

OFICIO 220-016945 DEL 05 DE FEBRERO DE 2014

ASUNTO: INFORMACIÓN PRIVILEGIADA DE LA JUNTA DIRECTIVA

Me refiero a su escrito radicado con el número 2013- 01- 533916, mediante el cual formula a esta Entidad una consulta relacionada con la utilización de información privilegiada por parte de los administradores de una sociedad, en los siguientes términos:

1. ¿Puede una persona que fue miembro de una junta directiva de una sociedad anónima utilizar la información privilegiada que conoció en tal calidad con posterioridad a su retiro?
2. ¿Puede una persona que fue miembro de una junta directiva de una sociedad anónima utilizar la información privilegiada que conoció en tal calidad en contra de la sociedad con posterioridad?
3. ¿Puede una persona que fue miembro de una junta directiva de una sociedad anónima utilizar la información privilegiada que conoció en tal calidad en contra de la sociedad actuando como apoderado de terceros?

Al respecto, es preciso advertir que esta Superintendencia con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, profiere los conceptos de carácter general y en abstracto a que haya lugar con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, mas no le es dable mediante esta instancia emitir pronunciamientos de ninguna índole sobre situaciones particulares y concretas.

No obstante lo anterior, este Despacho se permite traer a colación la Circular Externa No. 100-006 del 25 de marzo de 2008, que trata del régimen de los administradores (Código de Comercio y Ley 222 de 1995), específicamente la parte pertinente relacionada con el tratamiento de la información privilegiada, la cual es del siguiente tenor:

“3.4 Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.

Para el efecto debe tenerse en cuenta que el artículo 61 del Código de Comercio establece que los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios, o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Política y mediante orden de autoridad competente.

Como desarrollo de este deber el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, establece que el derecho de inspección de los asociados, no se extienden a documentos que versen sobre secretos industriales o cuando se trate de datos que de ser divulgados, puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad.

La decisión 486 del año 2000 proferida por la Comunidad Andina regula la materia y define en su artículo 260 el secreto empresarial así:

“Artículo 260. Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

- a) Secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;
- b) Tenga un valor comercial por ser secreta; y
- c) Haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.”

El artículo 265 de dicha Decisión establece una importante prohibición a quien tiene acceso al secreto empresarial, como ocurre con los administradores, la cual debe tenerse en cuenta:

“Artículo 265. Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a un secreto empresarial sobre cuya confidencialidad se le haya prevenido, deberá abstenerse de usarlo o divulgarlo, o de revelarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que posea dicho secreto o de su usuario autorizado.”

3.5 Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.

En lo referente a este aspecto debe entenderse como información privilegiada aquélla a la cual sólo tienen acceso directo ciertas personas, (como son los administradores) en razón de su profesión u oficio, la cual por su carácter, está sujeta a reserva, ya que de conocerse podría ser utilizada con el fin de obtener provecho o beneficio para sí o para un tercero.

La información para considerarse privilegiada debe tener la idoneidad suficiente para ser utilizada y a su vez debe versar sobre hechos concretos y referidos al entorno societario o al ámbito dentro del cual actúa la compañía.

3.5.1 Algunos eventos de uso indebido de información privilegiada:

Se considera que hay uso indebido de la información privilegiada cuando quien la posee y está en la obligación de mantenerla en reserva, incurra en cualquiera de las siguientes conductas, independientemente de que su actuación le reporte o no beneficios:

- a) Que suministre la información privilegiada a quienes no tienen derecho a acceder a ella.
- b) Que use la información privilegiada con el fin de obtener provecho propio o de terceros.
- c) Que oculte la información privilegiada maliciosamente en perjuicio de la sociedad o en beneficio propio o de terceros, lo cual supone usarla solo para sí y, por abstención, en perjuicio de la sociedad para estimular beneficio propio o de terceros.
- d) Igualmente, habrá uso indebido de la información privilegiada, cuando existiendo la obligación de darla a conocer no se haga pública y se la divulgue en un medio cerrado o no se le divulgue de manera alguna.

3.5.2 Algunos casos en los cuales no se configura el uso indebido de la información privilegiada:

- a) Cuando el máximo órgano social autorice expresamente al administrador el levantamiento de la reserva.
- b) Cuando la información se le suministre a las autoridades facultadas para requerirla previa solicitud, caso en el cual se debe tener en cuenta el artículo 15 de la Constitución Política que consagra que para efectos tributarios, judiciales y de inspección, vigilancia y control, las autoridades pueden exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados en los términos que señale la ley.
- c) Cuando es puesta a disposición de los órganos que tienen derecho a conocerla, tales como la Asamblea General de Accionistas, la Junta de Socios, la Junta Directiva, el revisor fiscal, los asesores externos y los asociados en ejercicio del derecho de inspección, teniendo en cuenta la limitación establecida en el artículo 48 de la Ley 222 de 1995.(...).

Se debe tener en cuenta que las personas nombradas como miembros de junta directiva se ven sometidas al régimen establecido para los administradores de acuerdo con lo señalado en los artículos 22 y siguientes de la Ley 222 de 1995.

Dichas normas señalan que los administradores están llamados a actuar dentro de unos principios generales de conducta establecidos en la Ley. Justamente, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 en su inciso 1° establece que “los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”.

Adicionalmente, es un deber específico de los administradores sociales, de conformidad con los numerales 4 y 5 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad y abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.

En ese orden, recibir información privilegiada no constituye una infracción, razón por la cual, este solo hecho no resulta suficiente para tomar medida alguna a efecto de excluir al administrador que recibe dicha información.

Máxime cuando la Constitución Política, en sus artículos 29 y 89, consagra las denominadas presunciones de inocencia y de buena fe en virtud de estos postulados de orden constitucional, las actuaciones de los particulares no pueden calificarse como contrarias a la ley, a menos que se demuestre lo contrario en las instancias judiciales.

Por consiguiente, respecto de las personas nombradas como administradores deberá presumirse que procederán con lealtad en las relaciones jurídicas sin que sea posible asumir a priori que su conducta será contraria al ordenamiento legal.

Ahora bien, si se verifica el incumplimiento de los deberes de guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad y/o se verifica el uso indebido de la información privilegiada se pueden generar algunas de las siguientes consecuencias:

a. Que se configuren los delitos de violación de reserva industrial, utilización indebida de información privilegiada, artículos 308 y 258 del Código Penal.

b. Da lugar a que se presuma la responsabilidad ilimitada del administrador por los perjuicios que cause a los asociados, a los socios o a terceros, de acuerdo con lo señalado por el inciso 3° del artículo 24 de la Ley 222 de 1995.

c. Es un acto de competencia desleal, conforme con lo señalado por la Ley 256 de 1996". (El llamado es nuestro).

En síntesis, se tiene lo siguiente: a) que la información privilegiada debe entenderse como aquella a la cual solo tienen acceso directo ciertas personas en razón de su profesión u oficio, la cual por su carácter, está sujeta a reserva, que de conocerse podría ser utilizada con el fin de obtener provecho o beneficio para sí o para un tercero; b) que los miembros de una junta directiva de una sociedad anónima, están sometidos al régimen establecido para los administradores, de acuerdo con lo señalado en los artículos 22 y siguientes de la Ley 222 de 1995; c) que dichas normas señalan que los administradores están llamados a actuar dentro de unos principios generales de conducta establecidos en la ley; d) que es un deber de los administradores guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad y abstenerse de utilizar indebidamente la información privilegiada (numerales 4 y 5 del artículo 23 ibídem), y e) que en tales circunstancias los miembros de una junta directiva de una compañía **no pueden, utilizar indebidamente información privilegiada que conocieron en desarrollo de sus funciones**, en detrimento de los intereses de aquella, so pena de hacerse acreedores a las sanciones legales pertinentes.