma parte del diagnóstico que hacen las organizaciones para evaluar la probabilidad de ser investigadas y sancionadas por las autoridades competentes³²⁴, que son los principales riesgos que, según el enfoque tradicional, enfrentan las personas y las organizaciones en materia de libre competencia³²⁵. Ahora bien, el análisis de riesgos hace que las empresas y las personas que trabajan en ellas sean cada vez más conscientes de las implicaciones jurídicas de sus decisiones y, por lo tanto, las tomen más y mejor informadas.

El desarrollo de este diagnóstico pasa por lo que puede ser descrito como un proceso de autoconocimiento. Los encargados de hacerlo, por lo general, entrevistan a los empleados y revisan documentos para entender cómo funciona la organización. Con este entendimiento cotejan el funcionamiento de la empresa con las prohibiciones y las normas que constituyen el derecho a la libre competencia.

No todas las entrevistas ni todos los documentos tienen el mismo valor. Un diagnóstico adecuado debe identificar quiénes toman las decisiones sobre los aspectos comerciales y cómo estas decisiones se traducen en acciones. Esto implica mapear las “líneas de mando” en las que intervienen diversos empleados, desde gerentes generales y directores hasta los encargados de implementar dichas decisiones. El objetivo general es que todos, sin excepción, sean conscientes de que sus decisiones y acciones pueden derivar en violaciones a las normas de competencia, con consecuencias tanto para la empresa como para ellos mismos.

Una parte del diagnóstico consiste en identificar cuáles normas del derecho de la competencia se incumplen en la operación rutinaria y quiénes están involucrados³²⁶. Es muy posible que no se viole ninguna o que haya conductas que estén en “zonas grises”; situaciones en las que, aunque podría haber riesgo de vulnerar la normativa, no queda claro que efectivamente constituya una violación. En cualquier caso, las conductas identificadas se cotejan con las normas de competencia. Las personas que adelantan este diagnóstico deben tener claridad de si se presentan o no violaciones.

³²⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. *Guía de Orientación Para el Diseño de Programas de Cumplimiento en Materia de Libre Competencia Económica*. 2024; Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación. NTC 6378:2020. *Requisitos para el establecimiento de buenas prácticas de protección para la libre competencia*. 2020. Disponible en: <https://tienda.icontec.org/gp-requisitos-para-el-establecimiento-de-buenas-practicas-de-proteccion-para-la-libre-competencia-ntc6378-2020.html>

³²⁵ Existen otros riesgos que típicamente escapan a este análisis: los riesgos derivados de prácticas restrictivas de la competencia llevadas a cabo por otras personas y empresas y que resultan perjudiciales, pero que no son objeto de investigación ni sanción. Estos riesgos son importantes porque su análisis puede revelar condiciones que afectan los resultados operacionales y financieros, pero frente a los que poco o nada se puede hacer para modificarlos.

³²⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, *Guía de Orientación Para el Diseño de Programas de Cumplimiento en Materia de Libre Competencia Económica*, p. 23 a 31.

Un aspecto importante para considerar es que, aunque el diagnóstico debe cubrir todas las conductas prohibidas, hay algunas a las que se les presta más atención porque se pueden considerar más graves, como los carteles empresariales, o porque el riesgo de investigación o sanción es más alto. Esto depende de la organización diagnosticada, en particular, de su rol y participación en el mercado y de las actividades que desarrolla. Por ejemplo, una empresa con una posición dominante está más expuesta a investigaciones sobre la forma en que adquirió dicha posición y cómo la ejerce y protege. En cambio, una empresa sin posición dominante, pero que, junto con otras organizaciones locales, domina la venta o compra de un bien o servicio, estará más expuesta a investigaciones por acuerdos restrictivos de la competencia. Existen muchas organizaciones que, como no cumplen ni una y otra de estas características, posiblemente no están tan expuestas a investigaciones y sanciones.

Hay dos elementos muy importantes en este diagnóstico: la probabilidad de que las organizaciones y las personas sean investigadas y el monto de las sanciones que les pueden imponer (o el valor de las restricciones que deben asumir). Ambos son subjetivos. El primero depende de la exposición pública de las empresas y las personas y de la agenda de investigaciones de las autoridades de competencia.

En Colombia, por ejemplo, las investigaciones por abuso de la posición dominante han sido considerablemente menos numerosas que las relacionadas con acuerdos restrictivos de la competencia, lo que permite conjeturar que la autoridad las considera menos importantes. Esto otorga cierta ventaja a las organizaciones que pudieran incurrir en abusos de su posición dominante, porque pueden suponer que ese comportamiento no va a ser prioritario. Por supuesto, estas empresas también podrían verse involucradas en acuerdos restrictivos de la competencia, por lo que deberán hacer su propio diagnóstico sobre posibles violaciones en ese sentido.

El segundo elemento son las sanciones o restricciones que las organizaciones o personas podrían enfrentar como resultado de una investigación; elemento que tiene varios componentes, por lo que su articulación puede ser compleja. En primer lugar, las normas que establecen sanciones monetarias por incurrir en conductas anticompetitivas tienen rangos en lugar de sumas fijas. Además, se contemplan criterios agravantes y atenuantes para determinar la magnitud de la sanción.

Entre los criterios agravantes se pueden encontrar aspectos como la oposición a la investigación, si su conducta procesal fue adecuada o no, si en el pasado ha sido sancionado por conductas anticompetitivas, entre otras. En cuanto a los atenuantes, se destacan la colaboración con la autoridad desde el inicio de la investigación, una conducta procesal adecuada o el hecho de que sea la primera vez que incurre en conductas de esta naturaleza.

Además de las sanciones, las autoridades de competencia están facultadas para emitir órdenes que pueden implicar un costo para las organizaciones o personas investigadas. Por ejemplo, a quienes incurran en abusos de posición dominante se les podría exigir vender una parte de sus negocios, algo que representa una pérdida económica significativa. A su vez, los directivos y empleados de las organizaciones pueden enfrentar sanciones si se comprueba que participaron activamente en la violación de las normas de competencia.

A partir de lo anterior, un (buen) diagnóstico de riesgos en materia de libre competencia debe determinar el perfil de riesgo de las organizaciones y sus empleados. Este perfil de riesgo va a ser único, porque depende de la conjugación de los elementos mencionados anteriormente. Sin perjuicio de los detalles pertinentes, el perfil de riesgo debe establecer, como mínimo:

- Si la organización, sus directivos y sus empleados incurren en conductas restrictivas de la competencia y, de ser así, de qué maneras;
- la probabilidad de que las autoridades de competencia investiguen dichas conductas, y
- los posibles desenlaces de las investigaciones, como sanciones administrativas u órdenes que condicionen la estructura de las organizaciones o su comportamiento comercial, entre otros.

El perfil de riesgo, que es la conclusión del diagnóstico que se adelanta, por lo general, se ilustra así:

Figura 1.

Mapa de riesgos en materia de libre competencia

Probabilidad de ser investigada y sancionada	Inminente					
	Moderada					
	Ocasional					
	Posible					
	Improbable					
		Insignificante	Menor	Crítica	Mayor	Catastrófica
Impacto de la sanción u orden						

El proceso de diagnóstico que he descrito les debe permitir a las organizaciones y a las personas que trabajan en ellas identificar en qué zonas de este diagrama se encuentran. Es decir, deben poder identificar si su conducta comercial puede ser ilegal. De ser así, determinar qué tan probable es que sea investigada y qué tan fuerte puede ser el impacto de una multa o sanción.

Este diagnóstico es muy valioso. Las organizaciones que lo hacen ofrecen planes a sus clientes para cambiar sus perfiles de riesgo. Por ejemplo, si se detecta que los gerentes de ventas y mercadeos mantienen conversaciones que son muy cándidas con empleados de rangos similares en empresas rivales, se les sugiere adoptar protocolos para limitarlas y así reducir el riesgo de que se forme o se participe en un cartel. El propósito de estos planes (y de las recomendaciones) es reducir el perfil de riesgo, de manera que directivos y empleados puedan estar seguros de que sus actividades se enmarcan en la ley. Muchos de estos planes incluyen diagnósticos periódicos para identificar la implementación y el cumplimiento permanente de las recomendaciones.

Sin embargo, no todos los planes están orientados a evitar conductas anticompetitivas. Un elemento muy importante de los planes de cumplimiento es delimitar qué hacer cuando un diagnóstico muestra que hay una práctica restrictiva que tiene alta probabilidad de detección y, por lo tanto, un impacto negativo considerable. Esto le permite a la empresa activar

protocolos para terminar la conducta evaluada y para decidir si deben o no acudir a la autoridad de competencia para informar la infracción.

Este punto es de particular importancia porque sugiere la relación que existe entre los análisis de riesgos, como parte de los programas de cumplimiento, y los programas de beneficios por colaboración. La decisión de informar o no a la autoridad puede tomarse en función de si el derecho de la competencia tiene un régimen de beneficios por colaboración. Dichos regímenes establecen que las empresas que se delaten y que denuncien a aquellas con las que participan en prácticas restrictivas de la competencia pueden tener beneficios, como una reducción considerable o la eliminación de las sanciones económicas (como las multas).

La existencia de estos regímenes influye en los incentivos de las empresas para involucrarse en conductas restrictivas de la competencia, especialmente, en formar carteles empresariales, al promover la delación de dichas prácticas. Por lo tanto, las organizaciones y sus empleados deben evaluar si asumirán el riesgo de ser investigados y sancionados o si prefieren acudir a la autoridad de competencia para recibir un trato más favorable. En ese contexto, los programas de cumplimiento pueden llevar a la decisión de someterse al programa de beneficios por colaboración, convirtiéndose, de alguna manera, en el factor que genera la demanda por los beneficios que puede ofrecer la autoridad de competencia.

1.2. El análisis de riesgos, los programas de cumplimiento y los programas de beneficios por colaboración

El análisis de riesgos, como parte de los programas de cumplimiento en materia de libre competencia, es relevante debido a los esfuerzos que adelantan las autoridades de todo el mundo para facilitar la lucha contra los carteles empresariales. Pero ¿por qué ahora y no antes? El derecho de la competencia no siempre se ha centrado en la lucha contra los carteles empresariales ni la actividad de las autoridades de competencia ha dependido tanto de la colaboración de las organizaciones y de las personas. Esto es algo que se presenta desde las últimas dos o tres décadas. En particular, está relacionado con el movimiento global hacia la armonización de los regímenes locales en esta materia. Lo que hoy se considera norma es, en realidad, un proyecto político que tiene raíces en las ideas que dan vida a la Escuela de Chicago en materia de análisis económico del derecho de la competencia en Estados Unidos.

La Escuela de Chicago de análisis económico del derecho de la competencia fue uno de los movimientos académicos y políticos más influyentes del último cuarto del siglo XX, y, junto con la Escuela de Harvard, transformó este campo del derecho. Gracias a la influencia de ambas escuelas, el derecho de la competencia norteamericano viró hacia un enfoque de derecho mínimo, centrado en perseguir carteles empresariales y, solo de manera excepcional, en otras conductas prohibidas.

Este viraje fue el resultado de varias fuerzas³²⁷. Por un lado, a nivel doctrinal los autores asociados a la Escuela de Chicago desarrollaron una teoría crítica del derecho de la

³²⁷ Gran parte de la influencia de la Escuela de Chicago se debió al *lobby* hecho por los interesados en establecer un derecho de la competencia más minimalista. Al respecto, ver el artículo de Filippo Lancieri, Eric A. Posner

competencia de las décadas de 1950 y 1960, en particular, en lo que se refería a las actividades de las autoridades de competencia y las decisiones de los jueces federales. Robert Bork y Ward Bowman, dos pioneros de este movimiento, escribieron uno de los artículos más influyentes en esta materia, argumentando que las decisiones judiciales aplicando las normas de competencia, protegían a competidores ineficientes y en otros casos premiaban y protegían la eficiencia³²⁸.

Otro autor pionero, Richard Posner, articuló una teoría del derecho de la competencia basada en el análisis económico del derecho que fue muy influyente³²⁹. Por su parte, los jueces federales, en particular la Corte Suprema de Justicia, ratificaron que ciertas conductas que antes eran juzgadas de manera severa bajo la llamada “regla *per se*” debían juzgarse bajo la “regla de la razón”, lo cual permite debates probatorios sobre los efectos beneficiosos de conductas prohibidas por las normas de competencia³³⁰. Tanto jueces como autoridades de competencia aceptaron los postulados del análisis económico del derecho, contribuyendo así a transformar este campo del derecho a la luz de los postulados de esta nueva teoría.

Una de las consecuencias del impacto de la Escuela de Chicago fue la de redefinir cuáles eran las conductas prohibidas que realmente debían concentrar los esfuerzos de las autoridades de competencia, en particular, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ) y la Federal Trade Commission. De todas las conductas sancionadas, los carteles empresariales fueron considerados muy perjudiciales, por lo que justifican los esfuerzos por parte de las autoridades de competencia para perseguirlos y sancionarlos³³¹.

Un problema que se presenta en la investigación de los carteles es que sus integrantes se esfuerzan en mantenerlos ocultos, lo que obliga a las autoridades a destinar recursos importantes para desentrañarlos. Sin embargo, el análisis económico que sirvió de fundamento para la Escuela de Chicago también contribuyó a entender que los carteles pueden ser inestables, porque los cartelistas tienen incentivos para engañarse entre sí. En particular, un cartelista puede aumentar sus ingresos si mantiene su producción (en vez de reducirla) y vende a los precios más altos que resultan de las restricciones causadas por los demás miembros del cartel³³². Esta noción ha contribuido al desarrollo de una literatura basada en la teoría de juegos, que analiza cuáles son las condiciones que incentivan a los cartelistas a delatarse a sí mismos y a sus copartícipes³³³.

y Luigi Zingales: "The Political Economy of the Decline of Antitrust Enforcement in the United States". *Antitrust Law Journal*, 2023, 85, 2, pp. 441-519.

³²⁸ Bork, Robert H. & Bowman, Ward S. "The Crisis in Antitrust". *Columbia Law Review*, 1965, 65, (3), pp. 363-376.

³²⁹ Posner, Richard A. "The Chicago School of Antitrust Analysis", *University of Pennsylvania Law Review*, 1978, 127, pp. 925-950.

³³⁰ Rooney, William H., Fleming, Timothy G. & Polizzano, Michelle A. "Tracing the Evolving Scope of the Rule of Reason and the Per Se Rule", *Columbia Business Law Review*, 2021, 2021, (1), pp. 1-56.

³³¹ "By 1969, then, an orthodox position [...] had crystallized: only explicit price fixing and very large horizontal mergers (mergers to monopoly) were worthy of serious concern". Posner, "The Chicago School of Antitrust Analysis", p. 933.

³³² Stigler, George J. "A Theory of Oligopoly", *The Journal of Political Economy*, 1964, 72, (1), p. 46.

³³³ Un buen resumen de la literatura fundacional se puede encontrar en el texto de Catarina Marvão y Giancarlo Spagnolo de 2018: "Cartels and leniency: Taking stock of what we learnt", en *Handbook of Game Theory and Industrial Organization, Volume II*, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 57 y siguientes.

La idea de la inestabilidad de los carteles no demoró en aplicarse en políticas públicas. En 1974, el DOJ anunció la primera versión de su programa de beneficios por colaboración, que determinaba que las empresas que confesaran su participación en un cartel antes de que dicha autoridad lo descubriera no serían sancionadas. Cabe señalar el carácter utilitarista de esta iniciativa: para identificar y sancionar a los carteles y a sus integrantes, las autoridades de Estados Unidos estaban dispuestas a eliminar o reducir las multas que por ley resultan de violar la norma (el fin justifica los medios).

En un inicio, la política fue exitosa, pero con el tiempo el número de las delaciones disminuyó. En 1993, el DOJ anunció una segunda versión del programa, que aceptaba las delaciones incluso después de que dicha autoridad ya tuviera conocimiento del cartel. En ese caso, la multa se reduciría. El cambio fue exitoso. Logró que muchas organizaciones y personas se delataran para obtener el beneficio de reducir o eliminar sanciones³³⁴. Parte del éxito radicó en que, desde la década de 1980, el valor de las multas ha aumentado, haciendo más atractivo delatarse³³⁵.

La globalización del derecho de la competencia de los Estados Unidos contribuyó a la globalización de los programas de beneficios por colaboración. Como ya se mencionó, el proceso fue resultado de muchos factores, entre los que vale la pena mencionar la estrategia del DOJ de investigar y sancionar carteles internacionales³³⁶. Este ímpetu fue particularmente importante en un contexto caracterizado por el deseo de crear un libre comercio mundial.

Otro factor, posiblemente más importante, fue el anhelo de constituir un régimen internacional de libre competencia como parte del naciente derecho internacional económico de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Durante las varias rondas de negociaciones que llevaron a establecer esta entidad, los Estados Unidos y la Unión Europea, y los países en desarrollo, mantuvieron negociaciones para adoptar un régimen global de libre competencia. Sin embargo, estos esfuerzos no dieron frutos.

La estrategia que adoptó Estados Unidos de manera independiente, y luego junto con la Unión Europea, fue impulsar la armonización de los regímenes locales de libre competencia (en lugar de propender por un régimen sustantivo de derecho internacional) mediante la International Competition Network y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)³³⁷. Como resultado, en 1998 el consejo de la OCDE anunció que los carteles empresariales basados en precios y repartición de clientes o mercados son “las

³³⁴ Klawiter, Donald C. “Corporate Leniency in the Age of International Cartels: The American Experience”, *Antitrust Magazine*, 2000, 14, (3), p. 13.

³³⁵ Kobayashi, Bruce H. “Antitrust, Agency, and Amnesty: An Economic Analysis of the Criminal Enforcement of the Antitrust Laws Against Corporations”, *George Washington Law Review*, 2000, 69, (5-6), pp. 715-745.

³³⁶ Kobayashi, “Antitrust, Agency, and Amnesty”.

³³⁷ Sokol, D. Daniel. “Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age”, *Berkeley Business Law Journal*, 2007, 4, (1), pp. 37-68; Fox, Eleanor M. “Linked-in: Antitrust and the Virtues of a Virtual Network”, *International Lawyer*, 2009, 43, (1), pp. 151-180.

violaciones más flagrantes del derecho de la competencia”³³⁸, e invitó a los países miembros a adoptar las medidas necesarias para luchar contra ellos.

A partir de ese momento, la historia es bien conocida. La OCDE empieza a promover discusiones orientadas a reformar los regímenes latinoamericanos de libre competencia, muchas veces como parte del proceso para acceder a dicha organización. En el caso de Colombia, el país manifestó un interés informal en cambiar su régimen de competencia siguiendo las sugerencias de la OCDE, como se puede apreciar en el trámite legislativo del proyecto que terminó convertido en la Ley 1340 de 2009. En los artículos 14 y siguientes, la ley estableció el programa de beneficios por colaboración. Su promulgación abonó el terreno para los programas de cumplimiento en materia de libre competencia y los de beneficios por colaboración.

En el país, el desarrollo de estos programas ha tenido lugar de manera simultánea. Primero se regularon los programas de beneficios por colaboración con los decretos 2896 de 2010, 1523 de 2015 y 253 de 2022, que siguen vigentes. Los considerandos de estos decretos son transparentes en reconocer que a partir del modelo de la teoría de juegos se pueden identificar cambios que aumenten los incentivos para que los cartelistas se acojan al programa³³⁹. Luego, con el Decreto 92 de 2022 se crea una dirección que promueve que las organizaciones adopten programas de cumplimiento para fomentar una cultura de cumplimiento en materia de libre competencia³⁴⁰. A su vez, el Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación (Icontec) ofrece una norma técnica para que las organizaciones se certifiquen en buenas prácticas de protección en libre competencia³⁴¹.

Podría terminar mi exposición en este punto, pero ello implicaría dejar a medias la historia. Resulta que la globalización de los programas de beneficios por colaboración no ha tenido los resultados esperados, especialmente para países como Estados Unidos y organizaciones como la OCDE, que han invertido muchos recursos en el proceso. Un informe de la OCDE publicado en 2024 pone de presente que desde 2015 el número de las delaciones ha disminuido a nivel global, a pesar del pequeño repunte que tuvo en 2021³⁴². En un reporte de 2023 la organización ya había identificado esta tendencia negativa: en él señalaba varios posibles factores que contribuyen a esta disminución. Entre estas se destacan las demandas por daños y perjuicios contra los cartelistas o la falta de seguridad jurídica en la implementación de estos programas por parte de las autoridades de competencia³⁴³. En otro documento de la OCDE, de 2022, elaborado para el Foro Latinoamericano y del Caribe de

³³⁸ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels (Adopted by the Council at its 921st Session on 25 March 1998 [C/M(98)7/PROV])*. C(98)35/Final, 1998.

³³⁹ Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto 253 de 2022.

³⁴⁰ Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto 92 de 2022.

³⁴¹ Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación, *NTC 6378:2020*.

³⁴² Organisation for Economic Co-operation and Development. *OECD Competition Trends 2024*. OECD Publishing. Paris. 2024, <https://doi.org/10.1787/e69018f9-en>

³⁴³ Organisation for Economic Co-operation and Development. "The Future of Effective Leniency Programmes: Advancing Detection and Deterrence of Cartels", *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, 2023, (299) <https://doi.org/10.1787/9bc9dd57-en>

Competencia, se replican estas y otras razones, como la imposición de multas muy bajas³⁴⁴. Ante esta situación, la postura oficial de la OCDE es busca conciliar los programas de cumplimiento con las políticas y normas de libre competencia de manera un tanto tímida, como deja entrever esta declaración:

Las autoridades de competencia han continuado e intensificado sus esfuerzos para promover programas de cumplimiento de la competencia y el cumplimiento de la competencia en el sentido más amplio. Se han producido cambios en las políticas con respecto a recompensar el cumplimiento, y los enfoques de las agencias difieren. Los programas de cumplimiento también han pasado a formar parte de las obligaciones que los organismos imponen en los casos de cárteles. Algunos organismos participarán en la evaluación de los programas de cumplimiento fuera del estrecho contexto de la aplicación de la ley.³⁴⁵

Colombia no ha sido ajena a esta dinámica. El Decreto 253 de 2022, en sus considerandos, reconoce que el número de solicitudes para acogerse al programa de beneficios por colaboración ha disminuido³⁴⁶. En un estudio realizado por este autor para el observatorio de la OCDE de la Universidad del Rosario se identificó que en siete de los diez casos estudiados, las organizaciones y personas investigadas que intentaron acogerse al programa buscaron, de alguna manera, hacerle trampa al programa³⁴⁷.

Todo lo anterior permite ver con claridad la relación entre los análisis de riesgos en materia de libre competencia y los programas de beneficios por colaboración. Los programas de beneficios por colaboración necesitan a los programas de cumplimiento (y sus análisis de riesgos) porque son los que hacen que las empresas identifiquen si incumplen las normas, y decidan acoger o no los beneficios por colaboración. Ambos programas mantienen una relación utilitarista sobre la razón de cumplir el derecho de la competencia. Esta perspectiva asume que el fin justifica los medios, más allá de valorar el mérito o la razonabilidad de las prohibiciones establecidas en este campo del derecho.

A pesar de la utilidad y robustez de estas ideas, tomadas del análisis económico del derecho, los resultados no son los esperados. Cabe señalar, además, que el declive de los programas de beneficio por colaboración ha coincidido con la proliferación de los análisis de riesgos como parte integral de los programas de cumplimiento en materia de libre competencia.

2. Ni eficiencia ni ética: la triste suerte de los análisis de riesgos y de los programas de cumplimiento

³⁴⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development. *Latin American and Caribbean Competition Forum (Spanish Version) Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia - Sesión I: Reforzando los Incentivos para los Acuerdos de Clemencia*. Nota del Secretariado de la OECD, 2022.

³⁴⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development. *Competition Compliance Programmes*, OECD Competition Committee Discussion Paper, 2021, p. 3, <http://oe.cd/ccp>.

³⁴⁶ Colombia, Decreto 253 de 2022, p. 3.

³⁴⁷ Palacios Lleras, Andrés. "Antitrust Leniency in Colombia: Achievements, Challenges and Recommendations", *Boletín de la Universidad del Rosario*, 2024, <https://urosario.edu.co/sites/default/files/2024-03/boletin-5-leniency-in-colombia.pdf>

¿Cómo evaluar el análisis de riesgos en materia de libre competencia y su rol en los programas de cumplimiento? A partir de la perspectiva inicial de este capítulo, en esta sección se reflexiona sobre qué puede suceder con la implementación de los análisis de riesgos en materia de libre competencia desde la perspectiva económica del derecho (sección 2.1.) y la ética empresarial (sección 2.2.).

2.1. Los análisis de riesgos, los programas de cumplimiento y los programas de beneficios por colaboración pueden ser contraproducentes

El análisis económico (tradicional) considera que los carteles empresariales y los monopolios son “fallas de mercado”. Estas fallas se caracterizan, básicamente, por la producción de menos bienes y servicios y por su comercialización a precios más altos de lo que sería socialmente deseable³⁴⁸. El derecho de la competencia sirve para evitar y sancionar estas conductas, de manera que los mercados funcionen mejor.

Los programas de cumplimiento y de beneficios por colaboración contribuyen a este fin, disminuyendo los costos de identificar, investigar y sancionar estas prácticas. Los análisis de riesgos son muy importantes para lograrlo, porque ayudan a diagnosticar si las organizaciones y sus empleados están incurriendo en estas prácticas y a determinar la estrategia a seguir. Visto de esta manera, los análisis de riesgos y los programas de costos sí contribuyen a una asignación de recursos más eficiente.

Este planteamiento descansa en una serie de supuestos que difícilmente se dan en la realidad. Un primer supuesto es que *todas* las conductas anticompetitivas son identificadas, investigadas y sancionadas por las autoridades de competencia. Sin embargo, este supuesto es claramente falso porque, como se mencionó anteriormente, los esfuerzos de las autoridades se concentran en un puñado de conductas, particularmente en los carteles empresariales. Ello implica que hay conductas anticompetitivas y perjudiciales que no se investigan.

Al hacer un análisis de riesgos, los administradores de la empresa pueden advertir que incurren en conductas restrictivas de la competencia, pero es posible que algunas de ellas no hagan parte de la agenda de las autoridades de competencia. Este puede ser el caso de las violaciones a los artículos 5 y 6 de la Ley 155 de 1959 sobre la conformación de juntas directivas compartidas. No conozco la primera investigación por este hecho.

Frente a estas conductas, una decisión de negocios perfectamente racional puede ser continuar con ellas, apostándole a la baja probabilidad de que la organización y sus empleados sean investigados y sancionados. Desde la perspectiva del análisis económico, el análisis de riesgos en materia de libre competencia sirve para identificar aquellas conductas anticompetitivas que se pueden continuar a bajo riesgo, lo que es socialmente indeseable por los efectos que puede producir en términos de mayores precios

³⁴⁸ Ver, por ejemplo, el libro *Economics* de Paul Samuelson y William Nordhaus (McGraw Hill, 2009).

Un segundo supuesto es que los programas de beneficios por colaboración contribuyen al buen funcionamiento de los mercados al facilitar la identificación, investigación y sanción de conductas anticompetitivas. Algo que puede ser cierto en algunos casos, pero en otros no. En particular, los programas de beneficios por colaboración pueden incentivar la estabilidad de carteles empresariales y reducir los costos de cartelización. El miembro de un cartel puede amenazar a sus copartícipes con el argumento de que si no colaboran con el cartel, los delatará ante la autoridad de competencia.

También puede ocurrir que una organización compare los beneficios de participar en un cartel con los costos de las multas. En particular, que considere que estos costos se reducen considerablemente con los programas de delación. Si los beneficios superan los costos, lo que puede ocurrir si una empresa es la primera en delatar, los directivos podrían optar por asumir el riesgo de la cartelización, en especial, si reciben bonos por el desempeño financiero de la organización. Ambos escenarios indican que, la adopción de estos programas no necesariamente produce los resultados esperados, y más bien puede agravar problemas ya identificados.

2.2. Los análisis de riesgos, los programas de cumplimiento y los programas de beneficios por colaboración pueden ser éticamente perniciosos

Desde la ética empresarial, los análisis de riesgos y los programas de cumplimiento pueden ayudar a que las organizaciones y sus empleados identifiquen conductas que no son éticas. Bajo este enfoque, se considera que hay que evitar dichas conductas, independientemente de si producen resultados financieros favorables para la organización. Así, una perspectiva ética permitiría defender la utilidad de los análisis y programas mencionados.

Este planteamiento descansa en la idea de que las organizaciones y las personas que las integran aceptan cumplir las normas por su contenido ético y moral, no por los costos o beneficios asociados. Sin embargo, la realidad nos muestra que esto puede ser cierto, pero, de nuevo, no en todos los casos³⁴⁹. Una razón para cuestionar este planteamiento es que los análisis de riesgos y los programas de cumplimiento suelen tener una estructura de premios y castigos.

Por ejemplo, un análisis de riesgos que lleve a una delación ante la autoridad de competencia tiene un premio: la eliminación o reducción de la multa. Incluso, en foros especializados se debate si la adopción de programas de cumplimiento debería, por sí misma, justificar una reducción de multas por parte de las autoridades de competencia³⁵⁰. Lo que esto sugiere es que no se puede evaluar el análisis de riesgos y los programas de cumplimiento en un vacío

³⁴⁹ Rivera, K., & Karlsson, P. O. "CEOs Are Getting Fired For Ethical Lapses More Than They Used To", *Harvard Business Review*, 2017.

³⁵⁰ Ver, por ejemplo, el artículo de Wouter Wils, "Antitrust Compliance Programmes and Optimal Antitrust Enforcement" en *Journal of Antitrust Enforcement*, 2012, 1, pp. 1-26. También, el documento de Organisation for Economic Co-operation and Development: Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. *Competition Compliance Programmes- Note by the European Union*. DAF/COMP/WP3/WD(2021)17, 2021.

normativo. Es necesario entender lo que éticamente está en juego con la promulgación de las normas y su observancia.

Una razón para rechazar desde la ética todo este andamiaje normativo (los análisis de riesgos, los programas de cumplimiento y los de beneficios por colaboración) es que castigar o recompensar a las organizaciones y a sus empleados por cumplir o no las normas puede erosionar el contenido ético del derecho. Este fenómeno, conocido en inglés como *crowding out effect* (efecto de desplazamiento), se refiere a las consecuencias, generalmente negativas, que pueden surgir cuando el uso de incentivos sustituye la motivación ética y moral de las personas y las organizaciones para cumplir las normas.

Un ejemplo clásico de esto se encuentra en el análisis de Uri Gneezy y Aldo Rustichini sobre lo que ocurrió cuando una guardería en Israel comenzó a cobrar a los padres por recoger a sus hijos después de la hora de salida (en vez de disculparse con los profesores). En lugar de recogerlos más temprano, empezaron a llegar tarde con mayor frecuencia. La multa se volvió un precio que los padres estaban dispuestos a pagar a cambio de que la guardería cuidara a sus hijos por más de tiempo³⁵¹.

Por supuesto, esto no se puede generalizar, porque los contextos en los que usamos incentivos varían drásticamente. Sin embargo, en el ámbito del derecho comercial abundan ejemplos de cómo los incentivos llevan a conductas y resultados socialmente indeseables. Uno de ellos tiene que ver con los esquemas de remuneración de los directivos en las organizaciones. De acuerdo con Lynn Stout³⁵², una de las consecuencias de la reforma tributaria federal de Estados Unidos de 1993 fue que se incentivó a las empresas a diseñar la remuneración de los directivos con base en su desempeño, medido por el incremento del valor de la organización. Como resultado, los directivos empezaron a adoptar políticas que aumentaron el valor de las empresas, en ocasiones, mediante fraudes o asumiendo riesgos innecesarios.

Hay una segunda consideración importante: si las normas jurídicas conciben o presuponen que las personas son oportunistas, estas se van a comportar de manera oportunista. Esta es la tragedia implícita en las profecías de auto-cumplimiento. Un conjunto de normas que asume el comportamiento típicamente malintencionado de los ciudadanos terminará encontrando que estos, en muchos casos, actúan de esa manera.

A partir de esta forma de entender la relación entre las normas jurídicas (y el Estado que vela por su cumplimiento) y los ciudadanos podemos entender muchos de los problemas recurrentes de nuestra sociedad y en el derecho de la competencia. Por ejemplo, ¿cuánto nos cuesta a los ciudadanos perseguir carteles empresariales? Posiblemente mucho más que lo que las autoridades pueden recaudar para financiar su actividad. Entonces, reduzcamos estos costos con programas de cumplimiento y de beneficios por colaboración. Sin embargo, estos programas no son adecuados por razones como las expuestas. Los problemas, lejos de solucionarse, se agravan, pero, curiosamente, no sorprende que no haya soluciones. Esta

³⁵¹ Gneezy, Uri & Rustichini, Aldo. "A Fine Is a Price", *The Journal of Legal Studies*, 2000, 29, (1), pp. 1-17.

³⁵² Stout, Lynn. *Cultivating Conscience. How Good Laws make Good People*. Princeton University Press. 2011. p. 42.

mentalidad se convierte en una prisión conceptual de la que es difícil escapar, porque se parte de la aceptación de su existencia como algo inevitable.

No debería sorprender que los análisis de riesgos y los programas de cumplimiento (junto con los programas de beneficios por colaboración) enfrenten los problemas aquí identificados. Estos mecanismos, que están basados en una lógica instrumental, pueden ser contraproducentes desde el análisis económico del derecho y difícilmente sostenibles desde una perspectiva ética. Tal vez, por esas mismas razones, deberíamos buscar enfoques más innovadores para que las organizaciones y las personas que en ellas trabajan adopten como válidas y legítimas las prohibiciones que trae el derecho. A este objetivo quisiera dedicar algunas reflexiones en las conclusiones de este artículo.

Conclusiones

A lo largo de estas páginas he hecho una descripción crítica de los análisis de riesgos y de los programas de cumplimiento en materia de libre competencia que los integran. Esta descripción nos cuenta en qué consisten, cuál es su origen y cómo se relacionan con otras normas centrales para el derecho de la competencia contemporáneo, como los programas de beneficios por colaboración. La parte crítica sugiere que estos análisis, junto con los programas de cumplimiento y los de beneficios por colaboración, hacen parte de un proyecto de globalización del derecho de la competencia estadounidense y, en particular, de las doctrinas que lo constituyen.

También se sugiere que los análisis y programas son problemáticos porque pueden contribuir al desarrollo de conductas anticompetitivas socialmente ineficientes y provocar el desplazamiento de los principios éticos del derecho. La crítica concluye señalando que las ideas que subyacentes a estos análisis impiden considerar alternativas y formas de racionalidad que, tal vez, puedan producir otros resultados.

Las consideraciones presentadas a en este capítulo podrían incentivar discusiones sobre por qué hemos elegido basar el cumplimiento del derecho de la competencia, y de otros campos del derecho, en ideas instrumentales. ¿Qué factores históricos, sociales y económicos llevaron al posicionamiento de lo instrumental sobre otras consideraciones éticas? ¿Cuándo dejamos de creer que las personas pueden hacer lo correcto sin necesidad de que haya premios y castigos? También podríamos preguntarnos qué tipo de consideraciones podrían llenar el vacío que han dejado las ideas instrumentales en el fundamento del derecho, ¿acaso todas las teorías éticas y morales son igualmente adecuadas para fundamentar la obligatoriedad del derecho?

Estas preguntas, aunque pueden parecer abstractas y quijotescas, tienen la mayor importancia práctica. El reto actual de los promotores de las ideas instrumentales, entre ellas el análisis económico del derecho, es rescatar al derecho de la competencia del profundo pozo en el que se encuentra. Tal y como lo sugiere el devenir de los programas de beneficios por colaboración, se trata de un profundo pozo. Cuanto más se proponen ideas basadas en la racionalidad instrumental menos efectivas resultan y más difíciles de alcanzar son los objetivos planteados. Los análisis de riesgos y los programas de cumplimiento no parecen

capaces de revertir esta situación; por el contrario, podrían incluso agravarla. Tampoco parece haber mucho tiempo que perder para replantear la obligatoriedad del derecho de la competencia contemporáneo.

Bibliografía

Bork, Robert H. & Bowman, Ward S. "The Crisis in Antitrust", *Columbia Law Review*, 1965, 65, (3), pp. 363-376.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1340 de 2009.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto 92 de 2022.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto 253 de 2022.

Fox, Eleanor M. "Linked-in: Antitrust and the Virtues of a Virtual Network", *International Lawyer*, 2009, 43, (1), pp. 151-180.

Gneezy, Uri & Rustichini, Aldo. "A Fine Is a Price", *The Journal of Legal Studies*, 2000, 29, (1), pp. 1-17.

Hart, Herbert L. A. *El Concepto de Derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1963.

Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación. *NTC 6378:2020. Requisitos para el establecimiento de buenas prácticas de protección para la libre competencia*. 2020.

Klawiter, Donald C. "Corporate Leniency in the Age of International Cartels: The American Experience", *Antitrust Magazine*, 2000, 14, (3), pp 13 a 18.

Kobayashi, Bruce H. "Antitrust, Agency, and Amnesty: An Economic Analysis of the Criminal Enforcement of the Antitrust Laws Against Corporations", *George Washington Law Review*, 2000, 69, (5-6), pp. 715-745.

Organisation for Economic Co-operation and Development. *Competition Compliance Programmes*, OECD Competition Committee Discussion Paper, 2021, <http://oe.cd/ccp>.

Organisation for Economic Co-operation and Development. *Latin American and Caribbean Competition Forum (Spanish Version) Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia - Sesión I: Reforzando los Incentivos para los Acuerdos de Clemencia*. Nota del Secretariado de la OECD, 2022.

Organisation for Economic Co-operation and Development. *OECD Competition Trends 2024*. OECD Publishing. Paris. 2024. <https://doi.org/10.1787/e69018f9-en>

Organisation for Economic Co-operation and Development. *Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels (Adopted by the Council at its 921st Session on 25 March 1998 [C/M(98)7/PROV])*. C(98)35/Final, 1998.

Organisation for Economic Co-operation and Development. "The Future of Effective Leniency Programmes: Advancing Detection and Deterrence of Cartels", *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, 2023, (299), <https://doi.org/10.1787/9bc9dd57-en>

Palacios Lleras, Andrés. "Antitrust Leniency in Colombia: Achievements, Challenges and Recommendations", *Boletín de la Universidad del Rosario*, 2024, <https://urosario.edu.co/sites/default/files/2024-03/boletin-5-lenieny-in-colombia.pdf>

Posner, Richard A. "The Chicago School of Antitrust Analysis", *University of Pennsylvania Law Review*, 1978, 127, pp. 925-950.

Rivera, K., & Karlsson, P. "CEOs Are Getting Fired for Ethical Lapses More Than They Used To", *Harvard Business Review*, 2017.

Rooney, William H., Fleming, Timothy G. & Polizzano, Michelle A. "Tracing the Evolving Scope of the Rule of Reason and the Per Se Rule", *Columbia Business Law Review*, 2021, 2021, (1), pp. 1-56.

Sokol, D. Daniel. "Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age", *Berkeley Business Law Journal*, 2007, 4, (1), pp. 37-68.

Stigler, George J. "A Theory of Oligopoly", *The Journal of Political Economy*, 1964, 72, (1), pp. 44-61.

Stout, Lynn. *Cultivating Conscience. How Good Laws Make Good People*. Princeton University Press. 2011.

Superintendencia de Industria y Comercio. *Guía de Orientación Para el Diseño de Programas de Cumplimiento en Materia de Libre Competencia Económica*. 2024.

Capítulo 12

El impacto de los riesgos tecnológicos en las empresas

Erick Rincón Cárdenas³⁵³

Introducción

La tecnología se ha convertido en un pilar fundamental y en una herramienta poderosa en el desarrollo general de los negocios. Las empresas han adoptado diversas tecnologías para mejorar la eficiencia operativa, optimizar procesos y ofrecer productos y servicios más personalizados. Esta evolución ha permitido a las organizaciones expandirse globalmente, mejorar su capacidad de respuesta al mercado y desarrollar modelos de negocio innovadores. Sin embargo, junto con estas oportunidades, la dependencia creciente de la tecnología también ha introducido una serie de riesgos que si no se gestionan adecuadamente pueden comprometer la estabilidad y la continuidad de las operaciones empresariales.

Este capítulo se centra en analizar los riesgos asociados a tres áreas críticas de la tecnología: la ciberseguridad, la infraestructura tecnológica y la inteligencia artificial (IA). En primer lugar, la ciberseguridad se ha convertido en una prioridad para las empresas de todos los sectores. La creciente digitalización ha hecho que las organizaciones almacenen y procesen grandes volúmenes de datos, muchos de los cuales son sensibles o críticos para las operaciones. Esto ha atraído a ciberdelincuentes que buscan explotar vulnerabilidades para robar información, extorsionar o interrumpir las actividades empresariales. Además, los ataques cibernéticos cada vez son más complejos y sofisticados, lo que obliga a las empresas a implementar medidas de seguridad más robustas y a mantenerse al día frente a las últimas amenazas.

La infraestructura tecnológica también se ha convertido en un aspecto fundamental para las empresas. Esto ha generado una dependencia extrema de este modelo, lo que plantea un riesgo en caso de fallos. Existen diversas formas en las que una crisis podría afectar a la organización si cualquier componente de la infraestructura tecnológica, como la nube, las telecomunicaciones y la interconexión a terceros, falla, ya que son esenciales para que el modelo de negocio funcione.

Por su parte, la Inteligencia Artificial, tema en tendencia, representa tanto una oportunidad como un riesgo. La IA puede revolucionar la forma en que las empresas operan, desde la automatización de tareas rutinarias hasta la toma de decisiones estratégicas basadas en análisis de datos avanzados. Sin embargo, su implementación también conlleva riesgos que

³⁵³ Abogado de la Universidad del Rosario, con postgrado en Derecho Financiero y Derecho Contractual de la misma universidad, maestría en Derecho Mercantil de la Universidad Alfonso X de España y doctorado en Derecho de la Universidad Europea de Madrid. Ha sido profesor de pregrado y posgrado de las facultades de Derecho de varias universidades en las áreas de Derecho Financiero, Comercio Electrónico y *Legaltech*. En la Universidad del Rosario se desempeña como profesor asociado y como director de la Maestría en Negocios y Derecho del GSB (Graduate School of Business) y del TicTank.

se deben gestionar con cuidado, como la falta de transparencia en los algoritmos, que puede generar problemas de confianza.

1. Riesgos en ciberseguridad

Los riesgos tecnológicos son las amenazas potenciales que pueden comprometer la seguridad, integridad y disponibilidad de los activos de información y de los sistemas tecnológicos utilizados para gestionar las operaciones comerciales en una empresa. A medida que las empresas se vuelven más dependientes de la tecnología aumentan las posibilidades de que sus vulnerabilidades sean explotadas, ya sea por errores humanos, fallas en el sistema o ataques cibernéticos dirigidos. La adopción creciente de tecnologías avanzadas ha ampliado la superficie de ataque, exponiendo a las organizaciones a nuevos riesgos y amenazas.

1.1. Clasificación de amenazas

Las amenazas tecnológicas a las que se enfrenta una empresa pueden clasificarse en varias categorías según su origen, método de ataque y el tipo de impacto que generan. Comprender estas categorías es esencial para establecer estrategias de defensa adecuadas y gestionar los riesgos de manera efectiva.

1.1.1. Amenazas internas

Estas amenazas provienen del interior de la organización y pueden ser tanto intencionadas como accidentales. Surgen del uso inadecuado e intencional de los sistemas de información por parte de usuarios autorizados, conocidos como atacantes internos. Estos atacantes, que pueden ser empleados permanentes o temporales en quienes la organización ha depositado su confianza, pueden causar daños considerables desde dentro, aprovechando su acceso legítimo³⁵⁴. Según Carlos Melara, José María Sarriegui, José Julio González, Agata Sawicka y David L. Cooke³⁵⁵, los ataques reportados por el Computer Emergency Response Teams (CERT) han ido en aumento, duplicándose cada año, lo que resalta la necesidad de que las organizaciones implementen medidas para mitigar estos riesgos. Además, el abuso de la red por parte de atacantes internos es una amenaza creciente que puede llevar a pérdidas económicas significativas. Estas amenazas son difíciles de manejar porque se originan dentro de la empresa y, generalmente, son complejas de detectar y prevenir sin una vigilancia constante y políticas estrictas de gestión de acceso.

1.1.2. Amenazas externas

Las amenazas externas son ataques originados fuera de la organización, normalmente, por *hackers*, ciberdelincuentes o incluso competidores. Incluyen ataques cibernéticos directos, como el *phishing*, donde los atacantes intentan engañar a los empleados para que divulguen

³⁵⁴ García Velásquez, Javier Antonio. “Modelación de amenazas internas a la seguridad de la información utilizando dinámica de sistemas” tesis presentada al Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, México, 2006, en <https://1library.co/document/7q06oogq-modelacion-amenazas-internas-seguridad-informacion-utilizando-dinamica-sistemas.html> consulta de agosto 23 de 2024.

³⁵⁵ Melara, Carlos, Sarriegui, José María, González, José Julio, Sawicka, Agata & Cooke, David L. *A System Dynamics Model of an Insider Attack on an Information System*. Conference of System Dynamic, 2002.

información confidencial o sus credenciales de acceso, y el *malware*, que bloquea el acceso a los sistemas o datos de la empresa a menos que se pague un rescate. Otras amenazas son los ataques de denegación de servicio, que buscan sobrecargar los servidores de la empresa con tráfico para interrumpir el servicio³⁵⁶.

1.1.3. Amenazas naturales y físicas

Estas amenazas son eventos físicos que pueden dañar los sistemas tecnológicos y afectar su capacidad para operar. Los desastres naturales, como inundaciones, terremotos, incendios y tormentas, pueden destruir centros de datos, dañar equipos de red y provocar cortes de energía prolongados, interrumpiendo las operaciones empresariales. Los fallos en la infraestructura física, como fallos eléctricos o daños a las instalaciones, se engloban en esta categoría.

1.1.4. Amenazas tecnológicas o de *software*

Son fallos o vulnerabilidades en el *software* o en la tecnología utilizada por la empresa. Los errores en el *software*, tanto de código como de configuración, pueden ser explotados por atacantes para obtener acceso no autorizado o causar interrupciones en los sistemas. Las vulnerabilidades llamadas de día cero son especialmente peligrosas porque son fallas desconocidas para el desarrollador del *software* en el momento de su explotación, lo que deja a la empresa sin defensas inmediatas. Además, la obsolescencia tecnológica, cuando los sistemas y *software* antiguos ya no son compatibles o se vuelven inseguros, también representa un riesgo.

1.2. Amenazas comunes que sufren las organizaciones

1.2.1. *Malware*

El *malware* es un *software* malicioso diseñado para infiltrarse en los sistemas de una empresa sin el consentimiento del usuario. Entre los tipos de *malware* se encuentran virus, gusanos, troyanos, *spyware* y *ransomware*. Este último es particularmente peligroso porque cifra los datos de la víctima, haciendo que el acceso sea imposible hasta que se pague un rescate.

El ataque de *malware* a la EPS Sanitas, perteneciente al grupo de Keralty, ocurrido en 2022, reveló la debilidad de la infraestructura tecnológica de la entidad. Este ciberataque paralizó sus sistemas, afectando enormemente a miles de pacientes que dependían de la plataforma digital para acceder a consultas, tratamientos y otros servicios esenciales. Además, bloqueó el acceso a los datos y a los sistemas internos de la EPS³⁵⁷.

³⁵⁶ Valera Paulino, Armando. “Ataques de negación de servicio”, en Estudio de Ataques de Negación de Servicio, Monterrey, 2002, en <https://repositorio.tec.mx/bitstream/handle/11285/628399/CEM160644.pdf?sequence=1&isAllowed=y> consulta de agosto 23 de 2024.

³⁵⁷ Lesmes, Laura. “Keralty, la nueva víctima de los ataques de ‘ransomware’”, en *El Tiempo*, Bogotá, 4 de diciembre de 2022, en <https://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/keralty-detalles-del-ataque-de-ransomware-a-eps-sanitas-723175> consulta de agosto 26 de 2024.

1.2.2. *Phishing*

En 2022, el banco Oversea-Chinese Banking Corporation (OCBC) (Singapur) se enfrentó a una exigencia de capital adicional de 240 millones de dólares de Singapur (cerca de 175 millones de dólares estadounidenses). Esta solicitud se produjo después de que la autoridad monetaria de ese país determinara que el banco debía reforzar su capital regulatorio, como respuesta a una serie de incidentes de fraude de *phishing* que afectaron a sus clientes. Estos incidentes, que ocurrieron a finales de 2021, resultaron en pérdidas significativas para los clientes de OCBC, quienes fueron engañados por estafadores que se hicieron pasar por el banco a través de mensajes de texto fraudulentos³⁵⁸.

Estas amenazas son ataques que utilizan la ingeniería social para engañar a los empleados y hacer que revelen información confidencial, como nombres de usuario y contraseñas, o que realicen acciones que comprometan la seguridad de la empresa. El *phishing* masivo suele dirigirse a un amplio grupo de usuarios, mientras que el *spear phishing* está dirigido a individuos específicos, a menudo en posiciones de alta responsabilidad, utilizando información personalizada para aumentar las posibilidades de éxito. Las principales vías de acceso son correos electrónicos falsos que parecen legítimos, mensajes instantáneos y sitios web fraudulentos.

1.2.3. Acceso no autorizado

Consiste en obtener acceso a sistemas o datos de la empresa sin permiso. Esto puede ocurrir por la explotación de las vulnerabilidades de seguridad en el *software* o sistemas, ataques de fuerza bruta que prueban numerosas combinaciones de contraseñas o con credenciales robadas. Los atacantes pueden acceder a la red corporativa a través de redes wifi inseguras, puertos de acceso no protegidos o mediante dispositivos conectados que no están asegurados adecuadamente.

1.2.4. Ataques de denegación de servicio

Estos ataques están diseñados para sobrecargar los servidores de la empresa con un tráfico masivo, haciéndolos inoperables y, por lo tanto, interrumpiendo el acceso a servicios críticos. Se suelen hacer mediante *botnets*, redes de dispositivos infectados que son controlados de forma remota por el atacante. Las empresas pueden verse afectadas tanto directamente por la interrupción de sus servicios como indirectamente por los daños a su reputación y por la pérdida de ingresos durante los períodos de inactividad.

1.2.5. Explotación de vulnerabilidades de *software*

Muchas amenazas se derivan de la explotación de fallos o vulnerabilidades en el *software* de las empresas. Los atacantes buscan y aprovechan estas debilidades para infiltrarse en los sistemas, instalar *software* malicioso, robar datos o causar daños. Las vulnerabilidades pueden existir en sistemas operativos, aplicaciones de *software*, navegadores y otros componentes críticos.

³⁵⁸ Sheehan, Matt. "Singapor's OCBC told to reserve extra \$240m after phishing scam", *Reinsurance News*, 30th May 2022, en https://www.reinsurancene.ws/singapores-ocbc-told-to-reserve-extra-240m-after-phishing-scam/?gad_source=1&gclid=Cj0KCQjw28W2BhC7ARIsAPerccJTupu_A0iJhVCf22Jt7JS_BInF4aZS8PnIQOR8VPOir9k6oltI9JwaAjoXEALw_wcB consulta de agosto 29 de 2024.

1.2.6. Ingeniería social y manipulación psicológica

Además de los métodos tecnológicos, los atacantes suelen emplear tácticas de ingeniería social para manipular psicológicamente a los empleados y obtener acceso a información confidencial. Esto puede incluir hacerse pasar por personal de soporte técnico para obtener contraseñas o manipular a los empleados para que instalen algún *software* malicioso. Estas amenazas son difíciles de detectar y prevenir porque explotan la confianza y la falta de conocimiento en seguridad de los empleados.

2. Riesgos respecto a la infraestructura tecnológica

La infraestructura tecnológica se refiere a los recursos de tecnología compartidos que la plataforma pone a disposición para las aplicaciones específicas de sistemas de información de una empresa. Comprende inversiones en *hardware* y *software* para el funcionamiento de la compañía, como plataformas de cómputo, servicios de telecomunicaciones, administración de datos y aplicaciones, entre otros³⁵⁹.

En un entorno empresarial, la infraestructura tecnológica es fundamental para soportar las operaciones diarias, permitiendo el flujo de información y la ejecución de procesos de manera más eficiente. Una infraestructura tecnológica robusta, bien diseñada y gestionada es la forma más sencilla de integrar distintas tecnologías emergentes dentro de la empresa, mejorando su agilidad, escalabilidad y su capacidad de innovar³⁶⁰.

2.1. La nube

La computación en la nube ha revolucionado la manera como las empresas gestionan y acceden a sus recursos tecnológicos. Este modelo de servicio ofrece el acceso remoto a servicios de tecnologías de la información (TI), como almacenamiento, procesamiento y aplicaciones, sin necesitar una infraestructura local robusta. Esencialmente, la nube ofrece a las empresas la posibilidad de escalar sus operaciones de forma rápida y sin tener que invertir un capital elevado para comprar y mantener el *hardware* y *software*. Asimismo, es un enfoque flexible que les permite adaptarse a las demandas del mercado de una forma más eficiente³⁶¹.

Sin embargo, si la nube falla, las operaciones de la empresa se pueden ver afectadas, especialmente si depende en gran medida de estos servicios para sus actividades diarias. Un claro ejemplo se presentó en diciembre de 2021, cuando la caída de Amazon Web Services (AWS) provocó un caos que afectó a millones de usuarios y causó problemas operativos en empresas dependientes, incluidos gigantes tecnológicos y plataformas populares como

³⁵⁹ Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales. “Unidad 1: Introducción a la Informática Hardware y Software”, en Seminario de Informática, Universidad Nacional de Salta, Argentina, 2019, en https://economicas.unsa.edu.ar/sigeco/archivos/semi_material/U1-DT-IntroduccionaInformatica.pdf consulta de agosto 27 de 2024.

³⁶⁰ Peña Casanova, Mónica y Anías Calderón, Caridad. “Modelo para la gestión de infraestructuras de tecnologías de la información”, *Tecnológicas*, 2020, 23, (48), pp. 31-53, en <https://doi.org/10.22430/22565337.1449> consulta de agosto 27 de 2024.

³⁶¹ Loaiza Zuluaga, Roberto Carlos. *Análisis de Riesgos en Seguridad Cloud Computing*, trabajo de grado presentado a la Universidad Piloto de Colombia, Bogotá, 2014, en <https://repository.unipiloto.edu.co/bitstream/handle/20.500.12277/2862/Trabajo%20de%20grado1911.pdf?sequence=1&isAllowed=y> consulta de agosto 27 de 2024.

Netflix, Disney+ y Robinhood, causando interrupciones severas y pérdidas estimadas en millones de dólares.

Las operaciones de Amazon también se vieron gravemente afectadas. Herramientas internas clave, como los sistemas de logística y entrega, dejaron de funcionar, causando retrasos en miles de entregas y trastornos en su cadena de suministro. Este incidente mostró los riesgos asociados a la dependencia de la nube, evidenciando cómo una falla en la infraestructura puede desencadenar efectos en cascada e impactar tanto a las empresas usuarias como al proveedor³⁶².

2.2. Telecomunicaciones

La infraestructura tecnológica de telecomunicaciones es un conjunto de recursos y servicios que permite la transmisión de datos, voz y video a través de redes, facilitando la comunicación y el intercambio de información entre personas, dispositivos y sistemas. Este modelo incluye redes de fibra óptica, antenas de telecomunicaciones, satélites, centros de datos y el *software* y *hardware* necesarios para su operación³⁶³. Las telecomunicaciones son fundamentales para el entorno empresarial moderno, porque permiten una conectividad continua, posibilitan la colaboración a larga distancia y habilitan el acceso a servicios basados en la nube.

La caída de las redes sociales, por ejemplo, tiene un impacto significativo para las pequeñas empresas que dependen en gran medida de estas plataformas para interactuar con sus clientes, promocionar productos y realizar ventas. Durante una interrupción, las empresas experimentan una significativa disminución en sus operaciones diarias, evidenciando la vulnerabilidad de depender de un único canal digital para la comunicación y el comercio³⁶⁴. Un fallo en la infraestructura de telecomunicaciones afecta la capacidad de una compañía para mantener sus operaciones, lo que resulta en pérdidas financieras, daños a su reputación y disminución de su eficiencia operativa. En un mundo altamente conectado, donde las empresas dependen de la conectividad continua para atender distintas funciones, como la atención al cliente, la gestión de inventarios y las ventas en línea, una interrupción prolongada puede generar consecuencias catastróficas.

2.3. Interconexión con terceros

En julio de 2024, Microsoft sufrió una caída global relacionada con una actualización en su servicio de CrowdStrike, que afectó a miles de empresas que dependían de sus servicios de *software* y de la nube. Este apagón tecnológico tuvo un impacto significativo en diversas industrias, provocando interrupciones masivas en sus sistemas. Como resultado, las empresas

³⁶² Forbes Staff. “Caída de AWS provocó caos en las propias operaciones de Amazon, lo que resalta los riesgos de la nube”, *Forbes Colombia*, Colombia, 8 de diciembre de 2021, en <https://forbes.co/2021/12/08/tecnologia/caida-de-aws-provoco-caos-en-las-propias-operaciones-de-amazon-lo-que-resalta-los-riesgos-de-la-nube> consulta de agosto 30 de 2024.

³⁶³ Mellado Ochoa, Abel Luis. “La infraestructura de telecomunicaciones y el desarrollo económico de los países”, trabajo de investigación presentado a la Universidad del Pacífico, Buenaventura, 2016, en <https://core.ac.uk/download/pdf/79776292.pdf> consulta de agosto 28 de 2024.

³⁶⁴ Anderson, Mae. “La caída de redes sociales afecta a las pequeñas empresas, así que es importante tener un plan B”, *Los Angeles Times*, Los Angeles, marzo 6 de 2024, en <https://www.latimes.com/espanol/vida-y-estilo/articulo/2024-03-06/la-caida-de-redes-sociales-afecta-a-las-pequenas-empresas-asi-que-es-importante-tener-un-plan-b> consulta de agosto 27 de 2024.

afectadas se vieron obligadas a suspender temporalmente sus actividades, lo que expuso la vulnerabilidad de la infraestructura digital ante fallos de gran magnitud³⁶⁵.

La infraestructura tecnológica de interconexión con terceros está compuesta por un conjunto de sistemas y tecnologías que le permite a una empresa conectarse y comunicarse con socios, proveedores, clientes y otros actores de una forma eficiente y segura³⁶⁶. Su principal objetivo es facilitar el intercambio de información y servicios entre distintas entidades, mejorando la capacidad de respuesta a las necesidades del mercado y la eficiencia operativa.

El principal desafío de este modelo radica en la creciente dependencia de las organizaciones hacia proveedores externos y una infraestructura de red centralizada. Las compañías que confían en un único proveedor o en un conjunto limitado de servicios interconectados son particularmente vulnerables a interrupciones. Además, se ha observado que existen actores dominantes en el mercado tecnológico, lo que se relaciona con el desafío de la infraestructura de interconexión con terceros y la dependencia excesiva de estos servicios por parte de otras empresas.

Cuando una sola empresa, como Microsoft, domina el mercado, puede controlar cómo las compañías acceden a los productos y servicios que ofrece³⁶⁷. Esto crea un escenario en el que las compañías que dependen de su infraestructura quedan expuestas a riesgos si falla, como sucedió con la caída del sistema de CrowdStrike, lo que generó una crisis en las operaciones de alrededor del mundo.

3. Riesgos relacionados con la Inteligencia Artificial

Según la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), la IA es un sistema basado en máquinas que, con objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de la entrada que recibe, cómo generar salidas como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales. Los diferentes sistemas de IA varían en sus niveles de autonomía y adaptabilidad después de su implementación³⁶⁸.

La IA, una herramienta que utiliza algoritmos y modelos matemáticos para procesar una gran cantidad de información y tomar decisiones con base en patrones y reglas establecidas, ha contribuido a que las empresas logren un mayor nivel de eficiencia, pues permite automatizar procesos, reducir costos y crear productos personalizados, entre otros beneficios.

³⁶⁵ La República. “El apagón tecnológico mundial afecta a las industrias y resalta los riesgos de internet”, *La República*, Colombia, 19 de julio de 2024, en <https://www.larepublica.co/globoeconomia/el-apagon-tecnologico-mundial-afecta-a-las-industrias-y-resalta-los-riesgos-de-internet-3911410> consulta de agosto 27 de 2024.

³⁶⁶ Rivera Plata, Miguel Ángel y Sánchez Beltrán, Kevin Eliecer. “Diseño de un modelo de infraestructura de interconexión para pymes”, proyecto de grado presentado a la Universidad Libre, Bogotá, 2015, en <https://repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/8928/DOCUMENTO-TESIS%20FINAL%20ENTREGA%202%20DE%20AGOSTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y> consulta de agosto 27 de 2024.

³⁶⁷ García Adánez, Diego. “Abuso de posición dominante en relación con la tecnología”, trabajo presentado a la Universidad de Comillas, Madrid, 2019, en <https://repositorio.comillas.edu/jspui/bitstream/11531/29744/1/TFG%20-%20Garcia%20Adanez%2C%20Diego.pdf> consulta de agosto 28 de 2024.

³⁶⁸ OECD Library. “Explanatory memorandum on the updated OECD definition of an AI system”, *OECD Artificial Intelligence Papers*, 05 Mar 2024, en <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/623da898-en.pdf?expires=1723212626&id=id&accname=quest&checksum=E9A3D570869087CCF8A0A929BBE2B2FF> consulta de agosto 27 de 2024.

Las organizaciones que están adoptando la IA están utilizando un enfoque integral que busca trabajar en tres aspectos: transformación del negocio, mejora en la toma de decisiones y modernización de los sistemas y procesos, permitiendo una mayor escalabilidad y un intercambio de datos más eficiente³⁶⁹. Su implementación obliga a realizar cambios externos e internos en la empresa.

Desde lo externo, la IA mejora la experiencia del cliente, optimizando su interacción con la organización³⁷⁰. En el ámbito interno, transforma el funcionamiento de las empresas al generar que sus trabajadores se enfoquen en labores más profundas y complicadas, dejando de lado tareas rutinarias y repetitivas.

Es importante comprender que existen distintas ramas de la IA que van a actuar de cierta manera según las bases de datos que se le entreguen, con el fin de maximizarlas según el modelo de negocio de la empresa.

3.1. Clasificación de la IA

Dentro de la IA existen diversas categorías. Sin embargo, es relevante explicar las principales para comprender los riesgos asociados a este sistema.

3.1.1. Sistemas expertos

Son programas inteligentes que utilizan conocimiento y procedimientos inferenciales para resolver problemas complejos que requieren la competencia de un humano experto. De acá surge la idea de que a la hora de resolver un problema el sistema debe comportarse de manera similar a una persona capacitada para realizar la misma tarea.

En el momento de resolver un problema, el sistema experto debe cumplir unas características deseables: (i) tener conocimiento de la especialidad de la persona; (ii) el contexto de los problemas deben ser diversos; (iii) evitar la discriminación de la información; (iv) brindar una justificación exhaustiva y concreta sobre su respuesta; (v) resolver el problema de manera eficiente, y (vi) reconocer sus limitaciones de conocimiento y determinar en qué casos puede o no ofrecer una solución adecuada³⁷¹.

No obstante, esta modalidad de IA presenta serias limitaciones en cuanto a sus posibles aplicaciones y al grado de integración que puede alcanzar dentro de la empresa. Dado el contexto específico donde el sistema experto se desenvolverá, se ha evidenciado que no se adecúan de manera correcta al manejo y seguimiento de tareas que implican operaciones mecánicas repetitivas o donde la adaptabilidad es clave. La dependencia excesiva de esta tecnología puede llevar a un estancamiento en procesos críticos si el sistema falla o no se adapta a nuevas condiciones, generando un riesgo significativo para la continuidad del negocio.

³⁶⁹ Tenés Trillo, Eduardo. “Impacto de la Inteligencia Artificial en las Empresas”, trabajo de fin de grado presentado a la Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, 2023, en https://oa.upm.es/75532/1/TFG_EDUARDO_TENES_TRILLO_2.pdf consulta de agosto 27 de 2024.

³⁷⁰ Reier Forradellas, Ricardo Francisco & Garay Gallastegui, Luis Miguel. “Digital Transformation and Artificial Intelligence Applied to Business: Legal Regulations, Economic Impact and Perspective”, *Laws*, 2021.

³⁷¹ Amador Hidalgo, Luis. *Inteligencia Artificial y Sistemas Expertos*. Universidad de Córdoba. Córdoba. 1997. pp. 133-149.

Asimismo, si no se nutre la IA con una amplia variedad de problemas a resolver, puede volverse limitada y sesgada, careciendo de la capacidad para responder adecuadamente a situaciones no contempladas durante su entrenamiento³⁷². Esto no solo afecta la precisión de las decisiones automatizadas, sino que también introduce sesgos algorítmicos que pueden llevar a resultados injustos o ineficaces, comprometiendo tanto la eficiencia operativa como la toma de decisiones. Además, la falta de transparencia en cómo el sistema llega a sus conclusiones puede dificultar la auditoría y afectar la confianza en los resultados, lo que representa un desafío adicional en términos de cumplimiento regulatorio y gestión de riesgos.

3.1.2. *Machine learning*

El *machine learning* (ML), o aprendizaje automático, es una rama de la IA que se enfoca en desarrollar algoritmos y técnicas que permiten a las máquinas aprender de los datos. A diferencia de los sistemas tradicionales de programación, donde se le dice explícitamente a una máquina qué hacer, en el *machine learning* se entrenan modelos que pueden identificar patrones, hacer predicciones y tomar decisiones basadas en datos. Esta capacidad de "aprendizaje" permite a las máquinas mejorar su rendimiento con el tiempo, a medida que se les expone a más datos.

El proceso de *machine learning* generalmente implica varios pasos. Primero se recopila y prepara un conjunto de datos que servirá de base para el entrenamiento del modelo. Este conjunto de datos debe ser lo suficientemente grande y diverso para que el modelo pueda aprender de manera efectiva. Luego, se selecciona un algoritmo de *machine learning* apropiado, que puede variar según la naturaleza del problema. Algunos de los algoritmos más comunes incluyen árboles de decisión, redes neuronales, máquinas de vectores de soporte y métodos de ensamble.

Una vez seleccionado el algoritmo, el modelo se entrena utilizando el conjunto de datos preparado. En el caso del aprendizaje supervisado, este conjunto de datos incluye tanto las entradas (datos de características) como las salidas deseadas (etiquetas). Durante el entrenamiento el modelo ajusta sus parámetros internos para minimizar el error entre sus predicciones y las salidas reales. Este proceso se repite iterativamente hasta que el modelo alcanza un nivel de precisión satisfactorio. En el aprendizaje no supervisado el modelo no recibe etiquetas de salida y, en su lugar, trata de encontrar estructuras o patrones ocultos dentro de los datos³⁷³.

Es fundamental que las empresas que adopten el *machine learning* para sus operaciones no tengan una confianza excesiva en él. De hacerlo, podrían llegar a tomar decisiones sin la supervisión necesaria, especialmente en situaciones complejas donde se requiere el juicio humano. Además, puede presentarse el fenómeno de *data drift*, en el que la máquina se vuelve menos efectiva debido a que, con el paso del tiempo, los datos de entrada cambian, lo que genera que las predicciones sean inexactas o irrelevantes³⁷⁴.

³⁷² Amador Hidalgo, Luis. *Inteligencia Artificial y Sistemas Expertos*, pp. 153-209.

³⁷³ Galmés González, Edith. *Machine Learning aplicado a la seguridad*, trabajo de grado presentado a la Universitat Oberta de Catalunya, España, 2019, en <https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/111586/6/egalmesgTFM1219memoria.pdf> consulta de agosto 26 de 2024.

³⁷⁴ Carbonero Álvarez, Pablo. *Desarrollo de un framework de detección de data drifting*, trabajo de grado presentado a Comillas Universidad Pontificia, Madrid, 2022, en

3.1.3. Redes neuronales artificiales

Las redes neuronales artificiales son un modelo matemático dentro del campo de *machine learning* que busca emular el funcionamiento del cerebro humano. Inspirado en el comportamiento de las neuronas biológicas, es un conjunto de unidades de procesamiento interconectadas que funcionan de manera similar a las neuronas del cerebro humano. Estas redes son capaces de aprender y mejorar su rendimiento mediante un proceso de entrenamiento donde se ajustan los pesos de las conexiones entre las neuronas para optimizar la salida en función de los datos de entrada.

El componente básico de una red neuronal recibe una serie de entradas y calcula una salida a través de una función de activación que imita el proceso de activación de una neurona biológica cuando se alcanza un umbral de excitación. La salida se transmite por las conexiones a otras neuronas dentro de la red³⁷⁵.

Al implementar redes neuronales artificiales las empresas pueden encontrar desafíos tecnológicos significativos. Uno de ellos es el sobreajuste, que ocurre cuando el modelo aprende demasiado de los datos de entrenamiento, pero falla cuando se aplica a nuevos datos, comprometiendo la precisión en usos reales. La calidad y la integridad de los datos utilizados son cruciales, ya que datos sesgados o de baja calidad pueden afectar el desempeño del modelo. Además, la naturaleza compleja y poco transparente de estas redes, conocidas como "cajas negras", dificulta entender cómo se toman las decisiones, lo cual puede ser problemático en industrias que requieren claridad y explicaciones detalladas³⁷⁶. Durante el proceso de inferencia, la red neuronal procesa la información mediante la activación de múltiples capas de neuronas interconectadas, ajustando sus pesos de manera autónoma sin generar una representación explícita del razonamiento subyacente. Esto hace que la red pueda proporcionar respuestas correctas sin que sea evidente qué factores específicos influyeron en cada resultado, lo que dificulta la validación del modelo, la detección de errores y la optimización de su desempeño.

3.1.4. Deep learning

El *deep learning* es una rama avanzada del *machine learning* que es capaz de aprender automáticamente representaciones jerárquicas de datos, capturando patrones y características con múltiples niveles de abstracción. Los modelos de *deep learning* están estructurados en varias capas de neuronas artificiales llamadas "capas ocultas", que transforman los datos de entrada en salidas útiles mediante operaciones matemáticas. Cada capa, en una red profunda, procesa los datos de manera progresiva, extrayendo características más abstractas a medida que los datos avanzan por la red. Es decir, tiene la capacidad para manejar grandes cantidades de datos no estructurados, como imágenes, texto y audio. Esto hace al *deep learning*

https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/62853/TFG_CarboneroAlvarez%2c%20%20Pablo.pdf?sequence=1&isAllowed=y consulta de agosto 27 de 2024.

³⁷⁵ Matich, Damián Jorge. *Redes Neuronales: Conceptos Básicos y Aplicaciones*, trabajo de grado presentado a la Universidad Tecnológica Nacional, Rosario, 2001, en

https://www.fro.utn.edu.ar/repositorio/catedras/quimica/5_anio/orientadora/1/monograias/matich-redesneuronales.pdf consulta de agosto 26 de 2024.

³⁷⁶ BBC News Mundo. "Qué es la misteriosa 'caja negra' de la inteligencia artificial que desconcierta a los expertos (y por qué aún no entendemos cómo aprenden las máquinas)", *BBC News Mundo*, 20 de abril de 2023, en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-65331262> consulta de agosto 26 de 2024.

especialmente potente para aplicaciones que implican reconocimiento de patrones complejos y análisis predictivo³⁷⁷.

Sin embargo, el *deep learning* requiere enormes cantidades de datos y potencia computacional, lo que puede ser una barrera para muchas organizaciones. Además, sus múltiples capas de transformación convierten los datos en representaciones abstractas difíciles de interpretar, lo que hace que estos modelos sean considerados 'cajas negras'. Esta falta de transparencia plantea desafíos en sectores donde la explicabilidad es crucial, como la medicina y las finanzas.

3.2. Desafíos en la adopción de IA

La adopción de la IA en una empresa presenta varios desafíos y limitaciones tecnológicas que se deben considerar. Uno de los principales es la necesidad de contar con una infraestructura tecnológica adecuada para soportar los modelos de IA, lo que puede implicar hacer una alta, compleja y significativa inversión en *hardware* especializado, como unidades de procesamiento gráfico (GPU) y almacenamiento masivo de datos. Además, la implementación de la IA requiere una gestión eficaz de los datos, ya que los modelos de aprendizaje automático necesitan grandes volúmenes de datos de alta calidad para entrenarse adecuadamente. Si los datos están incompletos, son sesgados o tienen baja calidad, el rendimiento del modelo se puede comprometer y generar información errónea.

Otro desafío es la seguridad y privacidad de los datos. La IA a menudo necesita acceder a datos sensibles para ser efectiva, lo que genera preocupación sobre el manejo seguro de la información y su protección ante posibles ataques cibernéticos. Las empresas deben garantizar que sus sistemas de IA cumplan con las normativas de privacidad de datos. La falta de personal con las habilidades técnicas necesarias para desarrollar, implementar y mantener sistemas de IA también es una limitación significativa. La escasez de talento en áreas como el aprendizaje automático, la ciencia de datos y la ingeniería de *software* puede retrasar la adopción y el despliegue efectivo de la IA en una organización. Este desafío exige una continua capacitación y actualización, así como el desarrollo de habilidades para mantenerse al día con los rápidos avances del campo.

Conclusiones y recomendaciones

En este capítulo se expusieron algunos de los riesgos relacionados con el uso de la tecnología que pueden afectar a las organizaciones. Es importante conocerlos para asegurar la estabilidad y continuidad de las operaciones empresariales, así como promover la seguridad de sus sistemas. Aunque la tecnología ha generado múltiples oportunidades de mejora para los negocios, también conllevan desafíos significativos que requieren atención y soluciones estratégicas para evitar o minimizar los posibles problemas.

³⁷⁷ García Tudela, Laura. *El Deep Learning: Perspectiva general y su aplicación en el campo de healthcare*, trabajo de grado presentado a Comillas Universidad Pontificia, Madrid, 2022, en <https://repositorio.comillas.edu/jspui/bitstream/11531/57044/2/TFG%20-%20Garcia%20Tudela%2C%20Laura.pdf> consulta de 28 de agosto de 2024.

En cuanto a la infraestructura tecnológica, es fundamental que las organizaciones inviertan en TI para garantizar su robustez, calidad y sostenibilidad, lo que permite el buen funcionamiento de las operaciones diarias y facilita la integración de tecnologías emergentes, entre otros beneficios. Además, las compañías deben evitar la dependencia excesiva de proveedores externos, porque si fallan, la empresa puede enfrentar vulnerabilidades. Por ello, es necesario evaluar distintas soluciones para mitigar este riesgo y asegurar la continuidad del negocio.

La ciberseguridad es un aspecto en constante evolución. A medida que surgen nuevas amenazas, la integridad, confidencialidad y disponibilidad de los activos de información de las empresas están más expuestos. La creciente digitalización y la interconexión de sistemas amplían la superficie de ataque, lo que hace imprescindible implementar medidas de seguridad avanzadas y mantener una vigilancia constante. Esto es clave para prevenir, detectar y responder rápidamente a los incidentes de seguridad, minimizando así su impacto en las operaciones empresariales.

Aunque la IA emerge como una herramienta poderosa que ofrece la posibilidad de automatizar procesos, mejorar la toma de decisiones y desarrollar nuevos productos y servicios, también introduce riesgos asociados con la transparencia, los sesgos algorítmicos y la seguridad de los datos. Las compañías que adopten la IA deben revisar constantemente los algoritmos que la componen para evitar sesgos y garantizar la transparencia en los procesos de toma de decisiones.

La implementación de IA en las empresas se debe gestionar con un enfoque ético y responsable, asegurando que no se comprometan la equidad ni la confianza en las decisiones automatizadas. Diversos Estados han promulgado políticas para regular su adecuada implementación, que servirán de guía para que los empresarios la adopten de manera segura. Un ejemplo es la Ley de IA de la Unión Europea, que establece normativas para diversos sectores. Su objetivo es crear un marco legal que garantice seguridad y ética, clasificando las aplicaciones según su nivel de riesgo. La ley prohíbe prácticas de alto riesgo, como la vigilancia masiva y la manipulación psicológica, además de imponer requisitos estrictos para aplicaciones de riesgo medio y bajo, promoviendo la transparencia y la responsabilidad en su desarrollo.

Bibliografía

Amador Hidalgo, Luis. *Inteligencia Artificial y Sistemas Expertos*. Universidad de Córdoba. Córdoba. 1997.

Anderson, Mae. “La caída de redes sociales afecta a las pequeñas empresas, así que es importante tener un plan B”, *Los Angeles Times*, Los Ángeles, marzo 6 de 2024, en <https://www.latimes.com/espanol/vida-y-estilo/articulo/2024-03-06/la-caida-de-redes-sociales-afecta-a-las-pequenas-empresas-asi-que-es-importante-tener-un-plan-b> consulta de agosto 27 de 2024.

BBC News Mundo. “Qué es la misteriosa ‘caja negra’ de la inteligencia artificial que desconcierta a los expertos (y por qué aún no entendemos cómo aprenden las máquinas)”, *BBC News Mundo*, 20 de abril de 2023, en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-65331262> consulta de agosto 26 de 2024.

Carbonero Álvarez, Pablo. *Desarrollo de un framework de detección de data drifting*, trabajo de fin de grado presentado a Comillas Universidad Pontificia, Madrid, 2022, en https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/62853/TFG_CarboneroAlvarez%2c%20%20Pablo.pdf?sequence=1&isAllowed=y consulta de agosto 27 de 2024.

Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales. “Unidad 1: Introducción a la Informática Hardware y Software”, en Seminario de Informática, Universidad Nacional de Salta, Argentina, 2019, en https://economicas.unsa.edu.ar/sigeco/archivos/semi_material/U1-DT-IntroduccionaLaInformatica.pdf consulta de agosto 27 de 2024.

Forbes Staff. “Caída de AWS provocó caos en las propias operaciones de Amazon, lo que resalta los riesgos de la nube”, *Forbes Colombia*, Colombia, 8 de diciembre de 2021, en <https://forbes.co/2021/12/08/tecnologia/caida-de-aws-provoco-caos-en-las-propias-operaciones-de-amazon-lo-que-resalta-los-riesgos-de-la-nube> consulta de agosto 30 de 2024.

Galmés González, Edith. *Machine Learning aplicado a la seguridad*, trabajo de grado presentado a la Universitat Oberta de Catalunya, España, 2019, en <https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/111586/6/egalmesgTFM1219memoria.pdf> consulta de agosto 26 de 2024.

García Adánez, Diego. “Abuso de posición dominante en relación con la tecnología”, trabajo presentado a la Universidad de Comillas, Madrid, 2019, en <https://repositorio.comillas.edu/jspui/bitstream/11531/29744/1/TFG%20-%20Garcia%20Adanez%2C%20Diego.pdf> consulta de agosto 28 de 2024.

García Tudela, Laura. *El Deep Learning: Perspectiva general y su aplicación en el campo de healthcare*, trabajo de grado presentado a Comillas Universidad Pontificia, Madrid, 2022, en <https://repositorio.comillas.edu/jspui/bitstream/11531/57044/2/TFG%20-%20Garcia%20Tudela%2C%20Laura.pdf> consulta de agosto 28 de 2024.

García Velásquez, Javier Antonio. “Modelación de amenazas internas a la seguridad de la información utilizando dinámica de sistemas”, tesis presentada al Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, México, 2006, en <https://1library.co/document/7q06oogq-modelacion-amenazas-internas-seguridad-informacion-utilizando-dinamica-sistemas.html> consulta de agosto 23 de 2024.

La República. “El apagón tecnológico mundial afecta a las industrias y resalta los riesgos de internet”, *La República*, Colombia, 19 de julio de 2024, en <https://www.larepublica.co/globoeconomia/el-apagon-tecnologico-mundial-afecta-a-las-industrias-y-resalta-los-riesgos-de-internet-3911410> consulta de agosto 27 de 2024.

Lesmes, Laura. “Keralty, la nueva víctima de los ataques de ‘ransomware’”, en *El Tiempo*, Bogotá, 4 de diciembre de 2022, en <https://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/keralty-detalles-del-ataque-de-ransomware-a-eps-sanitas-723175> consulta de agosto 26 de 2024.

Loaiza Zuluaga, Roberto Carlos. *Análisis de Riesgos en Seguridad Cloud Computing*, trabajo de grado presentado a la Universidad Piloto de Colombia, Bogotá, 2014, en <https://repository.unipiloto.edu.co/bitstream/handle/20.500.12277/2862/Trabajo%20de%20grado1911.pdf?sequence=1&isAllowed=y> consulta de agosto 27 de 2024.

Matich, Damián Jorge. *Redes Neuronales: Conceptos Básicos y Aplicaciones*, trabajo de grado presentado a la Universidad Tecnológica Nacional, Rosario 2001, en https://www.frro.utn.edu.ar/repositorio/catedras/quimica/5_anio/orientadora1/monograias/matich-redesneuronales.pdf consulta de agosto 26 de 2024.

Melara, Carlos, Sarriegui, José María, González, José Julio, Sawicka, Agata & Cooke, David L. *A System Dynamics Model of an Insider Attack on an Information System*. Conference of System Dynamic, 2002.

Mellado Ochoa, Abel Luis. “La infraestructura de telecomunicaciones y el desarrollo económico de los países”, trabajo de investigación presentado a la Universidad del Pacífico, Buenaventura, 2016, en <https://core.ac.uk/download/pdf/79776292.pdf> consulta de agosto 28 de 2024.

OECD Library. “Explanatory memorandum on the updated OECD definition of an AI system”, *OECD Artificial Intelligence Papers*, 05 Mar 2024, en <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/623da898-en.pdf?expires=1723212626&id=id&accname=quest&checksum=E9A3D570869087CCF8A0A929BBE2B2FF> 27 de agosto 2024.

Peña Casanova, Mónica y Anías Calderón, Caridad. “Modelo para la gestión de infraestructuras de tecnologías de la información”, *TecnoLógicas*, 2020, 23, (48), pp. 31-53, en <https://doi.org/10.22430/22565337.1449> consulta de agosto 27 de 2024.

Reier Forradellas, Ricardo Francisco & Garay Gallastegui, Luis Miguel. “Digital Transformation and Artificial Intelligence Applied to Business: Legal Regulations, Economic Impact and Perspective”, *Laws*, 2021.

Rivera Plata, Miguel Ángel y Sánchez Beltrán, Kevin Eliecer. “Diseño de un modelo de infraestructura de interconexión para pymes”, proyecto de grado presentado a la Universidad Libre, Bogotá, 2015, en <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/8928/DOCUMENTO-TESIS%20FINAL%20ENTREGA%20%20DE%20AGOSTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y> consulta de agosto 27 de 2024.

Sheehan, Matt. “Singapore’s OCBC told to reserve extra \$240m after phishing scam”, *Reinsurance News*, 30th May 2022, en <https://www.reinsurancene.ws/singapores-ocbc-told->

[to-reserve-extra-240m-after-phishing-scam/?gad_source=1&gclid=Cj0KCQjw28W2BhC7ARIsAPerrcJTupu_A0iJhVCf22Jt7JSBlnF4aZS8PnIQOR8VPOir9k6oltI9JwaAjOXEALw_wcB](https://www.superintendencia.gov.co/Pages/consultas.aspx?to-reserve-extra-240m-after-phishing-scam/?gad_source=1&gclid=Cj0KCQjw28W2BhC7ARIsAPerrcJTupu_A0iJhVCf22Jt7JSBlnF4aZS8PnIQOR8VPOir9k6oltI9JwaAjOXEALw_wcB) consulta de agosto 29 de 2024.

Tenés Trillo, Eduardo. “Impacto de la Inteligencia Artificial en las Empresas”, trabajo de fin de grado presentado a la Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, 2023, en https://oa.upm.es/75532/1/TFG_EDUARDO_TENES_TRILLO_2.pdf consulta de agosto 27 de 2024.

Valera Paulino, Armando. “Ataques de negación de servicio”, en Estudio de Ataques de Negación de Servicio, Monterrey, 2002, en <https://repositorio.tec.mx/server/api/core/bitstreams/66395ddd-6233-48f9-8efe-5ccfdb97e6/content> consulta de agosto 23 de 2024.

Capítulo 13

Riesgos por cumplimiento tributario en Colombia

Catalina Hoyos Jiménez³⁷⁸

Introducción

En el dinámico panorama empresarial colombiano, la gestión eficaz de los riesgos tributarios se ha convertido en un imperativo estratégico. La complejidad del sistema tributario nacional, caracterizado por sus frecuentes reformas y una creciente regulación, plantea desafíos significativos para las empresas que operan en el país. Desde la implementación de la Ley 1819 de 2016, que introdujo una reforma tributaria importante, hasta las más recientes modificaciones, como la Ley 2277 de 2022, el entorno fiscal ha experimentado transformaciones sustanciales que amplían el espectro de riesgos tributarios para las organizaciones.

En Colombia, la situación se complica aún más por la alta frecuencia con que se realizan reformas tributarias. En promedio, en las últimas décadas se ha expedido una cada menos de dos años. Este constante cambio en la legislación ha generado una notable inseguridad jurídica, exacerbada por la falta de claridad en la normativa. La ley tributaria no siempre es precisa, y los diversos operadores del sistema, incluyendo la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), jueces y particulares, tienden a interpretarla de maneras diferentes, lo que contribuye a un clima de inestabilidad en las reglas y una creciente desconfianza entre las instituciones y los ciudadanos.

La hiperregulación es otra característica destacada del entorno tributario colombiano. No solo existe multiplicidad de normativas en el ámbito nacional, sino también tributos municipales y departamentales. Con más de 1000 municipios y más de 30 departamentos, cada uno con su propio estatuto tributario, se vuelve casi imposible conocer y aplicar todas las reglas vigentes. Esta fragmentación del sistema fiscal aumenta la complejidad y crea un ambiente donde las obligaciones tributarias no siempre son claras ni uniformes. A esta dificultad se añade el hecho de que, a menudo, las interpretaciones de la normativa pueden variar según el municipio o el departamento, creando aún más incertidumbre para las empresas.

Como si fuera poco, Colombia, al ser parte de un mundo globalizado, interactúa permanentemente con agentes extranjeros que, en muchas ocasiones, desconocen las particularidades del país y sus instituciones. Algunos, incluso, nunca han pisado su territorio

³⁷⁸ Abogada especialista en Derecho Tributario (Universidad del Rosario, 2000) y en Tributación Internacional (Universidad de Santiago de Compostela, España, 2006; Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina, 2002). Estudios ejecutivos en Política Fiscal y de Gestión (Universidad de Harvard), Blockchain (MIT), FinTech (Universidad de Oxford) e Impulso a la Innovación (IESE - Universidad de Navarra, España). LLM en Resolución de Disputas Internacionales (Queen Mary University of London, 2021). Candidata a doctora (Universidad de Salamanca, España).

ni constituido empresas en él. Sin embargo, las normas tributarias colombianas les imponen obligaciones fiscales que pueden ser difíciles de cumplir sin un conocimiento profundo del sistema local. Este panorama no solo genera confusión, sino que incrementa considerablemente los riesgos fiscales, muchos de los cuales pueden pasar desapercibidos hasta que ya es demasiado tarde.

La DIAN ha intensificado sus esfuerzos de fiscalización y control mediante múltiples mecanismos, como la facturación electrónica y los reportes de información, exponiendo a las empresas a inspecciones más rigurosas y frecuentes. Los riesgos tributarios están trascendiendo de las simples sanciones monetarias a consecuencias corporativas significativas, como la contaminación de los estados financieros, el deterioro de la reputación empresarial y, en casos extremos, la amenaza a la continuidad operativa de las compañías. Además, la creciente interrelación entre el cumplimiento de obligaciones fiscales y otros regímenes, como el Sistema de Administración de Riesgos de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (Sarlaft)³⁷⁹, exige a las empresas adoptar un enfoque integral en la gestión de riesgos empresariales.

La globalización y la digitalización también han añadido capas de complejidad al entorno fiscal. Las compañías ahora deben considerar no solo las regulaciones locales, sino también las normativas internacionales y los acuerdos bilaterales que pueden afectar sus operaciones. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha promovido iniciativas como el Plan de Acción BEPS (*base erosion and profit shifting*), que busca combatir la evasión fiscal a escala global³⁸⁰. Estas iniciativas requieren que las empresas adopten prácticas más transparentes y responsables en su gestión tributaria.

En este contexto, es fundamental que desarrollen estrategias robustas para gestionar los riesgos tributarios. Esto incluye la implementación de tecnologías avanzadas para el cumplimiento fiscal, la capacitación continua del personal en materia tributaria y la consultoría especializada para obtener una visión externa y experta sobre cómo gestionar estos riesgos. Además, realizar auditorías internas periódicas puede ayudar a identificar y corregir posibles incumplimientos antes de que sean detectados por las autoridades fiscales³⁸¹.

En resumen, la gestión eficaz de los riesgos tributarios en Colombia requiere un enfoque estratégico e integral que combine tecnología, capacitación, consultoría especializada y auditorías internas. Solo a través de un esfuerzo coordinado y sostenido las empresas podrán navegar con éxito el complejo entorno fiscal colombiano y asegurar su sostenibilidad a largo plazo.

1. La gestión de riesgos en el entorno empresarial vista desde la evolución de los sistemas tributarios

³⁷⁹ Superintendencia Financiera de Colombia. *Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (SARLAFT)*. 2017.

³⁸⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development, *BEPS 2015 Final Reports*. 2015.

³⁸¹ Institute of Internal Auditors (IIA). *Internal Audit and Tax Compliance*. 2019.

La gestión de riesgos tributarios se ha convertido en un elemento fundamental para las personas y las empresas, principalmente, por los constantes cambios normativos y la creciente complejidad de las obligaciones fiscales. En un país donde la presión fiscal ha aumentado significativamente en las últimas décadas y las autoridades tributarias han fortalecido sus mecanismos de control y fiscalización, implementar estrategias efectivas para la gestión de riesgos tributarios no solo es una necesidad, sino también una ventaja competitiva en el mercado corporativo.

La gestión de riesgos puede definirse como el proceso sistemático de identificación, evaluación, control y monitoreo de posibles contingencias relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones tributarias empresariales³⁸². Este concepto debe considerarse un componente integral de la gestión empresarial, alineado con los objetivos estratégicos de la organización.

Para comprender la magnitud y naturaleza de los riesgos tributarios actuales, es esencial contextualizar la evolución del sistema tributario colombiano en las últimas décadas. Este sistema ha experimentado lo que algunos doctrinantes describen como una "transformación radical" desde la apertura económica de los años 90. Esta transformación ha buscado adaptar el régimen fiscal a las exigencias de una economía globalizada y a las crecientes necesidades del Estado³⁸³. En ese sentido, la evolución del sistema fiscal se ha manifestado en varios aspectos:

- (i) *Frecuencia de las reformas*: como se mencionó anteriormente, Colombia ha sido testigo de más de una docena de reformas tributarias importantes en los últimos años, un ritmo que supera con creces el de América Latina. En promedio, el país ha promulgado reformas fiscales en intervalos de menos de dos años, lo que evidencia un entorno de inestabilidad en las reglas del juego y obliga a empresas e individuos a mantenerse en constante actualización para cumplir con las nuevas normas.
- (ii) *Complejización del sistema*: la introducción de nuevos tributos, regímenes especiales y mecanismos de control ha incrementado la complejidad del sistema fiscal. Esto incluye no solo la expansión de las bases imponibles, sino también la creación de obligaciones y sanciones adicionales para las empresas, lo que aumenta el riesgo de incurrir en errores que podrían derivar en sanciones administrativas o incluso en conductas penalizables.
- (iii) *Aumento de sanciones y conductas penales*: con la intensificación del control fiscal, las sanciones por incumplimiento han aumentado. Las empresas no solo se enfrentan a sanciones monetarias que pueden afectar su situación financiera, sino que también existe la posibilidad de que ciertos incumplimientos deriven en responsabilidad penal para ellas o para los individuos que las representan. La evasión

³⁸² Piza Rodríguez, Julio Roberto. "La función de fiscalización tributaria en Colombia", *Revista de Derecho Fiscal*, 2014, 7, pp. 231-277.

³⁸³ Gómez Celis, John Freddy. "Reformas tributarias en Colombia 1990 – 2020 y su papel en la configuración de la crisis fiscal del Estado", *Revista Kavilando*, 2021, 13, (2), 27-244.

fiscal, por ejemplo, es una de las conductas que puede ser sancionada penalmente bajo la legislación vigente.

(iv) *Digitalización de la administración tributaria*: la DIAN ha modernizado sus procesos, implementando tecnologías avanzadas para la recolección y análisis de la información fiscal de los contribuyentes.

(v) *Armonización internacional*: la adhesión de Colombia a la OCDE en 2020 ha llevado a la adopción de estándares internacionales en materia fiscal, en particular, aquellos relacionados con la lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS). Como parte de esta armonización, las administraciones tributarias de todo el mundo están colaborando más estrechamente a través de, entre otros, convenios de intercambio de información tributaria. Esto significa que no es inusual que la información obtenida por la DIAN provenga de autoridades fiscales extranjeras, lo que aumenta la visibilidad de las operaciones transnacionales de empresas e individuos.

En este contexto, la identificación de riesgos tributarios, como primer paso crucial en el proceso de gestión, es invaluable para la interpretación de las normas fiscales. Las empresas deben mantener una vigilancia constante sobre el panorama normativo y desarrollar estrategias proactivas que les permitan mitigar los riesgos asociados con sus obligaciones tributarias. La gestión eficaz de estos riesgos se convierte no solo en una cuestión de cumplimiento, sino en un elemento estratégico para asegurar la sostenibilidad operativa y la reputación de las compañías en un entorno fiscal cada vez más exigente y globalizado³⁸⁴.

1.1. Visión general de los principales riesgos fiscales

1.1.1. Inestabilidad normativa

La volatilidad del marco tributario colombiano es uno de los mayores desafíos para los contribuyentes, ya que, más allá de la frecuencia de las reformas, el verdadero riesgo radica en la naturaleza estructural de estos cambios. Entre ellos se incluyen modificaciones en las tasas impositivas, ajustes en la base gravable de los impuestos, la introducción o eliminación de beneficios fiscales y la alteración de los procedimientos de cumplimiento. Como resultado, se genera (i) un ambiente de incertidumbre que afecta la toma de decisiones estratégicas a largo plazo, dificultando la planeación fiscal efectiva; (ii) un aumento significativo de los costos operativos, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, y (iii) un mayor riesgo de litigiosidad, debido a las interpretaciones divergentes entre contribuyentes y autoridades fiscales.

³⁸⁴ Función Pública. *Capítulo N: Identificación y valoración de riesgos fiscales y diseño de controles para su prevención y mitigación de la Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas*. 2022.

La frecuencia, contradicción, divergencia e incluso retroactividad de las normas tributarias generan un alto riesgo para los contribuyentes. Este riesgo dificulta la planificación y el cumplimiento fiscal, pues las empresas e individuos no tienen claridad sobre qué normas les aplican, cómo se articulan con los conceptos y jurisprudencias existentes y cómo afrontar los cambios normativos sin exponerse a sanciones o contingencias.

1.1.2. Complejidad del sistema tributario

El sistema tributario colombiano, caracterizado por su complejidad y la paradoja de recaudar menos de lo esperado³⁸⁵, genera incertidumbre y riesgo para las compañías que deben cumplir sus obligaciones fiscales. Esta complejidad se manifiesta, entre otros aspectos, en

- (i) La coexistencia de impuestos de orden nacional, departamental y municipal con diferentes bases, tarifas y procedimientos.
- (ii) La existencia de múltiples regímenes especiales, con requisitos y beneficios variables según el sector, la actividad o la localización.
- (iii) La complejidad de ciertas instituciones, como la de precios de transferencia, que exigen un análisis detallado y documentado de las operaciones vinculadas.
- (iv) La intrincada interacción entre las normas contables (NIIF) y las fiscales, que pueden generar diferencias temporales o permanentes en el reconocimiento de ingresos, costos y gastos.

A lo anterior se suma que la ley no suele ser clara y es interpretada de distintas formas dependiendo de si el aplicador es la DIAN, los tribunales, las cortes, las entidades públicas, los municipios o departamentos o los contribuyentes. Por lo tanto, si no se advierten esas interpretaciones y los intereses subyacentes a cada una, difícilmente se puede navegar en el sistema. Como consecuencia, se pueden incrementar los costos de cumplimiento, además del riesgo de que surjan interpretaciones contrarias a las adoptadas frente a una determinada situación.

1.1.3. Refuerzos en materia de fiscalización

La DIAN ha fortalecido significativamente sus facultades de fiscalización con la implementación de medios digitales y el diseño de sistemas de información avanzados³⁸⁶. Estas iniciativas han permitido incorporar tecnologías innovadoras, como el *big data* y la inteligencia artificial (IA) en los procesos de auditoría fiscal, lo que ha optimizado la recolección y análisis de datos para mejorar la eficacia del control tributario.

No obstante, a pesar de que estos avances facilitan el trabajo de la administración, también pueden generar riesgos adicionales para las empresas, como aumentar (i) la probabilidad de ser objeto de auditorías fiscales; (ii) las sanciones por incumplimiento; (iii) los riesgos

³⁸⁵ Fergusson, Leopoldo y Hofstetter, Marc. “El sistema tributario colombiano: diagnóstico y propuestas de reforma”, *PNUD LAC PDS N.º 28*, 2022.

³⁸⁶ Piza Rodríguez, “La función de fiscalización tributaria en Colombia”.

reputacionales derivados de controversias fiscales, y (iv) la posibilidad de enfrentar procesos penales por delitos tributarios.

1.1.4. Desafíos de la economía digital

La era digital y su creciente influencia mundial plantea desafíos no solo para las facultades impositivas de los Estados, sino también para los conceptos tradicionales del derecho tributario, como la definición de presencia física y la determinación de la fuente de ingresos. En este contexto, los riesgos emergentes pueden manifestarse en (i) incertidumbre sobre la jurisdicción fiscal en operaciones digitales; (ii) dificultades para aplicar el IVA a los servicios digitales transfronterizos; (iii) retos en la valoración y tributación de activos intangibles y criptoactivos, y (iv) en posibles conflictos con administraciones tributarias de otros países. A esto se suma que muchos Gobiernos han comenzado a adoptar regulaciones para enfrentar los retos de la economía digital, lo que ha resultado en la creación desordenada y desarmonizada de impuestos a los servicios digitales.

Estas nuevas formas de imposición, en muchos casos, se sitúan al margen de los principios generales de la tributación, lo que complica significativamente el panorama. Además de que es difícil conocer con precisión las regulaciones que cada país está implementando, para las empresas que prestan servicios digitales es un desafío cumplir de manera adecuada con sus obligaciones fiscales en cada jurisdicción.

1.1.5. Riesgos de cumplimiento formal

El cumplimiento de las obligaciones formales, impulsado por los avances tecnológicos que facilitan su gestión, también comporta riesgos para las empresas y contribuyentes. El incumplimiento de dichas obligaciones, incluso sin una intención evasiva, puede conllevar sanciones por (i) errores en la presentación de declaraciones y reportes fiscales; (ii) por no cumplir los plazos para el pago de impuestos, ya sea por descuido o por fallas técnicas; (iii) problemas en la implementación de sistemas de facturación electrónica; (iv) inconsistencias en la información reportada a diferentes entidades gubernamentales, y (v) desconocimiento de las regulaciones, etcétera.

1.1.6. Riesgos asociados a las operaciones internacionales

La creciente globalización de las empresas colombianas, que ha expandido la economía a mercados internacionales, se han evidenciado aspectos críticos como (i) la complejidad en la aplicación de convenios para evitar la doble imposición; (ii) riesgos asociados a la determinación de precios de transferencia; (iii) desafíos en la identificación y reporte de estructuras de planificación fiscal agresiva, y (iv) alta probabilidad de factores nebulosos que podría hacer que un negocio se considere establecimiento permanente en jurisdicciones extranjeras³⁸⁷.

³⁸⁷ Cabrera Cabrera, Omar Sebastián. “Consideraciones fiscales de la tributación del software en Colombia: aspectos domésticos, internacionales y de los tratados tributarios”, *Revista de Derecho Fiscal*, 2023, 22, pp. 81-114.

2. Algunas regulaciones importantes para la gestión de riesgos tributarios

En el contexto jurídico colombiano, la gestión de riesgos no está definida de manera explícita, pero su relevancia se puede inferir a partir de diversas disposiciones del Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989), del Decreto Único Reglamentario en Materia Tributaria (1625 de 2016) y de las directrices emitidas por la DIAN. Un ejemplo es el artículo 684 del Estatuto Tributario³⁸⁸, que establece las facultades de fiscalización e investigación de la DIAN, lo cual, de manera implícita, sugiere que los contribuyentes deben implementar medidas para gestionar sus riesgos tributarios y cumplir adecuadamente con sus obligaciones fiscales³⁸⁹.

En ese sentido, la DIAN, a través de su modelo de gestión de cumplimiento en materia fiscal, ha destacado la importancia de que los contribuyentes adopten prácticas de autorregulación y gestión de riesgos. Iniciativas como los programas de facturación electrónica, el reporte de información exógena, el régimen de precios de transferencia, entre otros, tienen como objetivo aumentar la transparencia y reducir los riesgos de incumplimiento.

La factura electrónica, por ejemplo, ha transformado de manera radical los procesos de facturación y registro de transacciones. No solo ha reducido la evasión fiscal, sino también ha generado importantes implicaciones para las empresas, como la necesidad de adaptar sus sistemas informáticos y procesos internos, cumplir con estrictos estándares técnicos y asegurar la transmisión en tiempo real de la información transaccional a la DIAN, lo que requiere una mayor coordinación y precisión en la gestión operativa.

Asimismo, el reporte de información exógena impone a los contribuyentes la obligación de informar sobre las transacciones realizadas con terceros, incluidos clientes, proveedores y empleados. Este proceso exige cumplir estrictos formatos y especificaciones técnicas, así como gestionar grandes volúmenes de datos con precisión y dentro de plazos establecidos. El cumplimiento de esta obligación se convierte en un desafío técnico y operativo para las compañías, que deben garantizar la exactitud de la información suministrada para evitar sanciones o ajustes fiscales³⁹⁰.

Para las empresas que operan en múltiples jurisdicciones, el régimen de precios de transferencia introduce obligaciones adicionales, como la preparación y presentación de formatos especiales, lo que aumenta la complejidad. Además, deben hacer análisis económicos para justificar los precios de las transacciones con partes relacionadas, garantizando que estén a valor de mercado. También deben implementar políticas de precios de transferencia alineadas con los estándares internacionales, lo que exige un alto grado de precisión y cumplimiento normativo para evitar ajustes fiscales y sanciones en las diversas jurisdicciones³⁹¹.

³⁸⁸ Colombia, Presidencia de la República de Colombia, Decreto 624 de 1989.

³⁸⁹ Piza Rodríguez, Julio Roberto (Ed.). *Curso de Derecho Tributario, procedimiento y régimen sancionatorio*. Universidad Externado de Colombia, 2021.

³⁹⁰ Decreto 624 de 1989, artículo 631.

³⁹¹ Decreto 624 de 1989, artículos 260-1 al 260-11.

Por otro lado, la Resolución 000164 de 2021³⁹² de la DIAN implementó el Registro Único de Beneficiarios Finales (RUB), que establece una nueva obligación cuyo objetivo apunta a aumentar la transparencia corporativa. Esta regulación exige la identificación y el reporte de los beneficiarios finales de las entidades y las transacciones, así como la actualización periódica de dicha información. Además, establece plazos específicos para su cumplimiento, que varían según el tipo de entidad, lo que implica una mayor responsabilidad en la gestión de los datos corporativos.

En este contexto, la inversión en tecnología, la formación continua del personal y la implementación de sistemas robustos de gestión de riesgos fiscales se han vuelto imperativos estratégicos para que las empresas puedan adaptarse a este nuevo entorno. Estas acciones permiten minimizar riesgos y convertir el cumplimiento tributario en una ventaja competitiva en términos de eficiencia operativa y reputación corporativa.

El riesgo asociado al incumplimiento normativo abarca desde posibles sanciones económicas hasta impactos en las dimensiones operativas, reputacionales y legales, que pueden afectar la viabilidad y competitividad de las organizaciones.

3. Consecuencias del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de las obligaciones formales

En Colombia, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones formales en materia tributaria son diversas y pueden tener un impacto significativo y duradero en la salud financiera, operativa y reputacional de las empresas. Unas de las más inmediatas y palpables son las sanciones pecuniarias, que están al lado de las sanciones penales.

La normativa tributaria establece un estricto régimen sancionatorio para prevenir y penalizar el incumplimiento de las obligaciones fiscales o su cumplimiento defectuoso, imponiendo multas que pueden afectar considerablemente la estabilidad financiera de las organizaciones³⁹³. Algunas de estas son:

(i) **Sanción por inexactitud**, prevista en los artículos 647 y 648 del Estatuto Tributario. Se aplica cuando existe omisión de ingresos o impuestos, inclusión de costos, deducciones, descuentos o impuestos inexistentes, o cuando se hacen compras a proveedores ficticios, según el criterio de la DIAN. Esta sanción equivale al 100 % de la diferencia entre el saldo a pagar o saldo a favor determinado por la administración y el declarado por el contribuyente³⁹⁴.

(ii) **Sanción por no envío de información o envío con errores**, regulada por el artículo 651 del Estatuto Tributario. Se impone cuando el contribuyente no envía la información

³⁹² Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 000164 del 27 de diciembre de 2021.

³⁹³ Higueta Durango, Manuela, Serna Gallego, María Isabel, Vallejo Ardila, Laura y Chamorro González, Candy. “Riesgos tributarios, penales y financieros en los contadores públicos y en las empresas por desarrollar una contabilidad creativa”, *En Contexto*, 2020, 9, (15), pp. 67-89.

³⁹⁴ Decreto 624 de 1989, artículos 647-648.

requerida por la DIAN en sus procesos de cruces de información o cuando la envía con errores. Esta sanción puede alcanzar hasta 7500 UVT (unidades de valor tributario), lo que a 2024 equivale a \$352.987.500³⁹⁵.

(iii) **Sanción por activos omitidos o pasivos inexistentes**, regulada en el artículo 239-1 del Estatuto Tributario. Se aplica cuando se omiten activos o se declaran pasivos inexistentes. Esta infracción genera la inclusión de una renta líquida gravable por el valor de los activos omitidos o los pasivos inexistentes. Además, implica la imposición de una sanción equivalente al 200 % del mayor impuesto a cargo determinado.

(iv) **Sanciones de tipo penal**, porque el ordenamiento ha reforzado las disposiciones relacionadas con los delitos de defraudación y evasión tributaria, la omisión de activos y la inclusión de pasivos inexistentes³⁹⁶, entre otros. Aunque algunos de estos delitos solo se tipifican cuando se exceden los montos establecidos por la ley, es claro que el contribuyente responsable no solo será susceptible de sanciones, sino que también podrá enfrentarse a una pena privativa de la libertad³⁹⁷.

(v) **Otras sanciones** que van más allá de las implicaciones para la compañía y que se extienden a los profesionales de la contabilidad, revisores fiscales o auditores, como las establecidas en el artículo 659 del Estatuto Tributario y en la Ley 43 de 1990, que se reflejan en multas, suspensiones o cancelaciones de la inscripción profesional³⁹⁸.

Además de las sanciones, el incumplimiento de los deberes formales de los contribuyentes puede acarrear el pago de intereses moratorios, que generalmente superan las tasas de interés comercial. También, la pérdida de prerrogativas, como la imposibilidad de deducir costos y gastos de la declaración de renta. Asimismo, no se deben subestimar las consecuencias que pueden afectar la operación diaria de la empresa, como el cierre temporal del establecimiento³⁹⁹ o la cancelación del RUT.

4. La evolución de los procesos de fiscalización

Junto con la evolución normativa, la DIAN ha mejorado y fortalecido su capacidad de fiscalización mediante el uso de tecnologías de la información, como la facturación electrónica y el *big data* para el análisis de riesgos, lo que le ha dado más capacidad para detectar inconsistencias y posibles infracciones o incumplimientos.

Bajo el eslogan "por una Colombia más honesta", su plan estratégico 2019-2022 apuesta por la lucha contra la evasión y por el fortalecimiento de la cultura de la contribución⁴⁰⁰. Esto,

³⁹⁵ Decreto 624 de 1989, artículo 651.

³⁹⁶ Colombia, Congreso de Colombia, Ley 599 de 2000, artículos 434B y 434A.

³⁹⁷ Ochoa Giraldo, Daniel y Villegas Palacio, Esteban. "La responsabilidad del administrador en hipótesis de inexactitud tributaria", *Revista de Derecho Fiscal*, 2024, 24, pp. 129-160.

³⁹⁸ Decreto 624 de 1989, artículo 659.

³⁹⁹ Decreto 624 de 1989, artículo 657.

⁴⁰⁰ Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. *Plan Estratégico DIAN 2019-2022*. Ministerio de Hacienda.

junto con otras medidas, se ha traducido en un incremento de las acciones de fiscalización y en la implementación de programas para incentivar el cumplimiento voluntario de los contribuyentes.

4.1. Factores que elevan el riesgo de fiscalización

Antes de analizar los factores que aumentan el riesgo de una auditoría fiscal, es importante aclarar que tener uno o más de estos factores no implica necesariamente un incumplimiento de los deberes ante la DIAN, pero sí incrementa la posibilidad de ser escogido para un examen más minucioso. Por eso, la transparencia, la documentación adecuada y la capacidad de explicar las decisiones fiscales tomadas por la compañía son esenciales para superar con éxito una auditoría fiscal.

(i) *Inconsistencias en las declaraciones tributarias*

La DIAN tiene la capacidad de detectar, mediante sistemas de análisis de datos, las discrepancias que se presentan en las declaraciones. Sus informes de gestión de 2022 y 2023 evidencian que, en su mayoría, las auditorías se originaron por alguna de estas razones: variaciones significativas en ingresos o deducciones entre períodos fiscales sin una clara justificación; inconsistencia entre los montos reportados en diferentes declaraciones como IVA, renta o retención en la fuente, o por información suministrada por terceros que no coincide con la del contribuyente objeto de fiscalización⁴⁰¹.

(ii) *Operaciones con jurisdicciones de baja imposición*

El artículo 260-7 del Estatuto Tributario establece una lista de jurisdicciones no cooperantes, de baja o nula imposición y regímenes preferenciales, que incluye territorios como Kuwait, Qatar, Hong Kong, Maldivas, Seychelles, Trinidad y Tobago y Omán. Las transacciones realizadas con personas residentes en estos territorios están sujetas a un escrutinio especial. Un volumen considerable de operaciones con dichas jurisdicciones, especialmente si carecen de una sustancia económica clara o son difíciles de justificar, puede generar una revisión más exhaustiva⁴⁰².

(iii) *Declaración de pérdidas fiscales y solicitudes de devolución o compensación de saldos a favor*

Las empresas que reportan pérdidas durante varios años consecutivos, especialmente cuando estas no coinciden con los resultados financieros reportados o cuando las deducciones y costos resultan desproporcionados en relación con los ingresos, suelen captar la atención de la DIAN. Esta preocupación aumenta cuando los márgenes de utilidad se desvían significativamente de los estándares del sector, ya sea por ser mucho más bajos o por presentar fluctuaciones drásticas sin una justificación clara. De manera similar, las solicitudes de devolución o compensación de saldos a favor, en especial cuando involucran

⁴⁰¹ Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. *Informe de gestión 2022/2023*. Ministerio de Hacienda.

⁴⁰² Decreto 624 de 1989, artículo 260-7.

montos significativos o son recurrentes, suelen ser objeto de un escrutinio especial para garantizar la legitimidad de los saldos reclamados.

(iv) *Transacciones con partes vinculadas u operaciones de reestructuración o reorganización empresarial*

Las transacciones entre partes vinculadas, realizadas bajo precios o condiciones diferentes a las de las operaciones con terceros independientes, así como las reorganizaciones, reestructuraciones y cambios en la composición accionaria de una compañía son factores que elevan la probabilidad de una revisión detallada por parte de la DIAN.

5. Importancia de la planificación fiscal preventiva para minimizar riesgos

La planificación fiscal, entendida como el conjunto de estrategias destinadas a optimizar la carga tributaria dentro del marco legal, se ha consolidado como una de las herramientas más eficaces para la gestión empresarial en Colombia⁴⁰³. En este contexto, la planificación fiscal debe ajustarse estrictamente a la normativa vigente, ya que, según lo establece el artículo 869 del Estatuto Tributario, la DIAN tiene facultades para recalificar o reconfigurar aquellas operaciones que carezcan de un propósito comercial o económico⁴⁰⁴.

Por lo tanto, cualquier estrategia de planificación fiscal debe fundamentarse en el principio de sustancia económica y en la claridad de los legítimos propósitos de negocio que orientan cada operación. Existen algunos lineamientos recomendables para la adecuada estructuración, así como algunas etapas para su implementación:

(i) El primer paso es hacer un diagnóstico fiscal de la compañía que incluya el análisis de las declaraciones tributarias de los últimos años, la evaluación de la estructura corporativa y sus implicaciones fiscales conforme a la normativa vigente y la identificación de áreas de riesgo y oportunidades de optimización.

(ii) A partir de este diagnóstico se podrá diseñar una estrategia de planificación que contemple mejoras internas o, incluso, una reestructuración corporativa. Esta estrategia puede incluir la optimización de la carga tributaria, el aprovechamiento de incentivos fiscales sectoriales o regionales y la planificación de operaciones internacionales, teniendo en cuenta los convenios de doble imposición y otros mecanismos de eficiencia fiscal.

(iii) La implementación se debe hacer de manera metódica y bien documentada, lo que será esencial para defender la posición fiscal ante posibles cuestionamientos de la DIAN. En este sentido, se recomienda que la empresa elabore políticas y procedimientos fiscales internos, implemente sistemas de gestión de información fiscal y registre detalladamente las razones comerciales y económicas de las decisiones adoptadas. Las decisiones difíciles siempre deben estar soportadas en un expediente de defensa o *defense file* preparado para entregar a las autoridades fiscales en caso de dudas.

⁴⁰³ Piza Rodríguez, *Curso de Derecho Tributario*.

⁴⁰⁴ Colombia, Congreso de la República, Ley 1819 de 2016.

(iv) La planificación fiscal no es un evento único, sino un proceso continuo que requiere monitoreo y ajustes regulares. Las empresas deben estar atentas a los cambios en la legislación y la jurisprudencia tributaria, evaluar periódicamente la efectividad de las estrategias implementadas y ajustarlas en función de los cambios en sus operaciones o en el entorno jurídico.

Estas recomendaciones ayudan a desarrollar una planificación fiscal sólida, ética y flexible, que optimice la carga tributaria, fortalezca la posición de la empresa ante la administración tributaria y reduzca el riesgo de verse involucrada en procesos de fiscalización.

6. Riesgos reputacionales

El no pago de impuestos puede generar riesgos reputacionales significativos para las empresas, ya que la evasión o el incumplimiento de las obligaciones tributarias no solo las expone a sanciones económicas y legales, sino que también puede perjudicar gravemente su imagen. En un entorno cada vez más enfocado en la transparencia y la responsabilidad corporativa, las noticias sobre irregularidades fiscales pueden afectar la confianza de los clientes, inversionistas y socios comerciales, además de generar una exposición mediática negativa. Estas situaciones, además de impactar la reputación de la empresa, pueden derivar en la pérdida de oportunidades de negocio, afectando su competitividad en el mercado.

A escala global, en los últimos años las autoridades tributarias han intensificado su estrategia de hacer públicos los incumplimientos fiscales, utilizando los medios masivos para exponer los casos de evasión tributaria por parte de empresas y personalidades. Esto ha generado un efecto de escrutinio social que amplifica el riesgo reputacional para quienes no cumplen sus obligaciones.

Entre los casos destacados se encuentra el de Shakira, quien ha enfrentado investigaciones por presunta evasión fiscal en España, y el escándalo de la compañía energética Enron, en Estados Unidos, cuyo fraude contable no solo llevó a la empresa a la quiebra, sino que también tuvo un fuerte impacto negativo en la percepción pública y en la confianza en el sistema corporativo. Estos ejemplos ilustran cómo las autoridades pueden poner el incumplimiento fiscal en el "ojo del huracán", intensificando las repercusiones reputacionales para empresas y figuras públicas.

7. Impacto de las controversias fiscales en los administradores y representantes

La responsabilidad fiscal no se circunscribe únicamente a la sociedad como persona jurídica. También alcanza a los administradores, quienes pueden estar sujetos al escrutinio de la normativa fiscal en el desempeño de sus funciones y tienen la obligación de actuar de acuerdo con los principios de buena fe, lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios.

Esto significa que su responsabilidad adquiere especial relevancia cuando la sociedad que administran se ve involucrada en un proceso de determinación oficial o corrección de las declaraciones fiscales. En esos casos, los administradores pueden ser cuestionados por la

forma en que gestionaron las obligaciones tributarias de la empresa, lo que aumenta el riesgo de enfrentar sanciones o consecuencias legales personales.

Por ejemplo, el artículo 572 del Estatuto Tributario establece que los gerentes, administradores y representantes legales de las compañías son los responsables directos de cumplir con los deberes formales tributarios, como la correcta presentación de las declaraciones fiscales. Esta disposición subraya la obligación que recae en ellos de garantizar el cumplimiento adecuado de las obligaciones de la empresa, reforzando así la importancia de su rol en la gestión tributaria de la organización⁴⁰⁵.

Es en este contexto donde el deber de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios cobra especial relevancia. Los administradores y representantes legales tienen la responsabilidad de (i) informarse adecuadamente antes de tomar decisiones que puedan contravenir las normas tributarias, (ii) buscar la asesoría correspondiente para garantizar que sus acciones estén alineadas con la normativa vigente y (iii) supervisar el desarrollo y cumplimiento de las decisiones adoptadas, garantizando que la gestión tributaria se haga de manera diligente y conforme a la ley⁴⁰⁶.

En este sentido, la entidad, sus socios o terceros pueden emprender acciones colectivas o individuales para declarar la responsabilidad del administrador por los daños por el incumplimiento de las normas tributarias. Esto es especialmente relevante en situaciones que involucren procesos sancionatorios o de determinación fiscal, que podrían derivar en mayores impuestos a pagar, reducción de saldos a favor, acumulación de intereses moratorios, sanciones administrativas e incluso consecuencias penales para el administrador, derivadas de su gestión negligente o de su falta de diligencia en la toma de decisiones.

8. La interacción entre riesgos tributarios y riesgos asociados al Sarlaft

El Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (“Sarlaft”) busca la implementación de políticas para mitigar la materialización de los riesgos asociados a estas conductas, en tanto estas actividades no solo afectan la reputación, imagen y finanzas de las empresas, sino que tienen consecuencias económicas negativas para los países⁴⁰⁷. Se trata de estrategias que evitan que una determinada compañía sea utilizada como medio para la ejecución de actividades ilícitas, así como que exista un riesgo jurídico, operacional, de contagio o reputacional para las compañías.

Existe una correlación directa entre las políticas de lucha contra la evasión fiscal y las políticas de prevención del lavado de activos y la financiación del terrorismo. Ambas buscan aumentar la transparencia financiera y asegurar que los recursos involucrados en las transacciones económicas sean de origen lícito. Las medidas adoptadas para combatir la evasión, como el reporte detallado de información financiera y la cooperación internacional en el intercambio de datos fiscales, son esenciales también para identificar flujos de dinero sospechosos o ilícitos, lo que refuerza los mecanismos de control en la prevención del lavado

⁴⁰⁵ Ochoa Giraldo y Villegas Palacio. “La responsabilidad del administrador”, pp. 129-160.

⁴⁰⁶ Ochoa Giraldo y Villegas Palacio. “La responsabilidad del administrador”, pp. 129-160.

⁴⁰⁷ Colombia, Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000016 de 2020.

de activos y la financiación del terrorismo. Así, el cumplimiento tributario y los sistemas de prevención de LA/FT están interconectados, pues las irregularidades en uno de estos ámbitos suelen ser indicios de riesgos en el otro.

Las normas tributarias y de prevención del lavado de activos y la financiación del terrorismo (LA/FT), entonces, suelen compartir principios comunes porque ambas buscan promover la transparencia, el cumplimiento normativo y la integridad financiera en las transacciones económicas. Tanto las leyes tributarias como las de LA/FT requieren la trazabilidad de los fondos, el reporte de información detallada sobre las operaciones y el cumplimiento de obligaciones formales por parte de los contribuyentes o sujetos obligados. Además, ambas regulaciones se basan en la colaboración internacional para combatir delitos financieros, ya que la evasión fiscal y el lavado de activos a menudo se apoyan en estructuras complejas y transnacionales que intentan ocultar ingresos o flujos de dinero ilícitos. Estos principios comunes refuerzan el control y monitoreo del sistema financiero, protegiendo la economía global contra el fraude, la evasión y el financiamiento de actividades ilícitas.

Lo anterior determina que el cumplimiento de SARLAFT y de las normas de carácter tributario estén íntimamente relacionados. Los dos sistemas, al final, se traducen en controles rigurosos que permitan la verificación de la realidad de las transacciones, de la procedencia de los recursos y de su estricto reporte frente a los organismos de control interno o externo de las compañías. Las normas que exigen la determinación del beneficiario final de las operaciones, al final, sirven tanto al propósito tributario como al propósito del debido manejo de riesgos de LA/FT.

Conclusiones y perspectivas

La gestión de los riesgos tributarios en Colombia exige un enfoque estratégico que integre inversión en tecnología, formación continua del personal, consultoría especializada, auditorías internas y la implementación de sistemas robustos de gestión de riesgos fiscales. Estas medidas son ahora imperativos estratégicos para que las empresas puedan adaptarse a este nuevo entorno y convertir el cumplimiento tributario en una ventaja competitiva. Solo a través de un esfuerzo coordinado y sostenido las empresas podrán navegar con éxito el complejo entorno fiscal colombiano y asegurar su sostenibilidad a largo plazo.

Bibliografía

Cabrera Cabrera, Omar Sebastián. “Consideraciones fiscales de la tributación del software en Colombia: aspectos domésticos, internacionales y de los tratados tributarios”, *Revista de Derecho Fiscal*, 2023, 22, pp. 81-114.

Colombia, Congreso de Colombia, Ley 599 de 2000.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1819 de 2016.

Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 000164 del 27 de diciembre de 2021.

Colombia, Presidencia de la República de Colombia, Decreto 624 de 1989.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000016 de 2020.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. *Plan Estratégico DIAN 2019-2022*. Ministerio de Hacienda.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. *Informe de gestión 2022/2023*. Ministerio de Hacienda.

Fergusson, Leopoldo y Hofstetter, Marc. “El sistema tributario colombiano: diagnóstico y propuestas de reforma”, *PNUD LAC PDS N° 28*, 2022.

Función Pública. *Capítulo N: Identificación y valoración de riesgos fiscales y diseño de controles para su prevención y mitigación de la Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas*. 2022.

Gómez Celis, John Freddy. “Reformas tributarias en Colombia 1990 – 2020 y su papel en la configuración de la crisis fiscal del Estado”, *Revista Kavilando*, 2021, 13, (2), pp. 227-244.

Higuita Durango, Manuela, Serna Gallego, María Isabel, Vallejo Ardila, Laura y Chamorro González, Candy. “Riesgos tributarios, penales y financieros en los contadores públicos y en las empresas por desarrollar una contabilidad creativa”, *En Contexto*, 2021, 9, (15), pp. 67-89.

Institute of Internal Auditors (IIA). *Internal Audit and Tax Compliance*. 2019.

Ochoa Giraldo, Daniel y Villegas Palacio, Esteban. “La responsabilidad del administrador en hipótesis de inexactitud tributaria”, *Revista de Derecho Fiscal*, 2024, 24, pp. 129-160.

Organisation for Economic Co-operation and Development. *BEPS 2015 Final Reports*. 2015.

Piza Rodríguez, Julio Roberto. “La función de fiscalización tributaria en Colombia”, *Revista de Derecho Fiscal*, 2014, 7, pp. 231-277.

Piza Rodríguez, Julio Roberto (Ed.). *Curso de Derecho Tributario, procedimiento y régimen sancionatorio*. Universidad Externado de Colombia. 2021.

Superintendencia Financiera de Colombia. *Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (SARLAFT)*. 2017.

Capítulo 14

Los riesgos previsibles en la contratación estatal

Diana Carolina Valencia-Tello⁴⁰⁸

Introducción

Los riesgos previsibles en los contratos son eventos adversos y de distinta magnitud que pueden afectar tanto el proceso como su ejecución. Por esta razón, en el derecho común se pueden determinar dentro de las cláusulas, conforme la autonomía de la voluntad de las partes, que acuerdan el tratamiento que se les dará a los riesgos previsibles que puedan surgir en el proceso contractual y en su ejecución para evitar conflictos y resolver eficazmente las situaciones adversas.

Sin embargo, en la contratación estatal los riesgos previsibles están regulados, pues se deben identificar desde los estudios previos conforme la metodología establecida por la Agencia Colombia Compra Eficiente (CCE) y los documentos del Consejo Nacional de Políticas Económicas y Sociales (Conpes) expedidos por el Gobierno nacional. Esto aplica especialmente en los proyectos de infraestructura y de servicios públicos, por los importantes recursos de inversión que requieren.

Existe una discusión sobre la autonomía de la voluntad en la contratación estatal, dado que en la actualidad el proceso está muy regulado y las partes deben cumplir todos los requisitos establecidos en leyes y decretos, así como en otros documentos vinculantes, como manuales y documentos Conpes que son denominados *soft law*⁴⁰⁹.

Aunque efectivamente el estatuto general de contratación requiere mejoras importantes para ofrecer una mayor claridad y orden sobre el proceso de contratación, la actual regulación sobre riesgos previsibles en la contratación pública es, en muchos casos, necesaria y adecuada para garantizar el equilibrio económico, así como varios principios de contratación, como la buena fe, la transparencia, la planeación y la economía, entre otros.

La identificación inicial que hace la entidad pública sobre los riesgos previsibles en cada contrato ayuda a su debida planeación, analizando el contexto en que se realizará, así como los aspectos técnicos, jurídicos y económicos que lo puedan impactar. Al compartir esta información con los proponentes se fomenta un verdadero diálogo entre estos y la entidad, lo

⁴⁰⁸ Profesora de Derecho Público de la Universidad del Rosario. Postdoctorado de la Universidad de la Coruña (España). Maestría, doctorado y postdoctorado de la Universidad Federal del Paraná (Brasil). Especialista en Derecho Administrativo y Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario. Se ha desempeñado como subdirectora Administrativa del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, coordinadora del Fondo de Paz de la Presidencia de la República de Colombia y abogada del Departamento Administrativo de la Función Pública.

⁴⁰⁹ En otro artículo académico he analizado la incoherencia entre la Ley 80 de 1993 y la regulación expedida en la última década conforme las recomendaciones de varios organismos internacionales. Para más información, consultar: Valencia-Tello, Diana Carolina. "La Constitución de 1991 y la contratación estatal. Visiones conflictivas y deficiencias en el diseño del Estado", *Revista Estudios de Derecho*, 2021, 78, (172), pp. 175-196.

que mejora el entendimiento de aspectos estratégicos que podrían afectar el contrato y su ejecución.

De este modo se garantizan la buena fe y la transparencia entre las partes, quienes desde la etapa precontractual deben actuar con diligencia para evitar reclamaciones y no guardar silencio frente a pliegos de condiciones débiles. En este sentido, el diálogo entre las partes sobre los riesgos previsibles es una manifestación de la autonomía de la voluntad, que se debe respetar en cada contrato estatal, conforme a la experiencia y conocimiento de las partes.

No obstante, un problema recurrente en la delimitación de los riesgos previsibles en los contratos públicos es que ni las entidades ni los proponentes hacen un adecuado estudio de los riesgos. Se limitan a cumplir el requisito legal de diligenciar el formato, pero no existe un verdadero análisis que soporte la información allí contenida. En consecuencia, se pierde una oportunidad valiosa para mejorar la planeación y evitar conflictos contractuales y extracontractuales.

El presente capítulo pretende mejorar la comprensión sobre la importancia de la adecuada delimitación de los riesgos previsibles en la contratación pública. Para lograrlo, primero se hará una breve introducción sobre la contratación pública desde la Constitución Política de 1991 para después abordar los riesgos previsibles en el Sistema de Compra Pública nacional. En la tercera sección se estudiarán algunos lineamientos básicos para el manejo del riesgo previsibles; seguida de una sección en la que se describirá, de forma general, el manual de CCE para identificar y cubrir los riesgos en los procesos de contratación.

Para finalizar, en la quinta sección se analizará brevemente el último Conpes sobre el riesgo contractual para proyectos de infraestructura con participación privada, que busca ser una guía clara y ordenada para la buena gestión del riesgo. El manual establece unos lineamientos de asignación de riesgos integral, tomando como referencia algunas publicaciones y guías de buenas prácticas.

1. La contratación pública desde la Constitución de 1991

La Constitución de 1991, en el artículo 150, determinó la necesidad de que el Congreso de la República expidiera un estatuto general de contratación pública. La norma fue establecida mediante la Ley 80 de 1993, que buscó solucionar los inconvenientes del estatuto anterior (Decreto Ley 222 de 1983), entre los que se encontraban (i) la existencia de multiplicidad de normas en los diferentes niveles de gobierno; (ii) el exceso de trámites y controles, y (iii) la desnaturalización del contrato, pues la voluntad de las partes estaba extremadamente regulada. En un inicio, el estatuto único de contratación estatal buscó otorgar mayor autonomía a las entidades públicas en la contratación de bienes y servicios mediante la formulación de unos principios generales, en lugar de regular el procedimiento en detalle⁴¹⁰.

La Ley 80 de 1993 estaba en sintonía con las reformas neoliberales impulsadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁴¹¹ en la década de los noventa, que promovían el surgimiento de “una nueva cultura orientada al desempeño de un sector público menos centralizado”. Se decía que el corazón de la reforma era el buen

⁴¹⁰ Dávila Vinuesa, Luis Guillermo. *Régimen Jurídico de la contratación estatal*, 3.ª ed. Legis. Bogotá. 2017, p. 13.

⁴¹¹ Organization for Economic Co-operation and Development. *The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis*. Paris. 1997.

desempeño y la descentralización, y que pretendía sustituir las estructuras jerárquicas y concentradas con entornos administrativos descentralizados, más cercanos a la prestación de los servicios, para recibir retroalimentación de los ciudadanos y los grupos de interés. Sobre este modelo neoliberal en la contratación, Jaime Orlando Santofimio Gamboa afirma:

El modelo neoliberal o economicista es radical en su[s] postulados y propuestas. Aboga por la libertad contractual, el despojo del Estado de sus poderes y facultades exorbitantes en materia negocial, el libre acceso de todos los actores a los negocios públicos, la destitución de la[s] actividades públicas, es decir, el desmantelamiento de la idea concesional por principio. Todo lo anterior en una especie de repotencialización de la cláusula, también constitucional entre nosotros, de la libertad e iniciativa privada, o simplemente de la libertad económica.⁴¹²

Sin embargo, la Constitución no solo abrió la puerta a una mayor participación del sector privado y del mercado en la prestación de bienes y servicios públicos, sino que también buscó consolidar un Estado social de derecho. Este propósito se materializó mediante la garantía de los derechos fundamentales para todos los individuos y la prestación de bienes y servicios públicos para toda la población.

En este contexto, el contrato público surge como una poderosa herramienta para solucionar problemas sociales y garantizar los derechos e intereses de la colectividad, promoviendo el bienestar común y el interés público. Al respecto, Santofimio Gamboa se pronuncia:

una aproximación al concepto de contrato estatal no se puede hacer de manera exclusiva a partir de su identificación como una simple fuente de obligaciones entre las partes contratantes. El negocio del Estado es un concepto teleológico dinamizador de las finalidades sociables del mismo en estrecha relación con los intereses de la comunidad, edificador de una base normativa compleja que tiene en su centro de impulsión el conflicto social, y a la comunidad misma en cuanto titular de los beneficios y resultados de su ejecución.⁴¹³

De esta forma, la contratación pública pasó de ser una tarea simplemente administrativa de las entidades públicas a ser un poderoso instrumento para (i) apoyar las metas de los Gobiernos mediante la entrega de bienes, obras y servicios; (ii) generar empleo; (iii) administrar el gasto público de forma eficiente; (iv) proteger el medio ambiente; (v) desarrollar la capacidad industrial, y (vi) promover la integración comercial con otros países dentro del proceso de globalización y apertura de mercados⁴¹⁴, entre otros beneficios. Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C 713 de 2009, determinó:

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la

⁴¹² Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*, 2.ª ed. Tirant Lo Blanch. Bogotá. 2023, p. 773.

⁴¹³ Santofimio Gamboa, *Compendio de derecho administrativo*, p. 770.

⁴¹⁴ Colombia, Colombia Compra Eficiente, Estrategia de gestión en Colombia Compra Eficiente, Bogotá, s.f., en https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20130131estrategia_1.pdf consulta de julio 9 de 2024.

manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado.⁴¹⁵

A principios del siglo XXI varios organismos internacionales, como la OCDE, el Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), concluyeron que, debido al atraso de las infraestructuras globales, particularmente en América Latina, era necesario formular nuevas dinámicas contractuales⁴¹⁶. Estas dinámicas requieren una mayor regulación por parte del Estado, dado que diversos estudios evidencian que la contratación pública es uno de los procesos más susceptibles a la corrupción en todos los países, debido a la interacción entre el sector público y privado utilizando fondos públicos⁴¹⁷.

Desde entonces, los organismos internacionales han tenido una importante injerencia en la regulación del Sistema de Compra Pública (SCP) nacional. Esta influencia se ha materializado en el desarrollo de diagnósticos que luego se utilizan en documentos Conpes, directivas presidenciales, decretos y resoluciones, generando modificaciones sustanciales a la Ley 80 de 1993. Sin embargo, hasta la fecha no se ha realizado un debate profundo al interior del Congreso sobre el estatuto general de contratación, a pesar de las modificaciones realizadas en el SCP en la última década, especialmente, desde la creación de la agencia de contratación pública CCE. A pesar de esto, la mayoría de las normas en materia de contratación pública son expedidas por el Gobierno nacional siguiendo las recomendaciones de organismos internacionales⁴¹⁸.

La Ley 1150 de 2007, que introdujo medidas para promover la eficiencia y transparencia en la aplicación de la Ley 80 de 1993, no corrigió muchas de las deficiencias señaladas en el SCP. No obstante, buscó mejorar los procesos de planeación precontractual para dar mayor claridad a las reglas de participación de los oferentes. Asimismo, pretendió contribuir a la disminución de controversias judiciales y extrajudiciales con el Estado. En este contexto, una importante herramienta es el análisis de los riesgos previsible en los contratos estatales, que se hace desde los estudios previos, conforme se analizará a continuación.

2. Los riesgos previsible en el Sistema Compra Eficiente

El artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 introduce el análisis de los riesgos en la contratación pública en los siguientes términos:

⁴¹⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 713 de 2009, magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.

⁴¹⁶ Benavides, José Luis. *Contratos públicos. Estudios*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2014, p. 51.

⁴¹⁷ Para conocer más sobre las reformas impulsadas por la OCDE en relación con la adopción de normas compartidas sobre el servicio público, especialmente en situaciones de conflicto de intereses, consultar: Valencia-Tello, Diana Carolina. “El fomento a una cultura de la integridad en la administración pública colombiana”, *Revista Jurídica Piélagus*, 2020, 19 (1).

⁴¹⁸ Para conocer más sobre la participación de organizaciones internacionales en la contratación pública en Colombia, consultar: Valencia-Tello, Diana Carolina. “La Constitución de 1991 y la contratación estatal. Visiones conflictivas y deficiencias en el diseño del Estado”, *Revista Estudios de Derecho*, 2021, 78 (172), pp. 175-196.

Artículo 4º. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.⁴¹⁹

El riesgo fue definido en el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015 como un “evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un contrato”⁴²⁰.

Sin embargo, en los primeros años de aplicación de la Ley 1150 de 2007 la mayoría de las entidades no entendían cómo distribuir los riesgos en los contratos estatales ni las implicaciones que esto tendría en la reducción de las controversias judiciales y extrajudiciales con el Estado. Para abordar este problema, en 2011 se expidió el Conpes 3714, enfocado en el manejo de riesgos previsibles en el marco de la política de contratación pública⁴²¹. Este documento buscó resaltar la importancia de contar con reglas claras para preservar el equilibrio contractual y garantizar seguridad jurídica desde la etapa precontractual.

El Conpes 3714 introdujo la teoría de la imprevisión, regulada en el artículo 868 del Código de Comercio, para aplicar el equilibrio de la ecuación contractual del artículo 27 de la Ley 80 de 1993. Este principio busca mantener la igualdad y equivalencia entre los derechos y las obligaciones surgidos al momento de contratar, de forma que si esa igualdad se rompe por causas no imputables a quien resulta afectado, las partes tienen la obligación de adoptar medidas para restablecerla lo antes posible.

Sin embargo, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, que garantizaba a los particulares obtener utilidades en los contratos estatales, en muchas ocasiones generó interpretaciones desfavorables para el Estado. Esto ocurrió, especialmente, en relación con los riesgos previsibles que el contratista podría haber informado para evitar controversias en el desarrollo del contrato. Por esta razón, la Ley 1150 de 2007 lo derogó y estableció la obligación de incorporar en los pliegos de condiciones la “estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”⁴²². Con esto se buscó fortalecer la planeación de las entidades, permitiendo la estimación anticipada de contingencias que puedan surgir durante la ejecución del contrato, identificar posibles alteraciones al equilibrio económico y definir responsabilidades y medidas específicas para la asignación y mitigación de riesgos.

Esto no significa que los particulares no obtengan utilidades en el desarrollo del contrato. Lo que busca es que la contraprestación económica sea razonable y justa mediante un adecuado balance entre el interés público que motiva al Estado a contratar y el interés individual que

⁴¹⁹ Colombia, Congreso de la República, Ley 1150 de 2007.

⁴²⁰ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1082 de 2015.

⁴²¹ Colombia, Departamento Nacional de Planeación, Conpes 3714 de 2011, Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública, en <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf> consulta de julio 9 de 2024.

⁴²² Ley 1150 de 2007, artículo 4.

incentiva a los particulares a colaborar con la gestión pública. Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

Es decir, con el contrato se pretende la realización de un fin de interés general, pues es un medio que utiliza la administración pública para la consecución de los objetivos Estatales, el desarrollo de sus funciones y la misión que le ha sido confiada, con la colaboración o contribución de los particulares contratistas, los cuales concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual.

[...]

Al nacimiento del contrato, las partes conocen o saben el provecho que les reportará, sobre la base de una equivalencia de prestaciones; por un lado, la administración persigue la consecución de los fines del Estado y, por otro lado, el contratista un beneficio económico en su favor, de suerte que es en ese instante de asunción del vínculo en el que se regula la economía del acuerdo en forma simétrica, constituyéndose una ecuación financiera que deberá preservarse en su ejecución.⁴²³

Luego, el Decreto 2474 de 2008, en el numeral 6 del artículo 3, estableció que el soporte de la tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles hace parte de los estudios y documentos previos. De esta forma, conforme los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el análisis de los riesgos previsibles hace parte de los documentos definitivos que soportan el pliego de condiciones y que deben estar disponibles para todos los proponentes. Esto facilita realizar una discusión conjunta que promueva la colaboración entre los particulares y la administración, permitiendo una mejor planeación del contrato por la asignación definitiva de los riesgos.

En cada contrato público tanto los proponentes como las entidades estatales deben hacer un análisis específico de los riesgos, lo que evidencia el carácter conmutativo de la asignación de riesgos. En ningún caso se deben establecer riesgos incuantificables o incommensurables, pues las contingencias inciertas están prohibidas en el ordenamiento jurídico⁴²⁴. La discusión conjunta sobre los riesgos previsibles se debe realizar conforme los principios de buena fe, transparencia y planeación, garantizando que el contrato refleje una asignación justa de responsabilidades entre las partes para mitigar los posibles riesgos que puedan surgir a lo largo del proceso contractual o en su ejecución.

Por esta razón, la discusión de los riesgos previsibles en la etapa precontractual debe ser participativa y contar con equipos multidisciplinarios, conforme lo requiera el objeto del contrato. Al respecto, Gonzalo Suárez Beltrán afirma:

la revisión y ajuste definitivo de la repartición de los riesgos previsibles se hace de manera conjunta entre la entidad contratante y los proponentes, durante el proceso de selección de manera previa al cierre. [Pretendiendo] que el colaborador de la administración acuda en su ayuda desde la concepción misma del negocio, pero,

⁴²³ Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 1997-04390, agosto 31 de 2011, consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, p. 3.

⁴²⁴ Mier Barros, Patricia. “Los riesgos, su identificación y amortización en los contratos del Estado”, *Revista de Ingeniería*, 2010, 32, p. 99.

además que ante la existencia de pliegos débiles, el contratista no guarde silencio con el propósito de efectuar reclamaciones posteriores. Así, se espera que la reforma arroje como resultado el que el juez del contrato entienda que la carga de diligencia que pesa sobre el contratista como profesional que es de la actividad, lo obligue a advertir los riesgos que resultaban previsibles.⁴²⁵

En este orden de ideas, el ejercicio de la asignación de riesgos previsibles requiere que (i) la entidad pública haga una adecuada planeación del contrato con un grupo multidisciplinario para determinar los riesgos previsibles; (ii) que la matriz de riesgos elaborada por la administración sea compartida con los proponentes durante los estudios previos para su discusión, teniendo en cuenta que los contratistas deben colaborar con la administración conforme a su experiencia, especialidad y conocimiento, para cumplir los objetivos del Estado, y (iii) que la matriz de riesgos consensuada se incorpore en el contrato para materializar la ecuación contractual.

Sin embargo, como se señaló en la introducción, un problema recurrente es la escasa participación de los proponentes en las audiencias de análisis de riesgos previsibles. Además, se observa el uso de formatos estandarizados por parte de las entidades públicas para cumplir formalmente con el requisito, sin hacer un análisis específico de los riesgos que pueden surgir en el desarrollo del contrato.

Adicionalmente, según el Conpes 3714 de 2011, al analizar las matrices de riesgo en procesos de selección de obra pública, consultoría, suministro y prestación de servicios se encontró que con frecuencia los riesgos previsibles se confunden con inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes o con conceptos que se deben tratar de manera distinta desde la responsabilidad contractual y extracontractual. También, que se incluyen aleatoriamente riesgos que no consideran la especificidad del contrato. En muchos casos, las matrices no realizan adecuadamente la estimación de los riesgos, lo que deja sin cuantificar el valor del riesgo, dificultando la materialización de la ecuación contractual. Por ello, en la siguiente sección se analizarán los lineamientos para el manejo del riesgo previsible conforme el citado documento Conpes.

3. Lineamientos para el manejo del riesgo previsible en el Sistema Compra Eficiente

Para ilustrar el concepto de riesgo previsible, el Conpes 3714 de 2011 realiza importantes diferenciaciones con respecto a otros riesgos contractuales que pueden presentarse durante la ejecución del contrato y que también podrían alterar su equilibrio financiero. A continuación se analizan las principales diferencias relacionadas con (i) los riesgos cubiertos bajo el régimen de garantías, (ii) los riesgos imprevisibles, (iii) las obligaciones contingentes y (iv) los riesgos derivados de malas prácticas.

Para comenzar, están los riesgos cubiertos bajo el régimen de garantías, conforme el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007. Estos riesgos están relacionados con la exigencia de garantías

⁴²⁵ Suárez Beltrán, Gonzalo citado en Colombia, Departamento Nacional de Planeación, Conpes 3714 de 2011, Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública, p. 9, en <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf> consulta de julio 9 de 2024.

existentes en el mercado de seguros, como la póliza de seriedad de la oferta, el cumplimiento de las obligaciones contractuales o la responsabilidad extracontractual, según aplique.

En cuanto a los riesgos imprevisibles, el Consejo de Estado, en Sentencia del 7 de marzo de 2002, define la teoría de la imprevisión como aquella que

regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible.⁴²⁶

Sobre el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, el Consejo de Estado ha afirmado que

conlleva el deber de reparar o atenuar los daños producidos por actos o hechos extraordinarios e imprevisibles que se presenten con posterioridad a su nacimiento, en aplicación de los principios de responsabilidad del Estado por daños antijurídicos, solidaridad, igualdad, respeto a la propiedad privada y a los derechos adquiridos con justo título, buena fe, equidad contractual y bajo el entendido de que dicha relación comercial se fundamenta en la colaboración recíproca y de ayuda mutua para el cumplimiento de los fines públicos y el interés general que constituyen el objeto de aquél, con independencia de que la causa de su ruptura económica sea o no desencadenada por la administración.

[...]

En síntesis, el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por:

- a. Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo —*ius variandi*—, sean estas abusivas o no.
- b. Actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato.
- c. Factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujecciones materiales imprevistas”, que involucren circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él.

En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador asumiendo mediante una compensación —llevarlo hasta el punto de no pérdida— o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura.⁴²⁷

Las obligaciones contingentes, que están reguladas en la Ley 448 de 1998 y el Decreto 423 de 2001, son aquellas que debe asumir la entidad contratante en los procesos de licitación o

⁴²⁶ Colombia, Conpes 3714 de 2011, p. 15.

⁴²⁷ Colombia, Sentencia 1997-04390, pp. 39-42.

concurso de contratos de concesión y que desarrollan esquemas de participación público-privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos, según el artículo 22 de la Ley 185 de 1995. En especial, los sectores de infraestructura de transporte, energético, saneamiento básico, agua potable y comunicaciones deben estipular contractualmente el pago de una suma de dinero a favor del contratista, determinada o determinable a partir de factores identificados, por la ocurrencia de un evento futuro e incierto. Aquí pueden existir riesgos previsibles que correspondan a obligaciones contingentes, pero no todas las obligaciones contingentes son riesgos previsibles.

Finalmente, están los riesgos generados por malas prácticas, que son todos los sucesos que pueden ocasionarse por mala gestión de la contratación o por riesgos operacionales que se manifiestan en el proceso precontractual y que afectan la ejecución del contrato. Es importante resaltar que algunas entidades tienen manuales de buenas prácticas para la contratación estatal, como la Alcaldía de Bogotá⁴²⁸.

En este orden de ideas, no son riesgos previsibles (i) el incumplimiento total o parcial del contrato, (ii) los hechos derivados de la responsabilidad extracontractual, (iii) los que correspondan a la teoría de la imprevisión y (iv) las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes. De esta forma, los riesgos previsibles tienen un tratamiento propio que en cada contrato debe quedar plenamente tipificado, estimado y asignado. Esto garantiza que, en caso de materializarse, no se afecte el equilibrio económico y no proceda su restablecimiento.

En este sentido, la asunción de riesgos previsibles dentro del contrato busca incluir cláusulas extensivas de responsabilidad, conforme a la autonomía de la voluntad, donde las partes, de manera voluntaria, asumen las obligaciones que correspondan y que son establecidas con claridad dentro del contrato. Por esta razón, es fundamental la participación activa de todos los proponentes en la etapa precontractual para analizar, identificar, cualificar y asignar los riesgos previsibles. Asimismo, es importante destacar que en algunos contratos estatales podría no haber riesgos previsibles. En estos casos, el análisis de riesgos debe quedar registrado en los estudios y documentos previos al proceso de contratación.

Aunque el Conpes 3714 de 2011 estableció una metodología para la tipificación, estimación y asignación del riesgo previsible para mejorar la administración del riesgo en las entidades públicas, la CCE desarrolló el *Manual para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos de contratación*, específico para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos de contratación, el cual se analizará a continuación.

4. Manual para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos de contratación

En la introducción del manual se advierte que la gestión del riesgo abarca todo el sistema de compra pública y no se limita exclusivamente al equilibrio económico del contrato. Por esta razón, las entidades estatales deben estructurar un sistema de administración del riesgo que

⁴²⁸ Buenas prácticas en contratación estatal. Guía para la gestión distrital. <https://secretariajuridica.gov.co/sites/default/files/gestionJuridica/instrumentos/Buenas%20practicas%20en%20contratacion%20estatal.pdf>

tenga en cuenta (i) los eventos que puedan impedir la adjudicación y firma del contrato como resultado del proceso de contratación; (ii) los eventos que alteren la ejecución del contrato; (iii) el equilibrio económico del contrato; (iv) la eficacia del proceso de contratación, y (v) la reputación y legitimidad de la entidad estatal encargada de prestar el bien o servicio⁴²⁹.

De esta forma, la adecuada administración del riesgo por las entidades estatales ayuda, entre otros aspectos, (i) a aumentar la certeza y el conocimiento para una toma de decisiones más informada en el proceso de contratación; (ii) mejorar la planeación de contingencias del proceso de contratación; (iii) incrementar el grado de confianza entre las partes contratantes, y (iv) reducir las posibilidades de litigios.

El manual establece cinco pasos para la adecuada administración de los riesgos. El primero es definir el contexto social, económico y político en el que se hace la contratación. El segundo es identificar y clasificar los riesgos del proceso. Para esto, la entidad debe contar con todo el personal responsable y con aquel que tenga el conocimiento suficiente del contrato para identificar los principales riesgos según su clase, fuente, etapa dentro del proceso de contratación y tipo. El manual explica en detalle cada uno de estos conceptos para una mayor comprensión de los responsables en las entidades públicas.

El tercer paso se enfoca en evaluar cada uno de los riesgos identificados, analizando tanto su impacto en el logro de los objetivos como su probabilidad de ocurrencia. Esta evaluación busca establecer una calificación en términos de impacto y de probidad, lo que permite valorar los riesgos identificados y determinar las acciones necesarias para gestionarlos de manera efectiva.

En el cuarto paso se asignan y tratan los riesgos, buscando establecer un orden de prioridades para decidir si (i) se evitan, (ii) se transfieren, (iii) se aceptan, (iv) se reduce la probabilidad de que ocurran o (v) se minimizan sus consecuencias e impactos con planes de contingencia. Aquí se debe valorar el costo y los beneficios de las acciones identificadas para el tratamiento del riesgo.

El quinto y último se centra en el monitoreo constante de los riesgos. Este seguimiento es esencial, teniendo en cuenta que las circunstancias cambian rápidamente y que los riesgos no permanecen estáticos. Por ello, la entidad debe revisar periódicamente la matriz de riesgos y el plan de tratamiento y, cuando sea necesario, hacer los ajustes pertinentes. El manual se puede aplicar en la mayoría de los procesos contractuales del Estado.

A continuación, se estudiará brevemente la política de riesgo para los proyectos de infraestructura con participación privada que tienen algunos aspectos adicionales a tener en cuenta.

⁴²⁹ Colombia Compra Eficiente. *Manual para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos de contratación*, en https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_cobertura_riesgo.pdf consulta de julio 10 de 2024.

5. Política de riesgo contractual del Estado para proyectos de infraestructura con participación privada

Esta política inició en 1995 con el documento Conpes 2775, que abordó la participación del sector privado en infraestructura física. Conforme se mencionó, la Ley 448 de 1998 y el Decreto 423 de 2001 establecieron un marco normativo (que el Conpes debe actualizar) para la provisión de las contingencias derivadas de los riesgos contractuales del Estado en proyectos de infraestructura con participación privada.

Sin embargo, se ha evidenciado que los lineamientos se encuentran dispersos y que la mayoría de los documentos Conpes⁴³⁰ se han centrado en la asignación del riesgo, mientras que otros han realizado ajustes específicos para ciertos sectores, lo que ha generado la fragmentación de los instrumentos. En respuesta a esta situación, recientemente se expidió el Conpes 4117 de 2023, que busca ser una guía clara y ordenada para la gestión adecuada del riesgo en todas sus etapas de análisis y manejo y para establecer un conjunto de lineamientos de asignación de riesgos integral, tomando como referencia algunas de las publicaciones y guías de buenas prácticas más relevantes que existen⁴³¹.

Los proyectos de infraestructura con participación privada, según el Conpes 4117 de 2023, son aquellos ejecutados con financiación privada cuyo objeto es el desarrollo de la infraestructura pública y su gestión integral. Estos proyectos pueden involucrar la construcción de nueva infraestructura o la mejora de la existente mediante el diseño, construcción, financiación, operación, mantenimiento y reversión (luego de terminado el contrato). Se pretende que los contratos públicos que desarrollen este tipo de proyectos transfieran de forma eficiente los riesgos y responsabilidades a la parte privada durante la vida del contrato, y que la remuneración del contratista esté directamente relacionada con el desempeño, los estándares de calidad y el servicio prestado.

Es importante resaltar que los riesgos deben ser ciertos, es decir, que la probabilidad de ocurrencia se debe determinar mediante un cálculo matemático o estadístico basado en eventos ocurridos en el pasado. De este modo, el riesgo se puede transferir de manera eficiente al particular cuando corresponda. Sin embargo, el análisis también puede concluir que el riesgo debe ser compartido entre la entidad contratante y el contratista; o, en algunos casos, que lo debe asumir la entidad en su totalidad, lo que debe verse reflejado en la remuneración del contratista.

De esta forma, la gestión del riesgo en los contratos de infraestructura con participación privada debe seguir varias fases, que son: (i) identificación; (ii) categorización o tipificación

⁴³⁰ Los lineamientos que se consolidan provienen de: Documento Conpes 3107 de abril de 2001 Política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura; Documento Conpes 3133 Modificaciones a la política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura establecidos en el documento Conpes 3107 de 2001; Documento Conpes 3760 Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales; Documento Conpes 3800 Modificación al documento Conpes 3760 Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales; Documento Conpes 3961 Lineamientos de política de riesgo contractual del Estado para proyectos de sistemas férreos de pasajeros cofinanciados por la Nación; Documento Conpes 4000 Lineamientos de política de riesgo contractual del Estado para proyectos aeroportuarios con participación privada; Documento Conpes 4028 Lineamientos de política de riesgo contractual del Estado para proyectos de infraestructura en vías fluviales y canales navegables con participación privada; y Documento Conpes 4047 Lineamientos de política de riesgo contractual del estado para proyectos de sistemas ferreros de carga con participación privada en el país.

⁴³¹ Colombia. Departamento Nacional de Planeación, Conpes 4117 de 2023, en https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=/ConexionContent/WCC_CLUSTER-226324 consulta de julio 10 de 2024.

y asignación; (iii) evaluación cualitativa; (iv) evaluación cuantitativa; (v) implantación, y (iv) gestión del riesgo durante la vida del contrato. El Conpes 4117 de 2023 explica cada una de estas etapas y la metodología para la asignación de riesgos.

Consideraciones finales

El análisis de los riesgos previsibles en el contrato estatal es fundamental para la adecuada planeación del contrato y, en consecuencia, para delimitar las responsabilidades que deben asumir las partes. Su análisis debe ser juicioso, es decir, tanto funcionarios públicos como proponentes deben participar activamente en el estudio de los riesgos previsibles del proceso contractual y de la ejecución del contrato. Este estudio debe proporcionar información valiosa sobre los diversos tipos de riesgos que puedan surgir, su cuantificación y asignación. La principal finalidad es evitar conflictos a lo largo de la relación contractual y garantizar el equilibrio económico del contrato.

En la actualidad existen numerosos riesgos previsibles que pueden surgir durante un contrato. Por ello, es importante consultar la metodología establecida tanto en el manual de CCE como en los documentos Conpes que se han expedido sobre el tema y que fueron referenciados a lo largo de este documento.

Conforme se advirtió al inicio del capítulo, el contrato estatal es una herramienta muy valiosa para lograr objetivos sociales, metas económicas y el bienestar general. Por esta razón, los particulares deben ser conscientes de la importancia de colaborar con las entidades públicas, aportando su conocimiento y experiencia para el beneficio de todos, sin desconocer la necesaria retribución a la que tienen derecho por el cumplimiento de su servicio. De ahí que sea tan importante que desde la etapa precontractual se planifiquen adecuadamente los derechos y obligaciones de las partes, para que, en igualdad de condiciones, se puedan cumplir las expectativas que tiene el contrato.

En este sentido, la falta de análisis sobre los riesgos previsibles y el uso de formatos estándar sin un estudio detallado de los derechos y obligaciones que deben materializarse en el contrato afecta negativamente la buena administración. Además, genera un riesgo innecesario de incumplimiento y mala gestión por la falta de diligencia de los responsables al momento de planificar el contrato estatal.

Por lo tanto, es necesario generar más conciencia en todos los actores responsables de la contratación estatal para mejorar de forma continua la identificación de los riesgos previsibles. Esto permitirá fortalecer la seguridad jurídica y reducir los conflictos contractuales y extracontractuales a lo largo de la relación contractual.

Bibliografía

Benavides, José Luis. *Contratos públicos. Estudios*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2014.

Colombia Compra Eficiente. *Manual para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos de contratación,* en

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_cobertura_riesgo.pdf consulta de julio 10 de 2024.

Colombia, Colombia Compra Eficiente, Estrategia de gestión en Colombia Compra Eficiente, Bogotá, s.f., en https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20130131estrategia_1.pdf consulta de julio 9 de 2024.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1150 de 2007.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 1997-04390, agosto 31 de 2011, consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 713 de 2009, magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.

Colombia, Departamento Nacional de Planeación, Conpes 3714 de 2011, Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública, en <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf> consulta de julio 9 de 2024.

Colombia, Departamento Nacional de Planeación, Conpes 4117 de 2023, en https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=/ConexionContent/WCC_CLUSTER-226324 consulta de julio 10 de 2024.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1082 de 2015.

Dávila Vinuesa, Luis Guillermo. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, 3.^a ed. Legis. Bogotá. 2017.

Mier Barros, Patricia. “Los riesgos, su identificación y amortización en los contratos del Estado”, *Revista de Ingeniería*, 2010, 32, pp. 95-107.

Organization for Economic Co-operation and Development. *The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis*. Paris. 1997.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*, 2.^a ed. Tirant Lo Blanch. Bogotá. 2023.

Capítulo 15

La gestión de riesgos en la convencionalidad privada

Édgar Iván León Robayo⁴³²
Melissa Alejandra Dukuara⁴³³

Introducción⁴³⁴

Existe una percepción generalizada y errónea de que involucrar en la contratación privada a un abogado que tiene la función de gestionar los riesgos propios del convenio ralentiza los procesos operativos y financieros, comprometiendo su practicidad y eficiencia en detrimento de una negociación normal y fluida. Sin embargo, un enfoque proactivo y anticipado en el análisis y la gestión de los riesgos en el ámbito privado permite abordar contingencias de manera eficaz y eficiente, protegiendo los intereses de las partes involucradas y garantizando el cumplimiento de sus objetivos contractuales.

Este documento tiene como propósito analizar cómo los contratantes privados deben prever y gestionar los riesgos que surgen en sus negocios. Para ello, se comenzará por resaltar la importancia fundamental de su mitigación, lo que se traduce en prácticas clave, como la confidencialidad de la información y su protección, que aseguran el manejo adecuado de datos sensibles y resguardan la privacidad y los intereses estratégicos de las partes. Además, la implementación efectiva de políticas de cumplimiento es indispensable para garantizar que todas las actividades contractuales se alineen con las regulaciones vigentes, reforzando la transparencia y la ética empresarial. También se abordará la importancia de la debida diligencia y la evaluación meticulosa de las contrapartes, esenciales para identificar riesgos potenciales y establecer relaciones comerciales sólidas y confiables. Estas prácticas no solo previenen futuros litigios y desavenencias, sino que también establecen una base firme para negociaciones exitosas y duraderas.

En segundo lugar, se estudiará la prevención y evaluación de riesgos en los contratos privados, que exige una ejecución efectiva orientada hacia un enfoque eminentemente proactivo, garantizando la integridad y el cumplimiento de los acuerdos establecidos entre las partes. En este contexto es fundamental abordar amenazas potenciales como el fraude y la manipulación de los contratos, que pueden minar tanto la confianza como los resultados. Por ello, como se verá a lo largo de este artículo, establecer sistemas robustos de monitoreo, control interno y auditoría contractual ayuda a detectar irregularidades tempranamente y

⁴³² Abogado de la Universidad del Rosario con posgrado en Derecho Civil de la Universidad de Salamanca (España) y en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana. Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho *summa cum laude* de la Universidad Alfonso X El Sabio (España). Profesor titular de la Universidad Sergio Arboleda.

⁴³³ Abogada de la Universidad El Bosque. Especialista en Derecho Contractual de la Universidad del Rosario y en Derecho Minero Petrolero de la Universidad Externado de Colombia. Ha sido profesora de las universidades El Bosque, del Rosario, de La Sabana y Sergio Arboleda, y del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios (ILAE).

⁴³⁴ Este documento es producto del proyecto de investigación “Cuestiones actuales del derecho patrimonial y de la empresa, la modernización del derecho de contratos y la protección al consumidor en el entorno digital”, que actualmente adelanta el Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Universidad Sergio Arboleda.

refuerza las prácticas de transparencia y rendición de cuentas dentro de la organización. Estos mecanismos son claves para proteger los activos, asegurar la equidad en las transacciones y fomentar las relaciones comerciales.

Finalmente, resulta preciso traer a colación el rol que debe cumplir el administrador en esta materia, cuya labor supera la simple y llana supervisión de procedimientos. Su papel incluye el cumplimiento de deberes y obligaciones críticas que aseguran la integridad y eficacia de los contratos. Entre estas se destacan la prevención de conflictos de intereses y la adhesión a los deberes fiduciarios, que protegen los objetivos de la organización y promueven un ambiente de transparencia y confianza.

Asimismo, la gestión de contratos con partes relacionadas presenta desafíos únicos que requieren una vigilancia meticulosa para evitar el favoritismo y garantizar que todas las transacciones se realicen en términos justos y equitativos. Estas prácticas no solo son esenciales para el buen gobierno corporativo, sino también para mantener la sostenibilidad y el éxito de la compañía a largo plazo.

1. La importancia de la mitigación de los riesgos en la contratación particular

La viabilidad y el éxito de los acuerdos establecidos se pueden garantizar si se logran disminuir los riesgos en el contexto de la contratación particular. Este proceso no se limita a evitar problemas legales. También abarca la protección integral de los intereses de las partes y el cumplimiento de los objetivos contractuales. Es una estrategia que anticipa la resolución de conflictos, permitiendo identificar de forma clara las situaciones complejas previas a la materialización del riesgo. De esta manera se puede abordar la situación de forma oportuna y adecuada cuando ocurra.

Elaborar una matriz de riesgo permite tener un panorama claro de la ejecución de un vínculo contractual y sirve como una herramienta operativa, financiera, logística y jurídica para la adecuada gestión de los mismos⁴³⁵. Es importante aclarar que resulta completamente falso asumir que todos los riesgos se pueden prever. No obstante, con un ejercicio juicioso y detallado se puede hacer un análisis suficiente para que, en caso de que se materialicen, exista claridad sobre cómo proceder de manera efectiva.

Por esta razón, durante la fase de formulación del contrato es imperativo identificar y analizar exhaustivamente cuáles son los posibles riesgos que pueden surgir, ya que tenerlos en cuenta es fundamental para su mitigación⁴³⁶. Este análisis es aún más crucial cuando los riesgos varían según el tipo de negocio, el lugar donde se lleve a cabo la actividad comercial y la industria o mercado en el que se opera. Por ejemplo, un mercado altamente regulado tendrá requisitos específicos para asegurar y cumplir con los contratos.

⁴³⁵ Rodríguez López, Manuel, Piñeiro Sánchez, Carlos y De Llano Monelos, Pablo. “Mapa de riesgos: identificación y gestión de riesgos”, *Atlantic Review of Economics*, 2, 2013, pp. 1-29.

⁴³⁶ Fernández Castro, Ángel Santiago (Coord.), Lado Sestayo, Rubén y De Llano Paz, Fernando. *Guía para implantar la gestión del riesgo en la empresa paso a paso. Introducción a la gestión del riesgo*. Editorial Fundación Inade y Universidade da Coruña. Santiago de Compostela. 2021, pp. 78 y ss.

Es preciso identificar una serie de cuestionamientos al respecto en la contratación privada. Se debe partir de una pregunta fundamental: ¿cuáles son los riesgos clave a los que se enfrentan las partes al celebrar sus contratos? Las respuestas pueden ser diversas: el incumplimiento del pago, la dependencia excesiva de sus proveedores, sus bienes perecederos. Hay otra pregunta crucial que no puede dejarse de lado: ¿qué obligaciones contractuales típicas de la industria serán difíciles de cumplir y cómo se gestionará esa situación?

La correcta identificación de los riesgos también permite una gestión adecuada de los mismos mediante el desarrollo de diferentes tipos de soluciones. Por ejemplo, si el riesgo es la falta de un proveedor confiable, ¿es posible buscar otro, aunque sea a un costo mayor? Si no es viable, ¿cómo se puede gestionar el riesgo? ¿Utilizando otra materia prima? ¿Dejando de vender el producto?

Las soluciones varían según el análisis de los riesgos. Su gestión se debe ver desde una perspectiva que trascienda la arista puramente jurídica. Por lo tanto, las soluciones deben considerar la necesidad que tiene la compañía de ejecutar el contrato y, entre otros, aspectos operativos, financieros y logísticos⁴³⁷.

Lo ideal es que el impacto sea el menor posible, recordando que la decisión sobre cómo gestionar el riesgo permitirá que la ejecución del contrato continúe de manera adecuada o, en el peor de los casos, que su interrupción no afecte gravemente los intereses de las partes. A continuación, se abordarán tres aspectos fundamentales en la mitigación de los riesgos:

- a) La confidencialidad de la información y su protección, que son pilares fundamentales en esta materia, resguardando los datos sensibles de accesos no autorizados y posibles brechas de seguridad.
- b) La implementación de políticas de cumplimiento robustas, que son cruciales para asegurar que las operaciones de la empresa se alineen con las normativas legales y éticas vigentes, promoviendo así una cultura de transparencia y responsabilidad.
- c) La debida diligencia y la evaluación meticulosa de las contrapartes.

Esto protege los activos de la empresa y fortalece su reputación y sostenibilidad en un mercado competitivo.

1.1. La confidencialidad de la información y su protección

La protección de la información confidencial es un pilar esencial en la gestión de riesgos y, probablemente, uno de los desafíos que más aparece en las matrices de riesgo de todo tipo de contratos. Los riesgos de seguridad surgen cuando la información confidencial o contractual se comparte con partes no autorizadas, es accedida por individuos no autorizados, la roban o se pierde.

⁴³⁷ Para conocer un ejemplo de recomendaciones multidisciplinarias en materia de gestión de riesgos, se recomienda consultar “Management of Risk”, del Royal Institution of Chartered Surveyors (RICS), London, 2015.

Aunque existen tecnologías que permiten mitigar estos riesgos, están expuestas a vulneraciones que se deben gestionar eficazmente en caso de materializarse, ya que su uso incrementa la susceptibilidad a la violación de las premisas de confidencialidad. Por ello, más allá de incluir una cláusula de confidencialidad en el contrato, es crucial determinar cómo se gestionará la información en todas sus etapas: precontractual, contractual y poscontractual. Es fundamental, además, delimitar quiénes tendrán acceso y a qué información, asegurando así una adecuada protección de los datos confidenciales.

Además, es imperativo contar con planes de contingencia y protocolos de respuesta para gestionar situaciones en las que la información confidencial se vea comprometida por pérdida, robo o divulgación no autorizada. Estos planes y protocolos se deben diseñar para minimizar el impacto negativo y asegurar que la gestión de la información confidencial sea robusta y eficaz, protegiendo los intereses de las partes.

En este sentido, la gestión de la confidencialidad no se limita a la implementación de cláusulas y tecnologías, sino que también implica desarrollar una cultura organizacional que priorice la seguridad de la información, adoptando medidas preventivas y reactivas para salvaguardar la integridad de los datos en cada etapa del ciclo contractual.

1.2. Implementación de políticas de cumplimiento

Las directrices de cumplimiento deben superar las exigencias legales y abarcar programas integrales que incluyan, pero no se limiten a, la transparencia empresarial, la adecuada implementación y arraigo del Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (Sarlaft)⁴³⁸ y la protección de datos. Es fundamental que las organizaciones implementen directrices adicionales que guíen a los involucrados en la ejecución contractual y en la gestión y análisis de los riesgos operacionales, proporcionando un enfoque detallado sobre las acciones a tomar y las posibles consecuencias derivadas.

Estas directrices dan un marco estructurado que facilita la toma de decisiones. Por ejemplo, si se sigue el camino A, las acciones serán A, B, C y las consecuencias X, Y, Z. Si se opta por el camino B, las acciones serán 1, 2, 3 y las posibles consecuencias D, E, F. Este enfoque no solo clarifica el proceso de toma de decisiones, sino que también permite anticipar y mitigar riesgos de manera efectiva.

Es crucial que las directrices de cumplimiento identifiquen claramente los roles y las responsabilidades de cada parte involucrada. Asignar deberes específicos facilita la ejecución de las tareas y asegura la eficiencia en el uso de recursos financieros, humanos y operativos, permitiendo una gestión más ágil y efectiva de los riesgos asociados.

Además, dichas políticas deben incluir una identificación clara de los riesgos asociados a una operación o contrato. Esta identificación permite desglosar las responsabilidades y establecer

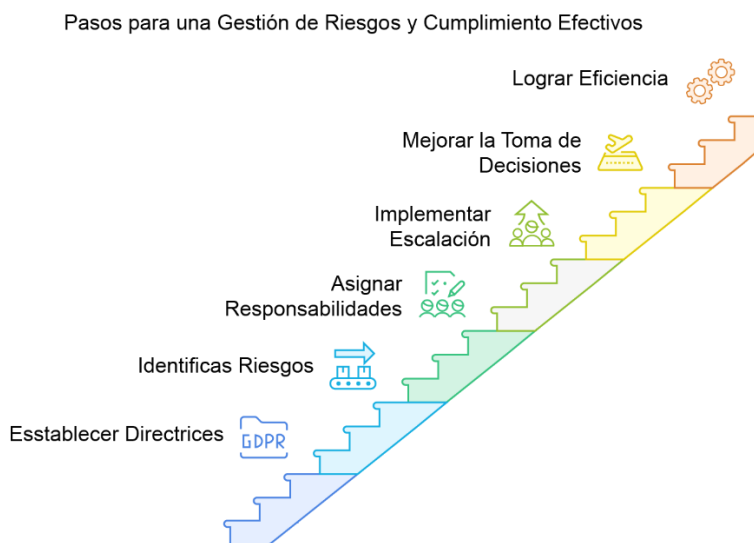
⁴³⁸ Lastimosamente, en ocasiones este tipo de obligaciones se cumple únicamente para evitar violar la normativa, en lugar de implementarse de manera adecuada. Por ello, es fundamental su correcta implementación, asegurando que se logre un verdadero arraigo al interior de la organización, complementándolo con políticas eficaces de gestión de riesgos y de gobernanza corporativa, entre otros aspectos.

cómo cada parte cumplirá sus obligaciones. También es fundamental establecer procesos de escalamiento para manejar situaciones imprevistas, asegurando que las directrices no se limiten a un conjunto de reglas estáticas, sino que sean dinámicas y adaptativas, gestionando los riesgos de manera eficiente y con el menor impacto posible.

La identificación de riesgos debe ser detallada y específica para cada operación o contrato, y debe abarcar los riesgos financieros, operativos, de cumplimiento y de reputación. Estas políticas deben proporcionar un marco claro para su evaluación y mitigación, asignando responsabilidades y estableciendo protocolos para la toma de decisiones y el escalamiento de problemas. Al hacerlo, las organizaciones pueden garantizar que están preparadas para manejar cualquier contingencia de manera eficiente y con el menor impacto posible, protegiendo así sus intereses y los de sus partes interesadas.

Las directrices robustas ofrecen múltiples beneficios y proporcionan un marco claro y definido que ayuda a los empleados a tomar decisiones informadas y alineadas con los objetivos de la organización. Cumplir con las normativas y mantener altos estándares éticos mejora la reputación de la organización ante clientes, socios comerciales y reguladores (Gráfico 1).

Gráfico 1. Pasos para una gestión de riesgos y cumplimiento efectivos

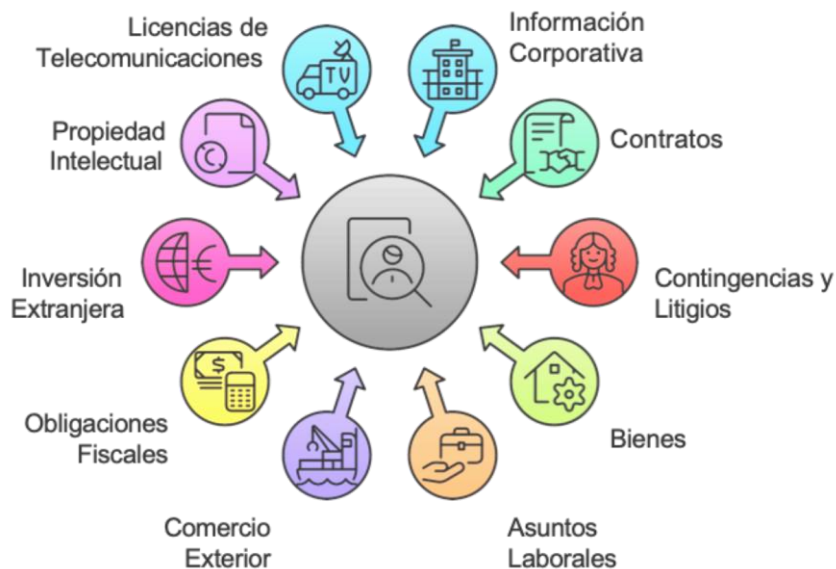


1.3. Debida diligencia y evaluación de contrapartes

La debida diligencia, o *due diligence* es un proceso de evaluación, investigación, detección de riesgos y diagnóstico adelantado por expertos de diversas áreas (económica, contable, financiera, jurídica, entre otras). El resultado de este proceso es un dictamen técnico que expresa una opinión profesional respecto a una operación económica y jurídica (Gráfico 2). Por lo general, este proceso lo hace la parte adquirente, inversionista o financiadora para analizar un negocio que piensa asumir. Debido a su naturaleza, requiere acceso a toda la

información posible que le permita definir una estrategia, ya sea para formular su oferta o aceptar la propuesta presentada⁴³⁹.

Gráfico 2. Aspectos que se deben analizar en la *due diligence*



Los posibles riesgos asociados con las partes involucradas en un contrato se pueden identificar con la debida diligencia y la evaluación de contrapartes. Este examen incluye el análisis de la solidez financiera, la trayectoria y el historial de cumplimiento de la contraparte, lo que ayuda a tomar decisiones informadas y a mitigar riesgos potenciales⁴⁴⁰.

En transacciones de gran envergadura es fundamental realizar un mapa de calor para identificar la probabilidad y el impacto de la materialización de los riesgos. Esto no solo permite mitigar riesgos, sino que también puede servir como estrategia de apalancamiento⁴⁴¹, ajustando el apetito de riesgo de la transacción para obtener condiciones más ventajosas.

Un componente crucial en este proceso es el *Know Your Business Partner* (KYBP), una estrategia fundamental en la mitigación de riesgos⁴⁴². Cuanta más información se tenga de la

⁴³⁹ Castro de Cifuentes, Marcela. “Due diligence en los negocios internacionales: algunas reflexiones de orden jurídico y práctico”, *Revista de Derecho Privado*, 2000, 25, p. 130. El origen de la *Due Diligence* está vinculado a la *Security Act* de 1933 de Estados Unidos. Esta normativa utilizaba el término para referirse a una conducta estándar exigida a los intermediarios y vendedores de acciones de la bolsa ofrecidas en ofertas públicas. En el contexto de esta ley, se trataba de una verdadera “investigación en una manera razonablemente calculada para descubrir todos los hechos que un inversor pudiera considerar para decidir si comprar o no las acciones. Si los corredores y comerciantes podían demostrar haber cumplido con este estándar, la *Securities Act* les proveía una defensa contra el reclamo de los inversores”. Ver: Heines, M. H. citado en López Cegarra, Jesús. “El *Due Diligence* en la Propiedad Intelectual”, *Revista Propiedad Intelectual*, 2007, VI, (10), Mérida, p. 155.

⁴⁴⁰ León Robayo, Édgar Iván y Delgado Virviescas, Natalia. “Instrumentos Jurídicos de Negociación Corporativa”, en *Aspectos contemporáneos de la negociación nacional e internacional*, International Chamber of Commerce Colombia y Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 159-197. Al respecto, ver la “Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable” de 2018, p. 29.

⁴⁴¹ En inglés, *leverage*, que se refiere a la capacidad de obtener condiciones más favorables.

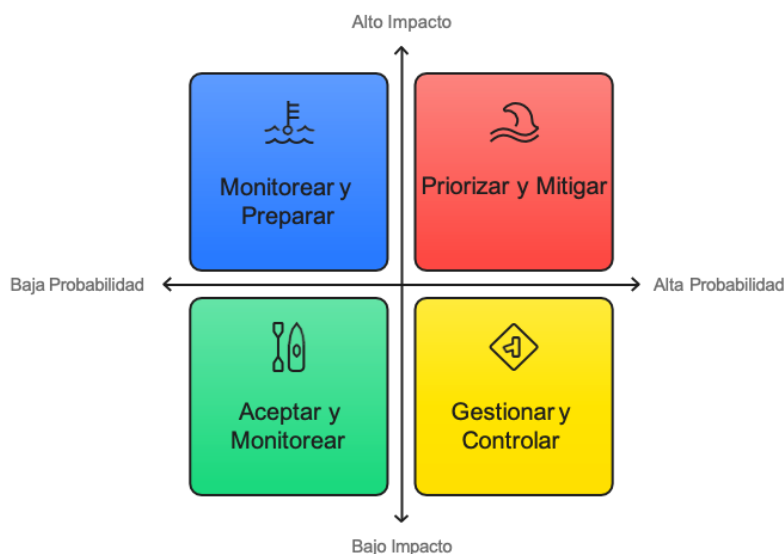
⁴⁴² “There simply is no substitute for dealing with a safety-conscious contractor who prevents or minimizes damages and injuries through safe work practices. Keep in mind that for every dollar of loss prevented, there is perhaps an additional dollar of frictional and ‘soft’ costs saved (legal fees, claims handling costs, lost employee productivity, and so on).”

contraparte mayor será el control sobre los riesgos potenciales. Sin embargo, es importante reconocer que obtener toda la información necesaria puede ser un desafío, ya que las contrapartes a menudo se muestran reacias a compartir ciertos datos que son vitales para poder hacer un análisis completo. Esto puede convertirse en un obstáculo operacional y comercial. Por esta razón, el proceso de KYBP no debe limitarse a la recopilación de datos legales o jurídicos, sino que debe ofrecer un enfoque más amplio que permita evaluar el impacto de la relación contractual en la estrategia y los objetivos del negocio, proporcionando así una perspectiva integral.

La realidad demuestra que en un mundo de transacciones y contratos dinámicos enterarse de quién es el cocontratante es indispensable. Este conocimiento, que contempla aspectos comerciales, financieros y jurídicos, debe permitir crear un mapa de calor del socio comercial⁴⁴³. Un buen análisis de riesgos ayuda a establecer un plan adecuado en caso de que se materialice algún evento riesgoso (Gráfico 3). Este enfoque integral facilita la toma de decisiones adecuadas, basadas no solo en la viabilidad inmediata, sino también en una evaluación integral y prospectiva de los riesgos.

Independiente de que se decida avanzar o no con la contratación, la decisión debe sustentarse en una evaluación sólida de los riesgos a largo plazo. Si finalmente se opta por no contratar, la información recopilada durante el análisis servirá como referencia para futuras evaluaciones de contrapartes.

Gráfico 3. Evaluación de riesgos en la gestión de contratos



Screen your contractors carefully before entering into any contract. Screening is probably the simplest and yet most effective method of controlling contractual risk". Ver: North Dakota Risk Management. *Guidelines to managing contractual risk*. 2021, p. 3.

⁴⁴³ Aunque puede confundirse con el mapa de calor mencionado previamente, existe una diferencia clave. El mapa de calor de riesgos se enfoca en el análisis de un contrato o transacción específica, evaluando los riesgos inherentes al proceso. En cambio, el mapeo realizado en el proceso de conocimiento de la contraparte (KYBP) está centrado en la evaluación del perfil de la persona o entidad con la que se va a establecer una relación contractual.

2. Ejecución del contrato privado: prevención y evaluación de riesgos

La ejecución del contrato privado es un proceso crítico que involucra la prevención y evaluación de riesgos en diversas fases. Este proceso es fundamental para asegurar que las obligaciones contractuales se cumplan y que los riesgos asociados se gestionen de manera efectiva. Después de haber agotado la evaluación previa de la contraparte y la debida diligencia y de decidir que se realizará el contrato, la ejecución del vínculo se vuelve la etapa de mayor cuidado y gestión, pues es en este momento donde muchos de los riesgos identificados en el análisis inicial se pueden materializar.

Aunque lo ideal es que las ejecuciones contractuales no presenten problemas durante su desarrollo, en transacciones complejas este escenario no suele ser común. Esto es especialmente cierto cuando se involucran aspectos operativos, financieros, logísticos y legales. A continuación, se analizará la manipulación de los contratos y la necesidad de un monitoreo y una auditoría adecuados para prevenir fraudes.

2.1. La manipulación de los contratos y el fraude

Probablemente, uno de los riesgos, desde los más simples hasta los más complejos, a los que está sujeto cualquier contrato o transacción es la manipulación de la información o del contrato mismo, lo que podría no solo materializar un riesgo, sino configurar delitos. Por ello, la matriz de riesgos debe estar orientada a prevenir que tales eventos particulares se materialicen, y si lo hacen, que se gestionen adecuadamente. En cualquiera de sus ámbitos, la auditoría interna, el control interno y la supervisión del contrato deben procurar que la intención de las partes de suscribir el contrato no se tergiverse.

Se reitera la dificultad asociada con la tecnología, ya que sus vulnerabilidades o fallos pueden permitir la alteración de la naturaleza misma del contrato, tergiversando la verdadera intención de las partes. Desde aspectos mínimos, como una firma digitalizada, hasta la falta de control sobre quién firma y cómo, representan riesgos significativos para cualquier gestión contractual. Por ello, deben tomarse todas las medidas necesarias para evitarlos, como la implementación de sistemas de firma electrónica y/o digital, que permitan controlar la veracidad de los firmantes utilizando, por ejemplo, mecanismos biométricos para garantizar mayor seguridad en el contrato (Gráfico 4).

Gráfico 4. Tecnología en la gestión de contratos



En este mismo sentido, la parte financiera del contrato puede generar eventos desfavorables como desfalcos o malversaciones que, si no se gestionan adecuadamente, pueden llevar a la no ejecución de la transacción. Estos riesgos financieros deben ser gestionados mediante un control riguroso y una supervisión constante, asegurando que los fondos y recursos se utilicen de acuerdo con los términos acordados y que cualquier anomalía se detecte y resuelva rápidamente.

2.2. Monitoreo, control interno y auditoría contractual

Teniendo en cuenta lo anterior, existen herramientas como el monitoreo y la auditoría interna que permiten gestionar el impacto del riesgo durante la ejecución del contrato y mantener actualizada la matriz de riesgos. El monitoreo constante de las transacciones, desde la perspectiva del *risk assessment*, permite tomar decisiones y hacer cambios de manera anticipada, protegiendo los intereses y asegurando que la incidencia de hechos riesgosos disminuya⁴⁴⁴.

La clave de esta ardua tarea radica en entender que es imposible controlar el 100 % de la ejecución de un contrato, especialmente cuando existen factores ajenos y terceros que pueden

⁴⁴⁴ “As you identify each potential risk, think about the likelihood of it actually occurring and the consequences if it did. Develop risk management strategies that will eliminate the risk or manage the likelihood and consequences of an unfortunate event occurring. To identify risks and manage them, you need to think in practical terms. While this is a part of your education process, writing a Risk Assessment is not an academic exercise. This is a serious tool that must offer practical solutions on what you will do if something unfortunate happens when undertaking your research that could threaten your life or cause distress and harm”. Ver: Edith Cowan University. “Information on Writing a Risk Assessment and Management Plan”, Faculty of Health, Engineering and Science, n.d., en https://www.ecu.edu.au/_data/assets/pdf_file/0005/680468/Information-about-Writing-a-Risk-Assessment-and-Management-Plan.pdf consulta del 13 de enero de 2025.

alterar el proceso en cualquier momento. Es necesario comprender la operación no solo desde un ámbito jurídico y como una lista de chequeo, sino entender realmente la naturaleza del negocio, cómo funciona y cómo se pueden anticipar posibles problemas o debilidades de forma estratégica, evitando generar alarmas innecesarias o magnificar los existentes.

El monitoreo constante es esencial para mantener actualizada la matriz de riesgos y asegurar que cualquier desviación de los términos contractuales se detecte y corrija de manera oportuna. Esto implica la supervisión continua de todas las actividades relacionadas con el contrato, utilizando sistemas de gestión que proporcionen visibilidad en tiempo real y alertas automatizadas. Esta práctica permite anticipar problemas y tomar decisiones informadas antes de que los riesgos se materialicen.

El control interno, por su parte, incluye la implementación de procedimientos y políticas que aseguren la integridad y exactitud de las operaciones contractuales. Esto abarca, entre otros aspectos, la verificación de la autenticidad de las firmas, la confirmación de la identidad de los firmantes y la supervisión del cumplimiento de los términos contractuales. Un sistema de control interno robusto previene fraudes y malversaciones, garantizando que todas las transacciones se realicen de acuerdo con los procedimientos establecidos y que cualquier irregularidad se detecte y corrija rápidamente.

La auditoría contractual, tanto interna como externa, es un proceso exhaustivo que implica la revisión sistemática y periódica de los contratos y las transacciones relacionadas para garantizar el cumplimiento con los términos acordados y las políticas internas. Estas auditorías ayudan a identificar áreas de mejora, detectar fraudes y a que se sigan las mejores prácticas en la gestión de contratos. Es importante destacar que la auditoría interna la realiza el personal de la organización, mientras que la externa la hacen auditores independientes, quienes proporcionan una visión imparcial y objetiva del cumplimiento contractual.

3. El administrador y su rol en la gestión de riesgos en la contratación privada

El administrador del contrato privado, también conocido como supervisor del contrato, tiene un rol fundamental en la gestión de riesgos, pues es el responsable de garantizar que todos los términos y condiciones se cumplan, minimizando los riesgos asociados.

Su labor debe ir más allá de la simple lista de verificación, abarcando una comprensión profunda de las dinámicas de la ejecución contractual. Ante obstáculos de naturaleza administrativa, financiera o jurídica, el administrador del contrato debe saber cómo desescalar los problemas, escalarlos cuando sea necesario y utilizar las herramientas disponibles para mitigar los riesgos⁴⁴⁵. No puede ser una figura meramente simbólica; debe entender la magnitud de su posición y sus límites, como se expondrá a continuación.

⁴⁴⁵ Asociación Española de Compliance. *Libro blanco sobre la función de Compliance*. Ascom, Madrid, 2017.

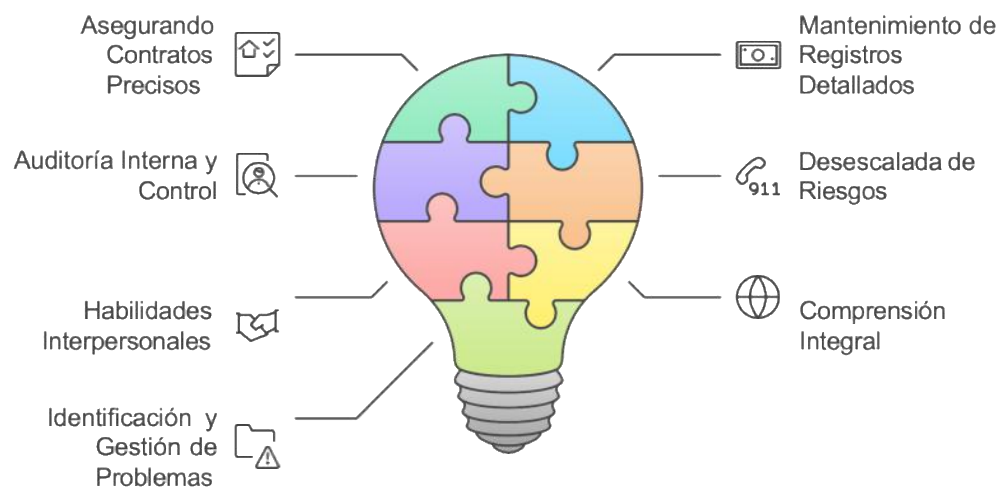
3.1. Deberes y obligaciones del administrador

Uno de los deberes esenciales del administrador es garantizar que el contrato refleje fielmente la intención comercial, logística y financiera del acuerdo. Para lograrlo, es crucial que comprenda de manera clara tanto la operación como la transacción, lo que le permitirá gestionar eficazmente las herramientas disponibles y asegurar la correcta ejecución del contrato.

En este contexto, es imprescindible que el administrador mantenga registros y bitácoras detalladas, lo que facilitará la auditoría interna, el control y el seguimiento de la ejecución contractual. Este rol no debe limitarse a discusiones informales sin respaldo documental. Cada acción y decisión debe estar debidamente registrada y respaldada.

Como se mencionó previamente, el administrador debe ser capaz de desescalar situaciones que aumenten el nivel de riesgo, utilizando habilidades interpersonales para hacerlo de forma eficiente. Debe tener un entendimiento integral de las dificultades desde diversas perspectivas y conocer los mecanismos, procedimientos y políticas que guían sus funciones. Además, debe poder identificar y gestionar los problemas que surjan durante la ejecución del contrato, desde un enfoque que combine habilidades técnicas y blandas (Gráfico 5).

Gráfico 5. Responsabilidades y habilidades de un administrador de contratos



3.2. Los conflictos de intereses y los deberes fiduciarios

Uno de los mayores retos para un administrador es manejar los conflictos de intereses sin que estos comprometan sus deberes fiduciarios⁴⁴⁶. Es imperativo que las políticas de

⁴⁴⁶ Estas responsabilidades están reguladas en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y se basan en un deber de obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los administradores deben actuar en interés de la sociedad, considerando los intereses de los socios, en especial, los siguientes: "(i) hacer esfuerzos para ejecutar el objeto social; (ii) atender los estatutos; (iii) facilitar las labores del revisor fiscal si se tiene; (iv) proteger la propiedad intelectual; (v) abstenerse de usar indebidamente información privilegiada; (vi) tratar equitativamente a los socios; y (vii) actuar sin autorización cuando tenga conflictos de interés". Ver: Escobar Pérez, Billy. "Los deberes generales de los administradores societarios", en *Administradores Societarios*, Universidad del Rosario, Superintendencia de Sociedades y

cumplimiento y los análisis de riesgos incluyan una estructura clara para abordarlos, ya sea mediante estructuras de gobernanza corporativa o con políticas específicas. El administrador debe saber cuándo escalar estos conflictos a los superiores o a los órganos de administración pertinentes, conforme a los reglamentos o estatutos establecidos⁴⁴⁷.

El manejo adecuado de los conflictos de intereses es esencial para cualquier organización, ya que facilita la gestión de riesgos y promueve una cultura organizacional transparente. Esto se traduce en una mejor preparación frente a auditorías internas, asegurando que se cuente con los documentos necesarios para demostrar cómo se resolvió el conflicto. Además, una gestión adecuada de estos conflictos fortalece la confianza y la integridad dentro de la organización, garantizando que las decisiones se tomen de manera imparcial y justa.

3.3. Contratos con partes relacionadas

En muchas organizaciones empresariales es común contratar con partes relacionadas por factores como la facilidad, el conocimiento previo y la eficiencia de costos y recursos⁴⁴⁸. Es importante aclarar que esta práctica no es inherentemente indebida ni carece de transparencia, siempre y cuando se cumplan las políticas y manuales de contratación establecidos para evitar conflictos de intereses.

Por esta razón, deben existir pautas y estándares claros que guíen este tipo de contrataciones, incluyendo un plan de acción para proceder en estos casos, asegurando que no sean desproporcionadas en comparación con contrataciones realizadas con partes no relacionadas⁴⁴⁹. Las políticas de KYBP y el *assessment* de contratación deben verificar que las características de la parte relacionada cumplan con los requisitos establecidos, sin pasar deliberadamente por alto los presupuestos de contratación.

Consideraciones finales

En el complejo terreno de los acuerdos privados no se puede subestimar la importancia de reducir los riesgos. Cada contrato, con sus particularidades y condiciones específicas, conlleva una serie de riesgos que si no se gestionan adecuadamente pueden desencadenar consecuencias adversas tanto para las partes involucradas como para el proyecto en cuestión. Por ello, su mitigación efectiva no solo salvaguarda los intereses económicos, sino que también fortalece la confianza y la sostenibilidad de las relaciones contractuales a largo plazo.

Colegio de Abogados Comercialistas, Bogotá, 2024, pp. 23-60; Alemán Vásquez, Elisa y Jiménez Molina, Carolina. “La sostenibilidad en las sociedades comerciales colombianas: su exigibilidad a través del deber fiduciario”, *Revista de Derecho Privado*, 2022, 44, pp. 179-213.

⁴⁴⁷ De lo contrario, puede incurrir en responsabilidad patrimonial por los perjuicios que puedan sufrir tanto la sociedad como socios y terceros (*stakeholders*). Al respecto, consultar el libro de William David Hernández Martínez, *La Jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades*, editorial Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2024, pp. 153-158.

⁴⁴⁸ El antecedente de esta figura se encuentra en el caso *Donahue v. Rodd Electrotype Co. of New England*, fallado en 1975 por la Corte Suprema de Massachusetts (EE. UU.) en torno de la teoría de abuso del derecho de mayoría. Al respecto, consultar el libro de Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, tercera edición, de editorial Temis, Bogotá, 2017, p. 258.

⁴⁴⁹ “El conocimiento de las transacciones, saldos pendientes, incluyendo compromisos, y relaciones de una entidad con partes relacionadas podría afectar a la evaluación de sus operaciones por los usuarios de los estados financieros, incluyendo la evaluación de los riesgos y oportunidades a los que se enfrenta la entidad”. Ver: IFRS Foundation. *NIC 24. Información a Revelar sobre Partes Relacionadas*, 2001, en <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/cr/Documents/audit/documentos/niif-2019/NIC%2024%20-%20Informaci%C3%B3n%20a%20Revelar%20sobre%20Partes%20Relacionadas.pdf> consulta del 13 de enero de 2025.

En este documento se han explorado exhaustivamente los métodos mediante los cuales los contratantes privados pueden anticipar y gestionar los riesgos inherentes a sus negociaciones. Desde la crucial mitigación inicial hasta las estrategias proactivas de prevención y evaluación se ha delineado un marco operativo que abarca tanto la protección de datos como la integridad en la ejecución de los contratos. Los roles y responsabilidades del administrador, especialmente en la gestión de conflictos y la supervisión de contratos con partes relacionadas, subrayan la importancia de un liderazgo informado y éticamente comprometido.

Al adherir estas prácticas, los empresarios fortalecen su posición frente a desafíos legales y financieros y pavimentan el camino hacia relaciones comerciales más seguras y rentables. Es claro que la gestión efectiva de los riesgos es indispensable para la sostenibilidad y prosperidad de la contratación privada.

Bibliografía

Alemán Vásquez, Elisa y Jiménez Molina, Carolina. “La sostenibilidad en las sociedades comerciales colombianas: su exigibilidad a través del deber fiduciario”, *Revista de Derecho Privado*, 2022, 44, pp. 179-213.

Asociación Española de Compliance. *Libro blanco sobre la función de Compliance*. Ascom. Madrid, 2017.

Castro de Cifuentes, Marcela. “Due diligence en los negocios internacionales: algunas reflexiones de orden jurídico y práctico”, *Revista de Derecho Privado*, 2000, 25, Bogotá, pp. 129-140.

Colombia, Congreso de la República, Ley 222 de 1995.

Edith Cowan University. “Information on Writing a Risk Assessment and Management Plan”, Faculty of Health, Engineering and Science, n. d., en https://www.ecu.edu.au/_data/assets/pdf_file/0005/680468/Information-about-Writing-a-Risk-Assessment-and-Management-Plan.pdf, consulta del 13 de enero de 2025.

Escobar Pérez, Billy. “Los deberes generales de los administradores societarios”, en *Administradores Societarios*, Universidad del Rosario, Superintendencia de Sociedades y Colegio de Abogados Comercialistas, Bogotá, 2024, pp. 23-60.

Fernández Castro, Ángel Santiago (Coord.), Lado Sestayo, Rubén y De Llano Paz, Fernando. *Guía para implantar la gestión del riesgo en la empresa paso a paso. Introducción a la gestión del riesgo*. Editorial Fundación Inade y Universidade da Coruña. Santiago de Compostela. 2021, pp. 78 y ss.

IFRS Foundation. *NIC 24. Información a Revelar sobre Partes Relacionadas*, 2001, en <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/cr/Documents/audit/documentos/niif-2019/NIC%2024%20-%20Informaci%C3%B3n%20a%20Revelar%20sobre%20Partes%20Relacionadas.pdf>, consulta del 13 de enero de 2025.

León Robayo, Édgar Iván y Delgado Virviescas, Natalia. “Instrumentos jurídicos de negociación corporativa”, en *Aspectos contemporáneos de la negociación nacional e internacional*, International Chamber of Commerce Colombia y Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2016, pp. 159-197.

López Cegarra, Jesús. “El *Due Diligence* en la Propiedad Intelectual”, *Revista Propiedad Intelectual*, 2007, VI, (10), Mérida, pp. 153-165.

North Dakota Risk Management. *Guidelines to managing contractual risk*. 2021, p. 3.

Rodríguez López, Manuel, Piñeiro Sánchez, Carlos y De Llano Monelos, Pablo. “Mapa de riesgos: Identificación y gestión de riesgos”, *Atlantic Review of Economics*, 2013, 2, pp. 1-29.

Capítulo 16

Debida diligencia empresarial en derechos humanos: concepto, avances, beneficios y posibles riesgos

Enrique Prieto-Ríos⁴⁵⁰
Beatriz Eugenia Luna de Aliaga⁴⁵¹
Daniel Felipe Delgado Otálora⁴⁵²
María Alejandra Navas Castañeda⁴⁵³
Nicolás Andrés Sánchez Rodríguez⁴⁵⁴

Introducción

El objetivo del presente capítulo es proporcionar a las empresarias y empresarios una aproximación al concepto de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos, haciendo énfasis en los beneficios que derivan para las empresas cuando esta actividad se adelanta de forma adecuada.

El concepto de la debida diligencia empresarial en derechos humanos hace parte de la agenda de derechos humanos y empresas. Esta agenda, liderada por países latinoamericanos por el impacto de las empresas transnacionales en las políticas domésticas y en las relaciones internacionales, tiene sus comienzos en los años setenta⁴⁵⁵. En este contexto, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas emitió la Resolución 1908 de 1973 sobre el

⁴⁵⁰ Profesor asociado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; doctor de la Birkbeck University of London; MA de The London College UCK, y abogado de la Universidad del Rosario. Codirector del Semillero de investigación en Derecho internacional económico y gobernanza global de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Autor del libro *Systemic Violence of the Law: Colonialism and International Investment*, editorial Rowman & Littlefield Publishers. Consultor de entidades nacionales e internacionales en derechos humanos. Correo electrónico: enrique.prieto@urosario.edu.co

⁴⁵¹ Asistente graduada doctorado en Derecho y abogada de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana. Codirectora del Semillero de investigación en Derecho internacional económico y gobernanza global de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Autora del libro *Trata de personas y empresas. Estándares y recomendaciones para su prevención en Colombia*, editorial Universidad de La Sabana. Socia de Luna de Aliaga Abogados & Asociados S.A.S. Correo electrónico: beatriz.luna@urosario.edu.co

⁴⁵² Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Miembro del Semillero de investigación en Derecho internacional económico y gobernanza global de la Facultad de Jurisprudencia de la misma Universidad. Correo electrónico: danielfe.delgado@urosario.edu.co

⁴⁵³ Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Miembro del Semillero de investigación en Derecho internacional económico y gobernanza global de la Facultad de Jurisprudencia de la misma Universidad. Correo electrónico: mariaa.navas@urosario.edu.co

⁴⁵⁴ Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Miembro del Semillero de investigación en Derecho internacional económico y gobernanza global de la Facultad de Jurisprudencia de la misma Universidad. Correo electrónico: nicolasa.sanchez@urosario.edu.co

⁴⁵⁵ Iglesias Márquez, del Valle Calzada y Marullo, en cuanto a la importancia del rol de las empresas y a los distintos impactos positivos y negativos de sus actividades, señalan que ha generado diferentes propuestas para su abordaje desde el Derecho Internacional, que incluso se identifica existen desde la década correspondiente a los años setenta y que aún hoy en día se han venido originando, incluyendo los diez años en los que se ha intentado avanzar en las negociaciones de un tratado en la materia. Iglesias Márquez, Daniel, del Valle Calzada, Estrella y Marullo, María Chiara. “La diligencia debida obligatoria en derechos humanos: avances y desafíos”, en *Hacia la diligencia debida obligatoria en derechos humanos. propuestas regulatorias y lecciones aprendidas*, Editorial Colex, Coruña, 2024, pp. 22 y 23, en <https://bit.ly/4hMO4wL> consulta de agosto 24 de 2024.

impacto de las actividades de las empresas transnacionales en las relaciones internacionales⁴⁵⁶.

A partir de esta Resolución, la comunidad internacional mostró su interés en pensar una regulación más amplia para las actividades empresariales transnacionales teniendo en cuenta sus impactos positivos y negativos a nivel económico, social y medioambiental, entre otros. De esta forma, en 1974 se crea la Comisión sobre Empresas Transnacionales; las Líneas Directrices de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) para Empresas Multinacionales, de 1976; el Pacto Global de Naciones Unidas (PG), del año 2000; los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, de las Naciones Unidas, del año 2011, y la negociación de un tratado vinculante, entre otros mecanismos de regulación a las actividades empresariales⁴⁵⁷.

Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, con sus tres pilares: la obligación de los Estados de proteger, la obligación de las empresas de respetar y la obligación de reparar las posibles violaciones de derechos humanos, marcan un hito al subrayar la necesidad de que las empresas tengan en cuenta el impacto de sus actividades comerciales en los derechos humanos. Al respecto, Iglesias Márquez, del Valle Calzada y Marullo señalan:

El Pilar II de los Principios Rectores reconoce que las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos. Esto significa de manera general que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas que se produzcan para los derechos humanos. Es decir, las empresas deben realizar sus actividades de tal manera que no interfieran ni tengan consecuencias negativas para el disfrute de los derechos humanos de los empleados y empleadas, de las comunidades, de los consumidores u otras personas que se puedan ver afectadas directa o indirectamente por sus actividades o relaciones comerciales.⁴⁵⁸

Los principios 4 y 17 se refieren a la debida diligencia en derechos humanos como un proceso que deben adelantar empresas públicas y privadas con el fin de identificar, mitigar o reparar violaciones a derechos humanos causadas por las actividades comerciales desarrolladas por empresas. De acuerdo con lo señalado en estos principios, la debida diligencia en derechos humanos es un proceso continuo de gestión para identificar y mitigar las consecuencias negativas que pueda causar la operación comercial de una empresa, teniendo presente el contexto en operaciones, los productos y las relaciones comerciales⁴⁵⁹. En este sentido, la debida diligencia implica identificar los posibles impactos de tipo adverso (identificación), la implementación de medidas correctivas para prevenirlos (toma), adoptar acciones de

⁴⁵⁶ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *UN Human Rights “Issues Paper” on legislative proposals for mandatory human rights due diligence by companies June 2020*. <https://bit.ly/3XUAINo> consulta de agosto 27 de 2024.

⁴⁵⁷ Iglesias Márquez, del Valle Calzada y Marullo. “La diligencia debida obligatoria en derechos humanos: avances y desafíos”, en *Hacia la diligencia debida obligatoria en derechos humanos. propuestas regulatorias y lecciones aprendidas*, Editorial Colex, Coruña, 2024, pp. 22 y 23, en <https://bit.ly/4hMO4wL> consulta de agosto 24 de 2024.

⁴⁵⁸ Iglesias Márquez, del Valle Calzada y Marullo, “La diligencia debida obligatoria en derechos humanos”, p. 24.

⁴⁵⁹ Iglesias Márquez, del Valle Calzada y Marullo, “La diligencia debida obligatoria en derechos humanos”, p. 27.

mitigación (adopción) y el responder cuando existan afectaciones⁴⁶⁰. Este proceso se debe ajustar a las realidades de cada empresa, según la industria, tamaño y ubicación geográfica⁴⁶¹.

En el caso de Colombia, el proceso de la debida diligencia empresarial en derechos humanos se enmarca en el ordenamiento jurídico vigente. La Constitución de 1991 consagró el Estado social de derecho basado en pilares como la dignidad humana y la solidaridad (artículo 1)⁴⁶². En este sentido, el artículo 333 señala que las empresas tienen una función social de la cual se derivan obligaciones⁴⁶³. Es importante señalar que en este capítulo se entienden como sinónimos los términos debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos, diligencia debida empresarial en derechos humanos, debida diligencia en derechos humanos y diligencia debida en derechos humanos

Con el fin de proporcionar a las empresarias y empresarios una aproximación al concepto de la debida diligencia empresarial en derechos humanos este capítulo abordará primero el contenido de la debida diligencia empresarial en derechos humanos; a reglón seguido se presentará un panorama general de los principales avances normativos en otros países, centrándose en el Reino Unido, Francia, Alemania, Chile, Brasil y la Unión Europea. El capítulo concluye resaltando los beneficios que tiene para las empresas la debida diligencia empresarial en derechos humanos.

1. ¿Qué es la debida diligencia empresarial en derechos humanos?

Desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación de proteger y hacer respetar los derechos humanos, de acuerdo con las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos aceptadas por el Estado. De no hacerlo, podrían ser considerados responsables internacionalmente por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito⁴⁶⁴. El cumplimiento de estos deberes por parte de los Estados se materializa en normas y políticas públicas que indiquen, de forma clara y precisa, entre otros aspectos, lo que se espera de las empresas en materia de respeto de los derechos humanos⁴⁶⁵.

⁴⁶⁰ Cantú Rivera, Humberto. “Debida diligencia empresarial en derechos humanos y consulta previa, libre e informada”, *Aportes Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, 2020, 22, pp. 14-15, p. 14, en <https://bit.ly/414fgjZ> consulta de febrero 19 de 2025.

⁴⁶¹ Iglesias Márquez, del Valle Calzada y Marullo, “La diligencia debida obligatoria en derechos humanos”, p. 30.

⁴⁶² En estos términos se consagró, en Colombia, el Estado social de derecho: “**ARTICULO 1o.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. Colombia, Constitución Política de la República de Colombia, 15 de agosto de 2024 (última actualización), en <https://bit.ly/3CuDV9j> consulta de agosto 29 de 2024.

⁴⁶³ “**ARTICULO 333.** 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 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”. Colombia, Constitución Política de la República de Colombia, 15 de agosto de 2024 (última actualización), en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr011.html#333 consulta de agosto 29 de 2024.

⁴⁶⁴ Ver los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (Fondo), sentencia de 29 de julio de 1988; y Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 20 de octubre de 2016.

⁴⁶⁵ En el caso de los Estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos, si estos no establecen dicho baremo, el vacío puede ser suplido mediante el control *ex officio* de convencionalidad. Este mecanismo implica que cualquier autoridad está obligada a

Sin embargo, los Estados no son los únicos sujetos de derecho que tienen la obligación de respetar los derechos humanos, los individuos y las empresas también tienen este deber de respeto⁴⁶⁶. En este contexto, diversas iniciativas internacionales han buscado establecer un compromiso claro y vinculante por parte de las empresas con el respeto de los derechos humanos. Entre las más relevantes se encuentran la Resolución 1908 del Consejo Económico y Social de 1974, que analiza el impacto de las empresas multinacionales en las relaciones internacionales; las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, adoptadas en 1976⁴⁶⁷ y actualizadas periódicamente; las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos (Proyecto de Normas de Naciones Unidas) de 2003; y el “Marco de la ONU ‘Proteger, Respetar, Remediar’ para las actividades empresariales y los derechos humanos” de 2008.

Un hito fundamental en esta evolución se produjo en 2011 con la adopción por parte de la ONU de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, que consolidaron un marco globalmente aceptado para la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. Los principios 4 y 17, disponen que las empresas públicas y privadas deben adelantar un proceso de debida diligencia en derechos humanos como parte de las obligaciones de respeto. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos ha definido la debida diligencia en derechos humanos como

un proceso continuo de gestión que permite a las empresas identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.⁴⁶⁸

Aunque no hay un estándar para cada empresa, estas tienen la responsabilidad de identificar las posibles afectaciones que sus actividades, considerando sus particularidades, puedan generar en materia de derechos humanos sobre sus comunidades de influencia. Para evitar que este proceso sea subjetivo, se han establecido estándares de conducta que pueden ser generales o específicos, según la industria, tamaño y ubicación geográfica, entre otros factores. De esta forma, la debida diligencia en derechos humanos se debe entender como un proceso que se enfoca en las víctimas y en el impacto de la empresa en la sociedad. Su fundamento son las obligaciones legales o cuasi legales de respetar los derechos humanos, no causar daño y, en caso de hacerlo, repararlo.

aplicar los estándares fijados por la Convención, según los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ver los casos *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 26 de septiembre de 2006; *Caso Gelman Vs. Uruguay* (Fondo y Reparaciones), sentencia de 24 de febrero de 2011; y *Caso Petro Urrego Vs. Colombia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 8 de julio de 2020.

⁴⁶⁶ Según el relator especial sobre los defensores de derechos humanos, los individuos y las compañías son los que tienen más acusaciones relacionadas con violaciones a los derechos humanos cometidas contra estos defensores. Ver: Koula, Aikaterini-Christina. “Corporate Responsibility to Respect Human Rights Defenders Under the UNGPs and Steps Towards Mandatory Due Diligence”, *Liverpool Law Rev.* 2024, 45, pp. 335-358, en <https://doi.org/10.1007/s10991-023-09359-1> consulta de septiembre 2 de 2024.

⁴⁶⁷ Referenciadas por Iglesias Márquez, del Valle Calzada y Marullo. “La diligencia debida obligatoria en derechos humanos: avances y desafíos”, en *Hacia la diligencia debida obligatoria en derechos humanos. propuestas regulatorias y lecciones aprendidas*, Editorial Colex, Coruña, 2024, pp. 22 y 23, en <https://bit.ly/4hMO4wL> consulta de agosto 24 de 2024.

⁴⁶⁸ Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Debida diligencia en materia de derechos humanos*, en <https://bit.ly/4hPmVt1> consulta de agosto 12 de 2024.

En 2011, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) publicó la versión revisada de las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* que incluye “[u]n enfoque nuevo y amplio en relación con el principio de la debida diligencia y con la gestión responsable de la cadena de suministro”⁴⁶⁹. Esta guía establece los pasos clave del proceso de debida diligencia, junto con medidas prácticas para su implementación. Además, incluye una sección de preguntas y respuestas diseñada para ofrecer mayor claridad y orientación, evitando vacíos o incertidumbre en su aplicación. La OCDE también ha desarrollado guías para las cadenas de suministro en los sectores textil y del calzado⁴⁷⁰; agrícola⁴⁷¹; y minero. En este último caso, se han elaborado múltiples guías adaptadas a las particularidades de cada país y al tipo de mineral extraído⁴⁷². También se resaltan las guías para los inversionistas institucionales⁴⁷³.

De igual forma, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) emitió, en 2020, el *Documento de la ONU sobre derechos humanos relativo a propuestas legislativas para que las empresas deban realizar una diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos*⁴⁷⁴, que busca promover un enfoque más armonizado para la debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos. Por último, desde la perspectiva internacional es importante mencionar la norma ISO 26000⁴⁷⁵ que incluye, como un asunto relevante, la debida diligencia. Sin embargo, este estándar tiene una profunda debilidad, pues solo se centra únicamente en la responsabilidad social, coartando su potencial, la importancia y el valor agregado que este sello pueda darles a las empresas.

A nivel doméstico se han desarrollado y publicado varios documentos que dan cuenta de los pasos y elementos que debería incluir la debida diligencia en derechos humanos. Por ejemplo, la Cámara de Comercio de Bogotá en 2022 desarrolló *Pymes y derechos humanos: Guía práctica de debida diligencia en derechos humanos para pymes*⁴⁷⁶, que explica, de forma clara y precisa, la relación existente entre las empresas y los derechos humanos, así como los pasos para realizar la debida diligencia. Ese mismo año Ecopetrol formuló la *Guía ciclo de gestión de riesgos de derechos humanos*⁴⁷⁷ para sus actividades de exploración y explotación. Este documento establece, por ejemplo, que antes de iniciar cualquier proyecto, es fundamental mantener un diálogo con las partes interesadas para comprender sus preocupaciones y los riesgos en materia de derechos humanos. Esta información resulta clave para estructurar los procesos de planificación, identificar riesgos (reales o potenciales),

⁴⁶⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. *Guía de la OCDE de debida diligencia para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado*. OECD Publishing. París. 2021, en <https://bit.ly/3XLB826> consulta de agosto 27 de 2024.

⁴⁷⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. *Guía de la OCDE de debida diligencia*.

⁴⁷¹ Puede consultar el *Manual OCDE-FAO para empresas sobre deforestación y debida diligencia en las cadenas de suministro agrícolas*, publicado en 2024, en <https://bit.ly/4dfn32B> consulta de agosto 27 de 2024.

⁴⁷² Los autores resaltan la *Guía de Debida Diligencia de la OCDE para Cadenas de Suministro Responsables de Minerales en las Áreas de Conflicto o de Alto Riesgo*, en <https://bit.ly/4aSVesw> consulta de agosto 27 de 2024 y *Debida Diligencia en la Cadena de Suministros de Oro Colombiano ¿A Dónde va el Oro Colombiano?*, en <https://bit.ly/3XcHAzd> consulta de agosto 27 de 2024.

⁴⁷³ La OCDE ha publicado cuatro guías para el sector financiero sobre gestión de riesgos climáticos, la debida diligencia de los inversionistas institucionales, préstamos e inversión y transacciones financieras.

⁴⁷⁴ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *UN Human Rights “Issues Paper”*, in <https://bit.ly/3U3MVB3> consulta de agosto 27 de 2024.

⁴⁷⁵ ISO- International Organization for Standardization. *Norma 2600 Responsabilidad Social*, en <https://bit.ly/4jU9eLs> consulta de febrero 12 de 2025.

⁴⁷⁶ Cámara de Comercio de Bogotá. *Pymes y derechos humanos: Guía práctica de debida diligencia en derechos humanos para pymes*, en <https://bit.ly/4jQghOk> consulta de agosto 24 de 2024.

⁴⁷⁷ Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol, *Guía ciclo de gestión de riesgos de derechos humanos*, en <https://bit.ly/3zwm4MF> consulta de agosto 24 de 2024

evaluar la gravedad de sus consecuencias y la probabilidad de su ocurrencia, así como definir estrategias de mitigación.

Es importante señalar que el proceso de debida diligencia en derechos humanos, que se enmarca en la agenda internacional de derechos humanos y empresas, debe diferenciarse de otros procesos y actividades cercanos y comunes para las empresas colombianas. Lo primero, diferenciarla de la responsabilidad social corporativa (RSC), que se centra en la filantropía y la colaboración para solucionar problemas de diversa índole de la comunidad⁴⁷⁸.

También hay que diferenciar la debida diligencia en derechos humanos de la establecida en la Ley 1328 de 2009, o ley de protección al consumidor financiero. La debida diligencia de esta ley se centra en que las entidades financieras informen a los consumidores, de manera completa, las características de los productos que adquieren, y que se aseguren de que dichos productos satisfagan las necesidades del cliente.

De igual forma, en el sector bursátil la Superintendencia Financiera de Colombia estableció unas prácticas para la inversión de los aportes pensionales de los afiliados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)⁴⁷⁹. Esta debida diligencia tiene como finalidad que se maximicen los rendimientos, lo que, a su vez, contribuye al incremento del valor de cada mesada pensional, tras el análisis de un comité de riesgos y la implementación de una estrategia de inversión.

En el ámbito de la lucha anticorrupción, la Ley 2195 de 2022 establece que la debida diligencia consiste en una serie de pasos y obligaciones que deben cumplir determinadas personas para prevenir actos de corrupción, evitar el desvío de recursos públicos y garantizar el seguimiento de las transacciones relacionadas con contratos estatales.

2. Avances normativos en otras jurisdicciones y en Colombia

La Unión Europea, el Reino Unido, Francia y Alemania cuentan con avances normativos importantes en materia de debida diligencia de derechos humanos. También en América Latina se identifican ciertos avances, como los presentaremos más adelante.

En 2015, el Reino Unido implementó el *Modern Slavery Act* para prevenir, eliminar y sancionar la esclavitud moderna en las empresas⁴⁸⁰. De acuerdo con esta ley, las empresas deben realizar una declaración anual detallada sobre qué medidas adoptan para prevenir la esclavitud moderna, esto incluye reconocer los esfuerzos y debilidades dentro de sus cadenas de suministro⁴⁸¹. Una debilidad de esta ley es que su alcance se limita a compañías que realicen actividades de suministro de bienes o servicios en Reino Unido, sea que se

⁴⁷⁸ Ramatrasty, Anita. “Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability”, *University of Washington School of Law*, 2015, en <https://bit.ly/3ZE58Q2> consulta de agosto 20 de 2024.

⁴⁷⁹ Superintendencia Financiera de Colombia. “Mejores prácticas para la gestión de inversiones de las administradoras del sistema general de pensiones”, Documentos Técnicos, 2020, en <https://bit.ly/42OVETp> consulta de septiembre 2 de 2024.

⁴⁸⁰ UK government. *Modern Slavery Awareness & Victim Identification Guidance*. United Kingdom, 2024, p.3, en <https://bit.ly/3Q9NeLi> consulta de 24 de agosto de 2024. Según el Gobierno del Reino Unido, la esclavitud moderna es definida como la práctica de someter a una persona para que sea utilizada o explotada para beneficio de otro, usualmente, con fines económicos. Esta situación involucra el uso de elementos coercitivos o de violencia, lo que vulnera los derechos humanos de las víctimas (traducción y adaptación del texto original de los autores).

⁴⁸¹ United Kindom, Parliament of the United Kindom, *Modern Slavery Act 2015* consulta de septiembre 24 de 2024.

encuentren domiciliadas en ese país o no, y que tengan una facturación anual de (GBP)£36 millones o más⁴⁸². Por lo tanto, se reduce el número de empresas cobijadas por esta ley.

Por su parte, en 2017 Francia sancionó la *Loi de Vigilance*⁴⁸³, que establece que las empresas deben adoptar, publicar y, efectivamente, aplicar las medidas pertinentes para contrarrestar los riesgos ambientales y de derechos humanos⁴⁸⁴. Para lograrlo, la legislación implementa una serie de medidas basadas en tres pilares: proteger, respetar y reparar, para crear un sistema interdependiente y dinámico⁴⁸⁵. Esta norma fue pionera e innovadora al imponer obligaciones tanto a la casa matriz como a las empresas socias dentro del grupo empresarial, así como a la cadena de valor, sea en dicho país o a nivel internacional. La ley se aplica a las empresas establecidas en Francia como domicilio principal y que tengan, al menos, cinco mil empleados en la matriz o en sus filiales; también a aquellas que tengan diez mil empleados y que su domicilio social esté en Francia o en el extranjero⁴⁸⁶.

La norma también fue pionera al abrir la puerta a la debida diligencia obligatoria en Europa, buscando promover una transformación en la cultura empresarial en la que las compañías sean responsables de salvaguardar los derechos humanos, sin que se excusen en su capacidad o en la voluntad de los Estados⁴⁸⁷. Su implementación no ha estado exenta de controversias y dificultades. Entre ellas, el hecho de que Francia no ha publicado la lista definitiva de las empresas sujetas a ley. Además, no todas las que, según la sociedad civil, deberían estar incluidas en la ley, han publicado la debida diligencia como se requiere⁴⁸⁸. En todo caso, en el marco de esta ley empresas como TotalEnergies y el Grupo Casino han enfrentado casos judiciales por posibles violaciones de su deber de debida diligencia y respeto de los derechos humanos⁴⁸⁹.

Alemania, por su parte, en 2021 promulgó la ley de debida diligencia de la cadena de suministro (*Act on Corporate Due Diligence Obligations for the Prevention of Human Rights Violations in Supply Chains (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG)*)⁴⁹⁰ para promover la protección y el respeto de los derechos humanos y el medioambiente. Esta ley aplica a las compañías que tengan su domicilio principal o una sucursal en Alemania y que cuenten con, al menos, mil empleados en el país⁴⁹¹. Esto significa que las que tengan su sede principal, administrativa, legal o una sucursal en Alemania deben tener un sistema de gestión de riesgos

⁴⁸² United Kindom, Parliament of the United Kindom, Modern Slavery Act 2015, section 54. consulta de septiembre 24 de 2024.

⁴⁸³ Republique Francaise, LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1) (2017), en <https://bit.ly/4e9prZQ> consulta de septiembre 24 de 2024.

⁴⁸⁴ Vigilance Plan. “The law on the duty of vigilance”, in duty of vigilance radar, n.d., en <https://vigilance-plan.org/the-law/> consulta de agosto 24 de 2024.

⁴⁸⁵ Commission Nationale Consultative des Droits de l'homme. “Rapport ‘Entreprises et droits de l’homme. Protéger, respecter, réparer’”, *La Documentation française*, Paris, 2023, en <https://bit.ly/3WOZ1pA> consulté le 24 août 2024.

⁴⁸⁶ European Coalition for Corporate Justice. *French Corporate Duty Of Vigilance Law. Frequently Asked Questions*, n.d., en <https://bit.ly/4gCX4ov> consulta de septiembre 24 de 2024.

⁴⁸⁷ Rouas, Virginie. “Is mandatory human rights and environmental due diligence a paper tiger? Lessons from the French experience”, Asser Institute, 2024, en <https://bit.ly/3MVANEL> consulta 24 de septiembre de 2024.

⁴⁸⁸ Rouas, “Is mandatory human rights”.

⁴⁸⁹ Centro de recursos sobre empresas y derechos humanos. *Ley francesa sobre el deber de vigilancia*, en <https://bit.ly/3CQWRiy> de febrero 12 de 2025.

⁴⁹⁰ Germany, Act on Corporate Due Diligence Obligations for the Prevention of Human Rights Violations in Supply Chains, Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten - LkSG, en <https://bit.ly/3zwDLfW> consulta de septiembre 24 de 2024.

⁴⁹¹ Federal Ministry for Economic Cooperation and Development, Federal Office for Economic Affairs and Export Control & Business and Human Rights. *The German Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains. Implications for businesses in partner countries and support from the German government*, 2023, en <https://bit.ly/4ezJOiD> consulta de septiembre 24 de 2024.

para identificar, prevenir o minimizar⁴⁹² los riesgos, las violaciones y los daños que sus actividades puedan generar a los derechos humanos y al medioambiente. La ley exige que las empresas presenten informes periódicos para evaluar su nivel de cumplimiento. En caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas, se contemplan sanciones, incluyendo multas que pueden alcanzar hasta EUR €8 millones o, para empresas con un volumen anual de negocio de 400 millones de euros⁴⁹³, el 2 % de la facturación global anual.

Estos avances no limitan a las legislaciones de los Estados. Como organización internacional *sui generis*, el 13 de junio de 2024 la Unión Europea adoptó la directiva 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre debida diligencia en materia de sostenibilidad⁴⁹⁴. Según su artículo 2, esta directiva se aplica a las empresas constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro, que tengan más de mil empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a EUR €450 millones en el último ejercicio. También, a aquellas constituidas bajo la legislación de un tercer país, siempre que su volumen de negocios neto en la Unión Europea haya sido superior a EUR €450 millones de euros en el ejercicio financiero anterior⁴⁹⁵. De acuerdo con esta directiva, los Estados deben fomentar que las compañías integren la debida diligencia en sus políticas, evaluando los riesgos reales y potenciales, mitigando los efectos adversos e implementando medidas de reparación en caso de ⁴⁹⁶vulneraciones. Esto incluye, por ejemplo, el trabajo infantil, la explotación laboral, la pérdida de biodiversidad, la contaminación o la destrucción del patrimonio natural⁴⁹⁷.

El mensaje es claro: si las empresarias y empresarios quieren hacer negocios con compañías en la Unión Europea deben entender que al contraer obligaciones contractuales el comprador o socio comercial les pedirá información sobre cómo la empresa impacta (y de qué formas) los derechos humanos y el medioambiente, incluida la cadena de producción y distribución⁴⁹⁸.

En el caso de América Latina y el Caribe, con el apoyo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ACNUDH y la OCDE, se ha promovido la agenda de empresas y derechos humanos bajo el proyecto Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe (CERALC)⁴⁹⁹. Además, países como Chile, Brasil y Colombia, entre otros⁵⁰⁰, están

⁴⁹² Business and Human Rights. *Supply Chain Act. Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains*, 2023, en <https://bit.ly/4eF6cHD> consulta de agosto 24 de 2024.

⁴⁹³ Business and Human Rights, *Supply Chain Act*.

⁴⁹⁴ Unión Europea, Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859, Diario Oficial de la Unión Europea, en <https://bit.ly/3zyDrgL> consulta de septiembre 24 de 2024.

⁴⁹⁵ Unión Europea, Directiva (UE) 2024/1760.

⁴⁹⁶ Unión Europea, Directiva (UE) 2024/1760.

⁴⁹⁷ European Parliament. “Due diligence: MEPs adopt rules for firms on human rights and environment”, *News European Parliament*, 2024, en <https://bit.ly/4UOOcG> consulta de agosto 24 de 2024.

⁴⁹⁸ Federal Ministry for Economic Cooperation and Development, Federal Office for Economic Affairs and Export Control & Business and Human Rights, *The German Act on Corporate Due Diligence*.

⁴⁹⁹ Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Proyecto Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe*, en <https://bit.ly/4aTvRLV> consulta de agosto 24 de 2024.

⁵⁰⁰ Como se mencionó en otros apartados de este capítulo, Chile, Brasil y Colombia se destacan por sus esfuerzos para regular la legislación interna. Sin embargo, México, Perú y Argentina también muestran avances. En México, el Congreso de la República tiene un proyecto de ley para regular la conducta responsable de las empresas para mitigar los impactos adversos negativos derivados de sus actividades, cadenas de suministro y relaciones comerciales en derechos humanos, sostenibilidad y condiciones laborales. En Perú, el Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos, Perú Equidad, presentó una propuesta de ley que abarca la debida diligencia en tres áreas: derechos humanos, sostenibilidad y protección del medioambiente y las relaciones laborales. Por último, en 2021 Argentina hizo

interesados en desarrollar políticas públicas y promover una normativa doméstica en materia de derechos humanos y empresas.

Chile ha incorporado regulaciones específicas dentro de sus marcos de responsabilidad civil, penal y administrativa para abordar el comportamiento empresarial contrario al ordenamiento jurídico. Un ejemplo es la Ley 21595 de 2023⁵⁰¹, que compila delitos contra el medioambiente y la economía que se pueden aplicar a las empresas. En el mismo sentido, la Norma de Carácter General 461, emitida por la Comisión para el Mercado Financiero (CMF)⁵⁰², establece que las entidades que son emisoras de valores reguladas en el mercado deben presentar en sus informes anuales “las políticas, prácticas y metas adoptadas en materia medioambiental, social y de gobernanza”⁵⁰³. De acuerdo con la CMF, la normativa busca asegurar que los emisores y sus inversionistas puedan obtener un panorama completo de las prácticas de sostenibilidad de las empresas para seleccionar aquellas propuestas que resguarden mejor sus intereses⁵⁰⁴.

En Brasil, en 2022 el legislativo propuso un proyecto de ley marco (PL 572 de 2022)⁵⁰⁵, que sigue en trámite y a la espera de su promulgación, para imponer obligaciones a las compañías en materia de derechos humanos, así como lineamientos para la promoción de políticas públicas sobre el tema⁵⁰⁶. De otra parte, la plataforma *Ação pelos Direitos Humanos*⁵⁰⁷ reúne a miembros de la sociedad civil, empresas y universidades para reflexionar y discutir sobre su rol y el del sector privado en la promoción, inclusión y equidad de las comunidades vulnerables, que incluyen, pero no se limita, a la comunidad LGBTQA+, personas migrantes y pueblos indígenas, además de la erradicación del racismo y el trabajo forzado. Con estos ejemplos queda claro que la implementación de medidas para la regulación del impacto de las empresas en los derechos humanos en Brasil está latente y sigue generando la movilización de distintos sectores.

En línea con la agenda internacional de derechos humanos y empresas, nuestro país ha adoptado políticas públicas e iniciativas normativas. En 2022, la Defensoría del Pueblo presentó al Congreso de la República un proyecto de ley sobre debida diligencia obligatoria en derechos humanos⁵⁰⁸, que buscaba establecer un marco normativo que responsabilizara a las grandes, medianas y pequeñas empresas de salvaguardar los derechos humanos y proteger el medioambiente en sus actividades y cadenas de valor, sin embargo, este proyecto de ley no surtió los debates correspondientes. Además, Colombia ha implementado dos planes de acción en materia de derechos humanos y empresas. El primero, adoptado en 2015, convirtió al país en el primero de la región en contar con una estrategia específica sobre el tema.

una consulta pública que derivó en una mesa de diálogo multiactoral, con empresas y otros interesados, para construir una hoja de ruta para aplicar los principios rectores sobre derechos humanos y empresas.

⁵⁰¹ Chile, Congreso Nacional, Ley 21595 de 2023.

⁵⁰² Chile, Comisión para el Mercado Financiero, Norma de Carácter General 461 de 2021.

⁵⁰³ Araneda, Mauricio. “El avance de la UE en debida diligencia en DD.HH. de las empresas, ¿en qué está Chile?”, en *Cooperativa*, Chile, 2024, en <https://bit.ly/3TKolGu> consulta de agosto 24 de 2024.

⁵⁰⁴ Comisión para el Mercado Financiero. *Proyecto normativo. Segundo Informe. Incorpora temáticas de sostenibilidad y gobierno corporativo en la Memoria Anual*. Chile, 2021, en <https://bit.ly/4jXJqxU> v consulta de febrero 19 de 2025.

⁵⁰⁵ Brasil, Congresso Nacional, Projeto de Lei Nº 572, de 2022, en <http://bit.ly/4hGO4hY> consulta de agosto 24 de 2024.

⁵⁰⁶ Ibidem

⁵⁰⁷ Ver <https://bit.ly/4hwflys>

⁵⁰⁸ Ver <https://bit.ly/40NWL3b>

Posteriormente, en 2020, en el contexto de la pandemia de COVID-19, se aprobó el segundo plan de acción.

Al momento de redactar este capítulo, el Gobierno del presidente Gustavo Petro presentó un memorando sobre el respeto de los derechos humanos en el ámbito empresarial, cuyo objetivo es “ofrecer al Gobierno Nacional de Colombia una serie de recomendaciones prácticas y estratégicas para abordar eficazmente los problemas que surgen en la intersección de empresas y derechos humanos.”⁵⁰⁹

Cómo se puede evidenciar, aunque este tema parezca “novedoso”, lo cierto es que se viene gestando desde hace más de tres décadas y actualmente está tomando más fuerza por las iniciativas de diversos países para establecer marcos normativos que imponen obligaciones a las empresas en materia de debida diligencia en derechos humanos, también es importante señalar que, en el marco de la ONU, se está negociando un tratado vinculante sobre la materia. Para las compañías colombianas esto significa que la implementación de la debida diligencia en materia de derechos humanos es una tarea impostergable. Adoptarla no solo les dará el estatus de pioneras en la región, sino que también les aportará múltiples beneficios, como fortalecer su atractivo para posibles inversionistas, compradores y socios. Esto, junto con otras ventajas competitivas, se analizará de manera detallada en la siguiente sección.

3. ¿Por qué es importante la debida diligencia empresarial en derechos humanos?

Aunque en Colombia no existe aún una norma específica que regule y obligue a las empresas a hacer una debida diligencia empresarial en derechos humanos, no significa que para ellas no sea útil conocerla, comprenderla e implementarla. Esto, teniendo en cuenta que varios países, como Francia, Alemania o la Unión Europea, tienen leyes con efecto extraterritorial que tendrán un impacto en las cadenas de valor mundiales, incluyendo las colombianas.

También, es muy probable que en el país se presente una nueva iniciativa sobre la materia que pueda resultar en una ley vinculante para las empresas domiciliadas o con actividades en nuestro territorio. En ese sentido, empresarias, empresarios, directores, gerentes y emprendedores tienen la responsabilidad no solo de guiar a sus compañías para generar más ganancias, sino también de estructurar y ejecutar sus actividades empresariales, de una forma integral y con la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos.

Es fundamental destacar que la debida diligencia no se limita únicamente a aspectos administrativos o normativos, sino que tiene un impacto directo en la sostenibilidad y competitividad de las empresas. Una planificación adecuada y una ejecución efectiva no solo permiten gestionar riesgos y cumplir con las obligaciones legales, sino que también fortalecen la reputación corporativa y generan una percepción positiva entre consumidores, inversionistas y potenciales socios comerciales. En un entorno donde las expectativas sociales sobre el comportamiento empresarial son cada vez más altas, la debida diligencia se convierte en una herramienta clave para la construcción de confianza y la diferenciación en el mercado. Según un estudio realizado por Accenture en 2019, “el 62 % de los compradores

⁵⁰⁹ Consejería Presidencial para los DDHH y el DIH. *Memorando de Política Pública Sobre Empresas y Derechos Humanos*, s.f., p. 4, en <https://bit.ly/3XV152O> consulta de septiembre 24 de 2024.

en todo el mundo quieren que las empresas y sus marcas tomen una posición sobre los temas sociales, culturales, ambientales y políticos que están cerca de ellos”⁵¹⁰. Esto demuestra que las compañías que integran la debida diligencia en su estrategia empresarial no solo mitigan riesgos, sino que también pueden fortalecer su posicionamiento y su conexión con los distintos grupos de interés.

En un mundo hiperconectado como el actual, la visibilidad positiva es crucial. La información sobre el actuar de una empresa en el marco de los derechos humanos puede construir, fortalecer o destruir la reputación muy fácilmente. La falta de transparencia y de responsabilidad en derechos humanos genera desconfianza en consumidores y socios comerciales, y debilita las alianzas con proveedores y futuros socios, así como disminución de las ventas.

En Colombia, el caso del grupo empresarial Daabon Organics y la empresa de cosméticos británica The Body Shop evidencia el impacto negativo que pueden tener hechos asociados con la violación de los derechos humanos. La compañía colombiana, que le proveía al gigante de la cosmética aproximadamente el 90 % del aceite de palma para elaborar sus productos, fue acusada de adelantar un proceso injustificado de desalojo contra, al menos, 600 campesinos en la Hacienda Las Pavas (municipio El Peñón del departamento de Bolívar). La organización no gubernamental Christian Aid tuvo conocimiento del caso y lideró una campaña de denuncia contra The Body Shop, señalando las vulneraciones a los derechos humanos de los campesinos. A través de redes sociales y medios de comunicación, la campaña generó una presión significativa que finalmente llevó a la ruptura de las relaciones comerciales entre la empresa británica y Daabon Organics⁵¹¹.

Otro caso emblemático en el que la reputación de múltiples compañías se vio gravemente afectada fue la catástrofe de Rana Plaza, un edificio de ocho pisos ubicado en Savar (Bangladés), que colapsó el 24 de abril de 2013. En él trabajaban, al menos, cinco mil personas, principalmente mujeres, maquilando ropa para grandes marcas. El saldo fue de 1133 fallecidos y 2438 heridos⁵¹². Una investigación hecha por Brian W. Jacobs y Vinod R. Singhal⁵¹³ demostró que este evento tuvo un impacto reputacional y económico negativo para las marcas de ropa vinculadas a las fábricas establecidas en este edificio.

Los casos mencionados son dos ejemplos de una larga lista en los que la debida diligencia en derechos humanos pudo haber evitado los impactos negativos sobre trabajadores y otros actores de interés, así como el daño a la reputación de las empresas involucradas. Según Martha Elizalde Durán⁵¹⁴, la reputación es un valor intangible fundamental de la marca, construido a partir de múltiples factores, como los servicios y productos ofrecidos, los valores y principios éticos, la misión de la empresa, las prácticas de responsabilidad social y las relaciones.

⁵¹⁰ Aguilar, Armando. “La sociedad prefiere marcas con valores”, en *El País*, abril 23 de 2020, en <https://bit.ly/3WTWbjn> consulta de agosto 13 de 2024.

⁵¹¹ The Guardian, “Body Shop ethics under fire after Colombian peasant evictions”, Manchester, September 2009, <https://bit.ly/42IkMeA> consulta de septiembre 24 de 2024.

⁵¹² Jacobs, Brian W. & Singhal, Vinod R. “The effect of the Rana Plaza disaster on shareholder wealth of retailers: Implications for sourcing strategies and supply chain governance”, *Journal of Operations Management*, 2017, 49-51, pp. 52-66.

⁵¹³ Jacobs & Singhal. “The effect of the Rana Plaza disaster”.

⁵¹⁴ Elizalde Durán, Martha. “¿Cómo construir una buena reputación empresarial?”, *Anáhuac México*, México, 2023, 29, en <https://bit.ly/3ZGgumn> consulta de agosto 15 de 2024.

Una buena reputación no solo garantiza la atracción de talento humano, sino que también mejora la competitividad de la empresa a nivel nacional e internacional. No implementar una debida diligencia en derechos humanos puede generar un riesgo y comprometer la sostenibilidad empresarial, entendida como la capacidad que tienen que las empresas de generar ingresos para asegurar su permanencia a largo plazo, sino que también buscan fortalecer sus responsabilidades sociales, ambientales y económicas.

Conclusiones y recomendaciones

La debida diligencia empresarial en derechos humanos es un proceso dinámico y en constante evolución, cuyo objetivo es que las empresas identifiquen, prevengan, mitiguen y, en caso de vulneraciones, reparen los impactos negativos que su actividad pueda generar sobre los derechos humanos. Este proceso se basa en estándares internacionales, en particular los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y debe adaptarse a factores específicos de cada empresa, como su tamaño, sector de operación y país de actividad.

Como se analizó en este capítulo, países como Francia y Alemania, así como la Unión Europea, han establecido marcos normativos que obligan a las casas matrices y sus cadenas de valor a respetar los derechos humanos mediante la implementación de procesos de debida diligencia. En América Latina, Brasil, Chile y Colombia han liderado iniciativas normativas con el mismo propósito. En este contexto, es fundamental que empresarias, empresarios y compañías se informen, analicen y participen activamente en la adopción de mecanismos efectivos de debida diligencia en sus operaciones. Algunas recomendaciones que las empresas pueden considerar en el contexto de sus actividades diarias son las siguientes:

- Participar activamente en espacios de diálogo sobre empresas y derechos humanos, con un enfoque particular en la debida diligencia. Esto incluye foros nacionales e internacionales, redes empresariales y procesos de consulta con actores clave.
- Diseñar, implementar y mejorar continuamente políticas y herramientas de debida diligencia en derechos humanos, asegurando que estas se integren en un modelo de gestión sostenible desde los ámbitos económico, social y ambiental. Este enfoque no solo contribuye al cumplimiento normativo, sino que también minimiza riesgos y fortalece la reputación corporativa.
- Fortalecer relaciones estratégicas con clientes, proveedores y la sociedad en general, promoviendo un diálogo abierto y continuo. No se trata únicamente de establecer buenas relaciones comerciales, sino de comprender sus prácticas, fomentar la transparencia y construir colaborativamente estándares de responsabilidad empresarial en derechos humanos.

La implementación efectiva de la debida diligencia no solo responde a exigencias regulatorias y expectativas sociales, sino que también representa una oportunidad para que

las empresas generen valor a largo plazo, promoviendo un desarrollo más equitativo y sostenible.

Bibliografía

Aguilar, Armando. “La sociedad prefiere marcas con valores”, en *El País*, abril 23 de 2020, en <https://bit.ly/3WTWbjn> consulta de agosto 13 de 2024.

Araneda, Mauricio. “El avance de la UE en debida diligencia en DD.HH. de las empresas, ¿en qué está Chile?”, en *Cooperativa*, Chile, 2024, en <https://bit.ly/4aTy75R> consulta de agosto 24 de 2024.

Brasil, Congresso Nacional, Projeto de Lei N° 572, de 2022, en <http://bit.ly/4hGO4hY> consulta de agosto 24 de 2024.

Business and Human Rights. *Supply Chain Act. Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains*, 2023, en <https://bit.ly/4eF6cHD> consulta de agosto 24 de 2024.

Cámara de Comercio de Bogotá. Pymes y derechos humanos: Guía práctica de debida diligencia en derechos humanos para pymes, en <https://bit.ly/4jQqhOk> consulta de agosto 24 de 2024.

Cantú Rivera, Humberto. “Debida diligencia empresarial en derechos humanos y consulta previa, libre e informada”, *Aportes Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, 2020, 22, pp. 14-15, en <https://bit.ly/414fgjZ> consulta de febrero 02 de 2025.

Centro de recursos sobre empresas y derechos humanos. *Ley francesa sobre el deber de vigilancia*, en <https://bit.ly/3CQWRiy> de febrero 12 de 2025.

Chile, Comisión para el Mercado Financiero, Norma de Carácter General 461 de 2021.

Chile, Congreso Nacional, Ley 21595 de 2023.

Colombia, Constitución Política de la República de Colombia, 15 de agosto de 2024 (última actualización), en <https://bit.ly/3CuDV9j> consulta de agosto 29 de 2024.

Commission Nationale Consultative des Droits de l'homme. “Rapport ‘Entreprises et droits de l’homme. Protéger, respecter, réparer’”, *La Documentation française*, Paris, 2023, en <https://bit.ly/3WOZ1pA> consulté le 24 août 2024.

Comisión para el Mercado Financiero. *Proyecto normativo. Segundo Informe. Incorpora temáticas de sostenibilidad y gobierno corporativo en la memoria anual*. Chile, 2021, en <https://bit.ly/4jXJqxU> consulta de febrero 19 de 2025.

Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Proyecto Conducta*

Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe, en <https://bit.ly/4aTvRLV> consulta de agosto 24 de 2024.

Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Debida diligencia en materia de derechos humanos*, en <https://bit.ly/4hPmVt1> consulta de agosto 12 de 2024. Consejería Presidencial para los DDHH y el DIH. *Memorando de Política Pública Sobre Empresas y Derechos Humanos*, s.f., en <https://bit.ly/3XVI52O> consulta de septiembre 24 de 2024.

Elizalde Durán, Martha. “¿Cómo construir una buena reputación empresarial?”, *Anáhuac México*, México, 2023, 29, en <https://bit.ly/3ZGgumn> consulta de agosto 15 de 2024.

Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol, Guía ciclo de gestión de riesgos de derechos humanos, en <https://bit.ly/3zwgM4F> consulta de agosto 24 de 2024

European Coalition for Corporate Justice. *French Corporate Duty Of Vigilance Law. Frequently Asked Questions*, n.d., en <https://bit.ly/4gCX4ov> consulta de septiembre 24 de 2024.

European Parliament. “Due diligence: MEPs adopt rules for firms on human rights and environment”, *News European Parliament*, 2024, en <https://bit.ly/40UOOcG> consulta de agosto 24 de 2024.

Federal Ministry for Economic Cooperation and Development, Federal Office for Economic Affairs and Export Control & Business and Human Rights. *The German Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains. Implications for businesses in partner countries and support from the German government*, 2023, en <https://bit.ly/4ezJOiD> consulta de septiembre 24 de 2024.

Germany, Act on Corporate Due Diligence Obligations for the Prevention of Human Rights Violations in Supply Chains, Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten, -LkSG July 16, 2021, en <https://bit.ly/3zwDLfW> consulta de septiembre 24 de 2024.

Iglesias Márquez, Daniel, del Valle Calzada, Estrella y Marullo, Maria Chiara. “La diligencia debida obligatoria en derechos humanos: avances y desafíos”, en *Hacia la diligencia debida obligatoria en derechos humanos. Propuestas regulatorias y lecciones aprendidas*, Editorial Colex, Coruña, 2024, pp. 21-46, en <https://bit.ly/4hMO4wL> consulta de agosto 24 de 2024.

ISO- International Organization for Standardization. *Norma 2600 Responsabilidad Social*, en <https://bit.ly/4jU9eLs> consulta de febrero 12 de 2025.

Jacobs, Brian W. & Singhal, Vinod R. “The effect of the Rana Plaza disaster on shareholder wealth of retailers: Implications for sourcing strategies and supply chain governance”, *Journal of Operations Management*, 2017, 49-51, pp. 52-66.

Koula, Aikaterini-Christina. “Corporate Responsibility to Respect Human Rights Defenders Under the UNGPs and Steps Towards Mandatory Due Diligence”, *Liverpool Law Rev*, 2024, 45, pp. 335-358, en <https://doi.org/10.1007/s10991-023-09359-1> consulta de septiembre 2 de 2024.

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *UN Human Rights “Issues Paper” on legislative proposals for mandatory human rights due diligence by companies June 2020*, in <https://bit.ly/3XUAINo> consulta de agosto 27 de 2024.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Debida Diligencia en la Cadena de Suministros de Oro Colombiano ¿A Dónde va el Oro Colombiano?, en <https://bit.ly/3XeHAzd> consulta de agosto 27 de 2024.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. *Guía de la OCDE de debida diligencia para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado*. OECD Publishing. París. 2021, en <https://bit.ly/3XLB826> consulta de agosto 27 de 2024.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. *Guía de Debida Diligencia de la OCDE para Cadenas de Suministro Responsables de Minerales en las Áreas de Conflicto o de Alto Riesgo*, en <https://bit.ly/4aSvEsw> consulta de agosto 27 de 2024.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. *Manual OCDE-FAO para empresas sobre deforestación y debida diligencia en las cadenas de suministro agrícolas*, publicado en 2024, en <https://bit.ly/4dfn32B> consultada de agosto 27 de 2024.

Ramatrasty, Anita. “Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability”, *University of Washington School of Law*, 2015, en <https://bit.ly/3ZE58Q2> consulta de agosto 20 de 2024.

United Kindom, Parliament of the United Kindom, Modern Slavery Act 2015 consulta de septiembre 24 de 2024.

Republique Francaise, LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1) (2017), en <https://bit.ly/4e9prZQ> consulta de septiembre 24 de 2024.

Rouas, Virginie. “Is mandatory human rights and environmental due diligence a paper tiger? Lessons from the French experience”, *Asser Institute*, 2024, en <https://bit.ly/3MVANEL> consulta 24 de septiembre de 2024.

Superintendencia Financiera de Colombia. “Mejores prácticas para la gestión de inversiones de las administradoras del sistema general de pensiones”, en Documentos Técnicos, Colombia, 2020, en <https://bit.ly/42OVETp> consulta de septiembre 2 de 2024.

The Guardian, “Body Shop ethics under fire after Colombian peasant evictions”, Manchester, September 2009, en <https://bit.ly/3ZHcTVn> consulta de septiembre 24 de 2024.

UK government. *Modern Slavery Awareness & Victim Identification Guidance*. United Kingdom, 2024, en <https://bit.ly/4hwmjc4> consulta de agosto 24 de 2024.

Unión Europea, Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859, Diario Oficial de la Unión Europea, en <https://bit.ly/3zyDrgL> consulta de septiembre 24 de 2024. Vigilance Plan. “The law on the duty of vigilance”, in duty of vigilance radar, s.f., en <http://bit.ly/4gCews3> consulta de agosto 24 de 2024.



Superintendencia
de Sociedades



Centro de Estudios
Societarios