

OFICIO 220-239046 DEL 03 DE NOVIEMBRE DE 2022

**REFERENCIA: RADICACIÓN 2022-01-700721**

**ASUNTO: CONFLICTO DE INTERESES Y SITUACIÓN DE CONTROL**

Me remito a la comunicación radicada en esta Entidad con el número de la referencia, en la que se solicita que se emita concepto sobre una operación que supone que una sociedad otorgue garantía bancaria a un tercero para que el banco financie la venta de las acciones de la socia controlante al tercero adquirente.

A este propósito, pone de presente que la petición inicialmente formulada fue atendida por el Grupo de Relación Estado – Ciudadano de esta Superintendencia, pero que la respuesta impartida se limitó a transcribir pronunciamientos de la Entidad que no guardan relación con la cuestión planteada y, por consiguiente, solicita una respuesta que ofrezca una posición congruente con los temas preguntados.

Verificado el objeto de esta nueva petición, estima este Despacho que resulta procedente y, por consiguiente, se atenderá la solicitud en los términos originalmente formulados, cuyo contenido es del siguiente tenor:

*“(a). La asistencia financiera entendida como la situación en la cual la sociedad actúa como garante de la deuda adquirida por uno tercero para la adquisición de acciones de la misma sociedad.*

*(b). La garantía puede darse a través de la hipoteca de alguno de los bienes de la sociedad bien sea después de la adquisición de las acciones o como un acuerdo anterior a la adquisición de las acciones.*

*(c). Esta transacción es sustancialmente diferente a la adquisición de acciones propias, pues la sociedad actúa como garante o asiste financieramente a un tercero para que adquiera acciones de la sociedad.*

*Reconociendo lo anterior y con bases en los siguientes supuestos de hecho:*



En la Superintendencia de Sociedades trabajamos para contar con empresas competitivas, productivas y perdurables y así generar más empresa, más empleo.

[www.supersociedades.gov.co](http://www.supersociedades.gov.co)

[webmaster@supersociedades.gov.co](mailto:webmaster@supersociedades.gov.co)

Línea única de atención al ciudadano: 01-8000 - 11 43 10

Tel Bogotá: (601) 2201000

Colombia



1. "A" desea hacerse con el control de B S.A.S. cuya accionista mayoritaria es "C". "A" y "C" acuerdan que ésta venderá a aquél sus acciones de B S.A.S.
2. "A" no tiene fondos líquidos para pagar a "C" la totalidad del precio y acuerda el pago a cuotas de una parte del precio.
3. "C", en el momento de celebrar el contrato de compraventa de acciones, adopta el acuerdo en B S.A.S. por el cual la sociedad hipoteca un inmueble a favor del banco que va a prestar el dinero a "A" para que éste pague a "C" el precio pactado a cuotas de las acciones de B S.A.S.

*Consulta:*

*Con base en lo expuesto*

*Primero: ¿En Colombia es permitida la asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias?"*

En primer lugar, se pone de presente que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 11, numeral 2 del Decreto 1736 de 2020 y el numeral 2 (2.3) de la Resolución 100-000041 del 2021 de esta Superintendencia, se emite un concepto de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver ni a decidir situaciones de orden particular, ni constituye asesoría encaminada a solucionar controversias, o a determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto, se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, no comprometen la responsabilidad de la Entidad, no constituyen prejuzgamiento y tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias judiciales o administrativas en una situación de carácter particular y concreto.

Como se puede apreciar del asunto indicado, se observa que en esencia se pretende utilizar el patrimonio social para atender intereses personales de los socios, en una operación de enajenación de acciones de una S.A.S, con la particularidad de que el socio enajenante es el socio controlante y el tercero adquirente de las acciones se convertiría, una vez cerrado el negocio, en el nuevo socio controlante de la S.A.S.

No se precisa que el socio controlante inicial, tenga a su vez la calidad de administrador de la compañía, pero de los datos suministrados, se puede advertir que ostenta el poder de decisión de la misma, en tanto que logra que la sociedad

comprometa su patrimonio en condición de garante, de un contrato de compraventa de acciones, sin que de dicha operación se derive ningún beneficio para la compañía.

El caso hipotético planteado, corresponde efectivamente a una operación que en el contexto internacional se conoce como teoría de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias<sup>1</sup>, respecto de la cual existen importantes desarrollos legales, doctrinales y jurisprudenciales<sup>2</sup>, dirigidos a prohibir este tipo de operaciones.

Se presenta la asistencia financiera para la adquisición de acciones propias de la compañía cuando quiera que se anticipan fondos, se hacen préstamos o se otorgan garantías para que el tercero o accionista puedan adquirir tales acciones.<sup>3</sup> Este tipo de operaciones constituye un vehículo para la toma de control de las compañías.

En el ámbito colombiano, no existe legislación que regule la asistencia financiera para adquisición de acciones propias de la compañía de manera expresa, situación que permitiría afirmar, en principio, que no estaría prohibida.

No obstante lo anterior, sí existe regulación en materia de conglomerados, matrices y subordinadas, que debe ser respetada,<sup>4</sup> normas dentro de las cuales se prohíbe expresamente la imbricación, tal como lo establece el Artículo 32 de la Ley 222 de 1995, el cual es del siguiente tenor:

*“ARTICULO 32. PROHIBICION A SOCIEDADES SUBORDINADAS. El artículo 262 del Código de Comercio quedará así:*

*ARTICULO 262. Las sociedades subordinadas no podrán tener a ningún título, partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen. Serán ineficaces los negocios que se celebren, contrariando lo dispuesto en este artículo.”*

En el mismo sentido, aun cuando la asistencia financiera para adquisición de acciones propias, en principio, no esté prohibida, debe advertirse que sí existen restricciones y cortapisas que deben ser tenidas en cuenta por administradores y controlantes de las sociedades, al momento de realizar este tipo de operaciones de

<sup>1</sup> La Prohibición de Asistencia Financiera para la Adquisición de Acciones Propias. Bayona Jiménez Ricardo. Tesis Doctoral Universidad de Alicante. Visible en <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/3250>

<sup>2</sup> Revista Economía 3 Información para el Liderazgo. Edición n° 348 / OCTUBRE 2022. Visible en: <https://economia3.com/2019/02/14/175767-prohibicion-de-asistencia-financiera-y-consecuencias-de-su-incumplimiento/>

<sup>3</sup> La Prohibición de Asistencia Financiera para la Adquisición de Acciones Propias. Op. cit.

<sup>4</sup> COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 222 de 1995. “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”. Artículos 26 y siguientes. Visible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0222\\_1995.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html)

manera que no se desborde el uso de dicha asistencia en beneficio de intereses particulares y en perjuicio de la sociedad, de los socios o de los acreedores:

**1. Artículo 23, numeral 7° y artículo 24 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 el cumplimiento de su función los administradores deberán:*

*(...)*

*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.”*

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

*ARTICULO 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 igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y*



*demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.*

*Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.*

*Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.”*

## **2. Artículo 27 de la Ley 1258 de 2008.<sup>5</sup>**

*“ARTÍCULO 27. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES. Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere.*

*PARÁGRAFO. Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores.”*

## **3. Artículos 61 y 82 de la Ley 1116 de 2006.<sup>6</sup>**

*“ARTÍCULO 61. DE LOS CONTROLANTES. Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente.*

<sup>5</sup> COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Visible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1258\\_2008.html#16](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1258_2008.html#16)

<sup>6</sup> COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Visible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1116\\_2006.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1116_2006.html)



*El Juez de Concurso conocerá, a solicitud de parte, de la presente acción, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años.”*

(...)

**ARTÍCULO 82. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS SOCIOS, ADMINISTRADORES, REVISORES FISCALES Y EMPLEADOS.** *Cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas, dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo.*

*No estarán sujetos a dicha responsabilidad los socios que 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 funciones, violación de la ley o de los estatutos, será presumida la culpa del interviniente. Igualmente, serán tenidas por no escritas las cláusulas contractuales que tiendan a absolver a los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.*

*Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.*

*La demanda deberá promoverse por cualquier acreedor de la deudora y será tramitada por el proceso abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil, ante el juez del concurso, según sea el caso en uso de facultades jurisdiccionales y en trámite independiente al de la insolvencia, el cual no será suspendido.*

*La responsabilidad aquí establecida será exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario.”*

#### **4. Artículo 24, numeral 5°, literales d) y e) del Código General del Proceso.<sup>7</sup>**

**“ARTÍCULO 24. EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.** *Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas:*

<sup>7</sup> COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Visible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html)

(...)

5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a:

(...)

d) La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios.

e) La declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas.”

Las normas transcritas son elocuentes en señalar que si un controlante o un administrador de una S.A.S. determina una decisión social en beneficio propio y en el de terceros, constitutiva de asistencia financiera para adquisición de acciones propias por parte del tercero, posiblemente se incurriría en conflicto de intereses que debe surtir el procedimiento establecido en el artículo 23, numeral 7°, de la Ley 222 de 1995, en el sentido de poner la operación en conocimiento de la asamblea de accionistas antes de su celebración, obtener su autorización y confirmar que dicha operación no perjudica los intereses de la sociedad, ni de terceros.

El administrador responde por responsabilidad directa, procedente del régimen de administradores, mientras que el socio controlante, en el caso de la S.A.S. puede llegar a ser considerado un tercero que se inmiscuye en actos de administración y, además, determinador de un acto que desmejora la prenda común de los acreedores.

Así mismo, dichas disposiciones establecen todas las herramientas jurídicas de que disponen la sociedad y los terceros, contra los administradores y controlantes que determinan la decisión de prestar asistencia financiera para adquisición de acciones

propias, cuando quiera que con la operación se causen efectivamente perjuicios a la sociedad o a terceros, por dolo, culpa, abuso del derecho, abuso del derecho de voto, fraude, abuso de mayoría, ventaja injustificada o extralimitación de funciones.

Con base en los elementos precedentes se atiende puntualmente la cuestión formulada desde la perspectiva del caso hipotético planteado.

Consulta:

***“¿En Colombia es permitida la asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias?”***

Como se señaló expresamente, en Colombia sería posible, en principio, que una sociedad S.A.S. preste asistencia financiera para la adquisición de acciones propias, a los socios o a un tercero.

En el caso hipotético propuesto, la sociedad S.A.S. le presta asistencia financiera a un tercero consistente en el otorgamiento de una garantía bancaria para que éste, con el préstamo recibido adquiriera las acciones de las cuales era titular la socia controlante de la S.A.S. y se convirtió así en el nuevo socio controlante.

Esta operación, en principio, no estaría prohibida por el ordenamiento jurídico, pero la socia controlante y el representante legal de la compañía incurren posiblemente en conflicto de intereses, pues aparentemente el poder de decisión sobre la compañía se está ejerciendo para que otorgue la garantía bancaria al tercero adquirente de las acciones y así éste pueda cancelarle a la socia enajenante la totalidad del precio pactado, mientras que el socio adquirente queda con la deuda financiera garantizada con activos de la S.A.S., situación que, en principio, no evidenciaría ningún beneficio para la sociedad y si, por el contrario, una eventual desmejora de la prenda común de los acreedores en perjuicio de estos y de la sociedad

La socia controlante, en caso de ser administradora, debe solicitar autorización de la asamblea de accionistas y la asamblea al otorgar la autorización debe dejar constancia soportada de que no se causarán perjuicios a la sociedad ni a terceros. De esta operación debería quedar una amplia revelación en las notas a los estados financieros de la compañía.<sup>8</sup>

En el evento en que con la operación se llegaren a causar perjuicios a la sociedad o a terceros, por dolo o culpa, abuso del derecho, abuso del derecho de voto, fraude,

<sup>8</sup> COLOMBIA. Gobierno Nacional. Decreto 2420 de 2015. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario de las Normas de Contabilidad, de Información Financiera y de Aseguramiento de la Información y se dictan otras disposiciones". Visible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=76745>



abuso de mayoría, ventaja injustificada o extralimitación de funciones, tanto la sociedad como los terceros tienen a su disposición un amplio espectro jurídico para perseguir judicialmente la indemnización de perjuicios y la nulidad de los actos o contratos celebrados.

Si la socia controlante no es administradora de la sociedad, puede quedar incurso en la previsión del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, consistente en haberse inmiscuido en un acto positivo de gestión, administración o dirección de la sociedad, acarreándose con él la responsabilidad de los administradores por conflicto de intereses sin autorización del máximo órgano social.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar la normatividad, la Circular Básica Jurídica, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la herramienta tecnológica Tesauro, entre otros.