

OFICIO 220-004231 DEL 14 DE ENERO DE 2020

REF: ACUERDOS DE CONFIDENCIALIDAD

Me refiero a su comunicación radicada bajo el número y fecha de la referencia, mediante la cual plantea unas inquietudes relacionadas con la decisión de una Asamblea General de Accionistas, en la cual se determinó que aquellas personas designadas miembros de junta directiva deberían suscribir un acuerdo de confidencialidad, para ejercer sus funciones, el texto del acuerdo de confidencialidad fue discutido en la misma reunión en que se tomó tal determinación y fue aprobado por la mayoría del 75% de los votos presentes.

Al respecto, consulta lo siguiente:

“(…)

1. *¿Qué obligatoriedad tiene la decisión de la Asamblea General de Accionistas si se tiene en consideración que tal medida no fue incluida dentro de los estatutos sociales?*
2. *¿Podría un miembro de junta directiva ya designado rehusarse a suscribir el acuerdo de confidencialidad? ¿Podría ello implicar una inhabilidad para ejercer el cargo?*
3. *¿Puede un miembro de junta directiva que se rehúsa a suscribir el acuerdo de confidencialidad ejercer sus funciones y participar en las reuniones de éste órgano?*
4. *¿Se debe tener en consideración la participación del miembro de junta directiva que no ha suscrito el acuerdo de confidencialidad para establecer el quorum de la reunión y las mayorías para tomar decisiones?*
5. *¿Qué sucede con las decisiones adoptadas por la Junta Directiva en las cuales se tuvo en consideración la participación del miembro de junta directiva que no ha suscrito el acuerdo de confidencialidad?*
6. *¿Tiene algún efecto en cuanto a la validez de las decisiones adoptadas una reunión de Junta Directiva en la que haya estado presente un miembro de Junta que no haya suscrito el Acuerdo?*
7. *¿Se deben anular los votos del miembro de Junta que no haya suscrito el Acuerdo?*
8. *¿Debe convocarse a las reuniones de junta directiva al miembro que no ha suscrito el acuerdo de confidencialidad?”*



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

De manera preliminar es necesario precisar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 de 2015, el derecho de petición en la modalidad de consulta tiene por objeto conocer un concepto u opinión de la Superintendencia sobre las materias a su cargo. Por tal razón, no está dirigido a resolver situaciones concretas, menos aún a asesorar a los peticionarios en la solución de diferencias relativas a la ejecución de actos o decisiones de los órganos sociales en los que tengan interés como socios, administradores o asesores legales, ni en la interpretación de contratos, pues en esta instancia sus respuestas, se repite, son generales y abstractas, motivo por el cual no tienen carácter vinculante ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

Efectuada la precisión que antecede y con el ánimo de responder las inquietudes por usted propuestas, conviene señalar que un **acuerdo de confidencialidad**, consiste en términos generales en un contrato mediante el cual, las partes que lo suscriben se obligan a no revelar la información que esté estrechamente relacionada con la actividad comercial, o aquella que a su juicio le otorgue una ventaja frente a la competencia, como podría ser el desarrollo de un proceso específico en la fabricación de un producto, deber de cuyo incumplimiento se derivan las consecuencias fijadas por las mismas partes dentro de las cláusulas del contrato.

En el caso propuesto en el que la **asamblea** aprobó con una mayoría del 75% de los votos presentes la obligación de suscribir un acuerdo de confidencialidad, cuyo texto fue discutido en la misma reunión en la que se adoptó, por ser ésta una decisión adoptada por el **máximo órgano social**, es deber de los administradores acatar las directrices establecidas, máxime si se tiene en cuenta que de acuerdo con el artículo 187 del Código de Comercio, son funciones de la Junta de Socios o Asamblea General de Accionistas, *“6 Adoptar, en general, todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados;”* por lo que a juicio de esta Oficina, esta decisión, independientemente a que no haga parte de los estatutos sociales por tratarse de una decisión para-estatutaria, necesariamente vincula a todos los socios y a los terceros que integren los órganos sociales.

La **Junta Directiva** es el órgano social al que corresponde conocer y manejar la información comercial de valor para la compañía, información privilegiada relacionada con aspectos financieros estratégicos relacionados con las operaciones sociales, información sensible relacionada con el funcionamiento de la junta directiva y su proceso deliberatorio, entre otros, el cual aunque es un órgano autónomo, no puede desconocer las directrices de funcionamiento, impartidas por la Asamblea General de Accionistas.

El **deber de confidencialidad** en el marco del funcionamiento de la Junta Directiva, es un tema que debe ser seriamente considerado en razón a los efectos perjudiciales que podría tener su inobservancia, por eso la necesidad de que



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

exista claridad y conciencia en el cumplimiento de los **deberes de los administradores, lo que ha generado en varias jurisdicciones la incorporación de Códigos de buenas prácticas corporativas**, consistente en adoptar para regular el tratamiento de la información confidencial.

Las prácticas de buen gobierno corporativo, podrían incluir la existencia de un Reglamento para el funcionamiento y manejo de las reuniones de la Junta Directiva, en el que en la práctica puede preverse un ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD, que cubija las actuaciones tanto de los principales como de los suplentes, teniendo en cuenta los deberes, responsabilidades y principios, pacto que se obligarán a suscribir al inicio del período para el cual fueron nombrados, con el fin de guardar y proteger la información de carácter reservada o confidencial de la sociedad, de conformidad con la ley o la regulación vigente, aspectos que se podrán implementar mediante procesos de inducción a quienes resulten elegidos, mediante el establecimiento de plazos de días para la aceptación de su designación, la obligación de informar si se encuentran incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad o tienen algún impedimento para ser miembros de la junta directiva, sin perjuicio desde luego, de la inclusión en el mismo reglamento, de los deberes legales de los administradores (artículo 23 de la ley 222 de 1995), así como los parámetros de las actuaciones y conductas que deben observar en su rol directivo y a través del cual se promueva la construcción o el fortalecimiento de una cultura corporativa en, la que las fugas de información son percibidas como una conducta inaceptable y de mala fe.

Esta política debería incluir una definición sobre lo que se considera información confidencial, ejemplos específicos sobre los tipos de información que se encuentra cubierta bajo la política para que el tema tenga un contexto real y específico, la vigencia del deber de confidencialidad y un deber de comunicar de manera previa a la compañía aquellos casos en que se vean bajo la obligación de revelar información de la sociedad a terceros por razones de carácter legal.

Por su parte, también en este aspecto, la Ley 222 de 1995, consagra la normatividad aplicable a los administradores de la sociedad, puntualmente el artículo 23, establece que *“deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados”*; a su vez, la normatividad penal, tipifica algunos usos inadecuados que se puedan hacer de la información que es considerada privilegiada. En pocas palabras, los directores y administradores se ven sujetos, según las características de la compañía, a responsabilidades de tipo civil y penal en el cumplimiento que deben hacer del deber de confidencialidad.

El referido artículo 23 se dispone que, en cumplimiento de su función, los administradores deban:

*“4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad”*.



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

*“5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada “*

*“7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas. “En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.”*

Por su parte, el artículo 27 Ley 1258 de 2008, en materia de Sociedades por Acciones Simplificada establece: *“ARTÍCULO 27. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES. Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere. “PARÁGRAFO. Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores.”*

A su vez, los artículos 4° y 5° Decreto 1925 de 2009, consagran la Responsabilidad del Administrador que perjudique a la sociedad – Declaratoria de Nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores.

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

*Artículo 5°. El proceso judicial para obtener la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se adelantará mediante el proceso legalmente establecido, de conformidad con el artículo 233 de la Ley 222 de 1995; sin perjuicio de otros mecanismos de solución de conflictos establecidos en los estatutos. 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, sin perjuicio de las acciones de impugnación de las*



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

decisiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 y siguientes del Código de Comercio.

*Mediante este mismo trámite, el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios. El juez competente, según lo establecido en la ley, podrá sancionar a los administradores con multas y/o con la inhabilidad para ejercer el comercio, sin perjuicio de la responsabilidad penal que dicha conducta pudiese generar.*

*“Parágrafo: En el caso de que la sociedad hubiese pactado cláusula compromisoria o compromiso, se estará a las normas respectivas. En el caso de la Sociedad por Acciones Simplificada se aplicará el artículo 44 de la Ley 1258 de 2008.”*

Por su parte, esta Superintendencia, mediante la Circular Externa 100-000005 del 22 de noviembre de 2017, en el Capítulo V en el que regula el tema de los administradores, en el literal j, prevé lo siguiente:

*“J Circunstancias a tenerse en cuenta en los casos de actos de competencia y de conflicto de interés.*

*d) Intervención de la Superintendencia en funciones administrativas. “(...) En cuanto a las actuaciones de los administradores que generen conflicto de interés o actos de competencia, debe tenerse en cuenta que el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 se encuentra reglamentado por el capítulo 3 del título 2 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1074 de 2015 (que subrogó el Decreto 1925 de 2009), en los siguientes términos:*

*“i. El administrador que incurra por sí o por interpuesta persona, en interés personal o de terceros, en conductas que impliquen conflicto de interés o competencia con la sociedad en violación de la ley y sin la debida autorización de la Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios, responderá solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasione a los asociados, a la sociedad o a terceros perjudicados, con el propósito de lograr, de conformidad con la ley, la reparación integral.*

*“ii. Conforme al precepto legal consagrado en el último párrafo del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en caso de conflicto de interés o competencia con la sociedad, el administrador ordenará la convocatoria o convocará a la Asamblea General o Junta de Socios, señalando dentro del orden del día la solicitud de autorización para la actividad que le representa conflicto de interés o competencia con la sociedad. Durante la reunión de la Asamblea o Junta de Socios, el administrador suministrará toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, de conformidad con la Ley 222 de 1995, la autorización de la*



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

*junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad. “*

*“iii. Los administradores que obtengan la autorización con información incompleta, falsa o a sabiendas de que la operación ocasionaría perjuicios a Superintendencia de Sociedades la sociedad, no podrán ampararse en dicha autorización para exonerarse de responsabilidad por sus actos y, en consecuencia, deberán responder frente a la sociedad, los socios o terceros perjudicados.*

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

*“v. El proceso judicial para obtener la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 70 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se adelantará mediante el proceso legalmente establecido, de conformidad con el artículo 233 de la Ley 222 de 1995; sin perjuicio de otros mecanismos de solución de conflictos establecidos en los estatutos. 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, sin perjuicio de las acciones de impugnación de las decisiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 y siguientes del Código de Comercio. Mediante este mismo trámite, el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios. El juez competente, según lo establecido en la ley, podrá sancionar a los administradores con multas y/o con la inhabilidad para ejercer el comercio, sin perjuicio de la responsabilidad penal que dicha conducta pudiese generar. “vi. En el caso de que la sociedad hubiese pactado cláusula compromisoria o compromiso, se estará a las normas respectivas. En el caso de la Sociedad por Acciones Simplificada se aplicará el artículo 44 de la Ley 1258 de 2008.”*

Las consideraciones efectuadas, permiten responder las inquietudes propuestas, así:

Para responder el **primer interrogante**, es del caso afirmar que, a juicio de esta oficina, la obligatoriedad del acuerdo de confidencialidad es vinculante para los miembros de la junta directiva, así no conste en los estatutos sociales, no solo porque es una decisión del máximo órgano social, sino porque todas las normas legales relacionadas con los administradores imponen unos deberes estrechamente relacionados con el deber de confidencialidad.



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

**Segundo interrogante**, aunque el directivo se reúse a suscribir el acuerdo de confidencialidad, ello no lo exime de cumplir todos los deberes que la Ley 222 de 1995, le impone, dentro de lo que se encuentran los deberes de confidencialidad enunciados en las normas anteriormente transcritas y asumir las consecuencias que implica el incumplimiento de sus deberes como administrador; tampoco el hecho de reusarse implica una inhabilidad para ejercer el cargo.

**Tercer y cuarto interrogante**, puede afirmarse que quien fuere designado miembro de junta directiva en una sociedad comercial, queda habilitado para actuar en ejercicio de su cargo y debe contabilizarse dentro del quórum, sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda acarrear, por los perjuicios que por dolo o culpa ocasione a los asociados, a la sociedad o a terceros, por conductas que impliquen conflicto de interés o competencia con la sociedad en violación de la ley y sin la debida autorización de la Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios.

**Quinto, sexto, séptimo y octavo**, las decisiones en las que se tuvo en cuenta el miembro de la junta directiva que no suscribió el acuerdo de confidencialidad, son igualmente válidas pues tal circunstancia no está prevista en la ley como casual de invalidez, relacionadas con la capacidad, el consentimiento el objeto y la causa lícitas, por lo que mal puede anularse el voto. No puede excluirse de la convocatoria al miembro de la junta que no ha suscrito el acuerdo de confidencialidad.

En los anteriores términos se respondió de manera cabal su consulta. Se reitera que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 y que en la página web de esta entidad puede consultar directamente la normatividad, así como, tal como se expuso, los conceptos que la misma ha emitido sobre las materias de su competencia, entre otros documentos de consulta.