

Boletín sobre Conflictos de Interés y actos de competencia



El cuadro a continuación presenta un análisis de ciertos aspectos seleccionados del régimen aplicable a administradores de sociedades (e.g., representantes legales y miembros de junta directiva), sobre conflictos de interés y actos de competencia, a raíz de la reciente expedición del Decreto 46 de 2024. Este análisis no es un resumen completo del Decreto. El cuadro busca visibilizar los principales cambios introducidos por el Decreto y contiene algunos comentarios editoriales de Posse Herrera Ruiz.

Asunto	Antes del Decreto 46 de 2024	A Partir del Decreto 46 de 2024	Comentario de PHR
<p>1. Definición de conflicto de interés</p>	<p>Doctrina y jurisprudencia Hay conflicto cuando:</p> <p><i>“no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien sea porque el interés sea del primero o de un tercero.”</i></p> <p><i>“el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada, así como cuando se presenten circunstancias que configuren un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido.”</i></p>	<p>Norma Hay conflicto “[...] 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”</p>	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Despeja cualquier duda respecto de la existencia de conflicto por interés de terceros (directo o indirecto) ❖ Advierte que es una definición enunciativa, con lo cual debe analizarse caso a caso la existencia de conflicto ❖ Trae como ejemplo enunciativo el auto contrato

Asunto	Antes del Decreto 46 de 2024	A Partir del Decreto 46 de 2024	Comentario de PHR
<p>2. Definición de actos de competencia</p>	<p>Doctrina y jurisprudencia Son actos de competencia “[...] aquellos que implican concurrencia entre el ente societario y el administrador, o un tercero en favor del cual éste tenga 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 oferta de unos productos o servicios o el posicionamiento en un mercado en el que ellos concurren.”</p>	<p>Norma Son actos de competencia “[...] aquellos que implican por parte del administrador, directamente o por interpuesta persona, la concurrencia en un mismo mercado, o cuando el administrador toma para para sí, directamente o por interpuesta persona, oportunidades de negocio que le correspondan o hubieran estado al alcance de la sociedad en la que este sujeto ejerce sus funciones.”</p>	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Advierte que es una definición enunciativa, con lo cual debe analizarse caso a caso la existencia de actos de competencia ❖ Determina la norma que el aprovechamiento de una oportunidad de negocio es un acto de competencia ❖ No llega la norma a especificar cómo debe manejarse la situación de actos de competencia, en aquellos casos en los cuales el administrador es simultáneamente accionista, respecto del aprovechamiento de oportunidades de negocio (en su calidad de accionista)
<p>3. Conflicto por intereses de la matriz o controlante</p>	<p>Doctrina y jurisprudencia Hay posible conflicto cuando: “el administrador celebra operaciones con personas naturales o jurídicas con las cuales, tenga una relación de dependencia;”</p>	<p>Norma Podría haber conflicto en las operaciones en las que sean parte los siguientes sujetos:</p> <ul style="list-style-type: none"> ❖ Otras sociedades en las que el administrador (o su cónyuge o parientes) son controlantes ❖ La matriz de la sociedad en la que el administrador cumple sus funciones (o sus subordinadas) 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Se mantiene el enunciado de potencialidad (“podría haber conflicto”), con lo cual debe analizarse caso a caso la existencia de conflicto ❖ Se aclara que la situación de control correspondiente no requiere estar inscrita en el registro mercantil para efectos de determinar la existencia del conflicto

Asunto

4. Procedimiento aplicable en caso de conflicto o actos de competencia

Antes del Decreto 46 de 2024

- ❖ El administrador se abstiene de participar en la decisión o acto y convoca o hace que se convoque al máximo órgano social e informa a dicho órgano detalladamente sobre todos los aspectos de la operación
- ❖ En caso de duda, el máximo órgano social determina si hay conflicto o actos de competencia, o no
- ❖ El máximo órgano social determina, en caso de conflicto o competencia, que la operación no perjudica los intereses de la sociedad y autoriza al administrador a participar; o
- ❖ El máximo órgano social determina, en caso de conflicto o competencia, que la operación no perjudica los intereses de la sociedad y le ordena al administrador a abstenerse de participar; o
- ❖ El máximo órgano social determina, en caso de conflicto o competencia, que la operación sí perjudica los intereses de la sociedad y le ordena al

A Partir del Decreto 46 de 2024

- El procedimiento es esencialmente igual, con las siguientes particularidades:
- ❖ Se aclara que si el administrador no tiene la facultad de convocar al máximo órgano social, debe pedir al representante legal que lo haga
 - ❖ En el orden del día de la convocatoria debe incluirse el punto relativo al acto o negocio respecto del cual exista o pueda existir conflicto de interés o competencia (previendo la posibilidad de incluir el asunto en el orden del día en el curso de la reunión ordinaria o extraordinaria)
 - ❖ Permite al accionista la iniciación de una acción de responsabilidad sin el requisito de votación mayoritaria, es decir, de manera individual, pero en interés de la sociedad y para resarcir los perjuicios que haya sufrido la sociedad

Comentario de PHR

- ❖ Es de esperar un volumen alto de acciones de responsabilidad respecto de eventos contenciosos de conflicto de interés o competencia, al no tener que pasar por el filtro de la votación mayoritaria del máximo órgano social (como en una acción social de responsabilidad). El abuso de estas acciones puede de todas maneras comprometer la responsabilidad del demandante
- ❖ Si bien la responsabilidad por voto abusivo ha estado prevista en la legislación desde tiempo atrás, el Decreto resalta que el voto no solo no puede ser abusivo sino que además existe el deber de ejercer el derecho a votar en el mejor interés de la compañía (con fundamento en normas legales)

Asunto	Antes del Decreto 46 de 2024	A Partir del Decreto 46 de 2024	Comentario de PHR
<p>5. Levantamiento general de conflictos de interés o autorización general para actos de competencia</p>	<p>administrador (a la administración en general) abstenerse de participar</p> <p>Doctrinaria y jurisprudencia No permitido, según pronunciamientos reiterados doctrinarios de la Superintendencia de Sociedades (con algunas posiciones contrarias en defensa de su validez)</p>	<p>Norma Permitido siempre que se trate de autorizaciones durante la vigencia de ejercicio social y se trate de operaciones recurrentes y del giro ordinario</p> <p>En caso de que los actos en conflicto de intereses o competencia sean contrarios a los mejores intereses de la sociedad, no se considerarán amparados por la mencionada autorización general</p> <p>La administración deberá presentar un informe detallado de estas operaciones en la reunión ordinaria del siguiente ejercicio</p>	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Da un espacio para evitar la parálisis por posibles conflictos permanentes ❖ Compañías que hacen parte de conglomerados con operaciones intragrupo pueden apelar a este mecanismo ❖ Queda pendiente reglamentar operaciones en interés del conglomerado como asuntos no constitutivos de conflicto (o darles el tratamiento como un tipo de conflicto especial)
<p>6. Deferencia al Criterio empresarial</p>	<p>Doctrina y jurisprudencia Los jueces o autoridades no deben escutar las decisiones legítimas de negocio y debe respetarse el juicio empresarial</p>	<p>Norma En desarrollo del deber de actuar conforme a la diligencia de un buen hombre de negocios contenido en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, las autoridades respetarán el criterio</p>	<p>Si bien es de resaltar que el Decreto introduce la figura anglosajona del respeto al “<i>business judgment rule</i>” con presunciones bajo las cuales la responsabilidad de los administradores queda resguardada por sus</p>

Asunto

Antes del Decreto
46 de 2024

A Partir del Decreto
46 de 2024

Comentario de PHR

adoptado por los administradores en la toma de decisiones de negocios, por cuanto se entenderá que se adoptaron de buena fe y en el mejor interés de la sociedad, bajo un juicio suficientemente informado. Lo anterior, salvo los casos de mala fe, extralimitación de sus funciones, incumplimiento o violación de la ley o de los estatutos, violación del deber de lealtad o cuando correspondan a una decisión manifiestamente mal informada

La deferencia al criterio empresarial no aplica a administradores mal informados por su negligencia, en concordancia con la doctrina de la Superintendencia de Sociedades

decisiones legítimas de negocio, es bueno recordar que el régimen de responsabilidad de los administradores vigente de vieja ha estado construido sobre la base del principio de presunción de "buena fe" y el estándar de diligencia de la "buena persona de negocios", con lo cual se ha entendido que las decisiones legítimas de negocio no comprometen la responsabilidad de los administradores

CONTACTO: gabriel.sanchez@phrlegal.com