

**PROBLEMA DE AGENCIA ENTRE SOCIOS Y ADMINISTRADORES, MANEJO
DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS COMO PARTE DEL DEBER DE LEALTAD**

EMMANUEL GUILLERMO CARREÑO BERNAL

MARÍA ELISA QUINTERO MÁRQUEZ

GABRIEL NICOLÁS REYES MEJÍA

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
BOGOTÁ D.C.
2016**

Problema de agencia entre socios y administradores, manejo de los conflictos de interés como parte del deber de lealtad

Emmanuel Guillermo Carreño Bernal

María Elisa Quintero Márquez

Gabriel Nicolás Reyes Mejía

**Trabajo de grado para obtener el título de
Especialista en Derecho Comercial**

**DIRECTOR
Camilo Gómez López**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
BOGOTÁ D.C.
2016**

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

PROBLEMA DE AGENCIA ENTRE SOCIOS Y ADMINISTRADORES, MANEJO DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS COMO PARTE DEL DEBER DE LEALTAD

Resumen:

En el presente trabajo se pretende realizar una revisión acerca del problema de agencia más común en el derecho societario colombiano, los conflictos de interés que se suscitan entre socios y administradores. El estudio sobre el tema busca identificar las situaciones que originan el problema, discutir los efectos generados a partir del problema de agencia y adicionalmente establecer un nexo entre el deber de lealtad de los administradores en la actividad societaria, y el manejo de los conflictos de interés que se generan en su desarrollo. Finalmente buscamos exponer la situación, las soluciones, los incentivos y desincentivos que promueven actuar por interés personal versus el interés de las sociedades y sus socios, tema fundamental en el contexto del problema planteado.

Palabras clave:

Problemas de agencia, Conflictos de interés, Deber de lealtad.

Abstract:

In the present work we intend to make a review about the most common agency problem in Colombian corporate law, the conflicts of interest that arise between partners and administrators. The study on the subject seeks to identify the situations that give rise to the problem, to discuss the effects generated from the agency problem and also to establish a link between the duty of loyalty of managers in the corporate activity and the management of conflicts of interest. Finally, we seek to expose the situation, solutions, incentives and disincentives that promote acting for personal interest versus the interest of societies and their partners, a fundamental issue in the context of the problem raised.

Key Words:

Agency problem, Conflicts of interest, Duty of loyalty.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I.....	7
A. Problema de Agencia entre Accionistas y Administradores.....	7
B. Deberes de los Administradores.....	8
CAPÍTULO II.....	13
A. Manejo de Conflictos de Interés como parte del Deber de Lealtad.....	13
B. Manejo de Actos que Impliquen Competencia con la Sociedad como Parte del Deber de Lealtad.....	16
CONCLUSIONES.....	20
BIBLIOGRAFÍA.....	22

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas con mayor relevancia en el derecho societario colombiano son los conflictos de interés que se desarrollan al interior de las personas jurídicas. Estos conflictos se generan a partir de la oposición de intereses personales en los cuales se presenta la posibilidad de sacar un provecho o ventaja de una situación concreta por quienes ostentan cargos de dirección y manejo. En el supuesto comentado partimos de la base de los distintos roles que juegan los integrantes de una sociedad mercantil, en el caso de los administradores, sus intereses pueden ser opuestos a los de los socios, situación que crea un detrimento para la sociedad en gran medida por la actuación de aquellos a los que se les ha confiado el manejo de los negocios por su experiencia y profesionalismo.

El presente escrito busca analizar el problema de agencia expuesto, haciendo énfasis en el deber de lealtad que debe observar el administrador particularmente en las decisiones que este adopte en ejercicio de sus funciones y que comprometen a la sociedad, teniendo en cuenta que es de vital importancia establecer las responsabilidades que conlleva la inobservancia de los deberes que por ley se les ha impuesto. Lo anterior, en respuesta a que el mencionado deber tiene el objetivo de proteger los intereses de la sociedad frente al potencial accionar lesivo del administrador en perjuicio de la persona jurídica. Esta situación se presenta en las labores administrativas que implican gestiones de mandato las cuales conllevan límites en el actuar del administrador, sin embargo, no parece claro el alcance de las facultades otorgadas a ellos y las obligaciones que implica el cumplimiento del deber de lealtad.

En este contexto se ven involucrados principios de contenido ético, como la lealtad y la buena fe, que además de tener efectos jurídicos en el ámbito del derecho comercial colombiano, también deben examinarse en la órbita de la administración de los negocios en donde eventualmente se podría generar el problema. Es necesario discutir los efectos generados a partir del mismo y adicionalmente establecer un nexo entre el deber de lealtad de los administradores y la sociedad, así como el manejo de los posibles conflictos de interés que se finalmente se puedan desarrollar. En concreto, buscamos exponer la situación, las soluciones, los incentivos y desincentivos que promueven el actuar por interés personal versus el interés de las sociedades y sus socios, tema fundamental en el contexto del problema planteado.

CAPÍTULO I

A. Problema de Agencia entre Accionistas y Administradores

La contraposición de intereses entre socios y administradores, se ha analizado tradicionalmente bajo la figura de los “*problemas de agencia*”, donde el titular de un interés ve menoscabado el mismo, al ser representado por otro, quien no conduce sus actuaciones en beneficio del primero. En el análisis económico del derecho, se tiene que estos “*problemas de agencia*” conllevarían a situaciones riesgosas no solo para los socios sino también para aquellos quienes han invertido en el negocio mercantil. Ahora bien, pueden clasificarse de la siguiente forma:¹

1. Conflictos entre administradores y accionistas;
2. Conflictos entre accionistas mayoritarios y accionistas minoritarios
3. Conflictos entre los accionistas de la sociedad y los acreedores de la sociedad.

La relación que guardan estos conflictos, es que uno o varios sujetos afectan con sus actos, los intereses de otros, y por ello, en cierta medida, se trata de situaciones reconducibles al esquema general de la representación o agencia.²

De los conflictos expuestos, es el primer problema de agencia -el cual se presenta entre los asociados y los administradores de la sociedad - el objeto central de este estudio, donde los administradores anteponen su interés personal sobre el beneficio social, situación que los pondría en un conflicto directo con la defensa de los intereses de la sociedad y de los socios.³

Como se observa, el elemento fundamental de este tipo de conflictos se encuentra en la contraposición de intereses, puesto que en este tipo de relaciones, el representante sitúa sus propios beneficios a expensas de los del representado. No obstante, puede ocurrir que si bien existan intereses diversos no se genere una situación de conflicto, en la medida en que no se entienda por intereses opuestos cuando los mismos son concurrentes, coinciden y son comunes, o bien siendo distintos, son compatibles⁴; evento en el cual los órganos de deliberación de una sociedad deberán someter a consideración la autorización que abale la actuación del administrador.

¹Garrido, J. (2015). Reflexiones sobre el Tratamiento de los Conflictos de Intereses de los Administradores en el Derecho de Sociedades. *Revista supersociedades. Edición No. 10*. Pág. 7

² Ibídem. Pág. 7

³ Reyes Villamizar, F. (2013). *Análisis Económico del Derecho Societario*. Bogotá: Legis.

⁴ Garrido, J. (2015). Reflexiones sobre el Tratamiento de los Conflictos de Intereses de los Administradores en el Derecho de Sociedades. *Revista supersociedades. Edición No. 10*. Pág. 9

Ahora bien, en este panorama la consolidación de situaciones de conflicto acarrea un riesgo o peligro inminente de daño para el representado. Sin embargo, no es necesario que se configure un daño efectivo a los intereses de la sociedad para apreciar la existencia de este tipo de conflictos. El conflicto de interés no representa todavía la causación efectiva del daño, como tampoco la causación inminente, sino la situación preliminar o previa que deriva en el peligro o riesgo razonable que dicho daño pueda producir en algún momento. En concreto, si el daño se ha producido, surge la responsabilidad del sujeto que ha generado el conflicto (conflicto lesivo o eficiente). Es por ello que derecho reacciona frente a los conflictos de interés básicamente con normas preventivas, como lo son las dispuestas en el catálogo de deberes que trae la Ley 222 de 1995 que buscan evitar que el conflicto derive en un daño cierto.⁵

En conclusión, el conflicto de interés puede ser definido como 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”*⁶

B. Deberes de los Administradores

Para entrar a analizar los deberes de los administradores, en primera medida, debemos exponer quiénes son administradores para la legislación colombiana. De acuerdo con el Artículo 22 de la Ley 222 de 1995⁷, *“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”*. Tal como se evidencia, la ley no define qué se entiende por administradores, simplemente se limita a enlistar las personas que ostentan dicha calidad⁸; es así, que desde el punto de vista del derecho positivo, determina los funcionarios que en virtud de su cargo les aplica los deberes consagrados en el artículo siguiente de la ley en cita.

La ley también confiere el carácter de administrador “al factor”, que de acuerdo con el artículo 1332 Código de Comercio, *es la persona que en virtud de un contrato de preposición, toma a su cargo la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo*. La actividad de los factores se puede diferenciar de la de otros funcionarios de la sociedad, por las atribuciones de representación derivadas del mandato especial que lo vinculan con el proponente⁹.

⁵ Garrido, J. (2015). Reflexiones sobre el Tratamiento de los Conflictos de Intereses de los Administradores en el Derecho de Sociedades. *Revista supersociedades*. Edición No. 10. Pág. 10

⁶ *Ibidem*. Pág. 10

⁷ Colombia. Ley 222 de 1995. Bogotá.

⁸ Reyes Villamizar, F. (2013). *Derecho Societario. Tomo I*. Bogotá: Temis. Pág. 565.

⁹ Circular Externa 100-06 publicada en el Diario Oficial 46.941 del 26 de marzo de 2008. Superintendencia de Sociedades. Pág 1.

Adicionalmente, también ostentan carácter de administrador aquellas personas que si bien no actúan permanentemente como administradores de la misma, sí tienen esa injerencia, como acontece con los representantes legales y con los miembros de la Junta Directiva suplentes, cuya actuación se encuentra supeditada a la ausencia temporal o definitiva del principal¹⁰.

Una vez expuesto quienes son los administradores, entraremos a analizar cuáles son los deberes de los mismos, los cuales como ya advertimos, se encuentran desarrollados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y que el Dr. Francisco Reyes Villamizar en su tratado “Derecho Societario Tomo I” ha catalogado en (i) *principios de actuación de los administradores* y (ii) *deberes específicos*.

(i) *Principios de actuación de los administradores*

La Ley 222 de 1995 establece unos principios generales de conducta, dentro de los cuales está supeditado el comportamiento de los administradores al obrar de buena fe, con lealtad, y con la diligencia de un buen hombre de negocios, imponiéndoles a los administradores, una conducta transparente más allá del cuidado ordinario, en consideración al grado de gestión profesional que se les exige, actuando siempre con lealtad y privilegiando los intereses de la sociedad sobre los propios o los de terceros¹¹.

Así las cosas, los principios rectores que deben orientar la conducta de los administradores son¹²:

- a. ***Deber de buena fe:*** El deber de buena fe, no es más que la consagración expresa de uno de los principios fundamentales del derecho privado¹³. En el cual se presume que las actuaciones de las personas se ajustan a derecho, exentas de fraude o cualquier otro vicio, es decir, que los administradores deben obrar satisfaciendo totalmente las exigencias de la actividad de la sociedad y de los negocios que ésta celebre, y no solamente los aspectos formales que dicha actividad demande. Expuesto lo anterior, se puede definir el principio de la buena fe como la rectitud y honradez en el trato que supone un criterio o manera de proceder a la cual el administrador debe atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios.¹⁴ Tan es así, que de esta máxima de conducta parten los demás deberes que se le imponen al administrador.

- b. ***Deber de diligencia y cuidado:*** La Ley 222 lo expone como el deber de actuar con la *diligencia de un buen hombre de negocios*, esta expresión significa un alteración

¹⁰ Ibídem. Pág 2.

¹¹ Circular Externa 100-06 publicada en el Diario Oficial 46.941 del 26 de marzo de 2008. Superintendencia de Sociedades. Pág 2.

¹² Ibídem. Pág 2.

¹³ Reyes Villamizar, F. (2013). *Derecho Societario. Tomo I*. Bogotá: Temis. Pág. 587.

¹⁴ Solarte Rodríguez, A. (2004). *La Buena Fe Contractual y los Deberes secundarios de Conducta*. 129 *Vniversitas*. Pág. 285.

del patrón de conducta empleado en el Código Civil para la graduación de la culpa, donde el patrón de conducta usado versa sobre *el buen padre de familia* que impone un grado de diligencia que se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. Entonces, el buen hombre de negocios es un modelo mucho más exigente que el del buen padre de familia, por lo que las actuaciones de los administradores deben realizarse con una particular diligencia que se ve reflejada en la forma de actuar propia de personas profesionales en las labores de la administración. Sin embargo, a diferencia del buen padre de familia, al buen hombre de negocios se le permite la asunción de riesgos en forma consciente y razonada (en razón a que es propio de la naturaleza de los negocios la asunción de riesgos), lo que en contraposición a la vida familiar en la que está expuesto el buen padre de familia, se encamina a la prevención del riesgo¹⁵.

Esto no significa que el buen hombre de negocios pueda exponerse al riesgo con total indiferencia y con total indemnidad en su responsabilidad, por el contrario, el buen hombre de negocios debe actuar con la diligencia que pondría un comerciante en sus propios negocios; en consecuencia, debe informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, así como discutir sus decisiones especialmente en los órganos de administración colegiada, y, por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas.¹⁶

Otro punto importante es que tanto al buen hombre de negocios como al comerciante, no se le puede exigir que las decisiones tomadas en el giro ordinario de sus actividades tengan que ser acertadas en términos de beneficio para la compañía, lo que se le exige al administrador es que este ponga todo su empeño para lograr que sus decisiones sean tomadas con conocimiento e información sobre los diversos factores y circunstancias relacionados con las mismas. Si tomada la decisión con diligencia y buena fe los resultados de su gestión no son los esperados, esta circunstancia no debe generar responsabilidad para el administrador, puesto que esta pérdida es al fin y al cabo un riesgo inherente en la vida de los negocios.¹⁷

- c. ***Deber de lealtad:*** El deber de lealtad, podría resumirse en la necesidad de que los administradores actúen en búsqueda de la situación mas favorable para la sociedad, es así que no existen situaciones que se consideren como violatorias del deber de lealtad, sino que es tarea de los jueces determinar las circunstancias en las cuales se considere transgredido este deber, por lo cual se puede decir que el deber fiduciario de lealtad es un concepto residual que podría incluir situaciones fácticas que nadie ha previsto ni clasificado aún¹⁸.

¹⁵ Reyes Villamizar, F. (2013). *Derecho Societario. Tomo I*. Bogotá: Temis. Págs 587 – 590.

¹⁶ Circular Externa 100-06 publicada en el Diario Oficial 46.941 del 26 de marzo de 2008. Superintendencia de Sociedades. Pág 3.

¹⁷ Reyes Villamizar, F. (2013). *Derecho Societario. Tomo I*. Bogotá: Temis. Pág. 589

¹⁸ *Ibidem*. Pág. 591.

No obstante, el deber de lealtad integra una serie de obligaciones puntuales que guían tanto la acción como la omisión, los cuales están orientados a proteger secretos de la sociedad, la abstención de actuaciones que puedan resultar conflictivas con la compañía, el respeto de posibles negocios en cabeza de la sociedad entre muchos otros¹⁹.

(ii) Deberes específicos.

El artículo 23 de la Ley 222 de 1995, después de exponer en forma general los principios de las actuaciones de los administradores, expone un mínimo de deberes y funciones que la ley atribuye a los administradores, cuya violación compromete la responsabilidad de estos funcionarios²⁰.

Frente a esto es importante resaltar que el Dr. Francisco Reyes Villamizar a manera de ilustración ha subdividido los deberes específicos de los administradores, a saber: Los tres primeros deberes, se pueden encuadrar dentro del deber de diligencia y cuidado, mientras que los cinco últimos pueden consagrarse dentro del deber de lealtad. Advierte que la norma es de carácter enunciativo más no taxativo, luego en esa disposición no se agotan los innumerables deberes de los administradores:²¹

1. Desarrollar el objeto social.

Se refiere al más lógico de los deberes en cabeza de los administradores, en la medida en que les atañe llevar a cabo todas las gestiones apropiadas para la consecución de los resultados perseguidos en la constitución de la sociedad, observando las circunstancias y condiciones económicas y de mercado que la rodean a la hora de tomar decisiones.

2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.

Como bien lo expone el mismo significado de la palabra velar, supone observar atentamente. Surge un deber positivo del administrador de poner todo su empeño para que se cumplan las normas legales y contractuales en su actividad y la de sus subalternos²², las cuales regulan todas las situaciones que se puedan presentar en giro cotidiano de un negocio.

3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.

Los administradores deben suministrar de manera oportuna la información necesaria, adecuada, completa, organizada y soportada, que necesite la revisoría

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 591.

²⁰ Reyes Villamizar, F. (2013). *Derecho Societario*. Tomo I. Bogotá: Temis. Pág. 592.

²¹ *Ibíd.* Pág. 593.

²² *Ibíd.* Pág. 593.

fiscal con el fin de dar cumplimiento a las disposiciones legales. Se busca evitar el problema de independencia de la revisoría fiscal frente a la administración de la sociedad, enfatizando en que el revisor fiscal debe contar con los recursos necesarios para cumplir adecuadamente sus funciones²³.

4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.

En concordancia con lo establecido en el artículo 61 del Código de Comercio, el cual establece *que los libros y papeles del comerciante sólo pueden ser examinados por personas distintas de su propietario o por personas autorizadas para ello, únicamente para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente*²⁴, el administrador debe abstenerse de divulgar o de aprovecharse en su propio beneficio de la información reservada de la sociedad, como pueden ser los secretos empresariales protegidos como tales, secretos industriales o en general de alguna circunstancia que tienen implicaciones económicas para la sociedad y que se deben mantener en secreto, así como las reservas sobre libros y documentos de la sociedad. De otro lado, está obligado a tomar todas las medidas conducentes para que las personas que conocieron informaciones confidenciales guarden la reserva del caso²⁵.

5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.

Este deber es muy similar al de la reserva comercial e industrial de la sociedad, sin embargo, la diferencia radica en que la información privilegiada es aquella a la cual solo tienen acceso ciertas personas en razón de su profesión u oficio, la cual por su carácter, está sujeta a reserva, puesto que de conocerse podría ser utilizada con el fin de obtener provecho o beneficio para sí o para un tercero.²⁶ La infracción de este deber no recae en el conocimiento de la información privilegiada, sino en la divulgación de la misma o en su uso indebido.

6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.

La difícil armonización de intereses entre quienes ocupan la mayoría y los demás, ha llevado a que los administradores tengan un papel importante en el conflicto, ya que el desarrollo de muchos de los derechos de los socios dependen en buena medida de los administradores, los cuales son elegidos por las mayorías sociales; no obstante, deben obrar con imparcialidad en el tratamiento de todos sus asociados, sin hacer distinciones entre mayoritarios y minoritarios, permitiendo el desarrollo de sus derechos, entre ellos, permitir el derecho de fiscalización individual, para lograr este cometido, debe destinarse un lugar apropiado en las oficinas de la compañía,

²³ *Ibíd.* Pág. 594.

²⁴ Colombia. *Decreto 410 de 1971*. Bogotá.

²⁵ Reyes Villamizar, F. (2013). *Derecho Societario*. Tomo I. Bogotá: Temis. P. 594.

²⁶ Concepto 2007057761-003 del 28 de noviembre de 2007. Superintendencia Financiera.

para que los socios puedan ejercer su derecho de inspección y de otro lado, debe procurar una atención eficiente a las solicitudes de información presentadas por los mismos²⁷.

- 7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas;** los cuales constituyen en objeto del presente estudio y entraremos a analizar en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II

A. Manejo de Conflictos de Interés como parte del Deber de Lealtad

La designación del administrador por parte de los órganos de deliberación constituye una parte esencial para entrar a desarrollar el objeto de una sociedad. Sin embargo, como ya explicamos, podría llegar a consagrar uno de los problemas de agencia destacados en el derecho societario colombiano, cuando los intereses de los socios pasen a un segundo plano y prevalezcan los intereses de los administradores. De esta forma, se crea un conflicto de intereses evidente entre las partes señaladas, situación que se gesta al interior del ente societario, en la que sus socios y órganos directivos tienen en sus manos dos temas importantes que deben atender:

- En primer lugar, deben incluir dentro de los estatutos societarios y sus políticas de administración, herramientas suficientes para detectar situaciones en las que un administrador abuse de las atribuciones que se le han asignado, que se ven reflejadas en el mandato que se requiere para el desarrollo de sus actuaciones administrativas, por lo tanto deben establecer límites claros en las facultades otorgadas en el mandato.
- En segundo lugar, una vez sea detectada la eventual actuación interesada del administrador, deben establecerse mecanismos para apaciguar y/o prevenir eventuales lesiones a la sociedad. Algunos de los mecanismos más importantes son los deberes que por ley han de cumplir los administradores y los límites y sanciones que se incluyan dentro de los estatutos sociales. Es importante establecerlos porque de no ser así, la ley estima que los administradores tienen amplias facultades.

De acuerdo con lo anterior, es evidente que para avanzar en una situación de conflicto de interés hay que acudir en primera instancia a los deberes de los administradores para con el ente societario, dentro de los cuales se encuentran principalmente el deber de buena fe, de

²⁷ Reyes Villamizar, F. (2013). Derecho Societario. Tomo I. Bogotá: Temis. P. 597.

diligencia o cuidado y finalmente el deber de lealtad que es fundamental para proteger a la sociedad y sus intereses.

Los administradores deben actuar dentro de ciertos principios generales de conducta establecidos en la Ley 222 de 1995, consignados particularmente en el artículo 23 que indica lo siguiente:

“Artículo 23. 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.”
(Subrayado por fuera del texto)

De acuerdo a lo consignado en esta ley, es pertinente analizar el alcance de la lealtad como deber del administrador y también en cuanto a su contenido ético. La lealtad se define según la Real Academia Española como el *“cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien”*, por lo tanto, su significado denota verdad, legalidad y realidad entre las acciones del administrador y el crecimiento que pretende toda sociedad. El deber de lealtad está ampliamente ligado con lo ético y el comportamiento honorable del administrador para con la sociedad teniendo siempre en consideración los intereses de sus asociados. La lealtad como deber se materializa en no defraudar la confianza puesta por los socios en la gestión del administrador. Además, también es importante resaltar que la tipología de conflictos que pueden derivarse del incumplimiento del deber de lealtad es totalmente diverso y obedece a situaciones de intereses económicos propios, de un tercero, o de adquisición de mayor influencia accionaria en la sociedad.

Ahora bien, es adecuado hacer referencia a la definición doctrinaria del deber de lealtad en el ámbito societario del ordenamiento jurídico colombiano de forma complementaria a su ámbito moral. El deber de lealtad implica *“la necesidad de que el administrador actúe en la forma que consulte los mejores intereses de la sociedad”*²⁸, de ahí que sea pertinente indicar que el deber de lealtad tiene un componente residual de amplio alcance, es decir, que múltiples comportamientos del administrador podrían infringir el deber de lealtad en el contexto de un conflicto de intereses.

Lo anterior es considerado relevante, en razón a que el deber de lealtad es una herramienta de protección para la sociedad, que por abarcar un sin número de posibles conflictos de interés derivados de su incumplimiento, permite establecer un desinsentivo relevante en las posibles actuaciones negativas del administrador; además permite a los órganos sociales restringir el accionar del administrador, así como sancionar un comportamiento ilegítimo del mismo.

Como observamos en los deberes específicos del administrador, dentro de la Ley 222 de 1995 en su artículo 23 numeral 7, se encuentra la referencia a prohibiciones de comportamiento en el contexto de un conflicto de interés y se refiere a lo siguiente:

²⁸ Reyes Villamizar, F. (2013). Derecho Societario. Tomo I. Bogotá: Temis. P. 591

“7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

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

Tal como lo establece la norma de forma implícita, se pueden evidenciar los efectos que producen las acciones interesadas que pueden ejecutar el administrador de una sociedad. Además, es de suma importancia la inclusión del interés personal o de terceros, ya que es la principal motivación o móvil para que el gestor desconozca la labor principal e imponga el desarrollo de acciones en beneficio propio, *“uno de los aspectos que con mayor frecuencia permite evaluar la aplicación del deber de lealtad es el relativo a las remuneraciones de miembros de junta directiva y ejecutivos de la sociedad. La tendencia a determinar beneficios económicos excesivos podría configurar violación de esta pauta de conducta. El escrutinio de esta conducta implica una verificación de la conformidad de la determinación adoptada con los intereses de la sociedad, a la luz de criterios de proporcionalidad.”*²⁹

En síntesis, el deber de lealtad juega un papel de gran importancia en el manejo de conflictos de interés debido a que *“es exigible a los administradores por parte de la propia sociedad en la que ocupan el cargo dada su naturaleza contractual. El deber de lealtad formulado en estos términos generales reemplaza una regulación detallada de todas las conductas proscritas, no sólo por la imposibilidad de preverlas todas sino también por la posibilidad de incurrir en errores al hacerlo. (...) por lo anterior podemos afirmar que este deber cumple la función de una especie de cláusula general residual del contrato de administración para enjuiciar las conductas de los administradores constitutivas del tipo de conflictos de intereses que comprende.”*³⁰

Corolario de lo anterior, es pertinente indicar que *“el deber de lealtad proscribire todas aquellas conductas de los administradores que ante una situación de conflicto entre el interés de la sociedad y el suyo propio supongan la obtención de ventajas por éstos a expensas de la sociedad.”*³¹

En definitiva, este principio de lealtad en las actuaciones del administrador, es un elemento de vital relevancia para prever los conflictos de interés que se presentan entre el administrador y los objetivos que la sociedad persigue. Esto, debido a que tiene la virtud de

²⁹ Reyes Villamizar, F. (2013). Derecho Societario. Tomo I. Bogotá: Temis. P. 591

³⁰ Varios. (2011). La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 37

³¹ *Ibíd.* Pág. 37

obrar como una cláusula residual en la cual muy pocas conductas tienen la posibilidad de no encajar. Por lo tanto, la lealtad en el administrador conlleva varias restricciones como la prohibición de entrar en competencia con la sociedad, la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio, la prohibición de realizar transacciones directamente con la sociedad, la prohibición de explotar la posición como administrador utilizando información confidencial, utilizando activos sociales y obteniendo ventajas de terceros.

De tal manera que al incluir dentro de su estructura abierta una serie de restricciones al administrador, el deber de lealtad es un factor que sirve para prevenir abusos por parte del administrador de forma previa a la configuración del conflicto de interés; así como también resulta ser útil cuando la sociedad ha sido lesionada por una situación de conflicto de interés que implique anteponer el beneficio personal del administrador o de un tercero, pues la infracción al deber de lealtad será motivo para sancionar y proteger ante el juez los intereses de la sociedad comercial en virtud del incumplimiento al deber de lealtad.

Por último es importante hacer referencia a la inmodificabilidad de la responsabilidad por infracción del deber de lealtad que puede fundarse en cláusulas estatutarias, como también en el contenido del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Lo anterior “es consecuencia del carácter inherentemente doloso de todas las conductas constitutivas de infracciones del deber de lealtad, es decir, del carácter voluntariamente contradictorio de estas conductas respecto a la satisfacción del deber de lealtad.”³²

En conclusión, cualquier modificación o pacto en contrario que decida estipularse en relación al deber de lealtad, tendría el efecto de otorgar absoluta discrecionalidad al administrador para lograr beneficiar sus propios intereses. De esta manera las obligaciones y deberes impuestos por las leyes societarias colombianas se desconocerían, ello podría derivar en sanciones penales y administrativas, lo cual le otorga al deber de lealtad coerción real ante el surgimiento de conflictos de interés en el problema de agencia tratado.

B. Manejo de Actos que Impliquen Competencia con la Sociedad como Parte del Deber de Lealtad

Analizado el manejo de conflictos de interés como parte del deber de lealtad que deben observar los administradores de una sociedad, es necesario entrar a estudiar los casos en los cuales se configuran actos que impliquen competencia con la sociedad, siendo este otro supuesto que trae la norma en relación con los deberes de los administradores, y que involucra además una conducta transparente por parte de los mismos, la cual se debe ver reflejada en la consecución de los fines perseguidos por la sociedad.

No siendo menos relevante para este estudio, debemos resaltar que la participación de un administrador en el ente societario varía de acuerdo al tipo de sociedad en el cual nos

³² *Ibíd.* Pág. 44

encontremos, y de las decisiones que órganos importantes como Juntas de Socios o Asambleas de Accionistas adopten en ejercicio de sus funciones. En consecuencia, la administración de una sociedad puede estar en cabeza de los socios como ocurre en las sociedades de responsabilidad limitada³³ y sociedades colectivas³⁴, sin perjuicio de ser delegada, o por el contrario puede corresponder a un tercero elegido por los órganos de deliberación del ente societario con arreglo a lo estipulado en los estatutos en desarrollo de la autonomía de la voluntad privada³⁵, como sucede en las sociedades anónimas.

Frente a este tema la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, y particularmente en Sentencia C-384 de 2008 con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, resaltó lo siguiente:

“La ley mercantil reconoce autonomía a las sociedades para estipular en el contrato social el régimen que adoptará para la administración y representación de la sociedad y a falta de estipulación, reconoce unas amplias facultades de gestión y representación a los administradores, además que la designación de estas personas está fundada en la confianza depositada no solamente en razón a las calidades profesionales y gerenciales del elegido, sino que reposa de manera prevalente, en las condiciones éticas del mismo, que garanticen la lealtad en el manejo de los intereses de los asociados. (Subrayas fuera del texto)

(...)”

Es así como el deber de lealtad se sumerge dentro del grado de confianza que depositan los socios en los administradores elegidos con ocasión de su profesionalismo, entonces cuando estos tengan amplias facultades de administración deben actuar observando aún más los deberes que para ellos ha estipulado la norma legal, *en razón a que su gestión se desarrolla como gestores de negocios ajenos dentro del tráfico mercantil, con las responsabilidades y consecuencias que de estos aspectos se derivan*³⁶, y que además implica una mayor exigencia por parte de los socios.

Ahora bien, como el administrador es la persona encargada por la sociedad para la administración de sus negocios³⁷, para los casos en los cuales los administradores realicen actos que impliquen competencia con la sociedad, además del deber de lealtad se procura

³³Artículo 358 del Código de Comercio. **Atribuciones adicionales a los socios en la sociedad de responsabilidad limitada.** “La representación de la sociedad y la administración de los negocios sociales corresponde a todos y a cada uno de los socios (...)”.

³⁴ Artículo 310 del Código de Comercio. **Administración y representación de la sociedad colectiva-generalidad:** “La administración de la sociedad colectiva corresponderá a todos y a cada uno de los socios, quienes podrán delegarla en sus consocios o en extraños”.

³⁵ Artículo 198 del Código de Comercio: “Cuando las funciones indicadas en el artículo 196 no correspondan por ley a determinada clase de socios, los encargados de las mismas serán elegidos por la asamblea o por la junta de socios, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en el contrato social”.

³⁶ Circular Externa 100-06 publicada en el Diario Oficial 46.941 del 26 de marzo de 2008. Superintendencia de Sociedades. Pág 2.

³⁷ Sentencia C-384 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño

por la diligencia del buen hombre de negocios, “la cual lleva implícita deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, el de asesorarse y adelantar indagaciones necesarias, el de discutir sus decisiones con los órganos de administración colegiada, y por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas”³⁸.

La abstención de realizar actos que impliquen competencia³⁹ con la sociedad se encuentra en el numeral 7o del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 así: “(...) *En el cumplimiento de sus funciones los administradores deberán: 7. Abstenerse de participar por si o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad*⁴⁰ (...) (Subrayas fuera del texto).

Sobre esto, la Superintendencia de Sociedades ha dejado claro que si bien esta disposición le prohíbe a los administradores realizar actos o participar en actividades frente a las cuales podrían competir con la sociedad a la cual se encuentran vinculados, el artículo 23 en cita no califica las modalidades de competencia, es decir, no precisa si se trata de competencia desleal⁴¹ o actos anticompetitivos⁴², en la medida en que lo relevante para efectos de determinar la inobservancia de los deberes de los administradores, es el hecho de que compitan con la sociedad; entonces, a fin de establecer si el comportamiento del administrador acarrea un acto de competencia, se debe analizar si las sociedades se

³⁸ Circular Externa 100-06 publicada en el Diario Oficial 46.941 del 26 de marzo de 2008. Superintendencia de Sociedades. Pág. 3.

³⁹ Circular Externa 100-06 publicada en el Diario Oficial 46.941 del 26 de marzo de 2008. Superintendencia de Sociedades. Pág. 8. *Entiende este Despacho que son "actos de competencia" aquellos que implican una concurrencia entre el ente societario y el administrador, o un tercero en favor del cual éste tenga la vocación de actuar, toda vez que cada uno de ellos persigue la obtención de un mismo resultado, tal como ocurre cuando varios pretenden la adquisición de unos productos o servicios, el posicionamiento en un mercado al que ellos concurren.*

⁴⁰ Ley 222 de 1995 (diciembre 20) “Por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide el Nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones” Artículo 23 Numeral 7.

⁴¹ Ley 256 de 1996 (Enero 15) “Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal”. Artículo 7. (...) *En concordancia con lo establecido por el numeral 2o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencias del mercado.*

⁴² “Un acuerdo anticompetitivo es todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas, que prevenga, restrinja, o distorsione la competencia o tenga la potencialidad de surtir uno de estos efectos”. Superintendencia de Industria y Comercio. Disponible en : <http://www.sic.gov.co/drupal/practicas-restrictivas-de-la-competencia>

encuentran dentro de la misma línea de negocios, el mercado relevante⁴³ en el cual concurren y el ámbito de acción territorial⁴⁴.

Frente a este punto es oportuno resaltar que antes de la Ley 222 de 1995, en el artículo 6° de la Ley 155 de 1959⁴⁵ se estableció lo siguiente: *“Los Presidentes, Gerentes, Directores, representantes legales, Administradores o miembros de Juntas Directivas de empresas industriales constituidas en forma de sociedades anónimas no podrán distribuir por si ni por interpuesta persona los productos, mercancías, artículos o servicios producidos por la respectiva empresa o sus filiales, ni ser socios de empresas comerciales, que distribuyan o vendan principalmente tales productos, mercancías, artículos o servicios”*.

Así las cosas, el transcrito artículo 6° nos muestra el panorama en el cual se les prohíbe a los administradores de sociedades anónimas, ser socios de empresas comerciales que distribuyan o vendan principalmente productos o mercancías iguales o semejantes a los de la sociedad en la cual ostentan su cargo de administrador, es decir, que las sociedades pertenezcan a la misma línea de negocios; lo que en armonía con el artículo 23 de la Ley 222 (el cual amplía la prohibición a otros tipos de sociedades), implicaría *actos de competencia* toda vez que se estaría restringiendo la entrada en el mercado de diferentes competidores, al concurrir en una misma persona el administrador y el ente societario.

De esta forma, dice la Superintendencia de Sociedades que lo que se pretendió con la Ley 155 fue impedir que quienes ocupen cargos de dirección y manejo de una empresa, se desempeñen en entidades que desarrollen actividades análogas, a fin de evitar que a través de la consolidación de tales posiciones administrativas se restrinja la libre competencia⁴⁶.

Teniendo claro lo anterior, respecto al manejo de los actos que impliquen competencia con la sociedad como parte del deber de lealtad que deben seguir los administradores, la Superintendencia de Sociedades en Oficio 220-174046 del 21 de octubre de 2014 determinó que en el evento en que se configuren estos conflictos de interés, es importante que el administrador sea transparente, es decir, debe poner en conocimiento de la Junta Directiva o Asamblea de Accionistas toda la información pertinente para que sea esta la que abale su proceder. No obstante, es deber del administrador estudiar cada situación a efecto de determinar si incurre o no en actos que impliquen competencia con la sociedad, y de ser así, deberá abstenerse de actuar y si está actuando deberá cesar en ello⁴⁷.

⁴³ *Ibíd.* Superintendencia de Industria y Comercio. *“El mercado relevante es un concepto fundamental en el derecho de competencia. La descripción del mercado relevante permite establecer los bienes y servicios respecto de los cuales recae una restricción de la competencia, así como el ámbito geográfico que comprende el mercado afectado. En ese sentido, la identificación del mercado afectado implica describir tanto el mercado de producto, como el mercado geográfico”*.

⁴⁴ Circular Externa 100-06 publicada en el Diario Oficial 46.941 del 26 de marzo de 2008. Superintendencia de Sociedades. Pág. 8.

⁴⁵ Ley 155 de 1959 (diciembre 24) *“Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”*.

⁴⁶ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-174046 del 21 de octubre de 2014. Asunto: actos de competencia y de conflicto de interés. Pág. 4.

⁴⁷ *Ibíd.* Pág. 4

CONCLUSIONES

1. En la elaboración de los estatutos sociales deben incluirse herramientas que prevengan y además que sancionen las actuaciones negativas de los administradores en el contexto de los conflictos de intereses.
2. Para evitar el riesgo de pérdida o perjuicio para la sociedad, es importante poner de presente que el administrador debe ser un trabajador idóneo para el cargo, pero no solo eso, es relevante poner de presente que su ejercicio y gestión lleva inmerso un componente ético que es vital para el manejo y desarrollo de la sociedad.
3. Es importante que una vez sea detectada la eventual actuación interesada del administrador, se establezcan mecanismos para manejar y prevenir lesiones a la sociedad comercial, algunos de los mecanismos más importantes son los deberes que por ley han de cumplir los administradores y los estatutos societarios que incluyan dentro de sus cláusulas límites y sanciones al actuar de los administradores.
4. Para lograr avanzar en una situación de conflicto de intereses es importante acudir no solo a lo contemplado en los estatutos para regular situaciones eventuales relacionadas con el tema, pero además acudir a la aplicación de los deberes legales que el administrador tiene que cumplir en su gestión.
5. Los parámetros de conducta dentro de los que debe actuar el administrador, se traducen en deberes legales como lo son el de buena fe, lealtad y diligencia. Valores éticos que encaminan el buen actuar del administrador ante posibles conflictos de intereses, generando desincentivos de actuaciones desfavorables a la sociedad.
6. Una de las conclusiones más importante del tema tratado, es el carácter residual del deber de lealtad, en el cual muy pocas conductas tienen la posibilidad de no encajar. Por esta razón, la lealtad en el administrador conlleva varias restricciones y prohibiciones que dan una ventaja a las sociedad en los problemas de conflictos de intereses, ya que zanján y limitan la actuación del administrador desde una fuente legal y no estatutaria, situación que encierra la mayoría de las actuaciones indebidas por parte de los administradores para con la sociedad.
7. Es responsabilidad del administrador analizar previamente las implicaciones que tiene su gestión para determinar si incurre o no en actos que impliquen competencia

con la sociedad, y de ser así, deberá abstenerse de actuar y si está actuando deberá cesar en ello, pues es una clara violación al deber de lealtad y de buena fe persistir en la conducta.

- 8.** Los actos que el administrador realice provocando competencia con la sociedad, tienen sanciones penales y administrativas por disposición legal, de tal manera que el tema sancionatorio se ve reforzado por el deber de lealtad como soporte tanto probatorio como base de toda sanción a las actuaciones indebidas de los administradores, tanto en casos que generen perjuicios a las sociedad por temas de competencia, como por asuntos de otra índole que generen de igual manera afectación a la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Paredes, A. M. (2015). *Tratado Judicial de la Responsabilidad de los Administradores*. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.
- Varios. (2011). *La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Villamizar, F. R. (2011). *Derecho Societario*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Villamizar, F. R. (2013). *Análisis Económico del Derecho Societario*. Bogotá: Legis.
- Garrido, J. (2015). *Reflexiones sobre el Tratamiento de los Conflictos de Intereses de los Administradores en el Derecho de Sociedades*. Revista Supersociedades. Edición No. 10, 7-20.
- Colombia. Decreto 410 de 1971. Código de Comercio. Bogotá D.C.
- Colombia. Ley 222 de 1995. Bogotá D.C.
- Colombia. Ley 256 de 1996. Bogotá D.C.
- Colombia. Ley 155 de 1959. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional. (2008). Sentencia C- 384 /08 M.P. Jaime Córdoba Triviño
- Ruiz López, H. (2009). *Cartilla de Administradores*. Superintendencia de Sociedades. Bogotá D.C.
- Solarte Rodríguez, A. (2004). *La Buena Fe Contractual y los Deberes secundarios de Conducta*. 129 Universitas, 281-315.
- Superintendencia Financiera. (2007). Concepto 2007057761-003. *Información privilegiada –Administradores*. Bogotá D.C.
- Superintendencia de Sociedades. (2008) Circular Externa 100-06. *Régimen de Administradores (Código de Comercio y Ley 222 de 1995)*. Bogotá D.C.
- Superintendencia de Sociedades. (2014). Oficio 220-174046. *Actos de competencia y de conflicto de interés*. Bogotá D.C.