

MARÍA DE LOS ÁNGELES BERROCAL MORA

**LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE LOS ADMINISTRADORES
SOCIETARIOS: TRATAMIENTO Y SOLUCIÓN**

(Tesis de Grado)

Bogotá D.C., Colombia

2018

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE GRADO

Rector:

Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General:

Dra. Martha Hineirosa Rey

**Director Departamento
Derecho Comercial:**

Dr. Saúl Sotomonte Sotomonte

Director de Tesis:

Dr. Fabio Andrés Bonilla Sanabria

Presidente de Tesis:

Dr. Pablo Andrés Córdoba Acosta

Examinadores:

Dr. David Ricardo Sotomonte Mujica

Dr. Luis Fernando Sabogal

A Dios, a la Virgen María, a mis Ángeles

A mis padres, a mi hermana, y a mi hermano

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	vi
I. NATURALEZA JURÍDICA DEL VÍNCULO ADMINISTRADOR-SOCIEDAD .	1
1. TEORÍA DEL MANDATO	2
1.1 Problemas y costos de mandato (“agency problems”).....	3
2. TEORÍA DEL ÓRGANO U ORGANICISTA	6
3. ¿CUÁL TEORÍA ACOGE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO?	8
II. LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS EN COLOMBIA	14
1. DEBERES GENERALES Y ESPECÍFICOS DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS	15
1.1 Deber de Buena fe.....	16
1.2 Deber de diligencia o de cuidado.....	18
1.2.1 Deberes específicos del deber de diligencia.....	23
1.3 El deber de lealtad.....	25
1.3.1 Deberes específicos del deber de lealtad.....	26
III. EL DEBER DE LEALTAD COMO PRESUPUESTO DEL CONFLICTO DE INTERÉS	29
1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE CONFLICTO DE INTERÉS.....	33
2. MODALIDADES TÍPICAS DE CONFLICTO DE INTERÉS	38
2.1 Actos de competencia con la sociedad que administra.....	39
2.2 Utilización indebida de información privilegiada:	40
2.3 Operaciones contractuales con la sociedad.....	41
2.4 Fijación de la remuneración.....	42
3. MECANISMOS DE CORRECCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS .	43

3.1 Tratamiento del conflicto de interés	44
3.2 Implicaciones de actuar en conflicto de interés	52
3.2.1 Responsabilidad Penal	53
3.2.2 Responsabilidad administrativa	53
3.2.3 Responsabilidad Civil	55
3.2.4 Medidas sobre el acto o acuerdo:	60
IV. NECESIDAD DE UNA REFORMA LEGAL AL RÉGIMEN SOCIETARIO	62
CONCLUSIONES	70
BIBLIOGRAFÍA	72

INTRODUCCIÓN

Los administradores societarios son los encargados de actuar a nombre y en representación de la sociedad que administran. En ejercicio de esa función tienen que respetar y cumplir en todo momento con los deberes consagrados en la Ley 222 de 1995, esto es, con el deber de buena fe, de diligencia y de lealtad so pena de incurrir en responsabilidad civil, penal o administrativa por incumplimiento de los deberes a su cargo.

Los administradores persiguen distintos intereses que serán satisfechos gracias a las relaciones jurídicas entabladas con la sociedad mercantil. A partir de dichos vínculos, es posible que surjan contraposiciones de intereses, verbigracia, conflictos de interés. El presente trabajo de investigación constituye un esfuerzo por describir y analizar las implicaciones jurídicas de los conflictos señalados respecto de la infracción de deberes de lealtad y el abuso en las relaciones de confianza, por parte de administradores de una sociedad, cuando los recursos de la entidad y los intereses de otros agentes económicos se ven comprometidos.

Los conflictos de interés presuponen una relación de agencia o mandato, consistente en un “*vínculo fiduciario o de confianza que existe entre quien gestiona los recursos (agente) y quien los suministra (principal)*”¹. En aquellos eventos en que el agente busca maximizar sus propios intereses sacrificando el interés del principal, surgen conflictos de interés, los cuales se clasifican de la siguiente manera:

- (i) Conflicto de interés en la relación administrador-sociedad.
- (ii) Conflicto de interés entre accionista mayoritario y minoritario.
- (iii) Conflicto de interés entre la sociedad y terceros acreedores y grupos de interés.

¹ PAZ-ARES, José. “*La infracapitalización: una aproximación contractual*”, en Rodríguez Artigas, F. (Coord.). Derecho de sociedades de responsabilidad limitada, McGraw-hill, Madrid, 1996. Citado por: CASERO, Miguel. *Reflexiones sobre el deber de lealtad de los administradores*. Madrid: Universidad Pontificia, 2014. P.16.

De los tres conflictos o problemas de agencia, el que se estudia en el presente trabajo es el primero, por tal razón se analizará como punto de partida la naturaleza del vínculo entre el administrador y la sociedad, seguidamente el contenido del deber de lealtad de los administradores, en tercer lugar, la forma en que se deben resolver dichos conflictos y, por último, la necesidad de una actualización normativa sobre este punto.

I. NATURALEZA JURÍDICA DEL VÍNCULO ADMINISTRADOR-SOCIEDAD

*“Representante es quien obra a nombre ajeno, mientras que órgano es el trámite por el cual la persona jurídica obra directamente y en nombre propio”
Francesco Messineo.*

El presente capítulo pretende establecer la naturaleza jurídica del vínculo administrador-sociedad, para luego llegar a determinar el tipo de responsabilidad que se radica en cabeza del administrador societario, esto es, si se trata de una responsabilidad contractual derivada de un contrato o si por el contrario su responsabilidad es de naturaleza extracontractual. Las consecuencias de una u otra son diferentes, de ahí la importancia por determinarlo.

La Corte Suprema de Justicia, en escasos pronunciamientos en materia societaria, se ha inclinado por señalar el carácter contractual de la relación administrador-sociedad², con lo que se encuentra que si el vínculo es de naturaleza contractual, las normas aplicables a esa relación serán las de responsabilidad contractual.

Dos teorías explican la naturaleza jurídica de la relación entre los administradores y el ente societario. La teoría clásica o del mandato representativo mira la relación administrador- sociedad como una relación contractual, en la que se presupone la existencia de un contrato de mandato donde regula todas las obligaciones del administrador como una relación entre mandante y mandatario. La doctrina Alemana introdujo en un momento posterior, la “teoría organicista”, en la cual el administrador

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 19 de febrero de 1999. EXP 5099. MP: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

es un órgano y por lo tanto es parte integrante de la sociedad, de modo que su relación jurídica es de naturaleza orgánica. Las teorías se revisan brevemente a continuación.

1. TEORÍA DEL MANDATO

Es una teoría contractual, que tiene sustento en los institutos de la representación y del mandato regulados en el Código Civil y en el Código de Comercio, definiendo al contrato de mandato en función de que la administración del negocio confiado al mandatario o administrador se haga por cuenta y riesgo del mandante o persona jurídica, la cual va a actuar a través de sus representantes³.

Esta teoría le atribuye una preponderancia a la persona del administrador o “mandatario” el cual se encuentra dotado de ciertos poderes para la toma de decisiones y para la realización de determinados actos y contratos tendientes a la obtención del objeto social perseguido por la sociedad. Sin embargo, el resultado económico solo producirá efectos jurídicos en la esfera patrimonial de la persona jurídica para la cual administran, por lo que es evidente que el mandatario o administrador solo puede actuar dentro de los límites que la sociedad o “mandante” le impone, los cuales se encuentran señalados en la ley, sin perjuicio de que las facultades de los mismos puedan ser ampliadas o detalladas en los estatutos sociales, *“e incluso dentro del ámbito de las decisiones de los cuerpos colegiados de la sociedad comercial”*⁴. En contraste, si el administrador realiza actos más allá de sus facultades se estaría obligando personalmente y como consecuencia se radica inmediatamente en cabeza de la sociedad el derecho a incoar la acción social de responsabilidad sobre éste.

³Artículo 2142 del Código Civil. Definición de mandato. *“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.”*

⁴ CORDOBA, Pablo. *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 572.

1.1 Problemas y costos de mandato (“agency problems”)

Paralelamente a la teoría contractual del mandato, en el análisis económico del derecho se encuentra la “Teoría de la agencia” formulada inicialmente por Jensen y Meckling en 1976⁵, de la que se derivan los denominados problemas del mandato o problemas de agencia en derecho anglosajón (“agency problems”).

En una relación de agencia, una persona denominada mandante o “principal” contrata a otra denominada mandatario o “agente” para que realice determinada actividad económica, o, servicio en su nombre, lo cual implica cierto grado de delegación⁶ de autoridad en el agente, aceptando éste actuar defendiendo los intereses del mandante o “principal”. Si ambos contratantes (el principal y el agente) son maximizadores de utilidad (*homo economicus*), existen buenas razones para pensar que el agente no actuará siempre en el mejor provecho que el principal⁷, configurando lo que se denomina un problema de agencia o de mandato. En sentido estricto, un problema de agencia o mandato es esencialmente un problema de control y se presenta cuando la riqueza de una persona (mandante) depende de la conducta desplegada por un tercero (mandatario), “*la cuestión radica en motivar al mandatario para que actúe en beneficio del mandante, en lugar de que aquél obre en su propio interés*”⁸.

La teoría de los problemas de agencia pone en evidencia fuertes *asimetrías de la información* entre las partes de una relación de mandato. “*Generalmente el mandatario está mejor informado que el mandante respecto de los principales hechos*

⁵ JENSEN, MICHAEL y MECKLING, William. “*Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*”. Journal of Financial Economics. 1976.

⁶ La delegación o autonomía en la toma de decisiones puede ser moderada o elevada dependiendo de si la misma comprende un margen de discrecionalidad total o absoluto, o por el contrario está sometida a control detallado y continuo por parte del principal o mandante. Para más información: VERGÉS, Joaquim. Control e incentivos de la gestión empresarial. Universidad autónoma de Barcelona: Departament d'Economia de l'Empresa, 2000. p. 53-54.

⁷JENSEN, MICHAEL y MECKLING, William. *op. cit.*, pp. 305-360.

⁸ REYES, Francisco. *Análisis económico del derecho*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012. p. 65.

relevantes del negocio”⁹, lo que dificulta que el mandante conozca razonablemente bien el negocio confiado a su mandatario, traducíéndose en la imposibilidad de saber si el resultado económico obtenido por el mandatario o agente corresponde a un esfuerzo óptimo y debido conforme con su deber de actuar de forma diligente en el desarrollo del encargo, o si por el contrario, las resultas de la gestión devienen de una conducta desviada que generó mayores costos para el mandante o “principal”¹⁰.

La *asimetría de la información* está presente en toda situación de mandato, eliminarla, implicaría que el mandante estuviera continua y detalladamente supervisando la gestión del agente o mandatario, lo que sería poco práctico puesto que se estaría incurriendo en mayores costos e implicaría que el margen de discrecionalidad o autonomía para la toma de decisiones fuera nulo, no sería posible hablar de una situación de agencia en la que el agente es quien toma las decisiones y el mandante es quien asume los riesgos¹¹.

Como consecuencia de los problemas de agencia, más específicamente de la *asimetría de la información* se derivan los llamados costos de mandato (“agency cost”)¹² como mecanismos para garantizar la ejecución óptima de la prestación prometida por parte del mandatario. Los costos de agencia se realizan *ex ante* para efectos de evitar cualquier desviación en la conducta del agente.

En principio, los costos de agencia se pueden clasificar en tres categorías¹³:

⁹ REYES, *op. cit.*, p. 65.

¹⁰ VERGÉS, *op. cit.*, pp. 57-58.

¹¹ *Ibíd.*, pp. 57-58.

¹² “(...) corresponden, a los esfuerzos por alinear los intereses del agente a aquellos del principal”. JENSEN y MECKLING, *op. cit.*, p. 305-360. También en: “al valor que deja de percibirse por la ejecución incompleta de las prestaciones esperadas por el mandante, así como la erogación que representa la vigilancia que éste debe ejercer sobre el mandatario para evitar la infidelidad en la ejecución de tales prestaciones”. REYES, *op. cit.*, pp. 73-78.

¹³ JENSEN, MICHAEL y MECKLING, *op. cit.*, pp. 307 a 309.

- (i) Costo de control, vigilancia o supervisión por parte del principal: son los costos de seguimiento o control del principal en la vigilancia de las acciones del agente (“control de auditoría”). Este control supone la inclusión de restricciones, penalizaciones e incentivos para motivar al agente a actuar según los intereses de su mandante.
- (ii) Costo de garantía de fidelidad por parte del agente: son aquellos costos abonados por el agente pero no necesariamente asumidos por éste y se incurren para garantizar al mandante o principal que la conducta del agente se ceñirá única y exclusivamente a lo pactado.
- (iii) Costo o pérdida residual: es el equivalente en dinero de la reducción en el bienestar del principal ocasionado en la divergencia de intereses con el agente, y que muchas veces – en términos económicos- no vale la pena subsanar porque el costo de detectarlo, evitarlo o controlarlo sería superior a los eventuales perjuicios.

En conclusión, ante la imposibilidad que tiene el principal de conocer las actuaciones y comportamientos del mandatario para llevar a cabo el propósito del negocio encomendado y gracias a la información privilegiada que maneja, en aras de evitar perjuicios adversos a sus intereses y salvaguardar los resultados esperados, el mandante deberá incurrir en los denominados costos de agencia para minimizar el riesgo, los cuales serán mayores o menores dependiendo de la complejidad de la operación encomendada.

La teoría del mandato, genera insuficiencias y vacíos al explicar la relación jurídica entre el administrador y la sociedad, algunas críticas a la misma son:

- (i) “(...) La figura del administrador es de carácter esencial, y si se admitiera que el administrador se vincula por un contrato de mandato (negocio jurídico esencialmente revocable), tendría, asimismo que admitirse la posibilidad de que, en caso de revocación del mandato, la sociedad pudiese actuar sin administrador, lo cual es inadmisibles por la

*naturaleza jurídica de la sociedad, toda vez que esta precisa del concurso de una persona física para poder desarrollar su actividad económica”.*¹⁴

- (ii) La teoría del mandato supone una limitación al margen de discrecionalidad y autonomía de los administradores, puesto que ellos, en principio, solo podrían realizar aquellos actos para los que se les hubiera otorgado el poder o mandato, y respecto de aquellos no incluidos se requeriría autorización especial por parte de la sociedad comercial.
- (iii) Con la teoría del mandato quedaría en desuso la aplicación de las normas referidas a los deberes y responsabilidad de los administradores, respecto al administrador de hecho puesto que sus gestiones no están precedidas ni legitimadas por ningún poder o contrato que le confiera las atribuciones propias de las funciones de administración. Por consiguiente, si se acogiera esta teoría sus actuaciones estarían viciadas de nulidad, salvo en aquellos casos en los que el administrador de hecho demostrará la existencia de un contrato verbal existente entre él y la sociedad, en cuyo caso todas las actuaciones del administrador hecho posterior a la celebración del contrato de mandato verbal se tendrían por válidas y con todos los efectos jurídicos. En este evento, el administrador de hecho tendría la carga de la prueba de la existencia del contrato verbal.

2. TEORÍA DEL ÓRGANO U ORGANICISTA

De otro lado encontramos la teoría organicista que surge con el fin de hacer frente a las insuficiencias y vacíos dejados por la teoría del mandato al explicar la relación jurídica entre el administrador y la sociedad.

Siguiendo a MESSINEO “*órgano es el trámite por el cual la persona jurídica obra directamente y en nombre propio*”, los administradores no son mandatarios ni apoderados de la sociedad sino que constituyen un órgano a través del cual la sociedad manifiesta su voluntad y actúa de manera directa y en nombre propio en la ejecución de todas las actividades jurídicas-económicas necesarias para la consecución de sus fines. En este sentido, la sociedad se concibe como un “*centro de imputación de intereses*”¹⁵ de derechos y obligaciones, debido a que las actuaciones de todas las

¹⁴ SABOGAL, Luis. *La relación administrador-sociedad*. Bogotá, Universidad externado de Colombia. Revista de derecho privado Núm. 18, 2010. p. 128.

¹⁵ VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Tratado de las sociedades*. Editorial jurídica de chile, 1995. p. 131.

personas naturales o jurídicas que conforman el órgano social no se le imputarán a los mismos sino que son considerados como propios de la sociedad.

“La teoría del órgano hace referencia a la distribución interna de competencias, destinada de manera principal y directa a justificar la manifestación de voluntad del ente societario”¹⁶

En este mismo sentido, al órgano como agrupación de personas naturales o jurídicas, el ordenamiento jurídico, específicamente la ley, y los estatutos sociales le atribuyen una determinada competencia funcional, para que dentro de la misma exprese la voluntad del ente social.

Por otro lado, el concepto de órgano social está integrado por dos elementos: uno objetivo, caracterizado por la competencia funcional expresamente atribuida por la ley y los estatutos sociales; y el elemento subjetivo, compuesto por la persona o personas naturales que ejercen dicha competencia funcional. El elemento objetivo es fundamental y necesario para determinar el alcance de la responsabilidad personal en cabeza de los administradores societarios (elemento subjetivo), puesto que la competencia determina la legitimación en el ejercicio de las funciones llevadas a cabo al interior del órgano societario, es decir, mientras el administrador actúe dentro de los límites legales y estatutarios impuestos no comprometerá personalmente su responsabilidad pues sus actos serán imputables a la persona jurídica.

Ahora bien, considerando las dos teorías mencionadas, se pueden señalar las siguientes diferencias e implicaciones:

(i) La teoría del mandato tiene soporte en la relación jurídica entre dos sujetos

¹⁶ DUPRAT, Diego. Citación sugerida: RDCO, n° 222, enero/febrero 2007, p. 23. *La teoría del órgano y la particular naturaleza de la vinculación del administrador con la sociedad*. Economics, 3, 305. Párr. 10. Disponible en: <http://dupratpellegrini.com.ar/publicaciones/DD-La-teoria-del-%20organo.pdf>.

contractuales, la sociedad (mandante) y el administrador (mandatario), quienes tienen una relación eminentemente contractual. De otro lado, en la teoría de la representación orgánica, la sociedad y el administrador constituyen un solo *centro de imputación de intereses*.

- (ii) En la teoría del mandato, el mandatario actúa por cuenta y riesgo del mandante, en la teoría orgánica, el órgano de administración actúa a nombre y por cuenta propia.
- (iii) En la teoría del mandato la representación es voluntaria, por cuanto el mandante o sociedad le otorga un poder a otro para la realización de ciertos actos; a contrario sensu, en la teoría del órgano es la ley de manera imperativa quien expresamente le atribuye la competencia al ente social.
- (iv) En la teoría orgánica, el administrador está investido por todas las facultades legales que apunten a llevar a cabo con plenitud el objeto social de la persona jurídica, mientras que en la teoría del mandato, el representante sólo puede hacer aquellos actos específicos que se encuentren determinados en la procura o poder.

3. ¿CUÁL TEORÍA ACOGE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO?

Acoger una u otra teoría tiene unas consecuencias particulares, ya que si nos situamos en el contexto de la teoría contractual, que afirma que los administradores o mandatarios ejecutan actos de administración, y en algunos casos, de representación legal de la sociedad a través de una relación jurídica de mandato, nos llevaría a afirmar que entre el administrador y la sociedad comercial existe un **vínculo contractual** cuya génesis sería el momento en que el futuro administrador exterioriza su voluntad de aceptar el cargo ofrecido por la junta general¹⁷. Al existir un contrato de mandato, el mandatario puede efectuar las facultades propias de dicha posición, como son las de

¹⁷ SABOGAL, *op., cit.*, pp. 127.

realizar actos de administración y de conservación¹⁸ sin perjuicio del poder especial que requieran ciertas operaciones de disposición. A la relación entre administrador-sociedad la llamaremos *relación jurídica interna*, puesto que existe una *descentralización de tareas*, ya no es la sociedad la que por motu proprio ejecuta directamente las labores sino que por medio del administrador designado las ejecuta, por ello hay un mandato con representación, es el mandatario quien se encarga de realizar todos aquellos actos jurídicos comerciales a nombre y por cuenta de la sociedad a la que administra. Esa relación jurídica interna, no es absoluta ni común y corriente, ya que se encuentra limitada. Como ejemplo de dicha limitación, y a título enunciativo, podemos encontrar las siguientes normas:

- (i) El artículo 2157 del Código Civil¹⁹ establece los límites del mandatario.
- (ii) El artículo 23 de la ley 222 de 1995²⁰, según el cual el administrador siempre debe obrar en pro del interés de la sociedad.
- (iii) El artículo 185 del Código de Comercio²¹: el administrador aunque sea accionista no puede votar sus propios estados financieros.
- (iv) El numeral 7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995²² La obligación de cumplir el deber de lealtad: el administrador no puede actuar en conflicto

¹⁸ Artículo 2158 del Código Civil. Facultades del mandatario. “El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración, como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra, y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado.”

¹⁹ Artículo 2157 del Código Civil. Limitación del mandato. “El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen a obrar de otro modo.”

²⁰ Artículo 23 ley 222 de 1995. Deberes de los administradores. “Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.”

²¹ Artículo 185 del Código de Comercio. Incompatibilidad de administradores y empleados. “Salvo los casos de representación legal, los administradores y empleados de la sociedad no podrán representar en las reuniones de la asamblea o junta de socios acciones distintas de las propias, mientras estén en ejercicio de sus cargos, ni sustituir los poderes que se les confieran.

Tampoco podrán votar los balances y cuentas de fin de ejercicio ni las de la liquidación.”

²² Artículo 23 Numeral 7 de la ley 222 de 1995: “Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o

de intereses con la sociedad. Estos límites, generalmente, generan costos de agencia o de transacción, tal como consta en el acápite “problemas y costos del mandato (“agency problems”) anteriormente descrito.

En este mismo orden de ideas, si en el ejercicio de esa relación jurídica de carácter interno, el administrador no realiza sus deberes, no cumple con sus obligaciones legales, contractuales o estatutarias y vulnera los intereses de la sociedad, responde por todos los perjuicios causados, y estaríamos frente a una **responsabilidad contractual** derivada de la naturaleza jurídica del vínculo entre administrador-sociedad.

La responsabilidad civil contractual es el resultado de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato²³. Según la definición anterior, hay responsabilidad contractual si se cumplen los siguientes dos requisitos: (i) que entre las partes exista un contrato o una relación contractual; (ii) los daños causados sean debidos por un incumplimiento o cumplimiento defectuoso del objeto del contrato.

Según lo anterior, la responsabilidad civil contractual nace en cabeza del administrador societario tras haber incumplido o cumplido imperfectamente una obligación a su cargo generando inmediatamente la obligación de reparación para con la parte del contrato que ha sufrido el daño, en este caso la sociedad comercial. Sin embargo, además de los anteriores requisitos, para que haya responsabilidad contractual por parte del administrador, él tuvo que incurrir con culpa leve en el ejercicio de sus deberes²⁴, y que como consecuencia de su actuar culposo haya generado un daño antijurídico a la sociedad comercial.

en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.”

²³ Corte Constitucional. 9 de diciembre de 2010. EXP D-8146. MP: Luís Ernesto Vargas Silva.

²⁴ Artículo 2155 del Código Civil. Responsabilidad del mandatario. “*El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.*

Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado.

Por otro lado, llamaremos *relación jurídica externa* a aquella en el que el administrador tiene con terceros ajenos a la relación jurídica contractual existente entre la sociedad y el mandatario. Esos terceros son los socios o accionistas de la sociedad, los acreedores y los grupos de interés. Entonces, en aquellos eventos en el que el administrador en el ejercicio de sus funciones, tareas o deberes ejecuta conductas que le ocasionan a los terceros perjuicios, incurre en **responsabilidad civil extracontractual**, puesto que con ellos no existe ninguna relación o vínculo contractual, son personas no vinculadas al contrato de mandato.

Dependiendo de si estamos frente a una u otra, las acciones a interponer varían. Sin embargo, este será un tema que se desarrollara más adelante.

Todo lo anterior respecto a la teoría contractual o del mandato. Por otro lado, si se acoge la teoría orgánica, entre el administrador y la sociedad no existiría una relación jurídica, ni mucho menos una descentralización de tareas, ya que según esta teoría existe una relación de inescindibilidad entre el órgano de administración y la sociedad comercial, con lo cual se hace la ficción de que todas las acciones ejecutadas por el órgano de administración las estaría realizando la misma sociedad²⁵.

En mi opinión, ambas teorías, no son excluyentes sino que se complementan entre sí, ya que el administrador desarrolla sus funciones al interior del órgano societario, y en este sentido ejerce un contrato de mandato dentro del mismo²⁶. En este orden de ideas, la teoría orgánica no excluye la representación voluntaria propia de un contrato de mandato, y podríamos afirmar que el administrador goza de una doble vinculación

Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga.” (Negrilla fuera del texto)

²⁵ GAITÁN, Nicolas. “La autocontratación en el derecho de sociedades colombiano: deber de lealtad, interés social y vínculo jurídico administrador-sociedad”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Revist@ E-Mercatoria, vol. 12, n.º 2, julio-diciembre, 2013. p. 68.

²⁶ Por ejemplo, los miembros de la junta directiva son mandatarios y ejecutan un contrato de mandato al interior del órgano social.

con la sociedad, una vinculación contractual propia de la teoría clásica o del mandato representativo y una vinculación orgánica propia de la representación orgánica. Esta afirmación es pertinente ya que responde a la pregunta planteada en este acápite, puesto que en la normativa vigente no existe una disposición que consagre expresamente una u otra posición²⁷, sino que por el contrario, el ordenamiento jurídico se muestra tentado por acoger una especie de mixtura entre ambas teorías, y de ello es ejemplo la Ley 222 de 1995, en la que por un lado, refleja el carácter contractual de la relación administrador-sociedad al consagrar un cúmulo de deberes generales y específicos a cargo de los administradores societarios²⁸. Por otro lado, la teoría del órgano indirectamente se encuentra consagrada en la ley en comento, ya que ésta se encarga de regular expresamente todas las facultades y competencias de los órganos que conforman la sociedad²⁹. Otra evidencia de la naturaleza mixta de la relación está dada por el momento en que se adquiere o se pierde la condición de administrador. Se requiere de un lado la designación hecha por el órgano legal o estatutariamente competente (Teoría orgánica), pero además la aceptación de la persona designada (teoría contractual). Así mismo, cuando se termina la relación con un administrador, la jurisprudencia laboral ha dejado claro que no es suficiente con nombrarle un reemplazo, porque la relación contractual, que puede ser laboral, podría quedar vigente³⁰.

Independientemente de la teoría que se acoja, el administrador al estar en contacto directo con recursos y bienes ajenos, inevitablemente se encontrará en situaciones en

²⁷ En el Código de Comercio de 1887, expresamente se acogió la teoría contractual para explicar la relación entre el administrador y la sociedad. Sin embargo, con la expedición del Código de 1971, normativa vigente, aquellas disposiciones que explicaban la relación jurídica entre administrador-sociedad como un contrato de mandato quedaron derogadas, razón por la cual, hoy en día no hay unanimidad en cuanto a la naturaleza de la relación. Para más información: SABOGAL, *op. cit.*, pp. 137-138.

²⁸ “(...) los deberes de los administradores tienen naturaleza eminentemente contractual, siendo imposible, a pesar de la fuerza de la teoría organicista descartar de plano la existencia del mandato (...)” CORDOBA, *op. cit.*, p. 575.

²⁹ “(...) Con la entrada en vigencia de la ley 222/1995 (...) se incorporan disposiciones normativas en la que se hace alusión de manera manifiesta a los administradores como órgano”. SABOGAL, *op. cit.*, pp. 137-138.

³⁰ Corte Constitucional, 29 de julio de 2003. EXP D-4450. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

las cuales existan simultáneamente dos intereses contrapuestos: el interés social de la persona jurídica y el interés particular del administrador, lo que se conoce como “conflicto de intereses”. Ya sea que se acoja la teoría del mandato u órgano, al interior de la sociedad siempre se presentarán en mayor o menor medida este tipo de situaciones, por ello más adelante se explica los mecanismos adecuados para enfrentar, corregir y conjurar las consecuencias adversas o negativas de estar inmerso en un conflicto de interés

II. LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS EN COLOMBIA

Pasamos ahora a estudiar quiénes son considerados por la ley colombiana como administradores, y cuáles son los deberes aplicables a esta condición. En el ordenamiento jurídico Colombiano, la Ley 222 de 1995³¹ señala en su artículo 22³² quiénes se consideran administradores, en la que adoptó un criterio formal puesto que son administradores quienes conforme con la ley o los estatutos, desempeñen funciones de dirección. El Código de Comercio reafirma el carácter formal al exigir para el caso del representante legal el requisito del registro en la cámara de comercio³³. Sin embargo, en la legislación actual, el criterio formal resulta insuficiente para explicar la teoría del administrador de hecho³⁴, porque a veces quien verdaderamente administra no figura como tal, por lo que predicar los deberes e imputar la responsabilidad a estas personas se convierte en un problema. En Colombia, la figura del administrador de hecho solo está prevista en la SAS, no obstante en aplicación del principio general de buena fe, el no abuso del derecho, el

³¹ Artículo 22: “Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”.

³² El 20 de julio del 2017, se radicó un proyecto de ley que pretende regular, entre otras cosas, el tema de la responsabilidad y los conflictos de interés de los administradores. Este proyecto complementa el artículo 22 de la ley 222 de 1995, quedando de la siguiente manera: “Artículo 4º. Son administradores: El representante legal, los miembros de juntas directivas, los factores de establecimientos de comercio, el liquidador, Todas aquellas personas que ejerzan funciones en la alta gerencia de las sociedades, tales como el presidente, el gerente, los vicepresidentes, los subgerentes y el tesorero, las personas que sean denominadas como administradores en los estatutos sociales, los comités u otros cuerpos colegiados que cumplan funciones de administración, conforme al acto que hubiere ordenado su creación. (...)”

³³ Artículo 164 y 442 del Código de Comercio: “es representante legal para todos los efectos legales quien se encuentre inscrito como tal en la cámara de comercio”. Confirmado por sentencia de la Corte Constitucional. 29 de julio de 2003. EXP D-4450. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁴ “(...) el administrador de hecho es aquel que sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejerce la función como si estuviere legitimado prescindiendo de tales formalidades (...)” GARCÍA, José. *Administradores sociales y administradores de hecho*. España, Universidad de Zaragoza. p. 8. Disponible en: http://www.unizar.es/derecho_concursal/publicaciones/HomenajeSnchezAndres.pdf.

fraude a la ley y el perjuicio injusto a terceros, se debería entender incorporada esta figura para los demás tipos societarios³⁵.

En el artículo 23 de la ley en comento, se establecieron tres deberes generales que deben guiar la conducta de los administradores y a renglón seguido se consagraron unos deberes específicos, los cuales se enmarcan y desarrollan dentro de los deberes generales, más específicamente dentro del deber de diligencia y lealtad³⁶. Estos deberes consisten en una prestación a cargo del administrador que puede ser de hacer o de no hacer (abstención), que determinan su responsabilidad. Sin embargo, esta responsabilidad no es objetiva sino subjetiva y exige un juicio de medios y no de resultados

A continuación se desarrollará brevemente cada uno de los deberes, concentrándonos en el deber de lealtad, puesto que es el punto de partida para incurrir en el régimen de conflicto de interés.

1. DEBERES GENERALES Y ESPECÍFICOS DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS

En esta sección del trabajo se hará una revisión del alcance de los deberes de los administradores, enfocándonos de manera precisa en los deberes de diligencia y lealtad, y dentro de este último en el deber específico de abstenerse de actuar en situaciones que impliquen un conflicto de interés.

³⁵ El Proyecto de Ley 02 de 2017, extiende el régimen de responsabilidad y sanciones de los administradores formales a los administradores de hecho: *Artículo 5º. Administradores de hecho. Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a aquellos, conforme a la ley.*”

³⁶ Según Reyes Villamizar, el deber de diligencia y lealtad son copia de los “deberes fiduciarios” del derecho angloamericano provenientes de la institución anglosajona del *trust*, los cuales implican una relación de confianza. Para más información: REYES, Francisco. *Responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificada*. PANÓPTICA-Direito, Sociedade e Cultura, 2010, vol. 5, no 1. p. 220.

1.1 Deber de Buena fe

Sin duda alguna, la sociedad comercial se encuentra en una situación de poder ya que posee la capacidad de emprender acciones que lleven a modificar la realidad en donde se desenvuelve, ya sea interna o externamente. Pero, correlativamente a ese poderío, se encuentra en una relación de subordinación respecto al administrador o mandatario designando por ella misma, lo cual se traduce en el control que ejerce aquel sobre los negocios jurídicos por el celebrados en nombre y por cuenta de la sociedad que administra, por consiguiente está mejor informado de todas las circunstancias relevantes, favorables y desfavorables de los negocios jurídicos en que la sociedad es parte. Es por ello que la sociedad en estos eventos, se puede considerar como la parte débil –*favor debilis*- de la relación jurídica existente entre aquella y el administrador, y este último sería la parte dominante de dicha relación. Una de las formas de volver justo y equilibrado el contrato de mandato con representación suscrito entre el mandatario-administrador y mandante-sociedad, es recurrir a la buena fe –*bona fides*- que es la piedra angular a partir de la cual se estructuran todos los demás deberes – diligencia y lealtad- y sus correlativos deberes específicos.

La buena fe, más que un deber es un principio general del derecho³⁷ con doble significado. En primer lugar, se ha hablado de la buena fe objetiva como una cláusula general de conducta aplicable a todas las relaciones jurídico-patrimoniales y a todas las obligaciones que se derivan de las mismas independientemente de cual sea su fuente. En el caso de los administradores, el carácter objetivo se traduce en obrar con honestidad, rectitud e integridad en las relaciones y operaciones tanto internas (la gestión de administración propiamente dicha al interior de la sociedad) como externas (con terceros en general) resultantes del fenómeno de la representación. En este orden

³⁷ Artículo 871 del Código de Comercio: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.” A su vez, en el artículo 835 establece la presunción de la buena fe: “Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo.”

de ideas, para que las actuaciones de un administrador estén precedidas por este principio, él debe actuar con:

- (i) Lealtad: no con la creencia de que este siendo leal, sino que verdaderamente sus actos los lleve a cabo con la lealtad esperada por la sociedad. Entonces, por ejemplo, si el administrador celebró un determinado negocio jurídico, tiene que informarle a la sociedad de todas las circunstancias que rodearon el negocio jurídico, es decir, la lealtad de un administrador engendra un deber de información, porque tiene el deber de informarle a la sociedad de todo lo que a esta le puede interesar para la consecución exitoso del negocio en cuestión. Además, la información dada debe ser lo suficientemente clara para que la sociedad como parte débil de la relación jurídica entienda todos los aspectos sustanciales de la negociación y esté preparada para los resultados positivos o negativos de la misma. Si el administrador no es leal, no informa, no es claro actúa de mala fe y como consecuencia estaría vulnerando el artículo 23 de la Ley 222/1995: *“los administradores deben obrar de buena fe...”*
- (ii) Diligencia: el administrador, a su vez, debe actuar con la diligencia debida para maximizar los intereses encomendados por su mandante, la sociedad. Actuar con la diligencia suficiente y necesaria para optar por la mejor decisión posible en beneficio de todos los intereses de la sociedad es actuar de buena fe, puesto que si el mandatario lleva a cabo sus funciones con negligencia y sin ningún tipo de interés, y además no respeta lo pactado en el contrato de mandato celebrado, no estaría cumpliendo con los deberes a su cargo y menoscabaría el principio general de la buena fe.

Cumpliendo las dos manifestaciones anteriores, el administrador logrará satisfacer los intereses de la sociedad, o por lo menos tener la justificación necesaria en aquellos eventos en que las cosas no salgan del todo a favor de la sociedad.

Por otro lado, la buena fe subjetiva apunta a la creencia de actuar conforme a derecho. En otras palabras, es la convicción de que *“las actuaciones de las personas, en este caso de los administradores, son legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio”*³⁸.

La buena fe que ha recobrado importancia en los últimos años es la buena fe objetiva, puesto que para analizar la buena fe subjetiva en una determinada conducta, se requiere que el legislador lo haya señalado expresamente³⁹, y en el caso de los administradores no lo ha establecido.

El deber de lealtad y de diligencia encuentra su fundamento en la buena fe y constituyen deberes de conducta exigibles a cada una de las partes en cada caso concreto. Por tal razón, resulta imposible analizar el deber de lealtad y de diligencia y sus correspondientes deberes específicos sin hacer mención al de buena fe y su indefectible conexidad con los demás.

1.2 Deber de diligencia o de cuidado

Este deber conlleva a la profesionalización de los administradores, puesto que hace más especial su actividad al evitar que ejerzan el cargo encomendado con negligencia y expongan el patrimonio social, sino que por el contrario los lleva a cuidar los negocios ajenos como si fueran propios, de ahí el sinónimo del deber de diligencia como un *deber de cuidado*.

³⁸ SUPERSOCIEDADES, Cir. Ext. No. 100-000003 del 22 de julio del 2015. Capítulo V.

³⁹ SABOGAL, Luis. (Tesis doctoral). *El deber de lealtad y los conflictos de intereses de los administradores de sociedades*. Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 352-353.

El deber de diligencia guarda estrecha relación con la obligación específica de administrar en desarrollo del objeto y fin social⁴⁰. El artículo 23 de Ley 222 hace referencia a la “diligencia y cuidado de un buen hombre de negocios” apartándose de la noción del derecho civil de un “buen hombre de familia”⁴¹, lo cual quiere decir, que dado el carácter especializado del encargo, el administrador debe actuar con una diligencia mucho mayor a la media u ordinaria, y cuyas decisiones se toman dentro de un mercado cada vez más competitivo, lo que hace que exista un equilibrio entre la rapidez y la seguridad de las decisiones, a la vez un estándar de información previa necesaria para sustentarlas. En este sentido, la *diligencia especial, profesionalizada*, se refiere al:

*“actuar propio de una persona conocedora de negocios, que toma sus decisiones de manera informada y en pro del máximo beneficio posible para la sociedad que administra, siempre dentro de los límites impuestos por los estatutos y la ley (...)”*⁴²

A su vez, el proyecto de ley 02 de 2017 en su artículo 6 adopta el mismo modelo objetivo y general de conducta (como el de un hombre de negocios) que debe seguir el administrador societario, al establecer que “*deberá cumplir sus funciones con la diligencia que una **persona prudente** juzgaría razonable a la luz de las circunstancias propias de cada decisión*”, la prudencia se refiere al modo como el administrador valoró los riesgos empresariales inmersos en cada caso, en este evento, si la valoración final del negocio en cuestión estuvo precedida por una información racional, suficiente y razonable respecto de las posibles consecuencias del negocio a celebrar, y en virtud de las cuales tomo la decisión de celebrarlo, o por el contrario de evitarlo para así no llegar a exponer el patrimonio ni los bienes sociales de la sociedad comercial, se podría concluir que su actuación fue diligente y estuvo acorde con la

⁴⁰RIBAS, vincenç. Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades. (tesis doctoral). Universidad Autónoma de Barcelona, 2004, p. 305.

⁴¹Artículo 63 del Código Civil. Culpa y dolor. “(...) *culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve (...)*”

⁴²LÓPEZ, María y TORO, Lina. *Responsabilidad sin culpabilidad para los administradores societarios*. Medellín, 2015. p. 27.

prudencia exigida por la norma. En otras palabras, para que un administrador sea prudente en la toma de decisiones empresariales que pueden llegar a ser adversas para la sociedad, debe actuar conociendo los riesgos que debería conocer en virtud de la información recolectada, y tomar todas las medidas necesarias para minimizar o prevenir dichos riesgos.

Este deber de prudencia refleja que la obligación del administrador es de medio y no de resultado, porque no exige un determinado resultado favorable para la sociedad, ellos en virtud de que el riesgo o contingencia es inherente a las actividades empresariales⁴³. El riesgo en la toma de decisiones lo asume la sociedad y sus socios o accionistas, siempre y cuando el administrador haya agotado todos los mecanismos necesarios, suficientes y disponibles en el mercado para contar con una adecuada información y así poder visualizar las consecuencias de la decisión⁴⁴.

En el mismo sentido, en el ordenamiento jurídico Español se dice que los administradores deben desempeñar el cargo con una diligencia especial, el de un “ordenado empresario”, lo que significa que su proceder debe corresponder con este modelo de conducta⁴⁵. El ordenado empresario es aquel que invierte cierta cantidad de tiempo, esfuerzo y actúa con la pericia necesaria en la gestión que le ha sido encomendada con el fin de maximizar las utilidades y la producción de valor⁴⁶.

Todo lo dicho anteriormente tiene dos implicaciones: (i) *“el administrador en el desarrollo de su gestión debe ser razonable y prudente, es decir, no le está permitido arriesgar más de lo razonable sin una previa y adecuada planificación y estudio, tal*

⁴³ La noción del “buen hombre de negocios” es afín con la teoría de la asunción de los riesgos. Mientras que la del “buen padre de familia” busca prevenir el riesgo, y si ello no llegare a ser posible reducirlo al mínimo. En: REYES, responsabilidad, *op.*, *cit.*, p. 221.

⁴⁴ Superintendencia de Sociedades. 11 de diciembre de 2013. Número del proceso 2013-801-082. Caso Pharmabroker. En esta sentencia se realiza una interpretación al deber de cuidado.

⁴⁵ MÉNENDEZ, Uría. *Guía práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el régimen mercantil*. Barcelona, 2015. p.7.

⁴⁶ PAZ ARES, José. *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*. En: InDret: Revista para el Análisis del Derecho, 2003, no 4, p. 5.

y como lo hace un empresario cuando pone en riesgo su propio patrimonio” y (ii) “se le exige al administrador que desarrolle una gestión profesional adecuada al mundo de los negocios”⁴⁷.

Así como del principio general de buena fe se desprende el deber de lealtad y de diligencia, del deber de diligencia se materializa el deber de información, puesto que una de las maneras de determinar la *diligente administración* llevada a cabo por el mandatario es teniendo en cuenta la información recolectada por el mismo. Analizada la información se establece si el administrador fue diligente o no en la toma de decisiones empresariales.

Existe una correlatividad en el deber de información societaria, ya que este deber se encuentra en cabeza tanto de la sociedad como del administrador. En el primer evento, el deber de información se radica en la sociedad y la titularidad del derecho a la información en el administrador, porque la primera se encuentra en la obligación de proporcionarle toda la información societaria o empresarial, ya sea confidencial o no⁴⁸ al administrador que sea relevante y esté relacionada con el negocio a tratar, lo cual se traduce en la posibilidad del administrador de acceder a los libros y actas sociales que puedan ayudarlo a entender un mejor manejo sobre los negocios de la sociedad en aras de tomar la mejor decisión posible que maximice las utilidades⁴⁹. En el segundo evento, y es aquí en donde se manifiesta el deber de diligencia, el deber de información se encuentra en el administrador, sin embargo más que un deber de información es un deber de auto-información de los hechos relevantes del negocio en aras de asegurar la toma de decisiones acertadas para el adecuado desarrollo del objeto social. El cual variará en cada caso conforme con las complejidades del negocio, y de su ejercicio se determinará cómo debió comportarse el administrador.

⁴⁷ DÍAZ, José. *Deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital*. Segunda Ed. Editorial Aranzadi. Navarra, 2006. pp. 127-128.

⁴⁸ De este derecho de información en cabeza se deriva el deber de reserva o de confidencialidad en cabeza del administrador.

⁴⁹ RIVAS, Vincenç. *Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital*. Revista de derecho de sociedades, 73-154. p. 82.

Este deber de auto-información implica un comportamiento activo y no pasivo por parte del mandatario de la información al tomar iniciativas inteligentes, adecuadas y oportunas dirigidas a obtener la información pertinente que le permita darse una idea las circunstancias sustanciales del negocio y así formarse un consentimiento absolutamente informado al momento de la celebración del negocio jurídico.

Por otro lado, el deber de diligencia es un deber abstracto y general, puesto que como lo indica la norma, todo administrador deberá actuar dentro del marco de la diligencia de un buen hombre de negocios y de una manera prudente, y proceder a tomar las decisiones con buena fe y en consideración absoluta del interés social⁵⁰ en pro de garantizar el máximo éxito empresarial. Sin embargo, el legislador ha establecido ciertos parámetros de conducta tendientes a facilitar la determinación del deber de diligencia, para lo cual se toman los deberes específicos⁵¹. Los tres primeros numerales del art. 23 de la Ley 222/95 pueden ajustarse al deber de diligencia o de cuidado; mientras que los cuatro últimos son consagraciones del deber de lealtad. Por supuesto, se trata de conductas de carácter enunciativo, por consiguiente el juez al valorar cada caso en concreto en virtud de su labor de interpretación puede crear nuevos supuestos o parámetros de conducta⁵². Su función es interpretativa ya que sirven de guía a todos los intérpretes del derecho e inclusive al propio administrador sobre el alcance de su responsabilidad.

⁵⁰ La teoría contractualista sostiene que el interés social es el “*interés común de los socios como tales*. Por su parte, la teoría institucionalista pregona que el interés social viene a ser un *interés común; no sólo el de los socios, sino también el de otros sujetos (trabajadores, acreedores sociales y hasta la colectividad nacional)*”. En: COUTINHO DE ABREU, Jorge. *Interés social y deber de lealtad de los socios*. Revista de Derecho de sociedades, 2002 No.19. Editorial Aranzadi.

⁵¹ La legislación española habla de los deberes de fidelidad y de cuidado como especies del deber general de diligencia, de los cuales, al igual que en nuestro ordenamiento, se derivan determinados deberes específicos y son: (i) deber de administrar en interés de la sociedad; (ii) deber de información; (iii) deber de confidencialidad. El deber de cuidado se refiere a la “diligencia de un ordenado empresario”, o “la diligencia de un ordenado comerciante” para otro tipo de gestores no societarios, y sus deberes específicos son: (i) deber de atención; (ii) deber de profesionalidad; (iii) deber de prudencia. En: RIBAS, Vicenç. *Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital*. Revista de derecho de sociedades, 2012 no 38, pp. 73-154.

⁵² La obligación de rendir cuentas y llevar en debida forma los libros de comercio (deber de diligencia); Abstenerse de apropiarse indebidamente de los activos sociales de la sociedad (deber de lealtad) son ejemplos del carácter no taxativo de la norma.

1.2.1 Deberes específicos del deber de diligencia

A continuación se mencionan alguno de los deberes específicos relacionados con el deber de diligencia, con un comentario especial frente a la discrecionalidad de los administradores en el ejercicio de sus funciones como tales.

- (i) El deber específico de realizar esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social: consiste en que:

“el administrador debe procurar la realización de las actividades comprendidas en el objeto social de la compañía llevando a cabo las gestiones apropiadas para la consecución de los resultados perseguidos por la sociedad teniendo en cuenta las condiciones económicas y de mercado que le rodean”⁵³

Para garantizar la eficiencia en la gestión administrativa, es menester que los administradores dispongan de un amplio radio de acción que los incentive a tomar decisiones que si bien comportan un alto grado de riesgo, contribuyen a tener mejores resultados económicos o una eficiencia en el manejo de sus recursos; esto es lo que se conoce en derecho norteamericano como la *regla de la discrecionalidad*⁵⁴, en virtud de la cual *“(…) los administradores son autónomos en la toma de determinaciones, siempre y cuando éstas obedezcan a un juicio prudente de su parte”⁵⁵*.

Esta regla opera como un blindaje de responsabilidad a favor de los administradores por la toma de decisiones perjudiciales a los intereses de la compañía, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos⁵⁶: (i) el principio general de Buena fe

⁵³ SUPERSOCIEDADES, Cir. Ext 100- 006 de 2008 numeral 3.1.

⁵⁴ La aplicación de la regla se hizo notable a mediados de los 80 en virtud de una serie de casos como lo fue, *Smith v. Van Gokom* conocido como *trans unión* supuso el punto de partida para la aplicabilidad de los criterios de la BJR. (*business judgement rule*). En: TREVIJANO, Cristina Guerrero. *La Business Judgement Rule en los procesos de M&A*. Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, 2010, no 32, p. 1. Madrid: Universidad Complutense.

⁵⁵ REYES, responsabilidad, *op., cit.*, pp. 208-239.

⁵⁶ LAGUADO, Darío. *La responsabilidad de los administradores*. Vniversitas, 2004, VOL.53, No. 108, pp. 271-273.

debe verse reflejado en la decisión; (ii) el administrador no debe estar inmerso en un conflicto de interés, es decir no debe tener un interés particular en el objeto del negocio o acto; (iii) debe cumplir con el deber de informarse adecuadamente sobre el objeto de la decisión; (iv) el ejercicio de la actuación debe ser precedido por la creencia de actuar en el mejor beneficio para la sociedad.

En Colombia no existe una consagración expresa de la regla de la discrecionalidad de los administradores. Sin embargo, en mi opinión, el deber de diligencia, en cualquier ordenamiento jurídico, impone la obligación en cabeza de los administradores de hacer todo lo conducente y necesario para el desarrollo del fin social de la empresa, para lo cual se debe garantizar cierto margen de discrecionalidad en la toma de decisiones por ser los únicos sujetos, al interior de la sociedad que cuentan con los conocimientos técnicos y especializados que imponen las actividades sometidas a su determinación. Esta autonomía del administrador no es absoluta ya que se encuentra limitado no sólo por lo descrito en el objeto social, en los estatutos y por las instrucciones recibidas de los órganos sociales, sino por el *juicio prudente y razonable* que debe guiar al administrador sumándole todos los criterios anteriormente establecidos para llegar a una decisión correctamente informada⁵⁷.

- (ii) El deber específico de velar por el estricto cumplimiento de las obligaciones legales y estatutarias:

Todo administrador societario se encuentra sujeto a un *deber positivo* de dirigir todo su esfuerzo para cumplir todas las normas legales y estatutarias tanto en el ejercicio de toda su actividad societaria como en la actividad de todas las personas que están su cargo (delegados y dependientes), razón por la cual podemos decir que este deber

⁵⁷ Últimamente, la Superintendencia de Sociedades ha aplicado la regla de la discrecionalidad de los administradores en determinados casos concretos, ejemplo de ello es la Sentencia 2014-800-052, Superintendencia de Sociedades. Partes: María del pilar Luque de Shaefer VS Luque torres Ltda.

especifico del deber de diligencia consagra una doble manifestación. Por un lado, el de vigilar que la sociedad cumpla con todas las normas legales y contractuales; y por el otro vigilar la actuación de sus compañeros y subalternos en la administración.

- (iii) El deber específico de velar porque se permita la adecuada realización encomendada al revisor fiscal:

Este deber específico está matizado por un deber de información en el sentido de que los administradores se encuentran en la obligación de suministrarle al revisor fiscal – titular del derecho a la información- toda la información contable, financiera, administrativa o de otra índole que consideren adecuada e indispensable para el desarrollo de sus funciones.

1.3 El deber de lealtad

El deber de lealtad como manifestación del deber de buena fe, se manifiesta en la obligación del administrador de desempeñar todas las funciones derivada de su actividad comercial con lealtad, rectitud y honestidad; y en la obligación de defender el interés social, entendido como el interés que le es común a la sociedad y no el de él o el de cada uno de sus asociados; más específicamente, es la prestación radicada en cabeza del administrador societario de anteponer en cualquier situación el interés social de la compañía sobre aquellos intereses propios o de terceros. Por tal razón, el concepto de deber de lealtad se construye sobre los supuestos de conflicto de interés, ya que precisamente su finalidad se materializa en la obligación del administrador como mandatario de la sociedad de evitar situaciones conflictuales, o cuando ya se encuentre inmerso en un conflicto de interés, su obligación radica en abstenerse de obtener un provecho propio o ajeno en virtud de dicha situación.

Así mismo, la norma trae tres deberes específicos que se ajustan perfectamente a la finalidad que persigue el deber de lealtad como un deber general del administrador.

1.3.1 Deberes específicos del deber de lealtad

A continuación se mencionaran algunos de los deberes específicos haciendo hincapié en el deber de abstenerse de actuar en situaciones que impliquen conflicto de interés.

- (i) El deber específico de guardar la reserva industrial y comercial de la sociedad:

Es un deber específico de confidencialidad, reserva o silencio que se deriva de la posición que goza el administrador en la sociedad. El administrador como gestor de un interés social ajeno le está vetado divulgar información confidencial que pueda afectar el orden económico de la empresa. Dicha información confidencial se refiere: (i) al secreto industrial y comercial de orden económico de la empresa a la que administra⁵⁸; (ii) a todos los libros o documentos sociales, financieros y contables de carácter reservado y a los cuales el administrador en virtud de su posición tiene acceso⁵⁹.

En opinión del profesor Laguado la reserva industrial y comercial:

“La reserva industrial y comercial de la sociedad está integrada por todo tipo de conocimientos que por su valor competitivo es sustraído por voluntad del empresario del ámbito de lo público y guardado en secreto con especial sigilo y

⁵⁸ “Son los descubrimientos científicos, invenciones patentables no patentadas, aplicaciones industriales, ejecuciones de detalle, aspectos del software que no son objeto de un derecho de exclusiva y, en general, todo lo relativo a los conocimientos técnicos que afectan a la manera de fabricar un producto, aplicar un procedimiento o prestar un servicio” En: CARRASCO, M.^a del Mar. *La tutela penal del secreto comercial y la concreción de la obligación de reserva: un análisis de la reciente jurisprudencia*. Universidad de Alicante. Revista de Derecho penal y Criminología, 2.a Época, núm.7 (2001). p. 3 y ss.

⁵⁹ Artículo 61: Excepciones al derecho de reserva: “Los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente. Lo dispuesto en este artículo no restringirá el derecho de inspección que confiere la ley a los asociados sobre libros y papeles de las compañías comerciales, ni el que corresponda a quienes cumplan funciones de vigilancia o auditoría en las mismas.”

Decisión Andina 486/2000: “Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a un secreto empresarial sobre 19 cuya confidencialidad se le haya prevenido, deberá abstenerse de usarlo o divulgarlo, o de revelarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que posea dicho secreto o de su usuario autorizado”

*cuidado. El administrador debe abstenerse de revelar este tipo de conocimientos, así como realizar todas las conductas tendientes a impedir que esto suceda. La infracción a este deber puede generar consecuencias en el ámbito penal, laboral y del derecho de la competencia (...)*⁶⁰

Algunas de las consecuencias de infringir este deber son:

- (i) Artículo 308 del Código Penal: violación de la reserva industrial y comercial⁶¹.
- (ii) Inciso 3 del artículo 24 de la Ley 222 de 1995: responsabilidad de los administradores⁶².
- (iii) Inciso 8 del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo: terminación del contrato por justa causa⁶³.

Por último, este deber específico de guarda de la reserva industrial y comercial de la sociedad es un claro ejemplo del complemento entre el deber de diligencia-cuidado y el deber de lealtad, puesto que además de la fidelidad y lealtad que tiene que tener el administrador al no divulgar información de carácter reservado, tiene que actuar prudentemente, esto es, según el modelo objetivo de comportamiento resaltado anteriormente con el deber de diligencia.

Como quiera que el propósito particular de este documento está centrado en la forma de corregir los conflictos de interés. Los tres últimos deberes específicos enunciados

⁶⁰ LAGUADO, *op. cit.*, p. 251.

⁶¹ “El que emplee, revele o divulgue descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente conozca, copie u obtenga secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial.

La pena será de tres (3) a siete (7) años de prisión y multa de cien (100) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si se obtiene provecho propio o de tercero.”

⁶² “(...) En los casos de incumplimiento o exlimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador (...)

⁶³ “(...) Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”.

a continuación se desarrollaran más adelante por ser modalidades típicas del conflicto de interés de los administradores societarios.

- (i) Abstenerse de utilizar indebidamente la información privilegiada.
- (ii) Abstenerse de participar en actos que impliquen competencia con la sociedad.
- (iii) Abstenerse de ejecutar actos que impliquen situaciones de conflicto de interés.

III. EL DEBER DE LEALTAD COMO PRESUPUESTO DEL CONFLICTO DE INTERÉS

El deber de lealtad es un sub-principio del deber, o mejor, del principio general de buena fe ya que el administrador debe orientar su conducta hacia aquello que resulte más favorable para la sociedad que administra. Igualmente, la aplicación del deber de lealtad se manifiesta primordialmente a través de dos prestaciones a cargo del administrador. En primer lugar, prestaciones de no hacer, consistentes en prohibiciones o deberes de conducta cuya finalidad es prevenir situaciones de conflicto de interés⁶⁵. Algunas de esas prohibiciones están explícitamente consagradas en la ley, y desarrolladas en la doctrina, pero otras por el contrario, son producto de una labor de interpretación por parte del juez. En segundo lugar, una prestación de hacer que se le impone al administrador inmerso en un de conflicto de interés de informar y revelar tal situación al órgano máximo social.

Además, el contenido del deber de lealtad es de orden público y su regulación es de carácter imperativo de manera que las disposiciones estatutarias o contractuales que puedan ser contrarias a su contenido o limitativas de responsabilidad se entenderán por no escritas⁶⁶. Del mismo modo, las prohibiciones no son absolutas, puesto que pueden ser desconocidas y aprobadas por la misma sociedad a través de la figura de la *convalidación o ratificación* (punto que se desarrollará más adelante).

El deber de lealtad se ubica en la relación de confianza y de cooperación en la que el administrador y la sociedad comparten un mismo objetivo, la consecución de un interés común. Como consecuencia de esa relación, la sociedad permite que el administrador acceda y haga uso de sus recursos sociales para que lleve a cabo sus funciones reduciendo ostensiblemente los costos de transacción, puesto que en virtud de la

⁶⁵ Por ejemplo, abstenerse de utilizar indebida información privilegiada.

⁶⁶ MÉNENDEZ, *op. cit.*, p. 12.2.2.

experiencia, los conocimientos y las capacidades que posee, el administrador puede explotar de una manera ms útil los recursos que aquella controla. Así, el administrador utiliza su propio potencial para maximizar las utilidades sociales y reducir los costos.

Durante el ejercicio de esas relaciones, el administrador puede desviar su conducta y realizar comportamientos contrarios al interés social, es allí donde entra el juego el deber de lealtad como el medio por excelencia para controlar los conflictos de interés entre los administradores y la sociedad que administra. El deber de lealtad en la legislación vigente⁶⁷ y en el proyecto de ley 02 de 2017, se manifiesta como una *Cláusula general de la lealtad del administrador societario*, ya que se dice que “*las actuaciones de los administradores deberán cumplirse siempre en función de los mejores intereses de la sociedad*”, es por ello que el contenido de este deber siempre va a hacer específico, preciso y determinado, puesto que para todo caso concreto lo primero que se analiza es que la conducta del administrador haya respetado y velado el interés social de la sociedad administrada, sin importar ni tener en cuenta que por su conducta haya menoscaba su propio interés privado. De esta cláusula general de lealtad del administrador societario podemos resaltar su *carácter absoluto e indivisible*⁶⁸, de la cual se pueden derivar las siguientes características:

- (i) Los administradores deben abstenerse de realizar cualquier acto jurídico que viole la obligación de confianza derivada de la relación de confianza y cooperación existente entre él y la sociedad.
- (ii) Como consecuencia de la anterior obligación, los administradores deben defender positivamente los intereses económicos y comerciales del mandante que le fueron confiados al momento de la celebración del contrato de mandato con representación.

⁶⁷ Artículo 23 de la ley 222 de 1995: “(...) *sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados (...)*”

⁶⁸ MIGUENS, héctor. *El deber de lealtad de los directores societarios en estados unidos*. Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica, 2010, no 243, pp. 109-140.

- (iii) El administrador debe esforzarse razonablemente para que la sociedad no sea privada de cualquier ventaja u oportunidad de negocio a la cual tenga derecho.
- (iv) El administrador se encuentra en la obligación de actuar conforme al principio general de buena fe, con fidelidad, lealtad y honradez en aquellas *transacciones societarias en las que tienen un poder financiero o negocial no conferido a la sociedad o los accionistas en general sino a ellos*.
- (v) El administrador deberá, en todo momento, subordinar sus intereses personales a los de la sociedad, de tal manera que garantice absolutamente que no existirá un conflicto entre el deber de lealtad y sus intereses particulares, es decir, la garantía de no ejecución de un conflicto de interés.
- (vi) El deber de lealtad no admite excepciones, y es de carácter absoluto por parte del administrador puesto que si lo hiciera se estaría deslegitimando el contrato social inicialmente pactado, y los fines económicos y sociales establecidos en el quedarían en contradicho. De esta característica surge una pregunta que será resuelta más adelante.
¿La figura de la convalidación o ratificación constituye una excepción al contenido del deber de lealtad?
- (vii) Al administrador que no observe el contenido del deber de lealtad se le impondrá diversas sanciones: en primer lugar, en la persona del administrador, encontramos la imposición de multas (responsabilidad administrativa), la indemnización de los perjuicios causados a la sociedad (responsabilidad civil), imposición de penas (responsabilidad penal), reproche social (responsabilidad social). En segundo lugar, la sanción frente al acto afectaría la validez del mismo. Las mismas se verán más adelante.

De otro lado, en mi opinión, el deber de lealtad, goza de una triple naturaleza:

- (i) Naturaleza preventiva del deber de lealtad: se manifiesta en dos momentos:
 - (i) está dirigida a evitar situaciones en las cuales puede haber un eventual

conflicto de interés, por ejemplo, evitar hacer uso de los activos sociales de la sociedad. (ii) son aquellas situaciones en las cuales ya existe un conflicto de interés, pero no obstante, se le da la posibilidad al administrador de subsanar el conflicto tramitándolo conforme a los parámetros legales, y así evitar vulnerar el interés social de la compañía. Si está no se cumple, pasamos a las siguientes dos.

- (ii) Naturaleza sancionatoria del deber de lealtad: está se da en los casos en los que el administrador se encuentra incurso en un conflicto de interés y no lo tramita conforme a las disposiciones legales, y como consecuencia de ello, la ley le atribuye diversas sanciones en el ámbito civil, penal, disciplinario y social.
- (iii) Naturaleza restitutoria del interés social de la compañía: en este caso, el interés social se encuentra violado en virtud de un conflicto de interés por parte del administrador societario, evento en el cual el administrador debe indemnizar a la sociedad por todos los perjuicios que su actuar indebido y conflictual le haya causado a la sociedad administrada, con la finalidad de que con el pago se puede restituir el interés de la sociedad como si nunca se le hubiera causado un daño.

En este orden de ideas, la infracción al deber de lealtad solo se da en aquellos casos en donde se prescinde de su naturaleza preventiva. Es decir, cuando el administrador no lo evita pudiendo hacerlo, o lo busca a pesar de la prohibición, en ambos casos estaría incurriendo en un desconocimiento de este deber específico. O, cuando el administrador que se encuentra en la situación de conflicto incumple el deber de informar al principal la posición de conflicto de interés. Las otras dos naturalezas lo que buscan es reparar el interés social quebrantado de la compañía.

Cabe resaltar, que es posible que en una misma situación fáctica se infrinjan simultáneamente todos o varios de los deberes de administración, en cuyo caso el mandatario deberá respetar el procedimiento legal establecido para cada deber

vulnerado⁶⁹. Del mismo modo, en otros supuestos, dada la complejidad o el volumen de las tareas empresariales, obligan a que sean realizadas por diferentes administradores, es decir, que se delegue una misma gestión a varios *managers* o directores para que las desarrollen conjuntamente. Puede suceder que uno o varios delegados infrinjan el deber de lealtad y por consiguiente incurran en conflicto de interés, en este evento, el deber de tramitación e información se predica tanto para los administradores en situación de conflicto como para aquellos que conocieron o debieron conocerlo, so pena de indemnizar los perjuicios que le causen a la sociedad o a terceros.

En conclusión, el deber de lealtad consiste en la obligación del administrador de subordinar sus intereses particulares en beneficio de los intereses sociales que persigue la sociedad, y aún más cuando se encuentre en un conflicto de interés, salvo que la sociedad le autorice seguir generando esa conducta conflictual.

1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE CONFLICTO DE INTERÉS

La vulneración del deber de lealtad del administrador se vuelve efectiva a través de las situaciones de conflicto de interés, es en estas situaciones en donde se analiza si el administrador se comporta como un *fiel representante* que obra con buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Actualmente, no existe una definición legal del conflicto de interés⁷⁰, lo que ha llevado a desarrollar una construcción doctrinaria⁷¹ del mismo y

⁶⁹ Sentencia de la Superintendencia de Sociedades 2014-801-084. Partes: Morocota Gold S.A.S VS Wbeimar Rincón y Luz Martínez, en este fallo se analizan las violaciones al deber de lealtad y de diligencia.

⁷⁰ El Proyecto de Ley 02 de 2017 establece una definición al conflicto de interés: *habrá conflicto de interés cuando: 1. El administrador o una persona a él vinculada participe en cualquier acto o negocio en que sea parte la sociedad en que ejerce sus funciones o sus subordinadas. 2. El administrador o una persona a él vinculada tenga interés económico sustancial en cualquier acto o negocio en que sea parte la sociedad en que ejerce sus funciones o sus subordinadas.*

Interés económico sustancial es aquel en donde media respecto de una determinada operación, prerrogativas de índole financiera que puedan comprometer el criterio del administrador y su independencia para la toma de las decisiones concernientes.

⁷¹ Cir. Ext, 2008, *op. cit.*, “*existe conflicto de interés cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad bien porque el interés sea de aquél o de un tercero*”. Al respecto, el Dr. Córdoba realiza el siguiente comentario:

a pronunciamientos jurisprudenciales⁷² sobre la materia. Su definición adquiere relevancia en la medida en que marca un límite a la conducta del administrador, puesto que sólo puede realizar aquellas conductas destinadas al cumplimiento de los fines e intereses propuestos por el principal, y en todo caso abstenerse de ejecutar comportamientos contrarios al interés social.

Para efectos de este documento tomaremos la siguiente definición doctrinal:

*“El conflicto de interés es aquella situación jurídicamente relevante de concurrencia o relación de intereses opuestos entre el gestor y el principal, que se concreta en un acto o negocio, objetivamente contemplado, que por su naturaleza y finalidad resulta idóneo para poner en riesgo los intereses del principal”*⁷³

Siguiendo esta acepción, se derivan tres elementos esenciales⁷⁴ presentes en toda relación de agencia o de gestión, los cuales son necesarios para la configuración de un eventual conflicto de interés: (i) *La existencia de una simultaneidad de intereses*: el interés particular o ajeno en el acto o negocio y el interés social; (ii) *La contraposición entre los mismos*; (iii) *La existencia de un riesgo potencial de lesión de los intereses de la sociedad*.

La existencia de estos elementos configura un conflicto de interés, lo que no significa que se haya presentado un daño concreto a la sociedad, sino la creación de un riesgo

“Ésta definición no es la adecuada ya que si se puede satisfacer dos intereses simultáneos, y al afirmar lo contrario se eliminaría la posibilidad de que el máximo órgano social otorgue la autorización al administrador de intervenir en la situación bajo conflicto de interés”. CÓRDOBA, op. cit. p.616.

⁷² Superintendencia de Sociedades. 1 de septiembre de 2014. Número del proceso 800-52. *“en Colombia no se ha una definición legal que permita identificar la configuración de un conflicto de interés en el ámbito societario, mientras subsista ese vacío, le corresponderá a los jueces determinar cuando existen circunstancias que puedan activar la reglamentación del #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 puede 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 de administrador se vea comprometido (...)”*

⁷³ RIBAS, tesis doctoral, op. cit., pp. 378-380.

⁷⁴ RIBAS, deberes de los administradores, op. cit., pp. 94-95.

que puede degenerar o no en un daño efectivo al interés social, asunto que sería relevante en un eventual juicio de responsabilidad del administrador. Ello nos lleva a hablar de la existencia de los elementos eventuales que pueden acompañar o no a los elementos esenciales, consistentes en “*La lesión patrimonial y la intencionalidad del gestor- negligencia o dolo-*”⁷⁵. La primera, hace referencia a los daños patrimoniales efectivos que sufra la sociedad como consecuencia de daños ocasionados por la acción u omisión del administrador o mandatario; la segunda se refiere a la conducta dolosa o culposa del administrador societario cuya consecuencia es la lesión patrimonial a las finanzas sociales de la sociedad. Estos elementos eventuales si bien no son relevantes para determinar la existencia de un conflicto de interés, si lo serán para predicar la responsabilidad del administrador frente a la sociedad.

De los elementos esenciales se deriva los siguientes tipos de conflicto de interés:

(i) Directo e indirecto:

El administrador puede tener un interés directo o indirecto en el acto o negocio. En el primer supuesto, el mandatario realiza la conducta por cuenta y a nombre propio, manifestando explícitamente su voluntad, tomando interés en su nombre para obtener un beneficio propio. En el segundo evento, la conducta del administrador tiene como finalidad la defensa de un interés de un tercero con quien tiene una estrecha relación de carácter familiar, económico, funcional o societario. En este último caso, estamos frente a lo que se conoce como *partes vinculadas* a la persona del administrador, en las cuales el gestor o administrador manifiesta su interés privado a través de la parte vinculada y dicho interés privado se materializa en una obtención de un beneficio ya sea para el propio administrador⁷⁶ o para la parte que se encuentra vinculada a él. La Superintendencia de Sociedades, a través de la Circular Básica Jurídica del 2015

⁷⁵ RIBAS, *op. cit.*, pp. 94-95.

⁷⁶ Por ejemplo, el administrador recibe una comisión en virtud de la conducta desplegada por la persona vinculada.

establece que el conflicto de intereses se puede presentar en eventos en los cuales el principal celebra operaciones con las siguientes personas (partes vinculadas):

- ✓ El cónyuge o compañero permanente del administrador, o las personas con análoga relación de afectividad.
- ✓ Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del mismo. Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador o del cónyuge del mismo.
- ✓ Los asociados del administrador, en compañías que no tengan la calidad de emisores de valores, o en aquellas sociedades en las cuales dada su dimensión, el administrador conozca la identidad de sus consocios.
- ✓ Personas con las cuales el administrador, por otras relaciones jurídicas, tengan una relación de dependencia.

A su vez, el Proyecto de Ley 02 de 2017 establece quienes son las personas vinculadas:

- ✓ El cónyuge o compañero permanente del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.
- ✓ Los parientes del administrador o de su cónyuge dentro del cuarto grado de consanguinidad y los cónyuges y los cónyuges de aquellos.
- ✓ Las sociedades en las que el administrador o cualquiera de las personas mencionadas en los numerales anteriores detenten la calidad de controlantes, conforme al artículo 260 del Código de Comercio⁷⁷.

⁷⁷ Artículo 260. Subordinación. *“Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.”*

- ✓ Las sociedades en las que ocupe simultáneamente el cargo de administrador.
- ✓ Los patrimonios autónomos en los que el administrador sea fideicomitente o beneficiario.
- ✓ Aquellas personas naturales o jurídicas que ejerzan el control sobre la sociedad en la que el administrador cumpla sus funciones.

El proyecto de ley 02 de 2017 copia casi que textualmente los dos primeros incisos de la circular básica jurídica de 2015. No obstante, el proyecto de ley es aún más protector y garantista al incluir otros eventos en los que pueda presentarse el conflicto de interés.

(ii) Conflicto de interés permanente u ocasional

El conflicto será de una u otra naturaleza dependiendo si la conducta del administrador es continuada o permanente en el tiempo, por ejemplo los actos de competencia; o si por el contrario que la conducta sea de corta duración, por ejemplo la apropiación de los activos sociales de la sociedad⁷⁸.

(iii) Conflicto de interés económico o posicional:

El primero se refiere a un bien económico o a un derecho subjetivo de carácter patrimonial que ingresa al patrimonio del administrador como consecuencia de la conducta inmersa en un conflicto de interés. Por el contrario, en el conflicto de interés posicional no se está frente a un bien económico propiamente dicho, sino a la finalidad del administrador a mejorar un determinado cargo, obtener una ventaja específica o

⁷⁸ El Derecho español consagra todas estas tipologías y prevé consecuencias diferentes para cada una de ellas. Por el contrario, el Derecho Colombiano no distingue entre una u otra modalidad y lo trata de manera uniforme. Para más información: Revista de la Superintendencia de Sociedades, juntas directivas. Edición No. 10 abril-mayo 2015.

simplemente mantener una posición⁷⁹. Sin embargo, en últimas, el conflicto posicional intrínsecamente conlleva a la obtención de una ventaja patrimonial como consecuencia del mejoramiento de la posición o cargo del administrador.

2. MODALIDADES TÍPICAS DE CONFLICTO DE INTERÉS

Este punto es producto de la tipificación que ha hecho el legislador de dos de las conductas conflictuales ejecutadas por el administrador⁸⁰ y del desarrollo normativo que ha hecho la doctrina y la jurisprudencia de aquellas conductas comunes y propias de las relaciones de mandato, en las que se puede presentar un conflicto de interés. Su identificación sirve como herramienta informativa de carácter preventivo dirigida al administrador para que en caso de duda sobre si esta frente a una situación conflictiva o no, identifique los elementos esenciales característicos de todo conflicto de interés, y en caso de un resultado o verificación positiva, abstenerse de ejecutarlas.

A título enunciativo, se desarrollarán varias de las conductas típicas generadoras de un conflicto de intereses:

⁷⁹ RIBAS, tesis doctoral. *op. cit.*, p. 392.

⁸⁰ Ejecución de actos de competencia frente a la sociedad y utilización indebida de información privilegiada.

2.1 Actos de competencia con la sociedad que administra

Esta tipología conflictual se encuentra tipificada a manera de prohibición en el #7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995, de la siguiente manera: *“abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad”*.

El conflicto de interés derivado de los actos de competencia se refiere a eventos en que *“el administrador desarrolle actividades económicas iguales, análogas o complementarias a las previstas en el objeto social de la sociedad”*⁸¹. Esta situación presupone la existencia de un conflicto de interés⁸², pues en un escenario de competencia económica la ganancia de uno necesariamente implica la pérdida de otro, haciendo imposible que el administrador pueda tomar una decisión que no ponga en riesgo el interés de la sociedad.

La configuración de los elementos esenciales característicos de los actos de competencia se presenta de la siguiente forma:

- ✓ *La simultaneidad de intereses*: el interés del administrador como competidor de la sociedad, y el de la sociedad que representa.
- ✓ *La contraposición de intereses*: como administrador, existe un interés en obtener el máximo beneficio posible para la sociedad en desarrollo de su actividad económica, a la par que como agente de mercado en competencia directa tiene la misma pretensión.

⁸¹ A los efectos, resulta ilustrativa la norma que en el derecho español señala el mismo conflicto: Ley de sociedades de capital Española artículo 230: “prohibición de competencia: los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo, complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la junta general...”

⁸² el #7 de la Ley 222/95 toma el conflicto de interés como una situación diversa al acto de competencia.

- ✓ *El riesgo de lesión a los intereses de la sociedad:* la existencia del riesgo se presenta en aquellas situaciones en que el administrador concurre en el mercado en la búsqueda de la misma clientela por la que se interesa la sociedad.

“La conducta que pretende sustraer la clientela de la sociedad pone en riesgo los intereses sociales y es un acto interesado en la medida que el esfuerzo competitivo se realiza en beneficio del administrador, de forma que hace para él (o para un tercero) lo que se ha obligado a promover para su principal”⁸³

2.2 Utilización indebida de información privilegiada:

Esta conducta también se encuentra reconocida en el ordenamiento jurídico, y es el equivalente al deber de reserva o de confidencialidad en el derecho Español. La acepción “privilegiada” hace referencia al carácter reservado y confidencial de la información, puesto que existe un número reducido de sujetos que tienen acceso a ella en razón de su posición o cargo. Además, la información tiene que ser relevante, es decir, que su conocimiento pueda influir en el destino de los activos de la sociedad y, que no haya sido divulgada en el mercado.

“(…) Esta modalidad no se refiere a toda la información a la que tienen acceso los administradores de la compañía sino a un conjunto de datos que sirve de materia prima para tomar decisiones razonables, que tiene carácter societario, que es confidencial y que conlleva un interés digno de tutela jurídica por mantenerla en reserva (...)”⁸⁴

Esto conlleva a afirmar que esta obligación no es absoluta, puesto que si la aplicación de la información destinada a fines particulares resulta inofensiva para la sociedad, el administrador eventualmente podría utilizarla salvo que exista pacto contrario entre las partes.

⁸³ RIBAS, *op. cit.*, p. 114.

⁸⁴ CÓRDOBA, *op. cit.*, p. 616.

También, para que el comportamiento del administrador sea considerado bajo conflicto de interés se requiere la concurrencia de los elementos esenciales, esto es:

- ✓ *La concurrencia de dos intereses:* el interés del mandatario en usar la información conocida gracias al desempeño de sus funciones para fines privados, y el interés de la sociedad que se manifiesta a través de la utilización de la misma para el cumplimiento del fin social de la compañía.
- ✓ *La contraposición de los intereses:* el uso interesado por parte del administrador supone un detrimento a los intereses sociales de la sociedad.
- ✓ *La existencia de un riesgo potencial de lesión:* se da en el momento en que el administrador utiliza la información para beneficio propio o de un tercero respecto del cual existe una vinculación. Se puede presentar de muchas maneras, como por ejemplo el uso para fines competitivos o para obtener oportunidades negóciales.

Unas de las muchas modalidades de conflicto de interés que se explicarán a continuación no se encuentran positivadas en una norma jurídica, sin embargo gozan de todos los elementos estructurales generadores de un eventual conflicto de intereses entre el administrador societario y su principal, esto es, la existencia de una simultaneidad de intereses, la contraposición de los mismos y como consecuencia de las anteriores, un riesgo inminente de lesión al interés social de la sociedad; razón por la cual resulta acertado proceder a su explicación.

2.3 Operaciones contractuales con la sociedad

En este evento, se pueden presentar una de dos situaciones: (i) la auto-contratación: el administrador directamente celebra contratos con la sociedad que administra, es decir, el mandatario simultáneamente representa su interés personal en el acto o negocio, y el

interés de la sociedad⁸⁵; (ii) el administrador por interpuesta persona celebra contratos con la sociedad que administra, actuando aquella en representación del administrador. Siendo así, para que en dichos eventos un contrato esté incurso en conflicto de interés se necesita la concurrencia de los elementos esenciales con los siguientes matices:

- ✓ *La simultaneidad de intereses*: el interés tanto del administrador y de la sociedad en participar del negocio y obtener el provecho económico. Además, el negocio ejecutado por el administrador debe estar previsto en el desarrollo del objeto social de la compañía.
- ✓ *La contraposición de intereses*: Que el administrador reportó un beneficio para sí o para otro por la participación en el negocio, lo que conlleve a un posible sacrificio de los resultados económicos que eventualmente podría obtener la sociedad.
- ✓ *La existencia del riesgo potencial*: se traduce en que las condiciones contractuales deben ser injustas (*unfair*) o inequitativas para la sociedad⁸⁶.

2.4 Fijación de la remuneración

El conflicto de interés surge en el momento en que el administrador goza de la facultad de determinar su propia remuneración. Los elementos esenciales se configurarían así:

⁸⁵ Sentencia de la Superintendencia de Sociedades 2013- 801- 007. Partes: Estructuras Metálicas S.A contra Praxedis Correa, Santiago Correa y Gloria Gallo.

⁸⁶ “*Esta injusticia de la operación comercial puede revelarse de dos maneras, ya sea mediante una comparación meramente ideal de la transacción con otra hipotética que se efectúa en un mercado eficiente y competitivo que se da cuando no existen datos objetivos sobre una determinada clase de contratos, o bien, comparando que el resultado de este negocio es menos ventajoso que el obtenido en un contrato que se habría acordado con una persona racional y no afectada por un conflicto de interés. En este evento si existen datos objetivos de precios de transferencia efectuados en un mercado competitivo en el momento temporal de la celebración del negocio impugnado*” En: PÁEZ, Manuel Antonio Bernet. *El Deber de Lealtad de los Directores y los Contratos en Conflicto de Interés*. Revista Chilena de Derecho Privado, 2007, no 8, p.113.

- ✓ *La simultaneidad de intereses:* existen dos intereses respecto a un mismo objeto: el interés del administrador en trazar el mismo su remuneración obteniendo el máximo provecho económico posible, y el interés de la sociedad en pagar una menor remuneración.
- ✓ *La contraposición de intereses:* el administrador aspirara en obtener la mayor retribución posible y la sociedad que pretenderá reducir sus gastos.
- ✓ *La existencia del riesgo potencial:* si a la cabeza del administrador se encuentra la de definir su propia remuneración por la ejecución de sus funciones, es muy posible que busque aumentar sus beneficios o ganancias estableciendo una remuneración muy alta, y como consecuencia de ello afectaría el interés de la sociedad, puesto que sus gastos aumentarían. En otras palabras, el riesgo se efectuaría cuando esa remuneración no fuese compatible con la evolución financiera de la sociedad, saliéndose de los límites y ocasionándole pérdidas a la empresa.

3. MECANISMOS DE CORRECCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS

Los mecanismos de corrección de los conflictos de interés constituyen la manera de cómo se afrontan este tipo de situaciones para evitar vulneraciones a los intereses de la sociedad mandante. Estos mecanismos se ven reflejados, en primer lugar en el procedimiento de trámite a que el administrador se debe ajustar una vez se encuentre inmerso en el conflicto de interés, esto es, informar al máximo órgano social su situación conflictual y de allí seguir con la etapa de autorización o ratificación si es el caso; este mecanismo de corrección busca prevenir una vulneración efectiva al deber de lealtad al consagrar un procedimiento para tramitar el conflicto de interés del administrador. En segundo lugar, las sanciones impuestas al administrador que no observa el procedimiento de trámite constituyen el segundo mecanismo de corrección, puesto que su objetivo es hacerle frente a estas situaciones y tratar, en la medida de lo posible, volver a la sociedad al estado anterior como si nunca se hubiere cometido la conducta conflictual y por consiguiente dejarla en la misma posición en que se

encontraba cuando se ejecutó la conducta que le generó perjuicios; además estos mecanismos apuntan a que se disminuyan este tipo de situaciones.

3.1 Tratamiento del conflicto de interés

Existen mecanismos que permiten corregir las situaciones de conflicto de interés, como quiera que se parte de la base de que no es posible eliminarlas completamente. En ese sentido, encontramos que todo mecanismo de corrección aplica la regla *disclose and abstain*⁸⁷, la cual tiene su fundamento en la obligación de *transparencia y abstención* que debe seguir todo administrador societario, según la cual el mandatario, una vez tenga conocimiento de la situación conflictiva en la que se encuentra e inclusive aun cuando tenga duda de la misma, deberá abstenerse de ejecutarla e inmediatamente comunicársela al órgano social competente con el propósito de obtener la debida autorización de la misma. En el evento en que el director incumpla esta obligación incurrirá en responsabilidad y serán aplicables todas las reglas vistas en el acápite siguiente.

El contenido de los mecanismos de corrección se despliega en cuatro fases distintas: (i) la revelación de la situación bajo conflicto de interés; (iii) la autorización; (iv) la ejecución de las conductas conflictuales; (v) la ratificación cuando no se ha observado ninguna de las fases anteriores:

(i) Revelación o deber de información sobre situaciones de conflicto:

El deber de lealtad además de contar con un contenido negativo o prohibitivo (deber de abstención) presenta un contenido positivo relativo a las exigencias de informar (deber de información) sobre la posición de conflicto de interés⁸⁸. El deber de información es la notificación o comunicación que el administrador en

⁸⁷ Para más información: FALASCA, Fernando Gabriel. *Análisis comparativo del sistema probatorio en materia de “insider trading” en Argentina y en USA. (s.f).*

⁸⁸ RIBAS (tesis doctoral), *op. cit.*, pp. 462-472.

conflicto le hace al órgano social correspondiente tal como lo dice el inciso final del artículo 23 de la Ley 222, incluyendo el asunto en el orden del día de la convocatoria correspondiente⁸⁹.

Este deber de información es una herramienta útil para poder prevenir comportamientos desleales⁹⁰. Así mismo, supone la satisfacción por parte del administrador de su deber de lealtad⁹¹.

Por otro lado, la información debe ser relevante, completa y verdadera, deberá notificar de todos los hechos importantes de la transacción a fin de evitar influir negativamente sobre la decisión de si autorizan o no la operación para lo cual el administrador tendrá en cuenta los intereses de la sociedad⁹². Además, debe ser oportuna. La información oportuna hace referencia al momento en que debe producirse la notificación, debiendo tener lugar cuando el administrador tenga conocimiento de la existencia de la situación de conflicto.

*“(...) El interesado debe informar anticipada y tempestivamente y, en cualquier caso, en un momento anterior al de la ejecución de la conducta interesada. La comunicación extemporánea resulta por sí misma una prueba de la infracción del deber, aunque no prejuzga la decisión final del principal, que puede ratificar la conducta del gestor o tomar las medidas que correspondan para evaluar nuevos riesgos y evitar daños a la sociedad (...)”*⁹³

⁸⁹ El artículo 2 y 3 del decreto 1925 de 2009 reglamenta el alcance del deber de información: artículo 2. “(...) el administrador suministrará toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio.”. Artículo 3: “Los administradores que obtengan la autorización con información incompleta, falsa o a sabiendas de que la operación ocasionaría perjuicios a la sociedad, no podrán ampararse en dicha autorización para exonerarse de responsabilidad por sus actos y, en consecuencia, deberán responder frente a la sociedad, los socios o terceros perjudicados.”

⁹⁰ SÁNCHEZ-CALERO, *op. cit.*, pp. 903-910.

⁹¹ Además del cumplimiento al deber de lealtad, “(...) fomenta el ejercicio diligente de sus funciones y las de los demás administradores, puesto que, en definitiva, la información dada por el administrador en conflicto incentiva a que otros administradores puedan custodiar o defender el interés de la sociedad de una manera eficaz”. *Ibíd.*, pp. 910-911.

⁹² MIGUENS, *op. cit.*, pp. 109-140.

⁹³ RIBAS. Deberes de los administradores, *op. cit.*, p. 104.

(i) Proceso de autorización:

La aprobación de la situación conflictiva tiene como efecto principal la extinción de responsabilidad de los administradores, salvo que existan defectos en la información que reciban y con base en la cual autorizan. Dicha extinción de responsabilidad supone la imposibilidad por parte de la sociedad de ejercer la acción social de responsabilidad en contra de los directores que llevaron a cabo la gestión autorizada.

La fase de autorización cumple una doble función. Por una parte, es beneficiosa para la sociedad al establecer herramientas preventivas de aprobación de las conductas desleales del administrador e impedir que la realización de las mismas lesionen sus intereses, y por otra parte, permite a la sociedad, previa a la notificación de una información plena, autorizar la ejecución de conductas que, a pesar de que interesen al administrador, tengan a su vez beneficio para la sociedad⁹⁴.

En este mismo sentido, para que se emita la autorización es necesario la concurrencia de varias condiciones:

- (i) Siguiendo lo preceptuado por el artículo 2 del decreto 1925 de 2009, el administrador deberá convocar a la junta general, señalando dentro del orden del día la solicitud de autorización de la conducta viciada por conflicto de interés.
- (ii) La autorización estará supeditada a que el administrador haya informado de todos los hechos relevantes que rodean la situación de conflicto.
- (iii) Si el administrador fuere socio se excluirá su voto, y en consecuencia, sus partes de interés, cuotas o acciones no podrán ser tomadas en cuenta para determinar el quórum, ni mucho menos la mayoría decisoria⁹⁵.

⁹⁴ RIBAS. *Deberes de los administradores*, op. cit. p. 106.

⁹⁵ Cir. Ext, 2008. op. cit., 3.9.3

- (iv) No se exige una mayoría especial, por lo tanto debe observarse la regla general del artículo 68 de la ley 222 de 1995, es decir, la autorización será válida cuando sea producto de la mitad más uno de los votos de la asamblea de accionistas o junta de socios, según el caso.
- (v) La autorización sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique a los intereses de la sociedad, lo cual se verificará si los beneficios que obtuviere la sociedad fueran notoriamente mayores que los costos que resultaren de la ejecución de la conducta bajo conflicto de interés. Además, el acto no puede ir en contravía de orden público o los estatutos sociales, porque de lo contrario no se podría ratificar u obtener la autorización.
- (vi) Finalmente, “(...) las autorizaciones deben tener, por regla general, carácter individualizado, expreso y referirse a supuestos concretos. Ello con el fin de salvaguardar, en todo momento, el interés social de la compañía y así prevenir la realización de otros comportamientos conflictuales (...)”⁹⁶.

(ii) La ejecución de la conducta:

Una vez emitida el acta de autorización, el administrador podrá ejecutar la conducta dentro de los límites descritos en la misma acta. Por el contrario, si el máximo órgano social no imparte su autorización, el administrador deberá abstenerse de ejecutar los actos generadores de conflicto de interés, pudiendo ser removidos de su cargo y sometidos a la acción social de responsabilidad en caso de desacato.

⁹⁶ RIBAS. *Deberes de los administradores*, op. cit. p. 104-107.

(iii) Ratificación *ex post* de los conflictos:

Supone un evento de ejecución de una conducta interesada sin la previa autorización de la sociedad. En este supuesto, el administrador no tramitó oportunamente la situación conflictiva ante el órgano máximo social, sin embargo la sociedad puede sanear el conflicto a través de la figura de la ratificación, en cuyo caso, el administrador queda exento de cualquier medida de responsabilidad que la sociedad pueda ejercer en su contra. En este evento, la ratificación no es sobre la conducta desleal del administrador sino sobre el acto, acuerdo o negocio celebrado por el administrador bajo conflicto de interés, el cual resulta completamente beneficioso para la sociedad; y su consecuencia es convalidar la situación bajo conflicto de interés, desapareciendo del todo ésta, siempre y cuando no se haya inducido a los socios o acciones por omisiones que de ser sabidas por los mismos hubiere cambiado el sentido de la decisión.

Consiguientemente, para que la ratificación cumpla con los fines que le son propios, es preciso que se verifiquen, al menos, las siguientes condiciones: (i) al igual que en los demás supuestos de autorización, el administrador deberá informar oportunamente de todos los hechos relevantes del negocio; (ii) el administrador interesado deberá justificar la notificación extemporánea de las circunstancias que dieron lugar a la situación conflictiva. En este sentido, “(...) *deberá acreditarse que la pretensión de ratificación se hace en términos de una razonable celeridad o de un retraso razonable a la hora de juzgar la buena fe del interesado (...)*”⁹⁷; (iii) la asamblea general de accionistas o junta de socios, según el caso, deberá ratificar la conducta desleal expresamente⁹⁸; (iv) el acto o negocio jurídico viciado de un conflicto de interés debe estar alineado a los intereses de la sociedad.

⁹⁷ RIBAS. Deberes de los administradores, *op. cit.*, p. 104-107.

⁹⁸ “(...) *la ratificación tácita no resultaría admisible, ni aún en el caso en que se estén aprovechando las ventajas de la gestión (...)*” RIBAS. Deberes de los administradores, *op. cit.*, pp. 73-154.

Cabe resaltar, que la posibilidad de la ratificación no se encuentra consagrada expresamente en el #7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995. Sin embargo, de la interpretación del mismo, no se desliga objeción alguna para que el máximo órgano social, ya sea asamblea o junta de socios, emita una autorización con posterioridad a la ejecución del comportamiento del administrador en conflicto de interés, o del perfeccionamiento del contrato, acto o negocio jurídico viciado de conflicto de interés, en cuyo caso estaríamos frente la ratificación ex post. En el artículo en comento se observan dos de los requisitos mencionados en el párrafo precedente: (i) la ratificación debe ir acompañada por la autorización de la asamblea o junta de socios de conformidad con las prescripciones legales tal cual menciona la norma citada; (ii) la ratificación ex post procede siempre y cuando “*no se perjudiquen los intereses de la sociedad*” es decir, en este supuesto el interés protegido es el de la sociedad como mandante, por tal razón debe existir una posible certeza de que el negocio jurídico viciado de conflicto de interés generará ganancias a la sociedad y como consecuencia maximizará sus utilidades o le otorgará un mejor posicionamiento comercial en el tráfico jurídico.

De lo anterior, resulta relevante realizar los siguientes comentarios:

- (i) En aquellos eventos en los que haya existido una autorización ex post por parte del máximo órgano social para convalidar la conducta del administrador societario, pero esta resultare perjudicando los intereses de la sociedad, ¿quién responde? Respecto a este punto, no existe un pronunciamiento expreso por parte de la legislación societaria. no obstante, un análisis aproximado de cómo se podría resolver la eventual hipótesis, sería a la luz de artículo 4 del Decreto 1925 de 2009, “(...) *Los socios que hayan autorizado expresamente la realización de un acto respecto del cual exista conflicto de interés o competencia con la sociedad, que perjudique los intereses de la sociedad, serán responsables solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que ocasionen a ésta, a los socios y a terceros (...)*” el tenor de este artículo nos dice que los socios que hayan votado

a favor de la conducta inmersa en un conflicto de interés responderán por los perjuicios que esta ocasione a la sociedad. Razón por la cual, se podría resolver el eventual asunto y endilgar una posible responsabilidad, estableciendo quiénes fueron los socios o accionistas disidentes o ausentes respecto de los cuales no se predicaría responsabilidad, mientras que para aquellos que emitieron voto favorable, se podría establecer una posible responsabilidad. Finalmente, respecto al administrador, en principio el quedaría exento de responsabilidad alguna, puesto que cumplió con la exigencia legal de comunicar su situación conflictual aun cuando esta fuere extemporánea pero ratificada por la asamblea o junta de socios. Sin embargo, en aquellos eventos en los que el administrador en virtud de una acción u omisión dolosa o culposa no comunicó un hecho o circunstancia relevante para la toma de la decisión y autorización si podría ser responsable, es decir, cuando se tratare de un administrador de mala fe.

- (ii) El saneamiento por ratificación se predica del acto o negocio jurídico viciado de nulidad, más no del incumplimiento de los deberes legales del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, puesto que el administrador incumplió con el deber de abstención de participar en operaciones comprometidas por conflicto de intereses. Este comentario resulta relevante para diferenciar las dos posiciones que en materia de ratificación existe en la Superintendencia de Sociedades en materia administrativa y jurisdiccional. En la primera, la entidad si bien convalida la ratificación no exime de multa al administrador que incumplió con sus deberes, y más específicamente con el deber de lealtad⁹⁹. En la segunda, solamente se convalida la invalidez de la conducta del administrador, en este ámbito, tal como señale anteriormente, no hay pronunciamiento respecto a los perjuicios que cause con posterioridad la conducta ratificada.

⁹⁹ La Resolución 2017-01-577289 del 14 de noviembre de 2017, impuso multa al investigado por incumplimiento de los deberes señalados en el #7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, aun cuando en el transcurso de la investigación administrativa se demostró la ratificación del negocio jurídico viciado por conflicto de interés. La ratificación no exime de la imposición de la multa pero resulta relevante a la hora de tasar la cuantía de la misma.

Por otra parte, respondiendo a la pregunta planteada en el acápite “el deber de lealtad como presupuesto del conflicto de interés”, la cual es:

¿La figura de la convalidación o ratificación constituye una excepción al contenido del deber de lealtad?

En mi opinión, por parte del administrador no existe ninguna excepción al contenido del deber de lealtad, ya que en la figura de convalidación o ratificación de una conducta conflictual, el administrador para prevenir una posible vulneración al deber de lealtad, decide manifestar al máximo órgano social la situación de conflicto de interés en la que se encuentra inmerso, y será este el que al final de cuentas autorice al administrador llevar a cabo el comportamiento conflictual por considerar que el mismo puede eventualmente generarle utilidades. Es decir, en este evento quien decide llevar a cabo la conducta objeto de conflicto de interés que aparentemente vulnera el contenido del deber de lealtad es la sociedad, razón por la cual la excepción al carácter absoluto del deber de lealtad no se generaría, puesto que la protección del contenido del deber de lealtad se encuentra en cabeza del administrador y no de la sociedad, y es esta última quien hace uso de la figura de la ratificación o convalidación ex post. Otra cosa, es que el administrador no manifieste su situación de conflicto de interés, lo cual no sería una excepción, puesto que a él en virtud de la vulneración al deber de lealtad, se le impondrán diversas sanciones y la convalidación de su conducta no sería posible. Si fuera una excepción, estas sanciones no existirían, y el administrador saldría impune.

En conclusión, no existe ninguna excepción al contenido del deber de lealtad, puesto que este último recae sobre el administrador y no sobre la sociedad, esta última es la destinataria o sujeto activo del deber de lealtad, la cual en virtud de sus prerrogativas decide autorizar la conducta inmersa en conflicto de interés por considerar que con la misma obtendría ventajas corporativas y monetarias.

Finalmente, ¿debería aceptarse esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano?, desde mi punto de vista, esta figura es idónea para materializar el principio económico de movilización de la riqueza y la maximización de utilidades. Además, uno de los principales salvaguardas del interés económico, además del administrador, es el asociado de la compañía, y si en virtud de su raciocinio considera que el patrimonio social se verá aumentado, el ordenamiento jurídico no le puede prohibir autorizar estas situaciones.

3.2 Implicaciones de actuar en conflicto de interés

El régimen de conflicto de interés genera varias consecuencias. Por un lado, la aplicación del deber de abstención, seguido del deber de información para obtener la debida autorización por parte de la asamblea o junta de socios. Por otro lado, la responsabilidad por incumplimiento de los deberes legales que son de diferente tipo. La responsabilidad de los administradores societarios es un tema de candente importancia, a tal punto que se ha buscado corregir a través de múltiples regímenes sancionatorios o de responsabilidad.

Este punto busca determinar cuáles son las consecuencias de que un administrador, con independencia de que sea consciente de que se encuentra o no en una situación de conflicto, ejecute el acto. Por lo tanto, estamos haciendo referencia a la responsabilidad que le es imputable al administrador, desde el punto de vista penal, administrativo y civil.

Es importante resaltar, que las consecuencias de todo el régimen de responsabilidad generan un mayor nivel de prevención para la realización de las conductas desleales e ilícitas, ya que cargar con la responsabilidad y sus correspondientes sanciones en términos económicos es más costoso que los eventuales beneficios que obtuvieren los sujetos con el desarrollo de las conductas objeto de sanción.

3.2.1 Responsabilidad Penal

Se predica en aquellos eventos en donde la conducta desplegada por el administrador se ajusta a un comportamiento típico, antijurídico y culpable. Dentro de los tipos penales que puedan estar relacionados con que la administración societaria incurra en un conflicto de interés podrían estar los siguientes:

- (i) Artículo 194 del Código Penal: divulgación y empleo de documentos reservados.
- (ii) Artículo 258 del Código Penal: indebida utilización de información privilegiada.
- (iii) Artículo 249 del Código Penal: abuso de confianza.
- (iv) Artículo 239 del Código Penal: hurto.
- (v) Artículo 246 del Código Penal: estafa.
- (vi) Artículo 308 del Código Penal: Violación de reserva industrial y comercial.
- (vii) Artículo 315 del Código Penal: Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados.
- (viii) Artículo 412 del Código Penal: enriquecimiento ilícito.
- (ix) Título X del Código Penal: de los delitos contra el orden económico y social.
- (x) Artículo 17 de la ley 1474 de 2011 –Estatuto Anticorrupción-: Administración desleal.

3.2.2 Responsabilidad administrativa

Ante el incumplimiento de los deberes legales y estatutarios, los administradores pueden ser investigados, removidos de sus cargos, inhabilitados para desplegar actos de comercio, y también pueden ser objeto de multas. Cabe resaltar, que estas sanciones pueden ser fruto de un procedimiento administrativo.

- (i) Remoción del cargo: esta sanción tiene fundamento en las siguientes normas jurídicas: (i) numeral 19 del artículo 17 del decreto 1023 de 2012: *funciones generales de la Superintendencia de Sociedades: remover a los*

administradores o al revisor fiscal, en los casos en que hubiere lugar. (ii) numeral 4 del artículo 85 de la Ley 222 de 1995: control: ordenar la remoción de administradores, revisor fiscal y empleados, cuando se presenten irregularidades que así lo ameriten.

En este orden de ideas, cuando el gestor o administrador incurra en conductas de conflicto de interés sin observancia de las normas legales pertinentes para su autorización, la Superintendencia de Sociedades puede removerlo de su posición o cargo. Además, esta sanción también puede ser consecuencia inmediata del ejercicio de la acción social de responsabilidad, puesto que ella *implicará la remoción del administrador*¹⁰⁰.

- (ii) Imposición de multas e inhabilidad para ejercer el comercio: el numeral 3 del artículo 86 de la ley 222 de 1995, establece que la Superintendencia de Sociedades podrá: *imponer sanciones o multas, sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales, cualquiera sea el caso, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos.* En este mismo sentido, el numeral 22 del artículo 7 del Decreto 1023 de 2012, establece: *imponer multas, sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales cada una, a quienes incumplan las órdenes de la Superintendencia, quebranten las leyes o sus propios estatutos.*

Así mismo, el administrador también podrá ser sancionado con una inhabilidad para ejercer el comercio; además dicha inhabilidad deberá inscribirse en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio¹⁰¹.

¹⁰⁰ SABOGAL, *el deber de lealtad y los conflictos de intereses de los administradores de sociedades*, op. cit., p. 393.

¹⁰¹ SABOGAL *el deber de lealtad y los conflictos de intereses de los administradores de sociedades*, op. cit., p. 392.

El inciso 2 del artículo 5 del Decreto 1925 de 2009¹⁰² también consagra la posibilidad de imponer multas e inhabilitar al administrador para ejercer el comercio.

3.2.3 Responsabilidad Civil

El fundamento legal de la responsabilidad civil del administrador se encuentra en el artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222/95¹⁰³; y en los artículo 1, 3 y 5 del decreto 1925 de 2009¹⁰⁴. Este es un régimen especial de

¹⁰² (...) El juez competente, según lo establecido en la ley, podrá sancionar a los administradores con multas y/o con la inhabilitación para ejercer el comercio, sin perjuicio de la responsabilidad penal que dicha conducta pudiese generar (...)

¹⁰³ “Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

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

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

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

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

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

¹⁰⁴ Artículo 1: “El administrador que incurra por sí o por interpuesta persona, en interés personal o de terceros, en conductas que impliquen conflicto de interés o competencia con la sociedad en violación de la ley y sin la debida autorización de la Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios, responderá solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasione a los asociados, a la sociedad o a terceros perjudicados, con el propósito de lograr, de conformidad con la ley, la reparación integral”.

Artículo 3: “Los administradores que obtengan la autorización con información incompleta, falsa o a sabiendas de que la operación ocasionaría perjuicios a la sociedad, no podrán ampararse en dicha autorización para exonerarse de responsabilidad por sus actos y, en consecuencia, deberán responder frente a la sociedad, los socios o terceros perjudicados”.

Artículo 5: “El proceso judicial para obtener la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se adelantará mediante el proceso legalmente establecido, de conformidad con el artículo 233 de la Ley 222 de 1995; sin perjuicio de otros mecanismos de solución de conflictos establecidos en los estatutos. Salvo los derechos de terceros que hayan obrado de buena fe, 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, sin perjuicio de las acciones de impugnación de las decisiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 y siguientes del Código de Comercio. Mediante este mismo trámite, 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. El juez competente,

responsabilidad, puesto que aplica única y exclusivamente a los administradores de una sociedad mercantil. Además, es un régimen unitario de responsabilidad porque la Ley 222 de 1995 no establece diferencia alguna en virtud de los deberes objeto de infracción.

Para que un administrador pueda ser sometido al deber resarcitorio de indemnización de los perjuicios causados ya sea a la sociedad, a los socios o a los terceros, es indispensable la concurrencia de los elementos previstos en la teoría general de la responsabilidad civil, esto es, la existencia de un acto antijurídico¹⁰⁵, el daño y la relación de causalidad entre ambas. Bastará entonces la prueba de estos elementos para que se imponga la responsabilidad solidaria e ilimitada a aquellos que hayan contribuido a la causación del perjuicio ya sea por su acción u omisión.

En este sentido, el análisis de los elementos de la responsabilidad civil en el marco de las actuaciones del administrador se manifiesta a través de: (i) la conducta antijurídica: normalmente supondrá la infracción de los deberes y obligaciones legales o estatutarias; (ii) el daño emergente: consistente en una afectación patrimonial efectiva a la sociedad; (iii) el lucro cesante: traducido en la pérdida de un beneficio fundadamente esperado, y adicionalmente (iv) la relación causal entre el daño y el incumplimiento de los deberes¹⁰⁶. En este mismo sentido, le corresponde al demandante probar la existencia de los tres elementos constitutivos de la responsabilidad civil del administrador. Además de estos tres elementos, es muy posible que la sociedad al momento de interponer la acción judicial contra el administrador y conseguir la indemnización de sus perjuicios, deba cuantificar

según lo establecido en la ley, podrá sancionar a los administradores con multas y/o con la inhabilidad para ejercer el comercio, sin perjuicio de la responsabilidad penal que dicha conducta pudiese generar”.

¹⁰⁵ Se logra acreditar a través de la prueba del incumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador.

¹⁰⁶ Para más información: SÁNCHEZ-CALERO, Juan. *La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad*. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Illescas Ortiz. Universidad Carlos III de Madrid, 2015. pp. 894-917.

económicamente el daño causado por la acción u omisión del administrador, puesto que este es un medio probatorio para obtener dicha indemnización.

Siguiendo el artículo 200 del Código Civil, el administrador responderá por todos los perjuicios causados a la sociedad cuando ha mediado el dolo o la culpa. El dolo o culpa grave tiene una doble manifestación: (i) *es la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*¹⁰⁷ y, (ii) son aquellos artificios o maniobras llevados a cabo por una persona para inducir a otra en un error.

Con respecto a la culpa, el artículo 63 del Código Civil establece que “*culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve*”, en este sentido el grado de culpa predicable al administrador es la culpa leve que puede ser *in abstracto* o *in concreto*, según se aprecie la culpa en función de un modelo abstracto de comportamiento, que en el caso del administrador es el de el buen hombre de negocios, o en función de la propia persona del administrador que será aquella diligencia en la que el administrador le presta mayor atención a sus propios negocios. En este sentido, es la culpa leve la que no cometería un buen administrador, y en el régimen del administrador será analizada la culpa leve *in abstracto*. Por otro lado, cuando se celebra un mandato con representación con la sociedad, el grado de culpa que se analizará es siempre la culpa leve en virtud del artículo 1604 del Código Civil, en el que el mandatario responderá por culpa leve en aquellos contratos en la que la utilidad es recíproca.

En este orden de ideas, la norma en comento, incluye una presunción de culpa a favor de la sociedad, esta tiene una carga de la prueba de carácter objetivo, puesto que solo deberá probar el incumplimiento de la ley o los estatutos, y el perjuicio que ocasionó por dicho incumplimiento. En otras palabras, bastará que la sociedad pruebe los elementos estructurales de la responsabilidad civil para que se presuma la culpa del

¹⁰⁷ Artículo 63 del Código Civil.

administrador y será éste obligado a probar la ausencia de la misma. Además, establece el mismo artículo establece la prohibición de la condonación del dolo futuro y todas las cláusulas limitativas de responsabilidad se entenderán por no escritas.

Con respecto a las causales exonerativas de la responsabilidad del administrador, la norma dice “*no estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten*”. En este sentido, no se les aplicará el régimen de responsabilidad a: (i) el administrador que no ha conocido de la acción u omisión. Dentro de esta causal, están comprendidos “*aquellos administradores que han asumido su cargo después de la toma de una decisión ilícita, como aquellos que estando posesionados, y debido a la complejidad estructural de algunas sociedades, no se hayan enterado de la misma*”¹⁰⁸; (ii) al administrador disidente, siempre y cuando no haya ejecutado la acción u omisión. Sin embargo, cuando el administrador sea autorizado por el máximo órgano social para ejecutar la conducta conflictual con base en *información falsa e incompleta, o a sabiendas de que la operación ocasionaría perjuicios a la sociedad*, el administrador no se exonera sino que responde por todos los perjuicios ocasionados a la sociedad, a los socios y a los terceros¹⁰⁹.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico contempla dos mecanismos procedimentales dirigidos a concretizar el régimen de responsabilidad y la posibilidad de que el administrador responda por los daños causados en la ejecución de su comportamiento inadecuado, las cuales son las llamadas acciones de responsabilidad:

- (i) La acción social de responsabilidad: es una acción de carácter colectiva y eminentemente contractual, ejercida por la sociedad, y subsidiariamente por los accionistas, socios, administradores exonerados de responsabilidad, revisor fiscal y acreedores, quienes actuarán a nombre y en pro de los interés

¹⁰⁸ LAGUADO, *op. Cit.*, p. 256.

¹⁰⁹ Artículo 3 del decreto 1925 de 2009.

de la sociedad; en contra del administrador (es) que como consecuencia de su actuar doloso, culposo o negligente le ha producido un daño al patrimonio social de la sociedad.

Se encuentra regulada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995¹¹⁰, en la cual el ejercicio de la acción social de responsabilidad se decide en reunión de la asamblea general de accionistas o junta de socios y se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión. El ejercicio de esta acción supondrá la remoción del administrador. Por último, esta acción ha sido criticada, puesto que la misma resulta insuficiente para proteger a los accionistas minoritarios, en los eventos en que el administrador sea a su vez accionista controlante de la sociedad, ya que no existe norma que autorice al minoritario a incoar la presente acción porque la misma solo se puede instaurar con aprobación de la asamblea, y si ello es así el accionista controlante que también es administrador, por razones obvias no va a votar a favor.

- (ii) Acción individual de responsabilidad: es una acción personal y de naturaleza eminentemente extracontractual, ejercida por los socios o terceros, en contra del administrador (es) que como consecuencia de su actuar doloso, culposo o negligente le ha producido un daño al patrimonio privado de esos terceros.

¹¹⁰ Artículo 25: Acción Social de Responsabilidad: *“La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social.*

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

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

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

En sentencia No. 800-52 del 9 de junio de 2016, se estableció no es la idónea para ejercer cuando los socios o accionistas han sufrido perjuicios en su patrimonio personal por un actuar del administrador, puesto que ellos no pueden pedir una indemnización a título personal con base en el daño y perjuicios ocasionados a la sociedad de la cual hacen parte, porque se estaría hablando de responsabilidad por perjuicios indirectos, y este tipo de posibilidad no está contemplada en nuestro ordenamiento. Razón por la cual no es la más idónea.

- (iii) Aspectos comunes de ambas acciones: el trámite al que se sujetarán será la del proceso verbal sumario¹¹¹, y su término de prescripción será de 5 años¹¹².

3.2.4 Medidas sobre el acto o acuerdo:

La respuesta jurídica que trae el ordenamiento jurídico frente a los conflictos de interés se manifiesta a través de dos tipos de medidas:

- (i) *Medidas a priori*: son las consecuencias frente al administrador, cuya inobservancia genera el acaecimiento de los regímenes de responsabilidad anteriormente descritos. Este tipo de medidas buscan:

*“(...) evitar que los conflictos de interés se puedan materializar en un daño para la sociedad y por ello se basan en controles preventivos o autorizaciones cuya obtención es necesaria con carácter previo a cualquier actuación en situaciones de conflicto (...)”*¹¹³

¹¹¹ Artículo 233: remisión al proceso verbal sumario: “*Los conflictos que tengan origen en el contrato social o en la ley que lo rige, cuando no se hayan sometido a pacto arbitral o amigable composición, se sujetarán al trámite del proceso verbal sumario, salvo disposición legal en contrario*”.

¹¹² Artículo 235: Término de prescripción: “*Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa*”.

¹¹³ Revista de la Superintendencia de sociedades, *juntas directivas*. Edición No. 10 abril-mayo 2015. p. 13

- (ii) *Medidas a posteriori*: se refieren a las consecuencias frente al acto, operan ex post, y se refieren: “(...) a las posibles acciones judiciales contra los actos y acuerdos adoptados por los administradores afectados por los conflictos de intereses (...)”¹¹⁴

En éstas, el objeto no es la persona o la esfera patrimonial del administrador, sino el acto viciado de deslealtad, y es lo relativo a la nulidad del acto celebrado bajo un conflicto de interés que no ha obtenido la autorización de la asamblea o junta de socios. Cabe anotar, que la nulidad se produce por la violación de un precepto legal, que en este caso, sería el #7 del art. 23 de la Ley 222/95 por ser una norma imperativa, y será competencia del juez determinar en cada caso en concreto si la conducta del administrador es desleal o no, y cuál será su correspondiente sanción. Así mismo, la sola vulneración del interés social bajo cualquier modalidad de conflicto de interés genera la declaratoria de nulidad del acto.

¹¹⁴ Revista de la Superintendencia de sociedades, *juntas directivas. op., cit.* p. 13.

IV. NECESIDAD DE UNA REFORMA LEGAL AL RÉGIMEN SOCIETARIO

Las infracciones continuas al deber de lealtad cada vez adquieren más protagonismo en la esfera mercantil, lo que hace necesario implementar una *política de severidad*¹¹⁵ tendiente a eliminar, o mitigar considerablemente la ejecución de prácticas desleales, las cuales se pueden resumir de manera general, en las desviaciones de los beneficios corporativos a la esfera privada de los *insiders* (v.gr. los administradores) de una compañía, razón por la cual, es menester reforzar gran parte del contenido vigente de las normas sobre el deber de lealtad¹¹⁶.

En este acápite y a modo de cierre, señalaré, por una parte, los puntos que considero son necesarios incorporar en la legislación mercantil para dotar al deber de lealtad de mayor eficacia, lo cuales, en su mayoría, fueron diseñados en ordenamientos internacionales como el Español en su ley de sociedades de capital:

1. Necesidad de tipificación de las principales conductas desleales:

El legislador colombiano contempla una cláusula general de conducta, al prever en el artículo 23 de la Ley 222/95: “*los administradores deben obrar de buena fe, **con lealtad** y con la diligencia de un buen hombre de negocios. **Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad teniendo en cuenta los intereses de sus asociados***”. La norma es amplia, y en ella caben un sinnúmero de comportamientos que pueden generar dudas e inseguridad al intérprete, al juez o al operador jurídico respecto de cuáles son las conductas configuradoras de eventuales conflictos de interés, puesto que no todo comportamiento inadecuado es generador de los mismos, se necesita la concurrencia efectiva de determinados elementos. Por tal razón, en virtud de su abstracción y generalidad, es indispensable reforzar la eficacia del deber de

¹¹⁵ PAZ ARES, José. *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*. En: InDret: Revista para el Análisis del Derecho, 2003, no 4, p. 162.

¹¹⁶ PAZ ARES, Cándido. *Anatomía del deber de lealtad*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2015, no 39, p. 50.

lealtad tipificando las principales obligaciones derivadas de “*la cláusula general de forma fácilmente inteligible e internamente consistente*”¹¹⁷, y así, a posteriori, el juez societario e inclusive el mismo administrador, pueden identificar con mayor facilidad si las conductas desplegadas por estos cumplen con los requisitos para ser consideradas un conflicto de interés.

Con la tipificación de las conductas no se pretende que se consagre una lista taxativa de todos los comportamientos desleales sino que el orden jurídico sea dotado de una lista más depurada de las situaciones que eventualmente puedan generar un conflicto de interés. El solo hecho de que las normas de comportamiento estén especificadas o concretadas genera¹¹⁸:

- (i) Seguridad jurídica.
- (ii) Incrementa la verificación de las conductas indebidas facilitando el trabajo de todos los jueces. Además, le otorga a los mismos un margen de interpretación con el objetivo de que puedan dictar una solución más específica que se adecúe a las circunstancias de cada caso en concreto¹¹⁹.
- (iii) Actúa como una medida preventiva que permite orientar la conducta de los administradores mediante el envío de mensajes de autoridad acerca de qué clase de valores y comportamientos son apropiados.

Cabe resaltar, que no es posible legislar todos los casos conflictuales ya que los mismos son casuísticos y cada día en el tráfico jurídico se presentan más, y en caso de que se intentara tipificar todos los supuestos, tendría el inevitable efecto de quedar desactualizada y por lo tanto, devenir incompleta; es por ello que la proposición es tomar los supuestos de conflicto de interés que más se presenten en la práctica jurídica y tipificarlos con cada uno de sus elementos para que sirvan de guía a los jueces en identificar supuestos distintos a los consagrados en la norma una vez se presenten. Lo

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 50.

¹¹⁸ PAZ ARÉS, *la responsabilidad*, pp. 50-51.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 49.

anterior, cumple con el objetivo de la celeridad, porque muchas veces cuando se presentan conflictos en las sociedades comerciales, los involucrados buscan solucionarlos a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, obviando la jurisdicción, pues la mayoría de las veces los casos en esta última tienden a ser más demorados; por consiguiente, si existiere legislación legal sobre varios de los eventos de conflicto de interés la tarea de interpretación del juez sería más fácil y como consecuencia los procesos no se demorarían tanto.

2. Ampliación de los sujetos sometidos al deber de lealtad:

Es claro que el deber de lealtad se aplica a todos aquellos administradores designados por la asamblea general o junta de socios, durante todo el tiempo en el cual ejerzan el cargo. La norma es íntegra en este sentido. Sin embargo, surge la duda de si los administradores de hecho se encuentran sujetos al deber de lealtad. Para responder a este cuestionamiento debe tenerse en cuenta su noción:

*“(...) El concepto del administrador de hecho tiene una doble consideración, pues ha de tratarse de un sujeto que ejerce las funciones propias de la figura del administrador sin que, por otra parte, el desempeño como tal obedezca a un nombramiento vigente y válido para dicho cometido(...)”*¹²⁰

Hoy en día, para cada caso en concreto se deberá probar que las funciones que ejerce el administrador de hecho son las propias de un *administrador de derecho* para así poder aplicar todo el régimen de responsabilidad de los administradores. Es por ello que en mi opinión personal, en virtud del principio de buena fe, de equidad y de trato justo se debería aplicar esta figura a todos los tipos societarios, no solamente a la SAS. Por lo tanto, el administrador de hecho si debe estar obligado al deber general de lealtad en la medida en que desempeñe funciones administrativas respecto de las cuales tenga poder de disposición sobre intereses ajenos¹²¹.

¹²⁰ GARCÍA-CRUCES, op., cit. p. 7.

¹²¹ “(...) parece claro que la intervención del administrador de hecho no excluye la (responsabilidad) de los de derecho. En efecto, si estos últimos están obligados a actuar en todo caso con diligencia y lealtad, no les resultará posible ampararse en la actuación de quien no ha sido designado para excluir su responsabilidad (...)” Díaz Echegaray Op. cit., p. 189.

Aunado a lo anterior, el riesgo que genera la falta de un pronunciamiento expreso en los tipos societarios diferentes a la SAS respecto de la figura del administrador de hecho genera inseguridad jurídica en el tráfico mercantil, ya que la figura podría prestarse para burlar el régimen de deberes y los principios generales del derecho –fraude a la ley y abuso del derecho, y por consiguiente quedar exentos de la responsabilidad propia de un administrador. Razón por la cual, para evitar discusiones de si es posible la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al administrador de hecho el legislador debería consagrar expresamente una norma de la cual se derive, inequívocamente, el sometimiento del administrador de hecho a los deberes que deben guiar la conducta de todo administrador, para ello, es necesario que dentro del ordenamiento jurídico interno se acepte expresamente esta figura en todos los tipos societarios¹²².

Por último, además de lo relativo a la observancia de los deberes, no sólo al de lealtad, se extiende igual a: (i) *“a las personas físicas que representan a los administradores que sean personas jurídicas; (ii) a los altos ejecutivos de la sociedad aunque no ostenten la condición de consejeros (...); (iii) a los accionistas de control que tengan el rol de administrador”*¹²³.

3. Necesidad de diferenciar el régimen de responsabilidad de los administradores del deber de lealtad con el de deber de diligencia:

El régimen actual de la responsabilidad de los administradores societarios es de carácter unitario, es decir que la infracción de los deberes para efectos de la responsabilidad se toma indistintamente, se aplican las mismas sanciones y consecuencias, independiente de si el administrador ha infringido el deber de lealtad o el de diligencia.

¹²² El proyecto de Ley 02 de 2017 consagra la figura del administrador de hecho en su artículo 5.

¹²³ INFORME ALDAMA. *Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas*. 2003. p. 25. 2.3. Disponible en: <http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF>

El criterio de responsabilidad ha de configurarse de modo que “*sea tan severo con las infracciones del deber de lealtad como indulgente con las infracciones del deber de diligencia*”¹²⁴. Lo cual se basa en tres razones fundamentales:

- (i) *El grado de alineamiento natural de los intereses de los administradores con los de la sociedad es mayor en el deber de diligencia que en el de lealtad:*

El deber de lealtad excluye totalmente cualquier alineación natural de los intereses, puesto que el administrador sólo puede obtener un provecho económico por la ejecución de un comportamiento desleal. El incumplimiento a este deber solo genera mayor beneficio al administrador, “*pues es un juego meramente redistributivo (lo que pierde una parte lo lleva la otra)*”, en últimas es un *juego de suma cero*, por ello es que el mandante, para controlar el oportunismo del agente, incurre en costos económicos o de mandato para tratar de mitigar la divergencia entre ambos intereses. Por el contrario, en el deber de diligencia si es posible una alienación natural de los intereses, ya que la negligencia del administrador produce una ganancia menor a aquella que hubiere podido obtener en virtud de una actuación diligente. *El juego es de suma positiva*, y en esa medida ambas partes se benefician de la prosperidad del negocio. Por consiguiente:

En donde, “*(...) el alineamiento es mayor, habrá menos probabilidad de incumplimiento y, por ende, estará justificada una política de indulgencia, y viceversa, donde el alineamiento es menor se incrementará una probabilidad de incumplimiento y procederá a justificarse una política de severidad (...)*”¹²⁵.

¹²⁴ PAZ ARES. *La responsabilidad*, op. cit., pp. 6-10.

¹²⁵ *Ibíd.*, pp. 6-10

(ii) *La capacidad de sustituir las reglas de la responsabilidad por otros mecanismos de gobierno:*

En este evento, se sostiene que hay una relación de sustitución entre las salvaguardias jurídicas (reglas de responsabilidad) y las salvaguardias de mercado (incentivos económicos), y que por tanto, cuando el mercado provea gratuitamente otro tipo de salvaguardias, las partes tendrán menor interés en recurrir a las reglas de responsabilidad pues éstas generan inevitablemente mayores costes. En consecuencia, cuando la sociedad disponga de otros mecanismos de gobierno suficientemente eficaces para alinear los incentivos de las partes, reducir los costes de agencia y constreñir las conductas negligentes, estará justificada una política de indulgencia. En caso contrario, cuando las fuerzas de mercado no provean unos mecanismos alternativos de disciplina, resultará aconsejable una política de severidad. La capacidad de sustitución de las reglas de responsabilidad solo aplica para el deber de diligencia, y este hecho se da especialmente en las sociedades anónimas cotizadas, debido a que al captar o financiarse en los mercados, los administradores pueden incurrir en “costes reputacionales muy elevados”¹²⁶.

*“(...) En el deber de lealtad no existen mecanismos sustitutivos para controlar la gestión de los administradores ya que: (i) los actos desleales son difíciles de detectar; (ii) las conductas oportunistas suelen producirse al final de las relaciones de agencia; (iii) la propiedad de una parte de la sociedad por parte de los administradores no mitiga este tipo de conductas, la evidencia empírica demuestra que a mayor concentración de la propiedad mayor deslealtad (...)”*¹²⁷

(iii) *El grado de incertidumbre jurídica¹²⁸ a que están sujetas sus decisiones:*

La política de indulgencia se justificará cuando exista un alto grado de incertidumbre respecto a las consecuencias en la toma de decisiones (deber de diligencia), y la

¹²⁶ Para más información: RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 39-42.

¹²⁷ SERRANO, *op. cit.*, p. 9.

¹²⁸ “la incertidumbre se produce cuando los administradores no pueden anticipar con seguridad cuáles serán las consecuencias jurídicas de sus decisiones (...)”. PAZ ARES. *La responsabilidad*, *op. cit.*, p. 8.

severidad que ha de ser requerida cuando la incertidumbre sea nula, ya que cuando hay un incumplimiento al deber de lealtad el riesgo de error para incurrir en los comportamientos desleales es menor, hay una “*escasa incertidumbre respecto a la conducta de deslealtad*”¹²⁹.

Ésta argumentación es consecuencia de la necesidad de tipificación de las principales obligaciones desleales, puesto que el administrador gozará de una mayor seguridad respecto a cuáles conductas son reprochables, y cuales eventualmente lo serían, o no y además, no podrá valerse de la no consagración de las prohibiciones para justificar su actuación indebida.

Por último, es importante señalar que la severidad en el régimen del deber de lealtad estaba reflejada en el proyecto de ley 070 de 2015 al consagrar un procedimiento de autorización más rígido que el vigente. Actualmente, solo existen tres requisitos para obtener la autorización: (i) abstenerse de votar en caso de que fuere socio; (ii) la asamblea debe tomar la decisión de ratificación mirando siempre lo que más le convenga a su interés; (iii) la decisión debe corresponder con las mayorías calificadas determinadas por la ley.

El proyecto pretendió consagrar un sistema con tres niveles de autorización con requisitos y consecuencias frente a la responsabilidad diferentes:

1 nivel: mayoría absoluta de los miembros de la asamblea que no tengan interés en el negocio. En este caso, el negocio jurídico es válido y el administrador queda exento de cualquier responsabilidad.

2 nivel: el negocio se aprueba con mayoría absoluta, sin embargo algunos de esos votos provienen de personas interesadas en la transacción, en cuyo caso, el negocio se refuta

¹²⁹ RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 41.

válido pero el administrador no se exonera de responsabilidad en caso de que el negocio le cause perjuicios a la sociedad.

3. nivel: no se observa ninguno de los trámites precedentes. En este evento, el negocio adolece de nulidad absoluta y la responsabilidad del administrador incurso en conflicto de interés.

En mi opinión, era acertada la anterior propuesta ya que se intentó consagrar una regla procedimental más expresa y rigurosa de autorización de los conflictos de intereses entre administrador y sociedad en comparación con la normativa vigente, lo cual resulta un acierto, puesto que armoniza con el principio proteccionista de la sociedad en la relación de gestión y frente a la posición de *insider* en la que se encuentra el administrado. Es un enfoque preventivo que permite valorar de una manera más objetiva el interés de la conducta del mandatario.

Finalmente, tanto el deber de diligencia como el deber de lealtad, cuentan con un contenido especial y particular en función de las finalidades propias que persiguen, esto es, la maximización de la riqueza de la sociedad a través de una gestión adecuada (deber de diligencia) y, la protección del interés social de la compañía por encima del interés particular del administrador inmerso en conflicto de interés (deber de lealtad). Por tal razón, el régimen unitario de responsabilidad debería ser superado y propender a una regulación diversa de la responsabilidad.

CONCLUSIONES

1. En la legislación Colombiana no se encuentra establecido expresamente cual es la naturaleza jurídica del vínculo entre el administrador y la sociedad; su explicación se da a través de dos teorías, la teoría del mandato y la teoría del órgano. La primera, establece que la persona del administrador actúa mediante un mandato con representación, ya sea verbal o escrito, en virtud de la naturaleza de su gestión y funciones. La segunda, significa que la sociedad actúa directamente a través de órganos conformados por los diversos administradores. Ambas teorías no son excluyentes entre sí, ya que dentro del órgano el administrador puede ejercer un contrato de mandato.
2. La ley 222 de 1995 consagra todos los deberes a que debe estar sometido un buen administrador. La buena fe, como un principio general del derecho constituye la piedra angular, puesto que de ella se derivan lo demás deberes, esto es, el deber de diligencia y el deber de lealtad. En el deber de diligencia, el administrador debe actuar como un buen hombre negocios, empleando el mismo empeño en los negocios ajenos como si fueran los propios. En el deber de lealtad, el administrador debe actuar con rectitud, lealtad y por supuesto, con buena fe en el ejercicio de sus funciones.
3. Uno de los supuestos de aplicación del deber de lealtad consiste en la prohibición del administrador que consiste en el deber de abstención en cabeza del administrador de actuar en situaciones viciadas de conflicto de interés, consistente en aquellas situaciones en donde concurren dos interés que se contraponen entre sí, el interés del administrador y el interés social en cabeza de la sociedad, en estas situaciones es muy posible que el administrador haga prevalecer su interés lesionando el interés social.

4. Respecto a las tipologías conflictuales, el legislador se ha mostrado renuente a elevarlas a rango de norma jurídica, puesto que solo ha positivizado dos tipos de conflicto de interés, el resto de las modalidades típicas han sido conocidas en la práctica por su repetitividad en la práctica mercantil y han sido desarrolladas por la jurisprudencia y por la doctrina nacional y extranjera.
5. La responsabilidad que contempla la Ley 222 de 1995, sus decretos reglamentarios y las diferentes circulares solo se aplican para los administradores, además es una responsabilidad unitaria, puesto que se emplea indistintamente y de manera uniforme respecto a todos los deberes del administrador.
6. Además de la responsabilidad penal, administrativa y civil; el administrador inmerso en conflicto de interés estará sujeto a una responsabilidad social o mejor, a un reproche social, puesto que aquel administrador sancionado por llevar a cabo conductas viciadas de conflicto de interés quedara estigmatizado socialmente y muy seguramente en un futuro ninguna sociedad le daría el mismo cargo o posición.
7. La deslealtad del administrador frente a la sociedad le puede generar grandes perjuicios a esta, en muchos casos irreparables. Las más grandes conductas fraudulentas se han llevado a cabo por inobservancia del deber de lealtad. De modo que, dado su complejidad y diferencias respecto al deber de diligencia, merece gozar de un tratamiento sustancialmente diferente y mucho más severo, en cuanto a la responsabilidad se refiere, esto es, como ocurre en el Derecho Español, la de contar con una acción directa de responsabilidad por deslealtad dotada de un procedimiento más flexible respecto a su ejercicio, es decir, que los accionistas – mayoritarios o minoritarios- perjudicados por conducta desleal puedan ejercerla directamente sin necesidad de someter la decisión para el ejercicio de la misma en la asamblea o junta de socios.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ALONSO RODRÍGUEZ, Carmen. 2014 *El conflicto de interés de los administradores en las sociedades cotizadas*. Madrid: universidad pontificia comillas ICAI-ICADE.

BÉLEN CAMPUZANO, Ana (Coord.). 2011. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 4 edición, Tirant Lo Blanch.

CÓRDOBA ACOSTA, Pablo Andrés, 2014. *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

COUTINHO DE ABREU, Jorge M. *Interés social y deber de lealtad de los socios*. Revista de Derecho de sociedades No.19. Editorial Aranzadi, 2002.

CASANOVA TORRADO, Miguel. *La fundamentación de los fiduciary duties de los administradores de sociedades y sus consecuencias en la acción social de responsabilidad*. (Tesis doctoral). Universidad de Navarra, Pamplona, 2012.

DÍAZ ECHEGARAY, José. 2006. *Deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital*. Segunda Ed. Editorial Aranzadi. Navarra.

FERNÁNDEZ, Roberto y ÁLVAREZ, Eva. Informe Aldama: El gobierno corporativo. *Partida doble*, 2005, no 167, p. 68.

GAITÁN VILLANEDA, Nicolás. *La autocontratación en el derecho de sociedades colombiano: el deber de lealtad, el interés social y el vínculo jurídico administrador-sociedad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Revista@ E-Mercatoria, vol12, N.2. Julio-Dic,2013.p.68.

JARILLO, María José Morillas; VISCASILLAS, María del Pilar Perales; CARPIO, Leopoldo José Porfirio, 2015. Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz.

JENSEN, Michael y MECKLING, William, 1976. "*Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*". Journal of Financial Economics.

KRAAKMAN, Reinier H. *The anatomy of corporate law: A comparative and functional approach*. Oxford University Press on Demand, 2009.

LAGUADO GIRALDO, Darío. *La responsabilidad de los administradores*. Universitas, 2004, VOL.53, No 108.

MÉNENDEZ GUIDES, Uría. 2015. *Guía práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el régimen mercantil*. Barcelona.

MIGUENS, Héctor José. El deber de lealtad de los directores societarios en los Estados Unidos. *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, 2010, no 243,

PÁEZ, Manuel Antonio Bernet. *El Deber de Lealtad de los Directores y los Contratos en Conflicto de Interés*. Revista Chilena de Derecho Privado, 2007, no 8.

PAZ ARES, Cándido, *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, 2003, no 4,

PAZ ARES, Cándido, *Anatomía del deber de lealtad*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2015, no 39, p. 50.

PAZ ARES, Cándido, *retribuciones externas y deber de lealtad de los administradores*. En: TOBÍO RIVAS, Ana María (Coord.) *estudios de derecho mercantil*, marcial pons ediciones jurídicas y sociales SA, 2013.

REYES VILLAMIZAR, Francisco, 2012 *Análisis económico del derecho*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificada*. PANÓPTICA-Direito, Sociedade e Cultura, 2010, vol. 5, no 1,

RIBAS FERRER, Vincenç, 2004. *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*. (tesis doctoral). Universidad Autónoma de Barcelona.

RIBAS FERRER, Vicenç, *Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital*.

Revista de derecho de sociedades, 2012 no 38,

Revista de la Superintendencia de sociedades, *juntas directivas*. Edición No. 10 abril-mayo 2015.

SABOGAL BERNAL, Luis Fernando, 2010. *La relación administrador-sociedad*. Bogotá, Universidad externado de Colombia. Revista de derecho privado Núm. 18.

SABOGAL BERNAL, Luis Fernando, 2014. *La responsabilidad de los administradores por conflicto de interés en la empresa de grupo*. Revista E-Mercatoria Volumen, número 2.

SABOGAL BERNAL, Luis Fernando. El deber de lealtad y los conflictos de intereses de los administradores de sociedades. (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid, facultad de Derecho, departamento de Derecho mercantil.

TREVIJANO, Cristina Guerrero. *La Business Judgement Rule en los procesos de M&A*. Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, 2010, no 32, p. 1. Madrid: Universidad Complutense.

VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Tratado de las sociedades*. Editorial jurídica de chile, 1995. pp. 130- 147.

DOCUMENTOS EN INTERNET

CASERO, Miguel. *Reflexiones sobre el deber de lealtad de los administradores*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2014. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/687/TFG000390.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

DUPRAT, Diego. Citación sugerida: RDCO, n° 222, enero/febrero 2007, p. 23. *La teoría del órgano y la particular naturaleza de la vinculación del administrador con la sociedad*. Economics, 3, 305. Disponible en: <http://dupratpellegrini.com.ar/publicaciones/DD-La-teoria-del-organo.pdf>.

FALASCA, Fernando Gabriel. *Análisis comparativo del sistema probatorio en materia de “insider trading” en Argentina y en USA*. Revista Electrónica de Derecho Comercial. (s.f). Disponible en: <http://derecho-comercial.com/Doctrina/itrafalasca.pdf>

GARCÍA-CRUCES, José Antonio. *Administradores sociales y administradores de hecho*. En: Estudios jurídicos en homenaje al prof. Dr. Sánchez Andrés. (s.f). Disponible en: http://www.unizar.es/derecho_concursal/publicaciones/HomenajeSnchezAndres.pdf

LÓPEZ ARANGO, María., TORO HINCAPIE, Lina, 2015. *Responsabilidad sin culpabilidad para los administradores societarios*. Medellín. Disponible en: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8286/MariaAlejandra_LopezArango_LinaMarcela_ToroHincapie_2015.pdf?sequence=2&isAllowed=y

VERGÉS I JAIME, Joaquim. *Control e incentivos de la gestión empresarial*. Universidad autónoma de Barcelona: Departament d'Economia de l'Empresa, 2000. Disponible en: <http://gent.uab.cat/jverges/sites/gent.uab.cat/jverges/files/1CONTROL.pdf>

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 19 de febrero de 1999. Exp: 5099. MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Lizardo Antonio Amaya Díaz y Rodolfo Antonio Rivera Rozo VS Alexander Ilich León Rodríguez.

Superintendencia de Sociedades, Sentencia 2014-801-084. Partes: Morocota Gold S.A.S. VS Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara.

Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2013-801-082, Superintendencia de Sociedades. Partes: Aldemar Tarazona Monter,

Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2013- 801- 007. Partes: Estructuras Metálicas S.A VS Praxedis Correa, Santiago Correa y Gloria Gallo.

Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2014-801- 054, Partes: María del pilar Luque de Shaefer VS Luque torres Ltda.

OTROS

Código de comercio Colombiano.

Decreto 1925 de 2009. Código civil Colombiano.

Informe adama: Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, 8 de enero de 2003.

Ley de sociedades de capital española.

SUPERSOCIEDADES, Cir. Ext. 100-006 de 2008.

SUPERSOCIEDADES, Cir. Ext. No. 100-000003 del 22 de julio del 2015. Ley 222 de 1995.