

OFICIO 220-009452 DEL 11 DE FEBRERO DE 2021

ASUNTO: CONFLICTO DE INTERÉS Y ACTIVIDADES QUE IMPLIQUEN COMPETENCIA CON LA SOCIEDAD.

Acuso recibo del escrito citado en la referencia, con el cual presenta una consulta relativa a actos respecto de los cuales exista conflicto de interés y actividades que impliquen competencia con la sociedad, inquietudes que se resolverán en el orden propuesto.

Antes de resolver lo propio, debe reiterarse que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se hayan enmarcadas en los términos del numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1736 de 2020.

Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1736 de 2020, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas jurídicas externas en los temas de competencia de la Superintendencia de Sociedades, salvo las que correspondan a actuaciones específicas adelantadas por las dependencias de la Entidad y, en esa medida, emite un concepto u opinión de carácter general que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

Bajo esa premisa jurídica este Despacho se permite resolver las inquietudes de manera general y abstracta en el siguiente contexto:

1. “(...) En primer lugar, me permito hacer las siguientes preguntas respecto del conflicto de intereses para los miembros de junta directiva:

¿En una sociedad anónima, en la cual, los estatutos no regulan situaciones concretas de conflicto de intereses relacionadas con la participación del miembro de junta directiva como accionista en sociedades con el mismo objeto social u objeto social similar y tampoco está aprobado un código de gobierno corporativo, cómo se determina si el administrador está incurso o no en conflicto de intereses?

Este asunto se encuentra regulado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en los siguientes términos:

“Artículo 23. Deberes de los administradores. Los administradores 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.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

(...)

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.

Mediante Oficio 220-088955 del 26 de agosto de 2019, esta Oficina Asesora Jurídica se pronunció sobre este tema, así:

“(...) Como se puede ver, en el curso de las relaciones en las que interactúa el administrador se presentaran situaciones en las cuales los intereses personales se interponen a sus deberes lo cual constituye un conflicto de interés. De tal manera que este se presenta ante la obligación del administrador de buscar el mejor beneficio para la sociedad versus su propio beneficio y en materia societaria es claro que hay que proteger el interés de la sociedad como deber del administrador.

El legislador prudentemente no entró a definir caso a caso lo que debe considerarse conflicto de interés y los hechos que pueden configurarlo por lo que es necesario acudir a la jurisprudencia y la doctrina para tales efectos.

Al respecto, autores como el doctor Pablo Andrés Córdoba en su libro “Derecho de Sociedades y el gobierno en la sociedad anónima: en torno al tema del interés social, órganos, accionistas y administradores, página 617, expresa lo

siguiente: “Entonces de la esencia del conflicto de intereses no es la imposibilidad de satisfacción simultánea sino la contradicción entre dos intereses: el social de la anónima persona jurídica y el de su mandatario administrador por detentar, posiblemente sin su voluntad, un interés sin su voluntad, un interés contrario al primero. El carácter simultáneo de los intereses en juego es también esencial para que exista contradicción, pero no lo es para eliminar cualquier posibilidad de solucionar el conflicto de conformidad con el inciso 2° del numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Es decir, que para que haya conflicto es necesario que los intereses sean concomitantes, simultáneos en el tiempo y en modo, y contrarios pero no necesariamente imposibles de satisfacer al mismo tiempo”¹.

Gil Echeverry Jorge Hernán, La especial responsabilidad del administrador societario. Primera Edición 2015. Legis Editores. Página 313

3 Artículo 191 del Código de Comercio, “(...) los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos (...)”

En este aspecto particular, debe tenerse en cuenta la Circular Básica Jurídica 100- 000005 del 22 de noviembre de 2017, en el capítulo V “Administradores” literal H “(...) obligación de 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 (...) c) cuando el administrador demanda a la sociedad, así dicha demanda sea atendida por la representante legal suplente (...)”

Sobre el particular también se puede consultar el Oficio 220-174046 del 21 de octubre de 2014, proferido por esta oficina en el que se resalta dentro de los eventos de conflicto de interés:

“(...) 3.8.2 cuando el administrador demanda a la sociedad, así dicha demanda sea atendida por el representante legal suplente.

3.8.3 cuando el administrador celebra conciliaciones laborales a su favor.

3.8.4 cuando el administrador como representante legal gira títulos valores de la compañía a su favor.

3.8.5 cuando los miembros de la junta directiva aprueban la determinación del ajuste del canon de arrendamiento de bodegas de propiedad de dichos administradores.

¹ Gil Echeverry Jorge Hernán, La especial responsabilidad del administrador societario. Primera Edición 2015. Legis Editores. Página 313

3.8.6 cuando los miembros de la junta directiva aprueban sus honorarios si dicha facultad no les ha sido expresamente delegada en los estatutos. (...)"

En consecuencia, la presentación de una demanda de impugnación de decisiones societarias en contra de la sociedad por parte del representante legal, se encuentra sus facultades legales y deberes en aras de satisfacer el interés de la sociedad podría comportar un conflicto de interés entre el administrador que demanda la decisión adoptada por un órgano de la sociedad que representa y la sociedad demandada, evento en el cual, habrá de tenerse en cuenta el contexto normativo vigente, contenido en el artículo 23, numeral 7° de la Ley 222 de 1995, respecto a los deberes de los administradores.

"(...) 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."

Cuando los administradores son empleados o asesores de la sociedad son frecuentes las situaciones de conflicto de interés, sin embargo, hay que estudiar en concreto las situaciones dado que habrá situaciones en las que no se planteará un conflicto, como podría ser el caso de la impugnación de decisiones sociales.

Igualmente, no todas las hipótesis que conforman conflicto de interés generan la necesidad de revelar previamente el conflicto al máximo órgano social y obtener su aprobación en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley y 222 de 1995, como por ejemplo en el caso de reclamaciones laborales respecto de derechos ciertos e irrenunciables en favor del administrador."

De igual forma, sobre este aspecto también puede consultarse el CAPITULO V de la Circular Básica Jurídica Nro. 100-000005 del 22 de noviembre de 2017, en donde se precisan y aclaran los alcances de esta circunstancia.

Aunado a lo anterior, el Decreto 1925 de 2009 reglamenta parcialmente el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y demás normas concordantes, en lo relativo

a conflicto de interés y competencia con la sociedad por parte de los administradores de la sociedad.

Por tanto, conforme a las consideraciones doctrinales y legales anotadas, se pueden determinar los parámetros del conflicto de interés, la forma de abordarlo o su sanción.

Del mismo modo, sobre este particular, esta Despacho ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas oportunidades, por lo cual se sugiere la lectura de los siguientes oficios, entre otros:

220-192360 de 2020, y 220-000416 de 2019².

2. ***“(…) ¿Le es dable a la Junta Directiva de una Sociedad Anónima, determinar que se ha configurado conflicto de intereses en situaciones que no están reguladas por los Estatutos Sociales ni por la legislación comercial? Así, por ejemplo, ¿puede la Junta Directiva determinar que cualquier miembro de Junta Directiva está incurso en conflicto de intereses por el solo hecho de ser miembro de varias juntas directivas de sociedades que tienen el mismo objeto social u objeto social similar?”***

El máximo órgano social es el llamado a analizar si existe o no una conducta que pueda configurar un conflicto de interés, a tono con la normatividad mencionada en el presente concepto.

Desde luego, esta Oficina Jurídica no tiene competencia para calificar ni juzgar una presunta conducta de los administradores que eventualmente se enmarque dentro de los parámetros legales del conflicto de interés anotados en el acápite anterior, sin perjuicio de que exista o no referencia alguna en los estatutos sociales.

Frente a las diferencias que se susciten en torno a la ocurrencia de un conflicto de interés, es necesario que la sociedad acuda a los mecanismos establecidos en los estatutos sociales o en las normas legales, para dirimir sus diferencias, puesto que esta Oficina, por vía de consulta, no puede analizar ni opinar sobre una circunstancia particular y concreta.

No obstante, lo anterior, y frente a la problemática societaria ventilada en la consulta, el ordenamiento jurídico ha previsto varios instrumentos y acciones

² Los oficios se pueden encontrar en la siguiente dirección:

https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-196254_DE_2020.pdf

para dirimir los conflictos societarios, a los cuales pueden acudir los interesados, previa evaluación de su conveniencia, a saber:

a) Intentar la conciliación ante esta Entidad, a tono con los presupuestos del artículo 152 del Decreto 019 de 2012.

b) Acudir al procedimiento jurisdiccional, conforme a las reglas prescritas en los liberarles a), b), c), d) y e) del numeral 5° del artículo 24 del Código General del Proceso, ante esta Superintendencia como juez societario.

c) Dirimir el conflicto societario, por medio de arbitraje ante Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial de esta Superintendencia, conforme a lo establecido en la Ley 1563 de 2012.

3. ***“(…) ¿Puede la Junta Directiva establecer prohibiciones a sus miembros para realizar actividades comerciales independientes de la sociedad, teniendo en cuenta que en la Junta Directiva sus miembros ya sean personas naturales o jurídicas son comerciantes que tienen sus propias empresas y/o establecimientos de comercio?”***

Las atribuciones de la junta directiva de una sociedad se expresan en los estatutos sociales, conforme lo prevé el artículo 434 del Código de Comercio.

Adicionalmente, el literal G del numeral 3 del CAPITULO V de la Circular Básica Jurídica Nro. 100-000005 del 22 de noviembre de 2017, precisó lo siguiente:

“(…) De conformidad con el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 22 de 1995, los administradores de la sociedad deberán abstenerse de participar directamente o por intermedio de terceros, en su interés o en el de otras personas, en actividades que impliquen competencia con la sociedad, salvo que exista autorización expresa de la junta de socios o la asamblea general de accionistas.

Entiende este despacho que son “actos de competencia” aquellos que implican una concurrencia entre el ente societario y el administrador, o un tercero o en favor de cuales tengan la vocación de actuar, toda vez que cada uno de ellos persigue la obtención de un mismo resultado, tal como ocurre cuando varios pretenden la adquisición de unos productos o servicios, el posicionamiento en un mercado al que ellos concurren.

Llama de manera especial la atención que esta disposición legal les prohíbe a los administradores que participen en actividades que impliquen competencia

con la sociedad sin calificar la forma como se desarrolla esa competencia; es decir sin precisar si es competencia desleal o una práctica contraria a la competencia, porque para esto efectos lo que trasciende es el hecho de competir y nada más. En consecuencia, no puede el administrador argumentar en su favor que los actos de competencia no tienen el calificativo de desleal, pues tal condición no fue prevista en la ley.

A fin de determinar si existen o no actos de competencia será necesario establecer cuáles son las actividades que constituyen el objeto social de la compañía, cuales son las líneas de producto o servicio, el mercado al cual se encuentran dirigidas y el ámbito de acción territorial entre otros.”

De lo expuesto se puede indicar, que es el máximo órgano social en desarrollo de su autonomía, quien tiene la potestad de precisar y de establecer frente a los administradores, la forma de administrar los negocios sociales, con la indicación de las atribuciones, facultades y limitaciones, conforme a la regulación de cada tipo de sociedad, a tono con lo previsto por el numeral 6 del artículo 110 del Código de Comercio, en concordancia con lo previsto en el artículo 420 del mismo código.

En consecuencia, la junta directiva no puede ir más allá de las atribuciones y facultades previstas en los estatutos sociales.

- 4. “(...) Dentro del objeto social de una sociedad anónima se señala que esta puede realizar actividades comerciales en el exterior. Así mismo, en su visión empresarial se indica que la sociedad tiene proyección internacional; sin embargo, en la actualidad la sociedad no realiza ninguna actividad comercial en el extranjero, no tiene agencias ni sucursales en otros países. Teniendo en cuenta el contexto expuesto, se pregunta lo siguiente:**

¿Si un miembro de Junta Directiva que a su vez es comerciante inicia o pretende iniciar un negocio con actividades similares a las del objeto social de la Sociedad de la que es miembro de Junta Directiva, per se está incurso en una situación de conflicto de intereses? ¿El hecho de ser miembro de Junta Directiva le impide ser socio de otras sociedades o constituir nuevas sociedades que tengan objeto social igual o similar, ya sea en Colombia o en el exterior?

Como se indicó en el acápite anterior éste Despacho no tiene competencia para calificar ni juzgar una presunta conducta de los administradores, que

eventualmente se enmarque dentro de los parámetros legales del conflicto de interés o de actividades de competencia, aspecto éste que puede ser resuelto según lo indicado en los acápites 1 y 2 de este escrito.

Ahora bien, el ser miembro de la Junta Directiva no le impide ser socio de otras sociedades o constituir nuevas sociedades en el exterior o en Colombia, pero no se podrán perder de vista las consideraciones de índole normativo indicadas en los acápites anteriores.

“En segundo lugar, procedo a realizar preguntas relacionadas con actos de competencia de los miembros de junta directiva en conexión con el conflicto de intereses, a saber:

A. *¿Si un administrador ejerce su cargo en dos o más sociedades de igual o similar objeto social, se entiende que hay un acto de competencia del administrador o potencial conflicto de intereses, aunque cada sociedad realice sus actividades comerciales en mercados territorialmente distintos, por ejemplo, una sociedad comercializa servicios y/o productos en un mercado nacional y la otra comercializa servicios y/o productos similares en un mercado internacional?”*

Tanto en lo que tiene que ver con el conflicto de interés como con las actividades que impliquen competencia con la sociedad por parte de los administradores, esta Oficina Asesora Jurídica no tiene competencia calificar ni juzgar a través de la modalidad de consulta, dicho aspecto, en la medida que tales asuntos desbordan sus facultades y competencias.

Sin perjuicio de lo anterior, las consideraciones jurídicas señaladas a lo largo del presente concepto, le servirán de guía abordar la situación particular y concreta objeto de análisis.

B. *“¿La Junta Directiva de la SOCIEDAD ANÓNIMA X puede exigir a uno de sus miembros que ejerce también este cargo en otra sociedad denominada SOCIEDAD Y que le dé información respecto de los negocios que va a desarrollar la SOCIEDAD Y en Colombia y/o en el Exterior, sean o no actos de competencia directa con la SOCIEDAD ANÓNIMA X, amparándose la Junta Directiva para realizar tal exigencia en que estas dos sociedades tienen objeto social igual o similar? ¿Revelar dicha información no implicaría que el miembro de junta directiva al que se hace referencia incumpla*



***los deberes fiduciarios como administrador que le asisten con la
SOCIEDAD Y?”***

Los administradores deberán abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada, a tono con lo previsto por el numeral 5 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Por otra parte, se reitera que éste despacho no tiene competencia para pronunciarse sobre un asunto particular y concreto.

- C. *“En caso que, a futuro, ambas sociedades llegasen a competir en el mismo mercado: ¿el miembro de Junta Directiva de la SOCIEDAD ANÓNIMA X que simultáneamente participa en calidad de directivo en la SOCIEDAD Y se encontraría ante una posible situación de conflicto de intereses?***

¿el posible conflicto de interés se configura por el solo hecho de la coexistencia de intereses de los miembros de Junta Directiva con los de la sociedad que administran o debe existir una contraposición de estos? ¿La posible situación de conflicto de intereses o de actos de competencia, debe ser considerada por el Máximo Órgano Social de cada sociedad?

Sobre este tema estese a lo precisado en los acápites 1, 2 y 3 de este escrito.