

Mecanismos para el tratamiento de conflictos de interés en juntas directivas de matrices y subordinadas

Carlos Manuel Lara Echeverry y Susana Espinosa Ochoa

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

Asesor

Néstor Raúl Londoño Sepúlveda

Doctor en Derecho

Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

Medellín

2020

Mecanismos para el tratamiento de conflictos de interés en juntas directivas de matrices y subordinadas

Carlos Manuel Lara Echeverry y Susana Espinosa Ochoa

Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Facultad de Derecho
Medellín
2020

Resumen

El presente artículo es una exploración de la regulación Colombiana general en materia de Grupos Empresariales, Juntas Directivas, y Conflictos de Interés. Análisis que arroja como resultado la vaguedad y la falta de criterios objetivos y más aún, la inexistencia de mecanismos para la gestión y manejo de los conflictos de interés en Juntas Directivas de sociedades pertenecientes a un grupo empresarial. Es por esto que trasladamos nuestra búsqueda de estos mecanismos de solución de conflictos de interés a los estatutos sociales de dos grandes empresas parte de poderosos grupos empresariales, para comprender como gestionan dichas situaciones.

Palabras Clave: Sociedades, Matrices y subordinadas, Juntas directivas, Conflictos de interés, Mecanismos de resolución

Introducción

En el país existen diversos grupos empresariales de alta relevancia económica y dentro de estos grupos, en las juntas directivas de cada una de las sociedad que los conforman, se toman decisiones administrativas importantes, por lo que los conflictos de interés que puedan presentarse en dicha toma de decisiones entre una matriz y su subordinada, o viceversa, deben atenderse de una forma legal, eficiente y transparente, buscando siempre el beneficio de la empresa, pero cuidando los derechos ajenos, para esto existen los mecanismos de trámite de dichos conflictos.

Las Juntas Directivas como órganos de administración de las Sociedades Colombianas, han sido concebidas como un cuerpo colegiado por el legislador y se le ha conferido un amplio poder decisorio en el giro ordinario de los negocios de las compañías. Debe existir posibilidad de deliberación y contrapesos en el proceso de tomar determinaciones ya que para abarcar la gran variedad de temas que aborda diariamente una compañía, es necesaria la presencia de diferentes campos de experticia. A su vez es clara la necesidad de que exista una pluralidad de personas que mutuamente se controlen en la toma de decisiones para asegurar que las actuaciones sociales estén acorde a los intereses sociales y no al arbitrio de fines particulares.

El tema escogido para realizar el artículo surge de la práctica corporativa, donde a través del conocimiento y apoyo en diversos aspectos del gobierno corporativo de los grupos empresariales, se pudo realizar una aproximación a la comprensión acerca de la trascendencia que tiene el correcto manejo de los conflictos de interés para el funcionamiento eficiente de las sociedades que están constituidas como grupo.

A lo largo de estas líneas se busca contextualizar al lector, para posteriormente realizar la exposición de los mecanismos establecidos por dos grupos empresariales para dar tratamiento a los conflictos de interés dentro de las juntas directivas de dos de sus sociedades subordinadas, buscando explicar los mecanismos existentes actualmente, tanto legales como estatutarios, para que sirvan de herramienta para abordar o anticipar dichos conflictos.

Sociedades matrices y subordinadas

Los grupos empresariales y las sociedades matrices y subordinadas han entrado en una época de auge en la economía colombiana por diferentes motivos. En primer lugar, por la apertura económica y globalización que permite la entrada de prestadores de servicios e inversores internacionales con grandes capitales, para ser competitivos, las empresas locales han tenido que buscar mecanismos que les permitan igualar esta capacidad de inversión. Segundo, hoy en día la mayoría de las personas prefieren centralizar sus negocios en una actividad específica por facilidades de administración, lo que ha generado que sea mucho menos común encontrar empresas gigantescas con amplios objetos sociales y un sinnúmero de negocios y actividades, y que proliferen mucho más los amplios grupos empresariales donde se encuentran muchas empresas con actividades diferentes y especializadas bajo una misma casa matriz.

Este tema nos atañe ya que, en estos casos de grupos empresariales y sociedades controlantes y subordinadas, se da lugar a la existencia de muchos conflictos de interés en los órganos de administración. Esto en la medida que una sociedad que posea la mayoría en la asamblea de accionistas de otra, en gran cantidad de casos también tendrá una presencia mayoritaria en la Junta Directiva. Este control puede generar en muchas ocasiones supuestos de conflictos de interés para los administradores en ciertos negocios, por ejemplo, en operaciones con la sociedad vinculada o alguno de sus proveedores. Esta situación puede llevar a cuestionar los administradores de la sociedad controlada, en la medida que debe verificarse estén obrando en pro de los intereses de la sociedad que administran y no de la controlante.

La regulación Colombiana en el artículo 26 de la ley 222 de 1995, ratificada de manera reiterada por conceptos de la superintendencia de sociedades en oficios como el oficio 220-

108792 del 12 de agosto de 2015 o el oficio 220-059116 del 15 de marzo de 2017, que contemplan el concepto de poder de decisión. Se entiende que existe una sociedad subordinada cuando su poder de decisión se encuentra bajo el arbitrio de otra, que se denominará la matriz. Sin embargo, para que se configure la existencia de un grupo empresarial no basta este sometimiento del poder de decisión a la voluntad de un ente externo; para que haya un grupo empresarial se requiere una unidad de propósito y dirección en el entendido del artículo 28 de la citada ley, lo cual trae algunos tratamientos diferenciales para una y otra situación.

Este control puede ser de dos tipos de acuerdo con la jurisprudencia de la superintendencia de industria y comercio, control interno y externo.

-Control interno por participación: Se verifica cuando se posea más del cincuenta por ciento (50%) del capital en la subordinada, sea directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas. -Control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria: Esta modalidad se presenta cuando se tiene el poder de voto en las juntas de socios o en las asambleas de accionistas, o por tener el número de votos necesario para elegir la mayoría de los miembros de junta directiva. -Control externo: Esta forma de control se verifica mediante el ejercicio de influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración, debido a un acto o negocio celebrado con la sociedad controlada o con sus socios, sin que se exija que los controlantes participen en el capital social de la subordinada (Superintendencia de Sociedades, 2017, pág. 2).

A efectos de que no se ignoren casos en los sea difícil determinar efectivamente la existencia de este presupuesto poco objetivo del poder de decisión, la ley 222 nos trae unos supuestos de hecho ante los cuales se presume la existencia de subordinación, y se encuentran contemplados en su artículo 27:

1. Cuando una sociedad matriz tenga más del 50% de participación accionaria en otra, directamente o por intermedio de una subsidiaria
2. Cuando alguna sociedad, o la combinación de una matriz y una subsidiaria tengan el derecho a emitir votos que constituyan la mayoría decisoria en la asamblea de accionistas o número de votos para elegir la mayoría de la Junta Directiva
3. Cuando una sociedad directamente o mediante subordinadas ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad en virtud de alguna situación particular

Si la sociedad es controlada directamente por la matriz recibe el nombre de filial, por el contrario, si el control es ejercido por la matriz a través de una filial también bajo su dirección, la sociedad recibirá el tratamiento de subsidiaria. La aplicación de este régimen no es exclusiva para sociedades, sino que según el párrafo primero del artículo 27 de la ley 222, también habrá lugar a predicar la subordinación cuando el ente controlante no sea una sociedad, los mismos efectos legales se aplicaran cuando el direccionamiento se lleve a cabo por una persona natural o jurídica no societaria.

Es evidente que el poder que se ejerce en estas sociedades es un tema sensible para el legislador colombiano, quien impone ciertas obligaciones encaminadas a garantizar la transparencia de los actos y operaciones de estas sociedades y grupos. La anterior afirmación cobra sentido si se comprende que las amplias facultades de decisión que tienen las sociedades matrices pueden usarse de manera provechosa, pero igualmente se pueden usar para fines que distan de la buena fe, como defraudar acreedores a través la celebración de negocios mutuos en perjuicio de terceros.

Es por esto que existen múltiples deberes tanto para la sociedad matriz como para las subsidiarias y filiales. En primer lugar, es obligación para las sociedades que se encuentran vinculadas por situaciones de subordinación realizar el registro mercantil de situación de control o de grupo empresarial el cual es visible en sus certificados de existencia y representación. De igual manera se impone para los administradores de las controlantes y controladas, en los casos que exista un grupo empresarial, la presentación ante la asamblea de accionistas o una junta de socios de un informe especial que exprese la profundidad de las relaciones económicas entre ambas.

Para las sociedades que juegan el papel de matriz en estas relaciones, se establece el deber de elaborar y difundir estados financieros de propósito general consolidados, en los cuales se consigne la información financiera propia y de las sociedades bajo su control como si fueran un solo ente. Existe una prohibición adicional para las sociedades subordinadas enfocada a abolir la posibilidad de participación recíproca, por eso se les ha negado la facultad de tener acciones o cuotas en las sociedades que las dirijan. No contentos con esto se confieren poderes especiales a los entes de control y vigilancia en relación a estas sociedades vinculadas. Si las sociedades no

registran esta situación de control o grupo empresarial, estos entes podrán ordenar el registro. También podrán comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados y en caso de encontrar irregularidades imponer multas u ordenar el cese de dichas operaciones.

Juntas directivas

La junta en una sociedad es uno de sus órganos directivos, difiere en diversos aspectos de la asamblea de socios, que es otro órgano directivo, este último órgano es de existencia obligatoria en toda sociedad y su conformación está dada por todos los participantes de esta en pleno. A diferencia de la asamblea, por ley en Colombia, la única sociedad que está obligada a conformar una Junta es la Sociedad Anónima; sin embargo, es lo más común que se constituyan por el beneficio que aportan a la administración. En primer lugar, como órgano administrativo, la junta en una sociedad se encarga de tomar decisiones administrativas que difieren mucho de las de dirección que toma la asamblea, están relacionadas directamente con el día a día del objeto social, muchas veces requieren una premura que no puede proporcionar la asamblea, ya que esta segunda tiene reuniones con una periodicidad mucho menor que la junta.

Las decisiones de la junta siempre buscan que la sociedad cumpla su objeto, su razón de ser, son trascendentales para la misma ya que tiene a su cargo temas como la escogencia del revisor fiscal, del gerente, entre otros nombramientos cruciales para el funcionamiento, establece el plan estratégico de la compañía, puede aprobar el reglamento de emisión de acciones y aceptar o rechazar la compra y venta de bienes de la sociedad, todo esto siendo apenas un pequeño extracto tomado como ejemplo de la amplia gama de funciones que tiene una junta directiva. Es importante aclarar que la ley no establece las funciones que están en cabeza de la junta, estas deben estar estipuladas con claridad en los estatutos de la sociedad, lo que da una autonomía considerable. Se busca que las funciones que decidan asignarse a la junta sean realmente efectivas

para la administración de cada sociedad en cuestión, según su tipo, naturaleza, objeto, y en general a todas aquellas particularidades que se requieren para su funcionamiento eficiente.

A pesar de que dichas funciones se dejaron al libre albedrío societario mediante estipulación estatutaria, el código de comercio, en su artículo 438, fue claro en establecer que, a menos que los estatutos limiten a la Junta, se presume que tiene las condiciones suficientes para ordenar o celebrar cualquier acto o contrato que haga parte del objeto social.

Las Juntas en las compañías colombianas han ido pasando poco a poco de ser una simple ayuda, a ser una verdadera necesidad. Muchas empresas nacen con amplios conocimientos del negocio particular, pero son pobres en conocimientos administrativos o jurídicos, se enfocan meramente en el día a día empresarial dejando de lado aspectos muy relevantes para un funcionamiento eficiente, como el panorama de la economía mundial y nacional, los conocimientos acerca de prácticas convenientes de gobierno corporativo o las realidades comerciales de los diferentes gremios, falencias que pueden suplirse fácilmente incluyendo miembros independientes en la junta, que sean expertos en este papel y puedan aportar una perspectiva alejada del negocio puntual y enfocada puramente a la administración.

En cuanto a la composición de las juntas directivas, resulta apenas lógico que los accionistas de la sociedad tengan una vocación natural de pertenecer a su Junta directiva, pero no solo ellos están facultados para ser miembros de esta, encontramos que las Juntas pueden estar conformadas desde únicamente por accionistas hasta solo por personas externar a la sociedad, que se denominan comúnmente “miembros independientes de junta”. Es cada vez más usual que las juntas estén compuestas por ambos tipos de miembros, independientes y socios, esto porque la visión que tiene un accionista es abismalmente diferente a la que puede llegar a

tener una persona externa a la sociedad. También se aduce como buena práctica que las Juntas estén compuestas por personas que ostenten profesiones diversas, para que cada una desde su conocimiento pueda aportar una perspectiva diferente, ampliando así la visión del negocio y mejorando el rendimiento empresarial.

En la legislación colombiana tampoco se define un número de miembros que deba tener una Junta directiva, únicamente a las sociedades anónimas, obligadas legalmente a crear dicho órgano, se les impuso esta obligación de que sus Juntas deben contar con un mínimo de tres miembros, aunque también se permite que tengan más integrantes siempre que sean un número impar.

Para terminar este breve recuento de las Juntas directivas, hay que mencionar la legislación que existe frente al tema actualmente en Colombia. En primer lugar, encontramos que el código de comercio regula ciertos aspectos del tema a grandes rasgos, en el capítulo III “dirección y administración”, sección II “Junta directiva” entre los artículos 434 y 439. Allí se regulan temas como las atribuciones de sus integrantes, la prohibición de juntas con mayorías conformadas por personas con parentesco, la elección de los miembros principales y suplentes, las atribuciones de la junta, entre otros. Cabe mencionar que, como se ha venido reiterando, la regulación colombiana frente al tema de juntas directivas termina por ser más un margen que una normatividad muy extensa, regula los temas de manera general dando luces, pero deja siempre amplios márgenes de autonomía para que sean las mismas sociedades quienes, a través de sus estatutos, regulen a cabalidad y en detalle todos los aspectos relevantes de sus respectivas juntas directivas. En segundo lugar, la Ley 222 de 1995 que modifica el libro II del código de comercio, trae el régimen de sociedades donde encontramos muchas disposiciones que aplican a las juntas

directivas, por ejemplo, en la sección II se regula todo lo pertinente a los administradores, categoría que incluye a la junta, ya que esta es su calidad frente a la sociedad.

Por último, en la Circular básica jurídica 2016 **100- 000008** de la superintendencia de sociedades encontramos un compendio de las instrucciones y principales actos administrativos que ha expedido la entidad en materia de derecho societario. En su capítulo III “reuniones del máximo órgano social y de la junta directiva” se tocan temas importantes para la regulación de las juntas, tales como quorum, mayorías, mecanismos especiales para la toma de decisiones, entre otros.

Las tres normas mencionadas son las principales fuentes normativas con las que contamos actualmente en Colombia para regular el tema de las juntas directivas. No hay mucho desarrollo normativo en relación al tema, como si se da frente a otras materias del derecho societario, carencia que no es aleatoria, ya que la falta de regulación obedece a la amplia autonomía que quiere otorgar el legislador colombiano a las sociedades para regular sus juntas buscando hacerlas más efectivas.

Conflictos de interés

Para entrar en materia, debemos abordar el tema de conflictos de interés, la definición de conflicto de interés no se encuentra en la legislación colombiana, se menciona, pero nunca se define, lo cual genera un problema al momento de tratar el tema en cuestión. Sin embargo, podemos construir una definición aproximada para efectos del presente artículo acudiendo a otras fuentes, podemos llamar conflicto de interés a aquellas situaciones donde un administrador, en este caso un miembro de la junta directiva, pueda ver su juicio nublado para algún asunto u operación puntual de la sociedad, lo que puede suceder por diversas causas. Dada la falta de

legislación en Colombia en el tema, se acude a la jurisprudencia de la superintendencia de sociedades para buscar dar claridad y tratamiento a estos conflictos. Podemos apoyarnos en primer lugar en la sentencia 800-26 de 20016 (Superintendencia de Sociedades, 2016) en la cual se establece que:

Les corresponderá a los jueces determinar cuándo existen circunstancias que puedan activar la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. El análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido.

En segundo lugar, la circular externa 100-000008 de la superintendencia de sociedades dice que existe dicho conflicto cuando hay imposibilidad de satisfacer simultáneamente dos intereses, uno en cabeza del administrador y el otro en la sociedad.

La mención más común de nuestro ordenamiento en cuanto a conflictos de interés está en el margen de las obligaciones de los administradores, numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222, también se mencionan en el literal H de la circular anteriormente mencionada, donde se obliga a los administradores a abstenerse de participar en aquellos actos donde se vean inmersos en situación de conflicto.

Es importante resaltar que el tema de actuar estando en conflicto de interés genera gran recelo en los administradores de sociedades colombianas dado que en la misma ley 222 se establece que responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios ocasionados a la sociedad, es decir, que podrían llegar a comprometer su patrimonio de incumplir esta obligación, obligación

que como hemos explicado, resulta bastante abstracta al no estar clara y explícitamente definido cuales son las situaciones que configuran dichos conflictos. Es acierto del legislador no establecer una lista taxativa de situaciones que generan conflicto, ya que sería muy dispendioso identificarlas, implicaría una lista muy larga y muy seguramente, incluso con estos esfuerzos quedarían por fuera infinidad de situaciones que también podrían calificar como tal. Sin embargo, podría ayudar a esclarecer cuando existe o no conflicto de interés si el legislador plasmase en el ordenamiento una serie de criterios para analizar cada situación a la luz de estos.

Lo más cercano que tenemos actualmente en materia normativa a dichos criterios son los ejemplos que nos proporciona la circular 100- 000008 en capítulo V (2016), donde se listan bajo el nombre de “*posibles eventos de conflictos de intereses*”, dejando claro que no es taxativo:

- (i) Cuando un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la operación.
- (ii) Cuando el administrador celebra operaciones con personas naturales jurídicas con las cuales, tenga una relación de dependencia.
- (iii) Cuando el administrador demanda a la sociedad, así dicha demanda sea atendida por el representante legal suplente.
- (iv) Cuando el administrador celebra conciliaciones laborales a su favor.
- (v) Cuando el administrador como representante legal gira títulos valores de la compañía a su favor.
- (vi) Cuando los miembros de la junta directiva aprueban la determinación de ajuste de canon de arrendamiento de bodegas de propiedad de dichos administradores.

- (vii) Cuando los miembros de la junta directiva aprueban sus honorarios si dicha facultad no les ha sido expresamente delegada en los estatutos.

Los conflictos de interés, además, suelen clasificarse, tanto para facilitar su estudio, como para proponer procedimientos más eficientes para su trámite. Pueden clasificarse según la persona que está inmersa en la situación que origina el conflicto, en conflictos de interés directos e indirectos, siendo esta una de las clasificaciones más comúnmente mencionadas. Los conflictos directos son aquellos donde el propio administrador tiene un interés personal propio distinto o contrario al de la sociedad; mientras que los indirectos se presentan cuando quien tiene el interés dispar al de la sociedad es una persona vinculada al administrador, como su cónyuge o pariente. También suelen clasificarse los conflictos en transitorios o permanentes, aunque es una distinción menos práctica, también puede llegar a originar distintas formas de tramitarlos, por lo que resulta relevante mencionarla.

Ejemplos de mecanismos estatutarios

XM S.A. E.S.P.

Como sus siglas lo indican, es una empresa de servicios públicos operadora del sistema interconectado nacional y el mercado de energía de energía mayorista en Colombia, y pertenece al grupo empresarial ISA. En esta empresa encontramos dos herramientas o mecanismos estatutarios para tramitar los conflictos de interés. Ambos se encuentran en el mismo artículo de los estatutos, 59 en este caso, en primer lugar define que se entenderá en la sociedad por conflicto de interés de la siguiente forma:

Los directivos, administradores y empleados de la sociedad se encuentran en una situación de conflicto de interés, cuando deben tomar una decisión, o realizar u omitir una acción, en razón de sus funciones y se encuentran en la posibilidad de escoger entre el interés de la sociedad y su interés propio o el de un tercero, de manera que de optar por cualquiera de estos dos últimos, estaría comprometiendo su objetividad o independencia (XM SA, 2017, pág. 79).

Luego procede a referirse al procedimiento para resolver o tratar los conflictos de interés originados dentro de la misma sociedad o que tengan que ver con intereses de la sociedad, sus directivos, administradores y empleados, y en segundo lugar regula la situación de conflicto de interés entre la matriz y la sociedad como subordinada.

El procedimiento para gestionar el conflicto de interés al interior de la sociedad consta de dos etapas o acciones, primero cuando se tenga conocimiento de que se está en situación de conflicto o incluso si se tiene duda de estar inmerso o no, se deberá informar por escrito al superior detallando la situación, este último deberá designar otro empleado para que continúe el respectivo proceso. Posteriormente, el segundo paso es abstenerse de intervenir de cualquier forma en las actividades o decisiones referentes al conflicto o cesar toda actuación en caso de haberlas iniciado previo al conocimiento de la existencia del conflicto.

En este primer procedimiento se define también la formula específica a implementar cuando el conflicto se presenta entre miembros de junta directiva, en este caso el miembro dará a conocer a toda la junta su situación, igual que lo definido anteriormente, con la aclaración de que la duda respecto del conflicto no exime al miembro de la obligación de abstenerse de participar.

En el mismo artículo se da autonomía a la sociedad para definir un procedimiento más específico para la puesta en conocimiento, administración y resolución de los conflictos, indiferentemente de su clasificación, directo o indirecto, esporádico o permanente, tanto para miembros de junta como para otros administradores; esto permite que se definan pasos a seguir más específicos según el conflicto puntual, ya que estatutariamente debe plasmarse un procedimiento más general, como efectivamente está redactado.

Finalmente, el artículo alude a los conflictos de interés para la matriz del grupo, cuando una decisión de la junta directiva, por aplicación de la ley resulta en conflicto. Debemos entender ley en este caso en sentido amplio, abarcando los diferentes reglamentos expedidos por entidades reguladoras de la sociedad en cuestión, bien por su objeto o naturaleza jurídica, tales como el reglamento de operación de la CREG o los acuerdos del Consejo Nacional de Operación. Si llegase a presentar un conflicto de interés entre la subordinada cuyos estatutos prevén esta situación y la matriz, por concepto de aplicación de la ley entendida en sentido amplio, los miembros no independientes de la junta deben manifestar su situación y retirarse de la deliberación y posterior decisión, aquellos miembros de junta que ostenten la calidad de independientes deberán decidir, habiendo quorum para deliberar con la asistencia de tres miembros, de los cuales al menos uno debe ser principal, las decisiones se tomarán por unanimidad.

En situaciones normales la junta directiva está compuesta por cinco miembros principales con sus respectivos suplentes, de los cuales estatutariamente se exige que tres sean independientes. En cuanto al quorum, normalmente, se tiene el deliberatorio con la asistencia de

cuatro de los miembros, donde dos deben ser principales, y se decide con el voto afirmativo de al menos cuatro de los asistentes a la junta.

Como se establece en los mecanismos compartidos anteriormente, es obligación de la propia junta directiva definir un procedimiento para dar tratamiento a los conflictos de interés que se presenten entre los administradores, entendiendo por estos los miembros de la junta, el gerente general y los gerentes de área o directores. Dicho procedimiento, contenido en el acuerdo N°038 de la junta directiva, se divide en cuatro opciones, las primeras dos establecen el procedimiento para los conflictos de interés, tanto internos como aquellos con la matriz, que son temporales, posteriormente se expone el procedimiento para los conflictos de interés permanentes y en último lugar se da el procedimiento para tramitar los conflictos de interés de los demás administradores, como los miembros de alta gerencia.

A pesar de que los cuatro procedimientos establecidos mediante la reglamentación de los estatutos son muy parecidos, cabe realizar ciertas precisiones sobre sus particularidades. En general el procedimiento es el mismo, quien conoce de la existencia de la situación de conflicto, o tiene duda de esta, la pone en conocimiento del superior pertinente, sea la junta, el gerente o incluso, en casos como el conflicto del gerente, el comité de auditoría de la junta directamente; mientras no exista aun un pronunciamiento acerca del conflicto, el empleado deberá abstenerse de intervenir directamente o indirectamente en las actividades y decisiones que tengan relación con las determinaciones sociales referentes al conflicto, o cesar toda actuación cuando tenga conocimiento de la situación de conflicto de interés. El superior competente, diferente en cada caso, deberá analizar y decidir acerca de la existencia del conflicto, este podría ser los demás miembros de la junta directiva o el comité de auditoría.

Tras el análisis, se determina si efectivamente existe conflicto de interés o no, en caso de que exista y sea transitorio, el miembro que manifestó el conflicto debe retirarse de toda reunión donde se discuta el tema, no podrá participar, votar o influir en ninguna manera en dicho proceso, para el caso de conflictos con aquellos miembros que representan a la matriz en la junta, si se define que existe el conflicto deben abstenerse de actuar y retirarse de las reuniones, en este caso se agrega que corresponderá la decisión a los miembros independientes, con las salvedades hechas anteriormente en cuanto a quorum.

Para los casos de conflictos de interés permanentes, en primer lugar se explica en el acuerdo de junta que el procedimiento es solo para conflictos posteriores al nombramiento como administrador, ya que en la comunicación de aceptación de su postulación declaran que no se encuentran en situación de conflicto de interés permanente, porque esto los descalificaría para el cargo, si llegare a existir una situación sobreviniente al nombramiento como administrador y, tras el respectivo aviso y análisis del superior, se define que efectivamente existe un conflicto de interés permanente, será causal de renuncia obligatoria del miembro de Junta Directiva afectado, ya que ello imposibilita el ejercicio de su cargo; por el contrario, si se define que no existe tal conflicto, el miembro podrá retomar todas las actuaciones normales de su cargo, participando también en aquellas deliberaciones donde existía la duda de la existencia del conflicto. Por el último, el procedimiento establecido mediante al acuerdo para los conflictos de interés de los miembros de la Alta Gerencia y demás Administradores, es decir, para los demás administradores que no pertenecen a la junta directiva, es básicamente el mismo que venimos explicando, con la única diferencia de que, tras la evaluación, si se determina que existe el conflicto se podrá designar otro miembro de la Alta Gerencia o Administrador para que continúe con el respectivo proceso

o actividad, si se determina que no existe, como en los demás casos, el administrador podrá retomar sus funciones con total normalidad, pudiendo participar de cualquier deliberación, proceso o actividad.

Odinsa S.A.

Odinsa S.A., empresa de concesiones cuya casa matriz es Grupo Argos S.A. contrario a lo que se creería no tiene una amplia regulación estatutaria frente al tema de conflictos de interés. Lo anterior obedece a que la compañía tiene una concepción particular de estas situaciones. “los conflictos de intereses son inevitables en el mundo de los negocios, más aun en un grupo empresarial tan grande como lo es este, los conflictos de intereses no son malos per se, lo malo es una gestión inadecuada de estos, no deben evitarse los conflictos, deben identificarse y resolverse de una manera transparente y adecuada” Manifiesta Carlos José Vásquez Villegas, Gerente de Asuntos Societarios y Financieros con más de 15 años de experiencia en diferentes compañías del Grupo Empresarial Argos.

En el artículo 50 de los estatutos de Odinsa S.A. se otorgan las funciones a la Junta Directiva. Particularmente en lo que tiene que ver con los conflictos de intereses según el numeral 17 de dicho artículo, este es el órgano encargado de autorizar o desautorizar las actuaciones de los administradores cuando se encuentren en situaciones de conflicto de interés, imponiendo además a los administradores el deber de informar la situación de manera completa y oportuna. (Odinsa SA, 2019)

Por otra parte, encontramos el artículo 82 de los estatutos, el cual es el único en todo este cuerpo normativo, que hace una mención directa al tratamiento de conflictos de interés. Este artículo establece dos principios. En primer lugar, establece la primacía del interés de la Sociedad frente al interés de los administradores. Y en segundo lugar aclara que en caso de que se contrapongan los intereses de los administradores y de los accionistas deben primar los de estos últimos. Encontramos pues que lo único que hace el artículo es jerarquizar los diferentes

intereses de las diferentes partes que pueden entrar en conflicto, y les impone a los administradores anteponer los intereses de la sociedad y de los accionistas a los suyos. El siguiente inciso de este artículo nos remite a una regulación más amplia sobre este tema, que se encuentra en el código de buen gobierno de la compañía, el cual tiene bastante fuerza dentro del modelo de gobierno corporativo de la sociedad. Allí comienza por definirse el conflicto de interés. “Los administradores, directivos, empleados y en general los vinculados económicos de la Sociedad se encuentran en una situación de conflicto de interés cuando deban tomar una decisión, o realizar u omitir una acción y se encuentren en la posibilidad de escoger entre el interés de la Sociedad, y su interés propio o el de un tercero, de manera que, de optar por cualquiera de estos dos últimos, obtendría un beneficio que de otra forma no recibiría.” (Odinsa SA, 2019, pág. 27)

Procede el código a dar pautas generales para la gestión adecuada de los conflictos de interés. En primer lugar impone una carga para los candidatos a los cargos de administradores de la sociedad, previo a su elección deben llenar encuesta de posibles fuentes conflicto de interés, en el cual se cuestiona a los posibles administradores sobre sus ingresos, otras ocupaciones y las de sus familiares con el propósito de identificar esas situaciones que eventualmente pudiesen configurar un conflicto de interés. Igualmente existe otro deber de información, esta vez para el miembro de Junta Directiva que considere estar posiblemente inmerso en una situación de conflicto de interés frente a secretaría general o presidencia de la Sociedad, el miembro debe dar a alguno de estos dos órganos un informe detallado sobre su situación particular, y los motivos por los cuales cree estar inmerso en dicho conflicto. (Odinsa SA, 2016, pág. 28)

La sociedad tiene como política incluida en su código de buen gobierno, que toda situación frente a la cual haya duda en relación con la posible existencia de un conflicto de interés, deberá

atenderse como si este existiese. Teniendo toda la información del caso es deber de presidencia o secretaría convocar al comité de sostenibilidad y gobierno corporativo, el cual está conformado por 3 miembros de la sociedad quien decide si existe el conflicto y recomienda a Junta medidas legales. En caso de que no se pueda conformar el comité porque sus miembros son aquellos inmersos en el supuesto conflicto, la decisión corresponderá a la Junta en pleno. Si se determina que la Junta en pleno no se puede pronunciar sobre este conflicto de interés, será la asamblea de accionistas quien decida sobre la existencia del conflicto y la participación o no de los administradores en dichas actuaciones sobre las cuales recae el conflicto de intereses.

Es interesante observar que si bien la regulación de gobierno corporativo de Odinsa contempla la existencia de conflictos de interés previendo su tratamiento a un importante nivel de complejidad, carece de algún mecanismo para la solución de conflictos entre sociedades del grupo empresarial. Esto es curioso considerando la envergadura del grupo empresarial al cual pertenece, y más aún cuando consideramos su amplio número de sociedades filiales debido a su naturaleza como Holding por lo establecido en su objeto social.

Referencias bibliograficas

Odinsa SA. (2016). *Codigo de buen gobierno de Odinsa SA*. Obtenido de odinsa.com:

https://www.odinsa.com/wp-content/uploads/Codigo_buen_gobierno_2016.pdf

Odinsa SA. (Agosto de 2019). *Estatutos de Odinsa S.A*. Obtenido de odinsa.com:

<https://www.odinsa.com/wp-content/uploads/ESTATUTOS-ODINSA-S.A.-REFORMA-INTEGRAL-2019.pdf>

Superintendencia de Sociedades. (25 de Octubre de 2016). *Circular Externa 100-000008*.

Obtenido de Legis:

http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=legcol&document=legcol_63cddae262f9424cbe1b3736b90c42ad

Superintendencia de Sociedades. (12 de Abril de 2016). *Sentencia 800-26* . Obtenido de supersociedades.gov.co:

https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_Servisurco_13_04_2016.pdf

Superintendencia de Sociedades. (13 de abril de 2016). *Sentencia N° 800-26 de 2016*. Obtenido de Supersociedades.gov.co:

https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_Servisurco_13_04_2016.pdf

Superintendencia de Sociedades. (15 de Marzo de 2017). *Grupos Empresariales Oficio 220-059116*.

Obtenido de supersociedades.gov.co:

https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-059116.pdf

XM SA. (22 de Mayo de 2017). *Reforma parcial y compilación de los estatutos sociales*. Obtenido de xm.com.co: https://www.xm.com.co/corporativo/Documents/Estatutos_Sociales_XM.pdf

Ley 222 de 1995

Decreto 410 de 1971 Código de comercio

Oficio 220-108792 del 12 de agosto de 2015 Superintendencia de Sociedades.

Oficio 220-059116 del 15 de marzo de 2017 Superintendencia de Sociedades.