



EFFECTOS DEL AUTO CONTRATO EN LA REPRESENTACION SOCIETARIA.

CASO DE GRADO

Niven Adriana Castellanos Pabón

Juan Sebastián Melo Cabal

Paola Andrea Micolta Díaz

Juan Mosquera Luna

Ray Rodríguez Correa

Autores

Asesor de Investigación

FERNANDO GANDINNI AYERBE

UNIVERSIDAD ICESI

FACULTA DE DEREHO Y CIENCIAS SOCIALES

MAESTRIA EN DERECHO

ESPECIALIZACION EN DERECHO COMERCIAL

SANTIAGO DE CALI – VALLE

2017

TABLA DE CONTENIDO

1. ABSTRACT / RESUMEN EJECUTIVO.....	3
2. INTRODUCCIÓN.....	3
3. SINTESIS DEL CASO.....	4
4. DESARROLLO DEL CASO.....	6
4.1 LA REPRESENTACION.....	6
4.2. EL CONFLICTO DE INTERÉS.....	10
4.3 EL AUTO CONTRATO.....	13
4.4. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA GESTIÓN DE LA BUENA FE OBJETIVA EN LA CELEBRACIÓN DE UN AUTO CONTRATO.....	15
4.5 LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD COMO SANCIONES AL NEGOCIO JURÍDICO CELEBRADO EN EL MARCO DE LA ADMINISTRACIÓN SOCIETARIA.....	18
5. CONCLUSION.	23
6. BIBLIOGRAFIA.....	24

1. RESUMEN

A menudo el ejercicio de la administración de sociedades comerciales, enfrenta situaciones en donde puede concurrir los intereses de estas, con intereses personales de los administradores, tal como se plantea en la Sentencia de casación 451-2017 de fecha 26 de Enero de 2017 proferida por la Corte Suprema de Justicia, en relación a un auto contrato realizado entre dos sociedades representadas por una misma persona, donde una de ellas, está integrada por familiares de aquel.

Pues bien, el autocontrato eventualmente puede exponer el interés social a una situación donde el representante legal anteponga sus intereses personales. En este contexto, el ordenamiento jurídico ha previsto diversas herramientas que buscan salvaguardarlo, como el deber de requerir autorización previa de los órganos sociales, para llevar a cabo un negocio jurídico.

Bajo esta perspectiva, el presente trabajo pretende exponer los efectos prácticos cuando en un auto contrato, no se observan los requisitos que la ley, ha previsto para gestionar el riesgo de este tipo de situaciones, donde existe un conflicto de interés.

Palabras Claves: Sociedades, representante legal, responsabilidad de los administradores, Conflicto de interés, Autocontrato, sanciones al negocio juicio (Anulabilidad o nulidad relativa y nulidad absoluta).

2. INTRODUCCIÓN

Con la implementación de figuras jurídicas en virtud de las cuales, tal y como sucede con el contrato de mandato, una persona pretende delegar facultades especiales en un tercero para que éste en uso de las mismas lo represente en un negocio o actividad específica, se ha dado lugar a un gran desafío tanto para legisladores como para jueces en la búsqueda de otorgar una protección especial frente perjuicios ocasionados por el aprovechamiento indebido de las facultades otorgadas y la realización de actuaciones contrarias a los intereses del otorgante por parte de los terceros apoderados.

Sin embargo, hay ocasiones en que la delegación de funciones en otra persona no opera por mera liberalidad sino en cumplimiento de una obligación legalmente establecida, como es el caso de la representación legal entendida dentro del contexto de las sociedades comerciales, en donde por el hecho de constituir una persona jurídica independiente de sus asociados, nace un deber legal emanado del artículo 440 del código de comercio de dotar a este nuevo ente jurídico incorpóreo de un mecanismo de representación para ejercer sus derechos y obligaciones, y en tal virtud, los accionistas delegan la representación de la sociedad en un tercero

generando en forma simultanea grandes riesgos para el patrimonio social y los intereses de los asociados quienes dependerán de la buena gestión y la responsabilidad que este tercero tenga como administrador en el desarrollo de las actividades comerciales propias de la compañía.

Cuando hay una manifiesta violación por parte del representante legal de los deberes legales a él atribuidos en los numerales del artículo 23 de la ley 222 de 1995, se consolidan los riesgos anteriormente mencionados, respecto de los cuales nos centraremos en estudiar uno de especial relevancia por su grave incidencia negativa en la administración societaria, estamos hablando de las situaciones de conflictos de interés. ¿Qué implicaciones jurídicas tendría la celebración de un determinado contrato entre sociedades representadas legalmente por la misma persona?

En el desarrollo del presente caso se estudiará la problemática de la presencia de una situación de conflicto de interés dentro de la administración de una sociedad comercial por la celebración de un denominado 'auto contrato' por parte del representante legal y en especial, se analizarán tanto los efectos jurídicos que generan los actos emitidos bajo una situación de este tipo como los recursos legales con que cuentan los asociados para evitar una eventual defraudación del capital de la sociedad y adicionalmente, se examinarán las herramientas jurídicas con que cuentan los asociados en caso que a pesar de la situación de conflicto de interés inmersa en la contratación, el resultado de la misma hubiese sido beneficioso para la sociedad.

3. SINTESIS DEL CASO

En virtud del caso de estudio planteado en la Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia SC451-2017, del 26 de enero de 2017, es necesario poner de presente los siguientes hechos relevantes: Mediante escritura pública 2236 del 20 de Septiembre de 2005, en la Notaría 36 de Bogotá, "Granos Piraquive S.A.", vendió inmueble a "Inversiones Brother Smith Hej Ltda.". En este acto ambas partes (vendedora y compradora) estuvieron representadas por Ramiro Castellanos Martínez en calidad de gerente. Éste acto no dispuso de autorización por parte de la sociedad enajenante. "Inversiones Brother Smith Hej Ltda.", cuenta con participación accionaria de hermanos y sobrinos del Señor Castellanos Martínez. Posteriormente, por inconformidades en la gestión, el 1 de diciembre de 2006, la junta Directiva de "Granos Piraquive S.A." removió de su cargo al Señor Castellanos Martínez. El 14 de diciembre de 2008, "Granos Piraquive S.A." fue disuelta y entró en estado de liquidación. El Liquidador en principio no encontró los libros de contabilidad, no obstante con posterioridad fueron reconstruidos parcialmente y en desorden. En estos, no se registró el pago del precio

pactado en la venta, que era de setecientos sesenta millones de pesos M/Cte. (\$760.000.000,00). A su vez, "Inversiones Brother Smith Hej Ltda." Constituyó hipoteca sobre el inmueble en favor del "Banco GNB Sudameris S.A.". Así las cosas, "Granos Piraquive S.A.", interpuso demanda civil, en contra de "Inversiones Brother Smith Hej Ltda." y a "Banco GNB Sudameris S.A.", en la que solicita declarar: a) Que la compraventa realizada es relativamente simulada, toda vez que corresponde a una donación viciada de nulidad absoluta por omisión de formalidades legales, b) Subsidiariamente, resolución por incumplimiento del pago del precio pactado, c) En defecto de las anteriores, nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, d) Cancelación de la hipoteca que pesa sobre el inmueble de prosperar cualquiera de las anteriores pretensiones. La parte demandada "Inversiones Brother Smith Hej Ltda." se opuso a las pretensiones y excepcionó, entre otras cosas: a) Completa validez del contrato de compraventa, b) Inexistencia de la causal de nulidad, c) Buena fe del comprador, d) Prescripción de la acción, e) Ausencia de requisitos para configurar simulación relativa, f) Inexistencia de donación. Por su parte, el "Banco GNB Sudameris S.A.", manifestó que éste es un tercero de buena fe y no tuvo participación o injerencia en los hechos por los cuales la demanda fue incoada. Como resultado de lo anterior, en primera instancia conoció el caso el Juzgado quince civil del circuito de Bogotá, el cual negó en su integridad las pretensiones, no obstante, esta fue apelada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual la revocó parcialmente tomando como base la petición de declarar nulo absolutamente el contrato de compraventa.

En este escenario, las dos primeras pretensiones fueron desestimadas por el Tribunal, toda vez que fundamentalmente, la nulidad absoluta compromete de raíz el negocio. Sin embargo, respecto de la tercera pretensión, se consideró que se configuró un auto-contrato, para el cual, de conformidad con el artículo 839 del código de comercio, el Representante Legal, requería de autorización expresa por parte de la junta directiva o asamblea de accionistas de la sociedad vendedora, en tanto, el Tribunal basado en caso similar (CSJ SC 6 oct. 1981) que indagó la validez de transacción y dación en pago por una persona que representaba dos sociedades donde se aducía que estas maniobras de acuerdo al artículo 1523 del código civil tienen objeto ilícito, estimó su nulidad absoluta. Se ordenó, entonces, la devolución del inmueble con los frutos calculados desde la presentación de la demanda, no obstante fue negada la cancelación del gravamen hipotecario acogiendo la defensa realizada por "Banco GNB Sudameris S.A.". Se instaura ante la Corte Suprema de Justicia recurso extraordinario de casación, con base en cinco cargos, no obstante se analizan los dos primeros, dado que el segundo prosperó, de la siguiente manera: a) El primer cargo denuncia que el Juez de primera instancia encausó la demanda por el proceso ordinario de los artículos 396 a 405, sin embargo, desde la audiencia del artículo 101, injustificadamente, aplicó el proceso verbal del código general del proceso sin que este haya entrado a regir. Al respecto, la Corte reparó que, el proceso transitó mayoritariamente con base en los ritos del proceso ordinario de mayor cuantía

y la infracción anotada debió alegarse en su momento a través de los recursos pertinentes, que como no se llevaron a cabo, se entiende superada. Así, el cargo no prosperó. b) El segundo cargo anuncia que se incurrió en un quebrantamiento de las normas sustanciales, toda vez que el tribunal fundamentó su decisión en la inobservancia de los requisitos del artículo 839 del código de comercio para llevar a cabo auto-contrato, lo que lo condujo a la declaración de nulidad absoluta por objeto ilícito. Se alega, entonces, que la sanción no debería ser la nulidad absoluta, sino la anulabilidad, contenida en el numeral 4º del artículo 906 del código de comercio, por tratarse de compraventa comercial. Al respecto, la Corte considera que si bien el artículo 839 del código de comercio contempla el requisito de solicitar autorización para enajenar, a renglón seguido no prevé su sanción, la cual se encuentra en el artículo 906, numeral 4 ibídem: Con esto, no todas las enajenaciones donde se encuentre presente un auto-contrato, la sanción es la nulidad absoluta, dado que esta, se reserva para los casos en los que de por medio se encuentra el orden público o el interés superior de un menor. Para el caso, la autorización del 839, tiene como finalidad salvaguardar un interés privado de los socios o accionistas y no el público, que si bien se contravino, la sanción prevista no es otra distinta a la anulabilidad. El cargo, prosperó. No obstante, no fue posible declarar la anulabilidad del acto, dado que no fue solicitada en la demanda y el Juez no puede establecerla sin pedimento de parte.

4. DESARROLLO DEL CASO

4.1 LA REPRESENTACION.

Teniendo en cuenta la problemática señalada para el presente caso, se hace necesario iniciar por el análisis de la figura de la representación, la cual se abordará desde dos perspectivas, por lo civil y por el tema comercial, enfocándose finalmente en la representación societaria de nuestro ordenamiento jurídico.

EN MATERIA CIVIL:

El Código Civil en su artículo 1505 establece la consagración de la figura de la representación como *“Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”*.

Conforme la norma en mención, por regla general las partes contratantes no quedan obligadas más que por sus propias voluntades, sin embargo, para que al acto realizado por el representante vincule en sus efectos al representado, es menester que aquel tenga poder de representación, es decir, facultad para actuar a su nombre, facultad que puede provenir ya sea de la propia voluntad del representado,

como en los casos en que expresa su consentimiento o por la voluntad de la ley, en la que el representado en los eventos de incapacidad, confiere al representante atribución para que actúe en su nombre o en su defecto, dicha facultad es directamente determinada por la ley.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los intereses de los incapaces, la Corte Suprema de Justicia, Sala casación en fecha 5 de septiembre de 1972 indicó: *“el legislador creo la representación legal, a virtud de la cual coloca unos sujetos al cuidado de ciertas personas, a las que inviste de atribución para actuar en su nombre y de vincularlos en los efectos que de esos actos se deriven, como si hubieran contratado ellos mismos”*.

Bajo este escenario, la representación se encuentra estrechamente relacionada con la figura del contrato de mandato, el que es definido por el Código Civil a través del artículo 2142, como *un “contrato en el que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador y en general mandatario”*.

En el ejercicio de su encargo, el mandatario puede obrar de dos maneras, ya sea en **representación del mandante**, es decir, asumiendo su personería como si este fuera el que ejecutara o celebrara con un tercero el acto o contrato, produciendo efectos no solo entre las partes que lo celebran sino también ante terceros, o en su **propio nombre**, caso en el cual el mandatario no representa al mandante, es por ello que no se confiere representación y por tanto sus efectos se limitan únicamente a los contratantes, considerándose ante los terceros el titular de los derechos y obligaciones que se deriven de los contratos que con ellos se celebre, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2177 del Código Civil.

EN MATERIA COMERCIAL:

La representación se regula de manera expresa en el artículo 832 del Código de Comercio, el cual consagra *“Habrá representación voluntaria cuando una persona faculte a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos. El acto por medio del cual se otorga dicha facultad se llama apoderar y puede ir acompañado de otros negocios jurídicos”*.

Por su parte el artículo 833 de la misma norma, establece los efectos que genera tal figura, indicando que *“los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con este, no obstante, dicha regla no se aplica a los negocios propuestos o celebrados por intermediario que carezca de facultad para representar”*.

Bajo este contexto, se tiene entonces a la sociedad como sujeto distinto de los socios y al representante legal como la persona que debe realiza actos conscientes

y voluntarios en los negocios de la empresa que representa, toda vez, que su responsabilidad también se puede llegar a ver involucrada cuando existe mala gestión.

Así las cosas y teniendo en cuenta los fundamentos antes referidos, se hace necesario traer a consideración la **REPRESENTACION SOCIETARIA**, la cual si bien tiene como fuente principal la ley, motivo por el que es considerada como representación legal, no se puede desconocer su componente voluntario al encontrarse establecida la voluntad de los accionistas estatutariamente.

El artículo 98 del Código de Comercio, dispone en su inciso segundo que la sociedad una vez constituida forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, y es por ello, que la sociedad como persona jurídica que es, tiene plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, no obstante, solo puede realizar sus actividades a través de personas naturales, es decir, por intermedio de sus administradores.

La representación legal de las sociedades, como bien lo indica (Echeverry Gil, 2004), corresponde a una forma especial, mediante la cual, las operaciones, actos y contratos realizados por las personas que asumen la administración de la compañía, dentro de los límites del objeto social y los determinados en los estatutos, producen efecto directamente en la sociedad y en su patrimonio, obligando a está y no a quien actuó como representación legal.

Así mismo, es oportuno señalar que toda sociedad constituida legalmente deberá expresar además de su nombre o domicilio, el nombre de la persona que la representa, persona que deberá estar inscrita en el registro mercantil, con el fin de conservar tal calidad para todos los efectos legales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 162 del Código de Comercio, convirtiéndose así, en la única persona facultada para obrar a nombre de la sociedad, tanto interna como externamente, tal como acertadamente lo determina la (Supersociedades, 20 de Marzo de 2002)

De conformidad con el artículo 196 del Código de Comercio, la representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios, se ajustan a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad, tal como lo establece el tratadista (Reyes Villamizar, 2002), al indicar que la administración en las sociedades de personas es asumida por los socios de manera conjunta y directa. Esta característica implica que, de acuerdo con el régimen legal supletivo de estas sociedades, todos los socios tienen la facultad de administrar y ejercer la representación legal, salvo que esas atribuciones sean delegadas estatutariamente en un tercero o en otro socio, situación que no se presenta en las sociedades de capital, en donde la administración no es ejercida directamente por los socios, sino que es delegada en una junta directiva, quienes a su vez, designan al representante legal de la misma.

El administrador o el representante legal, es el encargado de la gestión social, en si es la persona a quien le corresponden las funciones de administrar bienes y negocios de la sociedad, como también son los encargados de la representación de la sociedad frente a terceros, de conformidad con las facultades determinadas en los estatutos, los que deberán estar siempre acordes a la ley y a los cuales debe sujetarse, bien sea por la omisión o extralimitación de sus funciones, obligando a la sociedad por todos los actos que no sean contrarios al objeto social y es por ello, que debe actuar como un “buen hombre de negocios”, considerándose este, como un ser capacitado para actuar dentro del mundo económico, cambiante y dinámico, que debe enfrentar en todo momento una serie de riesgos, siendo necesario que obre en medio de ellos a pesar de su existencia, aunque aspirando evitar el daño (Responsabilidad de los administradores comerciales, Octubre 2004 - Octubre 2005).

Consecuente con lo anterior, para establecer las funciones que corresponden al representante legal, hay que acudir a la regla general contenida en el artículo 196 del C. de Cio, de acuerdo con la cual, salvo estipulación en contrario, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad, regla que ha de ser interpretada en armonía con las normas especiales previstas para cada sociedad dependiendo su naturaleza. (Supersociedades, 2013)

Así las cosas, resulta entonces que la representación si bien se ha convertido en una necesidad de tipo actual, por cuanto las personas en determinados escenarios de su vida han optado por acudir a terceros para que actúen en su nombre, ya sea porque la ley ha determinado quienes y en qué casos, o bien, porque no les es posible llevar a cabo determinados actos por sí mismos y, prefieren contar con el respaldo de un tercero, facultándolo para ello, esto ha permitido que se de cierta independencia por parte de quien concede dicha facultad.

Ahora bien, para el caso de la representación societaria, los accionistas o el órgano competente, al designar el representante legal de la sociedad, depositan su confianza en él concediéndole autonomía en la toma de decisiones, no obstante, el representante legal al carecer de individualidad propia distinta de la sociedad que representa, ya que forma un todo con ella, tal como lo indica (Supersociedades, 2004), los contratos que este celebre y los actos que realice, afectan al ente jurídico como propios, por lo que dichos actos producen efectos directamente en la sociedad y en su patrimonio, obligando a esta y no a quien actúa como representante legal, situación que evidentemente podría acarrear problemas para los accionistas y aun para los terceros, toda vez, que quedan a merced de las decisiones y de los intereses de dichos representantes legales, que en caso de ser contrarios a los deberes y facultades pactadas estatutariamente, sería perjudicial para el interés social, lo que conllevaría a que finalmente se genere un conflicto de interés.

4.2. EL CONFLICTO DE INTERÉS

Como se señaló en líneas anteriores, los actos del representante vinculan a la sociedad. ¿Qué sucede, entonces, cuando éste se ve inmerso en situaciones complejas donde el cumplimiento de sus deberes implica renunciar a determinados beneficios de carácter personal?

En el campo del Derecho de Sociedades, la permanente interacción de los representantes legales con diversos agentes externos a la sociedad, ha llevado a plasmar en leyes y aun en los reglamentos internos de las compañías, una serie de reglas por las cuales se buscan mitigar los riesgos derivados de las negociaciones. Entre la multiplicidad de contingencias, con notable frecuencia se hace referencia al denominado “**Conflicto de interés**”. El principal sustento legal se halla en la ley 222 de 1995, concretamente en el artículo 23, numeral 7, cuyo tenor literal dispone que el administrador debe abstenerse de participar en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

Con el fin de tener una aproximación adecuada al conflicto de interés, es necesario primero delimitar el contexto sobre el cual se han venido decantando los diferentes intentos por precisarlo. Dentro del Derecho Societario, es común encontrar doctrina relativa a los *problemas de agencia* surgidos con ocasión del mandato existente entre la sociedad y el administrador, hallándose la dificultad en generar suficientes incentivos al mandatario para que sus conductas tiendan a priorizar el interés del mandante por encima de los suyos. En éste punto, al señalar las causas de los problemas de agencia, acertadamente afirma Francisco Reyes que existen intereses disímiles entre el mandante y mandatario, precisando que *“Tal diferencia se refleja en el simple hecho de que, como agentes racionales, cada uno de ellos busca la maximización de su propia utilidad. Así, el agente procurará satisfacer su interés incluso a costa del interés del principal.”* (Reyes Villamizar, Análisis Económico del Derecho, 2013)

Aunque no existe una definición que podría catalogarse como la única y verdadera, en el presente trabajo se acogerá la adoptada por V. Ribas Ferrer, quien describe al conflicto de interés como una *“situación jurídicamente relevante de concurrencia o relación de intereses opuestos entre el gestor y el principal, que se concreta en un acto o negocio, objetivamente contemplado, que por su naturaleza y finalidad resulta idóneo para poner en riesgo los intereses del principal.”* (Ferrer, 2004) En Colombia, es posible encontrar definiciones dentro de los códigos de buen gobierno que algunas sociedades han decidido consagrar para hacer aún más claro cuándo se está ante una circunstancia conflictiva. Por ejemplo, ISA ha señalado dentro de su Código de Buen Gobierno Corporativo que *“[I]os administradores y trabajadores de ISA se encuentran en una situación de conflicto de interés cuando en razón de sus funciones, deban tomar una decisión, o realizar u omitir una acción y se*

encuentren en posibilidad de escoger entre el interés de ISA, y su interés propio o el de un tercero, de manera que de optar por cualquiera de estos dos últimos, estaría comprometiendo su objetividad o independencia”. A su vez, ECOPEPETROL señala en su código que “Se entiende que hay conflicto de interés, entre otros, cuando: 1. Existen intereses contrapuestos entre un Administrador o cualquier empleado de la Sociedad y los intereses de ECOPEPETROL S.A., que pueden llevar a aquel a adoptar decisiones o a ejecutar actos que van en beneficio propio o de terceros y en detrimento de los intereses de la Sociedad, o 2. Cuando exista cualquier circunstancia que pueda restarle independencia, equidad u objetividad a la actuación de un Administrador o de cualquier empleado de ECOPEPETROL S.A., y ello pueda ir en detrimento de los intereses de la Sociedad.” Como puede apreciarse, las compañías optan por resaltar en el concepto la posibilidad de que se vea comprometida **la independencia u objetividad** que el administrador societario debe mantener en todas las decisiones y negocios a su cargo. Con base en lo anterior, se puede caracterizar el conflicto así:

- a. Una persona (el gestor), por mandato legal o contractual, se encuentra en la obligación de defender los intereses de otro individuo (principal).
- b. Al mismo tiempo, ese gestor tiene intereses propios o tiene la obligación de defender los intereses de un tercero.
- c. La conducta que el gestor debe desplegar en cumplimiento de su obligación legal o contractual frente al principal, puede perjudicar los intereses propios o del tercero. En ese sentido, los intereses en conflicto pueden ser i) los propios del actor frente a los de otra persona que él representa; o ii) los intereses de dos sujetos distintos del actor. (Garrido, 2015)

En lo atinente al alcance jurisprudencial, la Superintendencia de Sociedades ha sentado el siguiente criterio respecto a la determinación del conflicto. En sentencia del 1 de septiembre de 2014, proceso No. 2014-801-54, dicha entidad afirmó: “El análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido.”¹

Lo expuesto hasta ahora lleva a afirmar que el conflicto mira de cerca la conducta desplegada, remitiendo así al régimen de los administradores. El artículo 23 citado al comienzo de éste capítulo habla sobre los deberes en cabeza de aquellos, los cuales doctrinariamente se han denominado como ‘deberes fiduciarios’ (Kraakman, 2004) y a grandes rasgos suponen que todo obrar del agente debe ceñirse a los propósitos derivados de la relación jurídica surgida con la sociedad. (Allen, 2007) Aunque existen varios deberes fiduciarios, aquí interesa el de lealtad, el cual “implica la necesidad de que el administrador actúe en la forma que consulte los

¹ Dicho criterio ha sido reiterado en otras providencias, tales como las proferidas dentro de los procesos 2014-801-55 del 15 de octubre del 2015 y 2014-801-099 del 9 de noviembre del 2015.

mejores intereses de la sociedad.” (Reyes Villamizar, Análisis Económico del Derecho, 2013) Esto se traduce en que dicho agente debe procurar que sus actos estén encaminados en pro de la sociedad, incluso por encima de los suyos, al ser un principio rector (Gil Echeverry, 2015), lo que podría considerarse un “remedio” ante el eventual conflicto.

Ahora bien, dentro del rol del representante, es muy importante traer a colación los límites que estatutariamente se impongan a dicho administrador. Son especialmente relevantes las facultades delegadas en cabeza del representante legal, pues según cómo sean previstas dentro de los estatutos, así mismo podrá determinarse cuán amplio o restringido es el campo de acción brindado a aquél en el momento de suscribir contratos. Ello, a su vez, tendrá un cierto grado de incidencia sobre la proclividad del susodicho a incurrir en situaciones viciadas por conflicto de interés, según la mayor o menor flexibilidad con que podrá desenvolverse en sus funciones. Piénsese, por ejemplo, en un caso donde dicha persona actúe, por un lado, como gerente de la sociedad, pero dentro de ese mismo negocio él sea la contraparte contractual. En éste evento, llamado autocontrato y el cual se desarrollará a fondo en el siguiente acápite, de antemano puede apreciarse la concurrencia de intereses, pero con un agravante adicional: que dicha persona puede disponer de dos patrimonios distintos, pues en tal acto no media otra voluntad diferente a la suya. Así, ese gerente puede libremente redactar las cláusulas del contrato en tales condiciones que puede maximizar su lucro personal, con un correlativo desmedro patrimonial del ente que él representa.

En suma, es claro que el conflicto de interés es un evento en el cual se comprometen los intereses negócials y pecuniarios de la sociedad, pues se corre el riesgo de sufrir algún desmedro en el acto así celebrado por cuenta del representante legal, quien debe tomar partida frente al modo en que se llevará a cabo el negocio. Se debe tener en cuenta que dicho conflicto se configura con la sola puesta en riesgo y no requiere la materialización del daño², pues existen ocasiones en las cuales, si bien hay conflicto de interés, la sociedad puede salir beneficiada si se sigue adelante con el negocio (Reyes Villamizar, Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos, 1999) y podrá entonces el representante ejecutarlo siempre bajo la expresa autorización de la asamblea de accionistas o junta de socios según los términos estipulados en la ley. Lo importante es que se verifiquen las condiciones específicas del mismo para vislumbrar qué tan grave es el conflicto y cuál sería su alcance frente a los asociados que esperan siempre una buena administración de los recursos sociales, máxime en el auto contrato, dada la notoriedad del conflicto según lo ya expresado.

² Así lo señaló expresamente la Superintendencia de Sociedades mediante oficio 220-140389 del 27 de noviembre de 2012

4.3 EL AUTO CONTRATO

Una de las causas más comunes que genera el conflicto de intereses como se trató anteriormente en el título 4.2 es el auto contrato. En este sentido se determina que el contrato consigo mismo (del griego auto, de autos, propio, mismo), es aquel acto jurídico que su vinculación es atípica, “celebrado por una sola persona que obra a la vez como parte directa o como representante de otra, o como mero representante de las partes en cuyo nombre realiza la operación convencional” (García, 2005), partiendo de este punto se estudiara desde el preludio:

En la historia existen dos corrientes: la primera la del código francés de 1804 y la segunda haciendo alusión al código civil y código del comercio alemán, es así como en el Código de Napoleón y los que siguen su orientación, como el chileno y colombiano, no existe una normativa que regule de forma general y sistemática el auto contrato y los conflictos de intereses que este puede provocar; aparecen sí, dispersas, preceptivas sobre ciertas prohibiciones y restricciones para el ejercicio de la representación que cumplen los padres, tutores, curadores y mandatarios, punto sobre el que la doctrina patria ha coincidido en afirmar que:

Nuestro Código Civil, a imitación de sus modelos, no contiene una reglamentación general del auto contrato, bien sea para admitirlo, o bien para proscribirlo. Pero de sus varios textos referentes a él, ubicados especialmente en la administración de las guardas y del mandato, se infiere que la figura sí fue acogida como una construcción viable en lógica jurídica, si se quiere como una especie contractual sui generis, aunque excepcionalmente prohibida en ciertos casos y, en otros, sometida a precauciones enderezadas a conjurar un peligro eventual para los intereses del representado (Ospina Fernández Teoría General del Contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. G., 4ª ed. Actualizada, págs. 358 a 361)”. (Sentencia, 2017)

Es decir, acudiendo a la interpretación de la norma se comienza con el artículo 2175 del código civil, en donde los intereses del mandante no pueden verse menos cavados, frente a los interés particulares o personales del mandatario; seguidamente se acoge el artículo 2170 del mismo estatuto, en el cual complementa el fenómeno del auto contrato, con la compra o venta del bien por parte del mandatario y autorización del mandante. Sin embargo, al observarse que en el estatuto Civil queda corto, debido a que deja por fuera otros negocios en el que existe el auto contrato. Frente a este punto por parte del código del Comercio en los artículos 839, 844 y 1274 se desarrolla la posición del Código Civil hacia los otros negocios.

En este orden de ideas La Corte Suprema de Justicia lo describe cuando un acuerdo de voluntades es celebrado «con la participación de un único sujeto, quien interviene en él con diversas calidades jurídicas, bien porque funge como representante de todas las partes comprometidas, bien porque es el representante de una de ellas,

frente a la cual, correlativamente, es co-contratante a nombre propio» (Resaltado adrede. CSJ SC-006 26 ene. 2006, rad. N.º 1994-1336801). Determinando de esta forma la descripción del auto contrato, ya que al retomar el caso en concreto de la sentencia N°11001-31-03-015-2011-00605-01 del 26 de enero de 2017 se describe el negocio jurídico en el cual la persona tiene calidad para actuar como parte y contraparte de dos sociedades por la compra y venta de un bien inmueble.

No obstante, es de tener en cuenta que no toda concurrencia frente al negocio del auto contrato implicaría una colisión, ya que puede estar en la misma homogeneidad asociativa, existiendo operaciones, en que las condiciones se adopten sean iguales para cualquier negocio (v. gr., la celebración de un contrato sujeto a las condiciones del mercado). “Es por lo anterior que las legislaciones no prohíben absolutamente el contrato consigo mismo, pues no se desconoce la utilidad que puede presentar a las compañías la celebración de negocios con sus gestores, evidenciando así una alineación de los intereses de ambas partes”. (Villanada)

Es así que para los contratos consigo mismo para ser permitidos y que no incurran en algún tipo de sanción se deben referir al artículo 839 del Código del Comercio “la autorización” y a su vez frente al artículo 844 de la ratificación. Definiéndolos de esta forma como:

1. La autorización: se da antes de la celebración del contrato. La autorización opera directamente sobre la validez del contrato consigo mismo, es decir, sobre el eventual abuso del poder representativo, y así tiene efecto sobre la anulabilidad del mismo.

2. La Ratificación: se da con posterioridad a la celebración del contrato, con la cual la sociedad elimina o sana la irregularidad que vicia el contrato. Sin esta ratificación, el contrato consigo mismo sería anulable. Claramente cuando el representante está gestionando los intereses de dos representados suyos, la ratificación debe provenir de los dos dueños de los negocios.

Y de igual forma debe percibirse conforme al artículo 23 consagrado en la ley 222 de 1995, tres pilares fundamentales de la administración connotados a delimitar y alinear las actuaciones frente a los intereses de la compañía, como son:

“A. El de lealtad. Siendo un mecanismo de protección del interés social, este fija parámetros. Frente a este principio la superintendencia de sociedades dice “es el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presenta un conflicto de sus intereses se beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus socios.

Al respecto el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reitera el deber de lealtad y expresa que las actuaciones de los administradores deben adelantarse en interés de la

sociedad, y de los asociados, resultando claro que, si los intereses de los socios se apartan de los fines de la empresa, aquellos deben ceder a los de esta.

B. Buena fe: este principio tiene un carácter normativo, se dirige en el deber de las partes ser honestas, tener compromiso, solidarias, diligentes, entendiéndose que debe tener como un modelo de conducta de los administradores frente a la sociedad.

C. El deber de diligencia: hace relación a que las actuaciones de los administradores no sólo deben encontrarse acompañadas de la prudencia de un buen padre de familia, sino que su diligencia debe ser la que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa.

La diligencia del buen hombre de negocios, lleva implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, el de discutir sus decisiones especialmente en los órganos de administración colegiada, y, por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas.” (Sociedades, 06 noviembre de 2013).

Por consiguiente, a raíz del tema planteado en efecto el auto contrato sería una herramienta compuesta por dos caras para las corporaciones debido al poder que tiene los representantes legales en este tipo de transacciones, por cuanto lo sitúa en una posición idónea para satisfacer únicamente sus intereses personales o particulares, que al permitir desviarse el poder otorgado, conllevaría al conflicto de interés generando riesgos por los actos emitidos e incurriendo a sanciones jurídicas.

4.4. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA GESTIÓN DE LA BUENA FE OBJETIVA EN LA CELEBRACIÓN DE UN AUTO CONTRATO

El legislador ha entendido que el autocontrato, no es un asunto sosegado y que, como quedó anotado en el capítulo anterior, es altamente susceptible de causar un conflicto de intereses. No obstante, en igual medida se admite su utilidad en el giro ordinario de los negocios de una compañía, en tanto, no se proscribió de plano su implementación.

Bajo esta perspectiva, en los diferentes escenarios de mandato, sea el representante legal de una sociedad o el padre de un menor de edad, entre otros, el ordenamiento jurídico ha provisto de diferentes herramientas, instrumentos o

mecanismos para gestionar el riesgo que genera desarrollar negocios bajo el esquema del autocontrato. Sea lo primero poner de presente que la naturaleza de estos, consisten esencialmente en la imposición de deberes o en la realización de diligencias que permiten exteriorizar la buena fe que gobierna la actuación objeto del autocontrato.

En efecto, escenarios de este tipo apelan al plano objetivo de la buena fe, evolucionando desde la subjetividad de este principio, entendido, según es explicado por R.CARDILLI, como el “*principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones deberes coherentes con un modelo de comportamiento objetivo*” (Neme, 17), que se proclama a través de “*reglas de honestidad y corrección propias de dicho modelo*” (Neme, 17).

Al respecto, la doctrina nacional registró este avance del principio de la buena fe y se observa con mayor regularidad normas que coligen comportamientos que lo aterrice en un plano más objetivo: “*Lo cierto, y es algo que ha de resaltarse con énfasis, es que la tendencia prevaleciente por largo tiempo de práctica/asimilación de la buena fe en la ejecución de las obligaciones (buena fe activa) a la buena fe pasiva, ha sido sustituida, en buena hora, por la autonomía de aquella, con exigencia de comportamiento diligente, advertido, pundonoroso, **y la consiguiente carga probatoria sobre el sujeto que ha de comportarse así***” (Fernando, 2003).

La Corte Suprema de Justicia ha tratado de ampliar este postulado, a través de la sentencia de casación de 2 de agosto de 2001, expediente 6146, en la que manifestó “*Identifícase entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y especialmente en las esferas pre-negocial y negocial con el vocablo fe (...) La buena fe se torna bifronte en atención a que se desdobra preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada buena fe subjetiva (creencia o confianza), al igual que en la objetiva (probidad, corrección o lealtad) (...) para evaluar si un sujeto determinado actuó o no de buena fe, resulta imperativo examinar la conducta por él desplegada, pero de manera integral, o sea en conjunto, dado que es posible que su comportamiento primigenio, en estrictez, se ciña a los cánones del principio rector en cita y ulteriormente varíe en forma apreciable y hasta sorpresiva, generándose así su inequívoco rompimiento...*” (Fernando, 2003).

La Corte Constitucional va mucho más allá, y en concordancia con el artículo 769 del código civil conforme con el cual “*la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria*”, plantea, incluso, escenarios donde es dable presumir la mala fe, veamos: “*(...) En este orden de ideas la jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”*. En este contexto, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a

la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada (...) excepcionalmente, la ley puede establecer la presunción contraria, es decir, la presunción de mala fe (...) El artículo 769, pues, en concordancia con el artículo 66 del mismo Código Civil, prevé que la ley pueda determinar “ciertos antecedentes o circunstancias conocidas” de los cuales se deduzca la mala fe (...)” (Sentencia C-1194 de 2008, 2008).

En vista de este desarrollo conceptual, encontramos que en el marco del ejercicio de la representación, los alfiles de batalla para el desarrollo del postulado se concretan en los deberes del administrador, especialmente el de diligencia y el de lealtad.

Sin más, observaremos los diversos esquemas que la ley ha dotado para gestionar los problemas que podría ocasionar el autocontrato, que como se explicó, se concretan cuando dos intereses concurren y se canalizan a través de una sola expresión de voluntad, los cuales son tan diversos y variados como los escenarios de representación y mandato que prevé el ordenamiento civil y comercial, no obstante, antes de realizar especial referencia al relacionado con la representación en las sociedades comerciales, se observarán ligeramente algunos escenarios en el campo civil, encontramos, entonces, diversos ejemplos de instrumentos que coadyuvan la gestión del autocontrato, especialmente la compraventa. Entre otros, la Ley 1306 de 2009, en su artículo 92, demanda una autorización especial para el curador por parte del juez, en donde se designe un curador especial o ad hoc; El artículo 1856 del código civil, ordena que los Albaceas o Mandatarios, requieren autorización expresa del mandante; pero tenemos, ejemplos, en igual sentido distintos de la compraventa, el artículo 2171, dispone que el mandatario que tome prestados dineros del mandante, lo hará al interés designado por este o por el interés corriente a falta de pacto.

Ahora bien, respecto de la gestión del riesgo que representa la celebración de este tipo de negocios jurídicos, en el marco del desarrollo de las sociedades comerciales, se encuentran especialmente aplicables los mandatos del numeral 7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995, del artículo 2 del decreto 1925 de 2009 y de los artículos 839 y 906, numeral 4 del código de comercio.

El numeral 7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995 marca el camino de lo que será la gestión del riesgo en el conflicto de intereses por la realización de autocontrato, que se concreta en la conducta que debe adoptar el administrador de comunicarlo debidamente. Esta comunicación no es de cualquier forma, sino que deberá realizarse *“suministrando toda la información relevante para la toma de decisión”*, lo cual se despliega con mayor detalle en el artículo 2 del decreto 1925 de 2009.

Bajo esta perspectiva, es dable analizar las disposiciones del código de comercio que se enmarcan, en su esencia en el deber de comunicar a los representados las situaciones de concurrencia de intereses en aras de neutralizar el eventual conflicto.

Primeramente, observamos el artículo 839, contempla concretamente el deber de requerir autorización expresa por parte del o los representados cuando se trate de una contratación consigo mismo. Lo anterior comporta una facultad expresa de los representados, pero sobre esta, la obligación por parte del administrador de obtener la anuencia previa de aquellos para la celebración de una operación, dando cuenta integralmente sobre los réditos que se obtendrán.

En la misma línea filosófica se encuentra el numeral 4 del artículo 906, alude de nuevo a la autorización e impone la sanción que conlleva su inobservancia. Frente a las autorizaciones expresas de que tratan estas disposiciones subyace la necesidad de salvaguardar los intereses de la entidad representada, que corresponden a un interés privado, en contraposición al interés público o a la salvaguarda de intereses de una persona merecedora de una especial protección, lo cual no lo convierte en un mandato de orden imperativo. A su vez, en concordancia con el artículo 844, al tratarse, la citada autorización, a un mandato de este tipo, es decir, no provenir de linaje imperativo, permitiría el negocio jurídico una ratificación posterior.

“Como se ha mencionado, el deber de lealtad está constituido por dos elementos básicos, los cuales funcionan como mecanismos de defensa del interés social: la comunicación del conflicto, en este caso de la autocontratación, para que así la sociedad lo autorice o desautorice, y la abstención de participar en las situaciones de conflicto si no ha sido autorizado. Respecto al primer elemento, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 le asigna la función de autorizar o desautorizar el contrato consigo mismo al máximo órgano social –bien sea asamblea general de accionistas o junta de socios según corresponda–, para lo cual el administrador interesado deberá revelar toda la información relevante a dicho órgano” (Villanada)

Esta serie de diligencias expuestas, de desplegar comunicación o información a los órganos sociales, para que estos explícitamente emitan su anuencia, sobre el negocio jurídico involucran el deber al administrador de: primero, informar con suficiencia y segundo, que debe inhibirse de adelantar actuación alguna hasta tanto esta no se dé o subsista una negativa.

4.5 LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD COMO SANCIONES AL NEGOCIO JURÍDICO CELEBRADO EN EL MARCO DE LA ADMINISTRACIÓN SOCIETARIA

En concordancia con lo anterior, y para determinar la viabilidad del auto contrato en el ámbito de las sociedades comerciales, surge la necesidad de analizar esta figura como un negocio jurídico, las implicaciones que conlleva su celebración en forma indebida. Un negocio jurídico es un medio para originar derechos y obligaciones entre las partes y se reputa perfecto cuando se celebra con el total cumplimiento de

los requisitos legales generales y específicos establecidos de conformidad con la naturaleza misma del negocio. No obstante lo anterior, hay ocasiones en las cuales el nacimiento o desarrollo del negocio jurídico se encuentra viciado por alguna circunstancia específica que restringe en forma alguna su perfeccionamiento o sus efectos; para este último caso, el ordenamiento jurídico colombiano prevé una serie de sanciones comúnmente denominadas como *'Sanciones al negocio jurídico'*, en virtud de las cuales, alguna de las partes afectadas por el vicio presente en el negocio jurídico, cuenta con una herramienta eficiente para contrarrestar los efectos negativos causados por la celebración o ejecución del mismo³, en ese orden, el artículo 6° del Código Civil plantea una definición legal acertada con relación a la esencia de las sanciones implementadas en el ordenamiento jurídico, que es de vital importancia traer a colación:

“La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones.

En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.”

(Mejía, 1992) analizando las implicaciones legales existentes frente a los vicios eventuales en el negocio jurídico señala: *“Los aspectos por los que pueden verse afectados los actos se refieren a su formación, a su validez, a su eficacia específica o a la extensión de sus efectos respecto de terceros. Tal como se dijo atrás, hay requisitos necesarios para que se perfeccionen los actos; otros requisitos se exigen para su validez o para que produzcan los efectos concretos que se pretende obtener con ellos; en fin, hay requisitos de publicidad para hacerlos oponibles a terceros”* (p. 197). Como se puede evidenciar, el ordenamiento jurídico colombiano prevé por medio de sanciones como la ineficacia, la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad, la conversión y la inoponibilidad, el equilibrio y la recomposición de los efectos nocivos producidos por las inconsistencias presentes en los negocios jurídicos; sin embargo, para el caso objeto del presente estudio, guardan una especial relevancia las sanciones de nulidad absoluta y anulabilidad o nulidad relativa, razón por la cual en el presente capítulo se hará especial énfasis en las mismas.

En primera instancia, cabe resaltar que a pesar que la nulidad es una sanción con especial relevancia para el derecho mercantil, solo encontramos un concepto claro sobre la misma en el Código Civil por medio de su artículo 1740, para entender el trasfondo de esta sanción como se indica a continuación:

³ Previo cumplimiento de los procedimientos legalmente establecidos.

“Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.”

Con lo anterior, es evidente que la sanción de nulidad y la anulabilidad guardan un estrecho vínculo sustancial ya que ambas implican la invalidación de un negocio jurídico determinado, el cual dejará de generar efectos entre las partes y ante terceros, diferenciándose especialmente en dos aspectos fundamentales: el carácter saneable y la forma en que son declaradas. Con relación al carácter saneable presente en ambas sanciones cabe destacar que mientras la anulabilidad cuenta con la oportunidad de revertir su efecto mediante la ratificación expresa o tácita en los términos del artículo 1752 del Código Civil⁴, la nulidad absoluta no es susceptible de remedio alguno⁵, para controvertir su efecto en el negocio jurídico. Por otro lado, encontramos que el segundo factor diferenciador entre ambas figuras es la forma en que pueden y deben ser declaradas ambos tipos de nulidades; en los artículos 1742⁶ y 1743⁷ del Código Civil, encontramos un parámetro general para comprender dicha diferenciación, mientras en el caso de la nulidad absoluta esta deber ser declarada por el juez de oficio o a petición de parte y puede ser alegada por cualquier interesado, la anulabilidad o nulidad relativa no puede ser aplicada de oficio por el juez y estará facultada únicamente la parte interesada para solicitar su declaratoria.

En forma complementaria a los aspectos diferenciadores fundamentales citados en el anterior párrafo, es menester destacar que en concordancia con lo anterior, el Código de Comercio establece unos parámetros de aplicabilidad para ambas sanciones regulando en forma más específica su campo de acción, tal y como se expone a continuación:

⁴ Código civil colombiano. ARTICULO 1752. SANEAMIENTO DE LA NULIDAD POR RATIFICACION. La ratificación necesaria para sanear la nulidad cuando el vicio del contrato es susceptible de este remedio, puede ser expresa o tácita.

⁵ Con excepción de la figura de la aplicabilidad de la prescripción extraordinaria (10 años en Colombia), de conformidad con el artículo 142 del Código Civil.

⁶ Código civil colombiano. ARTICULO 1742. OBLIGACION DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

⁷ Código civil colombiano. ARTICULO 1743. DECLARACION DE NULIDAD RELATIVA. La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes.

“ARTÍCULO 899. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

- 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;*
- 2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y*
- 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.”*

“ARTÍCULO 900. Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil.

Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado.”

Comprendida la esencia de la nulidad y la anulabilidad como sanciones al negocio jurídico, el presente trabajo se centrará a continuación en la aplicabilidad fáctica en el marco del caso objeto de estudio y de esta forma se determinará la viabilidad de una sanción u otra respecto a la situación específica. Cuando se encuentra ante la figura de un auto contrato celebrado por una misma persona en calidad de representante legal de dos empresas diferentes, tal y como se expuso en el capítulo correspondiente, se consolida una situación de conflicto de interés que en virtud del núm. 7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995⁸ requiere de una autorización expresa por parte del máximo órgano social que subsane la situación de conflicto de interés que en el caso objeto de estudio no fue emitida, por lo que se hace indispensable cuestionarse si la evasión de tal requerimiento consolida la existencia de una nulidad absoluta o por el contrario la compraventa celebrada sería anulable.

Para comprender el alcance de la nulidad en el contexto societario, es de vital importancia traer a colación el artículo 906 del Código de Comercio que hace alusión a las prohibiciones legales existentes para la celebración de contratos de compraventa y nos sirve de guía para determinar el tipo de sanción aplicable al caso puntual, en virtud del cual se señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 906. No podrán comprar directamente, ni por interpuesta persona, ni aún en pública subasta, las siguientes personas:

(...)

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

4) *Los representantes y mandatarios, respecto de los bienes cuya venta les haya sido encomendada, salvo que el representado, o el mandante, haya autorizado el contrato;*

Las ventas hechas en los casos contemplados en los ordinales 2o., 3o. y 4o. serán anulables; en los demás casos la nulidad será absoluta.”

Como se puede extraer del artículo citado anteriormente, y partiendo de lo conceptualizado en el acápite que hace alusión a la representatividad con relación al nexo existente entre el mandato entendido como la delegación de facultades especiales en un tercero y la representación legal de las sociedades comerciales, se encuentra con un concepto base para determinar la viabilidad de aplicar la sanción de anulabilidad en la situación problemática objeto de estudio; sin embargo hay factores inmersos en el artículo citado que hacen indispensable que el mismo sea sometido a interpretación y no constituya de facto la solución que dirima la controversia sobre la sanción aplicable.

No obstante la existencia de normas como la citada anteriormente, en virtud de la cual se le da el carácter de anulable a los actos de compraventa celebrados por el representante frente a bienes cuya venta se le hubiese confiado, el caso estudiado tiene un ingrediente particular y es la consolidación de una situación de conflicto de interés con la celebración de la compraventa, en la cual se encuentra inmerso el representante legal de la sociedad, situación que se encuentra reglamentada en forma especial por el artículo 23 de la ley 222 de 1995. Es la especialidad de esta ley, lo que hace que doctrinantes como (Echeverry, 2015) se manifiesten en forma contraria a establecer la sanción de anulabilidad para este tipo de situaciones como se indica a continuación: *“En la doctrina nacional persisten algunas dudas con respecto a la sanción aplicable al acto o contrato celebrado por el administrador en conflicto de interés con la sociedad que administra. Al respecto, se reitera, por tratarse de una norma de orden público que contiene una prohibición expresa contra los administradores, la violación al régimen consagrado en el artículo 23 numeral 7° de la ley 222 de 1995, se genera nulidad absoluta, por violación de norma imperativa (núm. 1° Art. 899 C. de Co.)”*.

En el caso objeto de estudio, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia evalúa la posibilidad de implementar una u otra sanción para la resolución de la controversia presentada decantándose finalmente por la sanción de anulabilidad en la celebración de auto contratos en la órbita societaria. (CSJ, 2017) justifica su posición indicando que no se debe realizar una interpretación literal del artículo 899 del Código de Comercio para definir la sanción aplicable, sino que por el contrario se debe tener en cuenta que para que un mandato se considere imperativo debe concernir al orden público que en el caso particular no resulta afectado, y no privado, además que la existencia de una autorización expresa por parte del titular del bien jurídico amenazado salvaguarda el interés privado de los extremos de la relación sin llegar a vulnerar derecho alguno y finalmente le da

especial relevancia al artículo 906 del Código de Comercio citado anteriormente, anotando que si para los casos de compraventa de bienes por parte los representantes y mandatarios la sanción de anulabilidad es la indicada, está no puede ser más gravosa para los casos de los representantes legales que realizan la misma compraventa pero a favor de un tercero considerando que este último caso a su juicio resulta menos grave que cuando se realiza la compraventa de bienes encomendados para provecho propio como en la situación descrita en el numeral 4 del citado artículo.

5. CONCLUSION.

Dentro del estudio del presente caso realizado en torno a la Sentencia SC451-2017 del 26 de enero del 2017 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con el objeto de responder al problema jurídico planteado inicialmente, a saber: ¿Qué implicaciones jurídicas tendría la celebración de un determinado contrato entre sociedades representadas legalmente por la misma persona? Se concluyó que el fundamento jurídico planteado en la sentencia es cuestionable, toda vez que la sanción aplicada fue la Anulabilidad cuando realmente se había configurado una nulidad absoluta con los efectos que de esta se derivan. Para el caso planteado, no basta sólo con analizar la posibilidad que mediante una autorización expresa del máximo órgano social se subsane el conflicto de interés para determinar que la sanción aplicable es la anulabilidad, sino que se debe tener en especial consideración otro factor inmerso en el caso analizado: la causación o no de un perjuicio a la sociedad con la celebración de un negocio jurídico bajo una situación de conflicto de interés.

Si bien es claro que en esencia la celebración de un auto contrato por parte del representante legal de una sociedad configura una situación de conflicto de interés que de conformidad con lo expresado en el núm. 7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995 podría subsanarse con la autorización expresa del máximo órgano social, implicando una sanción de anulabilidad, es aquí donde guarda especial relevancia la naturaleza del negocio jurídico que se pretende autorizar y la favorabilidad de su celebración para la sociedad comercial, si se tiene en cuenta que en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1925 del 2009, la autorización de los socios dada para la realización de un acto respecto del cual exista conflicto de interés o competencia con la sociedad, estará viciada por una nulidad absoluta. En este orden de ideas, en caso que el representante legal de una sociedad comercial celebre negocios jurídicos inmerso en una situación de conflicto de interés o competencia con la sociedad que además perjudiquen los intereses de la misma, ocasionará que la nulidad relativa atribuible a ese negocio jurídico se transforme en nulidad absoluta por el simple hecho que aun si hubiese recibido la autorización del máximo órgano social, esta autorización igualmente se podría declarar como nula en los términos de la mencionada norma.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Allen, W. T. (2007). *Comentarios and Cases on the Law of Business Organizations*. Austin: Wolters Kluwer Law and Business.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (5 de septiembre de 1972)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (26 de enero de 2017) Sentencia 451-2017.
- Congreso de Colombia. (20 de diciembre de 1995) Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. [Ley 222 de 1995]. DO: 42.156
- Corte Constitucional. (3 de diciembre de 2008) Sentencia C-1194 [MP Rodrigo Escobar Gil]
- Ferrer, R. (2004). *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, Departament de Dret Privat.
- Gaitán Villaneda, N. (2013). La autocontratación en el derecho de sociedades colombiano: Deber de lealtad, interés social y vínculo jurídico administrador-sociedad. *Revista e-mercatoria*. Volumen 12, No. 2, 43-79.
- García, J. S. (2005). *Diccionario Jurídico*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Garrido, J. M. (2015). Reflexiones sobre el tratamiento de los conflictos de intereses de los administradores en el Derecho de sociedades. *Revista Supersociedades*, 7-20.
- Gil Echeverry, J. H. (2004). *Derecho societario contemporáneo. Estudios del derecho comparado*. Bogotá: Legis.
- Gil Echeverry, J. H. (2015). *La especial responsabilidad del administrador societario*. Bogotá: Editorial Legis.
- Hinestrosa, F. (2003). *Tratado de las Obligaciones. Concepto, Estructura, Vicisitudes*. Bogotá.
- Kraakman, R. e. (2004). *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press.
- Neme, M. L. (2009). Buena Fe subjetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. *Revista de Derecho Privado No. 17 Universidad Externado*, 45-76.

Eruditos Prácticos Legis. Responsabilidad de los administradores comerciales.
(2004). Legis.

Reyes Villamizar, F. (1999). *Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos.*
Bogotá: Editorial Temis.

Reyes Villamizar, F. (2002). *Derecho Societario. Tomo Bogotá.* Editorial Temis.

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

Superintendencia de Sociedades. (2002). Oficio No. 312-010919.

Superintendencia de Sociedades. (2004). Oficio No. 220-44596.

Superintendencia de Sociedades. (2012). Oficio No. 220-140389

Superintendencia de Sociedades. (2013). Oficio No. 220-157024.

Superintendencia de Sociedades. (2014). Sentencia 2014-801-54.