



Conflicto de intereses en el Derecho Societario Colombiano

Autor:

David Camilo Muñoz Castro

Asesor:

Luis Felipe Vivares Porras

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
abogado**

Pregrado en Derecho

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Pontificia Bolivariana

Medellín

2020

Declaración de originalidad

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters, positioned above a horizontal line.

Firma del estudiante

David Camilo Muñoz Castro.

Nombre del estudiante.

Conflicto de Intereses en el Derecho Societario colombiano

Sumario. Introducción. 1. Aproximación a la responsabilidad. 2. Estado de las normas sobre el conflicto de intereses en Colombia. 3. Regla de la discrecionalidad. 4. Definición de conflicto de intereses. Conclusiones.

Resumen

El presente artículo quiere ofrecer al lector un análisis de las normas que componen el conflicto de intereses en Colombia, mostrando las principales características, implicaciones y consecuencias de lo que genera la actual regulación en el ordenamiento jurídico. Esta investigación utiliza un enfoque cualitativo para establecer, cuáles han sido los principales problemas que ha identificado la Superintendencia de Sociedades en la interpretación y aplicación de las normas, que regulan el conflicto de intereses en el que puede verse inmerso un administrador de sociedades comerciales en Colombia.

Con este análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial se busca construir una propuesta de definición de conflicto de intereses, que puede ser introducida en nuestro marco legal para mitigar la problemática que genera el hecho de no contar con una definición expresa sobre este concepto, lo que impide a los diversos actores del mercado tener claridad sobre aquellas hipótesis en las cuales se estructura. A modo de conclusión, se esboza la necesidad de incorporar una definición de conflicto de intereses que se concatene con estándares normativos flexibles para dinamizar la actividad económica de las sociedades.

Palabras claves: conflicto de intereses, responsabilidad, administradores, sociedades, regla de la discrecionalidad.

Introducción

En este artículo se pretende indagar por la responsabilidad de los administradores de sociedades, que se deriva de los actos de comercio ejecutados cuando existe conflicto de intereses, analizando, en primer lugar, las normas de derecho societario que regulan los supuestos que rodean el conflicto de intereses, que pueden presentarse en el ordenamiento jurídico colombiano. Es bien conocido que el sistema societario colombiano se basa en un modelo de capital concentrado, en donde la mayor parte de los conflictos que surgen, se presentan entre los accionistas mayoritarios, y accionistas minoritarios de una sociedad, sin embargo, el análisis de este artículo se centrará, de manera general, en las normas de conflicto de intereses que se manifiestan en el ámbito societario.

En un primer momento, se planea abordar el estado actual de la normatividad que regula este aspecto en nuestra legislación, a partir de ahí, edificar un panorama normativo claro sobre todas las normas que regulan, o qué de alguna manera, pueden incidir la forma en que se deben interpretar o solucionar, aquellos casos en los que existe conflicto de intereses.

En un segundo momento, se busca analizar la jurisprudencia relevante que sobre el tema ha emitido la Superintendencia de Sociedades, quien actualmente, es la autoridad que ostenta la competencia para dirimir los conflictos que se presentan sobre dicho asunto. Llegado a este punto, se podrá establecer la forma en que la Superintendencia de Sociedades está aplicando las normas referentes al conflicto de intereses en las modalidades que serán objeto de estudio, para contrastar, de manera breve, con lo que sostiene la doctrina sobre los mismos puntos en cuestión.

Por último, se busca realizar una crítica al estado actual de las normas que regulan este tema en lo referente a la regulación y las sanciones, que se plantean para los actos ejecutados cuando existe conflicto de intereses, principalmente, a la carencia

de estándares normativos, que permitirían un mayor dinamismo en los negocios que se realizan en la sociedad.

1. Aproximación a la responsabilidad

La responsabilidad, en términos generales, es uno de los temas que suscita mayor debate en el ámbito jurídico en la actualidad. En lo referente al derecho societario, la responsabilidad que cobra relevancia dentro de la composición de las sociedades, es la responsabilidad de quienes dirigen o administran la sociedad, porque son estos en últimas, quienes se encargan del desarrollo de la actividad productora de renta y quienes gestionan los negocios, para que la sociedad cumpla con su objeto social.

Son los administradores quienes toman y ejecutan gran parte de las decisiones dentro de la sociedad, recordemos, que los administradores solo son gestores del capital social, más no son los propietarios, por ello, su manejo debe estar sometido a una vigilancia permanente y continua.

Es esencial para el derecho societario que se regule de forma integral la responsabilidad que puede surgir de las actuaciones, que los administradores ejecutan en el desarrollo de sus funciones dentro de la sociedad, esto por cuanto, pueden suscitarse problemas de gran envergadura entre quienes administran la sociedad y quienes aportan el capital. Problemas que, de no ser resueltos de una manera rápida y efectiva, pueden conducir a la paralización de las actividades de la sociedad y en últimas del mercado y la economía.

No basta con que se defina un catálogo de deberes que los administradores están obligados a observar, es pertinente que el derecho societario, una vez surgida la responsabilidad por la actuación incorrecta del administrador, ofrezca mecanismos que permitan ejercer la reclamación de los perjuicios causados por los daños a los socios o a la sociedad. Esta investigación pretende ofrecer un panorama actual del estado de la responsabilidad de los administradores, en lo referente a la configuración del conflicto de intereses, para así identificar aciertos, incoherencias y detectar tendencias que pueden ser corregidas, aprovechadas o precisadas.

Desde otra perspectiva, las sociedades tienen un rol protagónico en la economía y en el funcionamiento del mercado, se erigen como un actor central de las dinámicas económicas y financieras, su importancia radica en el movimiento que crean dentro del mercado a través del desarrollo de una actividad destinada a la explotación económica. Dicha actividad y sus repercusiones pueden variar dependiendo del objeto social de la compañía y del sector específico del mercado al cual se dedique.

2. Estado de las normas sobre el conflicto de intereses en Colombia

La regulación de las sociedades comerciales en nuestro ordenamiento jurídico encuentra fundamento constitucional, en el derecho de asociación consagrado en el artículo 38 de la Constitución Política de 1991. Dicha norma constitucional, permite u otorga potestad para la asociación, entre los individuos, con el fin de realizar actividades que son económica y socialmente necesarias dentro del conglomerado social.

En Colombia, se encuentran regulados gran parte de los asuntos referentes a las sociedades comerciales como lo es su constitución, estructura, funcionamiento y extinción en el Decreto Ley 410 de 1971 (Código de Comercio). El régimen de responsabilidad para administradores de sociedades tiene como fundamento normativo la Ley 222 de 1995, y el Decreto 1075 de 2015 que reglamenta dicha ley; el Decreto 1075 de 2015 compila el Decreto 1925 de 2009, este último, encargado de desarrollar el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, que contiene los supuestos donde el administrador puede estar inmerso en un conflicto de intereses.

Hay que advertir, que en el numeral 7 del artículo 22 de la Ley 222 de 1995 se consagra, que los administradores no pueden participar en actos respecto los cuales, se configure un conflicto de intereses. Desde este numeral 7 del artículo 22, se desprenden una serie de deberes, que rigen las actuaciones de los administradores en todo momento; estos deberes se pueden separar en: específicos, que son aquellos, que hacen parte de la gestión que despliega el administrador para alcanzar los objetivos de la sociedad; y otros principios

generales, que regulan la actuación de los administradores como agentes económicos del mercado (Londoño Restrepo, D., & Riaño Guerrero, J. 2018, pág. 111)

La ley 222 de 1995 a pesar de haber sido derogada en gran parte por la Ley 1116 de 2006 respecto del proceso de liquidación, se mantiene vigente en su primer apartado, que consagra el régimen general de las sociedades en Colombia; es así como la Ley 222 de 1995 establece, en los artículos 23, 24, 25 y 26, los derechos, obligaciones y deberes de los administradores de sociedades comerciales. En esa medida, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 consagra que se presumirá la culpa del administrador, cuando exista extralimitación, incumplimiento de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos. Esta norma resulta imprescindible para el establecimiento de la responsabilidad de los administradores, que se deriva de sus actuaciones cuando aquellas afectan la ley, a los socios o a la sociedad.

Cabe mencionar, qué si bien el artículo 23 establece una presunción respecto de la culpa del administrador por incumplimiento o extralimitación de sus funciones, en todo caso, se trata de una presunción que puede ser desvirtuada por parte del administrador con prueba de que actuó conforme a derecho y sin extralimitarse en el ejercicio de sus funciones, esto es, que actuó con el grado de diligencia exigido que debe ser mayor al de un buen padre de familia.

Otro aspecto importante para destacar consiste en que la Ley 222 de 1995 establece, que los administradores responderán solidariamente, y de forma ilimitada por los perjuicios que se hayan ocasionado, por dolo o culpa, a la sociedad, a los socios o a los terceros, siempre y cuando, los administradores hubiesen tenido conocimiento de la acción u omisión que genera dichos perjuicios. El Decreto 1925 de 2009 se encarga de desarrollar los postulados consagrados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, específicamente, precisando la responsabilidad solidaria e ilimitada que se derivaba de las actuaciones de los administradores de sociedades, que ejecuten actos contrarios a la ley o a los estatutos, así como también, la responsabilidad, en la misma medida, de aquellos socios que de alguna forma

apoyaron las actuaciones en las que existía conflicto de intereses para el administrador.

Esa responsabilidad podrá predicarse respecto de la sociedad, de los socios o de terceros que resulten perjudicados por las actuaciones fraudulentas del administrador con el apoyo de dichos socios.

En el control de constitucionalidad, sobre el inciso 3 del artículo 24 de la ley 222 de 1995, realizado en la sentencia C-123 de 2006, la Corte Constitucional concluye:

“Encuentra la Corte que no están llamados a prosperar los cargos expuestos por los ciudadanos, y por lo tanto no se violan los artículos 29 de la Constitución y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, normatividad última que como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional hace parte del bloque de constitucionalidad stricto sensu, por cuanto siendo la presunción de culpa establecida para los administradores en los casos contemplados en los incisos 3 y 4 del artículo 24 de la Ley 222 de 1995 de carácter legal, no impide el ejercicio del derecho de defensa del administrador quien puede presentar la prueba en contrario a fin de desvirtuarla. Cabe recordar además, que como lo ha reiterado la Corte, la defensa técnica se circunscribe únicamente al ámbito penal. Para la Corte no están llamados a prosperar los cargos respecto de los incisos acusados de la Ley 222 de 1995, en la medida que el establecimiento de la presunción de culpa para los administradores obedece a una finalidad específica e importante como lo es la de facilitar el establecimiento de la responsabilidad de los administradores, atendiendo el alto grado de responsabilidad que asumen por la gestión profesional que les ha sido encomendada, pues los citados funcionarios detentan hoy inmensos poderes y adoptan decisiones de profundas implicaciones de orden social” (Corte Constitucional, sentencia C-123 de 2006).

En esa misma providencia, la Corte Constitucional señala:

“Cabe recordar, que la Ley 222 de 1995, impuso a los administradores un grado de diligencia y prudencia superiores a la mediana que hasta entonces tenían, la de un

buen padre de familia, pues ahora deberán actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con la que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone una mayor exigencia en la administración de los asuntos propios de la sociedad”

“Presunciones simplemente legales que la Corte encuentra razonables, en la medida que ha sido la propia ley la que le fija a los administradores el marco general de su actuación, obrar de buena fe, de manera leal y con la diligencia de “un buen hombre de negocios”, lo cual no puede más que denotar la profesionalidad, diligencia y rectitud con la que deben actuar los administradores en bienestar de los intereses de la sociedad y de sus asociados, atendiendo la importancia y relevancia del papel que cumplen en el desarrollo de sus funciones y el alto grado de responsabilidad que asumen por la gestión profesional que se les encomienda. (Corte Constitucional, Sentencia C-123 de 2006)

La diligencia de un buen Hombre de negocios es una pauta o modelo de comportamiento. Esta regla o criterio de actuación la deben observar los administradores, según lo dispuesto por la Superintendencia de Sociedades en el oficio 220-015163 del 11 de febrero de 2013, así: “(...) actuar con la “ diligencia de un buen hombre de negocios” implica para el administrador (Representante legal y miembros de la junta directiva, entre otros) que en el ejercicio de sus funciones debe actuar con el cuidado que un profesional o comerciante pondría en sus propios asuntos, es decir, en el ejercicio de sus actuaciones, gestiones y decisiones debe poner el mayor interés y cuidado posible de manera que ninguna de las gestiones que adelante en nombre de la sociedad viole disposiciones de orden legal, estatutaria o sea contraria a las decisiones adoptadas por los órganos sociales” (página 12).

Es significativa la opinión de Sabogal Bernal, L. F. (2017), quien en su investigación denominada: “El deber de lealtad y los conflictos de intereses de los administradores de sociedades”, al referirse a los deberes fiduciarios del administrador y su fundamento, argumenta qué:

“El mayor problema de toda relación de representación, entendida en los Estados Unidos como el problema de la relación fiduciaria, es conseguir que los intereses del representante (fiduciario) se alineen con los del representado (fiduciante o beneficiario), situación que será aún más problemática cuando existe una amplia pluralidad de beneficiarios y cuando no hay una comunicación fluida entre las dos partes de la relación, tal y como ocurre precisamente en una sociedad. Es esa dificultad lo que en términos económicos se denomina costos de agencia (“agency costs”), que en suma, son los costos que se derivan de toda relación de representación: limitación en el flujo de información y probabilidad de no alineación de intereses.

A efectos de reducir pues esos los costos de agencia, y en general los problemas que se derivan de toda relación de representación, es que se ha impuesto al fiduciario (como ya habíamos anotado) el cumplimiento de unos “deberes fiduciarios” (que se cimientan sobre la “buena fe”) de diligencia (“duty of care”) y lealtad (“duty of loyalty”).

(...) La instauración de estos deberes fiduciarios tendrá en consecuencia como objetivo: (i) mejorar el flujo de información entre beneficiario y fiduciario; y (ii) alinear los intereses del último frente a los del primero.

No obstante lo anterior, subsiste una dificultad ante estos deberes, y es que existe una imposibilidad (y elevado costo) de determinar “ex ante” todas las hipótesis en las que un fiduciario (en nuestro caso el administrador) puede incumplir esos deberes. Ante esa dificultad el “Common Law”, y en general la jurisprudencia norteamericana, ha optado por plantear estos deberes de diligencia y lealtad de forma general y flexible de manera que sean los tribunales los que adecuen el contenido específico de estos deberes a cada conducta concreta de los administradores” (Sabogal Bernal, 2017, pág. 86)

Esta postura que se esgrime es vital para nuestro planteamiento, toda vez que resalta la dificultad que conlleva el ejercer el control y vigilancia sobre los actos que

ejecutan los administradores en el desempeño de sus funciones, y más aún, resalta la dificultad de realizar un juicio “ex ante” de todas aquellas conductas que pueden vulnerar dichos deberes, dejando por sentado, que ante este panorama, en el Derecho Norteamericano, se ha optado por la flexibilización de los postulados que imponen estos deberes a los administradores.

Entre los deberes que determinan la actuación del administrador, podemos destacar como los más relevantes, para el cumplimiento de la función del administrador, el deber de cuidado (“duty of care”) y el deber de lealtad (“duty of loyalty”). Estos deberes constituyen el dique principal sobre el que los administradores actúan en el desarrollo del objeto social de la compañía.

El deber de cuidado implica que los administradores deben ser diligentes con aquello que se les ha encomendado, esto es, la dirección y manejo de la sociedad. Por el contrario, el deber de lealtad implica que todas las actuaciones de los administradores deben estar encaminadas a la protección y realización de los intereses de la sociedad (Arcila Salazar C, 2017, pág. 176).

Sobre este punto particular, Londoño Restrepo y Riaño Guerrero (2018), opinan lo siguiente:

“El artículo 23 por su parte, consagra aquellos principios rectores que deben moldear la conducta de los administradores. Por tal motivo, se introduce una división de dichos deberes en genéricos y específicos, donde los primeros son aquellos que deben permear toda la órbita de los administradores como agentes económicos intervinientes en el ámbito societario. Por su parte, los deberes específicos son aquellos que se relacionan de manera directa con la gestión que desempeñan los gerentes en pro del cumplimiento de sus funciones” (Londoño Restrepo, D., & Riaño Guerrero, J. 2018, página 111)

Las Superintendencia de Sociedades, sobre ello, en la sentencia 800-43 de 5 de junio de 2017, afirma lo siguiente:

“Según las voces del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores deben ‘abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas’. La norma precitada, en la cual se funda el régimen colombiano en materia de conflictos de interés, ha sido empleada en diversas oportunidades por esta Superintendencia para reprender la conducta desleal de administradores sociales. En los pronunciamientos judiciales emitidos para tal efecto, este Despacho ha intentado definir los alcances precisos de la regla a que se ha hecho referencia” (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-43 de 2017).

Las consecuencias que se derivan de estos supuestos son las siguientes: puede solicitarse la nulidad absoluta de las operaciones, realizadas sin la observancia de lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995. En ese mismo sentido, el artículo 5 del Decreto 1925, que desarrolla el artículo 23 de la ley 222 de 1995, dispone que una vez declara la nulidad, su efecto inmediato es la restitución de las cosas al estado anterior, lo que incluye la devolución de las ganancias obtenidas con ocasión de la conducta que se sanciona; así mismo, el administrador puede ser condenado a la reparación o indemnización de los perjuicios que con su actuación haya causado.

La Superintendencia de Sociedades refiriéndose al caso concreto, sostiene que el trámite consagrado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, exige una manifestación expresa por parte del máximo órgano de la sociedad, dicha manifestación, no puede ser suplida con inferencias o interpretaciones extensivas de otras decisiones que toma el máximo órgano, por tanto, al no haber autorización expresa por parte del máximo órgano para que el demandado realizara dicho contrato de promesa de compraventa, se incumple el régimen de conflicto de intereses.

La Superintendencia de Sociedades sostiene que la caducidad para iniciar, tanto la acción social de responsabilidad y la acción de nulidad de actos viciados por conflicto de intereses, es de 5 años según lo dispuesto en el artículo 235 de la ley 222 de 1995. Así las cosas, el hecho de no cumplir con el deber de lealtad que se desprende del artículo 23 de la ley 222 de 1995, supone una violación al régimen de conflicto de intereses, lo que inicialmente conlleva la declaratoria de nulidad de los actos que se hayan celebrado con la inobservancia de este principio, la restitución o devolución de las ganancias obtenidas mediante dichos actos violatorios del régimen de conflicto de intereses, y la obligación de reparar o indemnizar los perjuicios que se hayan causado con ocasión de la conducta sancionada.

El juez competente será la Superintendencia de Sociedades quien es la encargada de analizar las decisiones de una sociedad, solo en aquellos casos en los que existan elementos que permitan inferir, que con el actuar del administrador se puede estar vulnerando el régimen de conflicto de intereses, que se desprende de lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995.

Como se sostuvo anteriormente, este artículo propende por la indagación de los principales problemas que se configuran en la normatividad, que regula el concepto de conflicto de intereses en nuestra legislación, a partir de un análisis de las principales sentencias emitidas por la jurisprudencia sobre este asunto. Con ocasión de este análisis sobre las decisiones más relevantes que ha emitido la superintendencia de sociedades, se identificó los siguientes problemas: 1) ausencia de una definición del concepto en las normas que sobre la materia existen; 2) ineficacia de las sanciones jurídicas para algunos casos concretos de conflictos de intereses.

El primer problema con el concepto de conflictos de intereses en la legislación colombiana tiene como origen, la ausencia de una definición legal que brinde seguridad y confianza en las actuaciones que emprenden los administradores de las sociedades. Por otro lado, las sanciones que se consagran frente a la

celebración de los negocios jurídicos envueltos en causales de conflicto de intereses, no siempre, son sanciones que permita el adecuado desarrollo de las funciones de los administradores dentro de la compañía.

Respecto al segundo problema identificado, cabe mencionar que al ser la nulidad (en concreto nulidad absoluta), la sanción que se estipula para los negocios celebrados en los casos donde existe conflicto de intereses, en un primer momento resulta adecuado que la nulidad sea la sanción jurídica, toda vez que la nulidad deja sin efecto jurídico alguno dichos contratos o actos negociales. Sin embargo, es necesario precisar que existen situaciones particulares en las que dicha sanción jurídica resulta excesiva, en atención a criterios de eficiencia económica y procesal.

La Superintendencia de Sociedades frente a la sanción de los actos jurídicos en conflicto de intereses, en la sentencia 800-43 de 5 de junio de 2017, argumentó:

“Esta Superintendencia también se ha pronunciado acerca de las consecuencias que acarrea la violación de las reglas vigentes en materia de conflictos de interés. En primer lugar, podrá solicitarse la nulidad absoluta de las operaciones celebradas sin darle cumplimiento a lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222, tal y como se reconoció expresamente en el Decreto 1925 de 2009. En el artículo 5 de esta última norma se dispone, además, que ‘declarada la nulidad, se restituirán las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada’ En segundo lugar, podrá hacerse efectiva la responsabilidad del respectivo administrador, por la violación expresa de los deberes legales a su cargo. En los términos del ya citado artículo 5, ‘el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios” (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-43 de 2017).

El concepto de conflicto de intereses no tiene una regulación legal, clara y definida de cuales son aquellos casos en los cuales, el administrador de una sociedad puede estar inmerso en un conflicto de intereses. La doctrina y la jurisprudencia se han

encargado de desarrollar un concepto de conflicto de intereses que tiene como propósito, abarcar los casos en que los administradores realizan actuaciones en las cuales, su lógica objetiva se ve desdibujada por una situación particular de intereses encontrados. En particular la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades quien ostenta la potestad para dirimir los conflictos societarios que se presentan en el ordenamiento jurídico colombiano, es la encargada del desarrollo de este concepto.

En la sentencia No. 800-52 del 1 de septiembre de 2014, en el pleito que iniciaron los sucesores de María del pilar Luque contra las actuaciones que había desarrollado la sociedad Luque Torres, en concreto, las operaciones negociales desarrolladas por el administrador de dicha sociedad, se sostiene lo siguiente:

“Aunque el ordenamiento colombiano es bastante claro en cuanto al procedimiento que debe seguirse ante el surgimiento de un conflicto de interés, no existe una definición legal que permita determinar cuándo se produce un conflicto de esta naturaleza en el contexto societario. Este vacío es bastante problemático para los administradores sociales, en tanto tales sujetos no cuentan con absoluta claridad acerca de las hipótesis que pueden dar lugar a un conflicto de interés. Esta incertidumbre, sumada a las severas sanciones por la violación de la regla contenida en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995—incluida la posible inhabilidad para ejercer el comercio, en los términos del Decreto 1925 de 2009—puede tener un efecto desalentador sobre la gestión de los administradores” (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-52 de 2014).

En primer lugar, la Superintendencia de Sociedades hace referencia a esa ausencia de definición en la legislación colombiana sobre aquello que se entiende por conflicto de intereses, lo que causa problemas que dificultan el ejercicio de las actividades negociales de los administradores, puesto que al no existir claridad sobre los eventos en los que se configura un conflicto de intereses, se crea un gran nivel de incertidumbre.

En ese mismo sentido, la entidad hace alusión a la severidad de las sanciones jurídicas impuestas a aquellos administradores que estando en una hipótesis de conflicto de intereses, deciden ejecutar relaciones negociales en las cuales, se dispone del patrimonio de la sociedad, de manera tal, que se afecta los intereses de la sociedad y por ende de los asociados. La severidad de las sanciones a dichos negocios jurídicos, a saber: la nulidad absoluta y la inhabilidad para ejercer el comercio; conllevan, en varias ocasiones, a que los administradores se abstengan de realizar negocios jurídicos, cuando puede suceder que dicha hipótesis, no se configure, sin embargo, bebido al alto grado de incertidumbre frente a las mismas, no hay existe claridad sobre su existencia.

Desde otra perspectiva, Arcila (2017) en su texto “Conflicto de intereses en el contexto societario: regulación colombiana y derecho comparado”, hace referencia a la ausencia de una definición legal, así:

“En lo que respecta exclusivamente al derecho societario no hay una definición legal de conflicto de intereses que permita determinar cuándo se produce un conflicto de esta naturaleza, indeterminación que se traduce en un amplio campo al servicio de la subjetividad del intérprete. (Arcila Salazar C, 2017, pág. 164)

“El legislador nacional no se preocupó por definir y delimitar el concepto de conflicto de intereses, así como tampoco lo hizo con el concepto de “buen hombre de negocios” (entre otras aristas del régimen de administradores) lo que causa un elevado grado de vaguedad, por lo que su orientación y aplicación práctica en un momento dado corresponde precisar a la jurisprudencia, lo cual merece algunas reservas —y críticas— por su conocida abstracción y generalidad, así como por el riesgo ante la interpretación que antojadizamente pueda darle un operador judicial al conflicto de intereses (Arcila Salazar C, 2017, pág. 169)

Ahora bien, mientras persista la ausencia de una definición en las normas, corresponderá a los jueces, en cada caso concreto, determinar si se configura o no,

los supuestos de conflicto de intereses en una situación particular, que les permita inmiscuirse en las decisiones que han tomado los administradores.

3. Regla de la discrecionalidad

Es una regla propia del derecho norteamericano según la cual, los jueces deben abstenerse de examinar las decisiones tomadas por los administradores, siempre y cuando, los administradores hayan actuado de manera objetiva y con apego a los deberes que se les exige para el desarrollo de su actividad.

La denominada “regla de la discrecionalidad” consagra que los jueces no pueden entrometerse en las decisiones, que toman los administradores en el marco de sus operaciones, toda vez que gozan de un margen amplio de discrecionalidad. Esta regla busca el equilibrio entre, la autonomía con la que debe actuar un administrador de una sociedad, y la responsabilidad que surge por el inadecuado cumplimiento de sus obligaciones, que se derivan de la posición que ostenta como administrador de la sociedad. Los socios entregan la dirección de la sociedad al administrador, para que sea éste quien dirige los asuntos negociales, sin embargo, este otorgamiento no implica que los administradores estén en la libertad de hacer cualquier acto bajo la dirección de la compañía, puesto que si se realizan determinados actos se puede generar menoscabo al patrimonio de la sociedad.

La regla de la discrecionalidad o “business judgment rule” en la doctrina extranjera, pretende que los actos negociales de los administradores no sean juzgados a posteriori por las consecuencias económicas que pueden generar a la sociedad, salvo en aquellos casos, en que dichos actos sean ejecutados en una hipótesis de conflicto de intereses.

Abdala (2009) hace referencia a la regla discrecionalidad y su origen de la siguiente forma:

“La primera morigeración al régimen de responsabilidad que afecta a los administradores societarios, y quizás la más importante, deriva de la llamada Business Judgment Rule.

En virtud de esta regla, que reconoce sus orígenes en el Derecho anglosajón y que fue luego incorporada al Derecho alemán, manteniendo incluso la expresión idiomática originaria, los administradores societarios no pueden ser responsabilizados por los daños y perjuicios que pudieran provocar sus decisiones empresarias que, a la postre, resulten desafortunadas o inconvenientes” (Abdala Martín E, pagina 97)

En concreto, lo que busca la regla de la discrecionalidad, es que los administradores no sean declarados responsables de las decisiones que en materia comercial no sean adecuadas, esto es, que produzcan pérdidas económicas para la sociedad, puesto, que en el mundo de los negocios la certeza de éxito no siempre se materializa. Sería decimonónico intentar atribuir responsabilidad a los administradores, por aquellas decisiones, que no generan utilidad o que generan pérdidas para la sociedad, cuando ellos, han sido diligentes y cuidadosos con la realización de su gestión.

4. Definición de conflicto de intereses

Al llegar a este punto, se comprende que no todas las decisiones, que toman los administradores para la realización de los negocios en el marco del desarrollo del objeto social de la sociedad, pueden ser objeto de análisis judicial. Solo serán sometidas al análisis judicial aquellas decisiones en las cuales el administrador haya actuado en una de las hipótesis de conflicto de intereses.

Uribe Lozada (2013), en su texto “El régimen general de responsabilidad civil de los administradores de sociedades y su aseguramiento”, define el conflicto de intereses, así: “Habría conflicto de intereses cuando en un mismo momento en cabeza de una misma persona se conjuga la necesidad de escoger entre uno de dos intereses que son contrapuestos entre si, en este caso el interés propio del administrador o de un tercero con el que se encuentre relacionado” (Lozada, 2013). Esta definición de conflicto de intereses es quizá la más acertada en la medida en que conjuga los elementos primordiales del concepto esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia.

Teniendo en cuenta, que el conflicto de intereses es una situación en la cual se ven enfrentados dos intereses, que no puede ser satisfechos por el administrador sin el menoscabo de alguno de ellos, es decir, puede verse abocado el interés de la sociedad y el interés del administrador, para obtener beneficio propio de la gestión comercial que esta realizando, o generarlo para terceras personas sin justificación alguna.

Desde otra perspectiva, la investigación realizada en 2017 por Gaviria J.A. (p. 317-355), se centra en el conflicto de intereses que surge por las transacciones celebradas entre la sociedad y uno de sus accionistas controlantes, dejando de lado el análisis del conflicto de intereses que surge de las transacciones celebradas entre la sociedad y uno de sus administradores, y el conflicto de intereses que surge cuando el administrador sustrae una oportunidad de negocio para la sociedad.

En la sentencia 800-52 del 1 de septiembre de 2014, la Superintendencia de Sociedades hace referencia a los casos que contiene el capítulo F de la Ley Tipo de Sociedades de Capital, de la siguiente manera:

“El primero de tales supuestos abarca aquellos casos en los que un administrador contrata directamente con la compañía en la que ejerce sus funciones. La segunda hipótesis se presenta cuando el administrador cuenta con un interés económico significativo (‘material financial interest’) en la operación. Según la Ley Tipo, ese interés económico significativo se concreta en prerrogativas financieras que puedan comprometer la objetividad del administrador, como ocurriría, por ejemplo, si tal sujeto recibe una comisión por la venta de un activo social o tiene una participación accionaria en una compañía que compra ese bien.

El tercer y último supuesto contemplado en el artículo 8.60 consiste en que personas vinculadas al administrador (‘related person’) contraten directamente con la compañía en la que éste ejerce sus funciones o que tengan un interés económico significativo en la correspondiente operación. Para estos efectos, la Ley Tipo delimita el alcance de la expresión ‘personas vinculadas’, de conformidad con una

rigurosa taxonomía en la que pueden encontrarse sujetos tales como cónyuges, hermanos y compañías controladas por el administrador” (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-52 de 2014).

Estos 3 supuestos de conflictos de intereses comprenden el mayor número de hipótesis en las que se puede ver configurado una situación, que impida el adecuado cumplimiento de los deberes del administrador. En primer lugar, se tiene aquellos casos en los cuales, el administrador realiza operaciones negociales directamente con la sociedad en la que desempeña sus labores. En este supuesto, se presenta un conflicto de intereses en la medida en que, el administrador al ser parte contractual no puede satisfacer los dos intereses que esta representando a saber, el suyo como particular, y el interés de la sociedad, que debe salvaguardar desde su posición de administrador.

El segundo supuesto de conflicto de intereses se presenta cuando en el administrador existe un interés económico significativo en la realización del negocio o contrato. En esta hipótesis, se destaca el elemento del interés económico significativo, entendiendo por este, aquella situación en la cual existen incentivos monetarios para el administrador, que pueden involucrar su criterio y su lealtad con la compañía.

El tercer supuesto que trae la Ley Tipo de Sociedades es de aquellos casos en los cuales, las personas que están vinculadas con el administrador contratan directamente con la sociedad, en la cual este, ejerce su cargo de administrador.

En síntesis, la ausencia de una definición legal sobre el conflicto de intereses, acarrea una serie de problemas entre los cuales está: el alto grado de vaguedad al cual se ven expuestos los administradores, cuestión que impide un adecuado desarrollo de sus funciones en la sociedad; la inseguridad jurídica que esto proporciona, tanto para la sociedad como para quienes realizan negocios jurídicos con la sociedad; y el subjetivismo del sistema dado por el hecho de que sean los

jueces los encargados de determinar en que casos se presenta conflicto de intereses.

Con el fin de resolver el problema descrito hasta ahora, se creó el proyecto de Ley 070 de 2015 donde se buscaba brindar soluciones a las principales problemáticas del régimen de responsabilidad para administradores, entre estas, la indeterminación que se configura en lo que respecta a los supuestos que rodean el conflicto de intereses.

Sobre dicha reforma, Londoño Restrepo y Riaño Guerrero (2018), sostienen lo siguiente:

“Es evidente que el Proyecto de Ley 070 de 2015, se componía de normas existentes ya en otras latitudes, principalmente en Estados Unidos, por lo que se puede decir que se trataba de un indiscutible trasplante jurídico (...)un traslado de legislación de un Estado a otro puede ser viable, siempre y cuando previamente se lleve a cabo un análisis de la realidad, en este caso económica y de las necesidades que se les presentan a diario a los posibles afectados directos, como socios, administradores, entre otros” (Londoño Restrepo, D., & Riaño Guerrero, J., Página 119)

En esa misma línea argumentativa, estos autores opinan, sobre el criterio de comportamiento que rige la responsabilidad de los administradores, en los siguientes términos:

“En el Proyecto de Ley 070/15, se buscaba dar un giro al deber de cuidado que rige la conducta de los administradores, con el fin de lograr concatenar el principio de deferencia al criterio empresarial y el deber de cuidado, estableciendo este último como el patrón de conducta. La reforma que quería introducirse respecto a este punto con el Proyecto de Ley era en primer lugar, no aplicar la clasificación de las culpas que trae nuestro Código Civil a la conducta de los administradores, teniendo en cuenta la profesionalización de la labor de los directores de las compañías. En segundo lugar, se iba a permitir establecer a nivel contractual, disposiciones que

posibilitaran la exoneración de responsabilidad de los administradores, siempre y cuando hubiesen obrado de buena fe, tomando decisiones basadas en recomendaciones realizadas por comités con la idoneidad requerida” (Londoño Restrepo, D., & Riaño Guerrero, J., pagina 124)

Ante este panorama normativo y con el objetivo de solucionar dicha problemática, se propone la modificación de la legislación actual sobre este asunto particular, procurando por establecer una definición clara, expresa y que abarque el mayor numero de hipótesis de conflicto de intereses. A pesar de las criticas formuladas por la doctrina a la taxatividad de la regulación de la Ley Tipo de Sociedades, lo cierto es que, una regulación como aquella, es bastante completa, en el sentido de que abarca la mayor cantidad de casos de conflicto de intereses a partir de la estructuración de 3 supuestos centrales.

Ahora bien, una vez analizadas las hipótesis que engloba, se propone que se utilice la definición de la Ley Tipo de Sociedades para la creación de una independiente y autónoma regulación, que se encuentre en armonía con las características propias de nuestro mercado y ámbito societario. No es realizar un trasplante jurídico de normas, de manera tal, que se traiga a nuestro medio las regulaciones de otras latitudes sin realizar las adaptaciones necesarias. Todo lo contrario, se requiere introducir a nuestro ordenamiento jurídico una definición de conflicto de intereses como aquella de contiene la Ley Tipo de Sociedades, siempre y cuando, sea objeto de modificación a partir de las exigencias particulares de nuestro mercado y economía.

Conclusiones

A modo de critica podemos sostener, que la regulación actual del conflicto de intereses en nuestro ordenamiento deja abierta la puerta a una indeterminación, qué en todo caso, a pesar de los esfuerzos por parte de la jurisprudencia, permea las actuaciones de los administradores de un alto grado de subjetividad, incertidumbre

e inseguridad jurídica, al momento de aplicar las normas que se refieren al conflicto de intereses.

Lo anterior sumado a la severidad de las sanciones jurídicas que se imponen a quienes actúa en un conflicto de intereses, termina por estancar las actuaciones negociales de los administradores impactando, en muchas ocasiones, de manera directa a las sociedades y a los socios. En ese mismo sentido, la clasificación tripartita de la culpa que se encuentra en el código civil, y que por remisión del artículo 822 del Código de comercio, se aplicaría a la conducta de los administradores, resulta obsoleta como criterio para la atribución de responsabilidad de los actos ejecutados en hipótesis de conflicto de intereses porque, no se adecua de manera correcta a las dinámicas del tráfico jurídico y económico al cual se somete la conducta de los administradores. Debe aplicarse un criterio que tome como base el riesgo profesional propio de un oficio como el del administrador, para no caer en ambigüedades o contradicciones.

Es imprescindible que en el ordenamiento jurídico colombiano se creen mecanismos que permitan la exoneración de responsabilidad de los administradores cuando estos hayan actuado en armonía con el principio de buena fe. Estos mecanismos deben ser establecidos para que las partes puedan disponer de ellas y crear las estipulaciones contractuales, que consideren necesarias para la exoneración de la responsabilidad del administrador, en determinados casos, previstos por las partes con anterioridad a los hechos o circunstancias.

Por último, hemos de resaltar la necesidad de adecuar las normas que regulan el conflicto de intereses en nuestra legislación, a criterios que obedezcan a estándares normativos flexibles y generales, que permitan a los administradores mayor libertad en el ejercicio de sus funciones, procurando mantener el equilibrio entre la autonomía del administrador, y el control y vigilancia que se debe realizar a sus actos, de tal manera que, la conducta y función del administrador pueda desarrollarse con un mayor margen de discrecionalidad, pero manteniendo una pauta clara de comportamiento que debe observar en todo momento.

Referencias

Libros

Arrubla Paucar, J. A. (2012). *Contratos mercantiles: Teoría general del negocio mercantil*. Editorial Legis & Pontificia Universidad Javeriana, 13.

Cortés, E. (2009). *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*. Universidad Externado.

Lozada, N. U. (2013). *El régimen general de responsabilidad civil de los administradores de sociedades y su aseguramiento*. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

Villamizar, F. R. (2013). *Análisis económico del derecho societario*. Legis.

Villamizar, F. R. (2013). *Derecho societario en estados unidos y la unión europea*. Legis editores.

Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis, 2.

Velasquez Restrepo, C. A. (2010). *Orden societario*. Medellín, Colombia: Señal Editora

Artículos en internet

Abdala, Martín E. (2008). Obligaciones y responsabilidades de los administradores de sociedades. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, año 4, 799.

Abdala, Martín E. (2009). Régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades en el Derecho Alemán.. *Revista de Derecho*, (31), 92-104. DOI:http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S012186972009000100004&lng=en&tlng=.

Arcila Salazar C. (2017). Conflicto de intereses en el contexto societario: regulación colombiana y derecho comparado. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 19, no. 2, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.uros>

Londoño Restrepo, D., & Riaño Guerrero, J. (2018). De la fallida reforma al régimen de responsabilidad de administradores en Colombia. *Criterio Jurídico*, 16(1). DOI:<https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/1789>.

Sabogal Bernal, L. (2010). La relación administrador-sociedad. *Revista De Derecho Privado*, (18), 125-156. Recuperado a partir de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/405>.

Sabogal, L. (2011). El "Interés Social" Apuntes Teóricos en el Marco Socio-Económico del Derecho de Empresa. *Revista E-Mercatoria*, 10(1). DOI: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2908>.

Reyes Villamizar, F. (2011). Algunas vicisitudes del régimen societario colombiano derivadas de la interpretación constitucional. *Criterio Jurídico*, 8(1). DOI: <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/292>.

Oficios

Superintendencia de Sociedades, Delegatura de asuntos mercantiles, oficio 220-015163 del 11 de febrero de 2013.

Normas

Constitución política de Colombia, Gaceta Constitucional No. 116, 20 de junio de 1991.

Congreso de la República de Colombia, diario oficial, 20 de diciembre de 1995, Ley 222 de 1995.

Congreso de la República de Colombia, 16 de agosto de 2015, Proyecto de Ley 070.

Congreso de la República de Colombia, 17 de abril de 2017, Proyecto de Ley 231.

Presidencia de la República de Colombia, mayo 28 de 2009, Decreto 1925.

Presidencia de la República de Colombia, 26 de mayo de 2015, Decreto 1074.

Presidencia de la República de Colombia, marzo 17 de 1971, Decreto Ley 410.

Ley Tipo de Sociedades de Capital, Estados Unidos. (Model Business Corporation Act).

Sentencias

Corte Constitucional, Sentencia C-123 de 2006. Magistrado ponente: Doctora Clara Inés Vargas Hernández.

Superintendencia de sociedades, Sentencia 2014-800-52 del 1 de septiembre, Sucesión de María del Pilar Luque contra Luque Torres Limitada en liquidación.

Superintendencia de Sociedades, sentencia 2014-801-164, Jorge Eduardo Terrero Wilches contra Rafael Uribe Toro.

Superintendencia de Sociedades, Sentencia 2014-800-29, Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S contra Shirley Natalia Ávila Barrios.

Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 5 de junio de 2017, Almacenes YEP S.A contra construcciones inmobiliarias Proinmob S.A.S y Juan Carlos Lopera Yépez.

Superintendencia de Sociedades, Circular externa N°009 de julio 18 de 1997 sobre los administradores.

Superintendencia de Sociedades, Circular externa N°100-006 del 25 de marzo sobre el régimen de administradores.

Tesis

Bermúdez Pulido, C. J., Arevalo Galarza, D. A., & Calonge Pinzón, S. J. Principales cambios propuestos en el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en Colombia en el marco del Proyecto de Ley 02 de 2017.

(Tesis para la especialización en derecho comercial, Pontificia Universidad Javeriana).

Escobar López, M. C., & Molina Correa, S. (2017). *Régimen de responsabilidad civil de los administradores de sociedades previsto en la ley 222 de 1995, comparación con el régimen de otros países y su aseguramiento* (tesis para optar por el título de abogado, Universidad EAFIT).

Gantívar Alfaro, N. (2015). Conflictos de interés en el régimen de los administradores sociales-análisis del desarrollo jurisprudencial en Colombia (Tesis para optar por el título de abogado, Bogotá-Uniandes).

Sabogal Bernal, L. F. (2017). *El deber de lealtad y los conflictos de intereses de los administradores de sociedades* (Tesis para optar por el título de Doctor, Universidad Complutense de Madrid).