

La relación administrador-sociedad*

LUIS FERNANDO SABOGAL BERNAL**

Sumario: *Premisa. I. La relación administrador – sociedad en el derecho comparado. A. Teorías clásicas. B. Aproximación en época moderna. C. La llamada 'relación fiduciaria de los administradores. II. La relación administrador – sociedad en el derecho colombiano. A. Marco normativo. B. Interpretación de las normas vigentes. C. Nuestra aproximación a la relación administrador – sociedad en Colombia.*

Resumen

En este trabajo se aborda el tema de la naturaleza jurídica de la relación administrador-sociedad con el fin de dar una mayor claridad sobre el cuerpo de normas y principios jurídicos que definen la posición, facultades y poderes de los administradores de sociedades. En la primera parte se hace una síntesis de las principales doctrinas que explican esta relación en el derecho continental europeo y angloamericano; en la segunda se organizan y concretizan las diferentes soluciones al problema por parte de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina nacional colombiana; y finalmente, en la tercera

* El resultado de este trabajo ha sido posible gracias al apoyo incondicional de la Universidad Externado de Colombia y en particular del Departamento de Derecho Comercial de esta Universidad durante todo mi proceso de formación jurídica, y en particular, durante mi estancia de investigación en España, por ello quiero expresar mi más sincero agradecimiento a los doctores FERNANDO HINESTROSA y SAÚL SOTOMONTE. Igualmente quiero agradecer por su orientación y consejos durante el proceso de elaboración de este escrito al Pr. D. Don GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, director del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con Especialización en Derecho Comercial de la misma Universidad, Master en Derecho de Empresa de la "Università degli Studi di Genova" (Italia), Diploma de Estudios Avanzados (DEA) de la Universidad Complutense de Madrid (España) y doctorando en Derecho Mercantil en la misma Universidad. Correo electrónico: lufesabe@hotmail.com

Fecha de recepción: 13 de enero de 2010. Fecha de aceptación: 8 de marzo de 2010.

se propone una aproximación interpretativa propia del autor, intentando conciliar las posiciones extranjeras y nacionales de conformidad con la jurisprudencia y la legislación colombianas.

Palabras clave: Administrador, administrador y sociedad, teorías contractual (mandato), orgánica, mixta

PREMISA

La sociedad como persona jurídica presenta una necesaria separación entre quien tiene el interés de realizar determinadas operaciones en un mercado (la sociedad) y la persona que efectivamente ostenta la potestad de gestionar y dirigir en interés ajeno esas operaciones (el administrador)¹. Será a raíz de esa necesaria separación, junto con los riesgos que comporta para asociados y terceros la cada vez mayor autonomía de los administradores –en virtud de la más apreciable desvinculación de éstos frente a los propietarios (socios) del capital que se experimenta hoy día (principalmente en las grandes sociedades)–, lo que ha conducido a la doctrina a la tarea de hacer claridad sobre el cuerpo de normas y principios jurídicos que definen la posición, facultades y poderes de esos administradores, esto es, de estudiar la naturaleza jurídica de la relación administrador-sociedad, tarea a la que esperamos contribuir con esta modesta aportación.

A estos efectos, organizaremos la exposición iniciando por una revisión general de la evolución de las doctrinas más representativas en torno al objeto de estudio en el derecho comparado, para sobre esta base identificar, explicar y valorar las normas legales e interpretaciones que se han suscitado en Colombia a raíz de este mismo problema, y finalmente, con fundamento en los dos apartados descritos, presentaremos nuestra propia visión de la relación administrador-sociedad en el derecho colombiano. Es pertinente aclarar que nuestro estudio se abordará desde una perspectiva societaria sobre las bases del derecho civil y mercantil, y por tanto, las implicaciones laborales no serán desarrolladas en este breve análisis.

Esperamos que este trabajo resulte particularmente útil a todos aquellos que en su práctica profesional o trabajo de investigación, se adentren en el estudio de las distintas implicaciones que tiene el régimen jurídico de los administradores, tales como los deberes de los administradores, su responsabilidad, e incluso su

1 Esa separación obedece fundamentalmente a dos motivos: i) por una razón de "necesidad", y es que las sociedades deben confiar su administración a personas que sean verdaderamente capaces y competentes para ejercer tales funciones, pues es evidente que en muchos casos los socios no poseen esas características; y, ii) Por una razón "práctica" y es que no resulta muy viable desarrollar de forma eficiente una administración en la que todos los socios puedan participar en ella, situación que sería particularmente difícil o incluso imposible cuando el número de socios es muy amplio: BORGIOI (1982), p. 28.

"remuneración" (muy actual en este tiempo de crisis económica), razón por la cual estamos seguros que dar claridad a este tema tiene importantes consecuencias que van más allá del plano académico².

I. LA RELACIÓN ADMINISTRADOR-SOCIEDAD EN EL DERECHO COMPARADO

A. Teorías clásicas

Para iniciar haremos una aproximación clásica del problema, para ello debemos recordar cómo desde antaño se ha presentado en la doctrina jurídica una discusión en torno a si se considera ese vínculo administrador-sociedad como una relación orgánica o como una relación contractual, discusión que, a su vez, ancla sus bases en la diferenciación tradicional que ha existido en la doctrina entre quienes han entendido la "persona jurídica" conforme de la teoría de la ficción, o bien, conforme a la teoría de la realidad³.

Quienes han defendido la teoría contractual en su versión tradicional, que entre otras, fue la primera aproximación para resolver la naturaleza jurídica⁴, han sostenido que la relación entre el administrador y la sociedad se encuentra apoyada sobre un "negocio jurídico bilateral de carácter contractual", formado por el cruce de declaraciones de voluntad que se produce en virtud de: el nombramiento por parte de la Junta General, y la aceptación por parte del administrador⁵. El problema crucial para esta teoría ha sido, sin embargo, definir cuál es el tipo contractual que gobierna esa relación, y en este sentido, se ha sostenido por la doctrina, con interesantes argumentos a favor y en contra, un amplio número de encuadramientos típicos distintos⁶, destacándose entre estos los de quienes opinan que se trata de un contrato de mandato representativo.

En efecto, bajo la óptica de esta teoría contractual clásica –apoyada en sus inicios por los partidarios de la teoría de la ficción de las personas jurídicas⁷ en el

2 Vid. FRÉ (1938), p. 406.

3 Cfr. FRÉ (1938), p. 407.

4 Vid. DESDENTADO (2002), p. 49.

5 Cfr. SANCHEZ CALERO (2007), p. 100.

6 Como quienes consideran que lo que allí media es un "arrendamiento de servicios", o bien una "gestión de negocios ajenos", etc. Para un resumen completo de los distintos argumentos que se han sostenido por la doctrina en uno y otro sentido para cada una de las figuras jurídicas a partir de las cuales se ha intentado tipificar la relación entre el administrador y la sociedad Vid. MORILLAS (2002), p. 74 y ss.

7 Quienes defendieron la teoría de la ficción de la persona jurídica, entienden que sólo la persona física provista de razón y de voluntad es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones directamente, y en consecuencia, las personas que no son físicas, esto es, las personas jurídicas de creación legal, sólo podrán adquirir derechos y contraer sus obligaciones por medio de una persona física quien actuará como un verdadero y propio representante: Cfr. FRÉ (1938), p. 407.

derecho francés, e incorporada también en otros ordenamientos como el italiano—⁸, se sostiene que el vínculo que une al administrador con la sociedad es precisamente un “contrato de mandato”. Conforme a esta visión, los administradores son gestores de intereses ajenos encargados de cumplir la voluntad de los socios, y su marco de acción está condicionado por la delegación de facultades que éstos le hagan.⁹ La principal crítica que se le formuló a esta teoría fue, sin embargo, que la figura del administrador dentro de la sociedad 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 misma naturaleza jurídica de la sociedad, toda vez que ésta precisa del concurso de una persona física para poder desarrollar su actividad económica¹⁰.

En virtud de la crítica anterior, las teorías contractuales clásicas hacen crisis¹¹, y es así como surge la teoría orgánica, impulsada originariamente en Alemania— y ampliamente desarrollada en Italia —¹² por los seguidores de la teoría de la realidad de las personas jurídicas. Conforme con esta visión, que en sus orígenes equiparaba la sociedad con la persona física,¹³ los “órganos” y “sociedad” son una unidad necesaria, lo que conduce a apreciar a la persona física (administrador) como una parte inescindible de esa persona jurídica por la cual actúa. En este orden, si administrador (entendido como órgano de administración) y persona jurídica (sociedad) son uno solo, debe excluirse cualquier posibilidad de “vínculo” entre ellos¹⁴, pues es en los órganos, y a través de ellos, donde la voluntad del ente societario se forma y se manifiesta.

- 8 El originario Código de Comercio francés (1807), seguido por el Código de Comercio italiano (1887), no dudaban en describir al administrador como un auténtico “mandatario”. El art. 31 del “Code de Commerce” Francés hablando de la sociedad anónima decía «*Elle est administrée par des mandataires à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits*» y el “Codice di Commercio del Regno d’Italia” en su art. 121 rezaba: «*la società anonima è amministrata da uno o più mandatari temporanei, rivocabili, soci o non soci*» (del código francés se revisó la edición coordinada por el abogado Léonel Oudin, Ed. Maresco Ainé, Paris, 1875, del código italiano se ha consultado la edición bajo la coordinación del abogado Carlo Pellizzi, Ed. Barbèra, Florencia, 1924). El subrayado en ambas normas es nuestro. En lo que respecta al Código de Comercio italiano citado, puede verse una reiteración de la fórmula también en los artículos 122, 124, 185 y 205.
- 9 Vid. RIPERT y ROBLOT (1993), p. 951.
- 10 Cfr. FRÉ (1938), p. 419.
- 11 Cfr. DESDENTADO (2002), p. 49 -50.
- 12 Pueden verse las explicaciones, no necesariamente coincidentes, que de la teoría orgánica expresaron connotados autores italianos como Vivante, Rocco, Soprano, Mossa, De Gregorio y Carnelutti en: FRE (1938), pp. 410-414.
- 13 En el sentido que así como toda persona física necesita de sus órganos para el ejercicio de sus actividades vitales, también la sociedad necesita de unos “órganos” (societarios) para poder actuar el tráfico jurídico. Vid. FRÉ (1938), p. 407.
- 14 Cfr. FRÉ (1938), p. 408.

La principal crítica que fue planteada a la teoría orgánica, cuestionaba que el hecho de que una sociedad actúe a través de sus órganos no explica suficientemente la relación jurídica que gobierna la posición del administrador frente a la sociedad ni frente a terceros, y esto principalmente porque el administrador "persona física", por el mero hecho de pertenecer al órgano de administración, no pierde su personalidad jurídica. Esta crítica condujo a que muy tempranamente se reformulara la teoría orgánica, para afirmar entonces, que donde no existe posibilidad de vínculo es entre la sociedad y el órgano de administración, en la medida que el órgano es en sí mismo la sociedad, aún cuando sea sólo una parte de ésta (el todo no es ya el todo si una parte se le contrapone), mas se reconoció que en la medida que la persona física administrador no pierde su personalidad jurídica se debe admitir que pueda existir algún otro vínculo complementario al orgánico (aunque no se precisó cuál) entre éste y la sociedad¹⁵.

Así pues, las diferencias entre una y otra teoría, al menos en sus orígenes, son claras: i) mientras para la teoría contractual de la representación, la persona jurídica (sociedad) y el representante (administrador) son dos sujetos diversos, para la teoría orgánica, la persona jurídica (sociedad) y el órgano de administración (administrador) constituyen un todo; ii) mientras para la teoría contractual la sociedad actúa por medio de representantes, para la teoría orgánica quien actúa es la misma persona jurídica a través de sus propios órganos¹⁶.

B. Aproximación en época moderna

La divergencia de planteamientos del apartado anterior, ha conducido en tiempos más actuales a una interesante discusión doctrinal sobre la materia entre los seguidores de una y otra vertiente, con el fin de interpretar, de cara a los derechos positivos nacionales, cuándo una u otra aproximación a la naturaleza jurídica de esa relación es más o menos apropiada. Este debate ha abierto paso a unas nuevas posturas que, sin embargo, no se alejan sustancialmente de las dos corrientes clásicas antes descritas.

En este orden de ideas, podríamos sostener que son tres las corrientes doctrinales extranjeras que más difusión han tenido en los últimos tiempos: i) la de quienes sostienen la plena vigencia de la teoría orgánica, y en consecuencia, niegan la teoría contractual; ii) la de quienes sobre la línea organicista, afirman que esa relación de los administradores, así como sus poderes, provienen del mismo contrato de sociedad; y iii) la de quienes, adoptando una posición más intermedia respecto de las teorías clásicas admiten que, si bien entre el órgano de administración y la sociedad hay una relación orgánica, el vínculo que une al administrador con la sociedad se

15 Cfr. FRÉ (1938), pp. 408-409.

16 Cfr. ARENA (1969), p. 2533.

encuentra "también" gobernado por un contrato que algunos llaman de "especial de administración", y otros simplemente, de "mandato".

Según los defensores de la primera visión, reafirmando los planteamientos clásicos del organicismo, la sociedad no actúa por medio de representantes sino a través de órganos¹⁷, y en consecuencia, lo que une al administrador con la sociedad no es un contrato de mandato representativo, sino una relación estrictamente orgánica. Por lo anterior, sostienen estos autores, que si bien a los administradores se les ha calificado tradicionalmente como mandatarios de los asociados, esa es una idea inexacta, toda vez que la sociedad se administra a través de sus propios órganos —situación que algunos prefieren calificar como "acto de carácter corporativo puramente societario"¹⁸, y otros de "doble acto unilateral"¹⁹—, y por tanto, sus administradores ostentan por fuerza dos poderes diferentes pero complementarios que son el poder de decisión (concerniente al proceso de elaboración de la voluntad social) y el poder de representación (atinente a la ejecución frente a terceros de las operaciones autorizadas por los órganos de decisión competentes), las razones que justifican esta postura son: i) los administradores no son nombrados por "todos" los socios, sino sólo por la "mayoría" de sus socios; ii) la calificación genérica de mandatarios debe entenderse en el contexto que el derecho público —y no el derecho privado— concede a esta expresión, como cuando se dice que los

17 Se está en presencia de un "órgano" cuando «(...) la imputación jurídica de un determinado acto corresponde a la propia persona jurídica, incapaz desde el punto de vista físico de materializar una decisión que es atribuible únicamente al órgano, al actuante»: IGLESIAS (1971), p. 104, Citando a MINERVINI.

18 Cfr. SANCHEZ CALERO (2007), p. 101-103: Este autor sostiene que es un "acto de carácter corporativo puramente societario" por cuanto: i) es la Ley y los Estatutos los que fijan el contenido de esa relación jurídica, y consiguientemente, los que determinan: los deberes de diligencia y lealtad con la que se desarrolla el cargo, el régimen de responsabilidad, y la tipificación legal del poder de representación, entre otros aspectos; ii) no debe perderse nunca de vista que la legitimidad de las funciones, tanto internas como externas (relación con terceros), que está llamado a cumplir el administrador, surgen de la Ley y de los estatutos, no de un contrato bilateral; iii) no debe confundirse la relación de administración, en la que el administrador adquiere la titularidad del órgano, con la relación intersubjetiva que pueda establecerse entre la sociedad y el administrador con el fin de regular las condiciones que afectan al desarrollo de su actividad y ciertas compensaciones que le afectan de modo particular; iv) ésta es una interpretación que puede derivarse de la doctrina alemana, la cual distingue entre el nombramiento orgánico del director (miembro del *Vorstand*), que es un acto corporativo o societario, del contrato de empleo (*Anstellungsvertrag*), que regula los derechos y obligaciones de ese director frente a la sociedad y que se manifiesta como un contrato de prestación de servicios (no de trabajo); v) donde sí encontramos un contrato es cuando se ejerce la función delegación de unos administradores a otros, mas éste es un simple contrato complementario que viene a modular determinados aspectos de la gestión.

19 Cfr. DESDENTADO (2002), p. 49-50: quien sostiene que es una relación puramente orgánica porque se materializa a partir de "un doble acto unilateral" (deliberación de la junta y aceptación por el designado), lo que hace que no se esté en presencia de un acuerdo de voluntades, sino de un acto unilateral abstracto "cuyo efecto consiste en la investidura o atribución de poder a un sujeto".

congresistas son mandatarios de la nación; iii) la sociedad lo que tiene en realidad es una representación original a través de los órganos que le han sido creados en virtud de la Ley; iv) aún ante situaciones de vacío normativo, las exigencias de la seguridad jurídica en el tráfico mercantil de las sociedades comerciales, obliga a descartar aquellas soluciones que promuevan la aplicación de las reglas generales del contrato de mandato.²⁰

En segunda instancia, podemos citar a los autores que, admitiendo la eficacia de la teoría orgánica, sostienen que el administrador no se halla vinculado a la sociedad por un contrato distinto del "contrato de sociedad". Así pues, niegan que la naturaleza jurídica de la relación del administrador tenga como origen cualquier otro contrato —como podría ser el mandato, la especial relación de administración, o incluso un especial contrato de trabajo— toda vez que los poderes de los administradores deben ser entendidos como originarios del mismo "contrato de sociedad" por las siguientes razones: i) los administradores (como órgano de administración) son un órgano necesario —al igual que la Asamblea General— para la ejecución del contrato de sociedad; ii) si bien los administradores no son parte del contrato de sociedad (acto constitutivo), tampoco se puede negar que, bajo determinadas circunstancias —como las de la estipulación a favor de tercero—, el derecho privado admite que los contratos puedan producir efectos frente a otros sujetos distintos de las partes contratantes, y ese es precisamente el caso que se presenta en el contrato de sociedad (pues para que este contrato surta todos sus efectos es necesario acudir a otros sujetos diferentes a las partes contratantes); iii) resulta evidente que el contrato de sociedad puede atribuir a los administradores poderes y obligaciones desde el momento en que éstos se someten a los estatutos sociales aceptando su nominación, y por tanto, no debe confundirse el acto de nominación y su consecuente aceptación con la creación de una relación contractual específica distinta de la del contrato de sociedad.²¹

Finalmente, encontramos otra corriente que podríamos denominar "mixta" que concuerda en sostener que ese vínculo administrador-sociedad se gobierna principalmente por "una relación contractual que a su vez no niega la relación orgánica", y por ello sostienen que esta relación se encuentra gobernada por una "especial y autónoma relación de administración"²² —otros prefieren hablar de "contrato con

20 Cfr. RIPERT y ROBLOT (1993), p. 575-576. Vid. también COZIAN, VIANDIER y DEBOISSY (2006), p. 122, aún cuando estos últimos autores, en tratándose de definir el régimen jurídico del "*directeur général*" de la Sociedad Anónima en el derecho francés, admiten que, si bien por lo general éstos son considerados también como órgano societario, en lo atinente a justificar su responsabilidad y revocabilidad, se les continúa calificando como "mandatarios sociales": p. 244 (También son considerados mandatarios sociales los directores generales delegados —quienes fundamentalmente asisten al director general—, p. 246).

21 Cfr. GALGANO (2006), p. 311 y 322; y también BORGIOI (1982), p. 27 y ss.

22 La mayor dificultad que afronta la teoría que esgrime que el vínculo jurídico que une al administrador con la sociedad es una "relación de administración", consiste en que tal afirmación nos conduciría al terreno de los contratos atípicos (pues en la mayoría de

connotaciones especiales" o "sui generis"— que comporta aceptar la calificación contractual de esa relación que surge con la aceptación del nombramiento por el interesado, sin que ello implique desconocer la dimensión también orgánica de esa relación. Esta postura se edifica sobre los siguientes argumentos: i) no es posible desconocer la dimensión orgánica, dado que, por la peculiar naturaleza de la persona jurídica, es necesario que ésta actúe por medio de órganos para poder desarrollar su actividad, así, los administradores constituyen un órgano inderogable desde la perspectiva de la organización estructural de la persona jurídica sociedad y de la imputación de su actividad²³; ii) si bien es cierto lo anterior, tampoco puede desconocerse que la teoría orgánica por sí sola no explica la relación administrador-sociedad, toda vez que no sustenta con suficiencia el acto de nombramiento del administrador y el contenido de sus funciones²⁴. En consecuencia con lo anterior, el régimen de esta relación se integraría a partir de un doble contenido: de un lado, el contenido legal (todo el conjunto de normas de derecho societario), y de otro, el contenido voluntario (donde se encuentran todas aquellas normas dictadas en virtud de la autonomía privada de la sociedad: el contrato social, los estatutos, los reglamentos de funcionamiento del órgano y el acto de nombramiento). Si pese a lo descrito subsistiesen aún vacíos normativos que resultasen necesarios para completar el régimen de los administradores, deberá acudir a las normas del mandato y la representación, siempre que resulten compatibles con "las particularidades de la relación de administración"²⁵.

De la revisión general de las posturas actuales de la tradición romano-germánica, según hemos visto, es evidente que en unas y otras se acepta más o menos

ordenamientos tal contrato no tiene un régimen legal establecido), lo que llevaría a una indeterminación de la disciplina aplicable en caso de vacíos normativos dejados por la Ley Societaria o las partes. (Vid. entre otros a POLO (1992), p. 51).

- 23 Cfr. GIRÓN TENA (1952), pp. 336-337; y también POLO (1992), p. 52. Es además importante aclarar que el órgano no mantiene relación jurídica alguna con la sociedad, pues es un elemento estructural de la sociedad misma, en tanto que los administradores sí deben tener una relación jurídica que explique su vínculo con la sociedad.
- 24 Cfr. DESDENTADO (2002), pp. 51 y 52. Y en un sentido similar vid. POLO (1992), pp. 50-52; y también IGLESIAS (1971), p. 112.
- 25 Cfr. ESTEBAN VELASCO (1992), pp. 207-208; reiterado en ESTEBAN VELASCO (1995), p. 346-347, y nuevamente en ESTEBAN VELASCO, (1997), p. 746. Admitiendo la eficacia de la teoría orgánica, y sin que se confunda el sujeto con el órgano, no se debe negar que pueda existir otra relación entre la sociedad y los sujetos que se encuentran dentro del órgano, que para el caso de los administradores será normalmente una relación contractual de mandato: Cfr. ARENA (1969), p. 2537 y ss. Hay también quienes sostienen que el régimen jurídico de esta relación debe integrar su disciplina a partir del mandato, el arrendamiento de servicios e incluso el contrato de trabajo (Cfr. DESDENTADO (2002), pp. 51 y 52); debe precisarse en todo caso que esa afirmación puede presentar contradicciones en su construcción jurídica, pues es evidente que la disciplina de cada uno de estos contratos fue elaborada para cumplir funciones económicas que no necesariamente son coincidentes unas con otras, por tanto, quienes así piensan, tratan es de integrar los elementos de uno y otro contrato de forma que resulten pertinentes para complementar el régimen jurídico de los administradores.

de forma pacífica el hecho que la relación es de naturaleza "orgánica", sólo que para algunos esa relación se explica o se complementa además con una relación contractual (bien sea el contrato de sociedad o un contrato de mandato), en tanto que para otros, esa relación es aún hoy únicamente orgánica.

C. La llamada "relación fiduciaria" de los administradores

A estas aproximaciones propias del "civil law", tendremos que adicionar una originaria del "common law", y es aquella que califica el mencionado vínculo como una "relación fiduciaria". Esta aproximación de corte contractual, que si bien no pertenece a nuestra tradición jurídica ni deriva de ella, es una a la que debemos hacer referencia, toda vez que, en las últimas décadas esta teoría ha comenzado a ganar cada vez más espacio entre los doctrinantes de derecho continental, quienes no descartan, sugieren o incluso reclaman, una interpretación de la ley conforme a esta visión, sobre todo por lo que se refiere a la explicación de los deberes de los administradores²⁶, en cuyo ámbito la teoría orgánica tiene su mayor falencia y la teoría contractual clásica no justifica suficientemente. Para esta labor, nos detendremos un momento en el estudio de esta aproximación en los Estados Unidos²⁷, toda vez que a nuestro juicio, es una relación de la que hoy se habla mucho pero se comprende poco, y además, sólo así podremos analizar su validez o invalidez frente a la interpretación de ordenamientos de corte positivista.

El concepto de "relación fiduciaria" tiene su origen en el *common-law* británico, hace ya algo más de tres siglos²⁸, y desde entonces ha tenido una importante evolución jurisprudencial aplicando dicho concepto a distintas categorías de vínculos (legal, social o personal) que tienen como elemento común la "confianza" (*fiduciary*)²⁹ que un sujeto deposita en otro, cuando de esa confianza emana una posición de influencia y dominio³⁰. Este proceso, que se inició con la sencilla relación

26 Vid. entre otros: PORTELLANO (1996), p. 22; LLEBOT (1996), p. 46; QUIJANO/MAMBRILLA (2006), p. 946-947. Situación a la que no ha sido ajeno el legislador extranjero, como puede evidenciarse en numeral 7 de la exposición de motivos de la Ley de Transparencia Española de 2003, en la que se incorporó un nuevo régimen de deberes de los administradores a cuyo propósito es: «la definición de un marco de deberes razonablemente preciso de los miembros de los órganos de dirección viene a cumplir una triple finalidad: (...) aporta seguridad y certeza en cuanto a la apreciación del comportamiento exigible, con repercusiones decisivas en materia de responsabilidad derivada de la posición fiduciaria de los administradores en su relación con la sociedad» (el subrayado es nuestro).

27 Tomaremos como parámetro de nuestro estudio la evolución que de la "relación fiduciaria" se ha elaborado en los Estados Unidos de Norteamérica, toda vez que, a nuestro entender, es éste el país que se ha tomado como modelo en las últimas décadas a efectos de buscar una explicación de la relación fiduciaria en los ordenamientos de corte romano-germánico (tal y como ha ocurrido en Colombia como veremos más adelante).

28 Cuando en 1698 una Corte Inglesa se refirió a una especie de relación fiduciaria existente entre amo y siervo, llamada entonces Master-servant relationship (Cfr. HINESTROSA (2008), p. 518-519; y CASTRO (1986), p. 124).

29 El término "fiduciary" en inglés, proviene de la palabra latina que significa confianza.

30 Cfr. GUERRA (2003), p. 239.

existente entre amo y siervo, ha venido identificando –principalmente en Estados Unidos–, una serie de principios comunes que con el tiempo han sido trasladados a otras relaciones más complejas como la "agency"³¹ y el "trust"³², a cuyos esquemas jurídicos precisamente se ha buscado equiparar la relación administrador-sociedad (en virtud de las similitudes que comparten), a efectos de aplicar por analogía el amplio desarrollo jurisprudencial que de la relación fiduciaria se ha elaborado para estas figuras. La razón de esta asimilación, responde a que el administrador, como el "agent" y el "trustee", se encuentra inmerso en una relación de confianza que le comporta, al igual que éstos, el cumplimiento de un deber genérico de fidelidad llamado "fiduciary duty"³³ en el common-law todo aquel que deba cumplir ese deber genérico es llamado "fiduciary"³⁴.

- 31 Una relevante definición de "Agency" en la tradición jurídica norteamericana la podemos encontrar en la sección §1.01 de los "Restatements (third) of Law of Agency" (2006) elaborado por el "American Law Institute" (ALI) en donde se lee «Agency is the fiduciary relationship that arises when one person (a 'principal') manifests assent to another person (an 'agent') that the agent shall act on the principal's behalf and subject to the principal's control, and the agent manifests assent or otherwise consent so to act» (Se ha consultado la versión "on-line" disponible bajo suscripción en "Westlaw International"). A efectos de su mejor comprensión, podemos afirmar que la "Agency" equivale a lo que en el civil-law se conoce genéricamente como "Representación", y más específicamente como "Contrato de Mandato" con o sin representación, y por tanto, no debe traducirse como "agencia" –tal y como frecuentemente ocurre en la doctrina de lengua castellana–: Cfr. HINESTROSA (2008), pp. 517-518.
- 32 Si bien no hay una definición oficial de "Trust", ni tampoco una definición doctrinal pacíficamente aceptada, pueden destacarse las aproximaciones que han sido presentadas por el "American Law Institute" (en derecho norteamericano) y el Convenio de la Haya (aceptada como referencia relevante en el Reino Unido, toda vez que allí se ha ratificado el Convenio): Cfr. BÉRAUDO y TIRARD (2006), pp. 45-51. El "Restatement (Third) of Trust" sección §2, dice: «A trust (...) is a fiduciary relationship with respect to property, arising from a manifestation of intention to create that relationship and subjecting the person who holds title to the property to duties to deal with it for the benefit of charity or for one or more persons, at least one of whom is not the sole trustee» (Se ha consultado la versión disponible bajo suscripción en el sitio Web de Westlaw International). El Art. 2 del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre la Ley aplicable al Trust y a su reconocimiento, dice lo siguiente: «A efectos de este convenio, el término "trust" se refiere a las relaciones jurídicas creadas –por acto inter vivos o mortis causa– por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un trustee en interés de un beneficiario o con un fin determinado. El trust posee las características siguientes: a) los bienes del trust constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del trustee; b) el título sobre los bienes del trust se establece en nombre del trustee o de otra persona por cuenta del trustee; c) el trustee tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del trust y las obligaciones particulares que la ley le imponga. El hecho de que el constituyente conserve ciertas prerrogativas o que el trustee posea ciertos derechos como beneficiario no es incompatible necesariamente con la existencia de un trust.» (Versión en castellano publicada en el sitio Web oficial de la "Hague Conference on Private International Law" (Hcch)).
- 33 «A duty of utmost good faith, trust, confidence, and candor owed by a fiduciary (such [...] corporate officer) to the beneficiary (such [...] a shareholder)». (Black's Law Dictionary (2004) voz "fiduciary duty", p. 545.).
- 34 «A person who is required to act for the benefit of another person on all matters within the scope of their relationship; one who owes to another the duties of good faith, trust, confidence, and candor –the corporate officer is a fiduciary to the corporation–». (Black's Law Dictionary (2004) voz "fiduciary", p. 658.).

Lo anterior, sin embargo, nos presenta una realidad a medias, pues en la actualidad, gracias al amplio desarrollo, especialidad y complejidad que ha experimentado la función de administración de las sociedades en los Estados Unidos, se ha llegado a la necesidad de diferenciar la posición jurídica de los "directors" y de los "officers"³⁵. Así pues, se sostiene que para los "directors"³⁶—que sólo sean miembros del Consejo de Administración o Junta Directiva (*Board of Directors*)—la "agency"³⁷ y el "trust"³⁸ no son suficientes para explicar el régimen que gobierna la "relación fiduciaria", y es por ello, que la doctrina y la jurisprudencia de las últimas décadas han acordado denominar la relación fiduciaria de estos administradores como una relación "sui generis"³⁹—determinada por las leyes societarias, la autonomía privada y la jurisprudencia en aplicación de los principios generales de las relaciones fiduciarias— que no es susceptible de ser encuadrada dentro de los esquemas de la "agency" o el "trust"⁴⁰. Por el contrario, respecto de los "Officers"⁴¹, sí se admite que

- 35 Esta distinción entre "directors" y "officers" curiosamente también ha sido seguida en tiempos recientes por ordenamientos de la Europa Continental, tal y como ocurre en Francia, en donde a partir de la "Loi NRE du 15 mai 2001" se introduce la posibilidad (por inspiración claramente norteamericana) de separar las funciones del presidente ("president") y el director general ("directeur général"): Cfr. COZIAN, VIANDIER y DEBOISSY (2006), p. 223.
- 36 Toda sociedad tiene por lo general un Consejo de Administración, el cual puede estar constituido por uno o más miembros, en quién(es) recaen todos los poderes de la administración societaria, aún cuando normalmente cumplen simples funciones de supervisión sobre los "officers". Vid. Sección §8.01 y ss. del "Revised Model Business Corporation Act" (RMBCA) elaborado por la "American Bar Association" (ABA) (Se ha consultado la tercera edición revisada en el año 2002); Sección §141 del Delaware Corporation and Business Entity Laws" (Del.); y CLARK (1986), p. 105 y ss.
- 37 Téngase presente cómo desde el "Restatement (second) of Agency" ALI (1958) se ha negado expresamente que un miembro del consejo de administración pueda ser considerado como un "agent": «Neither the board of directors nor and individual of a Business is, as such, an agent of the Corporation or of its members» Sección §14C. Sostiene la doctrina norteamericana que se opone a la asimilación de los "directors" con los "Agents", que jurídicamente existen diferencias que se derivan de la posición autónoma de los "directors", cuyas principales razones pueden resumirse como sigue: i) «mientras en la agency relationship el principal retiene el poder de controlar y dirigir las actividades del agent, por el contrario, los accionistas, en general, no pueden, una vez nombrados los administradores, estar impartiendoles constantemente instrucciones»; ii) «mientras el principal puede revocar en cualquier momento el poder del agent, los accionistas (individualmente considerados), no pueden separar de ese modo a los administradores». (LLEBOT (1996), p. 35 nota 13).
- 38 Sobre la insuficiencia del "trust" para explicar la relación administrador-sociedad, explica GUERRA (2003), p. 240, con fundamento en la doctrina norteamericana: «Mientras los trustees están encargados, con carácter general, del mantenimiento de los bienes o valores bajo su control y no pueden realizar actos de carácter especulativo respecto a los mismos, los administradores, en cambio, pueden llevar a cabo actividades que comporten un cierto riesgo para el patrimonio que administran, que supondría en sí misma una causa de ruptura del trust, y que impiden, por tanto, que los mismos puedan ser caracterizados como trustees».
- 39 Algunos la califican de "special status": Cfr. CLARK (1986), p. 112.
- 40 Cfr. HAMILTON (2000), p. 445 y GUERRA MARTÍN (2003), p. 241.
- 41 Los "officers" son genéricamente conocidos como el "Management", y son los ejecutores de las decisiones tomadas por el "Board of Directors", aún cuando en la práctica son un verdadero centro de decisión (sobre todo en las grandes sociedades): Cfr. CARY y EISENBERG (1988), p. 155. Vid. Secciones §8.40 MBCA, §142 Del, y CLARK (1986), p. 113 y ss. El término "director" no tiene un carácter unívoco ni en la doctrina ni en las distintas

su relación con la sociedad sea identificada con la "agency", y en consecuencia, se sostiene de forma casi unánime que la relación fiduciaria que tiene el "agent" frente al "principal", es la misma que tiene el "Officer" frente a la sociedad⁴², y por tanto que, la construcción jurídica de los principios de la "agency relationship" (incluidos los deberes fiduciarios que allí han sido detallados) le resultan igualmente aplicables, aún cuando con particularidades, a estos administradores⁴³.

Por todo lo anterior, esa relación fiduciaria (de "confianza") que se entabla cuando una persona se encuentra bajo el deber de actuar en beneficio de otra a efectos de desarrollar una(s) determinada(s) gestión(es)⁴⁴, en el campo del derecho de sociedades estadounidense adquiere una especial cualificación, para significar que: es la relación que surge entre el administrador y la sociedad, en donde, el primero se compromete a actuar con el más alto grado de buena fe frente al segundo, en aras de alcanzar los objetivos sociales⁴⁵. En correspondencia con esa particularidad, se le atribuye al administrador un régimen de responsabilidad más intenso que los establecidos en las relaciones contractuales, lo que le significa el cumplimiento, a partir del genérico deber de fidelidad (*fiduciary duty*), de unas reglas más estrictas de transparencia informativa, un mayor deber de diligencia, y un deber de lealtad con un amplio régimen en materia de conflictos de intereses⁴⁶. Esa relación fiduciaria será interpretada y complementada para los "officer" en función de la "agency" y para los "directors" en función de las leyes societarias, la autonomía privada y la jurisprudencia en aplicación de los principios generales de las relaciones fiduciarias.

Los comentarios que nos merece esta teoría de cara a la interpretación de un ordenamiento positivo en concreto, los presentaremos en la parte final de la tercera sección de este trabajo.

legislaciones estatales de los Estados Unidos, de ahí que bajo ese término se encierren denominaciones como: "president" y "chief executive officer", entre otros muchos (Vid. ampliamente en: GUERRA (2003), pp. 289-292).

42 Un sector de la doctrina sostiene, sin embargo, que los "officers" no son "agents" de la sociedad sino del "board of directors" Vid. CARY y EISENBERG (1988), p. 155.

43 Cfr. CLARK (1986), p. 114-117. Vid. También: HAMILTON (2000), p. 324-325.

44 Cfr. Black's Law Dictionary (2004) voz "fiduciary relationship", primera parte, p. 1315.

45 Vid. ALLEN, KRAAKMAN, SUBRAMANIAN, (2007), p. 35.

46 Vid. entre otros: QUIJANO/MAMBRILLA (2006), p. 946-947; SERRANO (2008), pp. 302-304; MORILLAS JARILLO (2002), p. 100-106. De otra parte, conviene dejar presente que algunos autores destacan que todo "fiduciary" tiene además de los descritos deberes de lealtad y diligencia, un tercer deber consistente en actuar de una forma coherente con el o los documentos que dieron origen a sus potestades, deber que para el caso de los administradores se manifiesta por el cumplimiento de aquellas obligaciones que le fueron impuestas por los "estatutos sociales" (*foundational documents of the firm*), de cuyo incumplimiento sólo podrá excusarse si puede probar que actuó de conformidad a los mejores intereses de la sociedad: Cfr. ALLEN (1998), p. 315. En relación con los específicos deberes de los "officers", en cuanto "agents" de la sociedad, Vid. secciones 8.1 a 8.11 del "Restatement (third) of agency" (para cuyo propósito se puede ver más nítidamente la esquematización de deberes que hemos presentado, por cuanto allí se habla en primera instancia de un principio general como "Fiduciary" y luego de los deberes de lealtad (*duties of loyalty*) y diligencia (*duties of performance*)); Vid. también: La sección 8.42 del RMBCA (ABA).

II. LA RELACIÓN ADMINISTRADOR–SOCIEDAD EN EL DERECHO COLOMBIANO

Terminada esta etapa de revisión general de la corrientes teóricas del derecho comparado en torno a la definición del vínculo administrador-sociedad, sea ahora el momento de examinar nuestro derecho positivo, así como nuestra jurisprudencia y doctrina, confrontándolo con los desarrollos que esta materia ha tenido en los ordenamientos que nos sirven de referencia, pues sólo así será posible evaluar con mayor precisión el estado actual de desarrollo sobre este problema jurídico en nuestro entorno. A estos efectos, realizaremos una exposición de las normas legales que rigen la materia, seguida de las interpretaciones que sobre el tema ha hecho la jurisprudencia y la doctrina nacional, todo a partir de una organización propia de disposiciones y argumentos.

A. Marco normativo

En ese orden, conviene iniciar recordando quiénes son considerados “administradores” en Colombia conforme al derecho vigente, razón por la cual debemos acudir al art. 22 de Ley 222 de 1995⁴⁷ (en adelante L.222/95) donde se nos indica de forma precisa que son considerados como tales el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de las juntas o consejos directivos y quienes conforme a los estatutos ejerzan u ostenten esas funciones. Este elenco, del cual si bien se discute su taxatividad, conviene tenerlo desde ahora muy presente a efectos de precisar el vínculo jurídico que los une a la sociedad, pues, como veremos, aquel puede ser diferente en cada caso.

En la materia concreta que nos ocupa, debemos advertir en primera instancia que el Código de Comercio de 1887 calificaba de forma expresa la relación entre la sociedad y sus administradores como un contrato de mandato (arts. 582 y 583 del citado código)⁴⁸, siguiendo de este modo, como vimos, la tradición jurídica francesa predominante en aquel entonces. Pero a partir de la promulgación del vigente Código de Comercio de 1971 (C. Com.), el legislador optó por eliminar aquellas disposiciones que hacían referencia expresa al mandato, situación que se presentó gracias a la ausencia de acuerdo entre los miembros de la comisión redactora⁴⁹,

47 Ley 222 de diciembre 20 de 1995 «Por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones», publicada en el Diario Oficial No. 42.156 de 20 de diciembre de 1995.

48 Rezaba el primer inciso del art. 582 «*La sociedad anónima es administrada por mandatarios temporales y revocables (...)*» y el inciso primero del art. 583 «*Los administradores no son responsables sino de la ejecución del mandato que recibieren*» (Se ha consultado el Código de Comercio Terrestre de 1887 publicado en: «*Compilación Mercantil y Bancaria*» (1927), Ed. Imprenta Nacional). Dentro de esas reglas del mandato que eran llamadas a complementar el régimen de los administradores, se aplicaban de forma especial aquellas de la “preposición”: Cfr. PINZÓN (1982), p. 229.

49 Vid. PINZÓN (1998), p. 236.

entre quienes abogaban por la implantación de las entonces consideradas modernas doctrinas organicistas, y quienes por el contrario, consideraban oportuno que se mantuviese la estructura hasta entonces vigente⁵⁰. Es por lo anterior, que desde la publicación del Código de Comercio de 1971, la calificación de este vínculo deja de ser un aspecto claro desde el punto de vista del derecho positivo, y pasa a ser ámbito de un amplio debate interpretativo que se mantiene hasta nuestros días.

Con la entrada en vigencia de la L.222/95, en la cual se buscó, entre otros asuntos, una modernización del estatuto de los administradores en Colombia (particularmente con relación a sus deberes y responsabilidades), se hizo un aporte significativo al debate sobre la materia aceptando la validez de la concepción orgánica en el ámbito del gobierno societario, así, en el Capítulo IV del Título I de la L. 222 /95 de forma expresa titula "Órganos Sociales", y en él se reglamentan las disposiciones relativas a las Asambleas o Juntas de Socios (sección I) y Administradores (sección II), y de la misma manera, se incorporan disposiciones normativas que de forma manifiesta hacen alusión a los administradores como "órgano"⁵¹. Pese a lo anterior, se echa de menos alguna disposición que de manera diáfana exprese si esa denominación, ahora generalizada de la administración como órgano societario, significa o no una adopción definitiva de la teoría orgánica con el consecuente abandono de la visión contractualista.

El no haberse zanjado de forma definitiva esta situación a favor de la visión orgánica, deja como consecuencia abierto el debate interpretativo en el ámbito de la jurisprudencia y la doctrina, sobre todo porque quedan vigentes disposiciones que regulan el régimen societario que, si bien dispersas y no en sí mismas concluyentes, sumadas en conjunto podrían válidamente llevar a considerar que la noción contractualista que explica la relación administrador-sociedad a partir del contrato de mandato se mantiene aún hoy plenamente vigente, o que al menos, convive con la

50 Esta afirmación se hace evidente en la descripción y distribución de las normas legales que desde entonces comenzaron a regir el gobierno societario con el nuevo Código. En efecto, la nueva normativa procura omitir cualquier calificación que de forma expresa evoque la aceptación de la administración societaria como un "órgano social", así, nótese como el libro II del Código de Comercio "De las Sociedades Comerciales", cuando trata de los aspectos generales de las sociedades (Título I) denomina la parte relativa al gobierno societario (Capítulo VII) simplemente de "Asamblea o Junta de Socios y Administradores", situación que se repite en tratándose de la sociedad Anónima (Título VI) cuando denomina el Capítulo III sólo como "Dirección y Administración", y de igual forma tratándose de la sociedad colectiva (Título III - capítulo II); los demás tipos societarios no tienen un capitulado específico en relación al gobierno societario. Junto con lo anterior, debe destacarse cómo en la redacción original del Código sólo es posible encontrar unas mínimas y muy dispersas referencias al "organicismo" en la administración de la sociedad, estas son: el num. 7 del art. 420 del C. Com. (hablando de las funciones de la Asamblea General); el art. 204 C. Com. (respecto de las sociedades extranjeras); y el art. 464 C. Com. (sobre las sociedades de economía mixta), a destacar que las últimas dos normas corresponden a regímenes especiales.

51 Cfr. en la L.222/95 los artículos: 20 inciso 1; 23 inciso final; 27 (que sustituye el art. 261 num. 3 del C. Com.); 45; 48; y, 84 literal a).

visión orgánica. Las disposiciones a que hacemos referencia se podrían sistematizar como sigue: i) aquellas que dejan entrever en la relación administrador-sociedad la presencia de dos sujetos diferentes, esto es, de un lado la sociedad, y de otro, los administradores, en donde los últimos ostentan una personalidad jurídica distinta de la sociedad que representan, situación que se manifiesta fundamentalmente en las normas: que exigen una "rendición de cuentas" por parte del administrador frente a la sociedad (arts. 187.2-3, 318 y 446 del C.Com.; y el art. 45 L.222/95), y las que delimitan un régimen de responsabilidad de los administradores (arts. 200, 308, 358.4 y 420.3 del C.Com.; y el art. 25 L.222/95); ii) aquellas que demuestran que entre el administrador y la sociedad subyace un "contrato" distinto del de sociedad, particularmente notorio por la presencia de un nombramiento por parte de la sociedad y una aceptación por parte del administrador (artículo 163 C. Com.); iii) aquellas donde es visible una concurrencia de características entre la administración societaria y el contrato de mandato, como puede evidenciarse de las normas que: garantizan a la sociedad la facultad de libre nombramiento y remoción del administrador (arts. 163, 187.4, 358.5, 420.4 y 440 C.Com), también las que colocan en evidencia al administrador como gestor de intereses ajenos (artículo 23 L.222/95), igualmente, las que prevén la utilización de instrumentos comunes en la celebración del negocio como lo es "poder"⁵² (artículos 114 y 447 del C. Com), y finalmente, las que se asemejan por la amplitud de facultades al mandato "general" (artículos 311 y 438; artículo 72.8 L.222/95).

Para finalizar esta parte del marco normativo, valga recordar cómo la gran mayoría de estas disposiciones subordinan su aplicación a un silencio por parte del contrato social, bien sea en la calificación jurídica del vínculo o en algunos de los aspectos que hemos destacado, salvo la aplicación imperativa de algunas normas, en particular, las atinentes a los deberes y responsabilidades de los administradores⁵³. En este mismo plano de la autonomía privada, y para terminar, no hemos encontrado sugerencias específicas por parte de los modelos de código de buen gobierno en Colombia (salvo quizás una reiteración en la calificación de los administradores como "órgano")⁵⁴, que contribuyan de forma significativa a dar claridad sobre el tema que nos ocupa.

52 «El poder de representación es el fundamento de la eficacia del negocio representativo: "constituye un requisito legal de eficacia" de éste. Dicho poder, (...) puede derivar de la ley, exclusivamente (*ope legis*), o de esta y su puntualización en un acto judicial (*ope iudicis*) o administrativo, o de una disposición estatutaria de la persona jurídica, sola o desarrollada por una decisión de la junta de socios o de la junta directiva, o, en fin, de un acto del interesado»: HINESTROSA (2008), p. 203.

53 Situación que se presenta de manera idéntica en otros ordenamientos, Vid. entre otros muchos COZIAN, VIANDIER y DEBOISSY (2006), p. 121.

54 En la "Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia" (2009) hay referencias expresas a la administración como órgano en las medidas: 1, 2, 3, 20, 21, 24 y 25, y en el Código País (2007) en las recomendaciones 16 y 21.

B. Interpretación de las normas vigentes

Ante el panorama legal descrito, subsiste, como hemos dejado entrever, un interesante listado de preguntas en cuanto al vínculo jurídico administrador-sociedad, que podríamos resumir así: i) ¿se encuentra vigente en Colombia la teoría contractual que explica esta relación a partir del mandato representativo?; ii) ¿se encuentra efectivamente vigente la teoría orgánica?; iii) ¿subsisten pacíficamente las teorías contractual y orgánica, bajo lo que podríamos denominar una teoría mixta?; iv) ¿existe espacio legal para admitir una posible explicación de esta relación a partir de las doctrinas anglosajonas de la relación fiduciaria? Sobre todos o algunos de estos planteamientos se han manifestado los intérpretes del derecho en Colombia a partir de aproximaciones que ciertamente no podríamos calificar de uniformes. En una exposición breve de estas interpretaciones presentaremos: en primera instancia la visión jurisprudencial, y en segunda instancia las distintas visiones de la doctrina nacional, empezando como es obvio, por la Superintendencia de Sociedades, y continuando con las aportaciones de algunos de los autores más representativos en la materia.

A nivel jurisprudencial, cuyos pronunciamientos ciertamente son escasos en el ámbito que nos ocupa⁵⁵, quisiéramos destacar una reciente sentencia del máximo tribunal constitucional colombiano, quien, en un análisis de constitucionalidad de los artículos 198 y 440 del Código de Comercio, explicó que la relación administrador-sociedad será: i) la que determine el "Contrato Social" inscrito en el registro mercantil, siempre que se respete la configuración de los tipos societarios (tomando por fundamento el artículo 196 inciso 2° del Código de Comercio); ii) a falta de estipulación contractual, reiterando la jurisprudencia de la Sentencia C-434/96⁵⁶,

55 La jurisprudencia es escasa en el ámbito del derecho societario, y particularmente en lo atinente al gobierno de las sociedades, por cuanto los conflictos interpretativos en asuntos de empresa rara vez suele, diferirse a estancias judiciales, y esto no sólo porque la mayoría de esos asuntos son atendidos, en virtud de su competencia legal, por la Superintendencia de Sociedades (o Financiera en los supuestos que aplica), sino porque este tipo de problemas requiere de decisiones ágiles, a cuyo requerimiento el aparato jurisdiccional nacional no puede responder, razón por la cual, suele acudir de forma casi generalizada a los procedimientos de resolución de conflictos internos o externos que mejor respondan a los intereses de la sociedad o los asociados.

56 La sentencia de esa misma Corporación que se cita como precedente jurisprudencial, expresa sobre el particular simplemente que: «No es necesario recalcar la especial relación de confianza que surge entre el ente asociativo y tales funcionarios, por lo cual no es extraño que la ley haya resuelto dar a su nexo jurídico con la sociedad un trato diferente del que la liga con el resto de trabajadores» y seguidamente explicando la improcedencia de la "acción de reintegro" en materia laboral para los administradores de sociedades señala, que de reconocerse «implicaría que la sociedad se viera obligada a confiar la administración (...) de su patrimonio e intereses, con la más amplia capacidad de decisión y manejo, a personas en las cuales no se tiene la indispensable confianza»: CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-434/96 "Demanda de Inconstitucionalidad contra los artículos 43 y 232 de la Ley 222 de 1995", Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, dada en Bogotá (Colombia) el 12 de Septiembre de 1996, Consideraciones de la Corte párrafos 19 y 20).

se entenderá que la naturaleza de la vinculación jurídica entre la sociedad y sus administradores es una "especial relación de confianza" que genera consecuencias jurídicas, relación que se infiere de los deberes generales y específicos descritos en el art. 23 de la Ley 222 de 1995 –en particular por el deber ético de lealtad en el manejo de los intereses de los asociados–⁵⁷.

Por lo que respecta a la doctrina de la Superintendencia de Sociedades de Colombia (en adelante "Supersociedades"), que sin duda es de gran relevancia en la interpretación de esta materia⁵⁸, en la Circular Externa 100-06 de 2008 (en adelante "Cir. Ext. 100-006")⁵⁹ –que tiene la vocación de unificar toda la doctrina de esa corporación pública con relación al régimen jurídico de los administradores–⁶⁰, podemos encontrar una aproximación a la relación administrador-sociedad que podríamos calificar de "ambigua", toda vez que, de un lado, no dedica ningún apartado de la Circular a esclarecer de forma específica este aspecto (lo cual a nuestro juicio habría sido deseable), y de otro lado, porque cuando se refiere de forma "indirecta" al vínculo jurídico aplicable a los distintos administradores, lo hace utilizando expresiones diferentes que incluso pueden resultar contradictorias, así: unas veces se refiere al administrador como "órgano"⁶¹ (teoría orgánica); otra, lo

57 Reconstrucción y síntesis de las consideraciones 3.2, 3.4, 5.3 y 5.4 expresados por: CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-384/08 «Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 198 y 440 (parciales) del Decreto 410 de 1991 (Código de Comercio)», Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño, dada en Bogotá (Colombia) el 23 de abril de 2008). Puede destacarse igualmente de esta sentencia, la transcripción que hace la Corte en el apartado de "Intervenciones" que corresponde a la defensa que hace el Ministerio de Protección Social, el cual sostiene –a propósito de diferenciar el vínculo administrador sociedad con el vínculo laboral – que «(...) el nombramiento de los administradores y demás representantes (...) son contratos de mandato, cuya normatividad aplicable son las dispuestas en el Código de Comercio y el Código Civil dada la naturaleza del contrato.» (Apartado 3, "Intervenciones"). El subrayado es nuestro.

58 Dentro de las facultades de esta entidad administrativa con funciones jurisdiccionales extraordinarias, ha sido particularmente fructífera su función de interpretación de las normas mercantiles, al punto que la verdadera jurisprudencia en materia de sociedades no se encuentre en sentencias judiciales, sino en las providencias que este organismo profiere en ejercicio de su control de legalidad y consulta (REYES (2004), p. 475). Debe reconocerse en todo caso, que aún cuando se califique, por la doctrina nacional los pronunciamientos de esta entidad con un gran valor interpretativo, al punto de denominarlo de "verdadera jurisprudencia", en sentido estricto jurídico no lo es, pues respecto de las "circulares externas" (como la que nos ocupa), la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en Sentencia 48 del 22 de abril de 1999 expresó: «las circulares externas de la Superintendencia de Sociedades que no crean, modifiquen o extingan situación jurídica alguna, no son actos administrativos por no producir efectos jurídicos, y por tanto, simplemente constituyen un parecer u opinión sin carácter obligatorio».

59 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES: «Circular Externa 100-006 de 25 de marzo de 2008, "Representantes legales, liquidadores y miembros de juntas directivas de sociedades comerciales"», Publicada en el Diario Oficial 46.941 del 26 de marzo de 2008, Bogotá (Colombia).

60 Esta Circular deroga las circulares anteriores dictadas sobre la materia y las demás que le sean contrarias: párrafo final de la Cir. Ext. 100-006.

61 La Supersociedades se refiere de forma expresa de los administradores como "órgano", aún

define como "gestor de negocios ajenos"⁶²; y finalmente, en otras llama —respecto de los "administradores factores"⁶³ y los "administradores que conforme a los estatutos detentan esas funciones"⁶⁴— al contrato de mandato (teoría contractual en su vertiente de mandato representativo).

En el plano de la doctrina nacional es posible identificar posiciones que se corresponden en lo esencial a las teorías que hemos expuesto en la parte de derecho comparado, así pues, encontraremos algunos muy cercanos a la teoría contractual del mandato representativo, otros más próximos a la visión orgánica, y finalmente, algunos que invitan a una posible interpretación en función de una relación fiduciaria⁶⁵.

cuando ciertamente sin la intención de definir el vínculo jurídico entre administrador y sociedad, en los siguientes apartados: «La diligencia del buen hombre de negocios, lleva implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, el de 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» (2.1.3. párrafo segundo); y luego «3.5.2. Algunos casos en los cuales no se configura el uso indebido de la información privilegiada: (...) c) Cuando es puesta a disposición de los órganos que tienen derecho a conocerla, tales como (...) la Junta Directiva (...)» (el subrayado es nuestro).

- 62 Sostiene la Supersociedades en el apartado 2 párrafo 3: «La Ley 222, adicionalmente impone a los administradores el deber de observar una diligencia superior a la que hasta ahora se les exigía, 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» (El subrayado es nuestro). Con esta afirmación, la Supersociedades está interpretando el régimen de los administradores, en particular el deber de diligencia que les es exigible, en función de que su actividad es una "Gestión de negocios ajenos" y por tanto atribuye una diligencia superior, aquella que corresponde a la gestión de negocios ajenos. Debe recordarse a estos efectos, que en estricto sentido la gestión de negocios ajenos es una provisión espontánea de intereses ajenos, que alguien asume sin estar provisto o de poder o de obligación de para ello: Cfr. Art. 2304 C.C. y HINESTROSA (2008), pp. 477-478.
- 63 Con relación al "Factor", la Supersociedades no duda en calificar su relación jurídica a partir de la norma del 1332 del C.Com. (Punto 1, párrafo 2). Esta remisión normativa tiene, sin embargo, importantes consecuencias, toda vez que esa norma es la que define el contrato de "preposición", el cual reza «La preposición es una forma de mandato que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo. En este caso, el mandatario se le llamará factor» (el subrayado es nuestro). De la interpretación conjunta del apartado que citamos en la Resolución y el texto de la remisión normativa que hace, no queda duda, a nuestro juicio, en cuanto que el vínculo jurídico entre el administrador "factor" y la sociedad es para la Superintendencia la del contrato de "mandato". De igual forma, en el apartado 5.2. numeral 8, tratando la responsabilidad de los administradores, dice: «el factor debe indemnizar a la sociedad preponente por los perjuicios derivados del incumplimiento de las normas contables, fiscales y administrativas relativas al establecimiento administrado (C.Co., art. 1338)» con lo cual se reafirma la aplicación del régimen del contrato de preposición (que a su turno es una forma de mandato).
- 64 Por lo que corresponde a "quienes de acuerdo con los estatutos detentan funciones administrativas" la Supersociedades dice se presenta un "fenómeno análogo" al de los factores (Punto 1, párrafo 3). De esta afirmación podría "inferirse" que el régimen jurídico aplicable para estos administradores sería el mismo que el de los factores, es decir, el de la relación de mandato.
- 65 En este elenco no podemos, sin embargo, olvidar a quienes opinan que para determinar el régimen jurídico aplicable a los administradores no es menester profundizar en los

En ese orden, quienes defienden la teoría contractual sobre la base del mandato, sostienen que a pesar de la normativa vigente, en la que se ha prescindido de las expresiones "mandato" y "mandatario" para calificar la relación jurídica de los administradores con la sociedad, ello no impide que, en búsqueda de una tipificación que repare en lo esencial en aras de integrar el orden jurídico, siga tratando a los administradores como los gestores de negocios sociales que son a partir de la doctrina y la jurisprudencia ya consolidada en Colombia en materia de "mandato"⁶⁶, aun cuando, reconocen la necesidad de diferenciar su régimen jurídico en función del tipo de sociedad que administran, distinguiendo así entre: las sociedades en las que la administración social corresponde a todos los socios, en donde los administradores estarán además vinculados en función del "contrato social"⁶⁷; y las sociedades en la que la administración es ejercida por gestores temporales y revocables, para quienes se aplica fundamentalmente las normas del "mandato general"⁶⁸.

debates teóricos intentando hacer una adecuación típica de esta relación dentro de una visión organicista o contractualista, pues lo importante es velar porque se desarrolle la actividad de administración de una forma responsable que además proteja los intereses de los inversionistas, «(...) *La denominación de "funcionarios", "delegados" o cualquier otra, resulta totalmente inútil si el sistema jurídico, a través de la ley positiva, la jurisprudencia o la costumbre, no impone un contenido específico a la relación jurídica que sea coherente con los intereses que es necesario proteger*»: Cfr. CASTRO (1986), p. 137, aún cuando esta autora, es también proclive a una interpretación en el contexto del mandato, al tiempo que próxima al esquema anglosajón.

- 66 Cfr. PINZÓN (1998), p. 236 -239 (posición que viene defendiendo de forma intacta durante las distintas ediciones de esta obra, siendo la de 1982 la primera que consultamos a estos efectos). En sentido muy próximo Vid. LEAL PÉREZ (2007), p. 413.
- 67 En estos casos, explica el autor, la relación de los administradores es de una naturaleza contractual que surge del mismo "contrato social", aun cuando se delegue dicho encargo con todas o algunas de sus facultades, porque: i) la ejecución del encargo de administración da origen a una relación con la sociedad que es distinta a la que se tiene en calidad de socio; ii) quien o quienes actúen como administradores, sean o no socios, tienen una personalidad jurídica distinta de la sociedad representada, lo cual se evidencia en la rendición de cuentas a que están obligados por vía del art. 318 C.Com. (GABINO (1998), p. 237).
- 68 Para estos casos, su relación es una "gestión de negocios sociales" (que no debe confundirse con una gestión de negocios ajenos), regida por los principios y reglas del mandato, en especial el llamado "mandato general", porque: i) los administradores de estas sociedades tienen a su cargo la gestión de los negocios sociales, actuando "por cuenta de la sociedad" (sean o no representantes de ésta), lo cual se lleva a cabo no de forma oficiosa, sino en ejecución y sujeción a las instrucciones impartidas por los socios (bien por estar en el contrato social, o en las decisiones de la asamblea general, o las juntas directivas que han sido nombradas por los socios a estos efectos); ii) de esa gestión debe haber una rendición de cuentas debidamente documentada, la cual debe ser aprobada por la asamblea o junta general; iii) los administradores deben responder de los perjuicios que causen frente a la sociedad, y además, frente a los socios y terceros. (GABINO (1998), 237-238). Vid. también CASTRO (1986), p. 137, quien respalda la aplicación de la normas del mandato respecto de los administradores que son tratados como gestores: «*si con ello se logra proteger el interés de la sociedad y los asociados, evitando los conflictos de interés y el beneficio indebido (...)*». En una línea de pensamiento similar se encuentra también LEAL PÉREZ (2007), p. 373, quien sostiene que para saber cuál es la naturaleza jurídica de los administradores en Colombia, es necesario distinguir entre aquellos que tienen la representación de la sociedad y quienes no la tienen; si el administrador es el representante legal, entonces

De otro lado, quienes prefieren una interpretación próxima a las doctrinas organicistas, argumentan en primera instancia que el régimen legal (actividad y funcionamiento) de los administradores de sociedades en el esquema tradicional (romano-germánico) tenía como punto de referencia la teoría de la representación bajo el esquema mandante-mandatario, más que la concepción contemporánea, que supera enteramente el esquema tradicional⁶⁹, se enmarca dentro de la teoría organicista. Según ellos, conforme a esta nueva visión la gestión social se ejerce es por funcionarios a quienes la ley y el contrato social les concede la facultad de administrar la sociedad "dentro de su objeto social y conforme a la competencia otorgada a cada órgano"⁷⁰. Así pues, resulta aplicable de pleno la visión orgánica en Colombia, por la misma naturaleza de las sociedades, toda vez que, como personas jurídicas, necesariamente requieren del concurso de unos "individuos" (personas físicas) llamadas "órganos", quienes fungen como medios o instrumentos indispensables a efectos de que la sociedad actúe y se exprese en el tráfico jurídico⁷¹. De la misma manera, los seguidores de esta visión, hacen una distinción entre el régimen aplicable al "órgano de administración" (todo aquel que desempeñe funciones administrativas), y el aplicable al "órgano de representación" (representante legal, que puede recibir denominaciones diversas: como presidente o gerente, y en caso de disolución, se llama "liquidador"), de la siguiente manera: i) respecto del primero, se afirma tiene un vínculo "sui generis", por cuanto ostenta poderes más amplios y

su vínculo jurídico con la sociedad será la del "mandato representativo", más si es un administrador que no tiene atribuida esta facultad, entonces estaremos en presencia de un mero funcionario. Respecto de los administradores temporales y revocables, cabe traer a colación la opinión emitida por la Superintendencia Bancaria de Colombia en 1978, cuando a propósito expresó que: «(...) los administradores son mandatarios y que, por ende, sus obligaciones son las previstas para los mandatarios en los estatutos civil (arts. 2142 y ss.) y comercial (arts. 1266 y ss.)», esto sobre el fundamento del « (...) art. 373 del C. de Co., el cual dispone que la sociedad anónima "será administrada por gestores temporales y revocables"». (CASTRO (1986), p. 137 citando: SUPERINTENDENCIA BANCARIA: «Doctrinas y Conceptos», tomo IV, Biblioteca Banco Popular, 1978, p. 212.).

69 Los principales argumentos que respaldan esta teoría, en detrimento de la visión contractualista del mandato representativo, podrían agruparse como sigue: i) en la persona jurídica «no existen acuerdos de voluntad específicos (mandato) sino que se consideran implícitos en la organización de todo ente asociativo y surgen en el mismo instante en que éste se constituye y nace la persona jurídica»; ii) las funciones de cada órgano no se reciben por delegación, sino que son poderes propios del mismo órgano; iii) en virtud del "contrato plurilateral de organización" de la sociedad se supera "totalmente" el contrato de mandato; iv) la representación voluntaria no cubre todos los aspectos de la gestión social; v) el esquema del mandato no responde a la actuación y a la estructura del ente asociativo; vi) los órganos de la sociedad no actúan por la sociedad, sino que la sociedad obra por conducto de esos órganos. (Cfr. NARVÁEZ (1997), p. 281-283.)

70 Cfr. REYES VILLAMIZAR (2004), p. 441 y NARVÁEZ (1997), p. 281: este último, de forma más enfática, afirma que la visión contractualista ya ha sido "abandonada definitivamente y sustituida por la de los órganos sociales", y por tanto, que la única doctrina hoy vigente es la organicista.

71 Cfr. HINESTROSA (2008), pp. 182-183.

responsabilidades más severas que las inherentes a cualquier tipo contractual⁷²; ii) En lo atinente al segundo (órgano de representación), se sostiene que es una relación de "representación", mas se trata de una representación "legal" que no debe confundirse con el mandato⁷³.

Por último, tenemos un grupo de autores que, al igual que otros ordenamientos de derecho positivo, también defienden que el vínculo administrador-sociedad podría ser interpretado conforme a la aproximación anglosajona de la relación fiduciaria. Para ellos, más importante que ahondar en el debate contractualismo-organicismo del sistema de derecho civil, lo que resulta útil para nuestro ordenamiento es tomar en consideración los grandes avances que sobre la materia se han presentado en el "common law", donde la relación administrador-sociedad, identificada como "fiduciaria", tiene un contenido propio que resulta de la aplicación de reglas jurídicas y precedentes judiciales detallados que dota de profesionalidad a la administración societaria, garantizando, a su vez, la confianza depositada por los inversionistas, las cuales, sin embargo, son lo suficientemente flexibles como para adaptarse y extenderse a las situaciones especiales que demanda la administración societaria⁷⁴. Así pues, entienden que en Colombia también los administradores se encuentran vinculados con la sociedad a partir de una "relación fiduciaria" —o al

72 Explicando este supuesto, el autor afirma: «Las atribuciones y deberes están consagrados en la ley y en los estatutos sociales, y varían según la forma societaria de que se trate y la organización interna de ésta», y más adelante dice: «los administradores no son mandatarios de los asociados ni de la sociedad sino funcionarios que proceden por cuenta y en nombre de la sociedad dentro del ámbito de las atribuciones que les señalan los estatutos sociales. Sabido es que el mandato requiere, por una parte la voluntad del mandante, y por la otra la del mandatario, situación diferente a la que ofrece el funcionamiento de los órganos sociales, cada cual obrando dentro del ámbito de las atribuciones legales y estatutarias. Desde luego, la administración no es idéntica en todas las formas asociativas, por lo cual es necesario estudiarla en cada tipo, según su regulación legal específica». (NARVÁEZ (1997), pp. 286-288).

73 Como sustento a este supuesto, podemos identificar primero algunos argumentos que respaldan la afirmación de ser una "representación legal", y seguidamente, algunos argumentos que buscan dar fundamento a la distancia que existe entre el mandato y la representación legal. En torno al primer asunto explica: i) «surge de una regla de derecho que impone la existencia de ese órgano»; ii) la actuación de éste, cómo todo representante, genera directa e inmediatamente efectos entre el tercero y la sociedad; iii) «la representación legal esta prevista para personas incapaces o inhabilitadas, y también para las personas jurídicas»; iv) la función por excelencia de este órgano consiste en adquirir derechos y contraer obligaciones en nombre de la sociedad; v) como representante legal es un verdadero "gestor de los negocios sociales" por cuanto no sólo actúa en la esfera externa de la sociedad sino que también realiza actos de gestión puramente internos; vi) cumple su misión de manera independiente del órgano que provee su cargo (junta directiva o asamblea general); vii) tiene la representación judicial y extrajudicial de la sociedad; viii) basta con su nombramiento para que pueda ejercer sus funciones. En torno al segundo aspecto, esto es que la representación legal se distancia abismalmente del mandato, explica: i) esta representación encuentra su fundamento y poderes en la ley, y no de un acuerdo entre dos personas; ii) «los poderes del mandatario difieren notablemente de los previstos en la ley para el representante legal»; iii) en esta representación siempre se obra en nombre y por cuenta del representado, en tanto que el mandato puede ser no representativo. (NARVÁEZ (1997), p. 292-295).

74 Cfr. CASTRO (1986), p. 137 y REYES VILLAMIZAR (2004), p. 446. También puede verse un

menos éste es un esquema que tiene un alto valor en interpretación jurisprudencial de la conducta de los administradores—, lo cual se explica sobre lo siguientes argumentos: i) también los administradores en Colombia, por cuanto manejan intereses ajenos, están vinculados con la sociedad que administran a partir de una “estrecha relación de confianza”, y esa es una situación que la ley debe salvaguardar de forma prioritaria⁷⁵; ii) el detalle de los deberes de los administradores, con el esquema “diligencia-lealtad” inspirado en un genérico deber de buena fe que se consagró en Colombia a partir de la Ley 222/95 (art. 23), constituyó una imitación de los denominados “deberes fiduciarios de los administradores”, propios del derecho societario norteamericano, los cuales surgen a partir de la allí ampliamente conocida “relación fiduciaria”⁷⁶.

Recapitulando todo lo anterior, podríamos precisar entonces que: i) de las disposiciones de derecho positivo puede evidenciarse en la normativa más reciente una aceptación pacífica a favor del organicismo, sin que por ello se niegue la visión contractualista, pues mantiene vigentes muchas de las disposiciones que permiten también una interpretación de normas en sede del mandato; ii) en lo que se refiere a la interpretación jurisprudencial que disponemos, su argumentación, que si bien no se corresponde explícitamente con ninguna de las doctrinas que se defienden a nivel nacional o extranjero, hace hincapié en el valor de la autonomía privada de las partes, para que sean ellas las que definan qué vínculo es el que resulta más apropiado, y en subsidio, destacan el factor “confianza”, lo cual podría ser entendido como un guiño a la doctrina de la relación fiduciaria; iii) por lo que concierne a la Supersociedades, se evidencia una posición ambigua en la que además de destacar reiteradamente la calificación de los administradores como “órgano”, también utiliza, a los mismos efectos, expresiones que conducen a la “gestión de negocios ajenos” y al “mandato” en algunos casos; y finalmente, iv) por lo que concierne a la doctrina, es posible identificar con relativa claridad autores que inspirados en las corrientes extranjeras se enmarcan en los extremos de las doctrinas clásicas del contractualismo o del organicismo, y a ellos habría que agregar algunos que sugieren una interpretación conforme a la visión anglosajona de este vínculo; en consecuencia, destacan por su ausencia autores que defiendan posiciones intermedias o moderadas respecto de las concepciones clásicas en el esquema del “civil law”⁷⁷.

respaldo expreso a esta visión en nuestra doctrina más reciente en CUBILLOS (2008), pp. 18 y 31.

75 Cfr. CASTRO (1986), p. 138.

76 Cfr. REYES VILLAMIZAR (2004), p. 446.

77 Una ligera excepción a este planteamiento la podríamos encontrar en la obra del profesor Narváez cuando califica a los administradores “no representantes” como vinculados a la sociedad a partir de una relación “sui generis”, cuya aproximación, a nuestro juicio, se enmarcaría a mitad de camino entre la teoría orgánica pura y la teoría mixta, pues si bien no duda en calificar la relación como “sui generis” (al igual que algunas de las doctrinas intermedias que referenciamos y curiosamente también en tratándose de los mismos administradores en visión anglosajona), que se integra con las normas del derecho societario y

Así pues, haciendo una lectura conjunta de las normas y las interpretaciones que han sido elaboradas en Colombia y debidamente recogidas por nosotros a los efectos de esta investigación, podemos intentar dar respuesta a los interrogantes que nos hemos planteado al iniciar este apartado como sigue. A la pregunta de si se encuentra vigente en Colombia la teoría contractual que explica la relación administrador-sociedad a partir de un mandato representativo, tendríamos que responder afirmativamente por cuanto: i) como hemos constatado, subsisten normas legales que permiten sostener que esta doctrina se encuentra plenamente activa en nuestro ordenamiento jurídico; ii) la Supersociedades admite expresamente la aplicación de las normas del mandato en los supuestos del administrador "factor" y los demás individuos que ejerzan funciones de administración; iii) un sector muy importante de la doctrina nacional respalda esta aproximación con argumentos muy consistentes (aún bajo la vigencia de L.222/95). A la pregunta de si se encuentra efectivamente vigente la teoría orgánica, tendríamos que responder nuevamente con una afirmación por las siguientes razones: i) a partir de la promulgación de la L.222/95 el legislador incorporó de forma expresa esta calificación para los órganos de administración de la sociedad (esta calificación ha sido seguida con normalidad por legislaciones posteriores)⁷⁸; ii) los modelos de códigos de buen gobierno reiteran la condición de órgano de los administradores; iii) la Supersociedades desde hace bastante tiempo, y de forma expresa en la última circular en la que recoge su doctrina sobre el estatuto de los administradores, califica de forma reiterada a la administración como un órgano social; iv) existe también un importante sector de la doctrina que con argumentos precisos destacan el valor y aplicabilidad de la teoría orgánica en Colombia, incluso de forma preferente o exclusiva. A la pregunta de si subsisten pacíficamente las teorías contractual y orgánica bajo lo que podría denominarse una teoría mixta, tendríamos que responder negativamente por cuanto: i) la legislación no establece unos parámetros de aplicación claros de una y otra teoría en los distintos supuestos de administración societaria, y tampoco hemos encontrado en la jurisprudencia ni en la doctrina de la Supersociedades pronunciamientos específicos que permitan dilucidar esta frontera; ii) sobre el particular, la doctrina colombiana se ha agrupado en dos bloques (quienes defienden la teoría contractual y quienes defienden la teoría orgánica) que se excluyen mutuamente, sin que sea posible identificar con claridad argumentos en las partes que permitan al menos una aceptación parcial de la visión contraria; iii) no se han encontrado doctrinantes que defiendan con la debida argumentación una postura intermedia entre una o otra visión clásica, a semejanza de lo ocurrido en el escenario extranjero. Y finalmente, a la pregunta de si existe espacio legal en Colombia para admitir una posible explicación de la doctrina anglosajona de la relación fiduciaria,

los estatutos, al mismo tiempo niega que su régimen se pueda completar con el mandato (como sí lo hacen las doctrinas intermedias que citamos).

78 A modo de ejemplo puede verse la Ley 1258 de 2008: parágrafo del art. 25 y art. 27.

tendríamos que responder afirmativamente, mas en este caso con una afirmación relativa, en la medida que: i) es cierto que el artículo 23 de la L.222/95 incorporó un esquema de deberes de los administradores que se inspiró fundamentalmente en el modelo norteamericano de los deberes fiduciarios de los administradores, que como vimos en la parte de derecho comparado, se explica efectivamente a partir de la "relación fiduciaria" del derecho anglosajón; ii) no se puede obviar el pronunciamiento jurisprudencial que hemos citado, en donde puede verse que el criterio de "confianza", propio del modelo anglosajón, ha sido el elemento determinante para la Corte a efectos de determinar esta relación; iii) existe también un sector de la doctrina, que aunque reducido también es muy representativo en el entorno académico actual, que defiende una posible interpretación del régimen de los administradores con aprovechamiento de los amplios desarrollos que sobre la materia ha experimentado el derecho estadounidense; iv) no obstante lo anterior, en ningún momento puede perderse de vista que el esquema anglosajón no pertenece a nuestra tradición jurídica y por ende sus interpretaciones son de difícil aplicación en nuestro entorno.

Con estas ideas en mente, podemos proceder ahora a presentar nuestra propia aproximación al objeto de estudio.

III. NUESTRA APROXIMACIÓN A LA RELACIÓN ADMINISTRADOR-SOCIEDAD EN COLOMBIA

Hasta aquí hemos sintetizado las distintas teorías existentes en el "*civil-law*" y "*common-law*" y su recepción en el derecho colombiano, intentando al máximo no contaminar el verdadero sentir de cada una de éstas —así como la forma y argumentos que cada autor o entidad han implementado para explicarlas—, con nuestra propia percepción del problema, dejando a salvo, como es obvio, la organización de la exposición y las conclusiones que se desprenden de una lectura conjunta y actual de este cúmulo de teorías, normas e interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales; todo ello sobre el convencimiento de que la investigación jurídica debe tener como primera y principal misión organizar correctamente la información existente sobre una materia. Cumplido lo anterior, sea el momento de presentar nuestra propia aproximación al objeto de estudio, lo cual esperamos sirva para tener un punto de referencia más en la tarea de determinar el régimen jurídico de los administradores en Colombia.

A estos efectos, quisiéramos proponer en Colombia, de manera similar a lo expuesto en otras latitudes en tiempos modernos, una interpretación de la relación administrador-sociedad a partir de una postura intermedia que permita el diálogo entre las distintas teorías, toda vez que creemos ellas no son necesariamente excluyentes entre sí, sino que por el contrario, es posible encontrar puntos de coincidencia, siempre que se sepa diferenciar con claridad el vínculo que une a cada uno de los administradores en función del tipo de sociedad que dirigen, pues a nuestro parecer, es claro que no todos los que actúan como administradores

tienen el mismo vínculo jurídico con la sociedad, de forma que resulta relevante y técnicamente más apropiado, distinguir la particular naturaleza jurídica de esa relación en cada caso.

Así pues, a modo de aproximación general, consideramos que la relación administrador-sociedad en Colombia se encuentra gobernada principalmente por una "relación orgánica que a su vez no niega la relación contractual". Decimos que es "principalmente una relación orgánica" en la medida que toda sociedad, por su peculiar naturaleza jurídica, efectivamente precisa de un órgano de administración que es inderogable desde la perspectiva de la organización estructural de la persona jurídica y de la imputación de su actividad, y en esa medida, el o los sujetos que integren este órgano son necesarios para la ejecución del contrato de sociedad⁷⁹. Sin embargo, no puede desconocerse que la teoría orgánica, por sí sola, no sustenta con suficiencia el contenido de todas sus funciones⁸⁰, y en particular, su función de representación societaria, y es allí donde cobra singular importancia la teoría contractual. Por lo anterior, sostenemos que si el administrador tiene atribuida la función de "representación de la sociedad", su vínculo se integra por: una relación orgánica (siempre que desempeñe funciones de organización interna) y una "especial relación de representación"⁸¹. Esta última relación será la que rijan su actividad como apoderado (judicial y extrajudicial) de la sociedad sobre la base del "contrato de mandato"⁸², mas de un mandato "representativo" (toda vez que actúa a nombre y por cuenta de la persona jurídica) que, dentro de la teoría general, presenta una especial configuración institucional y técnica⁸³, por la aplicación de algunas normas del derecho de sociedades.

La necesaria distinción entre los administradores de la que hemos hablado —a efectos de especificar el vínculo que une a cada uno de los sujetos que desempeñan la actividad de administración societaria en Colombia—⁸⁴ nos lleva fundamentalmente a diferenciar tres grupos, partiendo de la distinción que existe entre las facultades

79 Vid en sentido similar, entre otros muchos, a: GALGANO (2006), p. 311; GIRÓN TENA (1952), pp. 336-337; ESTEBAN VELASCO (1997), p. 746; y POLO (1992), p. 52.

80 Vid. en sentido similar DESDENTADO (2002), p. 51 y 52; POLO (1992), pp. 50-52; y también IGLESIAS (1971), p. 112. En el derecho francés respecto de los directores generales de la Sociedad Anónima del modelo tradicional Vid. COZIAN, VIANDIER y DEBOISSY (2006), p. 244.

81 Vid. HINESTROSA (2008), p. 181. Sostiene NARVÁEZ (1997), pp. 292-295, hablando del representante legal que «los poderes del mandatario (mandato mercantil) difieren notablemente de los previstos en la ley para el representante legal».

82 Vid. en sentido similar: Cir. Ext. 100-006 punto 1, párrafos 2 y 3; Apartado 3 "Intervenciones" transcripción que hace la Corte (C-384/08), op. Cit., que corresponde a la defensa que hace el Ministerio de Protección Social; y GABINO (1998), pp.237-238.

83 Cfr. ESTEBAN VELASCO (1995), p. 5822.

84 Distinción que en los últimos tiempos también suele hacerse en otros países europeos continentales, donde suele diferenciarse en las grandes compañías el régimen de los consejeros ejecutivos y no ejecutivos: Vid. entre otros: PAZ-ARES (2008): "El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos". También puede verse el derecho anglosajón, el cual, como vimos, distingue el régimen de los "Directors" y los "officers".

de administración y representación de la sociedad⁸⁵, de la siguiente manera: los administradores que sólo cubren funciones internas; los administradores que, al contrario de los anteriores, sólo ostentan funciones externas; y finalmente, los administradores que realizan tanto funciones internas como externas⁸⁶. Disponer cuándo un administrador específico tiene una, la otra o ambas funciones corresponderá a la sociedad determinarlo en los estatutos sociales⁸⁷, y ante el silencio de estos, se aplicará lo dispuesto en la ley dependiendo del tipo societario⁸⁸. Ahora veamos con mejor detalle cada uno de estos grupos: i) cuando hablamos de administradores que sólo realizan funciones internas, hacemos referencia a aquellos que únicamente desempeñan meras funciones administrativas al interior de la sociedad (de la vida interna de la compañía tales como las labores deliberativas, consultivas, de control, etc.), sin poder en ningún momento representar por sí solos la sociedad ante terceros⁸⁹; ii) por su parte, cuando hablamos de administradores que sólo realizan funciones externas (y por tanto que no cumplen ninguna función relativa a la vida interna de la sociedad), nos referimos a aquellos que desempeñan exclusivamente actividades de representación de la sociedad, es decir, que tienen

85 «(...) Las facultades de administración y de representación son distintas, puesto que mientras las primeras comportan obligaciones respecto de la sociedad, las segundas constituyen poderes facultativos para actuar en su nombre. Estas dos funciones (administrar y representar a la sociedad) en ocasiones concurren en una misma persona, mientras que en otras está adscrita a diferentes agentes: los administradores que se ocupan de la vida interna de la compañía, y el representante legal que actúa externamente, relacionándose con terceras personas.» (Sentencia C-384/08 Consideración 3.1. cuarto párrafo).

86 Vid. HINESTROSA (2008), p. 182.

87 Vid. entre otras normas: art. 116 nums. 6 y 12, art. 117, y art. 196 inciso primero del C. Com., art. 22 L.222/95 (aplicables a todos los tipos societarios); art. 72 num. 8 L.222/95 (sociedad unipersonal); art. 5 num. 7 y art. 26 L.1258/08 (Sociedad Anónima Simplificada).

88 Vid. entre otras normas: Art. 114, art. 187, y art.196 inciso segundo del C. Com., y art. 22 L.222/95 (aplicables a todos los tipos societarios); art. 310, art. 311, y art. 312 C. Com. (Sociedad Colectiva, y también de aplicación a los gestores de las Sociedades en Comandita art. 326 C.Com.); art. 358 C. Com. (Sociedad de Responsabilidad Limitada); art. 438, 440 del C. Com. (Sociedad Anónima); art. 477 del C. Com. (sociedades extranjeras); art. 72.8 L.222/95 (sociedad unipersonal); art. 5 num. 7, art. 17, art. 25, y, art. 26 L.1258/08 (Sociedad Anónima Simplificada).

89 Dentro de este grupo encontraremos los siguientes administradores: i) los socios de las Sociedades Colectivas, los socios gestores de las Sociedades en Comandita, los socios de la Sociedad de Responsabilidad Limitada y el empresario de la Sociedad Unipersonal, cuando en ninguna de las sociedades descritas se hubiese delegado la administración de la societaria, o que habiéndose delegado en algunos de ellos, éstos no hubiesen sido además nombrados representantes legales o se les haya conferido poder para representar la sociedad; ii) los administradores delegados de las sociedades antes mencionadas (sean socios o no) más los administradores de las Sociedades Anónimas Simplificadas, que en los supuestos de administración conjunta, no hayan sido nombrados representantes legales o se les haya conferido poder para representar la sociedad; iii) los miembros de las Juntas Directivas o Consejos de Administración de la Sociedad Anónima (así como en los demás tipos societarios que de forma voluntaria constituyan este cuerpo colegiado de administración: Vid. NARVÁEZ (1997), p. 363-364 y art. 25 L.1258/08.), que nuevamente no hayan sido nombrados representantes legales o se les haya conferido poder para representar la sociedad.

el poder para relacionar y sustituir⁹⁰ a la sociedad frente a terceros, especialmente mediante la celebración de negocios jurídicos o contratos vinculantes⁹¹; iii) por último, los administradores que realizan tanto funciones internas como externas, son aquellos que además de las funciones administrativas (descritas para el primer grupo) cumplen funciones representativas o externas (las descritas en el segundo grupo)⁹². Veamos ahora cuál es, a nuestro juicio⁹³, la naturaleza jurídica de la relación administrador-sociedad de los sujetos que se encuentran dentro de cada uno de los grupos que hemos descrito:

Iniciando por los administradores que sólo realizan funciones internas de la sociedad (o administrativas), consideramos que éstos se encuentran vinculados a la sociedad a partir de una "única relación orgánica" cuyo régimen legal se integra: como fuente primaria, por las disposiciones del contrato social⁹⁴ junto con los demás actos de autonomía privada que vengan a completar las atribuciones de los administradores

90 Debe precisarse que para los defensores de la teoría orgánica, la representación de la sociedad ejercida por los administradores es una "representación orgánica" que por ende no admite una "sustitución" de la sociedad. Vid. HINESTROSA (2008), pp. 185-186.

91 Dentro de los administradores que se encuentran en este grupo podemos mencionar: i) todos aquellos que han sido nombrados como "representantes legales" de una sociedad siempre que: no pertenezcan a alguno de los administradores indicados en el apartado anterior y que en el ejercicio de sus funciones no se encuentre además de la órbita estrictamente interna de la sociedad; ii) aquellos sujetos que simplemente han sido nombrados para representar a la sociedad en virtud de apoderamientos voluntarios por parte de la sociedad, los cuales pueden ser de carácter general (presidentes, directores generales de la compañía, etc.) o de carácter especial (gerentes financieros, de mercadeo, de exportaciones, etc.); iii) los "factores", quienes tienen a su cargo la gestión de un establecimiento de comercio conforme a un contrato de "preposición"(arts. 1332 y ss. C. Com.). Para profundizar sobre el tratamiento de este grupo de administradores en el derecho extranjero, Vid. entre otros a: GALGANO (2006), p. 322; y también IGLESIAS (1971), pp. 126 y ss.

92 En este grupo encontraremos: i) los socios de las Sociedades Colectivas (aplicable también a los gestores de las en Comandita) y de Responsabilidad Limitada, así como el empresario de la Sociedad Unipersonal, cuando no estando delegada la administración societaria ejercen también la representación legal de la sociedad o se les confiere poder para representar la sociedad; ii) los administradores delegados de las sociedades antes mencionadas, junto a los administradores de las Sociedades Anónimas Simplificadas, que hayan sido nombrados además representantes legales o se les haya conferido poder para representar la sociedad; iii) quien siendo miembro de una Junta Directiva o Consejo de Administración de una sociedad sea además nombrado representante legal de la compañía o se le conceda poder para representar la sociedad en uno o varios asuntos; y finalmente, iv) el liquidador de cualquiera de las sociedades mencionadas cuyo proceso de insolvencia se ajuste a la nueva L.1116/06 (Las funciones administrativas y de representación legal de los liquidadores las derivamos de la interpretación conjunta del art. 22 L.222/95 y los artículos: 48 num.1 y 50 nums. 2 y 3 L.1116/2006. En cumplimiento del párrafo 3º del art. 67 de la mencionada Ley se ha expedido recientemente el Decreto 962 de 2009 sobre el régimen legal de los promotores y liquidadores, en donde, sin embargo, no se hace claridad sobre sus funciones específicas).

93 A efectos del diseño de nuestra propuesta para la relación administrador-sociedad, hemos tenido especialmente en consideración algunos de los lineamientos que fueron elaborados en su momento para el derecho español por PAZ-ARES (2008) "El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos".

94 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-384/08.

(los estatutos sociales y sus modificaciones, los reglamentos internos del órgano de administración, el código de buen gobierno que la sociedad asuma como vinculante, etc.); y como fuente secundaria (salvo que se trate de normas imperativas), la legislación societaria y demás normas complementarias que resulten aplicables según el tipo social que se trate.

Por lo atinente a los administradores que únicamente realizan funciones externas (de representación), consideramos que el vínculo que los une a la sociedad es una "especial y única relación de representación" que tendrá como referencia al "contrato de mandato"⁹⁵, y por tanto, el régimen legal de estos administradores se integrará: si son simplemente mandatarios voluntarios, a partir de la aplicación de las disposiciones contractuales que fijan las partes a efectos del encargo junto con las normas mercantiles y civiles que rigen el contrato de mandato⁹⁶; si son representantes legales⁹⁷, además de las normas anteriores, le resultarán aplicables las disposiciones especiales que a estos efectos dispone la legislación societaria.

95 Sobre el régimen del mandato mercantil representativo en Colombia, Vid. ARRIBLA (2003), pp. 368-370.

96 En cuanto a esta clase de administradores resulta interesante y pertinente traer a colación las indicaciones que la Superintendencia Financiera de Colombia ha expresado en su Circular Externa 7 de 1996 "Circular Básica Jurídica", respecto de las sociedades que se encuentran sometidas a su vigilancia, cuando hablando de la representación societaria que se surte a través de apoderamientos voluntarios en el punto 3.1., se expresa en los siguientes términos:

«La representación voluntaria de personas naturales y jurídicas a través de actos de apoderamiento constituye una facultad legítima al amparo y con los efectos previstos en los artículos 832 y siguientes del C.Co., actos que al igual que pueden conferirse a un tercero ajeno a la institución, pueden recaer en empleados o funcionarios de la misma, entre ellos los directores de agencia.

El otorgamiento de poderes es viable bajo el entendido de que los mismos no constituyen delegación de la representación legal que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 440 C.Co., ostenta quien ejerce un cargo que tiene funciones representativas de acuerdo con la ley o los estatutos sociales. Tal representación voluntaria derivada del apoderamiento no tiene tampoco los alcances prescritos en el artículo 196 y siguientes del C.Co.

Por ello, en los poderes que se confieran en nombre de las entidades vigiladas se deben señalar de manera clara las operaciones para las cuales los apoderados tienen la facultad de representar a la institución ante terceros, debiendo los apoderados (incluyendo los directores de agencia) en todos los documentos, actos y negocios que celebren, registrar expresamente la calidad de tales, aun en aquellos actos en los cuales tal aclaración no sea requerida por la ley.

Con todo, el otorgamiento de poderes de carácter general o de poderes especiales de gran amplitud a personas que habiendo sido designadas en cargos que conlleven facultades de representación legal no han cumplido con el requisito legal de tomar posesión del cargo, constituye una forma de obviar el cumplimiento de este deber, razón por la cual la SBC en uso de las facultades conferidas en el artículo 326 numeral 5 literal a) EOSE, califica como práctica no autorizada el otorgamiento de este tipo de poderes».

97 Muy a pesar de que en nuestra legislación mercantil se ha acuñado de forma expresa esa denominación (Vid. entre otras disposiciones arts: 110 num. 12, 185, 440 y 641 del C.Com.) debe destacarse que ellos técnicamente no son representantes legales. «(...) En la práctica se volvió lugar común denominar "representante legal" al administrador de la persona jurídica, lo cual, a más de contradecir la realidad, induce a confusión. "Representante legal es aquel cuyo poder de representación descansa inmediatamente en una disposición legal", lo que no ocurre en absoluto en el caso de las personas jurídicas»: HINESTROSA (2008), p. 188.

Por último, tenemos a los administradores que realizan tanto funciones internas (administrativas) como externas (representativas), para quienes consideramos que el vínculo que los une a la sociedad, se encuentra compuesto a partir de una doble relación, esto es, una relación básica y una relación superpuesta (a la básica). La relación básica, es una "relación orgánica", que será la que rija su posición como administrador respecto de todas aquellas funciones que correspondan estrictamente a la vida interna de la sociedad. La relación superpuesta, será una "especial relación de representación" que tendrá como referencia al "contrato de mandato", ésta relación será la que rija su actividad como apoderado de la sociedad para sustituirla y relacionarla especialmente frente a negocios jurídicos vinculantes ante terceros. El régimen legal que gobernará estas dos relaciones será: respecto de la básica (orgánica) el mismo orden de fuentes que expusimos en primer grupo (normas de autonomía privada más la legislación societaria), y respecto de la superpuesta regirán las normas mercantiles y civiles del contrato de mandato, aún cuando, con las especificidades que le resulten aplicables por la legislación societaria.

De otro lado, y para terminar, quisiéramos expresar por qué dentro de la propuesta que hemos presentado no hemos incluido elementos que correspondan a la aproximación de la relación fiduciaria de los administradores. A nuestro juicio, esta doctrina no resulta de recibo en Colombia –a pesar de que el esquema actual de deberes de los administradores ha establecido una cierta cercanía con el modelo anglosajón– por las siguientes razones: i) una interpretación conforme a tradición anglosajona es de difícil aplicación en nuestro país, en la medida que las normas mercantiles que rigen el contrato de sociedad nos obligan a buscar respuestas primero dentro de las normas jurídicas civiles y mercantiles (obviamente en ausencia de estipulaciones contractuales específicas), que a su vez se explican en función de los argumentos que ha elaborado la también amplia tradición del "civil law"⁹⁸; ii) el criterio de "confianza" sobre el que se estructura la doctrina fiduciaria, si bien es un elemento que se encuentra también presente en la relación administrador-sociedad en Colombia, su interpretación no precisa de la importación de análisis foráneos en esta materia, toda vez que: de un lado, no es concepto nuevo en el derecho societario⁹⁹, y de otro, es un concepto que se encuentra también presente, y ampliamente estudiado, en la figura del "mandato representativo"¹⁰⁰ (figura que, como vimos, resulta aplicable a una buena parte de los sujetos que desarro-

98 Vid. arts. 1, 2 y 4 C. Com.; otra cosa sería que en aplicación de la costumbre mercantil, pudiese probarse (con apego a los requerimientos legales) que la interpretación anglosajona sobre este particular constituye un uso público, uniforme y reiterado en el tráfico jurídico mercantil colombiano (art. 3 C. Com.).

99 Ya en el antiguo régimen societario del Código Civil (hoy derogado por la L.222/95) se decía en el artículo 2098 C.C. (tratando la sociedad colectiva) que se estimaba como causa grave, por la cual se podía remover al administrador, el que éste deviniera "indigno de confianza".

100 En efecto, es un elemento esencial del contrato de mandato civil (art. 2142 C.C. «El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo

llan funciones de administración societaria); iii) en la legislación colombiana, la jurisprudencia, los modelos de código de buen gobierno, y la interpretación de las entidades gubernamentales competentes, no se encuentran referencias que acepten de forma expresa esta visión de la relación fiduciaria de los administradores; iv) creemos en la necesidad de conservar y salvaguardar los métodos tradicionales de construcción e interpretación de nuestro derecho, y más ahora en tiempos de crisis económica, cuando criterios como la "agency" (elemento base de la teoría de la relación fiduciaria) que hasta hace muy poco tiempo, junto con el "análisis económico del derecho" y el "corporate governance", se nos vendía en el "civil law" como una nueva forma de entender el derecho de sociedades (con su consecuente cambio de paradigma que pretendía invalidar de plano el método clásico de técnica jurídica), han demostrado más bien ser elementos confusos e insuficientes, razón por la cual, han pasado a ocupar un segundo plano en la misión de interpretación y evolución del derecho¹⁰¹, o al menos, se encuentran en una fase de revisión.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ALLEN, William T.: «The corporate director's fiduciary duty of care and the Business judgment rule under U.S. corporate Law» en: HOPT, K. J. (y otros): «Comparative Corporate Governance: the state of the art and emerging research», Oxford University Press, Reino Unido, 1998, pp. 307-331.
- ALLEN, William T.; KRAAKMAN, Reinier; SUBRAMANIAN, Guhan: «Commentaries and cases on the law of business organization», Ed. Austin, Estados Unidos de América, 2007.
- ARENA, Andrea: «Le società in quanto persone giuridiche agiscono direttamente, non a mezzo di rappresentanti», en: AA.VV.: "Studi in Memoria di Tullio Ascarelli", Vol. 5, Ed. Giuffrè, Milán (Italia), 1969.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto: «Contratos mercantiles», Tomo I, Ed. Biblioteca Jurídica Dike, 10ª ed., 2003.

de ellos por cuenta y riesgo de la primera.», el subrayado es nuestro) y uno de los caracteres de la representación (Vid. HINESTROSA (2008), pp. 128 – 129).

101 Cfr. EMBID (2009), pp. 477-482, quien en estas mismas páginas además sostiene, respecto del cambio de paradigmas en el análisis del derecho que proponen generalmente los defensores de las corrientes norteamericanas, lo siguiente: «Quizá en el plano de las ciencias de la Naturaleza, por utilizar una expresión consolidada, sean posibles e, incluso, deseables, estos "cambios de paradigma", pues en numerosas ocasiones, hacen posible la auténtica evolución científica, extendiéndose sus beneficios al conjunto de la sociedad. Resulta difícil trasladar esta idea "sic et simpliciter" al campo jurídico, donde difícilmente cabe hablar de una evolución "per saltum"; más bien los cambios en el Derecho son resultado de una acumulación de circunstancias diversas, no sólo jurídicas, desde luego, cuya ordenación no cabe hacer, enteramente, de manera racional y donde, a la vez, resulta complicado trazar prioridades nítidas. Por referirse a materias en las que se entrecruzan los intereses de las personas, y por la necesidad de lograr, mediante la ordenación jurídica, una cierta integración y equilibrio sociales, parece a todas luces necesario favorecer los elementos de continuidad —no el continuismo, obviamente— a la hora de considerar la evolución del derecho.».

- BERAUDO, Jean-Paul y TIRARD Jean-Marc: «Les Trusts anglo-saxons et les pays de droit civil (approche juridique et fiscale)», Ed. Academy & Finance, ginebra (Suiza), 2006.
- BORGIOLO, Alessandro: «L'amministrazione delegata», Ed. Nardini, Florencia (Italia), 1982.
- CARY, William L. y EISENBERG Melvin A.: «Cases and Materials on Corporations (Concise sixth Edition)», Ed. The Foundation Press, Nueva York (EE.UU.), 1988.
- CASTRO DE CIFUENTES, Marcela: «La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano», en: *Revista de Derecho Privado*, No. 1, junio de 1986, Universidad de los Andes, Ed. Temis, Bogotá, p. 123-141.
- CLARK, Robert Charles. «Corporate Law», Boston, Little, Brown and Company, 1986.
- COZIAN, Maurice, VIANDIER A., y DEBOISSY F.: «Droit des sociétés», XIX edición., Ed. LexisNexis, Francia, 2006.
- CUBILLOS GARZÓN, Camilo: «Deberes en los actos de gestión al interior de una persona jurídica», en: *Revist@ e-Mercatoria*, Volúmen 7, número 2, diciembre de 2008, 48 páginas.
- DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E; «Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores. Calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento en la seguridad social», en AA. VV., Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, Vol. II, Madrid, 2002.
- EMBID IRUJO, José Miguel. «El presente incierto del derecho de sociedades», En: *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 272, (abril-junio) 2009, Madrid, p. 453-482.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio. Vocablos Administradores de S.A. y Representación de la Sociedad Anónima, en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, 1995.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: «Art. 12», en A. PAU (dir.), *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Madrid, 1992.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: «La administración de la sociedad de responsabilidad limitada», en: *Tratado de la Sociedad Limitada*, Candido Paz-Ares (Coord.), Madrid, 1997.
- FRÉ, Giancarlo, «Il rapporto fra l'organo amministratore delle società anonime e la società», *Rivista di Diritto Commerciale*, 1938, pp. 405-434.
- GALGANO, Francesco: «Diritto commerciale . Le società: contratto di società, società di persone, società per azioni, altre società di capitali, società cooperative» (Sedicesima edizione), Ed. Zanichelli, Bolonia (Italia), 2006.
- GARNER A., Bryan (Editor in Chief): «Black's Law Dictionary», 8ª ed., Thomson, Estados Unidos, 2004.
- GIRON TENA, José: «Derecho de Sociedades Anónimas», Valladolid (España), 1952.
- GUERRA MARTÍN, Guillermo: «El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses (su influencia en el movimiento de reforma del Derecho europeo)», Ed. Thomson-Aranzadi, Monografía asociada a la Revista de Derecho de Sociedades, Número 20, Navarra, 2003.
- HAMILTON, Robert W.: «The Laws of Corporations», 5ª ed., Estados Unidos, 2000.
- HINESTROSA, Fernando: «La Representación», Ed. Universidad Externado, Bogotá, 2008.

- IGLESIAS PRADA, Juan Luis: «Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima», Ed. Tecnos, Madrid, 1971.
- LEAL PÉREZ, Hildebrando: "Derecho de Sociedades Comerciales (parte general y especial teórico-práctico)", séptima edición, Ed. Leyer, Bogotá, 2007.
- LEBOT MAJO, José: «Los deberes de los administradores de la sociedad anónima», Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- MORILLAS JARILLO, María José: «Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital», Ed. La Ley, Madrid, 2002.
- NARVÁEZ, José Igancio: «Teoría general de las sociedades», Ed. Legis, octava edición, Bogotá, 1997.
- PAZ-ARES, Candido. "El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos", InDret (Revista para el análisis del derecho), enero 2008, consultable en www.indret.com
- PINZÓN, Gabino: "Sociedades Mercantiles", Vol. I (Teoría General), quinta edición, Ed. Temis, Bogotá, 1998.
- PINZÓN, Gabino: «Sociedades Comerciales: Vol. 1: Teoría General», cuarta edición, Ed. Temis, Bogotá (Colombia), 1982.
- POLO, Eduardo: «Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima» en URÍA/MENDEZ/OLIVENCIA, "Comentarios al régimen legal de sociedades mercantiles"; Tomo VI, Madrid, 1992.
- PORTELLANO DÍEZ, Pedro: «El deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocios», Ed. Civitas, Madrid 1996.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús / MAMBRILLA RIVERA, Vicente: «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas», en: "Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (Estructura de gobierno y mercados)", Tomo II, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 915-989.
- RIPERT, Georges y ROBLLOT, René: «Traité de Droit Commercial» (15ª edición por GERMAIN, Michael), Tomo 1, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1993.
- SANCHEZ CALERO, Fernando.: «Los administradores en las sociedades de capital», Ed. Thomson, Navarra, 2007.
- SERRANO CAÑAS, José Manuel, "El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2008.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (Y OTROS): «Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia», Ed. Supersociedades, Bogotá, septiembre 2009.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES: «Circular Externa 100-006 de 25 de marzo de 2008, "Representantes legales, liquidadores y miembros de juntas directivas de sociedades comerciales"», Publicada en el Diario Oficial 46.941 del 26 de marzo de 2008, Bogotá (Colombia).
- SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA: «Código de Mejores Prácticas Corporativas "Código País" (Anexo 2 de la Circular Externa 028 de 2007)», Ed. Superfinanciera, Bogotá (Colombia), 2007.