

La gestión de los conflictos de interés desde el Buen Gobierno Corporativo

Diego Thomás Castagnino*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-79-107

Resumen: Los conflictos de interés se presentan con regularidad durante la vida societaria, pueden surgir en el marco del relacionamiento externo que ocurre debido a la necesaria interacción que se presenta en el tráfico mercantil, o por los propios vínculos internos derivados del contrato de sociedad. El presente trabajo procura analizar la gestión de los conflictos de interés desde un enfoque jurídico, de carácter mercantil y limitado al ámbito societario. Para ello, se propondrán unas líneas transversales que permitirán darle un tratamiento uniforme a las situaciones cuya ocurrencia son más frecuentes y probables, utilizando como base los principios del Buen Gobierno Corporativo y siguiendo las reglas del derecho mercantil venezolano.

Palabras clave: Conflicto de interés, Buen Gobierno Corporativo, Sociedades.

The management of conflicts of interest from the Good Corporate Governance

Abstract: *Conflicts of interest arise regularly during corporate life, they may arise within the framework of external relations that occur due to the necessary interaction that occurs in commercial traffic, or by the internal links derived from the partnership contract. This paper seeks to analyze the management of conflicts of interest from a legal approach, of a commercial nature and limited to the corporate sphere. For this, some transversal lines will be proposed that will allow a uniform treatment to be given to situations whose occurrence is more frequent and probable, using as a basis the principles of Good Corporate Governance and following the rules of Venezuelan commercial law.*

Keywords: *Conflict of interest, Good Corporate Governance, Corporations.*

Recibido: 20/04/2023

Aprobado: 16/06/2023

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratos Mercantiles y Títulos Valores, Facultad de Derecho, UCAB. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial (Especialización en Derecho Mercantil), Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratación Mercantil (Especialización en Derecho Mercantil), Postgrado, UCAB. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Secretario General de SOVEDEM. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Email: diego.castagnino@gmail.com

La gestión de los conflictos de interés desde el Buen Gobierno Corporativo

Diego Thomás Castagnino*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-79-107

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Definición de conflicto de interés desde la óptica del Buen Gobierno corporativo. 2. Bien jurídico protegido y finalidad metajurídica. 3. La buena fe y el deber de lealtad. 4. Tipos de conflictos de interés. 5. Recomendaciones adicionales para la gestión del conflicto de interés.* **CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

INTRODUCCIÓN

Los conflictos de interés se presentan con regularidad durante la vida societaria, pueden surgir en el marco del relacionamiento externo que ocurre debido a la necesaria interacción que se presenta en el tráfico mercantil, o por los propios vínculos internos derivados del contrato de sociedad.

En la actualidad el estudio profundizado de los conflictos de interés presenta los siguientes retos generales:

- i. Dificultad conceptual.** No existe en la doctrina continental unanimidad sobre la definición de lo que debe entenderse por “conflicto de interés”, tampoco lo hay en lo que respecta a su alcance. Seguramente debido al amplio espectro de situaciones que se pueden generar en diferentes ámbitos. Por ejemplo, el tratamiento de un conflicto de interés entre un juez y una de las partes en un litigio debe ser distinto al conflicto de interés que pueda surgir entre un administrador y la sociedad, si bien tienen rasgos similares, la especialidad de cada materia exige consideraciones particulares.

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratos Mercantiles y Títulos Valores, Facultad de Derecho, UCAB. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial (Especialización en Derecho Mercantil), Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratación Mercantil (Especialización en Derecho Mercantil), Postgrado, UCAB. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Secretario General de SOVEDEM. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Email: diego.castagnino@gmail.com

- ii. Poca y dispersa regulación.** No necesariamente implica un aspecto negativo, porque en este campo la libre autonomía de la voluntad de las partes y su capacidad de auto regulación de sus propias relaciones jurídicas, resulta ser de mucha utilidad, especialmente en el ámbito comercial. Sin embargo, la poca experiencia puede traer como consecuencia situaciones que pueden desembocar en perjuicios considerables a la organización.
- iii. Con motivo del contrato societario participan múltiples sujetos que pueden involucrarse en conflictos de interés.** En las organizaciones participan varios sujetos que cohabitan y se vinculan jurídicamente entre sí en el marco de relaciones intrasocietarias, quienes también se pueden relacionar con terceros a través de intercambios extra societarios, razón por la cual es indispensable establecer reglas claras para el tratamiento de los conflictos de interés.
- iv. No es posible contar con un catálogo de situaciones generadoras de conflicto de interés.** Resulta imposible elaborar una clasificación que pretenda aglutinar a todos los supuestos de hechos que podrían desencadenar en un conflicto de interés, será necesario analizar cada caso en particular. Si bien hay situaciones que pueden coincidir, habrá otras que no, todo dependerá del nivel de tolerancia al riesgo de cada organización, el tipo de negocio, etc. Por ejemplo, no es igual las situaciones consideradas como tolerables en una empresa familiar que en una empresa que no lo es.

Ante los retos señalados, el presente trabajo procura analizar la gestión de los conflictos de interés desde un enfoque jurídico, de carácter mercantil y limitado al ámbito societario. Para ello, se propondrán unas líneas transversales que permitirán darle un tratamiento uniforme a las situaciones cuya ocurrencia son más frecuentes y probables, utilizando como base los principios del Buen Gobierno Corporativo y siguiendo las reglas del derecho mercantil venezolano.

En este sentido, el tema se abordará a partir de los principales conflictos de interés que surgen entre los accionistas¹, entre estos y los administradores, entre la organización² y sus trabajadores, entre la organización y sus proveedores, y entre la organización y sus clientes.

¹ A los efectos del presente trabajo se utilizará el término “accionista” para abarcar a cualquier tipo de socio de una persona jurídica.

² Tal y como se explicará más adelante, en el presente trabajo se utilizará el término “organización” para hacer referencia a cualquier tipo de forma societaria.

1. Definición de conflicto de interés desde la óptica del Buen Gobierno corporativo

La expresión “conflicto de interés” es bastante frecuente especialmente en el ámbito judicial y arbitral, ya que se utiliza para aludir a una situación en la cual el juez o el árbitro se ven impedidos de conocer de un asunto determinado por estar inmerso en una causal (usualmente establecida por los códigos procesales o leyes arbitrales, tales como: afinidad con una de las partes o interés económico en las resultas del conflicto) que pueda influir en su capacidad para actuar de manera imparcial.

En el ámbito societario la situación es bastante similar, pero requiere de ciertas precisiones debido al grado de especialidad, multiplicidad de vínculos e impactos que puede causar.

Desde el Buen Gobierno Corporativo se ha pretendido ofrecer lineamientos para la generación de confianza y de una mayor transparencia en la toma de decisiones societarias que le permita a las organizaciones alcanzar su objeto social e incrementar sus utilidades en un entorno en donde el mercado es altamente dinámico, la manera de hacer negocios evoluciona aceleradamente, y en el que, especialmente los administradores de las sociedades mercantiles atraviesan una crisis de credibilidad debido a los grandes escándalos corporativos globales por violaciones a sus deberes fiduciarios, tales como: Robert Maxwel, BCCI, Polly Peck, Barings³, Siemens⁴, Enron⁵, Parmalat⁶, y Lehman Brothers⁷.

Dichos escándalos provocaron una importante crisis de credibilidad en los Consejos de Administración a nivel global, ocasionando que muchos países empezaran a replantearse los principios normativos que deben regir el buen gobierno de las sociedades, y particularmente de los deberes fiduciarios.

3 Los casos Robert Maxwel, BCCI, Polly Peck, y Barings, tienen en común que fueron empresas que fueron a la quiebra gracias a la contabilidad creativa, ocurrieron en Reino Unido en los años 90.

4 La empresa alemana realizó, entre 2001 y 2007, 4.283 pagos ilegales a funcionarios de Bangladesh, China, Venezuela, México, Rusia, Vietnam, Nigeria y Argentina, para obtener contratos públicos. Siemens pagó una multa de US\$450 millones. <http://www.sec.gov/news/press/2008/2008-294.htm>

5 Enron admitió que había inflado sus ganancias del tercer trimestre de 2001. Es considerado el peor escándalo corporativo en Estados Unidos. http://www.bbc.co.uk/spanish/specials/1555_corrupcion/page5.shtml

6 En diciembre de 2003, Parmalat confirmó que no existía una cuenta que alegó tener en el Bank of América por US\$4.000 millones. Fue el escándalo contable más grave en Europa. http://www.bbc.co.uk/spanish/specials/1555_corrupcion/page6.shtml

7 El 15 de septiembre de 2008, el banco Lehman Brothers, solicitó la bancarrota en Estados Unidos, lo cual ocasionó que el índice bursátil Dow Jones se desplomara 500 puntos, su caída más dramática desde el 11 de septiembre de 2001. Es considerado uno de los escándalos más relevante en materia contable.

http://www.bbc.com/mundo/economia/2009/09/090914_1307_crisis_cronologia_lehmans_mr.shtml

Desde el Buen Gobierno Corporativo⁸ se han propuesto reformas al Derecho Societario para generar mayor transparencia y seguridad jurídica, dando nacimiento a buenas prácticas cuyas manifestaciones se han venido presentado principalmente mediante Códigos. El primer precedente de las recomendaciones sobre Buen Gobierno ocurrió en 1978, cuando en Estados Unidos el *American Law Institute* redactó un borrador de documento titulado: “*Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*”⁹. En Europa el movimiento inició en 1991 en el Reino Unido con la creación del Comité Cadbury.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha desarrollado principios que se erigen como recomendaciones básicas para el establecimiento de regímenes de gobierno corporativo, siendo que el primer intento de uniformar las recomendaciones fue en 1999 con el “*White Paper on Corporate Governance*”. Dichos principios fueron revisados primero en 2004, luego en 2015 y más recientemente el 8 de junio de 2023¹⁰. Desde sus inicios ha sido un importante instrumento de Buen Gobierno Corporativo que le ha prestado atención al tema del conflicto de interés.

También la International Corporate Governance Network (ICGN), en sus Global Corporate Governance Principles, publicadas en 2009, tomó en cuenta el tema del conflicto de interés, al igual que lo hicieron: el Informe Olivencia¹¹, el Informe Aldama¹², los Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de las empresas del Estado del Banco de Desarrollo de América Latina¹³, Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo del Instituto Brasileiro de Governança Corporativa¹⁴, Boas práticas para uma agenda ESG nas organizações del Instituto Brasileiro de Governança

8 La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico define al Buen Gobierno Corporativo como “el sistema por el cual una organización es dirigida y controlada. (...) la estructura de gobierno corporativo especifica la distribución de derechos y responsabilidades entre los diferentes participantes en la empresa, como el directorio, la gerencia, los accionistas y otros interesados y detalla las reglas y procedimientos para la toma de decisiones sobre los temas corporativos. También provee la estructura a través de la cual se determinan los objetivos de la compañía y se asignan los objetivos perseguidos”. Islas Rojas, Gonzalo. “Gobierno corporativo: teoría económica, principios de la OCDE y la Ley N° 20.382”. Wilenmann Von Bernath, Javier (ed.), Gobiernos corporativos, aspectos esenciales de las reformas a su regulación. Santiago. (2011). p. 9.

9 María del Mar, Alonso Almeida. “El gobierno corporativo electrónico: Análisis desde el enfoque de confianza”. Visión Libros. Madrid. (2007).

¹⁰ <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0413>

¹¹ Informe de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los Consejos de Administración de las sociedades, del 26 de febrero de 1998. España.

¹² Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y Sociedades Cotizadas del 8 de enero de 2003. España.

¹³ Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de las empresas del Estado. Serie Políticas Públicas y Transformación Productiva. N°37. 2021. Banco de Desarrollo de América Latina.

¹⁴ Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. IBGC. 4ta Edición. São Paulo.

Corporativa¹⁵, Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas¹⁶, Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo de la Corporación Andina de Fomento¹⁷, entre otros.

Según Pfeffer el término conflicto de interés tiene su origen en la obra del escritor José de la Vega, quien “llamó la atención, por primera vez, sobre la necesidad de que el legislador definiera pautas y criterios a que deberían sujetarse quienes, en los diversos roles que desempeñan, enfrentan la encrucijada de privilegiar su interés personal por sobre el interés de la entidad por quien se actúa”¹⁸.

En el ámbito societario y bajo el contexto del Buen Gobierno Corporativo, proponemos la siguiente definición de conflicto de interés: se trata de una manifiesta contraposición de intereses, entre el deber profesional y el interés personales del accionista, administrador o trabajador, que podría influir negativamente en su toma de decisión que siempre debe estar orientada hacia el interés social de la organización.

Del concepto propuesto se evidencian los siguientes elementos fundamentales:

- **Es una manifiesta contraposición de intereses.** De acuerdo con Lazen y Eguiluz¹⁹, el conflicto se considera resuelto en forma inadecuadamente solo cuando el agente opta por favorecer su interés individual. Es por ello que se especifica que debe ser “manifiesta” la contraposición de intereses, ya sea que se produzca de manera “expresa” mediante la expresión indubitable de la voluntad, o de manera “tácita”, por medio de la ejecución de actos.
- **Se toma en cuenta al sujeto de manera individual, no como parte de un colectivo.** Esto es importante, porque los casos de conflicto de interés deben ser investigados y considerados de manera individualizada, ya que serán las características propias del individuo las que definirán si se trata o no de un conflicto de interés (si tiene la obligación o no de cumplir con un deber profesional a favor de la sociedad, cual es el interés personal contrapuesto, y como afecta al interés social, etc.). Ahora bien, no se puede descartar la posibilidad de que, por ejemplo, la administración de una sociedad se ejerza mediante una persona jurídica,

¹⁵ Boas práticas para uma agenda ESG nas organizações. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. IBGC. São Paulo. 2022.

¹⁶ Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas. Superintendencia del Mercado de Valores. 2013. Perú.

¹⁷ Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo. 2013 Corporación Andina de Fomento.

¹⁸ Francisco Pfeffer Urquiaga, Germán Pfeffer Urquiaga. “Reforma a la Legislación de Mercado de Capitales”. Santiago. (2002), p. 42.

¹⁹ Vicente Lazen, Cristián Eguiluz. “Conflictos de interés en servicios financieros: taxonomía y mecanismos de control regulatorio”. Superintendencia Valores y Seguros. Documento de Trabajo Nro. 6. Santiago. (2006), p.5, en http://www.svs.cl/sitio/publicaciones/doc/documento_trabajo_6.pdf.

en ese caso, se le debe extender los mismos deberes y consideraciones aplicables cuando el rol es ejercido por una persona natural²⁰.

- **Se prefiere utilizar el término “organización”.** Para englobar a todo tipo de persona jurídica con un carácter societario se utiliza el término “organización”, sea de un ente regido por el derecho público o privado, y que tenga o no una finalidad lucrativa, ya que, en todas, puede presentarse conflictos de interés, y el Buen Gobierno Corporativo si bien tiene una marcada preferencia por las sociedades mercantiles, nada obsta su aplicación en otros tipos de organizaciones.
- **Contraposición de intereses.** En el ejercicio de su rol en la organización, el individuo no puede sobreponer sus intereses personales sobre los intereses sociales de la organización, al hacerlo incumple con su deber profesional. Se trata de una situación de hecho que puede tener repercusiones legales y/o éticas, debido a que dichos intereses entran en conflicto y pueden influir negativamente en la conducta (decisiones y acciones) del sujeto involucrado. El interés social en las sociedades mercantiles estará marcado por el ánimo de lucro, mientras que en otros tipos como las asociaciones civiles no lucrativas y las fundaciones será el ánimo benéfico, pero siempre prevalecerá el interés de la organización sobre el interés personal, ya que para ello la persona jurídica ha sido creada, y para ello el individuo asumió un rol dentro de esta.
- **La incompatibilidad de intereses implica un incumplimiento del individuo de un deber profesional inherente al rol que desempeñe en la organización.** Desde el momento en el que el sujeto asume un rol determinado a favor de la organización tiene que ejercer sus obligaciones en función del interés social. No hacerlo coloca a la organización en una situación de riesgo, porque dicha incompatibilidad de intereses puede influir en la capacidad del sujeto para actuar de manera imparcial, con lo cual, sus decisiones podrían generar daños a la organización cuya reparación podrá exigirse.
- **Como en todo vínculo jurídico el principio de la buena fe será el rector de la conducta de las partes.** El conflicto de interés se presenta necesariamente debido a una conducta de mala fe que propició el incumplimiento al deber profesional (por ejemplo, para el caso del administrador está íntimamente relacionado con el deber de lealtad).

²⁰ “Especialmente importante es la necesaria extensión subjetiva de los deberes y de la consideración de personas vinculadas, en el supuesto de que el Director sea una persona jurídica. Es más, esta extensión de los deberes al Director persona jurídica, si cabe, debería ser más clara en estos casos ya que el origen de su actuación es más opaco que el caso de administradores personas físicas”. Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo. 2013... p. 72

Aquellas organizaciones que no le dan el tratamiento adecuado al conflicto de interés se colocan en una posición de riesgo en la que podrían ser objeto de repercusiones negativas tales como: violación a sus derechos constitucionales de libertad económica, propiedad y asociación²¹, afectación de la reputación de la persona jurídica, daño en su cultura corporativa perjudicando el clima organizacional, podría llevar a la organización a tomar malas decisiones y hasta perder oportunidades de negocio, puede darse el caso de divulgación no autorizada o uso indebido de información confidencial que puede ponerlos en situaciones de exposición pública innecesaria, puede colocar a la organización en riesgo de incumplimientos legales, entre otras.

2. Bien jurídico protegido y finalidad metajurídica

Desde el Buen Gobierno Corporativo se pretende proteger al interés social mediante la prevención de los conflictos de interés. El interés de los accionistas es distinto al interés social, (aunque muchas veces podrán coincidir) debido a que la sociedad goza de una personalidad jurídica propia, diferente a la de sus accionistas. El interés social es el criterio que debe privar al momento de decidir un conflicto de interés.

En cambio, la finalidad metajurídica de contar con una adecuada gestión del conflicto de interés es la protección de la reputación de la organización. Un conflicto de interés puede generar un escándalo reputacional que puede repercutir en serios daños económicos para la organización, porque el efecto inmediato que genera es una pérdida de la confianza por la falta de criterio en la toma de decisiones por parte de quienes llevan el gobierno corporativo, con lo cual, sus clientes pueden dejar de comprar sus productos, sus potenciales socios podrían decidir no invertir en el negocio, inclusive, la autoridad gubernamental podría iniciar fiscalizaciones para verificar que está ocurriendo.

Los conflictos de interés no se pueden evitar de manera absoluta, siempre existirá la posibilidad de ocurrencia durante la vida de la organización²², lo que es importante es que se cuente con Normas y/o Políticas de gestión de conflictos de interés, lo cual repercutirá positivamente en la mitigación del riesgo.

²¹ Artículos 112, 115 y 52 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, con la Enmienda N° 1, sancionada por la Asamblea Nacional el 14 de enero de 2009, aprobada por el Pueblo Soberano en Referéndum Constitucional el 15 de febrero de 2009, y promulgada por el Presidente de la República el 19 de febrero de 2009.

²² “Los conflictos de interés no se pueden evitar con carácter absoluto. De hecho, el potencial conflicto de interés es prácticamente inherente al funcionamiento de cualquier sociedad. Existe una probabilidad muy significativa que en el devenir de los asuntos de la sociedad se den situaciones en las que se produzca un conflicto de interés frente a la misma de un determinado Director o miembro de la Alta Gerencia”. Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo. 2013... Lineamiento Nro. 27. p. 71.

Desde el Buen Gobierno Corporativo el tratamiento del conflicto de interés está orientado desde una perspectiva preventiva que procura obligar a que se comuniquen las situaciones, se promueve el principio de transparencia, se aparta a los sujetos implicados en el conflicto de la toma de decisiones y se asegura la toma de decisiones más objetivas²³.

3. La buena fe y el deber de lealtad

La buena fe se ha tratado de definir de distintas maneras, pero como señala el profesor Guerrero Briceño, se trata de un concepto indefinible por polisémico, ubicuo y metamórfico; a lo sumo se puede describir sus efectos²⁴. Si bien es cierto que el concepto de buena fe es uno de los más difíciles de precisar en el derecho, constituye uno de los principios de mayor importancia en el mundo jurídico.

Díez-Picazo ha señalado que la buena fe se caracteriza como un patrón de conducta socialmente aceptable, que se traduce en un deber de cooperación y lealtad que se deben las partes del contrato²⁵.

La buena fe se encuentra en cualquier tipo de relación jurídica existente entre dos o más sujetos de derecho, razón por la cual resulta indudable su presencia en los vínculos jurídicos que nacen en virtud de las relaciones societarias, sean internas o externas.

Ribas Ferrer considera que la buena fe se presenta como un valor superior y ordenador de las relaciones intersubjetivas, y propone que los deberes fiduciarios sean estudiados mediante una estructura de círculos concéntricos presididos por el deber de buena fe, luego en un círculo más reducido estaría el deber de diligencia, que gobierna la contratación en general, seguido por las relaciones de colaboración, respecto de las cuales le son exigibles un deber de fidelidad genérico.

El deber de fidelidad se desdobra en dos deberes específicos, el deber de cuidado del interés ajeno aplicable a la generalidad de las relaciones de colaboración, y el deber de lealtad²⁶.

²³ Margarita Santana Lorenzo. “Guía Práctica de Compliance Internacional”. Directora. Thomson Reuters. Aranzadi. p. 835

²⁴ Fernando Guerrero Briceño. “Algunas consideraciones en torno a la buena fe en el Derecho Mercantil venezolano”. Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández. Temas Generales de Derecho Mercantil. Volumen I. Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. (2012).

²⁵ Luis Díez-Picazo. “Prólogo a la traducción de la obra: El principio general de la Buena fe de F. Wieacker”. Segunda Edición. Editorial Civitas. Madrid. (1986).

²⁶ Vicenç Ribas Ferrer. “El deber de lealtad del administrador de sociedades”. La Ley. Madrid. (2010).

De acuerdo con Villafañez Pérez²⁷, el deber de lealtad consiste en la obligación de actuar en interés de la sociedad en caso de conflicto de intereses con ésta, subordinando los propios a favor de aquélla, salvo que ésta autorice tal actuación.

4. Tipos de conflictos de interés

Debido a la variedad de situaciones en las que se puede presentar un conflicto de interés resulta complejo crear una clasificación que abarque a todas las posibilidades, especialmente, si se toma en cuenta que, en gran medida, todo dependerá del interés social de la organización, su nivel de tolerancia hacia determinadas conductas, su Buen Gobierno Corporativo, y sus estándares éticos.

Dicho lo anterior, la siguiente clasificación podría tener algunas variantes, pero generalmente los conflictos de interés se suelen analizar de la siguiente manera:

4.1. Según la materialización del riesgo

Se trata de una clasificación que procura analizar al conflicto de interés dependiendo de si el riesgo se ha materializado o no, tomando en cuenta el momento de ocurrencia y los efectos causados o que podría causar.

Esta clasificación es frecuente en varios instrumentos de *soft law*, como, por ejemplo, la “Guía sobre el Manejo de Conflictos de Intereses en el Sector Público y Experiencias Internacionales de la OCDE”, la cual, también es perfectamente aplicable al sector privado.

En este sentido, el conflicto de interés puede ser:

4.1.1. Conflicto real

Existe un conflicto de hecho entre los intereses individuales o privados de la persona y sus obligaciones.

4.1.2. Conflicto aparente

Existe un interés personal que no necesariamente influiría en la persona pero que podría dar lugar a que otros consideren que puede influir en el cumplimiento de sus deberes. La apariencia de que existe un conflicto de interés puede ser tan dañina como la existencia de un conflicto real.

²⁷ Itziar Villafañez Pérez. “El Deber de Lealtad y sus concreciones en la legislación cooperativa”. El deber de lealtad y sus concreciones en la legislación cooperativa. 2014. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/REVE/article/download/49698/46199>

4.1.3. Conflicto potencial

Es el caso en el que una persona tiene un interés privado que puede convertirse en un conflicto de interés en el futuro.

4.2. Según el nivel de perjuicio que le genera a la organización

Se trata de la manera en la que la organización decide gestionar los conflictos de interés para evitar los perjuicios que estos puedan causarle, y se suele documentar mediante normas y/o políticas que regulen internamente como gestionar cada conflicto, ya que los encargados del gobierno corporativo tienen la obligación de tener los mecanismos necesarios para prevenir, detectar y/o mitigar cualquier efecto dañino que el conflicto pueda generar a la organización.

De acuerdo con esta categoría, los conflictos de interés pueden ser:

4.2.1. Objetivamente perjudiciales

Son los conflictos de interés que el ordenamiento jurídico o la organización califican como perjudiciales por atentar contra el interés social de una manera tal que deben ser rechazadas radicalmente. También son conocidos como “conflictos de interés de carácter permanente” por algunos instrumentos de *soft law*, y se recomienda que sea una causal de dimisión obligatoria o en su defecto y de ser posible, de propuesta de cese²⁸ del individuo inmerso en ella.

Se encuentran perfectamente identificadas ya sea por las leyes vigentes o por las normas y/o políticas de la organización, en donde se señala expresamente la prohibición taxativa de tales situaciones.

Dependiendo del rol en la organización del sujeto que cometió el conflicto de interés, e independientemente de que se le haya causado un daño o no a la organización, este podría ser objeto de sanciones debido al incumplimiento a sus deberes.

4.2.2. Tolerables en la medida en que se cumpla con un procedimiento

Las situaciones de conflicto de interés deben ser evitadas, pero si esto no es posible, al menos tendrán que ser gestionadas adecuadamente, siguiendo un procedimiento establecido previamente para tal fin. En esta categoría la organización señala en sus

²⁸ “Para el caso de conflictos de interés de carácter permanente, el procedimiento debe considerar esta situación como una causal de dimisión obligatoria o, en su defecto y de ser posible, de propuesta de cese”. Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo. 2013... Lineamiento Nro. 27. p. 71.

normas y/o políticas internas de gestión de conflicto de interés cuales son las situaciones que, si bien también son consideradas conflictos de interés, en caso de presentarse, podrán ser permitidas siempre y cuando se cumpla con un procedimiento determinado.

Se trata del reconocimiento expreso que hace la organización de que no todos los conflictos de interés son *per se* perjudiciales para ella, razón por la cual, autoriza determinados conflictos siempre y cuando se satisfagan ciertos “requisitos de procedimiento” que otorgue validez a los mismos. En algunos instrumentos de *soft law* este conflicto de interés es denominado “esporádico”, y se recomienda que la organización cuente con un mecanismo en su normativa interna que indique el procedimiento aplicable, con detalle de las reglas y pasos a seguir, que deben ser fácil de administrar y difícil de eludir²⁹.

Usualmente, el ente encargado de decidir en la organización exige que se cumpla con un plan de remediación para mitigar riesgos, acompañar la situación, medir el impacto y evitar perjuicios. El no acatamiento del plan de remediación, o si en el marco de su seguimiento se verifican desviaciones, se podrán dictar sanciones en contra de los involucrados.

En las normas o políticas de gestión de conflicto de interés se incluye el procedimiento para el tratamiento de los conflictos catalogados como “tolerables”, y deben contener al menos:

1. Descripción clara respecto a las situaciones que considera conflicto de interés, y el tratamiento según sean objetivamente perjudiciales o tolerables para la organización.

Dicha descripción debe constar por escrito, ya sea como una política, parte del Código de Ética³⁰ o inclusive en los Estatutos de la organización³¹.

²⁹ “Si el conflicto de interés es esporádico, deberá existir un mecanismo en la normativa interna corporativa que indique el procedimiento aplicable, con detalle de las reglas y pasos a seguir, que debe ser relativamente fácil de administrar y difícil de eludir”. Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo. 2013... Lineamiento Nro. 27. p. 71.

³⁰ “Las sociedades que planean la abertura del capital deben contemplar exclusivamente acciones ordinarias. Las sociedades con acciones ordinarias y preferentes ya emitidas deben evolucionar para el concepto “una acción = un voto”. En el caso de que no sea posible, se sugiere que a las acciones preferentes les sea concedido derecho de voto en determinadas situaciones, las cuales deben constar en el Estatuto Social, tales como: (...) situación de conflicto de intereses, cuya caracterización debe estar prevista en el estatuto de la compañía o en el Código de ética, se lo hubiese”. Código Brasileño de las Mejores Prácticas de Gobernanza Corporativa del IBGC – Instituto Brasileño de Gobernanza Corporativa. Tercera versión.

³¹ “El Estatuto Social debe contener mecanismos para la resolución de casos de conflicto de intereses” (ver sección 6.2). Código Brasileño de las Mejores Prácticas de Gobernanza...

2. Procedimiento en caso de que se trate de un conflicto de interés de los denominados tolerables.

El procedimiento debe ser claro, comunicarse a toda la organización y estar disponible para su consulta por medios de fácil acceso. Además, debe contener por lo menos:

a. Formalidades respecto a la revelación de la situación de conflicto de interés, indicación respecto a ante quien o a que órgano de la organización debe hacerse esta revelación del conflicto, así como la periodicidad con la que dicha declaración debe ser repetida.

Se suele exigir que la revelación del conflicto de interés se efectúe ante un Comité³² específico o ante la Junta Directiva³³, lo importante es que quede muy claro en el procedimiento establecido para tal fin la indicación del órgano ante el cual se debe acudir, además, se debe permitir la posibilidad que otra persona denuncie el conflicto de interés en caso de que el involucrado no lo haga³⁴ garantizándole los medios para que la denuncia se pueda hacer de manera anónima y así evitar el riesgo de retaliación.

b. Tipo de información y/o documentación que se debe suministrar.

Se recomienda especificar los soportes que debe acompañarse con la revelación del conflicto de interés. Su consignación es fundamental para poder realizar un análisis objetivo y poder valorar la situación adecuadamente.

³² “Las EPE deben exigir una declaración de conflicto de intereses a los directores, y deben tener previsto en los Estatutos el procedimiento de administración de conflictos de intereses. Los directores deben estar obligados a declarar al Comité de Nombramientos y Retribuciones –o al Directorio en su defecto– cualquier situación de conflicto de intereses –directo o indirecto– que pudieran tener frente al interés general de la Sociedad. Esta declaración debe realizarse formalmente, al menos una vez al año. Los Estatutos deben estipular el comportamiento esperado del director ante tal situación y la sanción en caso de violación de la norma”. Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de las empresas del Estado. Serie Políticas Públicas y Transformación Productiva. N°37. 2021. Banco de Desarrollo de América Latina. Guía 38.

³³ “Las personas afectadas por un conflicto de interés deberán comunicar al Comité de Nombramientos y Retribuciones o al Directorio cualquier situación de conflicto, directo o indirecto a través de partes vinculadas, que pudieran tener frente al interés general de la sociedad”. Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo...

³⁴ “Hay conflicto de intereses cuando alguien no es independiente con respecto al asunto en discusión y puede influir o tomar decisiones provocadas por intereses diferentes a los de la organización. Esta persona debe manifestar, oportunamente, su conflicto de intereses o interés particular. Si no lo hace, otra persona podrá manifestar el conflicto”. Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. IBGC. 4ta Edición. São Paulo. “Existe conflicto de intereses cuando alguien no es independiente con relación a la materia en discusión y puede influenciar o tomar decisiones motivadas por intereses distintos que los de la sociedad. Esa persona debe manifestar, oportunamente, su conflicto de intereses o interés particular, bajo riesgo de que cualquier otra persona lo haga”. Código Brasileño de las Mejores Prácticas de Gobernanza Corporativa del IBGC...

c. *Evaluación de la situación revelada por parte del órgano competente.*

En esta fase se le puede solicitar información y/o documentación adicional al sujeto involucrado. También es posible que el órgano competente consulte con asesores externos en caso de considerarlo necesario.

d. *Decisión del caso con el plan de acción correspondiente.*

Lo más importante del procedimiento es que en todo momento prevalezcan los principios de transparencia y objetividad, por lo que, si el sujeto involucrado en el conflicto de interés forma parte del órgano encargado de evaluar y decidir el caso, deberá inhibirse, al igual que cualquier otro miembro si considera que existe un conflicto de interés que no les permita cumplir con su deber adecuadamente³⁵.

El principio de transparencia tiene especial relevancia cuando de organizaciones públicas se trata, ya que la transparencia da legitimidad y credibilidad al sistema político democrático, permite vigilar que éste sirva al bien común y contribuye a que

³⁵ “Sería deseable que los administradores de la sociedad no acepten ni soliciten representaciones cuando en la Agenda de la Asamblea figuren temas en los que el administrador puede estar en conflicto de interés, como podría ser el caso de un cese, acción de responsabilidad, o la aprobación de una operación relacionada en la que el administrador o sus partes vinculadas tengan un interés particular.

(...) Consideramos que los administradores que a su vez sean accionistas deberían poder ejercer sus propios derechos de voto sobre cualquier tema, excepto aquellos personales en los que se encuentren en conflicto de interés”. Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo...

“Estatutariamente deberá preverse que, en caso de existir un conflicto de interés que afecte a un Director, éste deberá abstenerse de votar en el momento de valorar esta situación”. Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo...

“Tan luego haya sido identificado un conflicto de intereses con relación a un tema específico, la persona involucrada debe apartarse, inclusive físicamente, de las discusiones y deliberaciones. El alejamiento temporal debe ser registrado en acta”. Código Brasileño de las Mejores Prácticas de Gobernanza Corporativa del IBGC.

“**1.5.8 Conflicto de intereses en las asambleas generales.** El socio que, por cualquier motivo, tuviese interés particular o en conflicto con el de la sociedad en determinada deliberación, deberá abstenerse de participar de la discusión y votación de ese ítem, incluso en la condición de representante de terceros”. Código Brasileño de las Mejores Prácticas de Gobernanza Corporativa del IBGC.

“Cuando se identifique un conflicto de intereses con respecto a un tema específico, la persona involucrada debe apartarse y abandonar, inclusive físicamente, las discusiones y deliberaciones, sin descuidar los deberes legales del administrador. El abandono temporal se debe registrar en el acta”. Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. IBGC.

“**Principio 13: Delegación de voto.** La sociedad no limita el derecho del accionista a delegar su voto. La sociedad cuenta con procedimientos en los que se detallan las condiciones, los medios y las formalidades en las situaciones de delegación de voto y pone a disposición de los accionistas un modelo de carta de representación. En dicho documento se incluyen los datos de los representantes, los temas para los que el accionista delega su voto y, de ser el caso, el sentido de su voto para cada una de las propuestas. Cuando la delegación es efectuada a un miembro del Directorio o de la Alta Gerencia de la sociedad, el accionista deja claramente establecido el sentido de su voto; sin embargo, el representante no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a las acciones representadas en aquellos puntos de la agenda en los que se encuentre en conflicto de interés. La sociedad establece límites para la delegación de votos cuando se trata de miembros del Directorio o de la Alta Gerencia.

(...) **Principio 22: Código de Ética y conflictos de interés (...)** Los directores se abstienen de votar o participar en cuestiones que podrían significarle un conflicto de interés. El Directorio es responsable de realizar seguimiento y control de los posibles conflictos de interés que surjan en el Directorio”. Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas.

gobernantes, legisladores y funcionarios públicos atiendan al interés general antes que a sus intereses particulares³⁶.

Vale la pena destacar que el simple hecho de que la organización cuente con una Norma o una Política de gestión de conflictos de interés no significa que esta gestione eficientemente los conflictos de interés, ya que resulta indispensable que se lleve a cabo una labor de continua vigilancia y control.

Dependiendo del tipo de sociedad algunos instrumentos de *soft law* exigen que las situaciones de conflicto de interés del tipo relevante en que se encuentren los Directores sean recogidas en información pública con carácter anual³⁷.

4.3. Según el tipo de relación

En esta categoría el conflicto de interés se analiza dependiendo del vínculo jurídico que existe entre el sujeto inmerso en el conflicto de interés y la organización, dividiéndose en: 1) con motivo de relaciones hacia lo interno de la sociedad, la cual comprende las relaciones: (i) entre los accionistas, (ii) entre los accionistas y los administradores, y (iii) entre la organización y sus trabajadores; 2) con motivo de relaciones hacia lo externo de la sociedad, que puede ser (i) entre la organización y sus proveedores, y (ii) entre la organización y sus clientes.

Así mismo reviste de especial interés comprender quienes son los sujetos considerados como personas vinculadas. En primer lugar, se recomienda que en los Estatutos se especifique en qué supuestos una persona tendría la consideración de vinculada y, por tanto, respecto a las que se establece la obligación de informar sobre un conflicto de interés³⁸.

En segundo lugar, una buena guía para entender el tema es la Norma Internacional de Contabilidad N° 24 (NIC 24), según la cual, tendrán la consideración de personas vinculadas a los Directores las siguientes:

- i. El cónyuge del Director o la persona con análoga relación de afectividad.
- ii. Los ascendientes, descendientes y hermanos del Director o del cónyuge del mismo.
- iii. Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del Director.

³⁶ Gustavo Ernesto Emmerich. “Transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana”. Revista Polis. (2004).

³⁷ Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo...

³⁸ Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo...

iv. Las personas jurídicas con las que el Director, o cualquiera de las personas anteriores a él vinculada, mantengan una participación en el capital estable y significativa o tienen capacidad para intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de la entidad, aunque sin llegar a tener el control de las mismas, pudiéndose obtener la capacidad de intervención además mediante participación en la propiedad, disposición legal o estatutaria, o acuerdos.

Especialmente importante es la necesaria extensión subjetiva de los deberes y de la consideración de personas vinculadas, en el supuesto de que el Director sea una persona jurídica. En consecuencia, se deberá entender que son personas vinculadas las siguientes:

- i. Los Directores de hecho, incluyendo los Directores ocultos (*shadow Directors*), o de derecho.
- ii. Los liquidadores.
- iii. Los apoderados con poderes generales del Director persona jurídica.
- iv. Las sociedades de su mismo grupo.
- v. Las personas que respecto del apoderado del Director persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los Directores de conformidad con lo establecido anteriormente.
- vi. Anualmente los Directores y miembros de la Alta Gerencia deberán presentar y mantener permanentemente actualizada una declaración general de vinculaciones.

4.3.1. Con motivo de relaciones hacia lo interno de la sociedad

A continuación, se analizarán situaciones que surgen en el marco de distintos tipos de relaciones derivadas del contrato de sociedad:

4.3.1.1. Entre los accionistas y administradores

Se trata del principal conflicto de interés que procura evitarse mediante la aplicación del Buen Gobierno Corporativo, en donde existe un conflicto entre el interés social con el interés propio, y suele presentarse cuando colisiona la “propiedad” con la “administración” en la organización.

El administrador, al aceptar el cargo se somete a los Estatutos y a las reglas de la sociedad, y se transforma en uno de los más importantes custodios del pacto social. Así, existe una relación de índole contractual entre el administrador y la sociedad, y desde el momento en el que este inicia a ejercer su rol queda obligado a cumplir con las

reglas propias de la profesión, y asume un deber fiduciario, que comprende a su vez, 3 deberes fundamentales: el deber de diligencia y cuidado, el deber de lealtad, y el deber de transparencia o información.

Para Quijano Gonzalez y Duque Domínguez³⁹ los deberes de los administradores son, en su anverso, deberes, pero en su reverso constituyen sus poderes o facultades, las cuales vienen a ser, al propio tiempo, una obligación. Esto significa que, si solamente fuesen poderes, se podría deducir que el ejercicio de la actividad de administración tendría carácter discrecional y, en consecuencia, los administradores podrían, o no, ejercitar a su arbitrio las facultades que le están atribuidas, pero, no les son otorgadas en interés propio, sino en atención a la consecución del interés social, por eso, no se les permite anteponer su interés personal sobre el de la sociedad.

Existe consenso en la doctrina y en el *soft law* en considerar que, con carácter general, frente a un conflicto de interés entre la sociedad y un miembro del Directorio o de la Alta Gerencia, el deber de lealtad es el que debe orientar la decisión, y consecuentemente se debe privilegiar siempre el interés social⁴⁰.

Llebot Majó⁴¹ señala que el deber de lealtad exige que los administradores antepongan en todo momento el interés de la sociedad a su propio interés, por ende, deben abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a expensas de la sociedad.

En este sentido, los administradores, deben ser leales con la organización y con todos los accionistas y no sólo con los que los eligieron⁴², ya que la misión de la Junta Directiva es proteger y valorar la organización, optimizar el retorno de la inversión a largo plazo y buscar el equilibrio entre los deseos de las partes interesadas, de manera tal que cada parte se beneficie apropiadamente y en proporción al vínculo que posee con la organización y al riesgo al que está expuesto⁴³.

El administrador debe tomar sus decisiones procurando lo mejor para los intereses de la sociedad, no para los intereses personales de un accionista o grupo de accionistas. Veamos algunos ejemplos:

- a. Otorgar préstamos al accionista sin intereses.** ¿Cuál es el sentido de otorgar un préstamo sin interés a un accionista?, la actividad empresarial tiene siempre una finalidad lucrativa, dar un préstamo a título gratuito solo busca beneficiar al

³⁹ Jesús Quijano Gonzalez, y Justino F. Duque Domínguez. “La responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima: aspectos sustantivos”. Universidad, Secretariado de Publicaciones, D.L. Valladolid. (1985).

⁴⁰ Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo...

⁴¹ José Oriol Llebot Majó. “Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima. En: Civitas estudios de derecho mercantil”. Nro. 25, Civitas. Madrid. (1996).

⁴² Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa...

⁴³ Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa...

accionista en detrimento del patrimonio de la sociedad, afectando el flujo de caja, y corriendo el riesgo de no recuperar el dinero. En este ejemplo queda claro que el administrador prefiere privilegiar al accionista antes de cumplir con su deber de lealtad, prevaleció la “propiedad” antes que la “administración”, prevaleció el interés personal antes que el cumplimiento de la obligación profesional, provocando todos los efectos negativos que genera un conflicto de interés.

- b. Comprar activos del accionista a precios superiores del mercado y/o en momentos no convenientes.** Puede que dada algunas circunstancias la sociedad decida comprar activos del accionista, pero definitivamente no parece que sea apropiado comprarlos a precios superiores del mercado ya que afectaría las finanzas de la organización. Los administradores en su deber de diligencia y cuidado deben buscar que sus decisiones estén orientadas hacia lo más conveniente para la sociedad, y si en el mercado pueden conseguir activos similares a mejor precio, sin dudas que, comprárselo al accionista a precios superiores sería una decisión cuyo único propósito sería beneficiar al accionista. En este ejemplo el administrador incumplió con su deber de lealtad, perjudicó patrimonialmente a la sociedad y benefició los intereses personales del accionista.
- c. Invertir en un emprendimiento del accionista que nada tiene que ver con el objeto social de la sociedad.** En este supuesto se evidencia que el administrador estaría tomando decisiones inapropiadas tendientes a favorecer intereses ajenos a los societarios.

En los tres ejemplos antes indicados los conflictos suelen ocurrir por presiones que efectúan algunos accionistas. Se recomienda un frecuente monitoreo en las propuestas y votaciones para verificar si existe una tendencia por parte de algún administrador de favorecer a accionistas determinados, y así poder iniciar los procedimientos de investigación interna para tomar las decisiones y correctivos que corresponda ante un caso de conflicto de interés.

- d. Responder a influencias políticas.** Esto ocurre especialmente en las empresas en las que el Estado tiene algún tipo de participación. El *soft law* ha señalado que en este tipo de empresas el Directorio no debería responder a influencias políticas, salvo aquellas expresamente autorizadas por el Parlamento o aprobadas a través de procedimientos específicos, y que el Estado debe procurar que sus directores tengan las condiciones profesionales y éticas idóneas para ejercer el cargo con independencia⁴⁴.

⁴⁴ Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de las empresas del Estado... Lineamiento 8.

Por otro lado, el Código de Comercio⁴⁵ venezolano señala casos específicos para limitar la actuación del administrador con el propósito de evitar que ocurra un conflicto de interés, ya que se presume que la situación necesariamente tendrá como resultado una conducta por parte del administrador que será contraria al interés societario, veamos algunos ejemplos:

- a. Prohibición de hacer operaciones en la misma especie de negocios:** Señala el artículo 326 del Código de Comercio que los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada no pueden hacer operaciones por su cuenta propia ni por la de un tercero, en la misma especie de negocios que realiza la compañía, sin el consentimiento de todos los socios. Tampoco podrán los administradores tomar interés en otra compañía que explote la misma rama de negocios que aquella a la cual pertenecen, a menos que por ello sean autorizados por todos los socios.
- b. Deber de inhibición en las deliberaciones:** El artículo 269 del Código de Comercio establece que el administrador en una operación determinada tiene, ya en su propio nombre, como representante de otro, un interés contrario al de la compañía, debe manifestarlo así a los demás administradores y abstenerse de intervenir en las deliberaciones sobre la materia⁴⁶.
- c. Abstención de votar en aprobación de balance y deliberaciones respecto a su responsabilidad:** El artículo 286 *ejusdem* señala que los administradores no pueden dar voto en la aprobación del balance ni en las deliberaciones respecto a su responsabilidad, esto debido a que de acuerdo con el artículo 304 son los administradores quienes tienen la obligación de presentar a los comisarios el balance, el cual debe demostrar con evidencia y exactitud los beneficios realmente obtenidos y las pérdidas experimentadas. De tal manera que el referido artículo 286 coloca límites para evitar la configuración de decisiones viciadas por conflictos de interés.
- d. Prohibición de servirse de la firma o de los capitales sociales en provecho propio:** Otro ejemplo de cómo el Código de Comercio regula indirectamente al conflicto de interés se evidencia en el artículo 337, al señalar como causal para la exclusión de socios de la sociedad, al socio administrador que se sirve de la firma o de los capitales sociales en provecho propio; que comete fraude en la administración o en la contabilidad.

⁴⁵ Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475, del 21 de diciembre de 1955.

⁴⁶ Los Global Corporate Governance Principles de la International Corporate Governance Network, publicadas en 2009, señalan que los administradores que tengan interés personal en cuestiones bajo consideración del órgano de administración deben abstenerse de participar en las discusiones en torno a ellas y, ser especialmente cuidadosos al evitar las situaciones en las que podría haber, incluso, apariencia de conflicto de interés.

Vale la pena recordar que de acuerdo con el artículo 243, 266 y 324 del Código de Comercio los administradores son responsables solidariamente para con los accionistas, la sociedad y para con los terceros del exacto cumplimiento de los deberes que les impone la ley y los estatutos sociales.

4.3.1.2. Entre los accionistas

A continuación, se analizarán situaciones que dan origen a conflictos de interés cuando hay accionistas que asumen conductas tendientes a procurar satisfacer sus intereses personales en contraposición a los intereses sociales.

Tradicionalmente ha resultado mucho más evidente el valor del deber de fidelidad en las sociedades de personas que en las de capital, de hecho, por mucho tiempo fue habitual encontrar situaciones como la “prohibición de competencia del socio” únicamente para el caso de las sociedades de personas. Con el tiempo, se ha venido extendiendo determinadas limitaciones para la sociedad de responsabilidad limitada por tratarse de un tipo de sociedad híbrida, y para las sociedades de capital más recientemente⁴⁷ el enfoque ha estado principalmente en la “prohibición de voto”.

En el caso de conflictos de intereses en la Asamblea de Accionistas el socio que por cualquier motivo tenga un interés particular o conflictivo con el de la organización en una situación determinada, deberá comunicar el hecho de inmediato y abstenerse de participar en el análisis y la votación de esa situación, aun cuando esté representando a terceros⁴⁸.

Para las sociedades en nombre colectivo, el Código de Comercio prohíbe en el artículo 232 a los socios tomar interés en otra compañía en nombre colectivo con el mismo objeto, sin el consentimiento de los otros socios. Se presume el consentimiento si preexistiendo el interés, al celebrarse el contrato era conocido por los otros socios y no se convino que cesare. Así mismo, en el artículo 233 *ejusdem*, prohíbe a los socios hacer operaciones por su propia cuenta o por la de un tercero en la misma especie de comercio que hace la sociedad.

Al tratarse de una sociedad de personas en donde los socios responden solidaria, subsidiaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales, la persona de los socios tiene especial importancia, con lo cual, se espera que cada uno de ellos cumplan con un deber de lealtad al prohibirles que participen en otra compañía del mismo tipo y con el mismo objeto, no sería justo para los demás socios que las ideas, proyectos, planes,

⁴⁷ Reforma de 2014 de la Ley de Sociedades de Capital de España.

⁴⁸ Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa ... (Ver 1.4.7).

etc., sean explotados y/o conocidos por un competidor debido a que uno de los socios toma interés en ella. Es por ello que su derecho de asociación se limita a evitar que se explote el mismo negocio en una organización que es su propia competencia.

El tema es tan relevante que el artículo 337 del Código que regula las causales de exclusión de los socios de la sociedad, incluye al socio que contravenga las disposiciones de los artículos 232 y 233, con lo cual se sanciona la actitud desleal del socio.

Para el caso de la sociedad en comandita, el artículo 238 del Código de Comercio señala que los socios comanditarios no pueden ser administradores, pero solo se refiere a relaciones externas (es decir, la representación de la sociedad), no con la gestión interna. La infracción de esta norma trae como consecuencia que el socio comanditario, se convierta en socio solidario, pero solo a los efectos del negocio que intervenga.

El motivo de dicha prohibición radica en las características que tiene cada uno de los tipos de socios en la sociedad en comandita. Los socios comanditantes responden ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales, mientras que los socios comanditarios su responsabilidad está limitada a su aporte. De tal manera que la prohibición aparece como una medida de protección y prevención a favor de los socios comanditantes, para evitar que el socio comanditario sea administrador y que ante un momento de colisión entre sus intereses personales y los de la organización, la comprometa con terceros, afectando patrimonialmente no solo a la sociedad sino también a los socios comanditantes.

Así mismo, el artículo 236 indica que las disposiciones de los artículos 232 y 233 se aplicarán al socio o socios solidarios.

El reconocimiento en nuestro Código de Comercio de la obligación de no competencia coincide con otros ordenamientos, especialmente del Derecho Europeo, pero no es el mismo caso con el *Common Law*, en donde más bien ha habido una carencia de tratamiento sobre el tema.

Por último, vale la pena señalar el caso de conflicto de interés en la sociedad unipersonal, es decir, la contratación del socio único con la sociedad. Primero se debe aclarar que de acuerdo con el Código de Comercio venezolano no es posible la constitución de una sociedad mercantil con un único socio⁴⁹, pero si está permitido que, por razones sobrevenidas, la sociedad se transforme en unipersonal.

⁴⁹ A diferencia de otras legislaciones como la uruguaya que si lo permite.

El caso es que la doctrina⁵⁰ ha señalado que no puede hablarse de que exista un auténtico conflicto de interés de la sociedad unipersonal con el socio cuando este haya celebrado un contrato o realizado un negocio con la sociedad, existe una contraposición de intereses de índole formal pero no de carácter sustancial. Esto explica que la solución legislativa en ordenamientos como el español⁵¹ no tenga por objetivo proteger estrictamente a la sociedad unipersonal frente a las posibles ventajas que a través de ellas pueda obtener el socio único, sino a los terceros que hubieren contratado con la sociedad, específicamente a los acreedores de la sociedad unipersonal.

4.2.1. Entre organización y trabajadores

Se trata del conflicto de interés que ocurre cuando un trabajador se encuentra en una situación en donde sus intereses personales están en conflicto con los intereses sociales de la organización, y como consecuencia, ha perdido su capacidad de tomar decisiones de manera objetiva.

Los conflictos de intereses de esta naturaleza son los que con mayor frecuencia se manifiesta dentro de la organización y que requiere de reglas claras para poder investigarlos y tratarlos. Un trabajador cuando inicia su relación laboral con una organización se somete al cumplimiento de sus normas internas.

Algunos ejemplos:

- a. Participar en actividades que compitan con los intereses de la organización.
- b. Tomar decisiones influenciadas por intereses personales (familiares o de amistades).
- c. Usar las oportunidades comerciales, bienes, información, o recursos de la organización para beneficio personal o para beneficiar a otros.
- d. Contratar, supervisar o tener una línea directa o indirecta de reporte con un familiar, pareja o amigo cercano.
- e. Tener un empleo o actividad fuera de la organización que afecte negativamente su desempeño laboral.
- f. Trabajar o prestar servicios a un proveedor, cliente o competidor actual o potencial, tener un interés financiero, o recibir cualquier tipo de beneficio de este.

⁵⁰ Alberto Empanza Sobejano. "Conflictos de intereses en la sociedad unipersonal". Conflictos de intereses en las sociedades de capital: socios y administradores. Luis Hernando Cebriá (dir.). Marcial Pons. Madrid. (2022), p. 83.

⁵¹ Artículo 16 de la Ley de Sociedades de Capital de España.

El Código de Comercio regula la relación con el factor mercantil y los dependientes, al señalar en el artículo 98, que se les prohíbe traficar por su cuenta y tomar interés en nombre propio o ajeno, en negociaciones del mismo género que las del establecimiento en que sirven, a menos que fueren expresamente autorizados para ello. En caso de contravención, señala dicho artículo que, se aplicarán al principal las utilidades que produzcan las negociaciones, quedando las pérdidas por cuenta de aquellos.

El artículo 103 *ejusdem* indica los casos por los cuales los contratos entre los principales y los factores o dependientes, por tiempo determinado, son rescindibles antes de la expiración del término, y señala expresamente entre ellas, “*las injurias o actos que a juicio del Tribunal de Comercio comprometan la seguridad personal, el honor o los intereses del principal o del factor o dependiente*”.

4.3.2. Con motivo de relaciones hacia lo externo de la sociedad

Las relaciones que puedan surgir hacia lo externo de la sociedad, es decir, entre accionistas y terceros (incluyendo a los acreedores) se basan sobre planteamientos institucionalistas de economía social y de ética de los negocios⁵², en la que podrían ocurrir situaciones de conflictos de interés. Su estudio y regulación a nivel europeo⁵³ se debe a una visión moderna que tiene una influencia anglosajona.

Especial atención se ha puesto a las situaciones de insolvencia o proximidad a la insolvencia, en donde el conflicto entre accionista y acreedores se agudiza porque los accionistas tienen incentivos para actuar en perjuicio de los acreedores⁵⁴.

Sin embargo, en la cotidianidad de las organizaciones pueden surgir múltiples situaciones generadoras de conflictos de interés en sus vinculaciones con terceros como proveedores y clientes.

4.3.2.1. Entre organización y proveedores

Al igual que en los casos anteriores, se trata de una situación en donde los intereses personales de un individuo dentro de la organización (podría ser accionistas, directores o trabajadores) que tenga relacionamiento con algún proveedor son incompatibles con sus deberes profesionales, en este caso, en el marco de las relaciones con proveedores.

⁵² Jordi Piedra Arjona. “Conflictos de intereses y sociedades en crisis: lealtad corporativa en la proximidad a la insolvencia”. Conflictos de intereses en las sociedades de capital: socios y administradores. Luis Hernando Cebriá (dir.). Marcial Pons. Madrid. (2022), p. 115

⁵³ Directiva UE 2019/1023

⁵⁴ Jordi Piedra Arjona. “Conflictos de intereses y sociedades...117.

Para mitigar este riesgo, se recomienda contar con un Código de Ética de la organización en donde se señale por lo menos, que: i) todos los integrantes de la organización que tengan algún tipo de responsabilidad sobre la contratación de proveedores, deben evitar interferencias que puedan afectar su imparcialidad u objetividad al momento de contratar suministros y/o servicios, o establecer condiciones económicas, ii) siempre que sea posible, evitarse relaciones de exclusividad, y iii) prohibir relaciones basadas en lazos personales o familiares.

Algunos ejemplos:

- a. Hacer una compra o una opción comercial para impulsar un negocio en el que se tiene una participación.
- b. Hacer arreglos para trabajar para un proveedor o cliente en una fecha futura mientras se continúa haciendo negocios con ellos.
- c. Un empleado acepta un paquete de vacaciones como regalo de un proveedor, y luego compra al proveedor más de lo que la empresa necesita como agradecimiento.
- d. Un ejecutivo elige a un proveedor para tener una relación comercial con la empresa, pero posee acciones del negocio del proveedor.

4.3.2.2. Entre organización y clientes

Al igual que el caso anterior, en los conflictos de interés con clientes pueden involucrarse accionistas, directores y/o trabajadores. Se trata de una situación en la cual la incompatibilidad de intereses personales y sociales se presentan frente a la relación con los clientes de la organización.

Para poder mitigar este riesgo se recomienda contar con políticas comerciales.

Algunos ejemplos:

- a. Aceptar un favor o un regalo de un cliente por encima del importe especificado como aceptable por la organización.
- b. Hacer arreglos para trabajar para un proveedor o cliente en una fecha futura mientras se continúa haciendo negocios con ellos.
- c. Beneficiar a un cliente con descuentos especiales por lazos familiares o de amistad.
- d. Proporcionar información confidencial de la organización.

Por supuesto que dependiendo del tipo de actividad que desarrolle la empresa será necesario ser más específicos, por ejemplo, si se tratara de una empresa del ramo bancario se podría incluir:

- a. Recibir mandatos de clientes en banca de inversión que resulten incompatibles con la estrategia de la entidad o con mandatos recibidos de otros clientes⁵⁵.
- b. De la relación con sus clientes, se pueden producir, entre otras, las siguientes situaciones de conflicto de interés⁵⁶:
 - La entidad o el ejecutivo responsable puede obtener un beneficio financiero, o evitar una pérdida financiera, a expensas del cliente.
 - La entidad o el ejecutivo responsable tiene un interés propio en el resultado de un servicio prestado al cliente o de una operación por cuenta del cliente, distinto del interés del cliente en ese resultado.
 - La entidad o el ejecutivo responsable tiene incentivos financieros o de otro tipo para favorecer los intereses de otro cliente o frente a los intereses del cliente.
 - La entidad o el ejecutivo responsable desarrolla la misma actividad que el cliente.
 - La entidad o el ejecutivo responsable recibe o va a recibir de una persona distinta del cliente un incentivo en relación con un servicio prestado al cliente, en forma de dinero, bienes o servicios, aparte de la comisión o retribución habitual por ese servicio.

5. Recomendaciones adicionales para la gestión del conflicto de interés

A continuación, se enumerarán unas recomendaciones adicionales que suelen encontrarse en los instrumentos de *soft law* y que toda organización debería tomar en cuenta en la gestión del conflicto de interés:

- Priorizar la separación de funciones y la definición clara de papeles y responsabilidades asociadas a los mandatos de todos los agentes de gobierno corporativo, inclusive definiendo los límites de decisión de cada instancia, para minimizar posibles puntos de conflictos de intereses⁵⁷.
- Los acuerdos entre los accionistas sobre la compra y venta de sus participaciones, preferencia para adquirirlas, ejercicio del derecho a voto o de poder de control deben incluir mecanismos para resolver los casos de conflicto de intereses y las condiciones de desvinculación de accionistas⁵⁸.

⁵⁵ Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo...

⁵⁶ Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo...

⁵⁷ Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa...

⁵⁸ Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa... (ver 6.2 y 1.7).

- El Código de Conducta debe reflejar adecuadamente la cultura de la empresa y enunciar, con toda claridad, los principios en los que se basa. Además de ofrecer vías para denuncias o solución de dilemas éticos, debe cubrir, principalmente, los asuntos relacionados con conflicto de intereses⁵⁹.
- En las empresas familiares un importante riesgo de gobernanza puede estar asociado a procesos sucesorios y a la separación de papeles en la gestión del negocio para garantizar la objetividad en las decisiones y evitar conflictos de intereses⁶⁰. El protocolo familiar contiene la visión, misión, valores, condiciones y reglas en la forma de relacionarse económica y profesionalmente entre la familia, los accionistas y la sociedad, incluidas las limitaciones asociadas a tal interrelación; las medidas para prevenir, detectar, manejar y revelar los conflictos de interés que se presenten; y los posibles roles de los miembros de la familia en la conformación y distribución de funciones dentro de los órganos de gobierno de la sociedad⁶¹.

CONCLUSIONES

Actualmente el estudio profundizado de los conflictos de interés presenta retos significativos, representados por la dificultad conceptual, la poca y dispersa regulación, la participación de múltiples sujetos que pueden verse inmersos en conflictos de interés, y por el hecho de que no es posible contar con un catálogo de situaciones generadoras de conflicto de interés.

En el ámbito societario y bajo el contexto del Buen Gobierno Corporativo, se propone definir al conflicto de interés como una manifiesta contraposición de intereses, entre el deber profesional y el interés personales del accionista, administrador o trabajador, que podría influir negativamente en su toma de decisión que siempre debe estar orientada hacia el interés social de la organización.

Los conflictos de interés no se pueden evitar de manera absoluta, siempre existirá la posibilidad de ocurrencia durante la vida de la organización, lo verdaderamente importante es contar con un sistema efectivo de gestión del conflicto.

⁵⁹ Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa... (ver 6.2); Código Brasileño de las Mejores Prácticas de Gobernanza Corporativa del IBGC (ver 6.1.1), Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas... (Principio 22: Código de Ética y conflictos de interés).

⁶⁰ “Já em uma empresa familiar, um risco de governança pode estar associado a processos sucessórios e à separação de papéis na gestão do negócio para garantir a objetividade das decisões e evitar conflitos de interesses”. Boas práticas para uma agenda ESG nas organizações...

⁶¹ Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas... (Principio F1: Estructura de gobierno familiar y protocolo familiar. (Anexo B Principios complementarios para Sociedades Familiares)

El bien jurídico que se procura proteger mediante una adecuada gestión de los conflictos de interés es el interés social. A la vez, la finalidad metajurídica que se persigue es proteger la reputación organizacional.

En el ámbito societario los principales conflictos de interés que surgen son aquellos entre los accionistas, entre estos y los administradores, entre la organización y sus trabajadores, entre la organización y sus proveedores, y entre la organización y sus clientes.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- Alonso Almeida, María del Mar. “El gobierno corporativo electrónico: Análisis desde el enfoque de confianza”. Visión Libros. Madrid. (2007).
- Diéz-Picazo, Luis. “Prólogo a la traducción de la obra: El principio general de la Buena fe de F. Wieacker”. Segunda Edición. Editorial Civitas. Madrid. (1986).
- Emmerich, Gustavo Ernesto. “Transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana”. Revista Polis. (2004).
- Emparanza Sobejano, Alberto. “Conflictos de intereses en la sociedad unipersonal”. Conflictos de intereses en las sociedades de capital: socios y administradores. Luis Hernando Cebriá (dir.). Marcial Pons. Madrid. (2022).
- Gonzalo, Islas Rojas. “Gobierno corporativo: teoría económica, principios de la OCDE y la Ley N° 20.382”. Wilenmann Von Bernath, Javier (ed.), Gobiernos corporativos, aspectos esenciales de las reformas a su regulación. Santiago. (2011).
- Guerrero Briceño, Fernando. “Algunas consideraciones en torno a la buena fe en el Derecho Mercantil venezolano”. Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández. Temas Generales de Derecho Mercantil. Volumen I. Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. (2012).
- Lazen, Vicente y Cristián Eguiluz. “Conflictos de interés en servicios financieros: taxonomía y mecanismos de control regulatorio”. Superintendencia Valores y Seguros. Documento de Trabajo Nro. 6. Santiago. (2006). Disponible en: http://www.svs.cl/sitio/publicaciones/doc/documento_trabajo_6.pdf.
- Llebot Majó, José Oriol. “Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima. En: Civitas estudios de derecho mercantil”. Nro. 25, Civitas. Madrid. (1996).
- Pfeffer Urquiaga, Francisco y Germán Pfeffer Urquiaga. “Reforma a la Legislación de Mercado de Capitales”. Santiago. (2002).
- Piedra Arjona, Jordi. “Conflictos de intereses y sociedades en crisis: lealtad corporativa en la proximidad a la insolvencia”. Conflictos de intereses en las sociedades de capital: socios y administradores. Luis Hernando Cebriá (dir.). Marcial Pons. Madrid. (2022).

Quijano Gonzalez, Jesús y Justino F. Duque Domínguez. “La responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima: aspectos sustantivos”. Universidad, Secretariado de Publicaciones, D.L. Valladolid. (1985).

Ribas Ferrer, Vicenç. “El deber de lealtad del administrador de sociedades”. La Ley. Madrid. (2010).

Santana Lorenzo, Margarita. “Guía Práctica de Compliance Internacional”. Directora. Thomson Reuters. Aranzadi.

Villafañez Pérez, Itziar. “El Deber de Lealtad y sus concreciones en la legislación cooperativa”. El deber de lealtad y sus concreciones en la legislación cooperativa. 2014. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/REVE/article/download/49698/46199>

Legislación:

Boas práticas para uma agenda ESG nas organizações. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. IBGC. São Paulo. 2022.

Código Brasileño de las Mejores Prácticas de Gobernanza Corporativa del IBGC – Instituto Brasileño de Gobernanza Corporativa. Tercera versión.

Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas. Superintendencia del Mercado de Valores. 2013. Perú.

Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475, del 21 de diciembre de 1955.

Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. IBGC. 4ta Edición. São Paulo.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, con la Enmienda N° 1, sancionada por la Asamblea Nacional el 14 de enero de 2009, aprobada por el Pueblo Soberano en Referéndum Constitucional el 15 de febrero de 2009, y promulgada por el Presidente de la República el 19 de febrero de 2009.

Informe de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los Consejos de Administración de las sociedades, del 26 de febrero de 1998. España.

Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y Sociedades Cotizadas del 8 de enero de 2003. España.

Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de las empresas del Estado. Serie Políticas Públicas y Transformación Productiva. N°37. 2021. Banco de Desarrollo de América Latina.

Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo. 2013 Corporación Andina de Fomento.