

# La responsabilidad de los administradores por conflictos de interés en la empresa de grupo<sup>\*</sup>

LUIS FERNANDO SABOGAL<sup>\*\*</sup>

## RESUMEN

Se analiza el problema que hoy día enfrentan la empresa de grupo y sus administradores frente a las operaciones en conflicto de interés. En esta dirección, se hace un análisis de los distintos elementos jurídicos de las legislaciones colombiana y comparada a fin de identificar los escenarios bajo los cuales los administradores de estas sociedades responden por impartir o atender instrucciones de grupo.

## PALABRAS CLAVE

Gobierno corporativo, deber de lealtad de los administradores, grupos empresariales, operaciones con partes vinculadas, interés social.

## ABSTRACT

In this research the author analyzes the problem now facing the company belonging to a group and its directors in regard to conflict of interest operations. Thus, an analysis is made of the different Colombian and compared

\* Fecha de recepción: 23 de octubre de 2014. Fecha de aceptación: 4 de diciembre de 2014. Para citar el artículo: SABOGAL, L. "La responsabilidad de los administradores por conflictos de interés en la empresa de grupo", en *Revista E-Mercatoria*, vol. 13, n.º 2, julio-diciembre, 2014, pp. 179-202.

\*\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con especialización en Derecho Comercial de la misma universidad. Máster en Derecho de Empresa de la Università degli Studi di Génova (Italia). Máster en Derecho Comercial de la Universidad Complutense de Madrid (España). Desde 2008 y hasta la fecha, candidato a doctor en el programa Transformaciones del Mercado y el Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Correo-e: luis.sabogal@uexternado.edu.co.

legislations in order to identify the scenarios under which directors are to be held accountable for imparting group instructions or by giving effect to said instructions.

## KEYWORDS

Corporate governance, directors' duty of loyalty, business groups, related-party transactions, corporate interest.

### 1. PANORÁMICA SOBRE LOS CONFLICTOS DE INTERESES DE LOS ADMINISTRADORES

Uno de los grandes problemas del derecho de sociedades moderno ha sido conseguir alinear los intereses de la sociedad con los intereses de sus administradores, de modo que aquellos no persigan intereses personales, o los de un tercero, distintos a los de la sociedad.

La regulación de los conflictos de intereses en el derecho comparado ha pasado por la instauración de un "deber de lealtad de los administradores" que los obliga precisamente a no anteponer sus intereses personales, o los de un tercero, frente a los intereses sociales, lo que se ha traducido en una regulación de los conflictos de interés que se manifiesta en la tipificación de una serie de conductas consideradas como desleales y la determinación de las personas vinculadas al administrador<sup>1</sup>.

En Colombia se introdujo el deber de lealtad de los administradores en el año de 1995<sup>[2]</sup> con la Ley 222 cuando se dispuso en el art. 23 que "los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de los asociados", lo cual se precisa de forma más específica en el numeral 7 del citado artículo cuando dice: "En cumplimiento de su función los administradores deberán: [...] 7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas". Y, finalmente, precisa el último inciso de este artículo que "la autorización de la junta de socios o asamblea

1 Entre muchas otras obras que tratan esta problemática pueden destacarse: RIBAS, VINCENÇ (2010), SERRANO (2008), SCHMIDT, DOMINIQUE (2004), ENRIQUES, LUCA (2000), STESURI, ALDO (1999) y SOLIMENA, LUIGI (1999).

2 Para algunos, sin embargo, el primer antecedente al deber de lealtad de los administradores aparece en la Ley 155 de 1959, aunque en realidad se trata de una normativa que regula las prácticas restrictivas de la competencia.

general de accionistas solo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad".

Ahora bien, todas estas normas habían sido, hasta época muy reciente, disposiciones que cumplían una mera función de advertencia a los administradores de cara a que se abstuvieran de desarrollar esas conductas que podrían ser consideradas como desleales; mas ninguna de estas normas se traducían en una verdadera acción de responsabilidad contra los administradores, ni se discutía la validez de las decisiones tomadas en contravención a estas normas, por ausencia de una jurisdicción capacitada para enfrentar la complejidad de estas acciones de responsabilidad. Esta circunstancia ha cambiado considerablemente desde que se creó la Delegatura de Procedimientos Mercantiles en la Superintendencia de Sociedades, a la cual se le atribuyeron facultades jurisdiccionales extraordinarias, y a partir de lo cual se han emitido sentencias<sup>3</sup> aplicando por primera vez las normas atinentes a los conflictos de interés de los administradores.

De manera pues que todas estas normas comienzan a ser aplicadas y, por ende, resulta necesario evaluar la conveniencia o inconveniencia de la regulación de los conflictos de intereses en Colombia en sus distintas aristas, entre ellas, lo atinente a los conflictos de intereses de los administradores de las sociedades miembro de una empresa de grupo, que es el objeto de este trabajo.

## 2. LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE LOS ADMINISTRADORES EN LA EMPRESA DE GRUPO

### 2.1. LA PROBLEMÁTICA DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE LOS ADMINISTRADORES

Como anticipábamos, el deber de lealtad impone a los administradores la obligación de no privilegiar sus intereses personales o los de un tercero frente al "interés social" de la sociedad. Cuando abordamos la problemática de los conflictos de interés en sede de los grupos empresariales o de sociedades, nos estamos refiriendo a los supuestos en que el administrador privilegia, sobre el interés social, el interés de "un tercero", que será en nuestro caso la persona o sociedad matriz o controlante.

En un grupo de empresas las distintas sociedades miembro, individualmente o entre ellas, desarrollan operaciones o actos que deben ser autorizadas o ejecutadas por los administradores y que fácilmente pueden ser encuadrados como típicas conductas en conflicto de intereses. Piénsese, por ejemplo, en los

3 Vid. Superintendencia de Sociedades, sentencia 801-000035 del 9 de julio de 2013 y Superintendencia de Sociedades, sentencia 800-052 de septiembre de 2014.

contratos u operaciones intragrupo que no se desarrollan en condiciones de mercado, o cuando diversas empresas de grupo desarrollan una misma actividad económica y compiten entre sí, o bien cuando la sociedad matriz o controlante aprovecha para sí, o para otra sociedad de grupo, una oportunidad de negocio que originalmente fue ofrecida a una de las sociedades subordinadas. Estos conflictos suelen ser particularmente acentuados en las sociedades anónimas abiertas donde los instrumentos de conocimiento y reacción por parte de los socios son más difíciles de activar de forma directa<sup>4</sup>.

Esas operaciones o actos que las sociedades de grupo realizan en conflicto de intereses son, sin embargo, necesarias —e incluso la razón de ser— de los grupos de empresas<sup>5</sup>.

El problema radica en que la mayoría de legislaciones, de un lado, reconocen la legitimidad de los grupos de sociedades, pero al mismo tiempo tienen estructurado el régimen de deberes y responsabilidad de los administradores sobre la base de la sociedad-isla —no miembro de un grupo empresarial—.

En razón de esto, la configuración y la sanción al deber de lealtad resultan muchas veces incompatibles con la lógica de la empresa de grupo, al punto que podría sostenerse que el derecho de sociedades vigente en muchos ordenamientos no ofrece una respuesta satisfactoria a la difícil problemática de los grupos empresariales cuando se trata del régimen de responsabilidad de los administradores, especialmente de los de sociedades subordinadas a una dirección única por parte de una empresa matriz<sup>6</sup>.

Tal ha sido la problemática que en Europa tanto el llamado Informe Winter<sup>7</sup> como el Informe enviado por la Comisión Europea al Parlamento Europeo bajo el nombre "Modernización del derecho de sociedades y mejora del Corporate Governance en la Unión Europea. Un plan para avanzar" destacaron en su momento la necesidad de establecer un régimen de convergencia entre el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades dominadas y las sociedades dominantes, en especial en aquello relativo a los conflictos de intereses que se presentan normalmente entre estas sociedades<sup>8</sup>.

4 MONTALENTI (2004), p. 250.

5 ENRIQUES (2009), p. 176.

6 SÁNCHEZ CALERO (2007), pp. 354 y 359.

7 "De forma un tanto difusa, el Grupo Winter declaraba que los Estados miembros de la UE deberían establecer una norma general que, protegiendo a los grupos de sociedades, permitiera a los administradores de las sociedades pertenecientes al grupo adoptar y llevar a cabo una política coordinada, de manera que fueran protegidos a largo plazo los intereses de los acreedores y que se encontrase un justo equilibrio entre los aspectos positivos y negativos de los accionistas externos de las distintas sociedades. Este régimen facilitaría la formación y el funcionamiento de los grupos de sociedades, y correspondería a cada Estado miembro concretar los detalles" [SÁNCHEZ CALERO (2007), p. 356].

8 SÁNCHEZ CALERO (2007), pp. 355 y 356.

Ahora bien, esa eventual incompatibilidad entre la legitimidad del grupo empresarial y el régimen de deberes y responsabilidades de los administradores adquiere un tratamiento diferente en tratándose de grupos de sociedades auténticas y grupos de sociedades patológicas. Entendemos por grupos de sociedades auténticas aquellos que respetan "un margen de autonomía a las distintas sociedades del grupo –aunque bajo la unidad que impone el plan estratégico del grupo y los mecanismos de control establecidos por el órgano de administración de la sociedad dominante–". Por el contrario, entendemos como grupos patológicos aquellos donde se "produce un sistemático abuso de la personalidad jurídica de las sociedades dominadas, generalmente mediante 'confusión de patrimonios'"<sup>9</sup>.

Ese tratamiento diferenciado será el que desarrollaremos a lo largo de este trabajo, junto con el otro problema esencial de esta investigación que es la disyuntiva entre el interés social de la sociedad subordinada y el interés de la empresa de grupo. La disyuntiva está en que, si se aplica la posición del interés social de la sociedad subordinada como interés supremo, ello trae como consecuencia la aplicación estricta de las normas de conflicto de intereses y, por tanto, toda operación o acto de competencia que pretenda realizarse por las sociedades de grupo debería pasar por la autorización del órgano correspondiente (que en muchos casos es la asamblea de accionistas o junta de socios), reunión en la cual además (en muchos ordenamientos) no podrán votar las partes interesadas o no podrán hacerlo a favor de un interés distinto al interés social. Esto trae como consecuencia que la decisión de autorizar o no estas operaciones o actuaciones quedaría muchas veces en manos de los minoritarios; y la empresa de grupo difícilmente podría operar o subsistir en atención a esta importante limitación, pues la realización de operaciones intragrupo es fundamental para el funcionamiento del mismo<sup>10</sup>.

## 2.2. EL INTERÉS SOCIAL EN LA EMPRESA DE GRUPO

Como primera medida, debe destacarse que un elemento esencial para la determinación de la existencia de un conflicto de intereses en cabeza del administrador y su eventual transgresión al deber de lealtad pasa por determinar el alcance del "interés social". Al respecto han existido tradicionalmente dos posiciones: la monista, que defiende la idea de que el interés social es el "interés común de los socios", y la pluralista, que aboga por la idea de que el interés social

9 Cfr. VINCENT (2011). Solo respecto de los grupos patológicos es que se justifica plenamente "el levantamiento del velo y la declaración de responsabilidad de la sociedad dominante y de sus administradores, sea por la impartición efectiva de instrucciones contrarias al interés social de las sociedades dominadas o sea por la actuación persistente de la sociedad dominante que la convierte en administrador de hecho" [VINCENT (2011), p. 879].

10 VINCENT (2011), p. 887.

se compone del interés de los asociados y del interés de los demás *stakeholders* implicados en la actividad empresarial<sup>11</sup>.

Ahora bien, en el punto específico de nuestro objeto de estudio mencionábamos que comúnmente muchas normas reconocen la legitimidad del grupo y le atribuyen efectos jurídicos, pero siempre han subsistido las "dudas sobre si existe un interés del grupo por encima del interés de la sociedad-isla"<sup>12</sup>. Esta duda es aún más evidente respecto de la aplicación de las normas de conflictos de interés de los administradores, que han sido pensadas especialmente para sociedades-isla, no miembro de un grupo de sociedades.

Esta problemática debe abordarse desde dos ángulos. De un lado, la posición que defiende la idea de que el interés social de la sociedad-isla debe primar sobre el interés de la empresa de grupo. De otro lado, la posición que defiende la idea de un interés de grupo superior al de la sociedad-isla. Veamos con mayor detenimiento cada una de estas posiciones:

*La primera posición* plantea, entonces, la prevalencia, absoluta y sin matices, del interés social de la sociedad subordinada, como sociedad-isla autónoma, y por ende niega toda legitimidad a las instrucciones de grupo que pudieren resultar perjudiciales para las sociedades controladas<sup>13</sup>. Esta posición resultaría muy coincidente con una visión predominantemente monista del interés social, que concibe el interés social como el interés común de los socios, pues bajo esta perspectiva se hace casi imposible la compatibilidad entre el interés social y el interés de grupo, salvo cuando existe una coincidencia absoluta entre ambos intereses, normalmente en sociedades subordinadas al 100 % respecto de la matriz o controlante<sup>14</sup>.

*La segunda posición* adapta o reduce el interés social de la sociedad subordinada a los fines del grupo, bajo el entendido que el interés general del grupo –o tal vez deberíamos decir el "interés de la matriz"<sup>15</sup> puede imponerse, bajo el cumplimiento de ciertos supuestos, al interés social de las sociedades de grupo<sup>16</sup>. Esta posición puede alinearse en mejor medida con la visión predominantemente pluralista del interés social, pues abriría la posibilidad de

11 Vid. SABOGAL (2011) y NUMA (2005).

12 VINCENT (2011), p. 881.

13 VINCENT (2011), p. 882.

14 EMBID (2006), p. 28.

15 La noción misma de "interés de grupo" podría llegar a cuestionarse en la medida que para hablar de un "interés" se precisa de un sujeto de derecho que sea su titular, y bien es claro que detrás de la empresa de grupo no hay un sujeto de derecho, sino una pluralidad de sujetos o personas con intereses divergentes. Bajo esa idea podría pensarse, de forma un tanto contraria a la doctrina mayoritaria en materia de conflictos de interés, que más que de interés de grupo deberíamos hablar de "interés de la matriz", pues ella sí es normalmente una persona natural o jurídica –salvo los casos de control conjunto– que puede tener un interés delimitado.

16 Vid. VINCENT (2011), pp. 882-883.

compatibilizar el interés social con el interés de grupo, toda vez que entender el interés social como un interés más allá de los socios hace pensar en la idea de un "interés de la empresa" del que puede ser titular una sola sociedad o sujeto de derecho, o bien, estar integrada por diversas sociedades o sujetos jurídicamente independientes, como la que se articula a través de los grupos empresariales. Sobre el anterior entendido, es más fácil encontrar una convergencia entre el interés de grupo y el interés de la empresa, al punto que el interés del grupo no se verá necesariamente enfrentado al interés de la sociedad, pues el interés social se integra al interés de la empresa de grupo del que hace parte. En este orden, "el interés de grupo podría ser objeto de defensa y promoción por parte de los administradores de una de sus sociedades componentes: defendiendo el interés social, defenderían, en su caso también, el interés del grupo"<sup>17</sup>.

Respecto a esta divergencia en cuanto a la aproximación al problema del interés social en sede de los grupos empresariales, debemos decir que la mayoría de ordenamientos han optado por una solución intermedia (entre la que niega el interés de grupo y la que establece su supremacía frente a la sociedad dominada) que reconoce la legitimidad del grupo y la protección de su interés, pero al mismo tiempo establece mecanismos de protección para los socios minoritarios, los acreedores y los trabajadores de las sociedades dependientes en la medida que se vean perjudicados por las decisiones de grupo<sup>18</sup>.

En nuestra opinión, si bien debemos reconocer que siempre será conveniente adoptar una posición intermedia entre las dos visiones del problema, nos parece más razonable una posición que se aproxime a una adaptación del interés social al interés de grupo bajo una perspectiva pluralista del interés social.

En todo caso, la posible compatibilidad del interés social de la sociedad subordinada con el interés de grupo deberá matizarse en función de dos variables: de una parte, dependiendo de si se trata de un grupo genuino o un grupo patológico y, de otra parte, en función de si la sociedad subordinada es una sociedad abierta o cerrada.

Bajo la *primera variable* podremos sostener que el conflicto entre el interés social y el interés de grupo se vería reducido; es el caso de grupos genuinos, que son aquellos grupos descentralizados donde solo hay unos lineamientos transparentemente divulgados que son seguidos por las sociedades subordinadas pero con un margen de independencia. En estos casos válidamente se puede sostener que cuando un administrador persigue el interés de grupo estaría persiguiendo al mismo tiempo el interés social de la sociedad bajo su

17 EMBID (2006), pp. 28-31.

18 Cfr. BOLDÓ (2006), pp. 343-344. Así, por ejemplo, en Alemania los empleados de las sociedades subordinadas deben mantener las prerrogativas de sus contratos de trabajo y convenios colectivos, así como los derechos de información y participación en la dirección de la empresa.

dirección. En todo caso, no puede sostenerse que bajo este supuesto se elimine toda potencial amenaza al interés social de la sociedad subordinada, pues en efecto en determinados casos pueden surgir conflictos entre estos intereses. Para superar estos potenciales conflictos la doctrina suele recurrir al argumento de las denominadas "ventajas compensatorias", que si bien desarrollaremos más adelante, por ahora podemos decir que se trata de las ventajas que reciben las sociedades subordinadas por el hecho de pertenecer a una empresa de grupo, las cuales compensan los perjuicios de que son objeto estas sociedades (como lo serían los eventuales conflictos insolubles entre el interés social y el interés de grupo) por la misma circunstancia de pertenecer a un grupo<sup>19</sup>.

En línea con lo anterior, pero en sentido inverso, puede afirmarse que, en tratándose de grupos patológicos, jerárquicos y altamente centralizados –donde el grupo no es otra cosa que una mera desagregación formal de la sociedad dominante–, el interés social de cada sociedad de grupo se encuentra en una situación de peligro, así como los intereses de los socios minoritarios y demás *stakeholders*. En este caso, la confluencia entre el interés de grupo e interés de la sociedad no tiene lugar al ser la sociedad subordinada un mero subrogado de la sociedad matriz o controlante y, por tanto, será preciso tutelar de forma preferente el interés social sobre el interés de grupo<sup>20</sup>.

En atención a la *segunda variable*, esto es, en función de si la sociedad subordinada es una sociedad abierta o cerrada, debemos decir que, sin entrar en el debate de la problemática del interés social en el derecho colombiano, suscribiremos la tesis que comienza a hacer carrera entre nosotros<sup>21</sup>, en el sentido que solo en las *sociedades anónimas abiertas* –algunos incluso lo restringen a las inscritas en bolsa<sup>22</sup>– puede admitirse una visión más pluralista del interés social; en tanto que, en todas las demás sociedades –es decir, todas aquellas que sean predominantemente cerradas– la interpretación del interés social debe circunscribirse a la tesis tradicional, esto es, a la visión monista o contractualista.

En este orden, en Colombia la tesis de compatibilizar el interés social con el interés del grupo solo será potencialmente posible (al menos en el plano teórico) respecto de las sociedades abiertas<sup>23</sup>, en tanto que respecto de todo el resto del universo de sociedades esa compatibilidad solamente sería posible, en principio, cuando la sociedad controlante o sus representantes tengan la

19 EMBID (2006), pp. 30-31.

20 EMBID (2006), pp. 29-30.

21 Cfr. CÓRDOBA (2014), pp. 144-146.

22 Cfr. NUMA (2005), pp. 365 a 369.

23 Esta posición se ve fortalecida cuando en el Código País 2014, aplicable a las sociedades emisoras de valores, se establece que las sociedades de grupo deben definir el alcance del interés de grupo "entendido como el interés primario que todas las empresas [de grupo] deben perseguir y defender".

posibilidad de emitir los votos mínimos suficientes para adoptar las decisiones sociales<sup>24</sup>, toda vez que alcanzada esa mayoría podemos sostener que estamos en presencia de un interés común de los socios.

No obstante lo anterior, la legislación colombiana en el punto de los conflictos de interés de los administradores estrecha aún más el margen cuando exige que los socios, sin discriminar entre sociedades abiertas o cerradas, no podrán votar –por mandato del inciso final del art. 23 de la Ley 222/95, desarrollado por el art. 4.º del Decreto 1925 de 2009– a favor de una decisión que perjudique el interés social de la sociedad subordinada, so pena de responder solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que ello acarree a la sociedad, a los socios y a terceros. Así pues, los socios que representen las participaciones sociales de la empresa de grupo no podrán autorizar ni convalidar las operaciones realizadas por los administradores en conflicto de interés cuando se trate de actos o contratos con empresas vinculadas cuando ello comporte un daño para la subsidiaria.

Lo anterior evidencia que Colombia no tiene, como ocurre con frecuencia en otras latitudes, una normativa que permita compatibilizar en debida forma los intereses de la sociedad con los intereses de la empresa de grupo.

### 2.3. LAS SOCIEDADES O PERSONAS DEL GRUPO EMPRESARIAL COMO PARTES VINCULADAS

Como mencionamos en la presentación inicial de este trabajo, otro de los aspectos que resulta fundamental para comprender el alcance de los conflictos de interés de los administradores es lo relativo a las partes vinculadas. Esto consiste básicamente en la descripción de un listado de personas –normalmente con vínculos familiares, afectivos o económicos con el administrador– que se asemejan al administrador a efectos de aplicar las normas relativas al deber de lealtad. Así, por ejemplo, se tiene a los mismos efectos un contrato celebrado entre la sociedad y un hijo del administrador, que celebrar el contrato entre la sociedad y el administrador, toda vez que se entiende que el hijo es un tercero vinculado al administrador.

A este respecto debemos decir que la legislación colombiana solamente menciona las partes vinculadas dentro de la redacción de la cláusula general de prohibición del numeral 7 del art. 23 de la Ley 222/95 cuando sostiene que los administradores deben “abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona” en cualquier actividad que implique conflicto de interés. Esta fórmula es simplemente reiterada en el art. 1 del Decreto 1925 de 2009, sin una mejor delimitación de su alcance.

24 A estos efectos se sigue la regla del art. 68 de la Ley 222/95 aplicable a las sociedades anónimas, pero que en líneas generales se aplica también para los otros tipos societarios. Además, es la mayoría más utilizada en los estatutos sociales.

Únicamente en el ámbito doctrinal la Superintendencia de Sociedades, mediante su circular externa n.º 6 de 2008, ha expresado lo siguiente:

Considera este Despacho que los administradores incurren en competencia o conflicto de interés por interpuesta persona cuando, además de los requisitos expuestos previamente, la compañía celebra operaciones con alguna de las siguientes personas:

- a) El cónyuge o compañero permanente del administrador, o las personas con análoga relación de afectividad.
- b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del mismo.
- c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador o del cónyuge del mismo.
- d) Los socios del administrador, en compañías que no tengan la calidad de emisores de valores, o en aquellas sociedades en las cuales, dada su dimensión, el administrador conozca la identidad de sus consocios.

La anterior fórmula deja un espacio muy amplio al criterio discrecional de los jueces para determinar quiénes pueden ser considerados como "interpuesta persona", algo que normalmente no ocurre en otros ordenamientos donde se suele identificar a las partes vinculadas con cierto nivel de precisión.

Precisamente dentro de ese espacio amplio un juez podría válidamente sostener que en aras de defender el interés social debe entenderse que los listados de personas vinculadas no son *numerus clausus* (más aún cuando entre nosotros solo tenemos una opinión doctrinal no vinculante de la Superintendencia de Sociedades) y, de esa manera, aceptar la noción de "conflicto de interés indirecto" que abarca a todos aquellos sujetos que, aun sin tener un protagonismo expreso, hicieran peligrar el interés social, por ser personas cercanas al administrador<sup>25</sup>, tal y como es el caso de las personas o sociedades controlantes en un grupo de empresas<sup>26</sup>.

25 EMBID (2006), pp. 44-46.

26 Si bien en nuestro país tal extensión a los grupos de sociedades por vía jurisdiccional no se ha producido, ya disponemos de algunas sentencias que comienzan a orientarse en dicho sentido. De forma especial ver sentencia de la Superintendencia de Sociedades n.º 52 de septiembre de 2014 donde se afirma que "también puede presentarse un conflicto cuando el administrador tiene un interés económico que sea lo suficientemente significativo como para menoscabar su capacidad de cumplir, de modo objetivo, con las funciones propias de su encargo. Ello podría presentarse si el administrador contrata directamente con la sociedad en la que ejerce sus funciones o es accionista de una compañía que contrata con

Conscientes de la enorme falencia del derecho societario colombiano, consideramos que, en aras de la seguridad jurídica, el gobierno, el legislador, o en últimas el intérprete judicial, deben delinear un listado de personas vinculadas –a los efectos del art. 23 Ley 222/95– y hacer claridad sobre la inclusión o no de los sujetos o empresas de grupo.

## 2.4. TRATAMIENTO A LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE LOS ADMINISTRADORES

### 2.4.1. En el derecho comparado. El caso alemán e italiano

Tomaremos como guía de referencia para el tratamiento de los conflictos de interés de los administradores en la empresa de grupo el derecho alemán e italiano toda vez que, además de ser ambos guía de referencia obligada para los ordenamientos de corte romano-germánico, responden además a dos modelos diferentes, aunque complementarios, de regulación de los grupos empresariales<sup>27</sup>.

En este orden, el *derecho alemán* ha sido probablemente el ordenamiento jurídico que más ampliamente se ha ocupado de regular la situación de los conflictos de interés de los administradores en las empresas de grupo, lo que se evidencia en una extensa regulación en el libro tercero (titulado “Empresas vinculadas”) de la Ley de Sociedades Anónimas, en particular los artículos 308 a 312 y 317 a 318 AktG<sup>28</sup>.

En este país, en los grupos organizados bajo un “contrato de dominación”<sup>29</sup>, la matriz tiene el poder de ordenar a sus subsidiarias adecuarse al interés de

la sociedad”. En esta sentencia se citan otros pronunciamientos jurisprudenciales con enfoques similares: la sentencia 29 del 14 de mayo de 2014 y el auto 7259 del 19 de mayo de 2014, ambos de la Superintendencia de Sociedades.

27 En Europa se han planteado dos grandes modelos de regulación de los grupos de sociedades. De un lado, el modelo más formalista, planteado por la legislación alemana y portuguesa, que prevé que los grupos se formalicen mediante un contrato de creación del grupo. De otra parte, el modelo más flexible planteado por el derecho francés e italiano, respaldado por el estudio Forum Europeum Derecho de Grupos de 1998, y el informe Winter de 2002, que prefiere que los abusos se corrijan mediante aplicación de normas mercantiles y penales. [VINCENT (2011), pp. 879-881].

28 La abreviatura AktG corresponde a la expresión Aktiengesetz, que en castellano equivale a decir Ley Alemana de Sociedades Anónimas (de 1965). A efectos de este estudio consultamos la versión actualizada al año 2010 y traducida al castellano por el profesor JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO.

29 El contrato de dominación está definido en el art. 291 AktG como aquel mediante el cual una sociedad anónima (o en comandita por acciones) “somete la dirección de su sociedad a otra empresa o se obliga a ceder íntegramente sus beneficios a otra empresa”. Para

grupo<sup>30</sup>. Pero para que ello sea posible en el contrato de dominación debe preverse una "compensación adecuada a los accionistas externos"<sup>31</sup> y además debe indemnizarse a las subsidiarias por los daños que hubieren sufrido por actuar conforme a las instrucciones de grupo o, de lo contrario, los accionistas minoritarios tendrían acción de responsabilidad contra la controlante<sup>32</sup>. Bajo este escenario, debe precisarse en cualquier caso que los administradores (representante legal y miembros de los consejos de dirección y vigilancia) de la controlante tienen la obligación de impartir las instrucciones siguiendo los deberes generales de diligencia y lealtad, o de lo contrario quedarán obligados a indemnizar los daños producidos (arts. 309 y 310 AktG).

Por el contrario, en los grupos de hecho (aquellos que no están organizados bajo un contrato de dominación) la matriz no tiene la facultad de obligar a sus subsidiarias a actuar de forma contraria al interés social<sup>33</sup>. Así pues, si se emite una instrucción de esta naturaleza la controlante, solidariamente con los administradores de esta, tendrán la obligación de indemnizar a la sociedad dependiente por los daños ocasionados (art. 317 AktG)<sup>34</sup>. Así mismo, la ley prevé la obligación de indemnizar a los accionistas de la sociedad dependiente por los daños sufridos por ellos como consecuencia del perjuicio causado a la sociedad<sup>35</sup>. Finalmente, la ley prevé una obligación de información al final del

la eficacia de estos contratos la AktG dispone que el acuerdo deberá ser aprobado por el máximo órgano social con una mayoría calificada de tres cuartas partes (art. 293) y la inscripción en el registro mercantil (art. 294).

- 30 En efecto, dice el art. 308 AktG que, vigente un contrato de dominación, la empresa dominante tiene el derecho a impartir instrucciones a la dirección de la sociedad dominada en lo relativo a la administración de la misma. Y que estas instrucciones pueden ser incluso perjudiciales para la sociedad dominada cuando sirvan a los intereses de la empresa dominante o de las empresas de grupo, caso en el cual los administradores de la dominada no podrán rehusarse a cumplirlas, a menos que de forma notoria la instrucción no sirva a los intereses de la empresa de grupo.
- 31 La compensación adecuada se refleja en el art. 304 AktG y consiste en el pago de una parte del beneficio anual, y que solo se exceptúa cuando no tenga ningún accionista externo en el momento de la aprobación del contrato de dominación por el máximo órgano social. La ley también prevé una indemnización como compensación que debe estar pactada en el contrato conforme al art. 305 AktG.
- 32 ENRIQUES (2009), pp. 176-177.
- 33 En efecto, sostiene el art. 311 AktG que, en ausencia de un contrato de dominación, la controlante no puede utilizar su influencia para inducir a la sociedad dependiente a concluir negocios jurídicos o medidas en perjuicio de la controlada, a no ser que se compensen los perjuicios.
- 34 Aclara esta norma en el numeral segundo que no surgirá la obligación de indemnizar si la operación igualmente se hubiera llevado a cabo por un administrador (de la sociedad controlada) ordenado y leal. Una obligación de responsabilidad similar, aunque matizada, a la prevista en el art. 317 se prevé para los miembros de los consejos de dirección y vigilancia en el art. 318 AktG.
- 35 ENRIQUES (2009), pp. 176-177.

ejercicio de las operaciones vinculadas llevadas a cabo entre la controlante y sus controladas, junto con los motivos, las contraprestaciones que se reciben a cambio y la manera de compensación de perjuicios en caso de haberse presentado (art. 312 AktG).

De otra parte, conviene igualmente citar el tratamiento que ha hecho el *derecho italiano* al problema de los conflictos de interés de los administradores en la empresa de grupo, toda vez que, a juicio de un importante sector de la doctrina en los distintos países<sup>36</sup>, este resulta ser probablemente el modelo legislativo mejor estructurado en torno a este particular.

El actual modelo italiano se hace ley a partir del año 2003 con el Decreto legislativo del 17 de enero de ese año (que reformó el derecho de sociedades en Italia), y que hoy se incorpora fundamentalmente en el art. 2497 del Codice Civile<sup>37</sup> (en adelante CCI)<sup>38</sup>.

En esta norma se sostiene que el conflicto de intereses administrador-sociedad (en una sociedad de grupo) "solo adquiere relevancia cuando es idóneo para producir daño"<sup>39</sup>. De modo que no puede haber lugar a responsabilidad cuando el daño resulta inexistente a la luz del resultado conjunto de las actividades de dirección y coordinación, o bien es íntegramente eliminado como consecuencia de operaciones dirigidas a este fin (parte final del inciso primero del art. 2497 CCI); es decir que el perjuicio causado a la sociedad o a los socios de la controlada no resulte compensado por las sinergias generadas de su condición de sociedad de grupo o por medio de compensaciones apropiadas<sup>40</sup>.

Así mismo, se defiende en esa norma que el ejercicio de "dirección y coordinación" por parte de la matriz u otras sociedades de grupo sobre una sociedad subordinada solo responde frente a la sociedad y terceros cuando se pruebe que el ejercicio dominante se realiza únicamente en interés de la controlante o de un tercero (que normalmente será otra empresa de grupo) y que se actúa en violación al principio de correcta gestión societaria y empresarial de las sociedades de grupo (primera parte del inciso primero del art. 2497 CCI).

36 ENRIQUES (2009), pp. 177-178, quien también destaca el derecho francés, bajo el cual, a partir de la denominada "doctrina Rozemblum", la sociedad matriz puede válidamente instruir a las sociedades subordinadas que sacrifiquen su interés social a favor del interés de grupo toda vez que se cumplan tres condiciones: que la estructura del grupo sea estable; que la matriz se encuentre implementando una coherente política de grupo; y que exista una distribución equitativa de los costos y beneficios entre las sociedades de grupo.

37 Aunque un tratamiento integral al problema se encuentra entre los arts. 2497 y 2497 *septies* del Codice Civile. Estas normas conforman la integridad del capítulo noveno titulado "Direzione e coordinamento di società", dentro del título quinto dedicado a las sociedades, ubicado a su turno dentro del libro quinto del código civil italiano.

38 Para un análisis completo y amplio del art. 2497 CCI, *vid.* DI MAJO (2012), pp. 1 a 114.

39 VINCENT (2011), p. 885.

40 *Vid.* ENRIQUES (2009), p. 177.

En los casos antes planteados hay una responsabilidad solidaria entre la sociedad y los administradores<sup>41</sup>. Adicionalmente precisa que la responsabilidad es: i) frente a los socios de la controlada por los daños causados a la rentabilidad y al valor de la participación social; y ii) frente a los acreedores sociales por los daños causados a la integridad del patrimonio de la sociedad. No obstante, precisa la norma, estos últimos solo tendrán acción cuando los daños no hubieren sido previamente cubiertos por la sociedad controlada.

Como consecuencia de estas disposiciones, han sostenido la doctrina y la jurisprudencia que, cuando se ejerce la actividad de influencia dominante bajo una empresa de grupo, esta absorbe, reemplaza o hace inaplicable el régimen de los conflictos de intereses de los administradores, toda vez que la nueva normativa de grupos expresa en últimas el mismo principio de "transparencia en los procesos de decisión 'influenciados' por intereses distintos al interés social", mas los aborda desde una perspectiva distinta cuando existe la peculiaridad de tratarse de sociedades de grupo<sup>42</sup>.

Este tratamiento a los conflictos de interés de los administradores en las sociedades de grupo es posible gracias a que la normativa italiana admite la teoría de las ventajas compensatorias que vienen siendo las consecuencias positivas que recibe una sociedad con ocasión de su pertenencia al grupo y que son idóneas para neutralizar, en todo o en parte, el o los perjuicios asumidos en su condición de sociedad subordinada.

En esa medida, lo que hace la legislación italiana es reconocer la posibilidad de la prevalencia del interés de grupo sobre el interés de la sociedad controlada siempre y cuando se cumplan los siguientes presupuestos: (i) que el grupo se encuentre estructurado bajo una política equilibrada y estable y que la sociedad subordinada se encuentre inmersa dentro de dicha política; (ii) que el interés social de grupo sea puntualmente indicado y divulgado; y (iii) que los administradores puedan considerar razonablemente que los perjuicios serán compensados por las ventajas que obtendrá la sociedad dentro de un tiempo determinado<sup>43</sup>.

En este orden, las disposiciones normativas de conflicto de intereses de los administradores (art. 2391 CC) solo son aplicables cuando el conflicto es

41 Debe precisarse que en realidad las normas hacen referencia directa es a una responsabilidad de la "sociedad controlante", no obstante se colige la extensión de la responsabilidad a los administradores por lo previsto en el inciso segundo del art. 2497 CCI cuando dice que "responde solidariamente quien haya tomado parte del acto lesivo". Es claro que la sociedad controlante y la sociedad controlada, como personas jurídicas, solo pueden actuar a través del órgano de administración, y por tanto los administradores de estas sociedades siempre toman parte del acto lesivo: los unos por impartir la instrucción lesiva y los otros por actuar de conformidad a la instrucción de grupo.

42 VINCENT (2011), pp. 885-886.

43 MONTALENTI (2004), p. 255.

episódico en una sociedad-isla (o sociedad autónoma) y no cuando son normales u ordinarias derivadas de su condición de ser sociedad de grupo.

#### 2.4.2. En el derecho colombiano

En Colombia, como ocurre en otros ordenamientos, se reconoce la legitimidad de la empresa de grupo y de la dirección conjunta que puede ejercer la matriz o controlante sobre las sociedades de grupo, pero en ningún momento la normativa que regula la materia se ocupa de dilucidar las potenciales incompatibilidades entre el interés social y el interés de grupo, ni mucho menos otorga, como sucede en el derecho italiano y alemán, un tratamiento específico a los conflictos de intereses de los administradores en la empresa de grupo.

En esa medida, Colombia tiene una típica legislación pensada para la sociedad-isla (no miembro de un grupo empresarial), que hace inaplicable la idea de interés de grupo, pues toda vez que un administrador pretenda autorizar o desarrollar un acto u operación en conflicto de interés por instrucciones de la matriz deberá, sin excepción, someterlo a la autorización de la asamblea de accionistas o junta de socios<sup>44</sup>, quienes lo podrán autorizar solamente cuando el acto u operación no perjudique los intereses de la sociedad subordinada –por mandato del inciso final del art. 23 Ley 222/95–, so pena de que los asociados sean también llamados a responder en aplicación del art. 4.º del Decreto 1925 de 2009 (y si se trata de SAS en aplicación del art. 43 de la Ley 1258 de 2008) que reza lo siguiente:

Art. 4.º. Los socios que hayan autorizado expresamente la realización de un acto respecto del cual exista conflicto de interés o competencia con la sociedad, que perjudique los intereses de la sociedad, serán responsables solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que ocasionen a esta, a los socios y a terceros, salvo que dicha autorización se haya obtenido de manera engañosa. Lo anterior sin perjuicio de la declaratoria de nulidad que pudiese resultar de los actos amparados en tales decisiones por violación de la ley.

44 Cfr. CÓRDOBA (2014), p. 626, quien de forma específica sostiene: "No hay duda de que en el ámbito societario, especialmente en el seno de los grupos empresariales, se presentan muchos eventos en los cuales una sola persona signa contratos en representación de dos o más sociedades, siendo razonable, por seguridad jurídica, que se obtengan las autorizaciones previas de las compañías representadas en los citados contratos, sin importar su condición de matriz, filial o subsidiaria, pues en sentido estricto, al contrario de lo que opina la doctrina autorizada, existe conflicto de intereses ya que el administrador representante de dos o más sociedades, desde cualquier lado que se mire, debe hacer prevalecer el interés de sus representadas. Opinar lo contrario equivaldría a decir que no hay conflicto de intereses cuando el interés que se radica en cabeza del director no es propio sino de un tercero".

Así pues, y a modo de ejemplo, se podrán celebrar contratos entre la sociedad subordinada y la sociedad controlante solamente bajo condiciones de mercado, pues de lo contrario, pese a haberse obtenido la autorización de la asamblea de accionistas o junta de socios, la operación podría estar viciada de nulidad y los socios que votaron a favor podrían ser llamados a responder frente a la sociedad, los demás socios y terceros. Adicionalmente, como veremos, los administradores deberán abstenerse de ejecutar ese acto u operación en conflicto de intereses.

Tradicionalmente, y de forma ordinaria, los grupos de sociedades en Colombia han venido desarrollando estas operaciones en conflicto de intereses, incluso sin otorgar la debida autorización en asamblea de accionistas o juntas de socios, precisamente porque no habíamos tenido en el país una aplicación de estas normas. Pero, como mencionamos, esta es una situación que comienza a variar desde la creación de la Delegatura de procedimientos mercantiles en la Superintendencia de Sociedades y la asignación de facultades jurisdiccionales, razón por la cual en breve podríamos estar en presencia de un creciente número de acciones de responsabilidad de administradores y/o de nulidad de los actos u operaciones celebrados bajo estas circunstancias en sede de los grupos de sociedades.

Precisamente por lo anterior, en nuestra opinión, el Gobierno Nacional –mediante una reforma al Decreto 1925 de 2009– y más aún el legislador –mediante ley que modifique la Ley 222/95– deberían valorar la posibilidad de incorporar en nuestro ordenamiento la teoría de las ventajas compensatorias y/o la regulación de un contrato de dominación que apareje compensaciones adecuadas, ante las situaciones de conflictos de interés de los administradores de sociedades de grupo, a cuyo respecto convendría valorar, respectivamente, las experiencias italiana y alemana.

No obstante, conviene precisar que ante la inmovilidad legal, recientemente, por vía de normas de autogobierno, el nuevo Código País<sup>45</sup> ha enfrentado el problema en la medida n.º 6. Allí se recomienda en primera instancia definir una estructura organizacional del grupo, de modo que se indiquen las relaciones entre los principales órganos de gobierno y administración de las sociedades, y se determinen las líneas de responsabilidad y comunicación entre las mismas. En segunda instancia, se recomienda suscribir un acuerdo, de carácter público y aprobado por cada una de las juntas directivas, entre las diferentes sociedades de grupo (incluyendo la matriz), en el cual se regulen los siguientes aspectos:

- i. La definición del interés del Conglomerado al que pertenecen, entendido como el interés primario que todas las empresas deben perseguir y defender.

45 Circular externa n.º 28 del 30 de septiembre de 2014, por medio de la cual se expide el Código de Mejores Prácticas Corporativas 2014 –Código País–.

- ii. El reconocimiento y aprovechamiento de sinergias entre empresas del Conglomerado, bajo la premisa de respeto por los accionistas minoritarios.
- iii. Las respectivas áreas de actividad y eventuales negocios entre ellas.
- iv. Los servicios comunes prestados por la Matriz, una Subordinada y/o por terceros.
- v. Los criterios o manera de determinar el precio y condiciones de los negocios entre empresas del Conglomerado y de los servicios comunes prestados por alguna de ellas o terceros.
- vi. La búsqueda de la cohesión del Conglomerado, mediante una visión común y compartida de las posiciones clave de la Arquitectura de Control como auditoría interna, auditoría externa y gestión de riesgos.
- vii. La actuación y coordinación de los Comités de la Junta Directiva de la Matriz y de los Comités que sea conveniente u obligatorio constituir en las Juntas Directivas de las Subordinadas.
- viii. Los mecanismos previstos para resolver posibles conflictos de interés entre las empresas.
- ix. La previsión de que cuando se presenten operaciones vinculadas entre una empresa Subordinada emisora de valores y su empresa Matriz, sea emisora o no, se aplicará con especial sensibilidad y rigor la política de administración de conflicto de interés, para asegurar, entre otras cuestiones, que las operaciones propenden hacia precios y condiciones de mercado.

Como se puede notar, la línea de buen gobierno corporativo que se plantea en el Código País responde en buena medida a la lógica que propone el derecho alemán de suscribir un contrato de dominación, que debe ser público, bajo el cual se reglamenta el tratamiento a los conflictos de interés de las sociedades de grupo. En cualquier caso, no se puede olvidar que estas son disposiciones de voluntario cumplimiento, aunque bajo el principio de "cumpla o explique", aplicable de forma directa solo para las sociedades emisoras de valores que se encuentran bajo vigilancia o control de la Superintendencia Financiera de Colombia. Por lo anterior, acogerse a las citadas recomendaciones no exime de responsabilidad a los administradores ni a las sociedades de grupo en los términos que veremos en seguida.

### 3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Sobre la dinámica de los conflictos de interés de los administradores en los grupos de empresas, veamos ahora cómo se traslada esta problemática al régimen de responsabilidad de los administradores, lo cual se debe abordar desde

dos perspectivas: la de los administradores de la sociedad dominante y la de los administradores de la sociedad dominada.

### 3.1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDAD CONTROLANTE O MATRIZ

Si la sociedad dominante, por conducto de sus administradores, genera daños a la sociedad dominada y/o terceros, como consecuencia de una instrucción de la dirección unitaria, puede buscarse la responsabilidad de los administradores de la sociedad matriz o controlante por dos vías:

(a) La figura del administrador de hecho: este supuesto, que tendría lugar solo en caso de los grupos patológicos, podría considerarse cuando el administrador de la sociedad dominante se inmiscuya de forma sistemática en la gestión de la sociedad dominada, asumiendo en primera persona la dirección operativa<sup>46</sup>. A estos efectos, entendemos como administrador de hecho a "todas aquellas personas o entidades que, *de facto*, tienen la capacidad para condicionar o dirigir la gestión de la sociedad y, en particular, los administradores ocultos y los accionistas de control"<sup>47</sup>.

Por esta vía se puede buscar entonces la responsabilidad de la sociedad dominante y de sus administradores, cuando se pueda probar que los causantes del acto fueran aquellos. En estos casos, los administradores podrían estar llamados a responder bien como únicos responsables o en concurrencia de responsabilidad con los administradores de derecho de la sociedad subordinada<sup>48</sup>.

En nuestro país la figura del administrador de hecho tiene consagración positiva únicamente en tratándose de la sociedad por acciones simplificada (por cierto, de amplísima utilización hoy día en las sociedades de grupo) en el parágrafo del art. 27 de la Ley 1258 de 2008 que a su tenor reza: "Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores".

(b) La aplicación de las normas generales sobre responsabilidad: se trataría de una responsabilidad que tendría lugar también solamente en los casos de grupos patológicos, que podría ser solidaria con la sociedad controlante que representa<sup>49</sup>.

A esta solución podría llegarse, entre otros medios, a través de la figura del "abuso del derecho", pues si bien es cierto que la sociedad matriz tiene la facultad

46 DÍAZ (2006), p. 298.

47 SÁNCHEZ CALERO (2007), pp. 362-363.

48 *Ibid.*

49 DÍAZ (2006), p. 299.

legal para someter la voluntad de las sociedades dominadas, ello debe ejercerse solo trazando y controlando la consecución de unos objetivos determinados por el grupo con el ánimo de crear economías de escala, y no con el ánimo de causar un daño a la sociedad subordinada o a terceros. De comportarse de esta manera, podría ser llamado a responder en aplicación del art. 830 C.Com.

### 3.2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD SUBORDINADA

Cuando un administrador de una sociedad subordinada recibe instrucciones de la sociedad dominante que pueden resultar lesivas, aquel administrador se encuentra ante la siguiente disyuntiva: desobedecer las instrucciones, caso en el cual muy probablemente será cesado en sus funciones (entre otras consecuencias adversas) por no atender a la unidad de dirección; o bien, atender las instrucciones y, por ende, realizar un acto perjudicial para la sociedad<sup>50</sup>.

Si toma esta última decisión, para evitar ser cesado en sus funciones, la doctrina en el derecho comparado ha asumido dos posiciones (que en buena medida nos ilustran en el derecho colombiano) respecto a su eventual responsabilidad:

(a) Quienes defienden la tesis de exonerar de responsabilidad a los administradores de las sociedades dependientes cuando se hayan visto obligados a actuar siguiendo las instrucciones recibidas de la sociedad matriz o controlante. Lo anterior en aplicación del argumento de la "obediencia debida", toda vez que un grupo de sociedades se precisa de una unidad de decisión, y si un administrador no acata las instrucciones del grupo, pues será cesado en sus funciones o posiblemente vería afectada su remuneración.

(b) Quienes defienden la plena responsabilidad de los administradores (posición que suscribimos para el derecho colombiano), sobre los siguientes argumentos<sup>51</sup>:

i. Conforme a la legislación, los administradores de la sociedad dependiente no tienen la obligación de atender a las instrucciones de la dominada, especialmente porque la situación de ser un administrador de una sociedad de grupo no modifica sus deberes de diligencia y lealtad frente a la sociedad bajo su mando.

ii. La legislación vigente le impone al administrador la obligación irrestricta de defender el interés social de la sociedad bajo su mando.

iii. La legislación no permite a la asamblea de accionistas o junta de socios autorizar una operación en conflicto de intereses cuando se cause un

50 SÁNCHEZ CALERO (2007), p. 361.

51 DÍAZ (2006), pp. 300 a 301.

perjuicio para la sociedad, de modo que si la misma sociedad (a través de su máximo órgano social) no lo puede autorizar, no tendría sentido que otra sociedad (aunque se encuentre bajo una situación de dominación) sí lo pueda autorizar<sup>52</sup>.

iv. La legislación no establece ninguna causal de exoneración a la responsabilidad de los administradores vinculada a la situación de encontrarse en un grupo empresarial.

v. Permitir la exoneración de responsabilidad implicaría desconocer el principio del derecho societario según el cual la sociedad debe ser gestionada y representada por sus administradores.

Entonces, conforme a la legislación vigente en Colombia, si un administrador advierte que está en una situación de conflicto de intereses por una instrucción de la sociedad controlante, debe ante todo someter a la autorización del máximo órgano social la operación o acto en conflicto, para lo cual deberá proporcionar a la asamblea de accionistas o junta de socios toda la información necesaria para que este órgano adopte la mejor decisión.

Así mismo, deberá tenerse presente la siguiente dinámica:

a. Si el acto u operación en conflicto de intereses es autorizado de la forma indicada, y el mismo no comporta daño a la sociedad, el administrador no tendrá responsabilidad alguna.

b. Si el acto u operación en conflicto de intereses es autorizado debidamente, pero en todo caso comporta un daño a la sociedad, el administrador debe abstenerse de ejecutar el acto o contrato. Si no se abstiene, podría ser llamado a responder en los términos del art. 200 C.Com., pues no estaría actuando en defensa del interés social de la sociedad bajo su mando. En este caso habría además una eventual responsabilidad de los socios en los términos que indicamos antes.

c. Si el acto u operación en conflicto no es sometido a la autorización del máximo órgano social o, sometiéndolo, este órgano no lo autoriza, y el administrador ejecuta el acto u operación en conflicto de intereses, entonces el administrador estará llamado a responder de forma diáfana frente a la sociedad y frente terceros en los términos del art. 200 C.Com.

Ahora bien, dispone nuestro art. 200 C.Com. que los administradores responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. Así mismo, precisa que en caso de incumplimiento de sus funciones (como sería la transgresión al deber de lealtad) o violación de la ley (como sería la realización de operación en

52 Vid. también SÁNCHEZ CALERO (2007), p. 360.

conflicto sin la debida autorización del máximo órgano social) se presumirá la "culpa" del administrador.

Así pues, quien reclama la responsabilidad del administrador por incumplimiento del deber de lealtad frente a la sociedad –en ejercicio de la acción social de responsabilidad– solamente deberá probar la existencia de la obligación, el incumplimiento por parte del mismo y el daño que ocasionó por dicho incumplimiento. Si el administrador quiere liberarse de esa presunción, deberá probar a su turno que actuó con ausencia de culpa o dolo.

En todo caso, debe recomendarse al intérprete judicial que, al momento de la determinación del daño, tome en consideración la situación de pertenecer a una empresa de grupo, ya que puede ocurrir que el aparente daño causado por una instrucción de la controlante resulte compensado con los beneficios obtenidos por esa misma condición de ser una sociedad miembro de un grupo empresarial. A modo de ejemplo, puede presentarse el caso de celebrarse un contrato en condiciones inferiores a las del mercado, pero, de otra parte, compensar ese menor precio recibido con ayuda financiera, tecnológica o de otra naturaleza<sup>53</sup>.

En nuestra opinión, la estricta aplicación de nuestra normatividad vigente estrecha significativamente el margen de actuación de los grupos empresariales, razón por la cual sugerimos, en este caso al legislador, matizar o exceptuar la responsabilidad de los administradores de las sociedades de grupo (que a su vez limitaría la posibilidad de impugnar las decisiones sociales) y fortalecer la reglamentación de los grupos empresariales, de modo que sea posible adaptar o compatibilizar el interés social de la sociedad subordinada al interés de la empresa de grupo.

De aceptarse la modificación legislativa sugerida, deberá en todo caso exigirse que: (a) se respeten los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en las competencias ejercidas por la sociedad controlante y las subordinadas; (b) la decisión de anteponer el interés de la empresa de grupo debe obedecer a un plan racional que favorezca también a las sociedades subordinadas, sus accionistas y terceros; (c) en caso de producirse un daño inevitable, se compense adecuadamente a los socios externos al grupo de control<sup>54</sup>.

53 *Vid.* DÍAZ (2006), p. 302. La posición de la plena responsabilidad de los administradores de las sociedades dominadas por los daños causados a la sociedad por adoptar una instrucción impartida por la sociedad dominante debe ser matizada en atención a que estos administradores están sometidos a una dirección única de grupo, en la que ellos pueden no tener una participación, y por eso "no se puede hacer recaer sobre ellos la imputabilidad del acto", pues de ello son responsables los administradores de la sociedad dominante, "o bien la propia sociedad dominante". [SÁNCHEZ CALERO (2007), p. 360].

54 *Vid.* en sentido similar: VINCENT (2011), pp. 882-883.

## CONCLUSIONES

1. Los administradores de sociedades pertenecientes a un grupo deben frecuentemente ejecutar actos u operaciones en conflicto de intereses, toda vez que ello hace parte del rol ordinario de una empresa de grupo.

2. En Colombia, de forma similar a otros muchos ordenamientos, se reconoce la legitimidad de los grupos empresariales, pero al mismo tiempo se tiene estructurado un régimen de deberes y responsabilidad de los administradores pensado para la sociedad-isla –no miembro de un grupo empresarial.

3. En torno a la discusión de si debe prevalecer el interés de la empresa de grupo o el interés de la sociedad subordinada, consideramos que la idea más acertada debería apuntar a una compatibilización del interés social con el interés de grupo, sobre la lógica del interés social en su vertiente pluralista, aplicable solo en aquellos grupos de sociedades genuinos (no en los patológicos). No obstante, conforme a la legislación colombiana, ello solo sería eventualmente posible respecto de las sociedades abiertas, mientras que para todo el resto del universo de sociedades debe aplicarse el criterio de la superioridad del interés social de la sociedad subordinada.

4. La legislación colombiana no delimita suficientemente los sujetos que pueden ser considerados "parte vinculada" al administrador a efectos de aplicar la normativa de los conflictos de interés, dejando un amplio margen discrecional al juez para definir esos límites. Lo anterior se traduce en una amplia inseguridad jurídica en tratándose de grupos de sociedades, razón por la cual se sugiere al legislador fortalecer la regulación de la materia o, en últimas, conminar al juez a aplicar muy restrictivamente la condición de parte vinculada a las empresas o personas de grupo.

5. En la medida que el derecho italiano elabora un tratamiento específico y equilibrado para los conflictos de intereses de los administradores en sede de un grupo de empresas e incorpora la teoría de las ventajas compensatorias, consideramos que dicha normativa bien podría servir para ilustrar la interpretación judicial del problema en Colombia y ser un punto de partida para una eventual reforma a la regulación de los conflictos de intereses o de los grupos empresariales.

6. Así mismo, resultaría positivo que el legislador colombiano valorara la experiencia alemana a fin de evaluar la posibilidad de regular un "contrato de dominación", de modo que los grupos de sociedades genuinos tengan reglas claras, transparentes y uniformes en lo que se refiere al tratamiento de los conflictos de interés en la empresa de grupo. Una forma de hacerlo sería aprovechar el consenso sobre este particular en el Código País y trasladar esas reglas de *soft law* a normas de obligatorio cumplimiento.

7. Pese a lo inconveniente que resulta para el normal funcionamiento de los grupos empresariales en Colombia, toda vez que un administrador pretenda autorizar o desarrollar un acto u operación en conflicto de intereses por ins-

trucciones de la matriz deberá, sin excepción, someterlo a la autorización de la asamblea de accionistas o junta de socios, quienes lo podrán autorizar solamente cuando el acto u operación no perjudique los intereses de la sociedad subordinada.

8. Si como consecuencia de una instrucción de la sociedad matriz o controlante se produce un daño a la sociedad subordinada, puede buscarse la responsabilidad de los administradores de la sociedad dominante por la figura del administrador de hecho o por la aplicación de las normas generales de responsabilidad.

9. Si el administrador de una sociedad subordinada ejecuta una instrucción de la sociedad dominante que produce un daño a la sociedad bajo su mando, aquel estará llamado a responder, por incumplimiento de su deber de lealtad, en los términos del art. 200 C.Com.

10. En Colombia se debe iniciar el debate sobre cuál debe ser el tratamiento a los conflictos de intereses de los administradores en los grupos de sociedades de cara a estructurar soluciones que, de un lado, no les resten competitividad a las empresas de grupo y, de otro lado, protejan suficientemente a los socios minoritarios y terceros ante los posibles abusos.

## BIBLIOGRAFÍA

- BOLDÓ RODA, CARMEN. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho internacional español*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona (España), 2006.
- CÓRDOBA ACOSTA, PABLO ANDRÉS. *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.
- DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ LUIS. *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona (España), 2006.
- EMBED IRUJO, JOSÉ MIGUEL. "Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas", en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 46, 2006, pp. 9-48.
- EMBED IRUJO, JOSÉ MIGUEL. *Ley alemana de sociedades anónimas*, Marcial Pons, España, 2010.
- ENRIQUES, LUCA. *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Giuffré, 2000.
- ENRIQUES, LUCA, HERTING, GERARD y KANDA, HIDEKI. "Related-Party Transactions", en AA. VV. *The Anatomy of Corporate Law: a Comparative and Functional Approach*, 2.ª ed., Oxford, 2009, pp. 153 a 182.
- MONTALENTI, PAOLO. "Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario", en *Rivista di diritto civile*, año L, n.º 2, marzo-abril, 2004, Cedam, Italia, pp. 243 a 255 (II).

- NUMA MARÍN, MANZUR MICHEL. "Interés común de los asociados, interés de la sociedad e interés de la empresa", en AA. VV. *La empresa en el siglo XXI*, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 349-372.
- RIBAS FERRER, VINCENÇ. *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, La Ley, Madrid, 2010.
- SABOGAL BERNAL, LUIS FERNANDO. "El 'interés social': apuntes teóricos en el marco socio-económico del derecho de empresa", en *Revista E-Mercatoria*, n.º 1, 2011, Bogotá.
- SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO. *Los administradores en las sociedades de capital*, 2.ª ed., Civitas, Múnich-Madrid (Alemania-España), 2007.
- SCHMIDT, DOMINIQUE. *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly, Francia, 2004, version nouvelle.
- SERRANO CAÑAS, JOSÉ MANUEL. *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2008.
- SOLIMENA, LUIGI. *Il conflitto d'interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata*, Giuffrè, Milano, 1999.
- STESURI, ALDO. *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1999.
- Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-052 de septiembre de 2014, sucesión de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. en liquidación. Superintendente delegado: José Miguel Mendoza.
- Superintendencia de Sociedades. Sentencia 801-000035 de 9 de julio de 2013, SAC Estructuras Metálicas S. A. contra Praxedis José Daniel Correa Senior, Santiago Francisco Correa Laverde y Gloria Estella Gallo Pérez. Superintendente delegado: José Miguel Mendoza.
- Superintendencia Financiera de Colombia y otros. Código País: Circular Externa 028 del 30 de septiembre de 2014.
- VINCENT CHULIA, FRANCISCO. "Grupos de sociedades y conflictos de intereses", en AA. VV. *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*, Civitas, España, 2011, pp. 877-900.