

OFICIO 220-060391 DEL 05 DE JUNIO DE 2019

REF: SANEAMIENTO DE NULIDAD ABSOLUTA DE ACTO CELEBRADO EN CONFLICTO DE INTERESES SIN AUTORIZACIÓN DEL MÁXIMO ÓRGANO SOCIAL

Acuso recibo de su comunicación radicada bajo el número arriba citado, mediante la cual solicita el concepto de esta Entidad en torno a la posibilidad de autorizar por el máximo órgano social en fecha posterior un acto celebrado por los administradores en conflicto de intereses con la sociedad.

La consulta se formula en los siguientes términos:

1. *“¿Es jurídicamente viable que el máximo órgano social de una compañía imparta la autorización a que alude el numeral 7 del artículo 23 de 1995 con posterioridad a la celebración del acto o contrato potencialmente viciado por un conflicto de intereses?”*
2. *“En otras palabras, ¿es posible que los actos o contratos viciados por conflictos de intereses sean ratificados ex post por el máximo órgano social, con fundamento en el citado numeral 7?”*

Aunque es sabido, es oportuno advertir que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia con fundamento en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular, ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos, o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, ni comprometen la responsabilidad de la entidad, como tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias en un caso concreto.

Corresponde a esta Oficina pronunciarse sobre el efecto jurídico que se produce en un acto viciado de **nulidad absoluta**, celebrado por un administrador en conflicto de intereses, sin surtir el procedimiento de autorización previa del máximo órgano social, cuando en reunión posterior dicho órgano autoriza su celebración.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Ante el expreso desarrollo del tema en esta Superintendencia, este Despacho simplemente se limitará a reiterar la posición jurisprudencial elaborada sobre la materia.

Contexto normativo vigente

a. Artículo 23, numeral 7° de la Ley 222 de 1995: **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.**”* (Resaltado fuera del texto).

b. Artículo 27 Ley 1258 de 2008: **Sociedad por Acciones Simplificada**

“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.”

c. Artículos 4° y 5° Decreto 1925 de 2009 **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.**”* (Negrilla fuera del texto).



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

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 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.”

d. Circular básica jurídica, Capítulo V – Administradores, Literal J1.

1 Circular Externa 100-000005 de 2017, visible en https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_circulares/Circular%20B%C3%A1sica%20Jur%C3%ADdica%20100-000005%20de%202017.pdf

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.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

“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 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.”

Posición Doctrinal y Jurisprudencial

“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 que se haya expuesto, es oportuno precisar que no solo los administradores pueden ser generadores de conductas que constituyen conflicto de interés, pues los asociados también pueden 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, vale la pena 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



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

responsabilidad con efectos indemnizatorios, asuntos que conocerá y decidirá la justicia civil. Se precisa advertir también, según las voces del artículo 5° del Decreto 1925 Ibídem, que condenado el administrador “*El juez competente (...) podrá sancionar a los administradores con multas y/o inhabilidad para ejercer el comercio*”.

“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 7°, 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...*”² (Se destaca)

2 Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-140389 del 27 de Noviembre de 2012. Visible en https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/32837.pdf

2. “*Por su parte, en cuanto hace a la nulidad absoluta de actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores, dentro de los que está el conflicto de interés, el decreto 1925 de 2009 establece:*

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 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.*”

“*Efectuadas las aproximaciones anteriores, resultan oportunas las referencias al concepto de la nulidad absoluta, sus efectos, y la prescripción, aclarando que la facultad de esta entidad para decretar la*



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

misma, no se circunscribe sólo a actos viciados por objeto y causa ilícita, pues puede devenir de otras causales como se ha advertido...”

“...”

“Nótese como la nulidad absoluta ocurre cuando existe: 1. objeto ilícito, 2. causa ilícita, 3. falta de solemnidades o requisitos esenciales para la validez del acto o contrato de acuerdo con su naturaleza, y 4. incapacidad absoluta.

“Al respecto y, sin perjuicio de las consideraciones y análisis que corresponden al Juez Mercantil en instancia judicial, se advierte que la declaratoria de nulidad absoluta no siempre deviene de un objeto o causa ilícito, pues a manera de ejemplo, cuando se incurre en conflicto de interés, el Juez sanciona la conducta por haberse omitido el requisito que exige someter a consideración del máximo órgano social toda la información que sea relevante para la toma de la decisión, como lo establece el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

“Dicha nulidad puede ser solicitada por cualquier persona que tenga algún interés legítimo y el Ministerio Público, en este último caso, únicamente en aras de proteger la moral y la ley. No obstante, la nulidad también debe ser declarada de oficio por el juez del conocimiento, cuando “aparezca de manifiesto” en el acto o contrato, esto es, cuando es ostensible, notoria o evidente.”³

3 Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-207128 del 17 de noviembre de 2016. Visible en https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-207128.pdf

4 Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. Sentencia 800-26 del 13 de abril de 2016. Visible en

https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_Servisurco_13_04_2016.pdf

5 Artículo 899 del Código de Comercio

6 Artículo 1741 Código Civil

“(...) debe advertirse ahora que este Despacho no encuentra objeción alguna para que la autorización exigida por el numeral 7 se imparta con posterioridad al perfeccionamiento de un contrato viciado por un conflicto de interés. Aunque esta hipótesis no ha sido consagrada expresamente en la ley, la posibilidad de emitir autorizaciones ex post es coherente con las reglas previstas en nuestro ordenamiento en materia de saneamiento de la nulidad absoluta por ratificación.

“Más importante aún, no tendría sentido prohibirles a los accionistas—los principales interesados en salvaguardar el patrimonio social—convalidar operaciones que, en su criterio, resulten beneficiosas para la sociedad. Claro que, para que pueda sanearse la nulidad absoluta derivada de la violación del régimen de conflictos de interés, la ratificación que se haga deberá ir acompañada de la autorización de la asamblea general de



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

accionistas, impartida en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222.”⁴

Como se puede inferir de los apartes transcritos un acto o contrato celebrado por un administrador en conflicto de intereses, sin contar con la autorización del máximo órgano social, comporta las siguientes consecuencias:

1. El acto o contrato celebrado en tales circunstancias queda viciado de nulidad absoluta, en cuyo origen no encontramos objeto ilícito o causa ilícita, sino la violación de una norma imperativa que exige un requisito adicional para su perfeccionamiento.⁵

Debe precisarse que en este caso no se hace alusión a la nulidad absoluta prevista en el Código Civil,⁶ según la cual hay objeto ilícito cuando quiera que se viola una disposición imperativa, caso en el cual la nulidad no es saneable.

Por el contrario, se da plena aplicación a la causal prevista en el numeral 1° del Artículo 899 del Código de Comercio, la violación de normas imperativas, (el Artículo 23, numeral 7° de la Ley 222 de 1995), que se encuentra separada de las causales previstas en el numeral 2° de la misma disposición, el objeto y la causa ilícita.

En tales condiciones, se entiende que es plenamente posible invocar el saneamiento de la nulidad absoluta por ratificación, en los términos de los artículos 1742 y 1752 del Código Civil.

Por consiguiente, no existe ninguna objeción para que la autorización exigida en el Artículo 23, numeral 7°, de la Ley 222 de 1995 se imparta con posterioridad al perfeccionamiento del acto o contrato viciado, con lo cual se puede lograr el saneamiento de la nulidad absoluta del acto o contrato por ratificación.

2. Puede ser demandado ante esta Superintendencia, en el marco de las atribuciones jurisdiccionales previstas en el Artículo 24, numeral 5°, del Código General del Proceso.
3. Para que el saneamiento de la nulidad absoluta sea efectivo, se debe cumplir rigurosamente el procedimiento establecido en la disposición anteriormente citada para obtener la autorización del máximo órgano social, autorización que, además, de ninguna manera puede perjudicar los intereses de la sociedad.
4. El saneamiento de la nulidad, no supone la ratificación, por el máximo órgano social, del acto o contrato de que se trate en sí mismo considerado, sino el cumplimiento a posteriori de uno de los requisitos que de manera



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

imperativa se debió acreditar antes de su celebración, para su debido perfeccionamiento.

En tales condiciones, una vez otorgado por el máximo órgano social a posteriori la autorización para la celebración del acto o contrato constitutivo de conflicto de intereses, dicho acto o contrato purga su vicio y desaparece la nulidad absoluta que lo afectaba.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 la Ley 1755 de 2015, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.

