

OFICIO 220-000982 DEL 09 DE ENERO DE 2018

REF: COMPETENCIA CON LA SOCIEDAD-CONFLICTO DE INTERESES-RADICACIÓN 2017-01-588691.

Me refiero a su comunicación radicada con el número citado, mediante la cual formula una consulta sobre la integración de la Junta Directiva y el conflicto de intereses que podría surgir respecto de sus miembros, en los supuestos que al efecto describe en los siguientes términos:

1. "Es posible que haga parte de la Junta Directiva de una sociedad anónima quien sean (SIC) socios de otra empresa que explota el mismo ramo de negocios y que por lo tanto se considera competencia?"
2. Es posible que haga parte de la Junta Directiva de una sociedad anónima quien sean (SIC) beneficiarios finales de otra empresa que explota el mismo ramo de negocios y que por lo tanto se considera competencia?"
3. Es posible contemplar el siguiente texto para reforma de estatutos o reglamento de junta:

(...)

En el entendido que la consulta en su contexto apunta a establecer si un miembro de Junta Directiva se encontraría incurso en una situación de competencia con la compañía o en conflicto de intereses para ejercer su cargo, por el hecho participar en otra sociedad que desarrolla el mismo objeto social, tema sobre cual esta Entidad se ha pronunciado en extenso, basta para ese fin traer los apartes del Oficio 220-187377 del 10 de noviembre de 2014, que a su vez remite al 220-140389 del 27 de noviembre de 2012, en los que se explica como en el marco de la legislación mercantil es posible que conductas constitutivas de conflicto de interés, se prediquen de los administradores y/o asociados, cuando los intereses particulares entran en contraposición con los intereses de la sociedad.

"(...)

"El texto del oficio 220-140389 mencionado, es el que sigue:

"... el Despacho observa que los puntos expuestos se reducen al tema del conflicto de interés y las consecuencias para los administradores que de manera directa o indirecta participan en actos que lo configuran, sin embargo como son temas que de tiempo atrás han sido analizados por la Entidad en diversos pronunciamientos, inclusive a través de Circulares Externas, la última de ellas, la 100- 006 del 25 de marzo de 2008, a la que se hará referencia, proferida con el fin

de que los administradores, los asociados y la comunidad empresarial en general conozcan la opinión sobre el particular, producto del análisis de la normatividad que se contempla en el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995, particularmente el artículo 23 de la misma, reglamentada por el Decreto 1925 de 2009.

“Para empezar en la referida Circular, tal como puede observarse, de manera clara y precisa se define quienes son administradores, entre ellos, el representante legal y los miembros de la junta directiva (Art. 22 de la Ley 222 Cit.); posteriormente se hace referencia a los principios de lealtad, buena fe y la diligencia de un buen hombre de negocios que deben orientar la gestión que por ley y/o estatutos le corresponde a quienes administran la compañía, indicando expresamente que en sus actuaciones se debe privilegiar el interés de la sociedad y de los asociados (Art. 23 Ib.), so pena que, en los términos del artículo 24 de la misma Ley, que modifica el artículo 200 del Código de Comercio, respondan solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los asociados y a terceros en general.

Luego de las anteriores consideraciones, la Entidad desarrolla el tema de las funciones que corresponden a sus administradores, entre las cuales se trae a colación lo que al respecto ha expresado en el tema del conflicto de interés, que es el asunto que aquí nos ocupa. Allí se expresa.

“(....) **3.8 Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses.**

Existe conflicto de interés cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquel o de un tercero.

“(....)

3.9 Circunstancias a tenerse en cuenta en los casos de actos de competencia y de conflictos de interés.

3.9.1 Incursión en conflicto de interés y competencia por interpuesta persona.

La participación en actos de competencia o de conflicto de intereses por parte de los administradores puede ser directa, cuando el administrador personalmente realiza los actos de competencia; o, indirecta, cuando el administrador a través de un tercero desarrolla la actividad de competencia, sin que sea evidente o notoria su presencia.

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

a) El cónyuge o compañero permanente del administrador, o las personas con análoga relación de afectividad.

b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del mismo.

c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador o del cónyuge del mismo.

d) Los socios del administrador, en compañías que no tengan la calidad de emisores de valores, o en aquellas sociedades en las cuales dada su dimensión, el administrador conozca la identidad de sus consocios.

Sobre el fenómeno de la interposición de personas ha manifestado la doctrina nacional:

"En fin, la declaración pública acerca de la naturaleza de negocio y de sus condiciones corresponde a una intención real; pero, de ordinario, para eludir prohibiciones legales tocantes con la capacidad de las partes, se recurre a una operación triangular, mediante la interposición de un testaferro u hombre de paja, quien sin tener interés en el negocio, se presta a desviar los efectos de este, primeramente hacia sí, para luego trasladárselos, mediante otro acto, a quien verdaderamente está llamado a recibirlos. Así, estando legalmente vedada la compraventa entre cónyuges no divorciados o entre padres e hijos de familia (recuérdese infra núm. 96, que la Corte Constitucional declaró inexequibles todos los artículos que en nuestro ordenamiento prohibían la compraventa entre cónyuges no divorciados, por lo cual ya no es necesario ningún subterfugio al respecto. Sin embargo, tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio se conservan numerosos ejemplos de incapacidades particulares para vender), se pretende eludir la nulidad consecuencial, desdoblando la intención real por medio de dos actos, en los cuales el testaferro actúa públicamente como parte en ellos, cuando en verdad su papel es el de simple puente de enlace entre las partes reales.

A este último propósito es importante precisar, según ya lo ha hecho nuestra Corte Suprema, la distinción entre dos situaciones distintas, en las cuales la interposición de persona puede implicar o no un caso de simulación. Si existe connivencia entre las partes verdaderas y el testaferro para ocultar la identidad de

una de aquellas, hay simulación; pero si la operación obedece a un acuerdo oculto entre el contratante secreto y su interpósito, sin que el otro contratante haya participado en el ocultamiento de aquel, no hay simulación".

(Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Sexta Edición. Editorial Temis s.a. 2000. Pág. 113)

3.9.2 Conducta del administrador en caso de actos de competencia o en caso de conflicto de interés:

El administrador deberá estudiar cada situación a efecto de determinar si incurre o está desarrollando actos que impliquen competencia con la sociedad o conflicto de interés, y en caso afirmativo deberá abstenerse de actuar y si está actuando deberá cesar en ello.

La duda respecto a la configuración de los actos de competencia o de conflicto de interés, no exime al administrador de la obligación de abstenerse de participar en las actividades respectivas.

Es preciso advertir que la prohibición para los administradores está referida a la participación en los actos que impliquen conflicto de interés o competencia con el ente societario. En este orden de ideas, cuando el administrador que tenga alguna participación en un acto de competencia o se encuentre en una situación de conflicto, sea miembro de un cuerpo colegiado - como sería el caso de la Junta Directiva - para legitimar su actuación no es suficiente abstenerse de intervenir en las decisiones, pues la restricción, como quedó dicho, tiene por objeto impedir la participación en actos de competencia o en actos respecto de los cuales exista una situación de conflicto, salvo autorización expresa del máximo órgano social, mas no su intervención en la decisión.

En los eventos señalados, el administrador pondrá en conocimiento de la Junta de Socios o de la Asamblea General de Accionistas esa circunstancia, debiendo igualmente suministrarle toda la información que sea relevante para que adopte la decisión que estime pertinente. El cumplimiento de tal obligación, comprende la convocatoria del máximo órgano social, cuando quiera que el administrador se encuentre legitimado para hacerlo. En caso contrario, deberá poner en conocimiento su situación a las personas facultadas para ello con el fin de que procedan a efectuarla. La información relevante debe tener la idoneidad suficiente para que el máximo órgano social logre conocer la dimensión real del asunto y pueda, así, determinar la viabilidad de la autorización que le interesa al administrador o, en caso contrario, obrar de otra manera.

3.9.3 Intervención de la Junta de Socios y de la Asamblea General de Accionistas.

El máximo órgano social al adoptar la decisión no puede perder de vista que el bienestar de la sociedad es el objetivo principal de su trabajo y de su poder, razón por la cual habrá lugar a la autorización cuando el acto no perjudique los intereses de la compañía. Por tanto, para determinar la viabilidad de la misma, la junta o la asamblea evaluarán, entre otros, los factores económicos, la posición de la sociedad en el mercado y las consecuencias del acto sobre los negocios sociales.

No sobra advertir que cuando el administrador tenga la calidad de asociado, deberá abstenerse de participar en la respectiva decisión y, en consecuencia, sus partes de interés, cuotas o acciones no podrán ser tomadas en cuenta para determinar el quórum, ni mucho menos la mayoría decisoria.

Finalmente, si el máximo órgano social no imparte su autorización, el administrador deberá abstenerse de ejecutar los actos de competencia o aquellos generadores de la situación de conflicto. En caso de desacato, podrá ser removido de su cargo y estará sujeto a la responsabilidad de que trata el artículo 200 del Código de Comercio. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones de orden legal que hubiere lugar.

(...)”.

Aclara aún más el tema del posible conflicto de interés y aporta mayores elementos de juicio algunas de las consideraciones y precisiones adicionales expuestas por el Despacho a través del Memorando Interno 321- 014 (Sic), oportunidad en la que se expresó:

“(...)

Frente al tema del conflicto de interés había sido claro el criterio de la entidad, según el cual era necesaria la presencia de dos elementos fundamentales:

- 1. La existencia de dos intereses contrapuestos, uno en cabeza de la sociedad y el otro en la del administrador;***
- 2. La posibilidad del administrador de elegir a favor de los intereses propios frente a los de la sociedad que administra.***

(...)

Estos elementos mencionados, son inescindibles, deben coincidir en la conducta estudiada, sin que para reprochar la actuación deba ser necesario

que se haya ocasionado un perjuicio a la compañía. Así las cosas, para verificar la existencia del conflicto en cabeza del administrador no basta la existencia de intereses contrapuestos, pues además el administrador o el evaluador, debe establecer si frente a las decisiones que habrían de ser consideradas, el administrador tendría razones y posibilidad para desplazar el interés de la compañía que administra por el suyo propio.

Tal premisa es clara cuando estamos frente al tema de la fijación del canon de arrendamiento de la bodega de su propiedad, como en la cuantificación del salario que la sociedad le paga en su carácter de Gerente, ya que en estos casos, se hallan perfectamente identificados los dos extremos de la relación, por una parte, el interés de la sociedad de evitar la menor erogación dentro de lo equitativo posible y de otra la del administrador, de obtener un mayor ingreso, por los servicios prestados, así como, la posibilidad de que el gerente desplace a la sociedad para obtener un beneficio propio.

Así las cosas, **estando sometido el interés de la sociedad a la determinación del administrador, que por sí mismo o con su concurso en las decisiones de la junta directiva, tendría en esas circunstancias no sólo la posibilidad, sino además motivos más que obvios como beneficiario directo que es en ambos casos, para favorecer su interés personal, por sobre el interés de la sociedad que se torna opuesto al suyo, es evidente que esta disyuntiva lo coloca indefectiblemente en un conflicto de interés,** el cual, cuando ocurre, desplaza la posibilidad de elaborar juicios de valor acerca de lo más justo o favorable para la compañía, trasladándola al máximo órgano social, de suerte que ya no les corresponde ni siquiera actuar en beneficio de la compañía, su única posibilidad de conducta es abstenerse de tomar decisión alguna y en forma inmediata poner la decisión a consideración de la asamblea general de accionistas, so pena de vulnerar la disposición legal referida.

De otra parte, si a pesar de existir intereses contrapuestos, no es del resorte del administrador decidir a su favor, ni en forma directa ni mediata, entonces uno de los elementos esenciales del conflicto no se encontraría por lo cual no existiría la obligación de someter esa decisión al órgano social correspondiente, luego no podría predicarse de ella un conflicto de interés.

Este supuesto se presenta, por ejemplo, cuando el administrador en ejercicio del derecho de acción, demanda a la sociedad para que le sean reconocidos algunos derechos que considera vulnerados, vrb.gr., que le reconozcan la relación laboral y consecuentemente las prestaciones a que tiene derecho; o cuando, el administrador, miembro de junta directiva, en calidad de apoderado especial de

socios minoritarios, solicita a la Superintendencia de Sociedades una investigación administrativa.

En estos dos casos, la decisión final, es ajena al administrador, en el primer supuesto, porque la definición de su calidad de trabajador estará radicada en cabeza del juez y en el segundo evento, porque corresponderá a la Superintendencia de Sociedades determinar si procede la investigación y los resultados de la misma.

(...)

En ese orden de ideas, es necesario precisar que sumado a los elementos propuestos del conflicto de interés, existe un componente adicional, atinente a que las relaciones en juego en la decisión no sean las propias reguladas por el contrato social, sino una distinta, verbi gracia regida por una relación laboral o contractual, por ejemplo, de arrendamiento o de prestación de servicios o de compraventa. En todo caso, si la decisión al interior de la compañía dice relación con asuntos que deben votarse por mayoría, atinentes al funcionamiento de la misma y gobernado por el contrato social, la expresión del interés del minoritario o del mayoritario simplemente está ajustándose a las reglas que imperan las relaciones de los socios con la sociedad, sin que pueda predicarse por ello que exista un conflicto de interés, que reprocha el numeral 7 del artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

En consecuencia, en cada situación en particular a más de los intereses contrapuestos, la posibilidad de elegir a favor del administrador debe verificarse que se trate de una relación no regulada por el contrato social, en la cual el administrador se erija en extremo de la misma compañía, con el riesgo de beneficiar las pretensiones que como extremo contratante pueda tener, como por ejemplo, al fijar sus honorarios, firmar un contrato de arrendamiento con un inmueble de su propiedad, convertirse en proveedor de materia prima de la empresa, entre otras.

(...)"

De la posición doctrinal expuesta sobre el tema del conflicto de interés puede concluirse lo siguiente:

1. En primera instancia, situaciones que puedan configurar conflictos de interés, son del resorte exclusivo de los mismos administradores quienes en ejercicio de sus funciones deben evaluar si como consecuencia de la ejecución de los actos realizados o propuestos se lesionan los intereses de la compañía y/o la de sus asociados y, simultáneamente benefician el interés del administrador directa o

indirectamente; en caso afirmativo lo que se impone es la suspensión o no ejecución de los mismos pues resulta clara la existencia de intereses enfrentados entre los de la compañía y/o sus asociados y los del administrador interesado en su ejecución y cumplimiento, sin que sea necesario esperar, como lo expresa el legislador, a que los actos ocasionen perjuicio a la sociedad, asociados o terceros. Sobre este punto debe recordarse que es obligación de los administradores privilegiar en sus actuaciones el interés social.

2. En segundo lugar, el legislador prevé la posibilidad de que el administrador legitime su actuación poniendo en conocimiento del máximo órgano social las operaciones o actos que pretende emprender o formalizar, con el fin de que los asociados reunidos en asamblea general impartan su autorización previo análisis de la viabilidad de las operaciones y examen de las posibles consecuencias frente a los negocios de la sociedad. Tal como quedó anotado, cuando el administrador tenga la calidad de asociado debe abstenerse de participar en la decisión, por lo que su participación en el capital de la compañía no podrá ser tenida en cuenta para determinar ni el quórum, ni las mayorías decisorias para el efecto.

3. Aunque no es un asunto sobre el que medie pronunciamiento, es dable colegir que no solo los administradores pueden ser generadores de conductas que constituyan conflicto de interés, pues los asociados también podrían serlo cuando a sabiendas autoricen expresamente la realización de actos que perjudiquen los intereses de la sociedad, de los asociados o de terceros.

Lo anteriormente expuesto a partir de la expedición del Decreto 1925 de 2009, que reglamenta el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, oportunidad en la que el legislador determinó la responsabilidad y efectos indemnizatorios del asociado que autorice la realización de actos respecto de los cuales exista conflicto de interés, en perjuicio de los intereses de la sociedad, de los demás asociados y/o de los terceros (Art. 4º).

Visto lo anterior, con relación a los efectos que produce la realización de actos o conductas en las cuales exista conflicto de interés, hay que tener presente lo siguiente:

1. Conforme al artículo 24 de la Ley 222/95 y artículos 1º y 4 del Decreto 1925 Ib., los administradores y asociados pueden ser objeto de juicios de responsabilidad con efectos indemnizatorios, asuntos que conocerá y decidirá la justicia civil. Se precisa advertir también, según las voces del artículo 5º del Dec. 1925 Ibídem, que condenado el administrador “El juez competente.... podrá sancionar a los administradores con multas y/o inhabilidad para ejercer el comercio”. (Destacado fuera de texto).

2. Ante la misma jurisdicción y mediante el proceso verbal sumario, podrá solicitarse la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en violación al numeral 7º, artículo 23 Cit. (Art. 233 de la Ley 222 Ib., concordante con el Art. 5 del Cit. Dec. 1925), proceso dentro del cual “Salvo los derechos de terceros que hayan obrado de buena fe, declarada la nulidad, se restituirán las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada”. (Resaltado nuestro).

3. Proceden igualmente acciones de impugnación de las actas del máximo órgano social o junta directiva, cuya competencia corresponde a esta Entidad en ejercicio de funciones jurisdiccionales (Art. 191 C. de Co. concordante con el Lit. c., Núm. 5º, Art. 24 del Código General del Proceso).

4. Acciones penales, en los términos de la Ley 1474 de 2011, a través de la cual se adiciona la Ley 599 de 2000 o Código Penal Colombiano, ante la justicia penal correspondiente.

5. Finalmente, corresponde a esta Superintendencia en ejercicio de funciones administrativas, determinar la existencia de un posible conflicto de interés a través de una investigación administrativa o visita general.

5.1. Si se trata de sociedades en inspección (Artículo 83 de la Ley 222 Cit.), cuando así lo solicite alguno de los administradores de la sociedad o uno o más asociados representantes del 10% del capital de la sociedad, por lo menos, y que además la sociedad a la que pertenecen a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior registre activos iguales o superiores a 5 mil SMLM o ingresos iguales o superiores a 3 mil SMLM (Dec. 019 de 2012, Art. 152), caso para lo cual, junto con la solicitud, si se trata de asociados, deberán: i) acreditar la calidad que se invoca; ii) el total de la participación que dentro del capital social representan los peticionarios y iii) presentar una relación de los hechos que se consideran irregulares, aportando los documentos e información que lo sustenten.

5.2. Para el caso de sociedades vigiladas por esta Superintendencia (Decreto 4350 de 2006), la solicitud que también requiere la relación de los hechos y actos que se consideran violatorios de la ley, de las pruebas y documentos que lo sustenten, caso en el cual la diligencia se sustentará conforme la atribución prevista en el Art. 84, Núm. 1º de la citada ley. Llevada a cabo la investigación y definida la situación de conflicto, la Entidad impartirá las órdenes a efecto de que se abstengan de realizar los actos que configuran el conflicto de interés, sin perjuicio de hacer uso de la facultad sancionatoria prevista en el numeral 3, Art. 86 de la Ley 222 de 1995 y, de ser necesario, podrá incluso ordenar la remoción del cargo de los administradores implicados en los actos generadores del conflicto.

Todo lo antes expuesto, sin perjuicio de la aplicación de los mecanismos alternativos para la solución de conflictos previstos en los estatutos sociales o vía conciliación ante esta Entidad con el fin de resolver los conflictos existentes (Parágrafo 2º; Art. 152 del Decreto- 0019 de 2012.

En lo que corresponde a la posibilidad de que un miembro de la junta directiva se postule para el cargo de secretario de la asamblea de socios o de junta directiva, cabe advertir que las dos condiciones no son excluyentes, razón por la cual, la decisión a juicio de este Despacho, se debe adoptar por el órgano competente, con el quórum y la mayoría requerida, incluido el voto del interesado.”

Con base en los elementos transcritos, frente las preguntas formuladas resultan oportunas las conclusiones:

1. El miembro de Junta Directiva de una compañía, que simultáneamente participe en calidad de directivo en otra empresa, que compite en el mercado con la primera, se encuentra en una posible situación de conflicto de intereses, que debe ser considerada por el Máximo Órgano Social, a efectos que se resuelva sobre la incidencia de su doble calidad, en el desempeño del negocio y los riesgos que pueda traer para la sociedad tal circunstancia.

2. Dado que la segunda pregunta se refiere a miembros de Junta Directiva que ostentan la calidad de beneficiarios finales de otra sociedad que compite en el mercado con la primera, sin que se especifique el alcance de la expresión “beneficiarios finales” no es posible absolver la inquietud en su contexto.

Simplemente, debe reiterarse que cualquier persona que se desempeñe como directivo de una sociedad, debe atender a cualquier circunstancia constitutiva de competencia con la sociedad o conflicto de intereses, para revelarla al máximo órgano social, so pena de asumir responsabilidad por los perjuicios que cause con sus actos y con las decisiones en que intervenga.

3. En cuanto corresponde a la propuesta de reforma estatutaria, se debe precisar que la competencia de la Entidad en esta instancia no le permite pronunciarse sobre cuestiones particulares y concretas, sino emitir un concepto de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, pues en caso contrario se verían condicionadas las facultades de supervisión que le son propias.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.