

OFICIO 220-105975 DE 07 DE MAYO DE 2024

ASUNTO: DECRETO 046 DE 2024 - CONFLICTO DE INTERESES - GRUPO EMPRESARIAL

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número de la referencia, por medio de la cual plantea una consulta relacionada con el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 en los siguientes términos:

Hace referencia al numeral 7 del artículo 2.2.2.3.3. del Decreto 46 de 2024 y expresa que *"con motivo a la interpretación del numeral 4 del artículo 2.2.2.3.3 del Decreto 46 del treinta (30) de enero del año dos mil veinticuatro (2024), el peticionario acude al despacho de la entidad requerida para esclarecer si en el supuesto en el que las sociedades de un grupo empresarial se encuentran sujetas a una unidad de control en sus órganos de dirección, los administradores sociales podrían incurrir en actos de competencia o conflicto de intereses"* y solicita *"ACLARAR si en el supuesto en que en un grupo empresarial, donde la sociedad A es titular del cien por ciento (100%) de las acciones de la sociedad B y ambas sociedades comparten la totalidad de los representantes legales por la existencia de la unidad de control que supone el grupo empresarial, la concurrencia de los representantes legales en ambas sociedades en cualquier acto de administración o en la celebración de contratos entre ambas sociedades constituye un conflicto de intereses o un acto de competencia en concordancia con lo establecido en el artículo 2.2.2.3.3 del Decreto 46 del treinta (30) de enero del año dos mil veinticuatro (2024).*

Previamente a responder su consulta debe señalarse 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, modificado por el Decreto 1380 de 2021.

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 y abstracto que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

Su consulta es particular y concreta, por lo cual esta entidad no se referirá específicamente a la misma. Sin perjuicio de lo anterior, este Despacho procederá a realizar las siguientes consideraciones de índole jurídico sobre el tema consultado que podrán servir de guía al consultante.

En primer lugar, se parte de la base que el Decreto 046¹ de 2024 en su artículo 2.2.2.3.1 consagra el alcance del denominado conflicto de intereses, así:

"Artículo 2.2.2.3.1. Alcance del conflicto de intereses. *Habrá conflicto de intereses en el marco de lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, de forma enunciativa y no limitativa, cuando exista, por parte del administrador un interés directo o indirecto que pueda comprometer su criterio o independencia en la toma de decisiones en el mejor interés de la sociedad, en lo relativo a uno o varios actos, en los que sea parte o esté involucrada la sociedad en la que dicho administrador ejerce sus funciones.*

Algunos posibles eventos de conflicto de intereses son los actos o negocios en que participe el administrador como representante de la sociedad, por una parte, y por otra, él mismo como persona natural o administrador de otra sociedad, o terceros de acuerdo a lo contemplado en el artículo 2.2.2.3.3."

A su vez el artículo 2.2.2.3.3. del citado decreto, señala:

"Artículo 2.2.2.3.3. Conflicto de intereses por interpuesta persona. *Para los fines del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, con carácter enunciativo y no limitativo, los administradores podrían estar incurriendo en competencia o conflicto de intereses por interpuesta persona, cuando en los actos correspondientes sean partes los siguientes sujetos:*

- 1. El cónyuge o compañero permanente del administrador;*
- 2. Los parientes del administrador, de su cónyuge o de su compañero permanente, hasta el segundo grado de consanguinidad o civil, y segundo de afinidad;*
- 3. Las sociedades en las que el administrador o cualquiera de las personas mencionadas en los numerales anteriores, detentan la calidad de controlantes, conforme al artículo 260 del Código de Comercio;*
- 4. Las sociedades representadas simultáneamente por el administrador;*
- 5. Los patrimonios autónomos en los que el administrador, o cualquiera de las personas mencionadas en los numerales anteriores, sean fideicomitentes o beneficiarios, o que ejerza el control efectivo y/o final, o que tenga derecho a gozar y/o disponer de los activos, beneficios, resultados o utilidades; y*
- 6. Las personas que ejerzan control directo o indirecto sobre la sociedad en la que el administrador ejerce sus funciones o las subordinadas de dichos controlantes.*

Parágrafo. Para los efectos aquí establecidos la situación de control no requiere que se encuentre inscrita en los términos del artículo 30 de la Ley 222 de 1995,

¹ COLOMBIA. GOBIERNO NACIONAL. Decreto 046 (30 de junio de 2024) "Por el cual se sustituye el Capítulo 3 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto número 1074 de 2015 y se reglamenta parcialmente el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en lo relativo al conflicto de intereses y competencia de los administradores, y la aplicación del principio de deferencia al criterio empresarial.

dado que dicha omisión y sus consecuencias, no excluye la consideración de un eventual conflicto de intereses o competencia con la sociedad". (Subrayado fuera del texto)

Con base en lo expuesto, los administradores podrían estar incurriendo en competencia o conflicto de intereses por interpuesta persona, cuando en los actos correspondientes sean partes las sociedades en las que el administrador o cualquiera de las personas mencionadas en los numerales 1 y 2 del referido Artículo 2.2.2.3.3., detenten la calidad de controlantes, conforme al artículo 260 del Código de Comercio. A su vez, cuando en los actos o negocios sean partes las personas que ejerzan control directo o indirecto sobre la sociedad en la que el administrador ejerce sus funciones o las subordinadas de dichos controlantes.

Ahora bien, si el administrador advierte una situación de posible conflicto de intereses con la sociedad en la que éste ejerce sus funciones, deberá abstenerse de participar en el acto o negocio que da lugar al conflicto. En este punto, el administrador deberá sopesar si el acto o negocio jurídico que configura el conflicto podría perjudicar los intereses de la sociedad y en el evento que concluya que no se genera perjuicio, podrá adelantar el procedimiento tendiente a obtener autorización del máximo órgano social para proceder a ejecutar el acto o negocio, en los términos del artículo 2.2.2.3.4. del Decreto 1074 de 2015.

Para efectos de la autorización, entre otros, el administrador deberá suministrar al máximo órgano social toda la información que considere relevante para la toma de la decisión, de manera clara, veraz y suficiente, incluyendo la información de los hechos que dan lugar a la configuración del conflicto de intereses, así como la información que sustenta la no generación de un perjuicio para los intereses de la sociedad.

Ahora bien, el Parágrafo 3º del referido Artículo 2.2.2.3.4. establece la posibilidad de impartir autorizaciones generales. En estos eventos, el máximo órgano social, aparte de analizar la información señalada en el inciso anterior, deberá tener en cuenta lo siguiente para efectos de poder otorgar una autorización general: i) que se trate de operaciones del giro ordinario de la sociedad; ii) que se trate de operaciones recurrentes; iii) que las operaciones se realicen en un determinado ejercicio social y; iv) que se señalen con claridad y precisión los actos y contratos que se pretenden realizar, incluida su naturaleza, partes y temporalidad.

Sin embargo, es necesario advertir que si alguno de los actos o negocios autorizados de forma general, es contrario a los mejores intereses de la sociedad, tales actos no se entenderán cubiertos por la referida autorización y, en ese sentido, los administradores deberán cerciorarse de que ninguna de las operaciones que se realicen, afecte los mejores intereses de la sociedad.

Una vez otorgada la autorización general, es preciso señalar que los administradores deberán llevar un registro fidedigno de todas las operaciones que se celebren al amparo de la señalada autorización, con el propósito de que tal información haga parte, según aplique, del informe de gestión (numeral 3 del artículo 47 de la Ley 222 de 1995), y del informe especial en caso que Grupos Empresariales, según lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 222 de 1995.

Con base en lo expuesto, considera esta Oficina que la autorización general puede ser utilizada por sociedades que hagan parte de un Grupo Empresarial, previo cumplimiento de los requisitos señalados, así como de las disposiciones legales y estatutarias, que deberán ser analizadas en cada caso específico según las particularidades del Grupo Empresarial.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 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 el aplicativo Tesauro.