

Administradores, conflictos de interés y jurisprudencia desfasada

Managers, Conflicts of Interest, and Misguided Case Law

JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY¹

ORCID Id: <https://orcid.org/0000-0001-8921-7211>

Abogado, Docente Universidad Javeriana (Bogotá D.C, Colombia)

Fecha de recepción: Agosto 3, 2025

Received: August 3, 2025

Fecha de aceptación: Diciembre 1, 2025

Accepted: December 1, 2025

Artículo de revisión. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v25n1.10>

RESUMEN

Desde la expedición de la Ley 222 de 1995, artículo 23, numeral 7º, el legislador estableció la norma imperativa que, desde entonces, de manera única, regula todo lo relativo a los contratos que representen conflicto de interés y actos de competencia que haya entre los administradores y la sociedad administrada, derogando cualquier otra previsión anterior, por tratarse de un precepto normativo especial y posterior. Hasta el momento, tampoco se han expedido otras leyes que modifiquen lo establecido en el referido régimen. Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria hace caso omiso del régimen especial establecido en el referido artículo 23 de la Ley 222, dando aplicación a la normatividad prevista en el Libro Primero del Código de Comercio referente al contrato de compraventa, mandato y representación para resolver este tipo de conflictos, llegando a soluciones totalmente diferentes a las que resultan de la aplicación del régimen societario especial.

¹ Candidato a Doctor por la Universidad de Buenos Aires. Abogado de la Universidad del Cauca, especialista en Derecho Comercial y Derecho de Sociedades de la Universidad Javeriana. Ha sido profesor en programas de pregrado y posgrado en las universidades Javeriana, del Rosario, de los Andes, Santo Tomás, Católica, Externado de Colombia y Sergio Arboleda, en áreas relacionadas con el Derecho Comercial, el Derecho de Sociedades, los Contratos Mercantiles y los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. Correo-e: jhernangil@outlook.es



Palabras clave: Administradores, Conflicto de interés, Autocontrato, Autorización, Máximo órgano social.

ABSTRACT

With the enactment of Article 23, paragraph 7 of Law 222 of 1995, the Colombian legislature introduced a peremptory norm that has since served as the exclusive legal framework governing contracts involving conflicts of interest and competitive acts between corporate managers and the companies they serve. As a specific and subsequently enacted provision, it superseded any prior regulations on the matter. To date, this legal framework remains unaltered by subsequent legislation. However, prevailing judicial interpretations have largely overlooked the special regime established by Article 23, instead resorting to the general provisions of Book One of the Commercial Code—specifically those governing contracts of sale, agency, and representation—to resolve such disputes. This jurisprudential approach has led to outcomes that diverge significantly from those that would result under the applicable corporate law regime.

Keywords: Corporate Managers, Conflict of Interest, Self-Dealing, Corporate Authorization, Highest Decision-Making Body.

INTRODUCCIÓN

En múltiples sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, Tribunal Superior de Bogotá y Superintendencia de Sociedades, así como en algunos laudos arbitrales, se ha hecho caso omiso de la aplicación necesaria del referido artículo 23 numeral 7º, resolviendo el conflicto de interés con administradores societarios, aplicando normas que figuran en el libro Primero del Código de Comercio, o simplemente, invocando la normatividad especial establecida en la Ley 222, pero de manera distorsionada, pasando por alto que cuando el legislador ha dispuesto un procedimiento único y especial referente al conflicto de interés en que puedan incurrir los administradores, no ha dejado por fuera ningún evento en los cuales pueda predicarse que se aplican normas diferentes.

Por razón de lo anterior, igualmente resulta equivocado lo que se dispone en el Decreto 046 de 2024, artículo 2.2.2.3.4, al expresar que, "...salvo de lo dispuesto, normas imperativas especiales...", se aplicará el artículo 23 numeral 7º de la Ley 222, pues, se reitera, no existen otras normas imperativas especiales que regulen el conflicto de interés de los administradores con la sociedad administrada.

1. EL AUTOCONTRATO

Sin lugar a dudas, la celebración de autocontratos o contratos consigo mismo, constituye la relación negocial más extrema de conflictos de interés. Sin embargo, en reiterados pronunciamientos de la sala civil de la Corte, se ha omitido la aplicación de lo previsto en el artículo 23 numeral 7º de la Ley 222, precepto que determina la nulidad absoluta de los actos o contratos celebrados por los administradores sin cumplir el procedimiento establecido en dicha norma, predicando la invalidez relativa, pese a que los hechos debatidos en el proceso ocurrieron durante la vigencia de la Ley 222 del 1995.

En un primer antecedente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró que un administrador, en su condición de representante legal de la sociedad, al haber suscrito el contrato de trabajo en su favor, evidentemente incurrió en situación de conflicto de interés. Tanto el tribunal superior como la Sala Laboral de la Corte resolvieron la situación conflictual aplicando el artículo 839 del Código de Comercio y disponiendo que dicho autocontrato quedaba viciado de nulidad relativa:

Precisó que no es desproporcionada la facultad legal que alega el demandante para suscribir, como Gerente General y socio, su propio contrato de trabajo, por no ser aceptable que en una misma persona se concentren facultades para obligarse como persona natural al servicio del ente jurídico demandado y, a su vez, para obligar a esa sociedad, toda vez que ello contempla en sí una incompatibilidad de proceder.

(...) Pero, al discurrir de esa manera, olvida el impugnante que existe en el propio Código de Comercio una norma, que incumplió el accionante, y de la que surge la conclusión que obtuvo el Tribunal.

En efecto, el artículo 839 de ese estatuto, con claridad, señala:

"No podrá el representante hacer de contraparte del representado o contratar consigo mismo, en su propio nombre o como representante de un tercero, salvo expresa autorización del representado.

"En ningún caso podrá el representante prevalerse, contra la voluntad del representado del acto concluido con violación de la anterior prohibición y quedará obligado a indemnizar los perjuicios que le haya causado".

A la luz de esa disposición, es forzoso concluir que la decisión del Tribunal es ajustada a derecho, pues no podía avalar que el actor, en su condición de gerente, estableciera, *motu proprio*, las condiciones de su contrato de trabajo².

2 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia del 30 de noviembre de 2010. Radicación n.º 39143. M.P.: G.J.G. Mendoza.

Posteriormente, en enero del 2017, con respeto a un administrador que suscribió un contrato, tanto como representante legal de la sociedad vendedora y de la sociedad compradora, el Tribunal Superior declaró la nulidad absoluta de la compraventa, alegando que hubo objeto ilícito, por haberse incurrido en autocontrato sin autorización de las dos sociedades administradas. Sin embargo, la Corte casó la sentencia anterior, disponiendo que la sanción pertinente era la nulidad relativa:

El canon 839 del Código de Comercio colombiano, si bien establece como regla general la prohibición del autocontrato, no determina a renglón seguido la sanción para el mismo, cuando no ha mediado la expresa autorización o ratificación del mandante o *dominus negotii*.

De esa manera, al descartarse la precitada sanción, la que cobija el autocontrato es la relativa por versar el defecto sobre la calidad o estado de las personas que lo ejecutan; todo, si se tiene en cuenta que el artículo 1741 del Código Civil, aplicable por integración del 822 del Código de Comercio, establece que "la nulidad producida por un objeto o causa ilícita y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriban para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas (...). Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa".

b) En segundo término, porque el capítulo II del título I del libro cuarto del Código de Comercio, que regula "la representación" voluntaria, es diáfano en señalar en su artículo final, sin restricción, que "la ratificación del interesado, si se hace con las formalidades que la ley exige para el negocio jurídico ratificado, tendrá efecto retroactivo, salvo en cuanto lesione derechos de terceros".

De allí se extracta que si el artículo 839, que hace parte del capítulo señalado, permite actuar cuando existe conflicto de intereses siempre y cuando haya carta blanca previa del emisario, y si la norma final de ese acápite posibilita la revalidación de todo contrato sin limitarla a ninguno de sus eventos, debe afirmarse por ese camino que esta también opera en caso de haber sido pasada por alto la licencia en cuestión, puesto que "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu" (C.C., art. 27).

(...) Tercero, porque el artículo 906 del mismo estatuto mercantil prevé que "(n) o podrán comprar directamente, ni por interpuesta persona, ni aun en pública subasta, (...) 4º. Los representantes y mandatarios, respecto de los bienes cuya venta les haya sido encomendada, salvo que el representando, o el mandante, haya autorizado el contrato". Y seguidamente se apresta a sancionar la desobediencia a esa regla de conducta, en su inciso final, al señalar que "(l)as ventas hechas en los casos contemplados en los ordinales 2º, 3º y 4º serán anulables; en los demás casos la nulidad absoluta.

Es decir, que es castigada con nulidad relativa la compraventa ajustada por el representante a favor de sí mismo, ya sea directamente, por interpuesta persona o aun en pública subasta³.

Es de resaltar que, en el caso anterior, ni el Tribunal Superior ni la Corte dieron aplicación al régimen especial contenido en el artículo 23 de la Ley 222 del 1995.

En octubre del mismo año, en sentencia de tutela, la Corte reiteró que cuando los administradores societarios incurren en autocontrato, el vicio que se genera es la nulidad relativa:

Explica el recurso de apelación "se basó en que no existe en el acto jurídico causal de NULIDAD ABSOLUTA; que tampoco se demostró que se tratara de una SIMULACIÓN ABSOLUTA; y se apoyó en que no existe causal de nulidad absoluta, y que por la parte demandada se demostró que sí se pagó el precio acordado en el contrato de compraventa", y pese a ello el Tribunal desconociendo lo que disponen "las normas de derecho al respecto, decidió que el acto jurídico demandado es NULO porque quien compró fue el representante legal de la SOCIEDAD FUERZA UNIÓN S.A.S., quien a la vez actuó como apoderado de la propietaria del inmueble objeto del contrato de compraventa".

Puntualizó [que] "es bastante evidente que la demanda invocaba como fuente de nulidad el que la misma persona fungió como apoderado de quien vende y como representante legal de la compradora, lo cual ha de concluirse que si fue una nulidad alegada por la parte y que, además, ninguna afrenta al derecho de defensa y contradicción puede encontrarse en el hecho de que no se haya sentenciado la nulidad por autocontrato, ni estimarse que se trató de una sentencia incongruente"⁴.

En el año 2018, la Corte reiteró su jurisprudencia consistente en que, si el mismo gerente fungió en representación de las dos sociedades que celebraron un negocio jurídico en conflicto de interés, habiéndose incurrido en autocontrato, la infracción que se genera es la nulidad relativa:

3.5. Tampoco ocurrió la preterición de un medio de convicción, que es lo alegado por la casacionista al señalar que el representante legal de las dos sociedades involucradas en los contratos impugnados fue la misma persona natural y que, por ende, debe tenerse como un indicio grave en contra de la enjuiciada, la manifestación contenida en las escrituras públicas relativa a que la empresa vendedora recibió en dinero en efectivo el valor de los lotes enajenados.

3 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC451-2017/2011-00605 de enero 26 de 2017. Radicación 11001-31-03-015-2011-00605-01. M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez.

4 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC451-2017 de octubre 25 de 2017. Radicación 11001-02-03-000-2017-02503-00. M.P.: L.A. Rico Puerta.

(...) La sanción prevista para el autocontrato, autoacto o contrato consigo, como ha sido denominado por la doctrina el aludido proceder, siempre y cuando se reúnan otras exigencias de índole legal, es la nulidad relativa del contrato como en oportunidad reciente lo recordó la Corte. (CSJ SC451 de 26 ene. 2017, rad. nº 2011-00605)⁵.

Adicionalmente, en julio de 2019, la Corte reiteró que cuando un administrador societario incurre en autocontrato, conforme al artículo 839 del Código de Comercio, la sanción pertinente será la nulidad relativa:

En efecto, el recurrente censura al Tribunal por omitir la aplicación del artículo 839 del Código de Comercio, pero no argumentó cómo, de haber sido empleado, hubiera dado lugar al acogimiento de la pretensión de nulidad absoluta deprecada en el libelo...

(...) En efecto, el cargo no explicó cómo la preterición normativa achacada al Tribunal tendría la connotación indispensable para quebrar su determinación, es decir, que de haber sido aplicado el artículo 839 del Código de Comercio se hubiera colegido que la nulidad absoluta deprecada estaba llamada a prosperar, máxime si la doctrina tiene sentado que la sanción prevista en ese precepto legal es la nulidad relativa del acto impugnado⁶.

De manera más reciente, en abril 21 de 2023, la corte reiteró que la celebración de contratos por un representante legal de una sociedad, en conflicto de interés y bajo la modalidad de autocontrato, genera nulidad relativa del respectivo negocio jurídico. Dentro de los hechos de la demanda se expuso:

c). En el contrato fustigado solo intervino Conrado Jiménez Cardona, ya que actuó como persona natural en su rol de vendedor, pero también fue el representante legal del Grupo Ganados Ltda., supuesto comprador; luego, quebrantó el principio recogido en los artículos 839 y 906 del Código de Comercio que prohíbe al "representante legal", por sí o por interpuesta persona, contratar consigo mismo en nombre del representado.

Frente a este planteamiento reiterado en casación, la corte reiteró que, por tratarse de una nulidad relativa, solamente el contratante afectado (la sociedad), podía invocar dicho vicio y que, en todo caso, que "esta invalidez no era predictable de oficio".

Desde esa perspectiva, como el negocio fustigado involucró una sociedad mercantil, resulta innegable que las normas aplicables son las del Código de

⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC131-2018 de febrero de 2018. Radicación 11001-31-03-042-2007-00160-01. M.P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, auto AC2711-2019, de julio 10 de 2019. Radicación 11001-31-99-002-2016-80028-01 M.P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Comercio, entre ellas los artículos 839 y 906 *ibidem* que contienen la referida prohibición legal; empero, como la nulidad relativa a que habría dado lugar el incumplimiento de esa interdicción no fue invocada por la parte habilitada para alegarla, esto es, la sociedad comercial afectada o alguno de sus socios, si la Corte casara la sentencia, y se situara en sede de instancia para dictar la de remplazo, tropezaría con la imposibilidad de declarar oficiosamente esa forma de ineffectuación contractual por haber expresa prohibición legal (art. 28212 *ibid.*).

Ello es así porque el artículo 1743 del Código Civil, aplicable por remisión del artículo 822 del Código de Comercio, establece que "la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a petición de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la Ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las Leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes". Fuerza concluir, entonces, que, aun de aceptarse la tesis que ensayó la censura en su afán por quebrar la sentencia del Tribunal, el ataque, en el fondo, sería intrascendente al carecer de vocación de prosperidad⁷.

De manera excepcional, la Corte, por vía de tutela, en abril de 2020, confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, del 11 de junio de 2019, mediante la cual se aclaró que el autocontrato en que incurren los administradores societarios se rige por lo previsto en el artículo 23 de la Ley 222 del 1995 y la sanción pertinente por falta de autorización es la nulidad absoluta:

(...) De otra parte, resulta oportuno precisar que si bien RIZA S.A.S., manifestó que el actuar de ALFREDO JOSÉ RIOS AZCARATE, concordaba con la figura jurídica del auto-contrato, por lo que de darse algún tipo de nulidad, sería la relativa y no la absoluta del negocio; no lo es menos, que la demandante encausó su pretensión en la Ley 222 de 1995, y la consecuencia prevista para dicho proceder, contenida en el numeral 5º del Decreto 1925 de 2009, o sea que al verificar la ocurrencia del conflicto de interés la consecuencia indudablemente es la nulidad absoluta de los negocios viciados.

(...) de lo transcrita surge diáfano que los socios no dieron autorización alguna para vender parte de los bienes sociales relacionados con Bellavista y Betania; pues no se concretó de forma expresa dicho permiso; y por ende, las compraventas finiquitadas por el Gerente de RIAL S EN C, resultan nulas de nulidad absoluta, ya que al mediar conflicto de interés, se insiste, debía obtener previo a la celebración de las negociaciones, la plurimencionada autorización de la junta de socios; lo que nos lleva a decir que el segundo reparo de RIZA S.A.S. (...)⁸.

7 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 21 de abril de 2023. Radicación 73001-31-03-004-2018-00130-01 M.P.: Octavio Augusto Tejeiro.

8 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de abril 29 de 2020. Radicación n11001-02-03-000-2020-00835-00. M.P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Como se observa, en todas las sentencias anteriores se omitió la aplicación del artículo 23 numeral 7º de la Ley 222 del 1995, régimen vigente al momento de los hechos invocados en los procesos, siendo evidente que conforme a dicho precepto, la sanción aplicable a los actos o contratos celebrados en autocontrato por los administradores societarios sin cumplir el procedimiento establecido en dicho precepto, es la nulidad absoluta, como lo ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá:

Por lo tanto, si bien es cierto que en este asunto no se demandó a la sociedad Logística y Apoyo Empresarial S.A.S., y menos se pidió la nulidad de los actos y negocios jurídicos celebrados en conflicto de interés con la sociedad CI Bosconia, sí se reclamó la responsabilidad de quien fungía como representante legal de aquella y ejercía la suplencia del mismo cargo en ésta, con ocasión a la celebración del contrato de administración delegada; luego, de verificarce que efectivamente el conflicto se dio, lo negocios que celebraron esas dos sociedades resultarían nulos por violación de la Ley, no solo porque así lo prevé el Decreto 1925 de 2009, sino porque tal conducta se aviene con el régimen general de nulidades consagradas en el Código Civil y en el Estatuto Comercial, cuya declaratoria resulta ineludible aún de oficio⁹.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, la Coordinadora Grupo de Jurisdicción Societaria I, declaró, en síntesis, que el señor Diego Felipe Echeverri Zajía, representante legal de Bluepharma Colombia S.A.S, incumplió los deberes de lealtad y diligencia previstos en los numerales 2º y 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995; que actuó en conflicto de interés incumpliendo el deber consagrado en el numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, al celebrar contratos de cesión de registros marcarios y sanitarios con el señor Fernando Londoño Benveniste, Biogen Laboratorios de Colombia S.A.S., Grupo Internacional Farmacéutico Grufarma S.A.S., Rowell Laboratorios S.A.S., Nobel Farmacéutica S.A.S en liquidación y OTC Consumer Pharmaceutical S.A.S, que no contó con la autorización de que trata esa norma; que los contratos así celebrados causaron perjuicios a Bluepharma Colombia S.A.S. Como consecuencia de tal declaratoria, decretó la nulidad absoluta de esos negocios jurídicos, disponiendo su comunicación a la Superintendencia de Industria y Comercio y al Invima, así mismo condenó en costas y perjuicios¹⁰.

Si así son las cosas, si el juez *a quo* encontró probado que varias de las transacciones realizadas por algunos de los administradores estaban incurisas en las circunstancias descritas en el numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, no le quedaba más camino que declarar –la nulidad–, al tener por sentado que

9 Colombia, Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia de junio 30 de 2019. Radicación 002 2018 800 00436 01.

10 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala Civil M. P.: María Patricia Cruz Miranda, 10 de agosto de 2020.

los demandados participaron en actos y contratos que les representaron un conflicto de la naturaleza Indicada, sin contar con la autorización expresa de la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A.¹¹.

Por lo tanto, más allá de la objeción que usualmente se formula al expresar que la nulidad absoluta del acto o contrato celebrado en conflicto de interés por un administrador societario no puede ser establecida mediante un decreto reglamentario (Decreto 1925 de 2009), la nulidad absoluta se presenta por violación de norma imperativa, según lo dispone en numeral 1º del artículo 899 del Código de Comercio.

Cosa diferente es determinar si el juez puede decretar oficiosamente la nulidad absoluta, bajo el presupuesto que aparezca de manifiesto:

5. Ahora, como de la declaratoria de responsabilidad por celebración de contratos en conflicto de intereses, es que pretenden las demandantes se decrete de oficio su nulidad, la misma decae no solo por las revocatoria de esos numerales sino porque, en verdad, esa no fue una pretensión que se invocó con la demanda y no es posible que el Tribunal proceda de oficio, pues si bien la misma se encuentra tipificada para ese tipo de actos en el Decreto 1074 de 2015, antes artículo 5º del Decreto 1925 de 2009, de la norma en cita, se desprende sin duda alguna que para obtener dicha declaratoria es necesario que exista un proceso judicial que busque tal propósito, situación que vale la pena resaltar no ocurre en el caso; luego considerarla de manera oficiosa, como lo pretende la parte demandante, riñe con la congruencia de la sentencia prevista en el artículo 281 del C.G.P., pese a que se trataría de una nulidad absoluta y está relacionada con cuestiones que atañen a infracción de las normas, lo cierto es que ella no aparece de manifiesto en el contrato, como así lo advirtió la funcionaria de primera instancia¹².

Por el contrario, considero que el juez sí debe declarar oficiosamente la nulidad del acto o contrato celebrado en conflicto de interés de los administradores societarios, puesto que, si no se obtuvo la aprobación previa de la junta de socios o asamblea, tal circunstancia aparece de manifiesto, por la falta de acta que así lo acredice. De igual forma, si en el acta que contiene la autorización no quedó constancia de haberse cumplido todo el procedimiento establecido en el artículo 23 numeral 7º de la Ley 222, procede la declaratoria de invalidez oficiosa, pues tal circunstancia también aparece de manifiesto en el acta:

No obstante lo anterior, de los documentos que obran en el expediente no existe acta del máximo órgano social de la compañía en la que conste la autorización al

¹¹ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala Civil M.P.: Julia María Botero, 21 de febrero de 2018. Expediente 2012-55580-08.

¹² Tribunal Superior de Bogotá - Sala Civil, Sentencia de julio 29 de 2021. Radicación 002 2018 800 00436 03. M.P.: María Patricia Cruz Miranda.

señor Ríos Azcárate para celebrar dichos negocios. Lo anterior fue constatado por la señora Nora Lucía Ríos y Carlos Alfredo Ríos en su calidad de socios de Ara Limitada al momento de rendir su interrogatorio de parte. En este orden de ideas, es evidente que las actuaciones infringieron las reglas previstas en nuestro ordenamiento en materia de conflictos de interés, por lo que este Despacho decretará la nulidad absoluta de todos los actos por cuya virtud adquirió el dominio sobre los inmuebles antes referidos. En consecuencia, quedará obligado a restituirle a Ara Ltda. la propiedad sobre los bienes inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias¹³.

Cosa diferente es cuando se predica la nulidad por haber resultado lesivo el contrato a la sociedad, pues en este evento, se requerirán otras pruebas diferentes. En tal sentido se ha dicho:

Si así con las cosas, si el juez *a quo* encontró probado que varias de las transacciones realizadas por algunos de los administradores estaban incursas en las circunstancias descritas en el numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, no le quedaba más camino que declararla –la nulidad–, al tener por sentado que los demandados participaron en actos y contratos que les representaron conflicto de la naturaleza indicada, sin contar con la autorización expresa de la asamblea general de accionistas¹⁴.

Corroblando lo anterior, la Sala Civil de la Corte también ha manifestado que el artículo 23 numeral 7º de la Ley 222 corresponde a una norma imperativa:

En los negocios jurídicos donde media conflicto de interés o competencia con la sociedad, el vicio generador de la nulidad absoluta, radica en la inobservancia de una norma imperativa –L. 222/95, art. 23, num. 7º–, que establece como requisito someter a la consideración del máximo órgano social –asamblea general de accionistas o junta de socios– la solicitud de autorización del acto, proporcionándose por el administrador involucrado, toda la información pertinente que permita adoptar la correspondiente decisión y debiéndose excluir el voto del administrador en quien concurre el conflicto de interés, si además tiene la calidad de asociado, cuya participación no debe ser tenida en cuenta para determinar el quórum, ni a efectos de conformar la mayoría decisoria¹⁵.

Las relaciones negociales convenidas por el administrador societario que implican un autocontrato celebrado antes de la vigencia de la Ley 222 del año 1995, ciertamente se resolvían acudiendo a lo previsto en el libro Primero del Código de Comercio, por falta de norma especial:

¹³ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2019-01-171111 del 29 de abril de 2019.

¹⁴ Tribunal Superior de Bogotá - Sala Civil, Sentencia de febrero 21 de 2018. Radicación 110013199002-2012-55580-08. M.P.: Julia María Botero.

¹⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC5509-2021/2016-00315 de diciembre 15 de 2021. Radicación 11001-31-99-002-2016-00315-01. M.P.: Hilda González Neira.

2. Con relación al primer aspecto y a propósito del cuestionamiento formulado por el recurrente, la Corte considera lo siguiente:

Conforme al art. 906 del C. de Comercio, no pueden comprar directamente, ni por interpuesta persona, ni aun en pública subasta, "Los representantes y mandatarios, respecto de los bienes cuya venta les haya sido encomendada, salvo que el representado, o el mandante, haya autorizado el contrato" (ord. 4º).

En el caso, el *ad quem* interpretó el anterior texto legal, según dijo restrictivamente por comportar una prohibición, bajo el entendido de que él comprendía solo la propia persona del representante o mandatario, mas no a su cónyuge o parientes, salvo que se demostrara que alguno de ellos actuó como interpuesta persona, que fue circunstancia que en el caso no se dio¹⁶.

En el caso anterior, las pretensiones estaban orientadas a obtener la rescisión de un contrato de compraventa e hipoteca celebrado por un representante legal en favor suyo y de su esposa. El Tribunal Superior de Bogotá declaró la nulidad relativa por violación a lo dispuesto en el artículo 906, numeral 4º del Código de Comercio. Sin embargo, el Tribunal consideró que el vicio afectaba solamente el 50% de los derechos adquiridos directamente por el representante legal de la sociedad y no el otro 50% transferido por su esposa. Lastimosamente, la Corte no casó la sentencia anterior, pasando por alto que cuando el artículo 906 del Código de Comercio dispone que los representantes y mandatarios "... no podrán comprar directamente ni por interpuesta persona..." está penalizando tanto el conflicto de interés que cobijaba al representante legal de la sociedad, así como a la negociación realizada con su esposa (interpuesta persona), razón por la cual debió declararse la nulidad de todo el contrato de compra-venta y no sólo respecto al 50% adquirido por el gerente de la sociedad.

2. NULIDAD RELATIVA SEGÚN EL ARTÍCULO 838

La Sala Civil de la Corte, al decidir un recurso a casación contra una sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, precisó que el contrato celebrado en conflicto de interés en que incurran los administradores, sin autorización previa de la sociedad, está viciado de nulidad relativa conforme a lo establecido en el artículo 838 Código de Comercio:

(...) En el caso que conoció el tribunal, se trata de una nulidad relativa, tal como lo solicitó la actora en su demanda, toda vez que el artículo 838 del Código de

16 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 24 de febrero de 2010. M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.

Comercio faculta expresamente la rescisión del negocio jurídico concluido por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado (...).

(...) El conflicto de intereses entre la sociedad y sus administradores está regulado por el artículo 838 del Código de Comercio (...).

(...) Cuando se presenta una situación en la que el interés del representante es antagónica o contrapuesta a los intereses de la sociedad en las operaciones directamente concluidas por él, los actos o negocios que dan origen a esa situación son rescindibles a petición del representado (esto es de la sociedad), a menos que haya mediado autorización del órgano facultado para ello, o bien que el contenido del contrato haya tenido en cuenta el modo de excluir la posibilidad del conflicto (...)¹⁷.

El referido artículo 838^[18] regula la rescisión (nulidad relativa) del contrato celebrado por el representante y en manifiesta contraposición a los intereses de su representado.

La misma sala de la corte, al resolver un conflicto surgido en relación a un contrato de hipoteca suscrito por un administrador que actuó en calidad de representante legal de la sociedad hipotecante y de la sociedad garantizada, manifestó:

7. El 30 de septiembre de 2008 Luis Felipe Samper, actuando como gerente suplente, constituyó hipoteca abierta de primer grado sin límite de cuantía sobre el lote englobado, a favor de la sociedad Investor S.A., de la cual era socio y representante legal para ese momento.

(...) En el caso que conoció el tribunal, se trata de una nulidad relativa, tal como lo solicitó la actora en su demanda, toda vez que el artículo 838 del Código de Comercio faculta expresamente la rescisión del negocio jurídico concluido por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado.

(...) El conflicto de intereses entre la sociedad y sus administradores está regulado por el artículo 838 del Código de Comercio: "El negocio jurídico concluido por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado, podrá ser rescindido a petición de éste, cuando tal contraposición sea o pueda ser conocida por el tercero con mediana diligencia y cuidado" (...)¹⁹.

17 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia STC12947-2019 del 24 de septiembre de 2019. Radicación n.º 11001-02-03-000-2019-02979-00. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

18 Artículo 838. Rescisión de negocios jurídicos realizados por el representante
El negocio jurídico concluido por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado podrá ser rescindido a petición de éste, cuando tal contraposición sea o pueda ser conocida por el tercero con mediana diligencia y cuidado.

19 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC9184-2017 de junio 28 de 2017. Radicación 11001-31-03-021-2009-00244-01. M.P.: Ariel Salazar Ramírez.

En las sentencias anteriores de la Corte tampoco se dio aplicación al artículo 23, numeral 7º de la Ley 222, que es la norma que regula el conflicto de intereses de los administradores societarios.

3. NULIDAD ABSOLUTA SEGÚN LEY 222 DEL 95

La celebración de actos o contratos por parte de los representantes legales de una sociedad, sin previa autorización del máximo órgano social, genera nulidad absoluta y no relativa, por violación de norma imperativa, (artículo 23 numeral 7º de la Ley 222 del 95), conforme a lo establecido en el artículo 899 numeral 1º del Código de Comercio, tal como lo expresó recientemente la Corte Suprema:

5.2. La otra acción es la encaminada a que se declaren absolutamente nulos los actos realizados por el administrador contraviniendo los deberes que le impone el numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, la cual da lugar a que se retrotraigan las cosas al estado anterior a la celebración del acto o negocio y de acuerdo con el precepto 5º del Decreto 1925 de 2009, dentro de las restituciones podrá incluirse, entre otras, "el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada".

(...) En los negocios jurídicos donde media conflicto de interés o competencia con la sociedad, el vicio generador de la nulidad absoluta, radica en la inobservancia de una norma imperativa –num. 7 art. 23 Ley 222/95–, que establece como requisito someter a la consideración del máximo órgano social -asamblea general de accionistas o junta de socios- la solicitud de autorización del acto (...)²⁰.

Con anterioridad, confirmando una sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá (fallo el 11 de julio de 2019), expresó que no hubo vía judicial de hecho al haberse declarado la nulidad absoluta del contrato celebrado en conflicto de interés:

(...) de lo transcrito surge diáfano que los socios no dieron autorización alguna para vender parte de los bienes sociales relacionados con Bellavista y Betania; pues no se concretó de forma expresa dicho permiso; y por ende, las compraventas finiquitadas por el Gerente de RIAL S EN C, resultan nulas de nulidad absoluta, ya que al mediar conflicto de interés, se insiste, debía obtener previo a la celebración de las negociaciones, la plurimencionada autorización de la junta de socios (...).

(...). Así las cosas, la Sala concluye que la decisión controvertida no luce antojadiza, caprichosa o subjetiva, con independencia de que se comparta,

20 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC5909-2021 de diciembre 15 de 2021. Radicación 11001-31-99-002-2016-00315-01. M.P.: Hilda González Neira.

descartándose la presencia de una vía de hecho, de manera que el reclamo de la sociedad peticionaria no halla recibo en esta sede excepcional²¹.

Entre la nulidad relativa y la nulidad absoluta, hay grandes diferencias, puesto que la declaración de invalidez absoluta puede solicitarla cualquier persona interesada, y procede, aun oficiosamente, y, además, el término de prescripción de la acción es de 10 años y no de 2 años, como se dispone para la nulidad relativa.

4. LOS SOCIOS GESTORES

Con respecto a una hipoteca suscrita por los socios gestores de una sociedad en comandita con el fin de garantizar obligaciones presentes y futuras de uno de ellos, el Tribunal Superior de Buga, mediante sentencia en julio 25 de 2002, consideró que en razón a que los estatutos no imponían ninguna limitación a los gestores respecto a la cuantía o modalidad del contrato celebrado, no se había producido ninguna nulidad que viciara dicho negocio jurídico. La Corte confirmó la sentencia anterior, en los siguientes términos:

2.1. Mediante los actos impugnados María José García Cuéllar y Luis Eduardo Rueda Donado, "afirmando obrar como representantes legales de la sociedad Luis Eduardo Rueda S. en C.A.", constituyeron a favor de la Corporación Financiera de Cundinamarca, una hipoteca en cuantía indeterminada sobre el inmueble denominado "La Carolina", con el fin de garantizar las obligaciones presentes y futuras que contrajera María José García Cuéllar.

(...) En cuanto a la nulidad de la hipoteca por exceso de los límites del objeto social, asentó el Tribunal que si bien los estatutos sociales de la demandante no contemplan expresamente la posibilidad de gravar bienes de la sociedad para garantizar obligaciones de terceros, sí admiten "que ello podrá hacerse por acuerdo de los socios gestores, tratándose de una sociedad comanditaria, lógicamente no se está excediendo ni violentando el estatuto que la gobierna".

(...) El Tribunal estableció que los socios actuaron conjunta y directamente en el otorgamiento de la hipoteca mediante la cual garantizaron obligaciones de terceros, por lo cual era innecesaria "la autorización escrita" de que trata el artículo 23 de los estatutos de la sociedad demandante. Por otro lado, destacó el juzgador que el parágrafo 3º de la cláusula 13, permitía a los socios gestores desarrollar todas las actividades que requirieran el desempeño de su cargo y el logro del objeto social, "sin ninguna limitación de cuantía o de modalidad jurídica de negocio".

21 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de abril 29 de 2020. Radicación 11001-02-03-2020-00835-00. M.P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

3. Desde otra perspectiva, como se recuerda, el Tribunal desdeñó la nulidad originada en la representación deficiente de la demandante porque "los socios gestores o colectivos de la persona jurídica demandante actuaron, para efectos de constituir el gravamen hipotecario, con apego a la exigencia consagrada en la cláusula 23 de los estatutos, esto es, de común acuerdo, como emana del propio título que contiene el gravamen. Por lo tanto, *sí estaban facultados para llevar la representación de la sociedad en el acto*", conclusión a la cual arribó el Tribunal en uso de la potestad que tienen los juzgadores de instancia de fijar el alcance de las disposiciones del contrato, en este caso el de sociedad. Y si los juzgadores de instancia al unísono así llenaron de sentido las previsiones del reglamento societario, no cayeron por eso solo en exceso o demasía, pues tal es el entendimiento natural que ofrecen las pruebas que se dice fueron indebidamente apreciadas²².

En las sociedades en comanditas, lo natural es que los gestores no tengan limitaciones para celebrar actos o contratos a nombre de la sociedad, lo cual no implica que, si se presentan conflictos de interés, se deba obtener la respectiva autorización del máximo órgano social. En los fallos anteriores, tampoco se dio aplicación al artículo 23, numeral 7º.

Sin embargo, respecto a la última sentencia citada, la nulidad absoluta también era evidente por extralimitación del objeto social. Al respecto, la corte, de manera reciente, transcribiendo parte del fallo del 17 de agosto de 2016, proferido por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, expresó:

Aunado a lo anterior, resalta el juzgado, que el certificado de existencia y representación de la sociedad demandada en uno de los numerales del objeto social se indica: En desarrollo de su objeto social principal la sociedad podrá: Gestionar y conseguir los recursos financieros necesarios para el cumplimiento del objeto social con entidades financieras del país y del exterior (reverso del folio 87 del expediente). En este punto debe tenerse en cuenta lo estipulado en el artículo 99 del Código de Comercio, el cual indica "La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto", lo anterior puesto que la capacidad u objeto social de las sociedades es de carácter limitativo y, por ende, toda la actividad empresarial que la misma desarrolle debe darse en el estricto margen de los actos estipulados en su objeto social al momento de crearse o constituirse.

(...) En este punto debe tenerse en cuenta lo estipulado en el artículo 99 del Código de Comercio, el cual indica "La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto", lo anterior puesto que la capacidad u objeto social de las sociedades es de carácter limitativo y, por ende, toda la actividad empresarial que la misma desarrolle

22 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 15 de febrero de 2007 Referencia Expediente 11001-31-03-027-1998-00339. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

debe darse en el estricto margen de los actos estipulados en su objeto social al momento de crearse o constituirse²³.

En todo caso, cuando la sociedad celebra actos o contratos por fuera de su objeto social (*doctrina ultra vires*), ese negocio jurídico es absolutamente nulo por falta de capacidad de la sociedad:

Con respecto a la extralimitación del objeto social, la ley determina su determinación y concreción y fijó como límites del contrato social o de la capacidad de la sociedad, todos aquellos actos que tiendan al desarrollo del objeto social (artículos 99 y 110 ordinal 4º ibídem). Así las cosas, es claro que la capacidad social se encuentra delimitada por su objeto social y cualquier decisión que desborde dichos límites será indudablemente nula, puesto que la falta absoluta de capacidad por parte de la sociedad origina necesariamente nulidad absoluta en la decisión. En otras palabras, la sociedad sólo puede lo que le permite su objeto social²⁴.

Como bien lo advierte la Superintendencia de Sociedades, los actos celebrados por fuera de la capacidad delimitada por el objeto social están viciados de nulidad absoluta, tal como ya lo había predicado la Corte Suprema de Justicia, sala civil, en sentencia de julio 27 de 1978.

5. SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO POR EL SUPLENTE DEL REPRESENTANTE LEGAL

De manera acertada, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de octubre de 2022, manifestó que por el hecho de que un representante legal suplente suscriba un contrato que beneficia al representante legal principal, tal firma, por interpuesta persona, no elimina el conflicto de interés que afecta al respectivo negocio jurídico:

En efecto, existió una situación antagónica entre intereses diversos, toda vez que Álvaro Páez Rodríguez obrando en nombre y representación de Escapology S.A.S celebró un préstamo con la sociedad G6, de la que también era representante legal principal,

(...) En esa misma línea, el que fuera el representante legal suplente de G6 y firmara el contrato de mutuo no altera el interés patrimonial del señor Páez Rodríguez en el negocio; tampoco lo exime de sus deberes fiduciarios con dicha

23 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC3955-2019 del 26 de septiembre de 2019 Radicación 11001-02-03-000-2018-02393-00. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

24 Superintendencia de Sociedades, Sentencia de septiembre 12 de 2006, y Sentencia 480-000016 del 09 de febrero de 2011.

sociedad, como se plantea en la sustentación. De hecho, el pilar de la actividad gerencial y, en particular, de la administración societaria, se esgrime en el deber general de actuar siempre con lealtad. Siendo ello así, la confusión de los propósitos personales con los empresariales de G6 que aquí se presentó riñe con el fin del adecuado gobierno corporativo²⁵.

Sin embargo, el mismo tribunal, con respecto a un contrato de compraventa suscrito por la representante legal principal de la sociedad vendedora, en favor de su hija, quien igualmente era representante legal suplente de la misma sociedad, consideró que en este evento no se configuraba conflicto de interés, pues en la firma de la escritura no actuó una misma persona como compradora y vendedora, debido a que firmaron madre, hija, y, en todo caso, quien firmó a nombre de la sociedad vendedora fue la representante legal principal y no la suplente:

(...) fue celebrado, por una parte entre Pume Producciones Ltda., vendedora, representada legalmente para ese fin por María Betancourt de Porras, y de otra, a nombre propio, por María Fernanda Porras Betancourt, en condición de compradora, bien pronto se advierte que, pese a que la última en mención, para la época en que tal vínculo se consumó, era socia y representante legal suplente de la enajenante, no se estructura una colisión de intereses, ya que cada extremo lo integraron personas distintas que no actuaron a través de un mismo representante, sino de manera directa en el acto, motivo por el cual, devenía innecesaria la anuencia del órgano social para materializar el negocio.

Aunado, en el escenario descrito no es plausible admitir el argumento de la recurrente, relativo a que se patenta el conflicto de intereses, porque las señoras Betancourt de Porras y Porras Betancourt son coadministradoras, toda vez que para la firma Pume Producciones Ltda. se designó una representante legal principal y otra suplente, esta última se encuentra "... legitimad[a] para actuar en cualquier tiempo y se presume que cuando lo hace, [la] principal está en imposibilidad de actuar...".

Sin embargo, en el convenio censurado no intervino la suplente, habida cuenta que las documentales adosadas, específicamente, el certificado de existencia y representación de la sociedad vendedora, así como el instrumento público consentivo de la compraventa, refrendan que la señora María Betancourt de Porras, en su condición de representante legal principal, suscribió tal convención, y que María Fernanda Porras Betancourt fungió, en nombre propio como compradora; situación que descarta el conflicto de intereses alegado, pues, insístase, esta última no actuó en la aludida negociación, a su vez, como adquirente y en representación de la sociedad enajenante²⁶.

25 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Quinta de Decisión Civil, Sentencia de octubre 19 de 2022. (Rad. 002-2020-00053-02) M.P.: Adriana Saavedra Lozada.

26 Tribunal Superior de Bogotá - Sala Civil, Sentencia del 24 de mayo de 2023. Radicación: 110013199002 2021 00281 01. M.P.: Clara Inés Márquez Bulla.

De entrada, hay que dejar en claro que cuando el acto o contrato a celebrar beneficia a un administrador societario, directamente o por interpuesta persona, el conflicto de interés no desaparece por el hecho de que el respectivo negocio jurídico lo suscriba un representante legal suplente, como tampoco se diluye cuando el beneficiario sea un administrador diferente al representante legal principal y el contrato lo suscriba el principal.

6. COMPETENCIA DEL MÁXIMO ÓRGANO SOCIAL

De manera abiertamente contraria al tenor literal del artículo 23 numeral 7º de la Ley 222 del 1995, la Superintendencia y el Tribunal Superior de Bogotá han establecido una línea jurisprudencial consistente en afirmar que cuando el acto o contrato a celebrarse en conflicto de interés se origina desbordando las limitaciones estatutarias establecidas a las facultades de representante legal, este negocio jurídico debe ser autorizado por la Junta Directiva y no por el máximo órgano social, porque así lo exponen los estatutos.

Inicialmente, en el año 2017, el Tribunal Superior de Bogotá aclaró que pese a la estipulación estatutaria que dispone que el gerente debe tener autorización de la junta directiva para la venta de un inmueble, cuando tal negocio jurídico implica conflicto de interés, este contrato debe ser autorizado por la junta de socios o asamblea:

Ahora, es cierto que, conforme a los estatutos de la sociedad demandada, el órgano competente para autorizar al gerente para vender bienes inmuebles de aquella es la junta directiva. Sin embargo, no puede olvidarse que los administradores en cumplimiento de su función deben abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de tercero en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales requiera autorización expresa de la junta de socios o asamblea²⁷.

De manera acertada, en un pronunciamiento de agosto de 2017, respecto a la autorización otorgada por la Asamblea de Accionistas para la celebración de un contrato en conflicto de interés de los administradores, el cual correspondía a la disposición de unos activos, operaciones que por su cuantía, debían ser autorizadas por la junta directiva, según los estatutos, la Superintendencia de Sociedades expresó que estos actos o contratos en conflicto de interés, en todo caso, deben ser autorizados por el máximo órgano social y no por la junta directiva:

Con todo, en el acta n.º 49 se puso de presente que "si bien la facultad para autorizar la disposición de los activos de la sociedad fue delegada a la junta directiva", en aras de evitar "cualquier conflicto de interés por parte de los

²⁷ Tribunal Superior de Bogotá - Sala Civil, Sentencia de marzo 16 de 2017. 11001 3199 001 2015 00295 01 M.P.: Julio Enrique Mogollón González.

administradores de la sociedad, esta propuesta se somete a consideración de la asamblea" (vid. Folio 61). En efecto, por tratarse de una operación celebrada entre una compañía y su accionista mayoritario, la venta de activos en comento tuvo que inscribirse en el régimen colombiano en materia de conflictos de interés. En este sentido, debe recordarse que en nuestro sistema jurídico les corresponde a los accionistas, reunidos en el seno del máximo órgano social, la aprobación de todas aquellas operaciones en las que medie un conflicto de esa naturaleza. Esta potestad se justifica por el hecho de que los accionistas son los principales interesados en proteger el patrimonio social²⁸.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Bogotá declaró la nulidad decisoria, al considerar que el máximo órgano social había usurpado la competencia de la Junta Directiva:

(...) Por otra parte, tal como lo concluyó la autoridad de primer grado, la asamblea de accionistas –o, en su caso, la junta de socios–, es el órgano encargado de pronunciarse acerca de los intereses contrapuestos que puedan ostentar los administradores de una compañía. Ello es lo que manda expresamente el citado artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reglamentado por el Decreto 1074 de 2015. Sin embargo, esa autorización no puede servir de báculo, como sucedió en este caso, para usurpar las funciones o competencias propias de otros órganos corporativos, entanto esto entraña una transgresión de los límites del contrato social.

Nótese que, con excusa en el referido régimen de conflicto de intereses, la Asamblea facultó directamente al representante legal de Embohuela para concretar la transferencia de los activos de una entidad a otra, sin reparar en que dicha atribución correspondía, estatutariamente, a la junta directiva de la sociedad. Así se establece en el artículo 51 del contrato societario, al señalar que serán funciones de ese último órgano social, entre otras, "autorizar la celebración de actos, operaciones o contratos de cuantía igual o superior al equivalente en pesos moneda legal colombiana a quinientos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$500.000,00)", hecho confesado por la pasiva (fls. 925 y 942, cdno. 4).

(...) Acá debe hacerse una precisión. La atribución otorgada por la ley a la Asamblea no es otra que resolver acerca del posible conflicto sobre el que informa el respectivo administrador, más no que proceda a sustituirlo adoptando la determinación que éste debía tomar en ejercicio de sus funciones, razón por la cual, en el hipotético caso que los miembros comunes de la junta directiva hubieren expresado algún conflicto, el máximo órgano de la sociedad no debía autorizar directamente al representante la realización de la operación –por la limitación impuesta al gerente en los estatutos sociales–, sino resolver acerca de

28 Superintendencia de Sociedades, Procedimientos Mercantiles, Sentencia de agosto 1 de 2017 Expediente 2017-01-410118.

la motivación expuesta por la junta para que ella, si resultaba dispensada, debatiera sobre la conveniencia de celebrar o no la cesión de bienes y, de ser viable, otorgara la autorización al representante para que efectuara la transacción.

Visto entonces lo anterior, no quedaba otro camino que invalidar la determinación de la asamblea respecto a la enajenación de los activos de Embohuila, en la medida que ella fue adoptada en desconocimiento del contrato de sociedad por exceder sus límites al usurpar la competencia de otro órgano corporativo, y, por ende, viciada de nulidad absoluta²⁹.

Como fundamento central, la sentencia anterior expresa que hay que separar dos situaciones diferentes: una, la dispensa o levantamiento de la situación conflictual en cabeza del representante legal, y, otra, la autorización para celebrar el acto o contrato proyectado. Conforme a esta tesis, corresponde al máximo órgano social, (junta de socios o asamblea), determinar si "dispensa" el conflicto de interés expresado en la reunión, en cabeza de los administradores, y una vez obtenida la autorización o "levantamiento de la situación conflictual", se debe obtener la autorización para determinar si se celebra o no el contrato proyectado, competencia exclusiva a cargo de la Junta Directiva, por razón de las limitaciones previstas en los estatutos.

Con posterioridad, en marzo del 2018, cambiando su posición anterior, la Superintendencia manifestó que el máximo órgano social solamente debe pronunciarse sobre los hechos y la situación expresada en la junta o asamblea en que se discuta un conflicto de interés con los administradores, autorizándolo u otorgando la dispensa para participar en la reunión de junta directiva en la cual se deberá aprobar o no el proyectado contrato:

Sin embargo, en este punto es necesario señalar que el hecho de que la adopción de dicha decisión haya representado un evidente conflicto de interés para distintos miembros de la junta directiva, no facultaba al máximo órgano social para asumir funciones propias del órgano de administración. Por lo demás, en el texto del acta señalada no parece de manifiesto que se le haya dado curso al procedimiento obligatorio que señala el artículo 2º del Decreto 1925 de 2009.

Ahora bien, según lo ha advertido el Despacho, el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 no traslada a la asamblea general de accionistas la facultad para decidir sobre la constitución o adquisición de participaciones por parte de Almacenes Éxito S.A., ni despoja a la junta directiva de la función que le ha sido asignada estatutariamente. Por el contrario, el procedimiento reglado en el artículo 2º del Decreto 1925 de 2009 se refiere claramente a que el máximo órgano social debe autorizar al administrador para la actividad en la cual medió

29 Tribunal Superior de Bogotá - Sala Civil, Sentencia del 1º de febrero de 2018. Referencia Expediente 11001-3199-002-2016-80098-02. M.P.: Nubia Esperanza Sabogal Varón.

el conflicto, la cual, en el caso particular, se refiere a la participación en la sesión de la junta directiva en donde se autorizaría al representante legal para la adquisición de las participaciones sociales aludidas.

Si bien, en virtud de las referidas normas les corresponde a los socios analizar la conveniencia o no de los actos para los cuales otorgarán la autorización –lo que para el caso concreto puede incluir un análisis sobre las consecuencias de la operación en caso de ser aprobada por la junta directiva–, so pena de ser solidaria e ilimitadamente responsables por los perjuicios que ocasionen a la sociedad, esto no implica la transferencia al máximo órgano social de las funciones que estatutariamente le corresponden al órgano de administración³⁰.

El Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia anterior considerando que, si los estatutos disponen que los actos y contratos celebrados por almacenes éxitos S.A. que sobrepasen la cuantía de 23.000 SMMLV, se deben autorizar previamente por la junta directiva, entonces, hubo usurpación de competencia por parte de la asamblea al autorizar la celebración del acto o contrato en conflicto de interés, pero modificó el fallo de primera instancia, manifestando que la decisión de la Asamblea no estaba viciada de ineeficacia, sino de nulidad absoluta:

Para arribar a esa conclusión sostuvo que el párrafo tercero del artículo 37 de los estatutos sociales de Almacenes Éxito S.A., limitaba la realización de actos o celebración de contratos por parte del representante legal de la compañía a una cuantía de 23.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes - al momento de la operación -, salvo que contara con la autorización previa de la junta directiva.

Así, en vista de que la adquisición indirecta del 50% de las acciones con derecho a voto de 'Companhia Brasileira de Distribuição' o 'Grupo Pao de Açucar' y de 100% de las acciones suscritas de 'Libertad S.A.' tenía un valor aproximado de \$USD1.826.000.000 para el 2015, esto es, aproximadamente \$5.446.958.000.000, sostuvo que era evidente que requería ser aprobada por la junta directiva. de Almacenes Éxito S.A., órgano social facultado para tales efectos; añadió, que durante la aludida sesión extraordinaria n.º 69, fue la asamblea general de accionistas de Almacenes Éxito S.A., mas no su junta directiva, la que adoptó dicha determinación, amén de señalar que ante el conflicto de interés para distintos miembros de este último órgano (Philippe Alarcón, Yves Desjacques y Bernard Petit), el máximo órgano social no estaba facultado para asumir funciones propias del órgano de administración, amén de reprochar la ausencia del procedimiento obligatorio previsto en el artículo 2º del Decreto 1925 de 2009, sin que, por lo demás, el numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, hubiere trasladado a la asamblea general de accionistas la potestad

30 Superintendencia de Sociedades, Procedimientos Mercantiles, Sentencia de marzo 23 de 2018. Proceso 2017-800-60.

para decidir sobre la constitución o adquisición de participaciones por parte de Almacenes Éxito S.A., ni despojó a la junta directiva de la función que le fue asignada estatutariamente.

De manera que la determinación de la asamblea que viene de mencionarse se soportó en el desconocimiento del contrato de sociedad por presuntamente haberse excedido sus límites al usurpar la competencia de otro órgano corporativo.

Si ello es así, como en efecto lo fue, para la Sala es claro que la eventual consecuencia de los hechos que soportaron la pretensión, no era dable advertirla al amparo de los presupuestos de la ineficacia previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio a que hace mención el artículo 133 de la Ley 446 de 1998), sino la nulidad absoluta, por tratarse de un tema de usurpación de competencias³¹.

Contrariamente a lo afirmado en las sentencias anteriores, de conformidad con lo establecido en el numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222, la autorización para celebrar el acto o contrato en conflicto de interés siempre corresponde al máximo órgano social, sin que, por asomo, pueda inferirse que en algunos eventos como los relacionados con las limitaciones estatutarias a los administradores, dicha autorización le compita a la Junta Directiva.

En efecto, las referencias al máximo órgano social aparecen en repetidas oportunidades en el mencionado artículo 23 numeral 7º. En primer lugar, cuando el legislador dispone: "... salvo autorización expresa de la Junta de Socios o Asamblea General de Accionistas...". Más adelante se establece que se "... suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante". Ahora bien, cuando la norma se refiere al órgano social correspondiente, no puede inferirse que se trata de la Junta Directiva, pues a continuación el texto legal aclara "... de la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador si fuere socio...". Naturalmente, el único órgano social en el cual el administrador puede tener la calidad de socio es en la asamblea o junta de socios.

Finalmente, el mismo numeral 7º parte final, dispone: "... la autorización de la Junta de Socios o Asamblea General de Accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto o contrato no perjudique los intereses de la sociedad". En esta parte se manifiesta de forma expresa que quien debe autorizar el acto o contrato es el máximo órgano social y se condiciona tal autorización a que el acto o contrato no resulte lesivo a la sociedad.

De ninguna forma del artículo 25 numeral 7º menciona a la junta directiva, y menos, permite inferir que en algunos eventos quien debe autorizar la celebración del acto o contrato en conflicto de interés sea dicho órgano.

31 Tribunal Superior de Bogotá - Sala Civil, Sentencia de mayo 30 de 2018. Radicación 110013199002201700060 02. M.P.: Manuel Alfonso Zamudio.

Es más, el Decreto 1925 del 2009 (ya derogado), confirma la competencia del máximo órgano social para autorizar la celebración de cualquier acto o contrato de conflicto de interés, en los artículos 1º y 2º³².

De manera específica, el artículo 1º expresa que la autorización la debe dar el máximo órgano social. Por su parte, el artículo 2º ordena la citación del máximo órgano social disponiendo, en el orden del día que el motivo de la reunión será autorizar o no la celebración del futuro contrato celebrado en conflicto de interés.

Es reiterativo el mismo precepto al expresar que la autorización debe provenir del máximo órgano social, y más adelante señala que la información sobre el negocio proyectado se suministrará al máximo órgano social y no a la junta directiva. Finaliza el artículo 2º expresando que, en todo caso, si el administrador es socio, no puede votar en el punto relacionado con la autorización, y agrega que el máximo órgano social no podrá autorizar la celebración del acto o contrato si este resulta perjudicial a la sociedad.

Es de resaltar que tanto el artículo 23 de la Ley 222 del 1995 como el artículo 2º del decreto 1925 del 2009, disponen que la información relevante se suministrará al máximo órgano social y no a la junta directiva. En la actualidad, lo expresado en los artículos 1º y 2º del decreto 1925 ha sido reproducido en el decreto 046 de 2024, artículo 2.2.2.3.4.

En las sentencias analizadas, se pregonó que al máximo órgano social solamente le corresponde otorgar la "dispensa" para que el administrador sea liberado del conflicto de interés y que por razón de la cuantía o de la naturaleza del contrato, según los estatutos, corresponde a la junta directiva autorizar el respectivo negocio jurídico. Partiendo de un presupuesto hermenéutico equivocado, se fundamentan en una cláusula estatutaria, (en los casos analizados, el límite de los USD\$50.000 establecidos en el artículo 51 de la sociedad Enbohuila y el límite de los 23 SMMLV consignados en el artículo 37 de los estatutos de almacenes Éxito S.A.).

Con anterioridad, el mismo tribunal Superior de Bogotá se había referido a la "dispensa", en caso de conflictos de interés de los administradores, pero en términos muy diferentes:

32 Artículo 1º. El administrador que incurra por sí o por interpuesta persona, en interés personal o de terceros, en conductas que impliquen conflicto de interés o competencia con la sociedad en violación de la ley y sin la debida autorización de la Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios...
Artículo 2º. Conforme al precepto legal consagrado en el último párrafo del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en caso de conflicto de interés o competencia con la sociedad, el administrador ordenará la convocatoria o convocará a la Asamblea General o Junta de Socios, señalando dentro del orden del día la solicitud de autorización para la actividad que le representa conflicto de interés o competencia con la sociedad. Durante la reunión de la Asamblea o Junta de Socios, el administrador suministrará toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio.
En todo caso, de conformidad con la Ley 222 de 1995, la autorización de la Junta de Socios o Asamblea General de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.

Más aún, obsérvese que el deber de abstención al que se viene haciendo referencia es de carácter relativo, porque la asamblea general de accionistas puede dispensarle autorización al administrador, sólo que este debe ser transparente en la entrega de la información que debe soportar la decisión de ese órgano societario y, si fuere socio, abstenerse de votar. Con otras palabras, es al socio que también es administrador al que se le prohíbe votar la decisión de autorizar una operación en la que exista conflicto de intereses o el desarrollo de alguna actividad que implique competencia con la sociedad³³.

No puede perderse de vista que la competencia de la junta directiva establecía en el artículo 51 de los estatutos de Embohuila y el artículo 37 de los estatutos de Almacenes Éxito S.A. que por razón de la cuantía o naturaleza del acto o contrato, corresponde a una previsión de carácter contractual convenida en virtud de lo establecido en el artículo 196 del Código de Comercio, pero no se basa en norma de orden público, por lo que se desconocen gravemente los principios de hermenéutica que exponen que frente a una norma imperativa como lo es el artículo 23 numeral 7º de la Ley 222, precepto que asigna una competencia exclusiva al máximo órgano social, no se puede anteponer lo previsto en el contrato.

Entonces, la superintendencia y el Tribunal Superior de Bogotá, al privilegiar las cláusulas estatutarias 51 y 37 de las referidas sociedades, que establecen la competencia a la junta directiva para autorizar contratos que sobrepasen determinada cuantía, están dejando de aplicar una norma imperativa (art. 23 numeral 7º) para los eventos de conflictos de interés de los administradores, lo cual resulta evidentemente errado.

El que la junta directiva no sea el órgano competente para autorizar la celebración del actos o contratos en conflicto de interés con los administradores, no significa que no sea importante su participación en estos asuntos. Muy por el contrario, siendo un organismo más capacitado técnicamente que el máximo órgano social, para determinar la conveniencia o no de la celebración del contrato proyectado, es importante obtener un concepto previo y favorable de la junta directiva con la indicación detallada de las razones por las cuales resulta conveniente para la sociedad celebrar dicho contrato. El respectivo informe (mas no autorización) de la junta directiva, deberá ponerse en conocimiento el máximo órgano social junto con la demás información relevante para que el máximo órgano social pueda tomar la decisión en forma más adecuada y sustentada.

Sin embargo, como es factible que el conflicto de intereses se presente con respecto a algunos miembros de la junta directiva, dichos miembros no podrán participar en la reunión en que se determine el concepto favorable, o al menos resulta lo más conveniente, pese a que no exista norma al respecto.

33 Tribunal Superior de Bogotá - Sala Civil, Sentencia de julio 10 de 2009. Ref: Proceso abreviado n.º 478-2000. M.P.: Marco Antonio Álvarez Gómez.

De manera excepcional, la superintendencia recientemente expresó que los contratos en conflicto de interés de los administradores, así superen la limitación estatutaria establecida para el representante legal, sí deben ser autorizadas por el máximo órgano social:

(...) Por último, no sobra señalar que, en cualquier caso, tampoco es siquiera claro que la ratificación y autorización impartidas en la reunión bajo estudio correspondieran a lo establecido en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en cuanto a todos los requisitos que allí se exigen. De ser ello cierto, se habría tratado apenas de una simple autorización posiblemente protocolaria, sin mayor efecto, pues lo estrictamente exigible por la ley es que se autoricen operaciones que le generen un conflicto de interés al administrador, y, en el caso de Smartstar S.A.S., aquellas que superen la cuantía de 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes"³⁴.

Ciertamente, cuando un acto o contrato sopesaba la limitación estatutaria respecto a las facultades del representante legal, y se disponga la aprobación previa por parte de la junta directiva o del máximo órgano social, el estudio se reduce a verificar los estatutos; pero en tratándose de conflictos de interés con administradores, la autorización previa solamente le compete a la junta de socios o asamblea, previo el cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 23 numeral 7º de la Ley 222, sin que la cuantía o naturaleza del acto, según las limitaciones estatutarias, cambien tal situación. En el primer evento, se aplican los estatutos y en el segundo una norma imperativa.

7. COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL MÁXIMO ÓRGANO SOCIAL

Es el máximo órgano social el competente para autorizar los actos y contratos celebrados en conflicto de interés, según se ha expresado en múltiples jurisprudencias. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia considera:

La información suministrada por el administrador ha de ser precisa, idónea y suficiente, pues con base en ella el órgano social podrá "conocer la dimensión real del asunto" y determinar "la viabilidad de la autorización que le interesa al administrador o, en caso contrario, obrar de otra manera"³⁵.

Situación diferente se presenta respecto de las operaciones que ejecutó la demandante con las sociedades "Cascanueces Ltda." y "Espan Ltda.", así como la utilización de la marca "Líder", generadora de un eventual conflicto de intereses,

³⁴ Superintendencia de Sociedades, Sentencia de junio 17 de 2021. Proceso 2020-800-00226.

³⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, SC5509-2021/2016-00315 de diciembre 15 de 2021. Radicación 11001-31-99-002-2016-00315-01. M.P.: Hilda González Neira.

pues es cierto, que a la luz de lo establecido en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, debe existir autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas, para participar por sí o por interpuesta persona en actividades que "impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses", dado que la claridad de la norma no remite a duda que para dicha eventualidad no es admisible el aval tácito que equivocadamente dedujo el tribunal en la sentencia impugnada.

(...) En tal virtud, aun cuando puede ser cierto que los miembros de la Junta Directiva de la empresa demandada ya conocían con anterioridad la ejecución de operaciones por parte de la demandante, que implicaban un marcado "conflicto de intereses", esa sola circunstancia no conduce a deducir el beneplácito del empleador en el proceder de su representante legal ante la necesidad de que exista "expresa autorización", y tampoco le resta entidad jurídica a la falta cometida³⁶.

Por su parte, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá ha reiterado que la falta de autorización expresa del máximo órgano social acarrea la nulidad absoluta del respectivo acto o contrato:

Se sigue de tales asertos que, la declaratoria de existencia de conflicto de intereses de los negocios celebrados por los demandados entre 2014 a 2017, por ausencia de autorización del máximo órgano social implicaba la declaratoria de nulidad absoluta de los mismos y, la consecuencia jurídica propia de ésta era volver las cosas al estado anterior a las dichas operaciones nulas, por lo que se imponía disponer las restituciones mutuas, que operan incluso de oficio³⁷.

Igualmente se ha manifestado que el contrato de mutuo suscrito por la sociedad, en beneficio del representante legal, debía haber sido aprobado por el máximo órgano social, mediante una autorización especial y no de tipo general:

En ese norte, la Sala reitera que se requería acreditar el cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 2 del Decreto 1925 de 2009 (reglamentario del artículo 23 de la Ley 222 de 1995), esto es, que el administrador sometió a consideración de la asamblea general no sólo la celebración del mutuo sino todos los datos relevantes de dicho negocio para brindarle toda la información significativa para la toma de decisión, manifestando en forma expresa que se encontraba inmerso en el conflicto de interés, a más que debía demostrar el aval del máximo órgano social con el examen puntual de si dicha operación lesionaba el interés de la sociedad G6; lo que no ocurrió³⁸.

³⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral, Sentencia 41183 de agosto 2 de 2011. M.P.: Camilo Tarquino Gallego.

³⁷ Tribunal Superior de Bogotá - Sala Civil, Sentencia de enero 26 de 2023. Radicación 110013199002201900032 01. M.P.: Ruth Elena Galvis Vergara.

³⁸ Tribunal Superior de Bogotá - Sala Civil, Sentencia de octubre 19 de 2022. Radicación 002-2020-00053-02. M.P.: Adriana Saavedra Lozada.

Igualmente, se ha manifestado que las operaciones de mutuo celebradas en conflicto de interés, bajo el pretexto de haberse obtenido una autorización previa, la decisión del máximo órgano social, debe cumplir con el procedimiento establecido en el numeral 7º artículo 23 de la Ley 222:

Ahora bien, la sociedad demandada ha disputado que, en cualquier caso, el señor Rogelio Díaz Guevara no podía aceptar, como representante legal, unas letras de cambio de las cuales él es beneficiario. Protestó que allí existía un "conflicto de intereses", pues "suscribió el título a nombre de la demandada", por una suma a su favor (fls. 26 y 27, cdno.1).

El demandante replicó que fue autorizado por la junta de socios, según acta de 28 de noviembre de 2005, en la que se aprobó la autorización solicitada por el gerente "para tomar crédito hasta por cien millones de pesos (\$100.000.000.oo), para el cambio de cheques, letras y así poder cancelar las deudas con empleados y con terceros".

A este respecto, es necesario precisar que el tema del conflicto de intereses no se resuelve necesariamente con la referida autorización, por dos razones fundamentales a saber:

a. La primera, porque si se miran bien las cosas, la autorización en cuestión no le otorgó dispensa al gerente para contratar consigo mismo y, por ende, para emitir unas letras de cambio a cargo de la misma sociedad y a favor de su representante. Lo que la junta de socios autorizó fue que el señor Díaz tomara créditos hasta por \$100'000.000,oo, pues en los estatutos se había previsto que sus atribuciones quedaban limitadas a actos y contratos cuya cuantía no superara los \$5'000.000,oo. A partir de ese valor se requería, según da cuenta el certificado de certificación legal emitido por la Cámara de Comercio, "previa autorización de la asamblea de socios (sic)" (fl. 18, vuelto cdno.1).

Por tanto, de una autorización para tomar préstamos de dinero, no se puede deducir concesión para que el señor Díaz, como socio y representante legal de la sociedad, fungiera como prestamista.

La segunda, porque en la operación en comento se omitió que según el numeral 7º del inciso 2º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores deben "abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros..., o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas", previendo la misma disposición que al momento de votarse la dispensa, "de la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio."

(...) Se trata de una norma especial en materia de sociedades comerciales, que hace inaplicable la regla prevista en el Código Civil para los mandatarios (art. 2171), en

virtud de la cual los administradores no pueden celebrar un contrato en el que se configure un conflicto de intereses con la sociedad que representan, como es el caso de suministrarle dineros a título de mutuo remunerado

(...) Sólo la junta de socios o la asamblea general de accionistas, según el caso, pueden autorizar operación de ese linaje; pero aún en este caso el celo de la ley llegó al punto de prever que si el administrador también es socio, no podía votar la propuesta de autorización respectiva³⁹.

Es más, la misma Superintendencia ha expresado que ni siquiera la autorización por unanimidad de los socios, o de la mayoría de estos, sirve para suscribir un contrato determinado en conflicto de interés, si no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995:

Ahora bien, pese a que, como ya se dijo, el contrato de administración delegada fue celebrado en conflicto de interés, la asamblea general de accionistas no impartió la autorización necesaria. Si bien el acta n.º 14, en la que consta la reunión asamblearia del 16 de mayo de 2016, da cuenta de que se autorizó por unanimidad a Santiago González Ramos para celebrar el contrato de administración delegada con Logística y Apoyo Empresarial S.A.S., dicha autorización no se otorgó en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y del Decreto 1925 de 2009 (vid. Folio 86 y reverso). Debe recordarse que, para tal efecto, es necesario que se incluya en el orden del día inserto en la convocatoria a la reunión el punto correspondiente a la autorización de operaciones en conflicto de interés. Igualmente, el administrador debe poner de presente el conflicto y suministrar toda la información relevante para la toma de la decisión –relación con la otra parte contractual, estrechez del vínculo, condiciones de la operación, entre otros–. Adicionalmente, la operación no podrá ser autorizada si perjudica los intereses de la sociedad y deberá excluirse el voto del administrador que fuere asociado.

Lo anterior, sin embargo, no se encuentra acreditado. El mencionado documento tampoco da cuenta de que se hubiera revelado a los accionistas toda la información relevante de la operación, como, por ejemplo, las razones por las cuales se habría de delegar la administración, los términos en que habría de celebrarse el contrato, las prestaciones a que se obligarían las partes contractuales, el fundamento para haber pactado dichas prestaciones en la forma en que se hizo, entre otras⁴⁰.

Ahora bien, aunque el Despacho aceptara que los accionistas mayoritarios de Servisurco S.A. impartieron la autorización del numeral 7, tampoco podría

39 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil de Decisión. Marco Antonio Álvarez Gómez, Bogotá D. 26 de junio 2009.

40 Superintendencia de Sociedades, Sentencia de noviembre 18 de 2020. Proceso 2018-800-00436.

admitirse el saneamiento de la nulidad bajo estudio. En efecto, la autorización del numeral 7 resulta improcedente cuando la operación presentada ante la asamblea “perjudique los intereses de la sociedad”. En esta regla puede encontrarse uno de los principales mecanismos para la protección de los accionistas minoritarios de sociedades colombianas⁴¹.

En ejercicio de funciones administrativas, la Superintendencia también ha expresado que la autorización para suscribir contratos en conflicto de interés por los administradores, no se puede delegar en la junta directiva:

No es posible que al interior de la compañía se creen procesos de autorización diferentes, como que la junta directiva o un comité especial sea en órgano competente para resolver de fondo la existencia del conflicto y la eventual autorización para la celebración del acto conflictivo, porque contraviene el debido proceso establecido en el artículo 7º de la Ley 222 de 1995. Por mandato de la norma imperativa la competencia para resolver sobre el particular está radicada de manera inexcusable en la junta de socios o asamblea general de accionistas⁴².

Puesto que la ley ha asignado la competencia exclusiva del máximo órgano social para autorizar la celebración de actos o contratos que impliquen conflicto de interés de los administradores, por vía estatutaria no se puede delegar tal función a la junta directiva o en la comisión de auditaría, ni siquiera en una sociedad SAS., debido a que en este tipo societario la ley (artículo 27 de la Ley 1258 de 2008) remite expresamente al régimen de administradores previsto en la Ley 222 del 95. Debido a la integración normativa por vía de remisión, el artículo 23 de la Ley 222 del 95 se aplica de manera imperativa en las sociedades.

CONCLUSIÓN

Los administradores de las sociedades comerciales pueden incurrir en múltiples actos o contratos que configuren conflicto de interés con las sociedades administradas.

Si bien en el Código de Comercio, Libro Primero, la ley establece normas especiales respecto a los mandatarios o representantes que pretendan celebrar actos o contratos que impliquen un conflicto de interés con su mandante o representado, tal como se dispone en los artículos 838, 839, 906 numeral 4º, y 1274, preceptos que son aplicables a los contratos mercantiles en general, estos no resultan pertinentes con respecto al contrato de sociedad, en razón a que el artículo 23 numeral 7º de la Ley 222 de 1995, estatuto

41 Superintendencia de Sociedades, Sentencia 18 de noviembre de 2020 Proceso 2018-800-00436.

42 Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-178947 de 30 de diciembre de 2019.

que corresponde a una norma especial y posterior, ha regulado, de manera integral, todo lo relativo al conflicto de interés en que pueden incurrir los administradores societarios con las sociedades que administran.

Sin embargo, son reiterativas y recientes las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en las cuales se omite la aplicación de esta normativa especial (artículo 23 de la Ley 222) y, en consecuencia, los conflictos de interés se resuelven invocando los referidos artículos 838, 839, 906, y 1274 del Código de Comercio, preceptos que se reitera, no son aplicables respecto a los administradores societarios.

Resolver este tipo de conflictos invocando el régimen común establecido en el Libro Primero del Estatuto Mercantil en vez del artículo 23, numeral 7º de la Ley 222, resulta abiertamente inadecuado, pues, como bien se sabe, existen grandes diferencias entre la nulidad relativa y la absoluta de los negocios jurídicos.

En primer término, los actos o contratos celebrados en conflictos de interés y en contravención a lo previsto en los artículos 838, 839, 906, y 1274 del Código de Comercio se encuentran viciados de nulidad relativa, al paso que la violación al régimen especial consagrado en el artículo 23 de la Ley 222, genera nulidad absoluta.

En segundo lugar, la nulidad absoluta puede o debe ser declarada oficiosamente por el juez, mientras que la nulidad relativa requiere petición de parte. Adicionalmente, cualquier persona que acredite interés legítimo puede solicitar la nulidad absoluta, al paso que la relativa solamente puede invocarla el contratante afectado (Art. 1741 C.C.).

Finalmente, el término de prescripción de las acciones por razón de la nulidad relativa es de dos (2) años (artículo 900 Código de Comercio), al paso que, la prescripción de la acción cuando se trata de nulidad absoluta es de diez (10) años (artículo 2536 C.C.).

En la medida que los actos o contratos celebrados por un administrador societario en conflicto de interés y sin cumplir los requisitos previstos en el artículo 23 numeral 7º de la Ley 222 generan nulidad absoluta, la sociedad, los socios y los terceros afectados cuentan con mejores herramientas para que se decrete la nulidad de los correspondientes contratos, tanto por su personería para demandar como por el término prescriptivo de la acción, sin pasar por alto la obligación del juzgador de decretar oficiosamente la nulidad absoluta cuando aparezca de manifiesto.

Por lo tanto, resulta más afortunado y sencillo tramitar el proceso encaminado a obtener la invalidez absoluta para dejar sin efecto los contratos que no se han ajustado al procedimiento consagrado en el referido artículo 23 de la Ley 222; sin embargo, en algunas oportunidades se invoca la simulación del contrato (ver Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC451-2017 de octubre 25 de 2017. Radicación

11001-02-03-000-2017-02503-00. M.P.: L.A. Rico Puerta), o el delito de administración fraudulenta (ver Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia, SP3601 – 2021 del 18 de agosto de 2021, M.P.: Fabio Ospitía G.), procesos en los cuales tampoco se ha declarado oficiosamente la nulidad absoluta de los contratos celebrados en conflicto de interés.