

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: RADS

Fecha: FRADS

NT-F-001. V.12

Página 1 de 14

Bogotá, D.C.,

CONCEPTO SSPD-OJ-2026-257

Señor

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Ref. Solicitud de concepto¹

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1369 de 2020², la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - Superservicios es competente para “...absolver las consultas jurídicas externas relativas al régimen de los servicios públicos domiciliarios”.

ALCANCE DEL CONCEPTO

Se precisa que la respuesta contenida en este documento corresponde a una interpretación jurídica general de la normativa que conforma el régimen de los servicios públicos domiciliarios, razón por la cual los criterios aquí expuestos no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, tal como lo dispone el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011³, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁴.

¹ Radicados

TEMA: RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA JUNTA DIRECTIVA DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS CONSTITUIDAS COMO SOCIEDADES ANÓNIMAS.

Subtemas: Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios - Régimen jurídico y competencias de la junta directiva en una sociedad anónima - Conflicto de interés de los administradores.

² “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”.

³ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

⁴ “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

La Superservicios comprometida con el Sistema de Gestión Antisoborno los invita a conocer los lineamientos, directrices y el canal de denuncias en el siguiente link: <https://www.superservicios.gov.co/Atencion-y-servicios-a-la-ciudadania/peticiones-quejas-reclamos-sugerencias-denuncias-y-felicitaciones>

Sede principal.
Bogotá D.C. Carrera 18 nro. 84-35
Código postal: 110221
PBX 60 (1) 745 6011.
Celular: 3203509009
sspd@superservicios.gov.co.
NIT: 800.250.984.6
www.superservicios.gov.co

Direcciones Territoriales
Diagonal 92 # 17A – 42, Edificio Brickell Center, piso 3.
Código postal: 110221
Barranquilla. Carrera 59 nro. 75 -134. Código postal: 080001
Bucaramanga. Carrera 34 No. 54 – 92. Código postal: 680003
Cali. Calle 21 Norte N° 6N-14 EDIF. PORVENIR 2do piso. Código postal: 760046
Medellín. Avenida calle 33 nro. 74 B – 253. Código postal: 050031
Montería. Carrera 7 nro. 43-25. Código postal: 230002
Neiva. Calle 11 nro. 5 – 62. Código postal: 410010

Por otra parte, la Superservicios no puede exigir que los actos o contratos de un prestador de servicios públicos domiciliarios se sometan a su aprobación previa, ya que de hacerlo incurriría en una extralimitación de funciones, así lo establece el parágrafo 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001.

CONSULTA

La consulta elevada contiene una serie de preguntas relativas al funcionamiento de la junta directa de una sociedad anónima que presta servicios públicos domiciliarios, las cuales serán transcritas y respondidas en el acápite de conclusiones.

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Ley 142 de 1994⁵

Ley 222 de 1995⁶

Decreto 410 de 1971⁷

Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015⁸

Circular Conjunta No. 2020-01-403386⁹

Circular Básica Jurídica 100-000008 de 12 de julio de 2022

Oficio 220-71972 del 17 de noviembre de 2000 - Supersociedades

Oficio 220-140389 del 27 de noviembre de 2012 - Supersociedades

Oficio 220-062273 de 21 de marzo de 2024 - Supersociedades

CONSIDERACIONES

Previo a atender la solicitud, es necesario señalar que, si bien las consultas relacionadas con asuntos de naturaleza societaria corresponden, en principio, al ámbito de competencia de la Superintendencia de Sociedades, dicha entidad y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios suscribieron la Circular Conjunta No. 100-000006 (radicado Supersociedades) y No. 2019-529-084514-2 (radicado Superservicios), del 6 de agosto de 2019, modificada posteriormente por la Circular Conjunta No. 100-000033 (radicado Supersociedades) y No. 2020-01-403386 (radicado Superservicios), del 6 de agosto de 2020.

La citada Circular establece un marco de colaboración, coordinación y apoyo interinstitucional para el ejercicio armónico de las competencias atribuidas a ambas Superintendencias. En ese contexto, dicho acto precisó que corresponde a esta Superintendencia atender las consultas relacionadas con asuntos societarios de las empresas de servicios públicos domiciliarios, en los términos previstos en la Ley 142 de 1994 y de conformidad con los criterios jurisprudenciales fijados por el Consejo de Estado.

⁵ “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.”

⁶ “Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.”

⁷ “Por el cual se expide el Código de Comercio”

⁸ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo.”

⁹ “Por medio de la cual se modifica integralmente la Circular Conjunta, suscrita por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Superintendencia de Sociedades de fecha 06 de agosto de 2019”

Así mismo, es necesario recordar que el alcance de los conceptos jurídicos emitidos por esta Superintendencia en ejercicio de sus funciones, se enmarca en las previsiones del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015.

Por lo tanto, el concepto emitido por esta Oficina de ninguna manera pretende resolver el caso concreto, puesto que no puede entrar a revisar los estatutos sociales o las decisiones de los órganos de administración de empresas constituidas como sociedades anónimas que presten servicios públicos domiciliarios.

No obstante, con el fin de ofrecer orientaciones generales sobre los temas consultados, en el presente concepto se efectuarán algunas precisiones sobre los siguientes ejes temáticos: i) régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios; ii) régimen jurídico y competencias de la junta directiva en una sociedad anónima y iii) conflicto de interés de los administradores.

Bajo este contexto, se precisa que el presente concepto se emite en atención a la consulta inicialmente formulada ante la Superintendencia de Sociedades, la cual, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, dispuso su traslado a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por razones de competencia. Dicha solicitud fue registrada bajo el radicado de entrada No. 20265292619122, siendo además radicada directamente ante esta entidad bajo el No. 20265292475962.

(i) Régimen jurídico de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios

El artículo 15 de la Ley 142 de 1994 establece las personas habilitadas para prestar los servicios públicos domiciliarios, entre las cuales se encuentran las empresas de servicios públicos. Estas, con independencia de la naturaleza jurídica que ostenten o de la composición de su capital, se rigen por el régimen jurídico especial consagrado en el artículo 19 de la citada ley, el cual dispone:

“Artículo 19. Régimen Jurídico de las empresas de servicios públicos. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:

(...)

19.15. En lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas. (...).”

Así pues, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se encuentran sometidas al régimen jurídico especial previsto en el artículo 19 de la Ley 142 de 1994. No obstante, el propio legislador dispuso que, en los aspectos no regulados expresamente por dicho estatuto, se aplicarán de manera supletoria las disposiciones del Código de Comercio relativas a las sociedades anónimas.

En ese sentido, las materias que no cuenten con regulación específica en la citada norma se regirán por la normativa societaria aplicable a este tipo de sociedades, remisión que comprende igualmente las disposiciones de la Ley 222 de 1995, en la medida en que esta modificó de manera

integral el Título I del Libro Segundo del Código de Comercio e incorporó normas adicionales aplicables a las sociedades comerciales.

(ii) Régimen jurídico y competencias de la junta directiva en las sociedades anónimas.

Dado que la Ley 142 de 1994 no regula de manera integral el funcionamiento de la junta directiva de las sociedades anónimas, corresponde acudir a las disposiciones del Código de Comercio en virtud de la remisión legal antes señalada. En este sentido, los artículos 434 y 438 disponen:

“ARTÍCULO 434. ATRIBUCIONES E INTEGRANTES DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS. *Las atribuciones de la junta directiva se expresarán en los estatutos. Dicha junta se integrará con no menos de tres miembros, y cada uno de ellos tendrá un suplente. A falta de estipulación expresa en contrario, los suplentes serán numéricos. (...)*

ARTÍCULO 438. ATRIBUCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA. *Salvo disposición estatutaria en contrario, se presumirá que la junta directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.”*

Así las cosas, las atribuciones de la junta directiva, así como los demás aspectos relacionados con la organización y funcionamiento de dicho órgano de administración, deben ser definidos en los estatutos sociales, en ejercicio de la autonomía estatutaria reconocida a la sociedad.

Ahora, es importante señalar que los miembros de la junta directiva integran un órgano colegiado de administración y, en consecuencia, no actúan en representación de los intereses particulares de los socios o accionistas, sino en función del interés social y del adecuado cumplimiento del objeto social. En efecto, ostentan la calidad de administradores en los términos del artículo 22 de la Ley 222 de 1995 y, como tales, se encuentran sujetos a los deberes, responsabilidades y prohibiciones previstos en dicha ley.

En ese orden de ideas, el incumplimiento de los deberes legales o de las disposiciones estatutarias puede dar lugar a la aplicación del régimen de responsabilidad previsto para los administradores, sin perjuicio de las demás consecuencias jurídicas a que haya lugar.

Bajo estas consideraciones, los artículos 22, 23 y 24 ibídem regulan la calidad de administradores, así como los deberes y responsabilidades que les son exigibles, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 22. ADMINISTRADORES. *Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detentan esas funciones.*

ARTÍCULO 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 el cumplimiento de su función los administradores deberán:

- 1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.*
- 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias*
- 3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.*
- 4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.*
- 5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.*
- 6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.*
- 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.

ARTÍCULO 24. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. *El artículo 200 del Código de Comercio quedará así:*

Artículo 200. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador (...)"

De acuerdo con lo anterior, son administradores de una sociedad el representante legal, los miembros de la junta directiva, entre otros, quienes deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, orientando su actuación al interés de la sociedad y de sus asociados, procurando el adecuado desarrollo del objeto social y el estricto cumplimiento de la ley y de los estatutos.

De este modo, los miembros de la junta directiva se encuentran sujetos a un conjunto de deberes orientados a la protección del interés social, entre los que se destacan el deber de diligencia en el desarrollo del objeto social, el cumplimiento de la ley y de los estatutos, la reserva sobre la información de la sociedad, el deber de lealtad frente a la compañía y sus asociados, así como la obligación de abstenerse de incurrir en conflictos de interés o en actos de competencia desleal.

El incumplimiento de dichos deberes puede dar lugar al régimen de responsabilidad solidaria e ilimitada previsto en la ley o por los perjuicios que, por dolo o culpa, se ocasionen a la sociedad,

a los socios o a terceros. Asimismo, en los eventos de extralimitación de sus funciones, o de violación de la ley o de los estatutos, la culpa del administrador se presume.

En ese marco, tratándose de un órgano colegiado, las decisiones, instrucciones y directrices que adopte deben quedar debidamente consignadas en el acta de la respectiva reunión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 431 del Código de Comercio:

“ARTÍCULO 431. <CONTENIDO DE LAS ACTAS Y REGISTRO EN LIBROS>. Lo ocurrido en las reuniones de la asamblea se hará constar en el libro de actas. Estas se firmarán por el presidente de la asamblea y su secretario o, en su defecto, por el revisor fiscal.

Las actas se encabezarán con su número y expresarán cuando menos: lugar, fecha y hora de la reunión; el número de acciones suscritas; la forma y antelación de la convocación; la lista de los asistentes con indicación del número de acciones propias o ajenas que representen; los asuntos tratados; las decisiones adoptadas y el número de votos emitidos en favor, en contra, o en blanco; las constancias escritas presentadas por los asistentes durante la reunión; las designaciones efectuadas, y la fecha y hora de su clausura.”

Ahora bien, es pertinente señalar que el régimen de responsabilidad de los administradores debe analizarse de manera armónica con las garantías que les permiten ejercer adecuadamente sus funciones, dentro de las cuales se encuentra el derecho de información de los miembros de la junta directiva, respecto del cual la Superintendencia de Sociedades, mediante el Oficio 220-71972 del 17 de noviembre de 2000 señaló:

“(…) 1. Oficio EX 00635 de 16 de enero de 1987, reiterado en Oficio 33850 de junio 9 de 1995:

“(…)

Es obvio que, para el cabal desempeño de sus funciones y el cumplimiento de las obligaciones, la Junta Directiva debe tener fácil acceso a la información necesaria. Por lo tanto, si para llevar a efecto su tarea es indispensable la inspección y revisión de los libros o papeles de la sociedad, debe por consiguiente permitírsele en cualquier tiempo tal posibilidad. Es de anotar, que la atribución en mención, debe adelantarla el referido órgano Administrativo como tal, bien directamente o por medio de una comisión que de su seno se elija; pero en modo alguno puede un Miembro de la Junta Directiva de manera independiente al citado órgano, a motu proprio (sic) inspeccionar los libros y demás papeles sociales de la compañía, actuando en forma ajena, lo cual no es posible, por cuanto la Junta Directiva al ser un cuerpo colegiado, debe proceder como tal”.

Oficio 220- 57325 de octubre 22 de 1997

“(…) CONCLUSION:

Si bien es cierto que la Ley 222 de 1995 en su artículo 24 amplió la responsabilidad de los administradores hasta el punto de exigir la diligencia de un buen hombre de negocios, no por ello está autorizado un miembro de la junta directiva para actuar en forma independiente y separada del órgano social al que pertenece, por cuanto éste

tiene carácter colegiado lo que obliga a que sus actuaciones obedezcan a decisiones adoptadas por la junta directiva como órgano social.

(...)

3. Oficio 220 - 3036 del 21 de enero de 2000

(...)

Si bien es cierto que la legislación mercantil no regula el referido derecho de información, en el sentido de establecer hasta dónde llega la facultad de los administradores, especialmente la de los miembros de juntas directivas (independientemente de que a su vez, se detente la calidad de socio o accionista) y que, en principio, éstos estarían facultados para exigir y obtener todo tipo de información que su actividad demande, incluso aquella que por su naturaleza se encuentra reservada, no es menos cierto que de acuerdo con lo arriba expuesto y conforme a lo establecido en los artículos 434 a 438 del Código de Comercio, en concordancia con el 198 y 199 ídem, el precepto contenido en el artículo 22 de 1995, que les reconoce la calidad de administradores, no puede entenderse como la extensión de facultades propias del órgano a cada uno de sus miembros individualmente considerados, echando de menos y de paso haciendo nugatoria la colegialidad y colectividad características de dicho órgano de administración, lo que impone la necesidad de que sea considerado objetivamente.

En este orden de ideas, para los efectos del ejercicio de las funciones que legal y estatutariamente le corresponde a la junta directiva, sus miembros habrán de ceñirse a lo dispuesto en los estatutos sociales así como a los deberes, obligaciones y régimen de responsabilidad de que tratan los artículos 23 y 24 del Código de Comercio (sic), lo cual no implica que so pretexto del derecho de información, y amparados en la calidad de administradores que les otorga la ley, estén facultados de manera individual para requerir a su arbitrio y sin limitación alguna, los documentos que su parecer indique, porque ello supondría, a más de una extralimitación de funciones, el desconocimiento a la ley de las mayorías y a la norma general de adopción de las decisiones de los órganos de composición colectiva, característica fundamental de la legislación societaria colombiana".

De lo expuesto se concluye que el derecho de información constituye una garantía indispensable para que la junta directiva pueda ejercer adecuadamente sus funciones y cumplir los deberes inherentes a su calidad de administradora. No obstante, en atención al carácter colegiado de dicho órgano, esta facultad debe ejercerse por la junta directiva, o por la comisión que esta designe, sin que sus miembros puedan invocarla de manera individual para requerir, impartir directrices o inspeccionar la información o los documentos de la sociedad, pues ello podría implicar, una extralimitación de sus funciones y el desconocimiento de las reglas que rigen la adopción de decisiones en los órganos colegiados.

En igual sentido, el numeral 5.3. de la Circular Básica Jurídica 100-000008 de 12 de julio de 2022 expedida por la Superintendencia de Sociedades, señala lo siguiente:

*“(…) 5.3. **Deberes específicos de los administradores.** En cumplimiento de sus funciones y de los deberes generales descritos en el numeral anterior, los administradores también deberán tener en cuenta que sus actuaciones se ajusten a los siguientes deberes específicos:*

(…)

5.3.4. Guardar la reserva comercial e industrial de la sociedad: Los administradores deberán dar cumplimiento al artículo 61 del Código de Comercio, el cual 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. Esto incluye el ejercicio del derecho de inspección, con sus limitaciones (ver el título III del capítulo III de la Circular Básica Jurídica), el derecho de los revisores fiscales y demás funcionarios de la sociedad a acceder a la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones y deberes, y el de las autoridades de supervisión como la Superintendencia de Sociedades, cuando requiera información específica en ejercicio de sus funciones legales. (…).”

En virtud de lo anterior, es dable colegir que el carácter colegiado de la junta directiva implica que sus actuaciones y decisiones corresponden al órgano de administración como cuerpo colegiado y no a la voluntad individual de cada uno de sus integrantes. De ahí que, las facultades atribuidas a la junta directiva no se predicen de sus miembros considerados aisladamente, quienes no pueden ejercerlas de manera independiente.

(iii) Conflicto de interés de los administradores

En cuanto al conflicto de interés de los administradores, la Superintendencia de Sociedades a través del Oficio 220-140389 del 27 de noviembre de 2012, señaló:

“(…) 3.9.2 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 incurre o está desarrollando actos que impliquen competencia con la sociedad o 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.

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.

(...)

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 a la responsabilidad de que trata el artículo 200 del Código de Comercio. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones de orden legal que hubiere lugar.

(....)”.

Aclara aun más el tema del posible conflicto de interés y aporta mayores elementos de juicio algunas de las consideraciones y precisiones adicionales expuestas por el Despacho a través del Memorando Interno 321- 014 (Sic), oportunidad en la que se expresó:

“(....)

Frente al tema del conflicto de interés había sido claro el criterio de la entidad, según el cual era necesaria la presencia de dos elementos fundamentales:

- 1. La existencia de dos intereses contrapuestos, uno en cabeza de la sociedad y el otro en la del administrador;**
- 2. La posibilidad del administrador de elegir a favor de los intereses propios frente a los de la sociedad que administra.**

(....)

Estos elementos mencionados, son inescindibles, deben coincidir en la conducta estudiada, sin que para reprochar la actuación deba ser necesario que se haya ocasionado un perjuicio a la compañía. Así las cosas, para verificar la existencia del conflicto en cabeza del administrador no basta la existencia de intereses contrapuestos, pues además el administrador o el evaluador, debe establecer si frente a las decisiones que habrían de ser consideradas, el administrador tendría razones y posibilidad para desplazar el interés de la compañía que administra por el suyo propio.

(...)

Así las cosas, estando sometido el interés de la sociedad a la determinación del administrador, que por sí mismo o con su concurso en las decisiones de la junta directiva, tendría en esas circunstancias no sólo la posibilidad, sino además motivos más que obvios como beneficiario directo que es en ambos casos, para favorecer su interés personal, por sobre el interés de la sociedad que se torna opuesto al suyo, es evidente que esta disyuntiva lo coloca indefectiblemente en un conflicto de interés, el cual, cuando ocurre, desplaza la posibilidad de elaborar juicios de valor acerca de lo más justo o favorable para la compañía, trasladándola al máximo órgano social, de suerte que ya no les corresponde ni siquiera actuar en beneficio de la compañía, su única posibilidad de conducta es abstenerse de tomar decisión alguna y en forma inmediata poner la decisión a consideración de la asamblea general de accionistas, so pena de vulnerar la disposición legal referida.

De otra parte, si a pesar de existir intereses contrapuestos, no es del resorte del administrador decidir a su favor, ni en forma directa ni mediata, entonces uno de los elementos esenciales del conflicto no se encontraría por lo cual no existiría la obligación de someter esa decisión al órgano social correspondiente, luego no podría predicarse de ella un conflicto de interés.

(....)”.

De la posición doctrinal expuesta sobre el tema del conflicto de interés puede concluirse lo siguiente:

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. (...)”

De acuerdo con lo anterior, para que se configure un conflicto de interés en la actuación de un administrador no basta la existencia de un interés personal, sino que deben concurrir dos elementos esenciales: (i) la existencia de intereses contrapuestos entre el beneficio propio del administrador, directo o indirecto, y el interés social; y (ii) la capacidad real de decisión sobre el asunto, esto es, que el administrador se encuentre en posición de intervenir, directa o indirectamente, en la adopción de la decisión.

En ese sentido, el conflicto de interés se configura por la sola concurrencia de dichos elementos, sin que sea necesario que se materialice un perjuicio efectivo para la sociedad. Por el contrario, si el administrador carece de toda injerencia o poder de decisión sobre el asunto, no se configurará tal situación.

Ante la existencia de un posible conflicto de interés, el administrador se encuentra obligado a abstenerse de participar en la decisión y a trasladar el asunto al máximo órgano social para su conocimiento y decisión.

En línea con lo expuesto, el artículo 2.2.2.3.4 del Decreto 1074 de 2015, en relación con el procedimiento que debe seguirse en el evento de presentarse un conflicto de interés, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.2.3.4. PROCEDIMIENTO EN CASOS DE CONFLICTO DE INTERESES O ACTIVIDADES QUE IMPLIQUEN COMPETENCIA CON LA SOCIEDAD. <Artículo sustituido por el artículo 1 del Decreto 46 de 2024. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo lo establecido en normas imperativas especiales, en caso de que cierto acto o negocio pueda implicar conflicto de intereses o competencia con la sociedad en la que el administrador ejerce sus funciones, el administrador se abstendrá de participar, a menos que se cumpla el siguiente procedimiento:

(...)

8. Siempre que no se hubiere iniciado la acción social de responsabilidad, cualquier asociado podrá presentar, por su propia cuenta, pero en interés de la sociedad, la acción para que se resarzan a la compañía los perjuicios sufridos por ésta como consecuencia de la conducta de los administradores.”

En interpretación de esta disposición, la Superintendencia de Sociedades, mediante el Oficio 220-062273 de 21 de marzo de 2024, precisó lo siguiente:”

“(…) Ahora bien, de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 2.2.2.3.4 del Decreto 1074 de 2015, esto es, “Siempre que no se hubiere iniciado la acción social de responsabilidad, cualquier asociado podrá presentar, por su propia cuenta pero en interés de la sociedad la acción para que se resarzan a la compañía los perjuicios sufridos por ésta como consecuencia de la conducta de los administradores”, no es factible inferir que por virtud de este numeral, se pueda iniciar en cualquier momento la acción social de responsabilidad. Esta acción estará sujeta a la adopción de la decisión por parte del máximo órgano social y en caso de que no se inicie dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad.

Esta interpretación normativa es de carácter general y sin perjuicio de lo que decidan las autoridades judiciales, en virtud de su autonomía e independencia.

“2. Este numeral se refiere a que cualquier asociado puede iniciar la acción de responsabilidad o la acción de nulidad?”

Frente a esta inquietud importante tener en cuenta las reglas de interpretación de la ley establecidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, contenidas en sus artículos 27 y 28:

“ARTICULO 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

(...)

ARTICULO 28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.”

Por lo anterior y teniendo en cuenta lo contemplado en el numeral 8 del artículo 2.2.2.3.4 del Decreto 1074 de 2015, se puede afirmar que éste se refiere a que cualquier asociado podrá iniciar la acción social de responsabilidad, en concordancia con lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 25 de la Ley 222 de 1995.”

De manera que, la acción social de responsabilidad no puede ser ejercida por cualquier asociado en cualquier momento, sino únicamente cuando no se hubiere iniciado dicha acción.

CONCLUSIONES

De acuerdo con las consideraciones expuestas, se presentan las siguientes conclusiones:

- 1. ¿Puede un miembro de la Junta Directiva, considerado individualmente y de forma aislada a las sesiones del cuerpo colegiado, impartir directrices, órdenes o instrucciones operativas a los empleados, contratistas o proveedores de la sociedad? ¿Configuran estas acciones una extralimitación de funciones o una figura de "administración de hecho"?*
- 2. ¿Faculta la calidad de miembro de Junta Directiva a un administrador para exigir de manera individual, mediante derechos de petición particulares, información contractual sensible, cotizaciones y soportes de pago detallados a la Representante Legal? ¿Es legal condicionar el envío de dicha información institucional a correos electrónicos privados o corporativos externos a la sociedad?*

De acuerdo con las normas expuestas y los pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades, los miembros de la junta directiva, considerados individualmente, no pueden actuar de manera aislada respecto del órgano colegiado, en tanto sus facultades deben ejercerse de forma conjunta y conforme a las decisiones adoptadas por la junta como órgano colegiado.

En consecuencia, la adopción de actuaciones individuales desconectadas de las decisiones del órgano podría constituir una extralimitación de funciones, en la medida en que tales conductas desconocen el carácter colegiado y las reglas de deliberación y decisión propias de la junta directiva.

Es importante precisar que la figura del administrador de hecho únicamente recae sobre aquellas personas que, si bien no ostentan la calidad formal o legal de administradores en los términos del listado del artículo 22 de la Ley 222 de 1995, ejercen en la práctica funciones propias de gestión, dirección o administración dentro de la sociedad, con incidencia en la toma de decisiones y en la conducción de los asuntos sociales.

3. *Cuando un miembro de Junta Directiva tiene intereses económicos particulares en una empresa competidora directa, ¿cuál es el límite legal de sus actuaciones frente a la solicitud de información comercial e interna de la sociedad administrada? ¿Constituye una violación al deber de lealtad y confidencialidad el requerimiento de datos estratégicos bajo estas condiciones?*

El derecho de acceso a la información no tiene carácter absoluto, sino que se encuentra limitado por los deberes de lealtad, reserva y confidencialidad que rigen la actuación de los administradores, por lo cual no resulta procedente la solicitud o utilización de información comercial o estratégica de la sociedad en beneficio propio o de terceros.

Cuando un miembro de junta directiva advierte la posible configuración de un conflicto de interés que pueda comprometer el interés social, se encuentra en la obligación de evaluarlo y, de evidenciarse dicho riesgo, abstenerse de participar en las decisiones o actuaciones relacionadas, así como poner la situación en conocimiento del máximo órgano social para que adopte la determinación correspondiente.

4. *¿Tiene la potestad un miembro individual de la Junta Directiva de actuar de manera permanente como un auditor contable, interventor de contratos o fiscalizador técnico de la empresa, o dicha función está estrictamente reservada legalmente al órgano de la Revisoría Fiscal?*

Las funciones de los miembros de la junta directiva se encuentran delimitadas por la ley y los estatutos sociales, y deben ejercerse como parte de un órgano colegiado. En efecto, el artículo 438 del Código de Comercio, señala que la junta directiva cumple funciones de dirección y administración, sujetas a lo previsto en los estatutos y las decisiones del máximo órgano social. De modo que la actuación individual de sus miembros no puede desbordar las competencias legal y estatutariamente asignadas, ni asumir funciones de control reservadas a otros órganos dentro de la sociedad, sin perjuicio de las funciones que atribuya la ley o los estatutos sociales.

5. *Frente a un escenario de injerencia arbitraria, presunta coadministración o uso desproporcionado de las facultades de un miembro de Junta Directiva que ponga en riesgo la estabilidad de la empresa, ¿qué mecanismos legales y societarios prevé la legislación colombiana para que un accionista con el 3% de participación pueda salvaguardar sus intereses? ¿Es procedente solicitar ante la Asamblea de Accionistas la remoción del*

directivo por violación a los deberes de administrador contenidos en el Artículo 23 de la Ley 222 de 1995? o es procedente alguna acción para que por intermedio de la SuperSociedades (sic) se obtenga respaldo a las minorías.

Dentro de las acciones de las que gozan los accionistas en una sociedad se encuentra la acción social de responsabilidad, la cual, en caso de no haber sido ejercida por el representante legal, puede ser promovida por cualquier asociado con el fin de proteger los intereses sociales.

En ese sentido, dicha acción procede cuando se configuren los supuestos legales correspondiente y se evidencie que, en el ejercicio de sus funciones, los administradores no han actuado de buena fe, conforme a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, o han desbordado el ejercicio de sus deberes. En tales eventos, podrá generarse responsabilidad solidaria e ilimitada por los perjuicios que, por dolo o culpa, se ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

Cordialmente,

CRISTIAN HERNÁN BURBANO SANDOVAL
Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)