

Ref. Conflicto de intereses

Me refiero a su comunicación radicada con el No. 2006-01-157396, mediante la cual invocando el derecho de petición, pone de presente la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales, celebrado entre el representante legal de una sociedad anónima y una firma de abogados en particular, cuyo representante legal a la vez es miembro de la junta directiva de la primera sociedad, para luego formular una serie de preguntas que giran en torno a la eventual existencia de conflictos de intereses derivada de la representación del citado directivo en procesos de diversa índole que involucren personas relacionadas con la sociedad y otras situaciones, en las que amén del ejercicio de la gestión profesional contratada llegare a actuar el mismo en su calidad de abogado.

A ese respecto es preciso advertir que este Despacho con fundamento en el artículo 25 del C.C.A. profiere los conceptos de carácter general y 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, ni menos sobre la legalidad o ilegalidad de actos realizados al interior de sociedades cuya identidad y antecedentes le son desconocidos, como es el caso de la compañía a que su solicitud alude.

Ello como es obvio supone entre otros, contar con los elementos de juicio suficientes para examinar en cada caso las especiales circunstancias de la sociedad y las condiciones en que hayan sido adoptadas las determinaciones, o celebrado los actos en particular, pues en ningún caso las actuaciones de la administración pueden obedecer a la mera confrontación de hechos descritos por terceros, lo que resulta igualmente predicable en tratándose de cualquier irregularidad que comprometa a los administradores, los socios o cualquiera otro órgano.

Para ese propósito y siempre que se trate de sociedades no sometidas a la vigilancia de otros organismos a quienes les compete conocer de esos asuntos, uno o más de los asociados representantes de no menos del diez por ciento del capital social o alguno de sus administradores, podrán por si o por medio de apoderado, solicitar la adopción de cualquiera de las medidas administrativas contempladas en el artículo 87 de la Ley 222 de 1995, entre ellas la práctica de investigaciones administrativas, a las que habrá lugar cuando quiera que pretenda verificarse la ocurrencia de hechos lesivos de los estatutos o de la ley, en cuyo caso esta Entidad decretará las medidas pertinentes, según las facultades asignadas en la misma ley.

Ahora bien, en lo que concierne a los casos de conflicto de intereses, se tiene que sin perjuicio de los juicios de responsabilidad y los efectos indemnizatorios, asuntos del resorte exclusivo de la justicia ordinaria (Art. 24 de la Ley 222/95); de las acciones penales a que hubiere lugar y de la competencia asignada a la Superintendencia de Industria y Comercio, en el caso de sociedades vigiladas por esta Superintendencia (Decreto 3100 de 19978) la Entidad podrá, previa investigación y evaluación de la queja debidamente formulada y acompañada de documentos pertinentes, formular cargos al respectivo administrador, a fin de que, si hubiere lugar a ello, se le ordene que se abstenga de realizar los actos generadores del conflicto y disponer la remoción del mismo, si lo considera procedente (Art. 84, Núm. 1º de la Ley 222 de 1995).

Para mayor información e ilustración sobre el tema de conflictos de interés y actos de competencia desleal, viene al caso transcribir los apartes pertinentes de la Circular Externa No. 20 de 1997, documento cuyo texto completo podrá consultar en la página de Internet de la Entidad (www.supersociedades.gov.co), donde además encontrará otros conceptos que sobre el asunto ha proferido la Entidad o examinar los libros de Doctrinas y Conceptos Jurídicos y Contables publicados por la Entidad.

□CIRCULAR EXTERNA No. 20 4 NOV. 1997□

Teniendo en cuenta las novedades que incluye el régimen legal aplicable a los administradores de los entes societarios, este Despacho ha considerado pertinente fijar algunos criterios sobre el uso de información privilegiada, los actos de competencia desleal y los conflictos de interés, circunscribiendo sus consideraciones al derecho de sociedades y teniendo en cuenta que estos asuntos son excepcionalmente importantes y la adecuada comprensión y respeto de los criterios legales que los inspiran contribuirá a la más ordenada y respetuosa relación entre los socios, los administrados y las sociedades en que ellos tienen interés.

En atención al objetivo propuesto, es necesario transcribir las disposiciones a que nos vamos a referir. Dice así el artículo 23 de la Ley 222 de 1995:

"ARTICULO 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 cumplimiento de su función los administradores deberán:

....5. Abstenerse de utilizar información privilegiada.

....7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés general 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 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."

Dice así el artículo 148 A del Código Penal:

"ARTICULO 148. - Utilización indebida de información privilegiada. El servidor público o el particular que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública o privada que haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea éste persona natural o jurídica, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años e interdicción de funciones por el mismo término de la pena principal."

El concepto de información privilegiada:

Por información privilegiada debe entenderse aquélla a la cual sólo tienen acceso directo ciertas personas (sujetos calificados) 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.

Características de la información privilegiada:

Es necesario que a ella solo tengan acceso determinadas personas, en razón al cargo o de sus funciones en el sector público o en el sector privado.

Debe tener la idoneidad suficiente para ser utilizada.

Debe versar sobre hechos concretos y referidos al entorno societario o al ámbito dentro del cual actúa la compañía.

Uso indebido de la 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:

Que se suministre a quienes no tienen derecho a acceder a ella.

Que se use con el fin de obtener provecho propio o de terceros.

Que la oculte 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.

Que se haga pública en un momento inapropiado.

Igualmente habrá uso indebido de la información, 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.

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

Cuando el órgano competente de la sociedad autorice expresamente al administrador el levantamiento de la reserva.

Cuando la información se le suministre a las autoridades facultadas para solicitarla y previa su solicitud.

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 asociados en ejercicio del derecho de inspección y los asesores externos, etc.

II. ACTOS DE COMPETENCIA

(□)

III. CONFLICTOS DE INTERES:

Concepto.

Existe conflicto de interés cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquel o de un tercero.

2. Conducta del administrador en caso de actos de competencia o en caso de conflicto de interés:

El administrador deberá estudiar cada situación a efecto de determinar si está desarrollando actos que impliquen competencia con la sociedad o si existe conflicto de interés, y en caso afirmativo deberá abstenerse de actuar y si está actuando deberá cesar en ello.

La duda respecto a la configuración de los actos de competencia o de conflicto de interés, no exime al administrador de la obligación de abstenerse de participar en las actividades respectivas debiendo informar al máximo órgano social su caso, informándole de cuanto le permita a ese órgano conocer el detalle del caso.

Es preciso advertir que la prohibición para los administradores está referida a la participación en los actos que impliquen conflicto de interés o competencia con el ente societario. En este orden de ideas, cuando el administrador

que tenga alguna participación en un acto de competencia o se encuentre en una situación de conflicto, sea miembro de un cuerpo colegiado - como sería el caso de la junta directiva - para legitimar su actuación no es suficiente abstenerse de intervenir en las decisiones, pues la restricción, como quedó dicho, tiene por objeto impedir la participación en actos de competencia o en actos respecto de los cuales exista una situación de conflicto, salvo autorización expresa del máximo órgano social, mas no su intervención en la decisión.

En los eventos señalados, el administrador pondrá en conocimiento de la Junta de Socios o de la Asamblea General de Accionistas esa circunstancia, debiendo igualmente suministrarle toda la información que sea relevante para que adopte la decisión que estime pertinente. El cumplimiento de tal obligación, comprende la convocatoria del máximo órgano social, cuando quiera que el administrador se encuentre legitimado para hacerlo. En caso contrario, deberá poner en conocimiento su situación a las personas facultadas para ello con el fin de que procedan a efectuarla.

La información relevante debe tener la idoneidad suficiente para que el máximo órgano social logre conocer la dimensión real del asunto y pueda, así, determinar la viabilidad de la autorización que le interesa al administrador o, en caso contrario, obrar de otra manera.

3. Intervención de la junta de socios y de la asamblea general de accionistas.

El máximo órgano social al adoptar la decisión no puede perder de vista que el bienestar de la sociedad es el objetivo principal de su trabajo y de su poder, razón por la cual habrá lugar a la autorización cuando el acto no perjudique los intereses de la compañía. Por tanto, para determinar la viabilidad de la misma, la junta o la asamblea evaluarán, entre otros, los factores económicos, la posición de la sociedad en el mercado y las consecuencias del acto sobre los negocios sociales.

No sobra advertir que cuando el administrador tenga la calidad de asociado, deberá abstenerse de participar en la respectiva decisión y, en consecuencia, sus partes de interés, cuotas o acciones no podrán ser tomadas en cuenta para determinar el quórum, ni mucho menos la mayoría decisoria.

Finalmente, si el máximo órgano social no imparte su autorización, el administrador deberá abstenerse de ejecutar los actos de competencia o aquellos generadores de la situación de conflicto. En caso de desacato, podrá ser removido de su cargo y estará sujeto al juicio de responsabilidad de que trata el artículo 200 del Código de Comercio. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones de orden legal que hubiere lugar.

IV. INTERVENCION DE LA SUPERINTENDENCIA.

Tratándose de sociedades sujetas a su vigilancia, esta Superintendencia puede entrar a pronunciarse en relación con la existencia de conflictos de interés, actos de competencia y utilización indebida de la información privilegiada, previa formulación de queja por quien se encuentre legitimado para hacerlo.

En este caso, la Superintendencia luego de evaluar la información que le suministre el quejoso, así como la obtenida de manera oficiosa, procederá a formular los cargos respectivos al administrador a fin de garantizar tanto el debido proceso como su derecho de defensa. Surtida esta actuación, la Superintendencia entrará a definir la situación concreta y si se estima que hay mérito, ordenará al administrador que se abstenga de realizar los actos generadores del conflicto y en caso extremo podrá ordenar la remoción de tal administrador.

Si se trata de una sociedad sujeta a inspección, el quejoso formulará la correspondiente solicitud de investigación administrativa.

Es de señalar que la intervención de la Superintendencia no se hace extensiva a los juicios de responsabilidad y a los efectos indemnizatorios, asuntos que conocerá y decidirá la justicia civil.

Las anteriores observaciones se formulan sin perjuicio de las reglas que sobre el conflicto, actos de competencia e información privilegiada se hubieren consignado en los estatutos del respectivo ente, o en las vinculaciones de los administradores cuando a ello hubiere lugar. □

En los anteriores términos se ha dado trámite a su solicitud, esperando que la información proporcionada le sea de utilidad.