

Reflexiones sobre el tratamiento de los conflictos de intereses de los administradores en el Derecho de Sociedades

7

Página

Asegurar la conducta ética de la organización, una de las funciones de la Junta Directiva

26

Página

Responsabilidad de los administradores en la implementación de los IFRS en Colombia

38

Página

Edición No. 10 Abril- Mayo 2015



**Superintendencia
de Sociedades**

**Juntas
Directivas**



Índice

Editorial

En las juntas alguien debe decir “no”: Nancy Rapoport	5
Reflexiones sobre el tratamiento de los conflictos de interés de los administradores en el Derecho de Sociedades	7
Por: José María Garrido Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha (España) Abogado del Banco Mundial	
La Junta Directiva no es solo un órgano de administración, sino de control de la gestión de Gerente	22
Por: María Eugenia Coronado Orjuela Presidente Ejecutiva de Gas Natural Fenosa Colombia	
Asegurar la conducta ética de la organización, una de las funciones de la Junta Directiva	26
Por: Sandra Fonseca Expresidenta del Grupo Energía de Bogotá	
Papel de la junta directiva no debe quedarse en una revisión de las actuaciones	30
Por: Gustavo Arias Presidente de Andesco	
Mujeres en juntas directivas impulsan éxito empresarial	34
Por: Sandra Idrovo Directora de Investigación de Inaldea Business School	
Miembros de junta directiva independientes en las empresas familiares	36
Por Director del área Empresa Familiar - Inaldea - Universidad de La Sabana y consultor para empresas familiares del Fccig - Family Council Consulting	
Responsabilidad de los administradores en la implementación de los IFRS en Colombia	38
Por Gerardo Santos Director Programa de Contaduría Pública Universidad de la Salle	
Buenaventura Una oportunidad para incorporar un arrecife artificial empresarial	40
Por Víctor Alfonso Estupiñán Perdomo Coordinador Grupo de Recursos y Requerimientos Empresariales	
Doctrina Societaria	
Remuneración de miembros de junta directiva	44
Concienete electoral y determinación de mayorías	45
Administradores deben velar por lo contemplado en el Código de Comercio	46
Un miembro de la junta puede votar en favor de sí mismo para ser elegido representante legal	49

Revista Supersociedades

Director

FRANCISCO REYES VILLAMIZAR
Superintendente de Sociedades

Consejo Editorial

José Miguel Mendoza Daza
Delegado de Procedimientos Mercantiles

Andrés Parias Garzón

Delegado para Inspección, Vigilancia y Control

Juan Antonio Duque Duque

Delegado de Asuntos Económicos y Contables

Juan Camilo Herrera Carrillo

Delegado para Procedimientos de Insolvencia (E)

Ligia Stella Rodríguez Hernández

Secretaria General

Editor General

Édgar Reinel Laiton López

Corrección

Daniela Andrea Blandón Ramírez

Superintendencia de Sociedades

Bogotá D.C.: Avenida El Dorado 51-80
PBX: 3245777 - 2201000
www.supersociedades.gov.co

Diseño y Diagramación

Jaime Beranyer Sanabria Lara
Elizabeth Ayala Puerto
www.beranyer.com
www.crisalida.us

La Revista Supersociedades es una publicación compilada y editada por la Oficina de Comunicaciones de la Superintendencia de Sociedades y en la cual participan diversos autores tanto de la entidad como externos. Las opiniones expresadas en esta publicación solamente comprometen a sus autores y no a la Superintendencia. Los posibles errores u omisiones son responsabilidad exclusiva de los autores.



Por: Jaime Berany, Sanabria Lara, www.crisalida.us

Editorial

Es recurrente la necesidad de insistir en la importancia que tiene el papel de los administradores en la organización empresarial, dado el impacto que determina su liderazgo, direccionamiento, su diligencia, su ética, su profesionalismo y su intuición.

Tratándose de las juntas directivas y juntas de socios, lo primero que hay que recordar es que sus miembros tienen la condición de administradores, condición que al lado de quienes ostentan la calidad de gerentes y representantes legales, les atribuye importantísimas responsabilidades.

Es así como debe considerarse que, independientemente de la actitud, de la diligencia y del dinamismo con los cuales sea asumida su gestión, los miembros de Junta Directiva o Junta de Socios, son depositarios directos del poder de decisión al interior de una empresa y como tales están llamados a asumir la función de gobierno de la entidad económica.

Los directores, como comúnmente se les llama en el contexto mercantil, son entonces actores determinantes del destino de la empresa. De sus decisiones o de sus omisiones depende la suerte y sostenibilidad de la organización y por tal motivo resulta esencial hacer una reflexión sobre sus calidades personales y sus características como administradores.

¿Qué clase de directores queremos para nuestras empresas? ¿Queremos directores capaces de hacer respetar nuestro mercado interno y suficiente para avasallar los mercados extranjeros en este contexto de apertura donde la estrategia exportadora resulta relevante? ¿Queremos directores omisivos y complacientes, incapaces de generar equilibrios al interior de la organización y acostumbrados a dejar hacer o dejar pasar? La cuestión queda planteada.



En las juntas alguien debe decir “no”

Nancy Rapoport

En toda junta directiva debería existir una persona que pueda decir “no” a ciertas decisiones, inclusive si su opinión incomoda a los demás miembros del órgano colegiado. Así lo dijo Nancy Rapoport, experta en temas de insolvencia empresarial, quien elaboró el informe de auditoría que provocó la declaratoria de quiebra de la multinacional Enron y participó en el documental *The Smartest Guys in The Room* («Los chicos más listos del lugar»).

Rapoport dio detalles de ese descalabro empresarial en un panel liderado por el superintendente de Sociedades, Francisco Reyes Villamizar, y que contó con la participación del delegado Procedimientos Mercantiles, José Miguel Mendoza Daza, en un cónclave con ejecutivos de compañías y abogados de las firmas litigantes del país.

“Es importante que el miembro de junta pueda hablar sobre temas incómodos. Siempre debe haber alguien que esté dispuesto a frenar ciertas decisiones”, opina la experta en quiebras empresariales, quien reconoce a su vez que ser presidente o directivo de una corporación implica riesgos.

“He descubierto es que alguien en esa sala de juntas tiene que estar allí para desacelerar un

poco las decisiones que no son urgentes. El problema es que a nadie le agrada esa persona. Las juntas necesitan un abogado del diablo”, considera la experta.

Pero no sólo la diferencia de criterios ayuda a un mejor desempeño de las juntas directivas. Es necesario también velar porque los demás miembros tomen las decisiones correctas y actúen con criterios éticos, pensando en el buen desempeño de la organización. Es decir, “delatar, paga”. Una buena estrategia es invitar a los nuevos profesionales a que hagan parte del órgano administrativo. “Su proceso de adaptación tarda un poco más, pero pueden aportar nuevas ideas”.

La clave está en los incentivos

Las sociedades deben buscar la forma correcta de usar el conocimiento humano para pensar en mejores conductas de trabajo en equipo, teniendo en cuenta un buen plan de incentivos. “Mientras más cuidadosos seamos, mayor probabilidad habrá de que haya buenas conductas”, resalta Nancy Rapoport.

Una de las reglas para el buen desempeño directivo es “no subestimar el poder del cerebro humano”. En ese sentido, hay

dos tipos de errores en la forma de actuar de los empleados: los psicológicos o cognitivos y los sociológicos, es decir, la presión que hay sobre las decisiones. Por eso, una compañía no está exenta de las malas actuaciones de sus empleados o administradores.

Algunas sociedades cuentan con códigos de ética, pero no los ponen en práctica. La clave, entonces, está en los incentivos que se otorgan. Para Nancy Rapoport, es un error promover las bonificaciones como parte de los salarios de los ejecutivos, porque muchos de esos incentivos “son perversos”.

En ese sentido, más allá de incentivos, las organizaciones deben inculcar la buena fe y la lealtad, sobre todo en el plano directivo. Rapoport, explica en detalle cómo, por ejemplo, los patrones del comportamiento humano influyeron en la quiebra empresarial del conocido caso Enron, cuyo equipo estaba conformado por una serie de personas tan inteligentes, como calificadas.

Enron, una lección por aprender

La multinacional energética Enron Corporation fue reconocida por la revista *Fortune* como una de las empresas más rentables e



innovadora durante cinco años consecutivos (entre 1996- 2000). Sin embargo, pasó a la historia en medio de uno de los escándalos financieros más recordados. El error: la ambición de sus administradores, que los llevó a prácticas contables altamente cuestionadas.

"Empezaron a abusar de ciertas cosas, como la contabilidad 'mark to market' utilizando una regla comercial muy legítima, en donde uno toma las utilidades esperadas y las registra en libros en el primer año. Eso lo aplicaron a industrias que no tenían un

mercado. Entonces se inventaron las utilidades y las registraron instantáneamente en libros y se dieron más de US\$1.000 millones en bonificaciones con base en cosas que realmente nunca funcionaron", relata Rapoport.

La jurista considera que el caso de Enron refleja claramente patrones de comportamiento humano innatos. Por eso, una de sus conclusiones consiste en que, más allá de emitir juicios, las organizaciones deben promulgar el respeto por los códigos de ética y la integridad, adecuada

comunicación y excelencia de sus empleados, pero sobre todo, una buena política de incentivos.

Cinco consejos: "las estructuras en sí mismas no hacen nada para impedir que la gente cometa errores"; "nunca base sus estructuras empresariales en el supuesto de que la gente es buena, aunque usted crea que lo es"; "no confíe, verifique"; "si algo le suena mal, posiblemente es porque está mal" y "alguien tiene que desacelerar ciertas decisiones en las juntas directivas y usted es esa persona".

Reflexiones sobre el tratamiento de los conflictos de intereses de los administradores en el Derecho de sociedades

José María Garrido

Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha (España)
Abogado del Banco Mundial¹

SUMARIO:

I. Introducción: la tipología de los conflictos de intereses y el Derecho de sociedades. II. La caracterización del conflicto de intereses. III. Los tipos de conflictos de intereses de los administradores: conflictos ocasionales y conflictos permanentes o duraderos. IV. El tratamiento de los conflictos ocasionales. V. El tratamiento de los conflictos permanentes o duraderos. VI. Conclusión.

I. Introducción: la tipología de los conflictos de intereses y el Derecho de sociedades.

La regulación de los conflictos de intereses representa una parte central del Derecho de sociedades. En el análisis económico del Derecho de sociedades, es ya tradicional

1. Las opiniones vertidas en este artículo son exclusivamente del autor del mismo, y no coinciden necesariamente con las del Banco Mundial o su Consejo de Dirección.

la referencia a los llamados “problemas de agencia” (agency problems) como cuestiones fundamentales que el Derecho de sociedades ha de resolver². Ciertamente, el abanico de asuntos que abarcan los “problemas de agencia” es enorme, pero es comúnmente aceptado que estos problemas pueden clasificarse de la siguiente forma³:

- El problema del conflicto entre administradores y accionistas;
- El problema del conflicto entre accionistas mayoritarios y accionistas minoritarios;
- El problema del conflicto entre los accionistas de la sociedad y los acreedores de la sociedad.

Todos estos conflictos se cali-

2. V. M. C. JENSEN – W. H. MECKLING, “Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs, and Ownership Structure”, en 3 J. Fin. Econ., p. 305 ss. (1976); E. FAMA, “Agency Problems and the Theory of the Firm”, en 26 J.L. & Econ., p. 1 ss. (1983).

3. V. J. M. GARRIDO, La distribución y el control del poder en las sociedades cotizadas y los inversores institucionales, Bolonia, 2002.

fican, de una manera amplia, como “problemas de agencia” porque la característica común a todos ellos es que uno o varios sujetos afectan, con sus actos, los intereses de otros, y por ello, en cierta medida, se trata de situaciones reconducibles al esquema general de la representación (agency).

De todos los conflictos reseñados, el más estudiado y analizado, sin duda alguna, es el problema de la relación entre administradores y accionistas⁴. Los administradores sociales han de defender el interés social en sus actuaciones, y el interés social, en su acepción más extendida, no es sino la suma de los intereses de los socios. Es claro que la existencia de intereses propios de los administradores los puede colocar en un conflicto directo con la defensa de los intereses de la sociedad -y de los socios-.

El presente trabajo contiene algunas reflexiones sobre los

4. V. F. REYES VILLAMIZAR, Análisis económico del Derecho societario, Bogotá, 2012, pp. 96-97.

conflictos de intereses que con frecuencia afecta a los administradores de sociedades mercantiles⁵, y analiza algunas de las tendencias actuales en materia de regulación y tratamiento de los conflictos de intereses. Primeramente, se contienen algunas consideraciones generales sobre la caracterización del conflicto de intereses y la distinción entre conflictos ocasionales y permanentes, y a continuación, el núcleo del trabajo compara la reacción del Derecho español y colombiano ante ambos tipos de conflictos.

II. La caracterización del conflicto de intereses.

Aunque el concepto de conflicto de intereses puede asumir distintos significados⁶, es posible trazar algunos elementos que son comunes a todas las situaciones de conflicto de intereses.

En primer lugar, es necesario precisar la noción de conflicto: existe conflicto de intereses cuando un sujeto representa los intereses⁷ de dos sujetos distintos, de modo que no puede defender los intereses de uno de ellos sin perjudicar los

intereses del otro⁸. Los intereses en conflicto pueden ser los propios del actor frente a los de otra persona a la que el actor representa; o bien los intereses de dos sujetos distintos del actor⁹. Esta es la noción fundamental del conflicto de intereses que, como se ve, requiere que exista un sujeto en una relación representativa, en sentido amplio¹⁰. Así, el sujeto que se encuentra en la situación de conflicto está obligado a defender intereses ajenos, y lo que sucede es que para defender esos intereses tendría que actuar en contra de los intereses propios o de una tercera persona¹¹. Quizás

el ejemplo en el que mejor se aprecia la existencia de los elementos del conflicto de intereses es el de la prohibición de autoentrada del comisionista (art. 267 del C. de c. español)¹², a tenor de la cual, “Ningún comisionista comprará para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni venderá lo que se le haya encargado comprar, sin licencia del comitente”. Esta es una prohibición que, con diversos matices, se repite en la mayoría de los ordenamientos jurídicos (v. el art. 1274 del Código de comercio colombiano)¹³, y se basa en la idea de que una persona no puede defender los intereses de su mandante y al mismo tiempo defender los intereses propios. La compraventa es el ejemplo más claro puesto que es un contrato en el que existe una perfecta contraposición de intereses (el vendedor desea vender al precio más alto; el comprador desea comprar al precio más bajo). Efectivamente, el problema consiste en que el comisionista no puede defender eficazmente los intereses del comitente-vendedor (conseguir el precio más alto posible) sin dañar sus propios intereses o los de un tercero comprador (conseguir el precio más bajo posible). Es más, lo más probable es que, en la práctica y en tal situación, el comisionista antepusiera sus propios intereses y perjudicase la posición del comitente, puesto que el interés propio

5. Como ha indicado COX, los conflictos de intereses son “endémicos” en las modernas sociedades mercantiles: v. J. D. COX, “Managing and Monitoring Conflicts of Interest: Empowering the Outside Directors with Independent Counsel”, en Villanova Univ. L. Rev. 48 (4), 2003, 1077 ss.

6. V. M. S. RODRÍGUEZ PINTO, Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho privado español, Madrid, 2005, p. 25.

7. Por otro lado, conviene precisar la noción de interés, entendiendo que interés es la relación que existe entre un sujeto y un bien: v. M. SÁNCHEZ RUIZ, Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital, Cizur Menor, 2000, p. 55.

8. V. V. SIMONART, “Conclusions générales”, en AA. VV., Les conflits d'intérêts, Bruxelles, 1997, p. 304, que proporciona el concepto de conflicto como la divergencia u oposición que aparece en operaciones determinadas entre los intereses personales de una persona y otros intereses que ésta debe defender activamente.

9. V. J. C. SHEPHERD, The Law of Fiduciaries, Toronto, 1981, p. 148, que subraya que existe conflicto de intereses cuando una persona se encuentra en una situación en la que debe elegir entre sus propios intereses y su deber hacia otra persona.

10. V. V. RIBAS FERRER, Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades (tesis doctoral), Barcelona, 2004 (posteriormente revisada y publicada con el título El deber de lealtad del administrador de sociedades, Madrid, 2010) p. 378, que señala que el conflicto existe cuando, ante un mismo objeto, dos o más voluntades reunidas en una sola persona se encuentran en una posición contrapuesta. Cfr. S. PUGLIATTI, “Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante”, en Studi sulla rappresentanza, Milano, 1965, p. 37 ss., p. 154, que indica que el conflicto de intereses se presenta como un peligro actual y real de daño para el representado, quien, al intervenir un elemento extraño, corre el riesgo de ver comprometido el fin que se había propuesto alcanzar cuando confirió el mandato.

11. En este sentido, v. D. SCHMIDT, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Paris, 1999, n.º 9, p. 22, que subraya que un conflicto de intereses se origina cuando una misma persona persigue dos o más intereses, de forma que tales intereses sean contradictorios. V. también la RDGRN 20.11.1989, que aporta una definición de conflicto de intereses al afirmar que “en un conflicto una persona con su sola actuación compromete simultáneamente los intereses de dos patrimonios cuya representación ostenta, en forma tal que no queda garantizada la independencia necesaria entre los procesos de formación de cada una

de las voluntades negociales emitidas” (v. F. P. BLASCO GASCÓ, “Comentario a la RDGRN 20.11.1989”, en CCJC, n.º 22, 1990, p. 35).

12. V. J. OTERO LASTRES, “La autoentrada de los agentes de cambio y bolsa”, en Estudios A. Polo, Madrid, 1981, p. 783 ss.

13. Art. 1274 del Código de Comercio de Colombia (Prohibición al mandatario de hacer contraparte del mandante): El mandatario no podrá hacer de contraparte del mandante, salvo expresa autorización de éste.

Sistema de insolvencia

La liquidación de bienes en el procedimiento concursal

Mayor rapidez

Problemas: Problemas de ejecución efectiva

Es preferible evitar que los conflictos que puedan surgir, a tener que confiar en acciones de anulación o de responsabilidad para corregir los efectos negativos de las actuaciones realizadas en conflicto de intereses



José María Garrido

tiende siempre a primar sobre el interés ajeno¹⁴. Obsérvese, en todo caso, que existe conflicto no sólo cuando el comisionista actúa en interés propio al mismo tiempo que ejecuta el encargo para el comitente –que es el caso más claro–, sino también cuando el comisionista actúa para dos sujetos distintos (comprador y vendedor)¹⁵. En definitiva, se trata de una situación en la que existe un riesgo cierto y definido de que se produzca un daño a los intereses de una

14. V. M. C. JENSEN, “Self-Interest, Altruism, Incentives, and Agency Theory”, en *7 Journal of Applied Corporate Finance*, p. 40 ss. (1994).

15. V. V. RIBAS FERRER, Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades, cit., p. 394, que destaca que el conflicto entre el principal y el gestor también se manifiesta cuando éste actúa en interés ajeno. Es decir, lo fundamental para que se presente un conflicto es que existan dos intereses incompatibles, siendo indiferente que los intereses en conflicto sean los del representante y los del representado, o los de dos representados por el mismo representante.

de las partes, frente a la cual el sujeto tiene un deber de comportamiento leal¹⁶.

Así pues, la situación de conflicto viene determinada por los siguientes elementos:

- Un sujeto (A) que por una disposición legal o una previsión contractual está obligado a defender los intereses de otro (B).
- Al mismo tiempo, el sujeto A tiene intereses propios o está obligado a defender los intereses de un tercer sujeto (C).
- La actuación que el sujeto A está obligado a realizar en relación con B podría perjudicar los intereses de A o de C.

16. Sobre la necesidad de un deber de lealtad para la existencia de un conflicto de intereses, v. R. Bahar – L. Thévenoz, “Conflicts of interest: Disclosure, Incentives, and the Market”, en R. Bahar – L. Thévenoz (eds.) *Conflicts of Interest: Corporate Governance and Financial Market*, Dordrecht, 2006, p. 1 ss., pp. 2-3.

El elemento fundamental del conflicto se encuentra en el tercer punto, y es el de la colisión o contraposición de intereses¹⁷. Efectivamente, en toda relación representativa o similar, el representante tiene sus intereses propios, al margen de los del representado. Pero el hecho de que existan intereses diversos no implica que automáticamente nos encontremos en una situación de conflicto de intereses. No existen intereses opuestos cuando los intereses concurrentes sean coincidentes, paralelos o comunes, e, incluso, distintos, siempre que sean compatibles. Es necesario que entre los distintos intereses exista una contraposición, que se

17. V. M. A. ALCALÁ, “El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad”, en AA. VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, 1999, p. 447 ss., p. 492, que señala la necesidad de la existencia de dos intereses contrapuestos de forma que la consecución de uno de ellos implique la lesión del otro.

traduce en un riesgo de daño para los intereses del representado¹⁸.

No es necesario, sin embargo, que exista un daño efectivo para apreciar la existencia de un conflicto de intereses¹⁹. El conflicto de intereses no representa todavía la causación efectiva del daño a los intereses de la sociedad, ni siquiera su causación inminente, sino la situación preliminar o previa, que crea el peligro o riesgo razonable de que dicho daño se pueda producir en algún momento²⁰. En realidad, si ya se ha producido un daño es que el conflicto se ha agotado en todo o en parte, y por supuesto con ello surge la responsabilidad del sujeto al que afecta el conflicto (conflicto lesivo o eficiente)²¹. El conflicto de intereses surge ya en un estadio previo, cuando se hace previsible que la actuación del sujeto afectado pueda tener como consecuencia la producción de un daño a los intereses

18. M. SÁNCHEZ RUIZ, Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital, cit., p. 153, define el conflicto de intereses intrasocietario como aquella situación en la que concurre un riesgo real y actual de lesión de un interés societario, derivado de la concurrencia de otro interés incompatible con el primero, de tal manera que la satisfacción de uno lleva consigo el sacrificio del otro.

19. Por ello se señala que, la mera conducta del administrador promotora y originante de situaciones de conflicto de intereses—llegue o no éste a aprovecharse de ellas—es sancionable por desleal (J. I. FONT GALÁN, El derecho de información de los administradores sociales, Córdoba, 2002, p. 217).

20. V. M. SÁNCHEZ RUIZ, Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital, cit., pp. 151 y 152, poniendo el énfasis en el riesgo como elemento definidor del conflicto, riesgo que por lo demás ha de ser real y actual.

21. Por ello se dice que el daño no es presupuesto de la deslealtad de conducta del administrador, sino de la responsabilidad (J. I. FONT GALÁN, El derecho de información de los administradores sociales, cit., p. 313).

del sujeto representado²², y ello con fundamento en datos objetivos²³. Por ello, el Derecho reacciona frente a los conflictos de intereses básicamente con normas preventivas, que buscan evitar que el conflicto derive en un daño cierto²⁴. En definitiva, el conflicto de intereses puede ser definido como aquella “situación jurídicamente relevante de concurrencia o relación de intereses opuestos entre el gestor y el principal, que se concreta en un acto o negocio, objetivamente contemplado, que por su naturaleza y finalidad resulta idóneo

22. V. L. ENRIQUES, Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni, Milano, 2000, p. 188 ss., que expone que hay conflicto actual cuando existe una previsibilidad cierta de lesión del interés social a partir de las condiciones de la operación, si bien no es necesario que la lesión del interés social efectivamente se produzca. Así, sólo se exige la mera posibilidad de que del acuerdo pueda derivar un daño (daño al interés social simplemente posible o eventual). En definitiva, el conflicto de intereses consiste en un mero riesgo o peligro de que pueda llegar a producirse un daño. V. J. O. LLEBOT, Los deberes de los administradores de la sociedad anónima, Madrid, 1996, p. 92, que subraya que la infracción del deber de lealtad no conlleva siempre la causación de daños, sino que basta con que exista un riesgo de lesión a los intereses sociales; Cfr. J. R. SALELLES, El funcionamiento del consejo de administración, Madrid, 1995, p. 189 (el conflicto de interés sólo tiene lugar si el contenido y la modalidad de la operación pueden perjudicar el interés común en beneficio de los administradores o de terceros).

23. Sobre la existencia de una situación objetiva de riesgo potencial, v. M. SÁNCHEZ RUIZ, Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital, cit., p. 152: el riesgo debe ser real y actual, derivado de la situación en que se encuentran los sujetos implicados y detectable en virtud de datos objetivos en el momento en que se aprecie la concurrencia del conflicto.

24. M. SÁNCHEZ RUIZ, Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital, cit., p. 290, “la concurrencia de ambos intereses contrapuestos en una determinada situación supone, sin más, un riesgo de lesión para alguno de ellos y en definitiva, un conflicto actual de intereses. Esta incompatibilidad debe resultar objetivamente apreciable de forma previa a la adopción del acuerdo (ex ante) y consiste en una típica situación de contraste entre los intereses del socio y de la sociedad en relación con el contenido del acuerdo de que se trate”. Naturalmente, la previsibilidad racional de lesión deriva de las condiciones concretas o particulares que configuran el acto o negocio interesado.

para poner en riesgo los intereses del principal”²⁵.

III. Los tipos de conflictos de intereses de los administradores: conflictos ocasionales y conflictos permanentes o duraderos.

El conflicto de intereses en las sociedades mercantiles se manifiesta de una manera especialmente aguda respecto de los administradores sociales. En efecto, de acuerdo con el esquema legal, el administrador ha de defender los intereses de la sociedad ante todo, y ello se manifiesta en el deber de lealtad del administrador hacia la sociedad (art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital²⁶—en adelante, LSC—: “Los administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos”). El problema surge cuando el administrador tiene un interés extrasocietario que entra en contraposición con el interés social. Como se ha visto anteriormente, en ese caso se dan todos los elementos típicos y definitorios del conflicto de intereses²⁷.

25. V. V. RIBAS FERRER, Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades, cit., p. 380. Por supuesto, si no existe riesgo, no existe tampoco conflicto. Igualmente, v. J. DUQUE, Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos, Valladolid, 1957, p. 126-127: “no hay conflicto porque el peligro de que los intereses sociales sean sacrificados a los extrasociales del socio haya desaparecido”; Cfr. C. ALBORCH, El derecho de voto del accionista. Supuestos especiales, Madrid, 1977, p. 262, que matiza que el conflicto no existe cuando no existe riesgo porque falta uno de sus requisitos necesarios: la posibilidad de lesión del interés social.

26. V. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

27. V. J. BOQUERA, “La regulación del conflicto de intereses en la LSRL”, en RDM, 1995, p. 1007 ss.; A. L. MODREGO, “El deber de abstención del socio en

Sin embargo, existen distintos tipos de conflictos, en atención a las circunstancias de cada uno de ellos²⁸. La distinción más conocida es la que se traza entre conflictos permanentes, duraderos o estructurales y conflictos ocasionales, específicos o coyunturales. De acuerdo con esta distinción, existen conflictos que se refieren, por ejemplo, a un determinado acto o a una determinada operación económica y, por otro lado, conflictos que se refieren a una situación permanente o continuada en el tiempo²⁹. La distinción es importante porque, como se verá, la reacción del derecho puede ser diferente frente a uno y otro tipo de conflictos.

La respuesta jurídica frente a los conflictos de intereses se distingue por la división entre medidas a posteriori y medidas a priori. Las medidas a posteriori se basan en las posibles acciones judiciales contra los actos y acuerdos adoptados por los administradores afectados por los conflictos de intereses. Las medidas a priori,

conflicto de intereses con la sociedad”, en C.D.Com., 1996, p. 61 ss.; J. SANCHEZ-CALERO GUILARTE, “El conflicto de intereses en la sociedad limitada”, en AA. VV., Derecho de sociedades de responsabilidad limitada, I, Madrid, 1996, p. 677 ss.; M. A. ALCALÁ, “El conflicto de intereses socio-sociedad en las sociedades de capital”, en RdS, 9, 1997, p. 89 ss.; M. A. ALCALÁ, “El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad”, cit., p. 447 ss.; J. COSTAS, El deber de abstención del socio en las votaciones, Valencia, 1999.

28. V. E. ROPPO, «Le varie tipologie di conflitto di interessi e i rimedi», en Rappresentanza e gestione, 1992, p. 188 ss.

29. V. M. SÁNCHEZ RUIZ, Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital, cit., p. 145 ss. El conflicto estructural debe ser grave, duradero, o permanente e irreversible. De hecho, se suele mantener, respecto de los conflictos de este tipo que se plantean entre socios, que el conflicto solamente se soluciona con la salida del socio. Se argumenta que estos conflictos suponen una alteración de las bases en las que se asientan las relaciones internas en la sociedad de tal entidad que no es posible su reconstrucción.

por el contrario, se basan en evitar que los conflictos de intereses se puedan materializar en un daño para la sociedad, y por ello se basan en controles preventivos o autorizaciones cuya obtención es necesaria con carácter previo a cualquier actuación en situaciones de conflicto³⁰.

En líneas generales, el Derecho español de sociedades se caracteriza por la utilización de mecanismos preventivos frente a los conflictos de intereses³¹. Además, el sistema español parece haber tenido en cuenta la distinción entre conflictos ocasionales o coyunturales y conflictos permanentes, duraderos o estructurales, y determina consecuencias distintas para cada uno de ellos, aunque se aprecia la existencia de una corriente unificadora en el tratamiento de ambos tipos de conflicto. Por el contrario, el Derecho colombiano, siguiendo la orientación de la mayoría de los ordenamientos en Derecho comparado, no distingue entre ambos tipos de conflicto, y los regula de manera conjunta e uniforme³².

IV. El tratamiento de los conflictos ocasionales.

En el caso de los conflictos de intereses que se refieren a operaciones o actos aislados, el Derecho

30. Los modelos basados en autorizaciones presuponen que los conflictos de intereses no siempre se resuelven en un daño para la sociedad, siempre que se adopten las precauciones oportunas para la protección de los intereses de la sociedad.

31. V. J. O. LLEBOT, “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, en A. Rojo – E. Beltrán (dirs.), La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles, 4 ed., Valencia, 2011, p. 23 ss., p. 39.

32. V. F. REYES VILLAMIZAR, La sociedad por acciones simplificada, Bogotá, 2009, p. 132 ss.; p. 138 ss.

español adopta una aproximación preventiva, con una serie de medidas dirigidas a evitar actuaciones en conflicto de intereses (art. 229 LSC)³³. En sustancia, la regulación de estos conflictos se basa en las siguientes premisas:

a) -La existencia de un deber de información por parte del administrador³⁴. Ante una situación en la que los intereses del administrador (o de un tercero) y los intereses de la sociedad entren en contraposición, el administrador está obligado a comunicar la existencia del conflicto al Consejo o a los demás administradores –salvo en el caso de un conflicto que afecte a un administrador único, en cuyo caso es preceptivo comunicar el conflicto a la Junta General³⁵. La alusión

33. Artículo 229. Situaciones de conflicto de intereses.

1. Los administradores deberán comunicar al consejo de administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad.

El administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera.
(...)

3. Las situaciones de conflicto de intereses previstas en los apartados anteriores serán objeto de información en la memoria.

34. Ese deber presupone, claro está, que el administrador tiene conocimiento de la existencia del conflicto. El requisito necesario para vincular al gestor con la situación de conflicto reside en el conocimiento o el deber de conocer del gestor de la situación de incompatibilidad de intereses, sin tener en cuenta la intencionalidad: v. M. SÁNCHEZ RUIZ, Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital, cit., p. 283, que añade que no se consideran relevantes a estos efectos las motivaciones individuales que puedan inducir al socio a votar en uno y otro sentido, sino la relación o vinculación objetiva que es posible apreciar entre el objeto del acuerdo y el sujeto que emite su voto. Además, no se admite una prueba en contrario consistente en alegar que el representante está dispuesto a sacrificar su propio interés por el interés ajeno.

35. El sistema español se caracteriza porque el órgano de administración resuelve estas situaciones de conflicto. Solamente en el caso de que exista un administrador

de la ley a un conflicto “directo o indirecto” puede entenderse como realizada a la colisión con los intereses propios del administrador (conflicto directo) o con los intereses de un tercero, defendidos por el administrador (conflicto indirecto). En todo caso, la existencia real del conflicto no depende de que el sujeto afectado lo comunique: si otros administradores poseen información sobre el posible conflicto, pueden ponerlo de manifiesto en la propia sesión del Consejo o del órgano de administración, aunque el administrador afectado no haya realizado comunicación alguna.

b) -La existencia de un deber de abstención por parte del administrador. Una vez verificada la existencia de un conflicto de intereses, la Ley reacciona de forma preventiva, e impide que el administrador pueda causar un daño a los intereses sociales mediante la imposición de un deber de abstención³⁶. Precisamente porque lo que se valora es la existencia de un simple riesgo, es por lo que tiene sentido que se adopten medidas preventivas³⁷. Sin embargo, el contenido de ese deber de abstención ha sido discutido: una orientación menos restrictiva tan solo exige que

único se traslada la resolución del conflicto a la Junta General (art. 229.1 LSC).

36. Según J. JUSTE – F. IGARTUA, “Deberes de los administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, en RdS 24 (2005), p. 75 ss., p. 80, la abstención en caso de conflicto de intereses representa la “manifestación quizá más sobresaliente de los deberes de lealtad”.

37. Por supuesto, no siempre es necesario adoptar estas medidas: existen operaciones económicas de muy escasa entidad, en las que no es necesario adoptar medida alguna (regla de minimis): v. V. RIBAS, “Comentario al art. 229 LSC”, en A. Rojo, & E. Beltrán, (dirs.), Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Pamplona, 2011, p. 1638. (por ejemplo, el administrador de una sociedad dedicada a la venta de electrodomésticos que adquiere una televisión de la sociedad).

el administrador se abstenga en la votación de los correspondientes acuerdos en el Consejo de Administración; una orientación más restrictiva –y más adecuada– exige que el administrador no solamente se abstenga en la votación, sino que no intervenga en el debate ni influya las decisiones de la sociedad en ninguna otra forma³⁸. Esta orientación parece más conforme con la expresión utilizada por la Ley (“El administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera”).

Con independencia de cómo se defina la extensión de los deberes del administrador en relación con los conflictos de intereses, ha de recibir consideración distinta la reacción legal ante la actuación objeto del conflicto. Así, si, a pesar de existir el conflicto, el administrador ejerciera su derecho de voto, el acuerdo solamente sería anulable en caso de que el voto del administrador afectado por el conflicto fuera decisivo para la adopción del mismo (prueba de resistencia del acuerdo)³⁹. Por otro lado, hay que

38. La explicación es que, en última instancia, el origen de esta disposición legal y de aquellas en las que se inspira se encuentra en las recomendaciones de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas (“Comisión Aldama”). Al tratar del deber de lealtad de los administradores, el Informe de la Comisión Aldama (2003) impone a los administradores la obligación de “abstenerse de intervenir en las deliberaciones y votaciones sobre propuestas de nombramiento, reelección o cese cuando les afecten, así como en cualquier otra cuestión en la que tengan un interés particular (Informe Aldama, 2.2.vii). En el mismo sentido, ya se pronunciaba el Informe Olivencia, de 1998 (II.8.2.ii), que recomendaba que el consejero se abstenga de asistir y de intervenir en las deliberaciones que afecten a asuntos en los que se halle interesado.

39. V. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 213/2003 (Sección 7ª), de 31 marzo (AC 2003\1500), referida a un conflicto que afectaba a un socio de una sociedad de responsabilidad limitada: “Para que no quiebre el principio mayoritario que rige la adopción de los acuerdos sociales, el precepto dispone que las participaciones del socio que se encuentre en cualquiera de estas situaciones se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de votos

distinguir la cuestión de la anulabilidad del acuerdo, por un lado, de la cuestión de la responsabilidad por daños por las actuaciones realizadas por administradores afectados por conflictos de intereses, por otro.

c) -Por último, la ley prevé mecanismos de transparencia e información respecto de los conflictos de intereses, que han de ser identificados en los documentos sociales, en concreto, en la memoria que acompaña las cuentas anuales (art. 229.3 LSC). La Ley persigue establecer una obligación de transparencia respecto de los conflictos de intereses con la finalidad de prevenir que estos conflictos surjan.

Es posible apreciar que el Derecho español ha adoptado una enérgica política de prevención de los conflictos de intereses. Como se ha indicado, se trata de un modelo preventivo, presidido por el principio de prohibición de actuación en presencia de un conflicto de intereses. En tal sentido, se trata de un modelo basado en una prohibición absoluta –y no relativa, como se ha indicado en ocasiones– ya que la consecuencia de la aplicación de las normas descritas es que el administrador afectado no puede actuar en una situación de conflicto. Si los demás administradores consideran que la operación es interesante para la sociedad, son ellos los que actúan, pero nunca el administrador afectado. La excepción la presenta el caso administrador único: como no existen otros administradores, la Ley le impone la obligación de

que en cada caso sea necesaria (...) La nulidad de la declaración de voluntad en que se traduce el voto acarreará la nulidad del acuerdo adoptado tras ser esté sometido a la prueba de resistencia es decir tras constatar si una vez eliminado el voto indebidamente emitido el acuerdo reúne los requisitos para ser válido. La emisión del voto por el socio sujeto al deber de abstención provoca la nulidad del acuerdo cuando tal voto haya sido determinante para la adopción de dicho acuerdo, por ser contrario a la Ley”.

comunicar el conflicto a la Junta de socios. La Ley guarda silencio sobre otras cuestiones, pero parece que si la Junta considera que el acto u operación es interesante para la sociedad, autorizará al administrador único para que realice dicho acto u operación, dentro de sus funciones de gestión de la sociedad. Fuera de ese supuesto, no existe propiamente un acto de "autorización" en el modelo español de regulación de los conflictos de intereses ocasionales⁴⁰. Lo que puede definirse como la "rigidez" del Derecho español tiene su explicación en una larga experiencia con abusos societarios y situaciones de conflicto, que ha conducido, probablemente, a una reacción extrema en materia de regulación y prevención de conflictos de intereses.

En segundo lugar, y también en relación con lo anterior, el sistema español de tratamiento de los conflictos de intereses se caracteriza por la función que desempeñan los administradores no afectados por el conflicto. Mientras que en otros sistemas, como el colombiano, la Junta de socios asume el protagonismo en este tipo de situaciones, en el modelo español solamente se acude a la Junta de socios cuando no hay otro remedio (es decir, en el caso del administrador único). En todos los demás casos, los conflictos se ponen en conocimiento de los demás administradores, y son estos administradores los que han de actuar, valorando las circunstancias del conflicto de intereses.

40. V. F. Vicent Chuliá, "Grupos de sociedades y conflictos de intereses", en RDM, 280, 2011, p. 19 ss., que resalta que una aplicación ciega y estricta de normas como el art. 229 LSC podrían hacer inviable una administración efectiva de los grupos de sociedades. Por ello el Código Unificado de Buen Gobierno (2006, disponible en http://www.cnmves/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CUBGrefundido_JUNIO2013.pdf) recomienda el establecimiento de medidas permanentes para evitar los conflictos de intereses en los grupos de sociedades (recomendación número 2).

Aunque el Derecho español ha adoptado una clara posición, tendente a evitar los conflictos de intereses de manera absoluta, no se trata de la única opción posible. De hecho, el Derecho colombiano, como el de otros países, no establece una prohibición absoluta y terminante de que el administrador actúe en situación de conflicto de intereses, sino que permite que esa actuación sea autorizada por el máximo órgano de la sociedad, sin que el administrador pueda participar en la correspondiente votación, si es que el administrador tiene la condición de socio⁴¹. El modelo Colombiano de regulación de los conflictos de intereses de los administradores de sociedades es sofisticado y muy avanzado: de entrada, aparte de la regulación básica contenida en la Ley 222 de 1995, el régimen colombiano se completa con el Decreto 1925 de Mayo 28 de 2009 y con la Circular Externa 006 de 2008, de la Superintendencia de Sociedades. En estas normas de desarrollo se definen los conceptos en los que se basan las normas sobre conflictos de intereses, y se precisan aspectos importantes de dichas normas.

El artículo 23.7 de la Ley 222 de 1995 regula la situación de conflicto de intereses, indicando que los administradores deberán:

41. V. Concepto 15289 / Superintendencia de Sociedades / 2012-03-11: "En relación con la figura del conflicto de intereses, se tiene que ésta se circunscribe a situaciones en las que el interés particular de los administradores se contraponen con los intereses de la sociedad que administran. En estos casos, la ley dispone que el administrador debe abstenerse de participar en actos que le ubiquen ante tal conflicto, a menos que cuente con autorización expresa para ejecutarlo otorgada por el máximo órgano social, al cual le corresponde decidir sobre el punto en cuestión, para lo cual se excluirá el voto del administrador, si es que este mismo tiene la calidad de asociado". En la doctrina española, entre los defensores de un modelo de autorización ad hoc de los conflictos de intereses destaca C. PAZ-ARES, Deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores, OCDE, 2002, disponible en <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/2576714.pdf>.

"Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés general 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".

El Decreto 1925 de Mayo 28 de 2009 desarrolla la regulación legal, precisando que el administrador que actúe en conflicto de intereses, y sin la autorización de la asamblea general o junta de socios, responderá de los perjuicios que cause con su actuación (art. 1). El decreto también precisa la manera en que el administrador deberá convocar la Asamblea General o Junta de socios, con suministro de toda la información relevante sobre "la actividad que le representa conflicto de interés o competencia con la sociedad" (art. 2). El Decreto repite la prohibición legal de ejercer el derecho de voto que pesa sobre el administrador, en caso de ser socio. El decreto también precisa que "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". Si el administrador obtiene la autorización con fundamento en información incompleta o falsa, o a sabiendas de que ocasionará perjuicios a la sociedad, no quedará a salvo de responsabilidad (art. 3). El Decreto extiende la responsabilidad a los socios que hayan votado a favor de la autorización de una operación o actividad que perjudique los intereses de la sociedad (art. 4), salvo que la autorización se haya obtenido de



Superintendencia de Sociedades

no promueve eventos, ni publicaciones en las que se cobre a los empresarios



La entidad no ha autorizado a ninguna persona natural o jurídica para que utilice su marca, nombre o logo para avalar publicaciones o eventos comerciales.



No realice negociaciones telefónicas ni suministre datos personales de su compañía que puedan comprometer su patrimonio.



La Superintendencia de Sociedades no exige dinero a los empresarios por pautar o por aparecer en publicaciones no oficiales.



www.supersociedades.gov.co

manera engañosa⁴². El juicio sobre los potenciales efectos de una operación es complejo, y parece que la junta o la asamblea habrán de evaluar, entre otros aspectos, los factores económicos, la posición de la sociedad en el mercado y las consecuencias del acto sobre los negocios sociales.

La Circular Externa 006 de 2008, de la Superintendencia de Sociedades, precisa algunos de los conceptos clave para la aplicación de las normas sobre conflictos de intereses. Ya anteriormente, la Superintendencia de Sociedades había definido el concepto de conflicto de intereses, como la situación en la que “no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquel o de un tercero” (Circular Externa 20 de 1997).

En particular, la Circular Externa 006 otorga la posibilidad de que se solicite una investigación a la Superintendencia de Sociedades, la que puede ordenar al administrador que se abstenga de adelantar dichos actos, sancionarlo con multas, o en los casos permitidos por la ley removerlo de su cargo.

La idea de que las operaciones o actos en los que se manifieste un conflicto de intereses sean aprobados o autorizados por la Junta General representa, en realidad, la mejor práctica internacional. Como se ha argumentado, las operaciones realizadas en conflicto de intereses pueden ser, en circunstancias adecuadas, beneficiosas para la

42. El Decreto también precisa el régimen procesal para el ejercicio de las acciones de responsabilidad, y precisa que las acciones deberán lograr el efecto de restituir a la sociedad o a otros perjudicados a su situación original, a salvo los derechos de los terceros de buena fe. El juez también puede sancionar a los administradores con multas o con la inhabilidad para ejercer el comercio (art. 5 del Decreto 1925 de 2009).

sociedad, y lo importante es que el procedimiento de autorización sea riguroso⁴³. Dado que la Junta General expresa de manera inequívoca el interés social –es decir, la suma de los intereses de los socios–, se trata del órgano adecuado para valorar las circunstancias del acto u operación, y, en última instancia, tomar la decisión de continuar con dicho acto u operación al valorar sus ventajas por encima de los riesgos que presenta el conflicto de intereses. Esta es también la solución general que se está imponiendo para el tratamiento de las operaciones vinculadas (“related party transactions”)⁴⁴, especialmente de aquellas que tienen un volumen o cuantía apreciables⁴⁵.

V. El tratamiento de los conflictos permanentes o duraderos

En el Derecho de sociedades español se ha contemplado tradicionalmente, y de forma especial, la situación en la que existe un

43. V. F. REYES VILLAMIZAR, *La sociedad por acciones simplificada*, cit., pp. 139-140.

44. Ha de tenerse en cuenta que el ámbito de las operaciones con partes vinculadas no coincide exactamente con el de los conflictos de intereses de los administradores. En primer lugar, una operación puede referirse a partes vinculadas que no tienen la condición de administradores (típicamente, un accionista de referencia). En segundo lugar, las operaciones con partes vinculadas tienen una naturaleza eminentemente negocial, mientras que los conflictos de intereses de los administradores se pueden manifestar también en otros ámbitos de la actividad societaria (por ejemplo, una decisión de los administradores sobre la conveniencia de presentar una demanda judicial). En todo caso, las operaciones con partes vinculadas son frecuentemente identificadas como el arquetipo de las operaciones realizadas en conflicto de intereses: v. E. Gordon, E. Henry, D. Palia, “Related Party transactions: Associations with Corporate Governance and Firm Value” (2004), disponible en <http://www3.nd.edu/~carecob/Workshops/04-05%20Workshops/Gordon.pdf>.

45. V. Statement of the European Corporate Governance Forum on related party transactions (2011), disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/ecgf_related_party_transactions_en.pdf.

conflicto de intereses permanente, o al menos duradero, entre un administrador y la sociedad en la que presta sus servicios. La solución a esta contraposición de intereses permanente entre el administrador y la sociedad ha sido, también tradicionalmente, la de establecer el cese del administrador afectado. A esta norma general de contraposición de intereses entre el administrador y la sociedad se ha unido la consideración separada de las situaciones de competencia entre el administrador y la sociedad. Dichas situaciones de competencia son también muestra de un conflicto de intereses duradero o permanente entre el administrador y la sociedad.

Así, existen dos normas diferentes, una, aplicable a la situación en que los administradores tengan intereses opuestos a los intereses de la sociedad (art. 224.2 LSC)⁴⁶; y, por otro lado, la situación de competencia entre el administrador y la sociedad en la que ejerce sus funciones como tal (art. 230 LSC)⁴⁷. La primera norma solamente se aplica a las sociedades anónimas; la segunda prevé tanto el caso de las sociedades anónimas como de las sociedades limitadas, aunque existen diferencias de tratamiento.

En la sociedad anónima, se prevé la situación de conflicto permanente de intereses entre el administrador y la sociedad, situación que faculta a cualquier socio a solicitar el cese del administrador afectado por el conflicto (art. 224.2 LSC). Sin embargo, no parece que la Junta General tenga la obligación

46. “Los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general”.

47. V. la Sentencia del Juzgado Mercantil de Bilbao de 26 de enero de 2011 (caso Iberdrola/ACS).

de destituir al administrador, sino tan solo la facultad de destituirlo. Cualquier accionista puede solicitar el cese en la Junta General y la Junta puede acordar dicho cese⁴⁸. Cabe preguntarse qué es lo que añade esta norma a la facultad que tiene la Junta de remover ad nutum a los administradores. La razón puede encontrarse en la existencia, en el derecho español de sociedades anónimas, del mecanismo de representación proporcional, que permite a las minorías contar con representación en el consejo de administración (por ejemplo, un 20% del capital social da derecho a un 20% de los puestos del Consejo – v. art. 243 LSC). Es este mecanismo de representación proporcional el que da la clave sobre la peculiaridad del derecho español, ya que históricamente los nombramientos de administradores por parte de un accionista minoritario, competidor de la sociedad, han sido contestados por la mayoría, y han dado lugar a interesantes litigios, ilustrativos de la lucha de poder dentro de las grandes sociedades anónimas⁴⁹. La existencia de un conflicto de intereses permanente justifica que la Junta pueda rechazar al administrador nombrado por la minoría,

48. En este sentido, la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 2005, señala que “La incompatibilidad por razón de intereses contrapuestos no opera de forma obligatoria, a modo de prohibición legal (...) la ley relega a la junta general la apreciación de la existencia o no del conflicto de intereses, pues se trata de una incompatibilidad subjetiva, que atiende al interés privado de la sociedad y, por ello, sujeta a la apreciación de la junta general. Lo que en cualquier caso resulta con claridad es que la junta, valorando y primando el interés de la sociedad, deberá cesar a los administradores si constata esa oposición de intereses”.

49. V. C. ALONSO LEDESMA, “De nuevo sobre la separación de consejeros nombrados por el sistema de representación proporcional por apreciar la existencia de conflicto de intereses del accionista al que están vinculados (A propósito de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 20 de enero de 2011)”, en La Ley, n. 7805, 6 de Abril de 2011.

por existir una justa causa para el cese del administrador afectado.

Esta regulación de la situación general de conflicto de intereses permanente entre el administrador y la sociedad se sitúa junto a las normas que prevén la situación de competencia entre el administrador y la sociedad en la Ley de Sociedades de Capital. La situación en la que un administrador compete, de manera directa o indirecta, con su sociedad constituye el ejemplo clásico de conflicto permanente o duradero⁵⁰. En efecto, a diferencia de una operación o acto aislado, la competencia se plantea como una situación que puede prolongarse de manera indefinida, por lo que da lugar a un conflicto estructural. En el Derecho español se prevén dos supuestos distintos, pero interrelacionados (arts. 229.2 y 230 de la Ley de Sociedades de Capital)⁵¹. Por un lado, se prevé la situación en la que el administrador de la sociedad tiene una participación

50. Por ejemplo, la STS de 19 de mayo de 2003 (R. 5213) considera que no cabe mayor acto de deslealtad para un administrador que constituir una sociedad con la misma actividad que aquella en la que era administrador y competir con ella para paulatinamente asumir su negocio y clientela.

51. Artículo 229 Situaciones de conflicto de intereses
2. Los administradores deberán, asimismo, comunicar la participación directa o indirecta que, tanto ellos como las personas vinculadas a que se refiere el artículo 231, tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, y comunicarán igualmente los cargos o las funciones que en ella ejerzan.

Artículo 230 Prohibición de competencia

1. Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la junta general, a cuyo efecto deberán realizar la comunicación prevista en el artículo anterior.

2. En la sociedad de responsabilidad limitada cualquier socio podrá solicitar del juez de lo mercantil del domicilio social el cese del administrador que haya infringido la prohibición anterior.

3. En la sociedad anónima, a petición de cualquier accionista, la junta general resolverá sobre el cese de los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora.

directa o indirecta en una sociedad con un género de actividad idéntico, análogo o complementario (art. 229.2 LSC). Por otro lado, se contempla la situación en la que el administrador se dedica, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que la sociedad (art. 230 LSC) o es a la vez administrador de otra sociedad competidora. Parece que la Ley ha querido mencionar el caso más claro de conflicto permanente, cual es la condición de administrador de una sociedad competidora⁵². En todo caso, quedan excluidas las situaciones de conflicto coyuntural, en las que basta con la imposición del deber de abstención al consejero⁵³, como se ha visto anteriormente.

El Derecho español ha experimentado en esta área cambios importantes, y quizá el más reseñable de todos ellos es que la Ley de Sociedades de Capital ha unificado el régimen existente para los administradores de sociedades anónimas y de sociedades limitadas, que con anterioridad presentaba marcadas diferencias⁵⁴. En el caso de las so-

52. V. J. GARRIGUES - R. URÍA, Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, II, Madrid, 1976, p. 216, el conflicto permanente deriva ya de la condición de administrador de una sociedad competidora o, en general, de cualquier otra forma de oposición de los intereses del administrador y los de la sociedad. V. también G. ESTEBAN VELASCO, “La administración de la sociedad de responsabilidad limitada”, en AA. VV., Tratando de la sociedad limitada, Madrid, 1997, p. 691 ss., p. 740.

53. V. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 2005, que en relación con un conflicto permanente señala que “No se trata de un conflicto aislado, coyuntural o eventual, que obligaría al consejero a abstenerse en una votación determinada. El que contempla la norma es un conflicto de intereses permanente, estructural, derivado de cualquier circunstancia que objetivamente genere una predisposición contraria a los intereses de la sociedad, una oposición o enfrentamiento estable con el interés social”.

54. V. A. Empanza, “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, en RDM, 281, 2011, p. 13 ss.; V. Ribas Ferrer, “Deberes de los administradores en la ley de sociedades de capital”, cit., p. 1 ss.

ciudades limitadas, solamente se regula la situación de competencia, y no la general que contempla al administrador con intereses opuestos a los de la sociedad. Este tratamiento diferenciado ha generado múltiples y fundadas críticas por parte de la doctrina especializada. Es posible que la explicación de la diferencia se encuentre en el dato de que solamente en la sociedad anónima se permite el mecanismo de la representación proporcional en el órgano de administración. La otra diferencia relevante estriba en que, en el régimen actual, los socios de las sociedades de responsabilidad limitada pueden acudir directamente al juez competente para solicitar la remoción del administrador competidor; mientras que en la sociedad anónima el socio debe plantear el asunto de la remoción en la Junta General (art. 230. 2 y 3, LSC).

En efecto, el sistema de tratamiento de las situaciones de competencia se basa en un mecanismo preventivo de prohibición relativa de competencia. Esta técnica preventiva busca evitar las consecuencias negativas de un conflicto de intereses duradero con la sociedad⁵⁵.

55. V. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 2005 (AC 2007/12), que subraya el carácter preventivo del sistema español, que “opera, de esta forma, ex ante, a modo de tutela preventiva del interés de la sociedad, sin necesidad de que el conflicto se materialice concretamente en el ejercicio del cargo, ni de que efectivamente se lleguen a infringir los deberes de lealtad y confidencialidad”. Se trata de un sistema preventivo de la concurrencia ilícita, defendiendo el interés de la sociedad frente a inmisiones de competidores. No es preciso que se haya producido un daño como consecuencia de la actividad competitiva: v. P. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores y oportunidades de negocio*, Madrid, 1996, p. 33, “no es preciso que la actividad competitiva del administrador haya provocado un perjuicio contablemente perceptible. La prohibición

Existen interpretaciones divergentes sobre si la Junta General tiene una facultad o un deber de destituir al administrador una vez constatada la situación de competencia –o de oposición de intereses– entre el administrador y la sociedad. En la aplicación de las normas, ha habido sentencias en las que se ha concluido que la Junta debe cesar al administrador, y que si no lo hace, el acuerdo que adopte al efecto puede ser impugnado⁵⁶. Otras sentencias, sin embargo, han indicado que la adopción del acuerdo del cese del administrador no tiene un carácter objetivo y automático⁵⁷.

En el caso de las sociedades limitadas, cualquier socio puede acudir directamente al Juez competente y solicitar el cese del administrador competidor. Cabe preguntarse sobre las razones de este diferente tratamiento en la

tiene un carácter preventivo”. Merece la pena señalar también la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, Córdoba, núm. 15/2005 (Núm. 9), de 26 abril (JUR 2005\ 221787) que en su fundamento de Derecho cuarto contiene las siguientes afirmaciones “Se ha dicho por la doctrina que el ejercicio de la competencia, por cuenta propia o ajena, del administrador frente a su sociedad, genera una clara situación de conflicto de intereses en el ámbito externo a la sociedad, es decir, en el mercado, que puede condicionar la actuación del administrador en interés de la sociedad, anteponiendo a éste su propio interés personal. La colisión de intereses es evidente en el caso de que el administrador desarrolle una actividad concurrencial frente a la sociedad en interés de otra sociedad, pues en estos casos el administrador se encuentra ante un conflicto de doble lealtad. De este modo, la prohibición de competencia (...) cumple una función preventiva, en el sentido de que con la misma se pretende evitar el nacimiento del conflicto de intereses concurrencial. Repárese, así mismo, en que la norma, al considerar la situación potencial de conflicto, no sólo se refiere a la competencia directa, sino también a las relaciones de complementariedad económica”.

56. V. STS de 9 septiembre de 1998 (R. 6608). V. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25) 575/2004, de 21 de octubre (JUR 2004\299912).

57. V. STS de 12 de junio de 2008 (R. 1136).





sociedad anónima y en la sociedad limitada, que ha sido universalmente criticado por los especialistas españoles. Uno de los posibles factores diferenciadores puede encontrarse en los estrechos vínculos que suelen existir entre el órgano de administración y la junta de socios en las sociedades pequeñas, y por ello el paso de solicitar la remoción del administrador en la junta puede resultar infructuoso en la mayoría de los casos. Es bien cierto, de todos modos, que resulta absurdo que el Juez cese al administrador para que a continuación, el mismo sujeto sea nombrado administrador de nuevo, con la correspondiente información sobre las situaciones de competencia que le afectan, y la aprobación de la Junta de socios, lo cual impediría que el administrador pudiera ser cesado por el mismo motivo.

La prohibición de competencia tiene carácter relativo en todos los casos, ya que se prevé que la Junta de socios pueda autorizar la situación de competencia. En efecto, en el sistema de la Ley de Sociedades Mercantiles, se ha creado la posibilidad de que los administradores puedan situarse en situación de competencia con la sociedad, pero para ello es preciso el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Comunicación de que el administrador se dedica, directa o indirectamente, a una actividad (art. 229.2 LSC)⁵⁸
- Autorización expresa de la Junta General de la sociedad

Incluso en el caso de las sociedades limitadas, en el caso de

58. Lo que no parece coherente es que la comunicación se haga a los otros administradores, en lugar de a la junta de socios: v. M. A. ALCALÁ, "Los deberes de los administradores en la PYME", en M. A. Alcalá (coord.), Creación, gestión estratégica y administración de la PYME, Madrid, 2010, p. 473 ss.

que se ejerza una acción judicial por competencia, esa acción judicial decae en caso de que la sociedad autorice la existencia de esa situación de competencia por mayoría reforzada (art. 199 b) LSC)⁵⁹. El administrador afectado no podrá ejercer el derecho de voto que de otro modo correspondería a sus participaciones sociales (art. 190.1 LSC).

Algunas de las características de las normas de la Ley de Sociedades de Capital reflejan cuestiones ya decididas con el Derecho anterior. Una de las más importantes es la determinación de la existencia de una relación de competencia entre el administrador y la sociedad. La situación de competencia debe ser efectiva, para ser tenida en consideración a efectos de la regulación legal⁶⁰. Para determinar si la competencia es efectiva, es preciso examinar la cuestión desde el punto de vista del mercado relevante, lo que trae consigo que haya de analizarse la concurrencia desde el punto de vista objetivo (los productos o servicios han de ser iguales o similares)⁶¹, desde el punto de vista geográfico (las sociedades han de actuar total o parcialmente en el mismo ámbito geográfico)⁶², y temporal (las acti-

59. V. RIBAS, "Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital", en Rds, 2012 (38), p. 1 ss. cit., p. 1 ss.

60. V. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, núm. 15/2005 (Núm. 9), de 26 abril (JUR 2005/221787).

61. Ello incluye también la existencia de productos o servicios complementarios: v. SAP Barcelona (Sección 15) de 3 de julio de 2000 (AC 2000/1522). Se ha interpretado que "complementario puede tener, en realidad, el matiz de "sustitutivo". Sin embargo, no es necesario que los productos o servicios sean sustitutivos, sino que basta que pueda dar lugar a situaciones de aprovechamiento de oportunidades de negocio.

62. V. Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 141/2003 (Sección 4ª), de 24 marzo (JUR 2003/194145). En todo caso, v. V. RIBAS FERRER, Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades, cit., p. 379, nota 1379,

vidades de las sociedades han de coincidir, al menos parcialmente, en el tiempo)⁶³. No es relevante, a estos efectos, el objeto social, ya que es frecuente que el objeto social sea más amplio que la actividad efectivamente desarrollada por las sociedades⁶⁴. Tampoco es relevante que la competencia sea directa o indirecta⁶⁵, ni que la competencia tenga carácter leal o desleal. Tampoco es preciso demostrar que la competencia ha producido un daño a la sociedad⁶⁶.

que señala que “si un administrador ocupa el cargo de administrador en dos sociedades dedicadas a un mismo objeto, pero actuando en territorios distintos, plantea un conflicto potencial, aun cuando no pueda considerarse actual, en la medida en que aquel, desde su doble posición, puede usar información para llevar a término negocios interesados (p. ej., a favor de una de las dos sociedades)”.

63. V. J. JUSTE – F. IGARTUA, “Deberes de los administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, cit., p. 81, que exigen la identidad de mercado de producto, geográfico y temporal.

64. En efecto, las normas españolas han sido interpretadas de forma restrictiva, ya que se exige la existencia de competencia efectiva, y no sólo de coincidencia de los objetos sociales (V. E. POLLO, Los administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima, en Uria/Menéndez/Olivencia, Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles, Madrid, 1992, p. 263 ss.; F. SÁNCHEZ CALERO, Administradores, en AA. VV., Comentarios a la LSA, IV, 1994, p. 225; F. MARTÍNEZ SANZ, “art. 132. Separación. Supuestos especiales”, en AA. VV., Comentarios a la LSA, Madrid, 2001, p. 1383). V. también C. PAZ-ARES, en Comentario al Código civil, II, Madrid, 1991, sub art. 1683, iii.1: “el deber de no competencia opera solo respecto del mercado relevante, objetiva y geográficamente relevante, para la sociedad, no alcanzando a aquellos ámbitos donde no hay competencia efectiva, aunque potencialmente pudiera haberla”.

65. En el mismo sentido, en el Derecho colombiano se ha precisado que la competencia puede ser directa, cuando el administrador personalmente realiza los actos de competencia; o, indirecta, cuando el administrador a través de un tercero desarrolla la actividad de competencia, sin que sea evidente o notoria su presencia (V. Concepto 220-087422 de 03-07-2009, de la Superintendencia de Sociedades).

66. V. Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Secc. 2) 2117/2005, de 23 de marzo (AC 2005.1205).

En el caso de la creación por parte del administrador de una sociedad con el mismo objeto social se presume la deslealtad y ni siquiera es necesario que la sociedad creada por el administrador esté desarrollando una actividad efectiva⁶⁷.

Como puede apreciarse, existe una diferencia fundamental entre el modelo español y el modelo colombiano: mientras que el modelo colombiano sujeta la situación de competencia y los conflictos de intereses aislados al mismo régimen (art. 22.7 de la Ley 222 de 1995), el régimen español parte de una distinción tradicional entre conflictos aislados y conflictos duraderos. A pesar de que esta distinción, y su tratamiento normativo, están dejando paso a un tratamiento más homogéneo, lo cierto es que aún persisten diferencias. Es posible que, finalmente, el régimen de los conflictos de intereses y la prohibición de competencia acaben armonizándose en el Derecho español, con lo cual la distinción entre conflictos aislados y conflictos duraderos tendría solamente una relevancia académica.

VI. Conclusión.

El tratamiento de los conflictos de intereses de los administradores de sociedades mercantiles constituye un tema de capital importancia. La existencia de conflictos de intereses en todos los ámbitos de la vida comercial, pero especialmente en las sociedades mercantiles, representa un rasgo de presencia universal.

Los Derechos de sociedades modernos abogan por aproximaciones preventivas frente a las situaciones de conflicto. Es prefe-

rible evitar que estas situaciones puedan surgir, a tener que confiar en acciones de anulación o de responsabilidad para corregir los efectos negativos de las actuaciones realizadas en conflicto de intereses. A pesar de esta clara convergencia en la evolución de los ordenamientos societarios, persisten diferencias sobre la posibilidad de autorización de actuaciones o sobre la competencia asignada a los distintos órganos societarios en materia de conflictos de intereses. También subsisten diferencias respecto de la distinta consideración de los conflictos ocasionales o aislados y los conflictos permanentes o duraderos que afectan a los administradores de sociedades mercantiles.

En la actualidad se tramita una revisión general de los principios de gobierno corporativo de la OCDE, y una de las cuestiones más relevantes será, sin duda, el tratamiento de los conflictos de intereses⁶⁸. Es previsible que se opere una evolución en el documento que sirve de estándar internacional, y también es previsible que con esa evolución se incremente el grado de convergencia entre los distintos sistemas nacionales, como el colombiano y el español.

68. Cfr. la redacción de los actuales Principios de gobierno corporativo de la OCDE (2004, disponibles en <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>), que en relación con las responsabilidades del Consejo de administración (VI) indica la importante función (D.6) de ejercer el control y gestión de conflictos potenciales de interés entre directivos, miembros del Consejo y accionistas, incluida la utilización indebida de los activos de la empresa y los abusos en operaciones de partes vinculadas.

67. STS de 5 de diciembre de 2008 (ROJ STS 6666/2008).



Superintendencia de Sociedades

¿No ha podido

ponerse de acuerdo con su contraparte
para resolver los conflictos
de su empresa?



- La Superintendencia de Sociedades cuenta con el Único Centro de Arbitraje de carácter público que le ayudará a resolver sus problemas
- Tenemos la experiencia, especialización y excelentes tarifas para que usted ponga fin a sus conflictos societarios

Directiva no es solo un órgano de administración, sino de control de la gestión del Gerente

María Eugenia Coronado

Presidente Ejecutiva de Gas Natural Fenosa Colombia

El papel de la Junta Directiva en el diseño de la estrategia de la compañía es definitivo. Así lo señala la presidente Ejecutiva de Gas Natural Fenosa Colombia, María Eugenia Coronado Orjuela, tras recalcar que a este órgano le corresponde revisar y aprobar el presupuesto de la compañía, el cual debe recoger las proyecciones de crecimiento y expansión del negocio.

Coronado destaca la gestión que deben hacer los representantes legales de las compañías, quienes están en la obligación de presentar a la Junta Directiva y a la Asamblea General de Accionistas un informe sobre la forma como se ha llevado a cabo su gestión, así como las medidas cuya adopción recomienda a la Asamblea y a la misma Junta Directiva.

Una junta directiva, agrega la presidente Ejecutiva de Gas Natural Fenosa Colombia, debe intervenir cuando se puedan presentar conflictos de interés entre la administración de la compañía y los

accionistas mayoritarios; así mismo debe promover la apertura de puntos de atención a los inversionistas, accionistas y grupos de interés en donde se motive la participación de los accionistas minoritarios y se propenda por la revelación de información oportuna y transparente al mercado.

¿Según su experiencia, cuáles son las funciones relevantes que debe tener una junta directiva?

Como funciones relevantes de la Junta Directiva destaco las siguientes: fijar la estrategia para el desarrollo de la compañía; marcar las directrices a la alta gerencia de la sociedad; servir de enlace entre los inversionistas (accionistas) y la Administración; ejercer control sobre la gestión de la Administración y velar porque ésta cumpla a cabalidad los fines para la que fue constituida la compañía.

¿Desde su punto de vista, qué papel juega la junta direc-

tiva en el diseño de la estrategia de la compañía y en materia de planeación (proyecciones de crecimiento y expansión)?

El papel de la Junta Directiva en el diseño de la estrategia de la compañía es definitivo, entre otras razones, porque anualmente a este órgano le corresponde revisar y aprobar el presupuesto de la compañía, el cual, como es apenas lógico debe recoger las proyecciones de crecimiento y expansión del negocio.

¿Qué injerencia debe tener una junta directiva en los mecanismos de control (Reglamentos y sanciones)?

En términos generales, la Junta Directiva no es solo un órgano de administración, sino de control de la gestión del Gerente. Esta última función la ejerce cuando evalúa, aprueba o imprueba los informes de la Gerencia.

Es preferible evitar que los conflictos que puedan surgir, a tener que confiar en acciones de anulación o de responsabilidad para corregir los efectos negativos de las actuaciones realizadas en conflicto de intereses



María Eugenia Coronado Orjuela

¿Qué metodologías son apropiadas para fijar la remuneración del representante legal y de los miembros de junta?

Una metodología adecuada para la remuneración del representante legal debe tener en cuenta el logro de los objetivos; de manera que en función de éstos se debe definir un porcentaje variable que puede corresponder al 30% o 40% del salario base. Por su parte, la remuneración para los miembros de Junta Directiva puede estar definida por un número determinado de salarios mínimos

mensuales legales vigentes (SMMLV), por asistencia a Junta, que dependerá del negocio o actividad a la que se dedique la compañía.

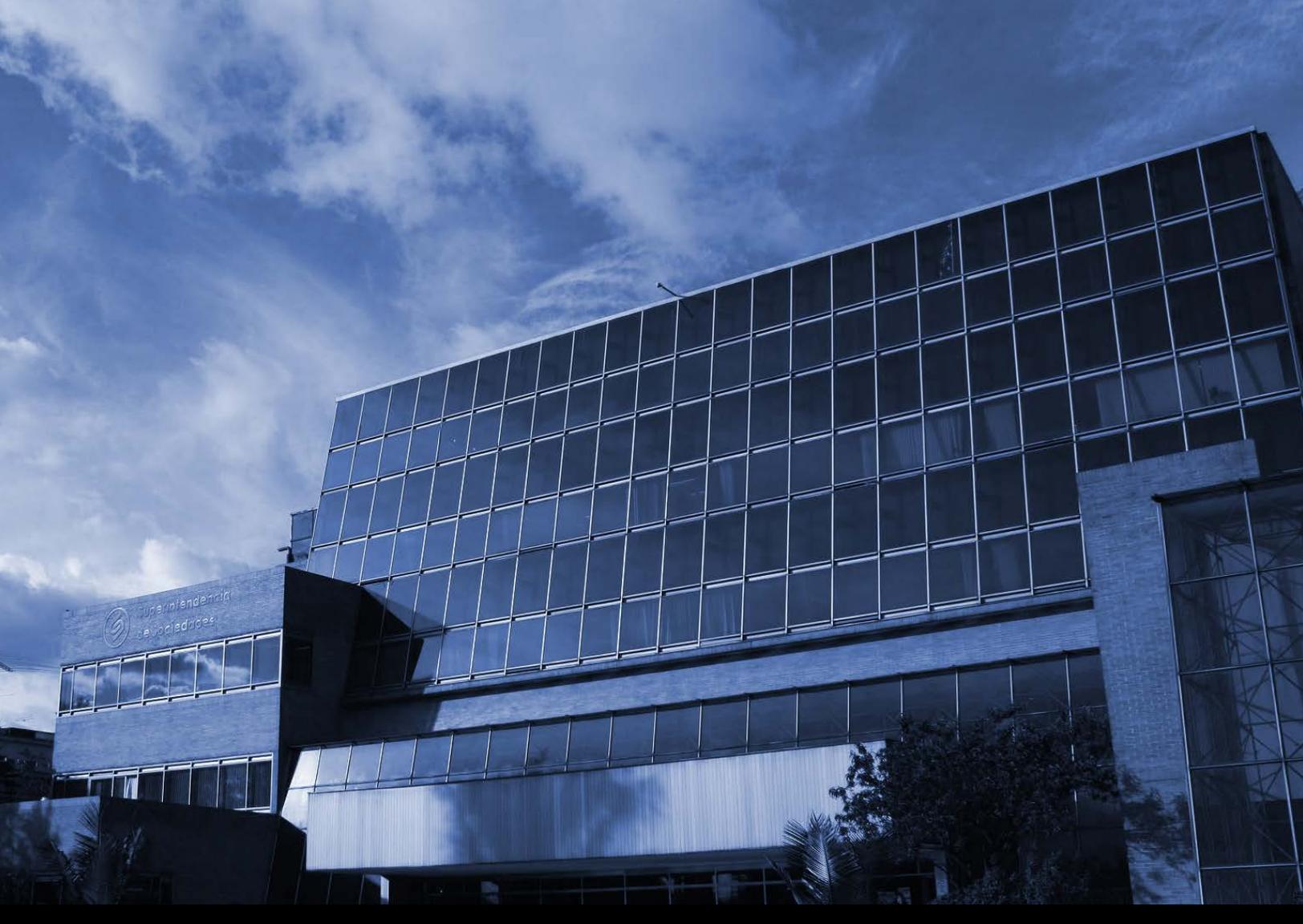
¿Cree usted que la junta directiva es un órgano imprescindible en las sociedades que NO cotizan en el mercado público de valores?

Si. Es un órgano imprescindible, dada la filosofía a la que corresponde (enlace entre los accionistas y Gerencia); a sus funciones de administración, así como a su par-

ticipación como veedor y -a la vez- colaborador en el cumplimiento de los fines de la sociedad.

¿Es conveniente que la junta directiva haga seguimiento a los planes diseñados por el representante legal? (cada cuánto y de qué forma)

Si. En lo que respecta a cada cuánto y de qué forma, ello dependerá de la naturaleza de los servicios que comprende el objeto social de la compañía, los planes de negocio de la sociedad, su forma



de cumplimiento así como a los controles externos de que es objeto la empresa; por lo anterior, y para el caso en particular, consideramos que un seguimiento de la gestión del representante legal cada tres meses permite velar de manera objetiva y eficiente el seguimiento de los planes diseñados por el representante legal.

¿Debe la junta directiva establecer seguimiento a la gestión del representante legal?

Si en razón a lo expuesto con anterioridad y a la regulación actual. Es responsabilidad del representante legal presentarle a la Junta Directiva y a la Asamblea General de Accionistas un informe sobre la forma como se ha llevado a cabo su

gestión, así como las medidas cuya adopción recomienda a la Asamblea y a la misma Junta Directiva.

¿Qué estrategias debe adelantar una junta directiva para que las decisiones tengan en cuenta los intereses de todos los socios de la empresa?(minoritarios y mayoritarios)

La Junta Directiva debe intervenir cuando se puedan presentar conflictos de interés entre la administración de la compañía y los accionistas mayoritarios; así mismo debe promover la apertura de puntos de atención a los inversionistas, accionistas y grupos de interés en donde se motive la participación de los accionistas minoritarios y se propenda por la revelación de in-

formación oportuna y transparente al mercado.

¿ Qué información debe exigir la junta directiva al representante legal para poder cumplir con las funciones que usted considera relevantes ?

Sin perjuicio de la información que se exige por ley, la Junta Directiva deberá exigir de forma mensual y como mecanismo de control al Representante Legal, un informe de hechos relevantes y de gestión de la compañía que permita analizar los resultados de la empresa frente al presupuesto y frente a la previsión de cierre anual, de manera que se puedan analizar y adoptar de manera oportuna y eficaz las medidas que exija el negocio.

A photograph of two women looking at a laptop. The woman on the left has long red hair and is wearing orange-rimmed glasses and a dark sweater. The woman on the right has dark curly hair and is wearing a grey jacket. They are both looking at a laptop screen that displays a website with various images and text. The background is a blue and white geometric pattern of triangles.

**Veja las principales
audiencias en vivo
y en directo**

<https://new.livestream.com/supersociedades>



**Superintendencia
de Sociedades**

Asegurar la conducta ética de la organización, una de las funciones de la Junta Directiva

Sandra Fonseca

Expresidenta del Grupo Energía de Bogotá

La Junta Directiva debe asegurar que la organización conduzca ordenadamente sus negocios, que disponga de un adecuado sistema de información, control y supervisión y que cumpla con estándares éticos, legales y de gobierno.

Así lo señala Presidenta Grupo Energía de Bogotá, Sandra Fonseca, tras asegurar que el organismo colegiado debe supervisar el cumplimiento del programa de auditoría interna, el cual debe tener en cuenta los riesgos del negocio y evaluar integralmente la totalidad de las áreas de la Empresa.

Según Fonseca, independientemente de que una empresa cotice en el mercado público de valores, es imprescindible que cuente con una Junta Directiva, por ser éste un órgano colegiado, interdisciplinario de gran valor.

“La Junta Directiva es el órgano elegido por los accionistas para proveer la estrategia de dirección de la compañía, controlarla, asegurar su crecimiento y sostenibilidad”.

Según su experiencia, ¿Cuáles son las funciones relevantes que debe tener una Junta Directiva?

Le corresponde a la Junta Directiva de la sociedad dictar, controlar y evaluar las políticas empresariales y de administración de la compañía y dirección de los negocios sociales, siguiendo los intereses de los grupos de interés, y en todo caso asegurando la sostenibilidad de la empresa y el crecimiento de su patrimonio.

Entre sus funciones relevantes se pueden incluir las siguientes: aprobar los planes de negocios de la sociedad y las directrices para su ejecución; en nuestro caso, vigilar la correcta prestación del servicio público que constituye el objeto social; velar por el estricto cumplimiento de los estatutos y la Ley; velar por el cumplimiento de las órdenes de la Asamblea de Accionistas y los compromisos adquiridos por la sociedad en desarrollo de su objeto social; adoptar las medidas específicas respecto del gobierno de la Empresa, su conducta y su información, con el fin de asegurar el respeto de los derechos de quienes inviertan en sus acciones o en cualquier otro valor que emita, y la adecuada administración de sus asuntos y el conocimiento público de su gestión y presentar a la Asamblea General de Accionistas, con el

Presidente, un informe, relacionado con los asuntos anteriores.

Igualmente, aprobar el presupuesto anual de la sociedad, sus programas de inversión, mantenimiento y gastos, así como las proyecciones financieras; velar por el efectivo cumplimiento de los requisitos establecidos por los organismos de regulación del mercado de valores y asegurar el respeto a los derechos de todos sus accionistas y demás inversionistas en valores, de acuerdo con los parámetros fijados por los órganos de regulación del mercado de valores, la regulación económica y sectorial de los negocios de la misma en los mercados donde opera o tiene proyectado operar.

En conclusión su gestión se fundamenta en la generación de valor a la compañía y en el control del cumplimiento de los lineamientos de dirección para el efectivo desempeño de la misma.

Desde su punto de vista, ¿Qué papel juega la Junta Directiva en el diseño de la estrategia de la compañía?

Son funciones de la Junta Directiva generar valor a la compañía,

y realizar el control a los indicadores tales como liquidez, flujo de caja, desempeño operativo, administrar los riesgos del negocio y asegurar la conducta ética de la organización. Para ello debe aprobar la estrategia para desarrollar los negocios y expansión de la misma.

El rol de generar valor a la compañía comprende la definición de la estrategia para aumentar el valor de la Empresa y definir los lineamientos para ejercer el liderazgo de la Presidente de la Compañía.

Es por esto que la Junta Directiva es un actor muy importante en el diseño de la estrategia de la compañía porque el objetivo de crecimiento del grupo a mediano y largo plazo debe ser compartido para que sea una realidad. La estrategia nos da norte y foco, y es fundamental para el logro de la visión de la compañía.

Todo esto se ve reflejado en el Plan Estratégico Corporativo (PEC) de la Compañía, el cual está conformado por Misión, Visión, Valores y Estrategia. El cumplimiento de la Estrategia se desarrolla a través de objetivos, indicadores, iniciativas y proyectos, a los cuales se les realiza seguimientos trimestrales.

Así mismo, la Empresa tiene contemplado realizar actualizaciones anuales del Plan de Expansión de la Compañía o cada vez que los proyectos lo requieran. En éste plan se detallan los objetivos de desarrollo de estrategia institucional y financiera, líneas de negocio, proyectos a mediano y largo plazo para el crecimiento de la compañía, análisis de países para buscar alternativas de inversión, entre otros. Todo esto es aprobado por la Junta Directiva considerando los mercados objetivos y las inversiones según actividades y proyectos definidos.



Sandra Fonseca

¿Qué papel juega específicamente en materia de planeación (proyecciones de crecimiento y expansión)?

En la planeación estratégica que contempla actualmente la compañía, estamos orientados a crecer en nuevos negocios y a expandir los negocios actuales en los países objetivo. Lo anterior es compartido y aprobado por la Junta Directiva.

Es importante destacar que cada vez que se identifica y analiza una oportunidad de inversión, ésta se presenta para análisis y aprobación de la Junta Directiva.

¿Qué injerencia debe tener una Junta Directiva en los mecanismos de control (reglamentos y sanciones)?

Es función de la Junta Directiva asegurar la conducta ética de la organización, así como ordenar las acciones correspondientes contra los administradores, funcionarios directivos y demás personal de la sociedad por omisiones o actos perjudiciales para la empresa.

La Junta Directiva debe asegurar que la organización conduzca ordenadamente sus negocios, que disponga de un adecuado sistema de información, control y supervisión y que cumpla con estándares éticos, legales y de gobierno.

Así mismo, debe supervisar el cumplimiento del programa de auditoría interna, el cual deberá tener en cuenta los riesgos del negocio y evaluar integralmente la totalidad de las áreas de la Empresa.

Es así como la Empresa cuenta con un Comité de Auditoría, el cual está integrado por todos los miembros independientes de la Junta Directiva, designados por ésta y tiene entre sus funciones velar porque la preparación, presentación y revelación de la información financiera se ajuste a lo dispuesto en la Ley.

Adicional a esto, revisar los estados financieros de cierre de ejercicio, antes de ser presentados a consideración de la Junta Directiva y de la Asamblea General de Accionistas; contratar especialistas independientes en los casos específicos en que lo juzgue conveniente, de conformidad con el Estatuto de Contratación de la Empresa; emitir concepto, mediante un informe escrito, respecto de las posibles operaciones que se planean celebrar con vinculados económicos, para lo cual deberá verificar que las mismas se realicen en condiciones de mercado y que no vulneran la igualdad de trato entre los accionistas; definir los mecanismos para consolidar la información de los órganos de control de la Sociedad, para la presentación de la misma a la Junta Directiva, entre otros.

La esencia del Comité de Auditoría es verificar los procesos de la Empresa, relativos a sus riesgos y control, supervisar la presentación de información financiera y evaluar los procesos tanto de auditoría interna como de Auditoría Externa y Revisoría Fiscal

¿Qué metodologías son apropiadas para fijar la remuneración del representante legal y de los miembros de Junta?

La Junta Directiva, para un buen funcionamiento, debe contar con profesionales de diversas áreas, idóneos y bien preparados. Esto garantiza que se puedan exigir resultados, que se les pueda evaluar y que terminen generando valor para la Compañía.

De esta manera, es deber de la Asamblea de Accionistas fijar una correcta remuneración de los miembros de Junta. Este nivel de compensación va directamente alineado al nivel de sus miembros y con el desempeño propio de la Compañía.

¿Cree usted que la junta directiva es un órgano imprescindible en las sociedades que NO cotizan en el mercado público de valores?

Independientemente de que una Empresa cotice en el mercado público de valores, es imprescindible contar con una Junta Directiva, por ser éste un órgano colegiado, interdisciplinario de gran valor. La Junta Directiva es el órgano elegido por los accionistas para proveer la estrategia de dirección de la compañía, controlarla, asegurar su crecimiento y sostenibilidad.

Las decisiones tomadas por un órgano colegiado como una Junta Directiva, protegen contra

decisiones extremas. Por esto, se espera obtener una mejor calidad de decisiones al ser un grupo interdisciplinario, donde la compañía se puede beneficiar de la pluralidad de información y distintos puntos de vista.

¿Es conveniente que la Junta Directiva haga seguimiento a los planes diseñados por el representante legal (cada cuánto y de qué forma)?

No solo es conveniente, sino que es una de sus funciones. La Junta Directiva debe recibir, evaluar, aprobar o desaprobado los informes que le presente el Presidente de la sociedad sobre el desarrollo de su gestión.

De esta manera, supervisan a la Presidencia, el presupuesto, los indicadores claves del negocio y la capacidad organizacional. Teniendo siempre delimitada la frontera entre monitorear a la alta gerencia y gerenciar la compañía.

A la Junta Directiva se le presenta un informe de gestión mensual, en el que se incorporan no solo las actividades ejecutadas en el negocio operativo de transmisión de la Empresa y las financieras, sino las ejecutadas directamente por la Presidencia de la Compañía.

Igualmente, si la Junta desea conocer de un tema específico se le realizan los informes pertinentes.

¿Debe la Junta Directiva establecer seguimiento a la gestión del representante legal?

Como se indicó en la anterior pregunta es una de sus funciones. De esta forma, la Junta realiza la representación de todos los accionistas, desarrolla la estrategia de la





compañía y vela por la sostenibilidad de la misma. Entre tanto, la administración es la que transforma esa estrategia en resultados.

¿Qué estrategias debe adelantar una Junta Directiva para que las decisiones tengan en cuenta los intereses de todos los socios de la empresa (minoritarios y mayoritarios)?

Es función de la Junta Directiva asegurar el respeto a los derechos de todos sus accionistas y demás inversionistas en valores, de acuerdo con los parámetros fijados por los órganos de regulación del mercado de valores.

Es por esto que se deben tener normas muy precisas y de carácter obligatorio que rijan las actuaciones de los accionistas, miembros de Junta Directiva, del Presidente, del Secretario General y de los Directores, así como, de los coordinadores, asesores, profesionales internos y externos y, en general de los colaboradores de la Compañía, de sus inversionistas, de sus proveedores y demás Grupos de Interés, con el fin que el buen gobierno corporativo de la sociedad, pueda desarrollarse dentro de principios, valores éticos y de transparencia y compromisos individuales y colectivos específicos, medibles, verificables y equitativos.

Esto se logra mediante el fortalecimiento y continua actualización de las normas de Gobierno Corporativo que aseguran el acceso equitativo a las oportunidades y el equilibrio en las relaciones con los Grupos de Interés de la Empresa, entre estos sus accionistas tanto mayoritarios como minoritarios.

Además del cumplimiento de la normatividad del Gobier-

no Corporativo, es importante incluir buenas prácticas en la organización. Es así como la EEB, al pertenecer a Transparencia por Colombia y al Índice Dow Jones Sustainability Index, es evaluada por sus mecanismos de transparencia empresarial y el desarrollo de sus políticas.

Igualmente, dentro de las prácticas de las empresas de clase mundial, es fundamental el compromiso de la Alta Gerencia en la aprobación de las directrices en materia de sostenibilidad, con el fin de definir los asuntos de responsabilidad corporativa que deberán gestionar en las empresas.

¿Qué información debe exigir la Junta Directiva al representante legal para poder cumplir con las funciones que usted considera relevantes?

A la Junta Directiva se le debe proporcionar la información jurídica, técnica y financiera de la Empresa a los integrantes que sean designados por primera vez, así como el contenido de las actas, en relación con las deliberaciones, discusiones y fuentes de información que sirvieron de base para las decisiones adoptadas.

Toda la información relevante es puesta a disposición de los miembros de la Junta Directiva, con una antelación que les permita realizar un acucioso estudio y evaluación de la misma.

Igualmente y a solicitud de los miembros de Junta Directiva, en caso de que se requiera, se podrá realizar la contratación de asesores externos para contribuir con elementos de juicio necesarios para la adopción de determinadas decisiones.

Papel de la Junta Directiva no debe quedarse en una revisión de las actuaciones

Gustavo Galvis
Presidente de Andesco

Para Gustavo Galvis, presidente de Andesco, una junta directiva debe crear mecanismos que garanticen la representación y participación de todos los socios en las deliberaciones y en las decisiones de la organización (quórum deliberatorio y quórum decisorio).

Para Galvis, si bien no es deseable una coadministración, si es claro que el papel de la junta directiva no debe quedarse en una revisión de las actuaciones de la administración en cada sesión (según la periodicidad que define la organización) sino también en ser un agente de propuestas para atender las coyunturas especiales que se presenten y para las propuestas que respondan a acciones de largo plazo conforme las perspectivas que se tengan en el contexto de acción de la institución, empresa u organización.

Aparte de los estados financieros y el dictamen del revisor fiscal, explica Galvis, la junta directiva debe exigir al representante legal un informe en el cual relate la forma en que realizó su gestión durante el último periodo o ejercicio para el cual fue elegido. Dicho informe debe contener un relato fidedigno sobre los aspectos económicos,

administrativos y jurídicos de la organización, el estado de cumplimiento de los compromisos adquiridos, la evolución previsible de la empresa y las recomendaciones y proposiciones a la junta.

Según su experiencia, cuáles son las funciones relevantes que debe tener una junta directiva

Principalmente, proponer los lineamientos esenciales de actuación para que las actividades que lleve a cabo la dirección de una institución, empresa u organización puedan alcanzar las metas propuestas dentro del concepto de sostenibilidad, entendida esta como el equilibrio entre lo económico, lo social y lo ambiental.

Obviamente, dentro de estos lineamientos están definir el propósito general de la organización; establecer los criterios y límites, a todo nivel, que la dirección de una institución, empresa u organización, debe asumir.

Si bien no es deseable una coadministración, si es claro que el papel de la junta directiva no debe quedarse en una revisión de las actuaciones de la administración en cada sesión (según

la periodicidad que defina la organización) sino también en ser un agente de propuestas para atender las coyunturas especiales que se presenten y para las propuestas que respondan a acciones de largo plazo conforme las perspectivas que se tengan en el contexto de acción de la institución, empresa u organización.

Desde su punto de vista, que papel juega la junta directiva en el diseño de la estrategia de la compañía

La junta directiva es fundamental para que la compañía tenga una adecuada estrategia para su desarrollo. Obviamente no puede caer en la tentación de la coadministración, pero si debe ser además de cuerpo decisorio de la compañía, debe cumplir con el papel de cuerpo asesor.

Tiene también la obligación de estar atenta a las tendencias existentes y a los requerimientos de los grupos de interés para que la institución, empresa u organización pueda afrontar los nuevos retos que se plantean. Es indispensable que la sostenibilidad sea un elemento central del desarrollo de la empresa.

Qué papel juega específicamente en materia de planeación (proyecciones de crecimiento y expansión)

La junta directiva define y evalúa el plan estratégico y hace seguimiento a su cumplimiento. Este plan estratégico debe responder no solamente a lo tradicional de la institución, empresa u organización sino que también debe proyectarse como una hoja de ruta para asumir los nuevos retos que se presentan con innovación y prospectiva.

Qué injerencia debe tener una junta directiva en los mecanismos de control (Reglamentos y sanciones)

Los reglamentos y diferentes mecanismos de control forman parte del sistema de gestión de riesgos que debe implementar la institución, empresa u organización bajo la supervisión de la junta directiva. La intervención de la junta es clave para asegurar la efectividad del modelo de administración de riesgos.

Qué metodologías son apropiadas para fijar la remuneración del representante legal y de los miembros de junta

No puede haber una receta general para definir la remuneración del representante legal y de los miembros de junta. Eso depende de las características propias de la institución, empresa u organización. Sin dudas, se recomienda un benchmarking con organizaciones similares para tener una referencia y con base en las expectativas creadas y las condiciones presupuestales y de expectativas de la institución, empresa u organización poder tener el marco realista de remuneración.



Gustavo Galvis

Sin excepción cualquier esquema que se escoja debe estar perfectamente soportado por la normativa vigente.

Cree usted que la junta directiva es un órgano imprescindible en las sociedades que NO cotizan en el mercado público de valores?

Siempre es deseable contar con una Junta Directiva. Como se ha dicho, no solamente debe ser un cuerpo de toma de decisiones si sobrepasan los límites impuestos a la dirección, sino que debe ser un cuerpo asesor.

Es conveniente que la junta directiva haga seguimiento a los planes diseñados por el representante legal? (cada cuánto y de qué forma)

Es conveniente hacer este seguimiento en cada una de las reuniones programadas. Obviamente según las características de la institución, empresa u organización la periodicidad de las reuniones puede ser diferente. No es recomendable espaciar mucho las reuniones por lo que más de dos meses entre reunión y reunión podría ser no deseable.

Debe la junta directiva establecer seguimiento a la gestión del representante legal?

Sin duda la gestión del representante legal debe estar relacionada íntimamente con el Plan Estratégico. En ese contexto, se debe hacer el seguimiento.

Qué estrategias debe adelantar una junta directiva para que las decisiones tengan en cuenta los intereses de todos los socios de la empresa (minoritarios y mayoritarios)

Debe crear mecanismos que garanticen la representación y participación de todos los socios en las deliberaciones y en las decisiones de la organización (quórum deliberatorio y quórum decisorio).

Por tal motivo, los procesos de información continua y de diálogo con grupos de interés permanente son esenciales para que se puedan conocer inquietudes y propuestas.

Qué información debe exigir la junta directiva al representante legal para poder cumplir con las funciones que usted considera relevantes

Aparte de los estados financieros y el dictamen del revisor fiscal, la junta directiva debe exigir al representante legal un informe



en el cual relate la forma en que realizó su gestión durante el último periodo o ejercicio para el cual fue elegido. Dicho informe debe contener un relato fidedigno sobre los aspectos económicos,

administrativos y jurídicos de la organización, el estado de cumplimiento de los compromisos adquiridos, la evolución previsible de la empresa y las recomendaciones y proposiciones a la junta.

Igualmente, debe estar previsto el cumplimiento del Plan Estratégico (o su avance) y hacer los ajustes que sean del caso según las perspectivas que se vayan analizando continuamente.



Superintendencia
de Sociedades

No se deje llevar por la ambición

Las pirámides prometen grandes sumas de dinero
pero lo pueden dejar en la calle, no confíe su dinero a extraños

Recuerde que el dinero fácil

no paga

Si ve que firmas o personas inescrupulosas por medio
de volantes publicitarios le prometen grandes retornos
de dinero, desconfíe y denuncie

Mujeres en juntas directivas Impulsan Éxito Empresarial

Sandra Idrovo Carlier

Directora de Investigación INALDE Business School

La Unión Europea dio luz verde a un proyecto de ley que determina las cuotas de participación de las mujeres en las juntas directivas de las empresas públicas.

Esta nueva ley, que busca conseguir que por lo menos el 40% de los miembros de las juntas directivas de este tipo de compañías sean personas del género femenino, pasó la votación de varios comités y quedó lista para ser aprobada en la plenaria del Parlamento Europeo en mayo del 2014. El proyecto, que ya cuenta con el visto bueno de las comisiones de Asuntos Legales, de Derechos de Mujeres y de Equidad de Género, pasó con 40 votos a favor y 15 en contra.

Esta situación tiene un mensaje muy claro: “La diversidad de las juntas directivas es la clave para lograr el éxito empresarial. Por qué: simplemente porque cuando una junta está balanceada en cuanto a la representación de género es más probable que ponga atención al manejo y control del riesgo”. Sin duda un mensaje contundente.

Varios estudios muestran además que las organizaciones con un número mayor de mujeres en puestos altos de dirección tie-

nen un comportamiento financiero y organizacional más fuerte que el promedio de las demás empresas. Además, señalan los expertos, las investigaciones evidencian que cuando existe un gobierno corporativo débil, las mujeres miembros de junta ejercitan un control más intenso y tienen un impacto positivo y que crea valor para la compañía.

Por ejemplo, estudios realizados por McKinsey & Company (2005-2007) demuestran que las compañías con una gerencia diversa en cuanto a género tienen un porcentaje de 17 puntos más alto en el precio de la acción que el promedio de la industria en la que se desenvuelven. Y además el promedio de la utilidad operativa de esas organizaciones casi dobla el promedio de la industria. De igual manera, el reporte del 2009 de McKinsey indica que las compañías que se encuentran en el cuartil más alto, y que de hecho tienen mayor diversidad en sus equipos de alta gerencia, tienen un margen operativo casi el doble que el de las que se encuentran en el cuartil más bajo.

El informe de 2010 muestra que las empresas que tienen mayor

número de mujeres en sus juntas directivas reportan un retorno sobre el valor 41% más alto que las que no tienen ninguna mujer en ellas. Pero eso no es todo.

En un reciente estudio, Credit Suisse compiló una base de datos con el número de mujeres –comenzando en el 2005– que ocupan puestos en las juntas directivas de 2.360 empresas del Índice Mundial de MSCI AC. El resultado mostró que en los últimos 6 años, las compañías con al menos una mujer como miembro de junta directiva tuvieron mejores resultados en cuanto al desempeño del precio de la acción que aquellas que no tenían a ninguna mujer.

¿Pero cuánto mejor fue el resultado de estas compañías? Según el estudio, estas empresas tuvieron un 26% mejor rendimiento que las otras. Mejora que se hace más notable desde el inicio de la crisis financiera global, es decir desde la segunda mitad del 2008. Otros indicadores también mejoran con mujeres miembros de junta directiva.

El retorno sobre el valor, considerados los últimos seis años, es 4 puntos porcentuales más alto para las empresas que tienen al menos

“...las compañías con una gerencia diversa en cuanto a género tienen un porcentaje de 17 puntos más alto en el precio de la acción...”



Sandra Idrovo

una mujer en la junta comparado con aquellas que no tienen ninguna. Y el crecimiento del ingreso neto para las compañías que tienen mujeres en sus juntas directivas en los últimos 6 años, es de un 14%, superior de nuevo, al 10% de crecimiento que tuvieron compañías

sin representación femenina en sus juntas.

En conclusión, no sorprende que la Unión Europea quiera asegurarse que esta ventaja sea aprovechada por las compañías en su actual estado económico. En Colombia donde el porcentaje de

mujeres miembros de junta directiva es de apenas el 9%, según estudio de Inalde Business School, dato corroborado también por el reporte de McKinsey del 2013. Me pregunto ¿no estaremos dejando de lado esta oportunidad de mejoramiento económico de nuestras empresas?

Miembros de Junta Directiva independientes en las empresas familiares

Gonzalo Gómez Betancourt

Director del Área Empresa Familiar INALDE-Universidad de la Sabana y Consultor para Empresas Familiares del FCCIG Family Council Consulting

Debido al auge que ha tenido el tema del gobierno corporativo en las organizaciones, es cada vez más frecuente escuchar la importancia que representan los adecuados miembros de juntas directivas para el buen desempeño de una compañía. Sin embargo, en las empresas familiares, el contar con miembros de junta directiva externos e independientes, además de los miembros de junta que se acostumbra a tener, representa una ventaja adicional para poder competir de la mejor forma en entornos cambiantes como el actual.

En la actualidad existen diferentes códigos de buen gobierno que presentan su propia definición sobre el miembro de Junta Directiva independiente, como el código Olivencia, la Ley Sarbanes-Oxley, el código Preda. La idea principal de estos códigos se enfoca en que el miembro independiente y externo de Junta Directiva no dependa directa e indirectamente ni tenga relaciones comerciales con la empresa, empleados o socios de la

compañía en la cual se desempeña como miembro de junta. Inclusive, se deben evitar los lazos de amistad que pueden hacer perder la independencia de la persona.

Sin embargo, es inevitable que estos miembros externos e independientes vayan generando cierta empatía con algún miembro de la familia y aunque las legislaciones no han llegado hasta el punto de legalizar la renovación de las Juntas, ya existen códigos de buen gobierno que fomentan dicha renovación al menos cada tres años, evitando de esta manera, la vinculación más de índole afectivo que corporativo. Algo muy parecido se solicita para los revisores fiscales o los auditores externos en estos códigos, tema que todavía en Colombia es muy incipiente porque ni siquiera contamos con un número considerable de miembros de Junta Directiva profesionales e independientes.

La función de los miembros de Junta Directiva independientes y externos Como su nombre lo indica, no dependen de nadie dentro de la

organización sino de su buen criterio conceptual sobre el mundo empresarial y de su experiencia. Por lo tanto, su primera tarea es, con objetividad, aportar en el direccionamiento estratégico de la empresa, es decir, que productos y que mercados trabajar, además de cuidar la ventaja competitiva de la empresa. Así mismo, debe pensar que en las empresas familiares una dificultad es la estructura organizativa, tema que en las empresas no familiares no es tan relevante debido a que los gerentes escogen su estructura, sin embargo en las empresas de carácter familiar no es así. Por lo tanto deben pensar en cómo adaptar de manera adecuada la estructura disponible a esa estrategia ideal. Adicionalmente deben pensar en los sistemas de dirección (remuneración, evaluación, comunicación, plan de carrera) necesarios para fomentar la consecución de la estrategia, en especial con los miembros de la familia. Finalmente, la tarea más importante aparte de los anteriores, es la sucesión ejecutiva. Estos miembros son las personas que con mayor objetividad

pueden definir el futuro presidente de la empresa.

Ahora, si analizamos las competencias que debe tener un buen miembro de Junta Directiva independiente y externo, nos encontramos con que, usualmente, estas competencias requeridas deben ser analizadas desde el objetivo que tiene la empresa. Es decir, si el objetivo es internacionalizarse, la compañía debe contar con un miembro de junta independiente que haya tenido una experiencia comprobada en procesos de internacionalización de su propia empresa. En ese sentido, su principal competencia sería, además de las necesarias para ser un miembro de Junta Directiva, la de ser visionario y estratega.

Además de las competencias requeridas por la organización, el miembro independiente y externo debe contar con una dedicación en tiempo, que le permita cumplir adecuadamente con las funciones a las que se comprometió con la empresa. Este es un punto que genera mucho debate. Ya existen estudios comprobando la necesidad de una mayor dedicación de estos miembros. Se solicita usualmente doce sesiones de Junta Directiva por año de aproximadamente cuatro horas por sesión, más 5 comités con la presencia de los independientes y ejecutivos de la organización y finalmente dos juntas extraordinarias de plan estratégico, para un total de 17 sesiones al año, aproximadamente 68 horas por año.

Debido a que es una dedicación importante, en Colombia, el Código de Comercio indica que una persona no debería pertenecer a más de 5 Juntas Directivas o pertenecer de manera formal registrado ante Cámara de Comercio. Si hacemos el cálculo de la verdadera necesidad de horas, 68 horas por 5

“en las empresas familiares, el contar con miembros de junta directiva externos e independientes, además de los miembros de junta que se acostumbra a tener, representa una ventaja adicional para poder competir de la mejor forma en entornos cambiantes como el actual”



Gonzalo Gómez Betancourt

juntas lo que da más o menos 45 días de dedicación y además siendo presidente de una compañía no le alcanzaría el tiempo y estaría trabajando mal en algún tema. Por lo tanto, es recomendable, estar en no más de 5 juntas y realizar el trabajo a conciencia y con la atención que estas empresas se merecen.

Además del tiempo, dedicación, y competencias, las organizaciones deben tener presente el sistema de remuneración para estos miembros independientes y externos. El Inalde, Escuela de Dirección y Negocios, ha realizado estudios sobre estos sistemas de compensación, encontrando una correlación directa entre un día de salario de un presidente con un día de sesión de trabajo de Junta. Lo que quiere decir que si un presidente se gana 30 millones de pesos esa Junta Directiva pagará a sus miembros independientes 1 millón de pesos por las sesiones

y el pago se realizará anualizado y se pagará al final de año como una especie de bono. Este valor no debe ser tan alto para evitar que el miembro de Junta Directiva no se vuelva dependiente de ese ingreso (Se sugiere que no sea mayor al 10% de sus ingresos anuales) o tan bajo que realmente no le signifique nada. Para empresas pequeñas dependiendo del tamaño, cada presidente tiene su salario y con esta indicación se puede deducir el valor a pagar a los miembros independientes de Junta Directiva.

Como puede analizarse, el contar con miembros de Junta Directiva independientes y externos, tiene una dinámica diferente que requiere análisis, una adecuada selección del perfil y sobre todo, que dicho perfil sea coherente con el objetivo estratégico de la compañía y con la visión familiar, la visión patrimonial y la visión corporativa de la familia empresaria.

Responsabilidad de los administradores en la implementación de los IFRS en Colombia

Gerardo Santos

Director Programa de Contaduría Pública Universidad de la Salle

A partir de la convergencia hacia los estándares internacionales de información financiera en Colombia, se ha dispuesto la configuración de distintos grupos de entidades sobre las cuales tiene alcance su implementación, y cronogramas que suponen el cumplimiento de diversas fases para llevarse a cabo: preparación, transición y aplicación. Estas fases convocan a la administración como responsable de la información financiera y de los procesos que permiten la configuración de la misma, de tal manera que ésta última logre condiciones de calidad, transparencia y comparabilidad, favoreciendo la competitividad y la participación en mercados nacionales e internacionales cada vez más dinámicos.

En la fase de preparación los administradores tienen la obligación, en principio, de reconocer la dinámica de los negocios y las implicaciones del nuevo modelo contable en el entorno empresarial y en su propia organización. De igual manera, les implicará establecer procesos de capacitación para él y sus colaboradores.

En esta fase el punto crítico se encuentra en el diagnóstico contable, que permitirá identificar los potenciales impactos en la estructura, en los procesos y en las cifras contables, lo cual será base para iniciar el período de transición. Aquí la administración deberá prever las acciones por seguir y las posibles decisiones por tomar.

Ahora bien, como resultado de lo anterior, se configurará un plan de trabajo, en donde el reconocimiento de las actividades, los responsables, los recursos por asignar y la entrega de información, hacen necesaria la participación y el liderazgo de la administración para garantizar la ejecución de los trabajos con el concurso de las distintas áreas funcionales de la entidad.

En la transición, los administradores tienen un papel determinante en la definición de las políticas y estimaciones contables, fundamentadas en la nueva normatividad. Esto es, plantear los criterios que enmarcarán el tratamiento contable de los hechos económicos, en aquello que se refiere al reconocimiento, medi-

ción, presentación y revelación de los recursos y operaciones que desarrollan. En este caso, los administradores no deben desconocer que las definiciones logradas deben ser producto de los acuerdos realizados con las distintas áreas funcionales de la organización, ya que son éstas las conocedoras directas de los datos y de las lógicas de las operaciones que alimentan e inciden en la preparación de la información contable.

Producto de lo anterior, se obtendrá el balance de apertura bajo el nuevo lineamiento y se determinarán los cambios y ajustes en el apoyo tecnológico requerido para administrar y generar la información.

En la fase de aplicación, que supone la emisión de los primeros estados financieros bajo IFRS que serán de dominio público, se demanda de la administración la verificación de las afirmaciones allí contenidas y de las cifras presentadas, para acompañarlas de su firma como garantía de fiabilidad.

Finalmente, la administración bajo el compromiso con los



Fases de implementación	Componentes	Acciones de la administración
Preparación	Capacitación	<ul style="list-style-type: none"> - Reconocer las implicaciones del nuevo modelo contable en la actual dinámica de los negocios. - Participar en el proceso de capacitación en IFRS.
	Diagnóstico	<ul style="list-style-type: none"> - Prever las acciones por seguir y las posibles decisiones por tomar, a partir de los potenciales impactos en la estructura, en los procesos y en las cifras contables.
	Planeación	<ul style="list-style-type: none"> - Liderar y participar en la definición de las actividades, asignación de responsables y disposición de los recursos.
Transición	Definición de políticas y estimaciones contables	<ul style="list-style-type: none"> - Determinar los criterios de reconocimiento, medición, presentación y revelación de la información, aplicables a la entidad.
	Apertura de información con conversión de saldos	<ul style="list-style-type: none"> - Preparar y presentar el Balance de Apertura, para aprobación del máximo órgano societario.
Aplicación	Preparación, presentación y aprobación de Estados Financieros bajo IFRS	<ul style="list-style-type: none"> - Verificar las afirmaciones y cifras contables presentadas en los Estados Financieros. - Firmar los Estados Financieros. - Divulgar la información ante los grupos de interés.

Fuente: Elaborado por los autores.

diferentes grupos de interés de la entidad, deberá considerar la divulgación de la información, que permita el acceso y disposición de los datos contables para efecto de la toma de decisiones de los interesados.

Así las cosas, bajo el proceso de convergencia contable que se sigue en el país y en las entidades, la actuación del administrador ante los temas contables, debe trascender de un ejercicio de observación y delegación de la responsabilidad

sobre la información contable, hacia una intervención activa, en donde su liderazgo transformacional, fomente una nueva cultura en la generación y administración de la información contable al interior de la organización que dirige.

BUENAVENTURA

Una oportunidad para incorporar un arrecife artificial empresarial

Víctor Alfonso Estupiñán Perdomo

Coordinador Grupo de Recursos y Requerimientos Empresariales

Es conocida la práctica de la construcción deliberada e intencionada de los denominados arrecifes artificiales en lecho marino, como forma de proteger el medio ambiente y de generar desarrollo social, turístico y pesquero, principalmente.

Los arrecifes artificiales dicen relación con la instalación de estructuras de diversas formas y materiales en el fondo del mar, que tienen la capacidad de anclarse en su lecho, de manera que puedan proveer hábitat, refugio y desarrollo de flora y fauna.

Para su construcción se emplean materiales con capacidad de servir de sustrato que resista y perdure en el corrosivo ambiente submarino, como llantas, estructuras de concreto, embarcaciones, automóviles y cualquier otro elemento, que al ser colocados de manera estratégica y según caprichosos diseños arquitectónicos, son rápida y progresivamente colonizados por algas, plantas, invertebrados, corales, peces y todo tipo de fauna marina, para constituirse en todo un exuberante y palpitante eco-

sistema marino, pleno de riqueza y belleza donde antes solo existían arena y agua.

En el mundo moderno de los negocios, especialmente a partir de 1950, es reiterada la práctica del diseño, construcción y desarrollo de exitosos complejos empresariales deliberadamente artificiales, en todo tipo de entornos y en ambientes de la más variada naturaleza.

Los hay bajo el formato de mercados cubiertos, centros comerciales, parques industriales, clusters y conglomerados empresariales, que favorecen, protegen y desarrollan el crecimiento de diversas entidades económicas, creando un ecosistema artificial empresarial pleno de intensivas interacciones económicas, sociales, culturales, donde antes no existían más que terrenos o espacios improductivos o vinculados a actividades de baja intensidad económica.

Estos entornos se convierten rápidamente en agentes de formalización empresarial, creación de empleo, producción de bienes y servicios, generación de calidad de vida, riqueza y bienestar para toda la sociedad.

Se encuentran dotados de los más avanzados servicios financieros y tecnológicos de manera que quedan conectados e insertados de manera directa e inmediata con el mercado global.

En Colombia, este fenómeno se ha ido implementando aceleradamente en las principales ciudades en el pasado reciente, para luego extenderse a ciudades intermedias o más alejadas de los centros urbanos densamente poblados.

Son emblemáticos los efectos de estos desarrollos, en materia de transformación económica, cultural y social.

Tenemos un punto de referencia en el Municipio de Chía, Cundinamarca, que hasta hace pocos años discurría en la tranquilidad de una población tradicional, con establecimientos de comercio dispersos, salvo en la plaza de mercado.

La construcción del Centro Comercial de Centro Chía marcó un hito en el desarrollo empresarial del municipio que permitió el establecimiento de comercios

con formato internacional, con prestigiosas marcas nacionales e internacionales, dotado de modernas salas de cine, establecimientos de todo tipo de bienes y servicios, plaza de comidas, establecimientos financieros con tecnología de punta y conectividad total, gracias a lo cual se generaron y se multiplican miles de empleos formales, se incorporaron tiendas ancla que trajeron miles de clientes y se formó un verdadero centro de desarrollo económico para la región.

A continuación vino CARREFOUR, con la implementación de su gran superficie dotada de las mejores prácticas internacionales en materia de diseño, planeación e implementación del proyecto desde la perspectiva urbanística, arquitectónica, económica, financiera, logística, gerencial, social y ambiental.

Trajo ejemplo con sus procesos de producción de servicios con estándares internacionales en todos y cada uno de los eslabones de la cadena de valor, con lo cual impactó proveedores, trabajadores, clientes y grupos de interés. Generó ciertamente ejemplo de cultura empresarial, generó empleo, calidad de vida, riqueza y bienestar.

Construyó a su costo una glorieta sobre la Avenida Pradilla para prevenir impacto en el tráfico.

El efecto en el contexto de mercado nacional e internacional no se hizo esperar, pues alrededor de esta gran superficie floreció de manera casi espontánea todo un polo de desarrollo económico, comercial y financiero.

Al otro lado de la Glorieta aterrizó McDonald's, al lado Body Tech, más allá City Bank y así sucesivamente se desarrolló un gran ecosistema económico y financiero con formato internacional.

Todo porque alguien tuvo la idea de implementar en terrenos improductivos un diseño

“El caso de Buenaventura, resulta por lo demás paradigmático, para identificar una oportunidad histórica única de desarrollo regional, mediante la incorporación de un arrecife artificial empresarial.”



Víctor Alfonso Estupiñán Perdomo

arquitectónico que introdujera artificialmente un ambiente y un entorno capaz de favorecer, proteger y desarrollar el crecimiento de diversas entidades económicas, creando un ecosistema artificial empresarial pleno de intensivas interacciones económicas, sociales, culturales, donde antes no existían más que terrenos o espacios improductivos o vinculados a actividades de baja intensidad económica.

Este ejemplo se reproduce en otros contextos como el CARREFOUR que se organizó en la ciudad de Girardot, donde simplemente

basta señalar que la experiencia reprodujo exactamente los mismos efectos generados en Chía.

Lo mismo puede predicarse de lo ocurrido con el almacén ÉXITO en la ciudad de Neiva – Huila y todo el complejo empresarial que se desarrolló en el denominado Centro Comercial San Pedro Plaza.

Lo propio ocurrió en la ciudad de Pitalito, donde el pueblo Laboyano disfruta de un gran complejo empresarial que impactó a toda la región del sur de Colombia, otra vez con la presencia del Almacén ÉXITO en el Centro Comercial San Antonio Plaza.

Cuando ya todo está montado y funcionando surge la impresión de que es algo obvio y elemental que siempre debió existir, pero solo unos pocos conocen el trabajo arduo y el aprendizaje que existe detrás del desarrollo de cada uno de estos proyectos.

Instituciones municipales, departamentales y nacionales con grandes oportunidades de mejora en eficiencia, transparencia y administración para la concesión de licencias y aprobación de estudios, influencias políticas, problemas de seguridad, cambio en la cultura y las costumbres, cambios en la economía, impactos ambientales, riesgos de mercado, riesgos de aprovisionamiento, de distribución, manejo de recursos, manejo de materiales, manejo de liquidez y en fin un sin número de variables que podría antojarse interminable.

Pero los casos exitosos no tienen discusión, simplemente se imitan y se mejoran.

Se propone entonces en este documento el concepto de incorporación de arrecife artificial empresarial como modelo para el desarrollo regional, a partir de las experiencias exitosas generadas por la dinámica empresarial.

Se considera como la incorporación de un arrecife artificial empresarial al diseño de un entorno urbanístico que participa de las características de un centro comercial moderno, con sus tiendas ancla como líderes y modelos de creación de cultura empresarial, mercados y ecosistemas de aglomeración empresarial, pero que además de la iniciativa privada participa del compromiso estatal y de las políticas públicas en la búsqueda de un objetivo común.

Se trata entonces de desarrollar un ambiente mixto en el que coincidan los comercios y las mar-

cas de prestigio internacional, con la tecnología de punta que les es propia, con esquemas de inclusión social liderados por el sector estatal.

Su estructura entonces debe comprender a las denominadas empresas ancla, con la asociación e implementación de “negocios inclusivos” cuya teoría ya está inventada y estructurada por el World Business Council for Sustainable Development – WB-CSD, según el cual estos negocios constituyen:

“Una iniciativa empresarial que sin perder de vista el objetivo final de generar ganancias, contribuye a la reducción de la pobreza a través de la incorporación de ciudadanos de bajos ingresos a su cadena de valor en una relación ganar-ganar. Generalmente un Negocio Inclusivo se establece a través de la relación entre una Empresa Ancla y uno o más Emprendedores Locales”.

Pero desde luego que en dicha iniciativa deberían estar presentes entidades cruciales para afianzar, proteger, liderar, hacer seguimiento y asegurar sus resultados como el SENA, el Ministerio de las TIC, COLCIENCIAS, las cámaras de comercio, los Comités Regionales de Competitividad, entre otros.

Así las cosas, incorporarse una estructura urbanística que se encuentre diseñada y estructurada en función del objetivo propuesto, sometida a un régimen de propiedad horizontal para su administración, que funcione como funciona un centro comercial, en función de utilidades y competitividad, pero que tenga un target específico dirigido al desarrollo de negocios inclusivos, que permita vincular a personas con negocios improductivos, en estado de pobreza, aislamiento, miseria, desplazamiento o abandono y les de formación empresarial,

lo cual al final se traduzca en formalización empresarial, gracias al liderazgo económico y al mercado generado por las tienda ancla y al respaldo estatal y de todas las fuerzas económicas regionales.

Conocida la importancia del puerto más importante del país en el Pacífico, en el devenir de nuestro desarrollo empresarial, encontramos una realidad pasmosa y desconcertante, que asusta a cualquier aproximación emprendedora.

Las noticias dan cuenta del recrudecimiento de la violencia y la implementación de severas medidas de seguridad, graves desordenes sociales, inequidad, aislamiento, analfabetismo, miseria, narcotráfico, minería ilegal, grupos al margen de la ley, desorden urbanístico, Etc.

Sin embargo una iniciativa dirigida a emplazar una estructura urbanística y empresarial con capital privado y capital estatal o simplemente con respaldo estatal, podría significar la incorporación de un ambiente que implementar en terrenos improductivos un diseño arquitectónico que introduzca artificialmente un ambiente y un entorno capaz de favorecer, proteger y desarrollar el crecimiento de diversas entidades económicas, tradicionales e inclusivas, creando un ecosistema artificial empresarial pleno de intensivas interacciones económicas, sociales, culturales, donde antes no existían más que terrenos o espacios improductivos o vinculados a actividades de baja intensidad económica.

Las circunstancias están dadas, solo hace falta que coincidan y generen acuerdos el liderazgo empresarial, el liderazgo institucional y el liderazgo regional, que esperamos se encuentren suficientemente sensibilizados con la realidad actual que padece esta región.



Doctrina Societaria

Sobre la fijación de honorarios para los miembros de la Junta Directiva.

Consulta:

“Si la asamblea general de socios de una sociedad anónima, puede aumentar los salarios de los miembros de la junta directiva, en donde dicha compensación es superior a la suma autorizada en los estatutos” e informa que esta decisión se habría tomado en una reunión ordinaria dentro del punto “varios”.

Respuesta:

Tanto la designación como la fijación de honorarios de los miembros de la junta directiva corresponden por esencia al máximo órgano social (Artículos 187 numeral 4, en concordancia con el 436, del Código de Comercio).

Ahora bien, la remuneración puede quedar plasmada en el reglamento que se cree para el funcionamiento del órgano o directamente en los estatutos, pero cuando se opta por lo segundo, debe tenerse en cuenta que cualquier modificación a los parámetros allí establecidos o al monto mismo de los honorarios, implicará una reforma estatutaria, que deberá por tanto cumplir con las exigencias legales para su perfeccionamiento.

En tal sentido, una vez tomada la decisión que modifica la disposición estatutaria por la mayoría de votos presentes en la reunión respectiva, la misma se elevará a escritura pública que se registrará en la Cámara de Comercio del domicilio social, requisitos sin los cuales la determinación no producirá efectos frente a terceros. (Artículos 68 de la Ley 222 de 1995 y 158 del Código de Comercio)



Elección de Junta Directiva con una única lista

Pregunta:

“... ”

“El artículo 197 del Código de Comercio, al ser una norma de carácter imperativo y por ende de aplicación obligatoria, indica que la única forma de elegir JUNTA DIRECTIVA de una sociedad es por el sistema del cuociente.

Se podría dar aplicación al sistema de cociente presentándose solamente una lista de candidatos?

Si la respuesta es afirmativa, cómo se haría la operación matemática para efectuar la elección por cuociente con una sola lista?

Si la respuesta es negativa que alternativas se tendrían para elegir la junta directiva?”

Al respecto, es preciso tener en cuenta que la norma contenida en el artículo 436 del Código de Comercio, es de carácter imperativo y en consecuencia, los principales y suplentes de la junta directiva serán elegidos por la asamblea general, para períodos determinados y por cuociente electoral, sin perjuicio de que puedan ser elegidos o removidos libremente por la misma asamblea.

En este sentido el artículo 197 del Código de Comercio, dispone lo siguiente:

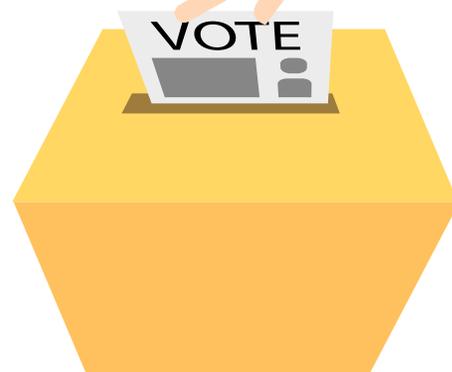
“Siempre que en las sociedades se trate de elegir a dos o más personas para integrar una misma junta, comisión o cuerpo colegiado, se aplicará el sistema de cuociente electoral. Este se determinará dividiendo el número total de votos válidos emitidos por el de

las personas que hayan de elegirse. El escrutinio se comenzará por la lista que hubiere obtenido mayor número de votos y así en orden descendente. De cada lista se declararán elegidos tantos nombres cuantas veces quepa el cuociente en el número de votos emitidos por la misma, y si quedaren puestos por proveer, estos corresponderán a los residuos más altos, escrutándolos en el mismo orden descendente. En caso de empate de los residuos decidirá la suerte.

Los votos en blanco sólo se computarán para determinar el cuociente electoral. Cuando los suplentes fueren numéricos podrán reemplazar a los principales elegidos en la misma lista...”

El referido sistema tiene como finalidad obtener que tales cuerpos colegiados estén conformados por representantes de los diversos grupos o tendencias que existan en el seno de la asamblea general y así orientar los negocios de la sociedad, conforme al querer de la mayoría, en tal virtud, lo que la norma pretende, es permitir la participación de todos los accionistas a fin de que a través de las distintas planchas, se vean representadas todas las tendencias sociales.

Así pues, en el evento en que un grupo de accionistas renuncien a conformar una plancha con las personas que consideran podrían representarlas en la junta directiva y a su vez se abstengan de votar por la única plancha inscrita, el resultado necesariamente les es adverso, pues a la



luz del referido precepto legal, el cuociente se obtiene con el 100% de los votos válidos y en blanco, presupuesto del que se infiere que el cuociente no se altera ni por los votos en contra ni por el hecho de aquellos que se abstengan de votar, comportamientos que necesariamente van a beneficiar a las personas que integran la única plancha inscrita, quienes quedarán elegidos de acuerdo con la conformación señalada por los proponentes.

Luego, como existe una única lista, ésta computará los votos válidos y el total del cuociente, por los cuales las personas señaladas en ellas quedarán elegidas, pues no habrá otra lista sobre la cual deba determinarse el cuociente o el residuo. No debe olvidarse, que a los accionistas les asiste presentar las listas a proponer ante el órgano social, la renuncia a adelantar tal procedimiento favorece a quienes sí la presentaron.

De otra parte, se reitera que la única alternativa para elegir junta directiva en cualquiera de las sociedades tipo que establece el Código de Comercio, es a través del sistema de cuociente electoral.

Mientras no se reglamenten los distintos aspectos del funcionamiento de la Junta Directiva, los administradores deben velar por lo contemplado en el Código de Comercio.

Aviso recibo del escrito en referencia, a través del cual formula algunas inquietudes relacionadas con las reuniones de la junta directiva, habida consideración que la ley mercantil no regula el tema de la suspensión de las mismas y, según concepto de esta Superintendencia no es aplicable por analogía la normatividad respecto a las asambleas del máximo órgano social como es el caso del artículo 430 del Código de Comercio. Tampoco existe regulación respecto de la antelación con la que se deben realizar las convocatorias y la posibilidad de realizar reuniones diferentes al domicilio social, por lo que, con fundamento en la legislación comercial vigente y la jurisprudencia aplicable, el peticionario solicita las siguientes aclaraciones:

“1- ¿Es procedente la posibilidad de suspender las deliberaciones de la junta directiva, cuando los estatutos no reglamentan el tema?. De llegar a ser posible, ¿cuál es el procedimiento aplicable para reanudarlas?

2- Si los estatutos de una empresa no regulan el tema de convocatorias a las juntas directivas, ¿Cuál es el tiempo de antelación aplicable para la convocatoria de las juntas directivas?

3- No existiendo norma legal que lo prohíba y si los estatutos no lo hacen, salvo que se trate de reuniones universales, ¿es posible realizar una junta directiva en un lugar diferente al domicilio social?”.

En primer lugar, tal como se expresa en las consideraciones previas expuestas en el escrito no existe en la Legislación Mercantil normatividad que regule en su integridad el funcionamiento de la junta directiva, de ahí que esta Entidad en diversos pronunciamientos ha expresado que en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, los accionistas pueden incluir dentro de las cláusulas sociales (Núm. 6º, Art. 110 del Código de Comercio) o vía reglamento interno aprobado por el máximo órgano social o por la misma junta directiva de la compañía pautas que regulen de manera completa e integral los asuntos no previstos en el Ordenamiento Jurídico, entre otros, suspensión de reuniones y en cuanto a la convocatoria, forma, medio y antelación, de las reuniones ordinarias y/o extraordinarias, tampoco previstas por el legislador, casos en los cuales de obligatoria observancia para todos los asociados (Art. 1602 C. C.), por lo que en el entretanto para

esta Entidad, como también lo ha expresado, no es posible la aplicación analógica de la normatividad que se prevé en el artículo 1º del Código de Comercio que dispone que los casos no regulados expresamente serán decididos por analogía de sus normas, pues los presupuestos para su aplicación obedece “a) la ausencia de norma expresa aplicable al caso; y, b) que se trate de asuntos similares, uno de ellos regulado en forma expresa por el legislador; siendo el principio de la analogía aquel según el cual, donde existe una misma razón de hecho, debe existir una misma disposición de derecho”, condiciones que se echan de menos al comparar y confrontar la integración, el funcionamiento, las atribuciones y finalidad, entre otros aspectos, de la asamblea general de accionistas o junta de socios y de la junta directiva, lo que permite concluir que objetivamente son aspectos completamente opuestos y diferentes, lo que impide la aplicación de las normas de un órgano social a otro (Oficio 220- 39773 de 2005).

En ese orden de ideas, si los aspectos señalados no están regulados al interior de la sociedad y no es posible la aplicación de la normatividad que regula las reuniones del máximo órgano social,

los miembros de la junta directiva, en calidad de administradores de la compañía, deberán velar porque las reuniones de la junta directiva se ajusten a la ley en cuanto a la convocatoria prevista en el artículo 437 del Código de Comercio, que a la letra dice: “La junta podrá ser convocada por ella misma, por el representante legal, por el revisor fiscal o por dos de sus miembros que actúen como principales”, así como dar cumplimiento y observar las mayorías deliberativas y decisorias previstas en el mismo artículo cuando reza “La junta directiva deliberará y decidirá válidamente con la presencia y los votos de la mayoría de sus miembros, salvo que se estipulare un quórum superior” (Destacados fuera de texto), cumplimiento de la ley que también le corresponde

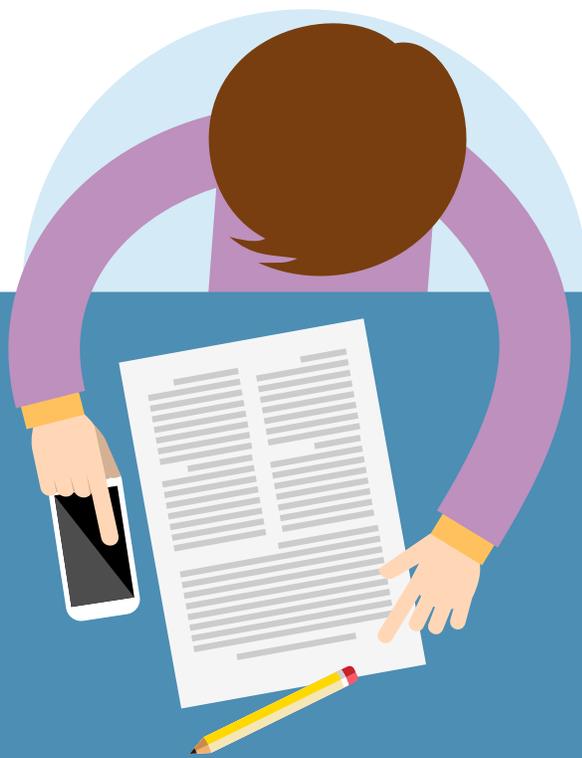
a la revisoría fiscal, si la hubiere, como al representante legal de la misma conforme los términos del artículo 23, numeral 2º de la Ley 222 de 1995.

Ahora bien, en temas como reuniones por derecho propio y las llamadas de segunda convocatoria la Entidad ha hecho claridad respecto a su inaplicabilidad, argumentación contenida en el Oficio 220- 1951 de 12 de enero de 1995, publicado en el libro de Doctrinas y Conceptos Jurídicos, 1995, Pág. 299, oportunidad en la que expresó:

“(…)”

Por otra parte, es necesario indicar que ni las reuniones por derecho propio ni las denominadas reuniones de segunda convocatoria a las que se refieren los artículos 422 y 429 del Código de Comercio,

proceden en tratándose de juntas directivas, toda vez que están consagradas única y exclusivamente para los máximos órganos de las sociedades, vale decir, asamblea general de accionistas o junta de socios, como nítidamente se aprecia de la lectura de las disposiciones legales pertinentes, lo que entre otras, se explica por el hecho de que, si bien la realización de las reuniones de los mencionados órganos puede en ocasiones dificultarse, ya sea por causa de los administradores o negligencia de los asociados, en cuyo caso tiene justificación ese tipo de reuniones especiales, no sucede así con las de la junta directiva, si se tiene en cuenta que sus miembros son de libre elección y remoción del máximo órgano social, lo que le permite a éste cuando lo estime



conveniente o necesario, proceder a modificar su composición”.

Otro concepto que viene al caso traer a colación hace referencia a la convocatoria a reuniones de la junta directiva, a través del Oficio 220- 16472 de 15 de marzo de 2012 la Entidad conceptuó “2. Respecto al procedimiento para la citar a los miembros de la junta directiva, debo manifestarle que el Código de Comercio si bien contempla la forma de integrarse, inhabilidades, elección y remoción, quórum y atribuciones, guarda silencio, entre otros asuntos, en relación con la forma, medio y antelación de la convocatoria a las reuniones de la junta directiva, sólo existe una referencia en el inciso segundo del artículo 437 del Código de Comercio.

Cómo puede observarse la norma determina quienes están facultados legalmente para convocar, de ahí la importancia que al interior de la sociedad o la misma junta directiva expida el reglamento que regule el funcionamiento de la misma, entre otros asuntos lo relacionado con el procedimiento para la convocatoria así como la forma para designar a su presidente, indicando su período y demás atribuciones acordes con el ejercicio de las funciones que la ley y los estatutos sociales le asignan a dicho órgano social en concordancia con el desarrollo de las actividades propias del ente social.

Sobre el tema esta Entidad ha expresado: “... el hecho de no establecerse nada respecto al tema no es óbice para que en el seno de cada sociedad se reglamente a través de sus estatutos sociales el funcionamiento del cuerpo colegiado, entre otros, lo concerniente a la existencia de un presidente,

su designación y demás detalles en torno al tema. Ahora, el que en éstos tampoco se haya dispuesto nada sobre el particular, no es impedimento para que sea el mismo órgano quien compulse su propio reglamento, en aras a fijar unas pautas de acción, pues de todas formas resulta conveniente la existencia de una cabeza de autoridad que dirija y organice su comportamiento interno.

Así mismo, la asamblea como máximo órgano rector puede disponer los parámetros regentes para su existencia y funcionamiento, adoptando por ejemplo, las pautas para su designación, período, facultades específicas etc.; en ausencia de cláusulas concretas al respecto, corresponderá a la junta directiva establecer su *modus operandi*, y en tal virtud, elegir su presidente, siendo de su discreción valorar en qué momento lo remueve, o, si por el contrario, lo ratifica, de manera expresa o tácita evento en el cual el hecho mismo de no removerlo puede entenderse como una confirmación de su encargo. Lo anterior no se opone a que los directivos expresen sus inquietudes frente a la asamblea, para que pueda si lo considera pertinente pronunciarse en torno al tema con efecto vinculante, siempre y cuando se reúna en las condiciones previstas en los estatutos de la ley” (Oficio 220- 30623 publicado en Internet el 30 de mayo de 2000).

No obstante lo expuesto, en el entretanto, como no existe norma legal que regule el tema de la convocatoria a las reuniones de la junta directiva y mientras su funcionamiento sea regulado por la asamblea general o por la misma junta directiva, habrán de tomarse las medidas conducentes

a la asistencia de los miembros principales que integran la junta directiva, con el fin de que participen en las deliberaciones y decisiones de los asuntos que le son propios.

En cuanto a tipos de reuniones, diferentes a las denominadas universales, en Oficio 220- 23264 de 28 de marzo de 2000 la Entidad señaló “(....) no ha sido ajeno el legislador al desarrollo y evolución de la actividad mercantil, por ello ya en la Ley 222 de 1995 se consagran figuras como la de los artículos 19 y 20, que permiten las reuniones no presenciales como una nueva forma de reunión del máximo órgano social o de junta directiva y una alternativa para toma de decisiones, en ambos casos, con la participación y votación de todos los asociados o miembros, sin que sea requisito indispensable la convocatoria para un día, hora y lugar determinados, lo que permite sesionar en cualquier parte inclusive en el exterior, puesto que la ley no determina el lugar donde deben encontrarse los asociados, miembros o el representante legal. (....)”.

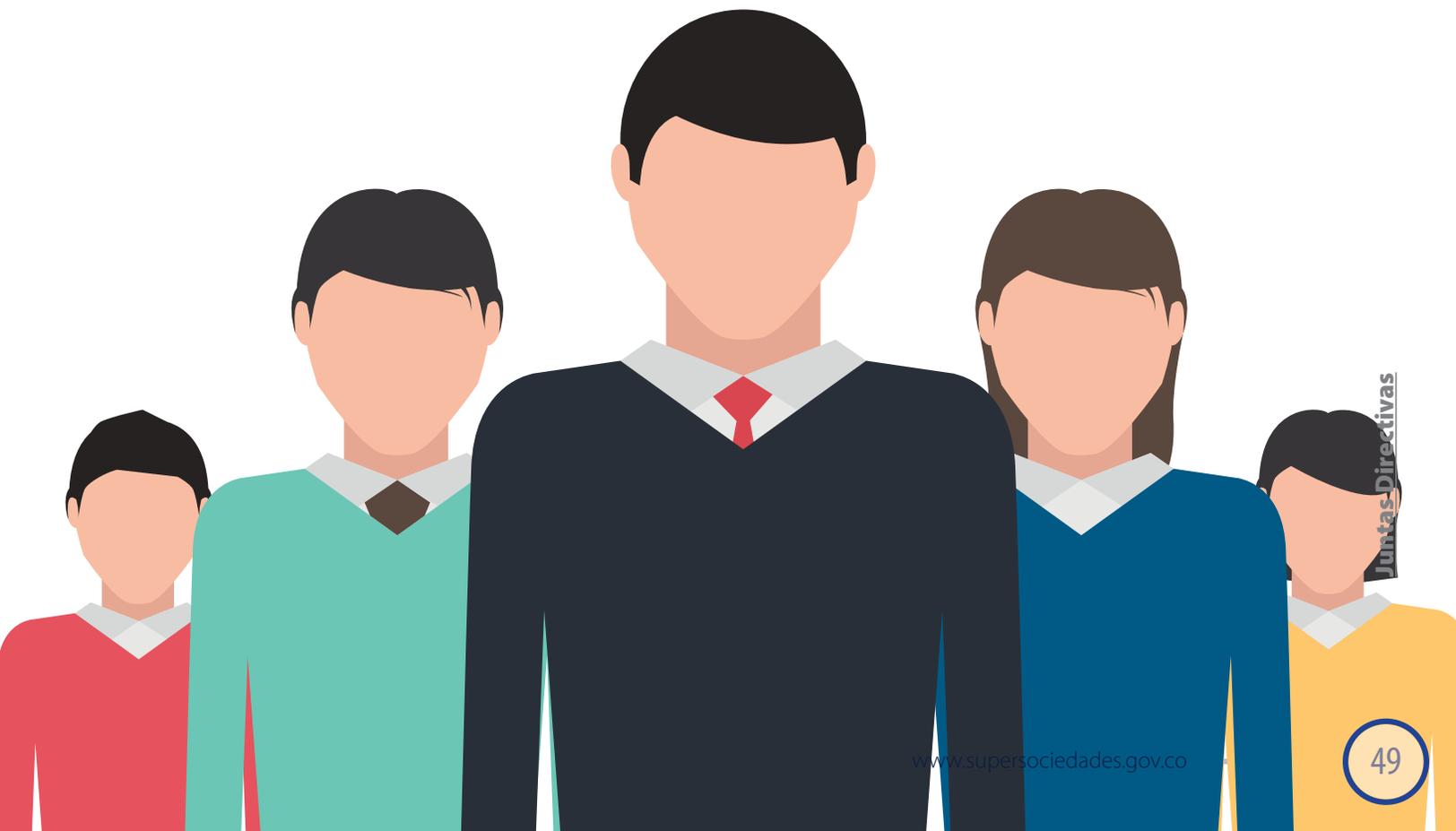
En resumen de lo expuesto, la Entidad ha sido de la opinión que si en los estatutos sociales no se prohíbe de manera expresa las reuniones de la junta directiva fuera del domicilio social y teniendo en cuenta que tampoco existe restricción alguna en el Ordenamiento Mercantil, la junta directiva eventualmente puede sesionar en lugar diferente al domicilio social, siempre que a las reuniones asista la totalidad de sus miembros principales o en ejercicio, caso en el cual la ausencia temporal o definitiva del principal debe estar debida y claramente sustentada y probada.

Un miembro de Junta Directiva puede votar por sí mismo para ser elegido como representante legal

Considerando el motivo de la inquietud que la solicitud plantea, el que se contrae en particular a definir si a un miembro de la junta directiva que pretenda ocupar el cargo de representante legal, le está o no permitido participar con su voto en la elección respectiva, es preciso desde ya anticipar que la respuesta es afirmativa, pues no obstante que esta Oficina en el Oficio No. 220-032201 de 26 de junio de 2007 al que Ud. alude expresó lo contrario, lo cierto

es que esa conclusión desde la perspectiva de una estricta hermenéutica carece de asidero jurídico, en tanto está fundada en un argumento meramente subjetivo y por demás discutible, como es que en esas circunstancias "...uno de los aspirantes estaría en posición de ventaja frente a los demás aspirantes, desigualdad que podría comprometer la imparcialidad en la decisión en perjuicio del funcionamiento de la sociedad" ... y por tan razón se debe abstener de votar.

En diferente sentido la Superintendencia de manera reiterada ha sostenido que ninguna de las disposiciones del ordenamiento mercantiles que regulan el sistema de elección y el funcionamiento de la junta directiva, de las que se ocupan los artículos 434 y SS del Código de Comercio, ni de las que contemplan las condiciones para la designación y remoción del representante legal, que en el caso de la sociedad anónima están deferidas expresamente (artículo 40 ibidem) al mencionado órgano social, establecen restricción o prohibición alguna que impida que uno de los miembros de la junta directiva pueda a su vez ser representante legal de la misma sociedad, como tampoco se prevé limitación de ninguna índole para que este último, sea simultáneamente miembro de junta directiva, por lo cual en su criterio es perfectamente viable que una misma persona ostente los



dos cargos, siempre y cuando en el ejercicio de su gestión observe los deberes le imponen uno y otro, así como los generales que para los administradores consagra el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Por consiguiente, si como es claro, no existe inhabilidad o incompatibilidad legal para que una persona ejerza de manera simultánea el cargo de miembro de la junta directiva y representante legal en una misma sociedad, igualmente debe serlo que tampoco para efectuar la designación o elección en tal sentido, la ley ha previsto condiciones o requisitos distintos de los que normalmente aplican en atención al carácter de la decisión, lo que de suyo bastaría para inferir que cuando se trate de considerar la designación de uno de los miembros de la junta como representante legal, esta determinación de deberá adoptar con sujeción a las reglas que en materia de quórum

y mayorías estipulen los estatutos sociales o en su defecto la ley, independientemente de que para uno u otro fin participe el miembro de la junta cuya designación sea objeto de consideración.

Y es que mal se podría prohibir so pretexto de evitar que se comprometa la imparcialidad en la decisión, que en esas circunstancias el candidato al cargo de representante legal intervenga en la deliberación y vote por sí mismo, cuando es evidente que se trata de una función que le compete como integrante de un cuerpo colegiado, en el que cada uno de los miembros está llamado a velar por los intereses de los accionistas que han depositado en él su representación en ese órgano de administración y, que de otra manera verían afectado su derecho a participar por su conducto en la designación de la persona que ha de comprometer y regir los

destinos de la sociedad como lo es el representante legal, que como tal debe contar con el apoyo y la confianza de aquellos a quienes se les ha deferido su designación.

En ese orden de ideas frente a su inquietud, debe colegirse que si bien los asociados en ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden estipular libremente las restricciones que estimen conducentes en relación con la concurrencia de los cargos aludidos e igualmente pactar si es del caso, que el miembro de la junta que aspire a ser representante legal no podrá participar en la elección con su voto, en cuyo caso se estará ante una inhabilidad de estirpe contractual, obligatoria para las partes, no existe por lo demás prohibición de orden legal que le impida a un miembro de la junta directiva votar en favor de sí mismo para ser elegido representante legal de la misma sociedad.



¿Hay conflictos entre los socios de su empresa?

Resuélvalos sin costo alguno a través de la conciliación



Centro de Conciliación de la Superintendencia de Sociedades

Nuestros servicios en conciliación empresarial están orientados a las sociedades comerciales del sector real de la economía para la solución de conflictos tales como

- Socios entre sí
- Socios con administradores
- Sociedad con administradores
- Empresas entre si
- Empresas con acreedores



Superintendencia
de Sociedades

www.supersociedades.gov.co

AVENIDA EL DORADO No.51-80

PBX: 2201000 – 3245777 • LINEA GRATUITA 018000114319