

MECANISMOS PARA LA DEFENSA DEL INTERÉS SOCIAL: EVOLUCIÓN HACIA LA ACCIÓN DERIVADA

Por: Maria Paula Pineda Pineda

Introducción

El reciente Proyecto de Ley 467 de 2024 orientado a la modernización del Código de Comercio, especialmente en materia societaria, propone la incorporación de una novedosa figura para el ordenamiento jurídico colombiano: la acción derivada. No obstante, su planteamiento no es nuevo. Desde hace más de una década se ha propuesto su implementación como solución a la falta de efectividad de la acción social de responsabilidad.

En este marco, el presente artículo expone y analiza (i) el régimen vigente de responsabilidad de los administradores en Colombia; (ii) el tratamiento de la acción derivada en el Decreto 046 de 2024, y (iii) la propuesta de regulación de dicha acción en el proyecto de ley, así como los riesgos y oportunidades que podría conllevar su eventual implementación en el sistema jurídico colombiano.

1. Régimen de responsabilidad de los administradores

En Colombia, la responsabilidad de los administradores está regulada en el artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995. Estas

disposiciones consagran los supuestos bajo los cuales los administradores deben responder por los perjuicios que, con dolo o culpa, ocasionen a la sociedad, a sus asociados o a terceros. Por su parte, el artículo 25 de la mencionada ley reconoce dos acciones o mecanismos de defensa para el resarcimiento de los perjuicios sufridos: la acción individual y la acción social de responsabilidad.

Acción individual de responsabilidad

sufrido un daño derivado de las actuaciones de los administradores de una sociedad (Reyes Villamizar, 2019).

Esta acción no busca compensar los daños que haya sufrido la sociedad, sino los daños directos ocasionados a los asociados o a terceros. En consecuencia, no se puede presentar cuando el administrador genera un daño a la sociedad, el cual solo afecta a sus accionistas de manera indirecta o refleja (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-52)¹.

Acción social de responsabilidad

En contraposición a la acción individual, la acción social de responsabilidad es el mecanismo idóneo para reclamar los perjuicios que ocasione el administrador a la sociedad. Su objetivo es proteger el patrimonio de la compañía y defender los intereses sociales en general. Su característica principal es que solo la sociedad está legitimada para utilizarla. En consecuencia, para adoptarla se requiere la aprobación del máximo órgano social.

Para facilitar su aplicación, la decisión de aprobar la acción social puede tomarse en cualquier reunión, ya sea ordinaria, extraordinaria o universal, sin necesidad de que conste en el

¹ La Sentencia 800-52 del 9 de junio de 2016 establece que “los asociados oprimidos no podrían solicitar una indemnización a título personal con base en el daño irrogado al patrimonio social, puesto que se trataría de perjuicios indirectos, cuya reclamación es inviable en nuestro sistema. Es así como, ‘si se produjo un daño a la sociedad afectando directamente su patrimonio y esta afectación golpeó consecuentemente al accionista, sólo habrá una acción social y no podrá ejercerse ninguna acción individual por parte de los accionistas’”.

orden del día. Además, si la convocatoria no la hacen quienes están facultados conforme a los estatutos, podrán convocarla directamente uno o varios de los socios que representen, al menos, el 20 % del capital social. Si tres meses después de la aprobación no se inicia, cualquier administrador, revisor fiscal, asociado o acreedor² podrá promoverla en interés de la sociedad.

A pesar de los mecanismos previstos por el legislador para garantizar la efectividad de esta acción, en la práctica su aplicación ha tenido un impacto mínimo, por no decir nulo. Se sabe que desde la entrada en vigor de la Ley 222 de 1995 hasta 2019 no se profirió ninguna sentencia definitiva que resolviera una acción social de responsabilidad (Reyes Villamizar, 2019).

El poco uso de la acción social se debe a que su aprobación corresponde al máximo órgano social, mediante el voto favorable de la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés. Como lo señaló la Superintendencia de Sociedades en las consideraciones del Proyecto de Ley 70 de 2015, en Colombia la mayoría de las sociedades presentan una marcada concentración de capital, lo que implica que quienes detentan la mayoría son, normalmente, los mismos que controlan la administración de las sociedades y, en numerosos casos, los mismos que integran la junta directiva y ocupan los cargos de representación legal. Esto genera un evidente conflicto al momento de someter a consideración del máximo órgano social la aprobación de una acción social de responsabilidad en contra de los administradores.

Durante muchos años, la acción social de responsabilidad constituyó el único mecanismo procesal disponible para reclamar los perjuicios ocasionados a una sociedad por parte de sus administradores. Esto cambió cuando el Poder Ejecutivo

² Según el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, serán acreedores aquellos “que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos”.

incluyó en el Decreto 046 de 2024 una especie de acción derivada, la cual se detallará a continuación.

2. La acción derivada incluida en el Decreto 046 de 2024

El presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades, expidió el Decreto 046 de 2024 que modificó el Decreto 1074 de 2015 y reglamentó parcialmente el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 en lo relativo al conflicto de interés, la competencia de los administradores y la aplicación del principio de deferencia al criterio empresarial.

Dentro de las consideraciones del decreto se mencionan las críticas a la acción social de responsabilidad y se resaltan las dificultades prácticas que enfrentan los asociados y la compañía para lograr la reivindicación de sus intereses ante la mala conducta de los administradores. En consecuencia, el decreto introduce, en el numeral 8 del artículo 2.2.2.3.4., la siguiente disposición:

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 [sic] como consecuencia de la conducta de los administradores.

La intención de esta disposición es clara: ofrecer una alternativa a la acción social de responsabilidad que no esté sujeta al control de los asociados mayoritarios. De este modo, el ejecutivo introdujo en el ordenamiento jurídico la figura de la acción derivada. Esta medida ha generado múltiples debates, pues varios doctrinantes advierten que la norma puede ser inconstitucional al usurpar las facultades del poder legislativo y reformar, mediante un decreto reglamentario, el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995 (Parias Garzón, s. f.).

No obstante, existe otra interpretación según la cual el decreto no introduce propiamente una acción derivada, sino que el mencionado numeral hace referencia a lo previsto en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995. En este artículo se estipula que si no se inicia la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes a su aprobación, cualquier administrador, revisor fiscal, asociado u acreedor la podrá ejercer en interés de la sociedad.

Ambas interpretaciones están sobre la mesa. Corresponderá a los jueces y a la Superintendencia de Sociedades definir el alcance y la naturaleza de dicho numeral en el marco de las distintas demandas de inconstitucionalidad que actualmente cursan contra el decreto.

Mientras esto se resuelve, avanza un proyecto de ley que busca introducir la acción derivada en el ordenamiento jurídico. Se trata del Proyecto de Ley 467/2024C, que está orientado a reformar el Código de Comercio, estableciendo normas más adecuadas que faciliten la actividad de los comerciantes y de las sociedades.

3. La acción derivada en el Proyecto de Ley 467/2024C

De acuerdo con el proyecto, este responde a la necesidad de modernizar el Código de Comercio, especialmente en materia societaria. Lo que busca es que la normatividad atienda de manera adecuada las exigencias del entorno empresarial contemporáneo.

El proyecto regula la acción social de responsabilidad, la acción derivada y la acción individual, consagradas en los artículos 71, 72 y 77, respectivamente. Asimismo, deroga el artículo 200 del Código de Comercio y los artículos 22 al 25 de la Ley 222 de 1995. En cuanto a la acción individual y a la acción social de responsabilidad, el proyecto mantiene la esencia de los principios establecidos en la Ley 222 de 1995.

Respecto a la acción individual, se estipula de forma expresa que su finalidad es el resarcimiento de los perjuicios sufridos directamente por un asociado o un tercero. También se precisa que esta acción no procede cuando los perjuicios corresponden a aquellos que pueden exigirse mediante la acción derivada, esto es, daños causados a la sociedad que afectan indirectamente a los asociados.

Por otro lado, en relación con la acción social de responsabilidad, el proyecto elimina la mencionada posibilidad prevista en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, según la cual, si no se inicia la acción dentro de los tres meses siguientes a su aprobación, la puede ejercer cualquier administrador, revisor fiscal, asociado o acreedor.

El cambio obedece a que el proyecto incorpora el nuevo mecanismo de la acción derivada para reclamar los perjuicios que los administradores ocasionen a la sociedad. Por lo tanto, cuando no se inicia la acción social de responsabilidad, es posible interpretar que lo procedente sería acudir a la acción derivada. Esta figura, regulada en el artículo 72 y siguientes del decreto, representa una verdadera innovación en el régimen de responsabilidad de administradores en Colombia.

Cabe destacar que no es la primera iniciativa legislativa que propone incluir la acción derivada en el ordenamiento colombiano. En 2015, la Superintendencia de Sociedades lo hizo con el Proyecto de Ley 70. Esto evidencia la necesidad que ha existido desde hace varios años de incluir un mecanismo efectivo para defender los intereses sociales ante la inoperancia de la acción social de responsabilidad.

Asimismo, la acción derivada es una figura reconocida en el derecho comparado, con una larga trayectoria en países como Estados Unidos e Inglaterra. Su implementación varía en cada jurisdicción, adaptándose al contexto social, comercial e institucional de cada sistema jurídico (Bernal Rodríguez y Franco

Ávila, 2016). En Colombia, el proyecto la consagra de la siguiente manera:

Siempre y cuando que [sic] no se hubiere iniciado la acción social de responsabilidad, cualquier asociado podrá impetrar la acción derivada para que se resarzan los perjuicios sufridos por la sociedad como consecuencia de las actuaciones de los administradores. En estos casos, la acción se presentará por el demandante a nombre de la sociedad.

Los asociados podrán interponer la misma acción cuando se trate de evitar el acaecimiento de un perjuicio inminente para la sociedad. (Artículo 72, Proyecto de Ley 467 de 2024)

Al incluir esta disposición se subsanaría el inconveniente que históricamente ha dificultado el resarcimiento de los perjuicios sufridos por la sociedad como consecuencia de la conducta de los administradores, debido a la inoperancia de la acción social de responsabilidad.

En efecto, el artículo 73 del proyecto establece que cualquier asociado que haya tenido dicha calidad al momento de la ocurrencia de los hechos u omisiones que dan lugar a la responsabilidad, o que la haya adquirido por ministerio de la ley, está legitimado para iniciar una acción derivada y reclamar los perjuicios en nombre de la sociedad.

Adicionalmente, el proyecto introduce un tema novedoso al permitir el ejercicio de la acción derivada no solo para el resarcimiento de los perjuicios sufridos por la sociedad, sino también para usarla como medida preventiva y evitar un perjuicio inminente para la sociedad.

Sin embargo, existe un riesgo asociado a la implementación de la acción derivada: su posible utilización de manera temeraria. Esto es, que los accionistas la usen como herramienta de presión hacia los administradores, buscando satisfacer sus intereses particulares (Bernal Rodríguez y Franco Ávila, 2016).

Para mitigar este riesgo, el proyecto contempla varias disposiciones orientadas a prevenir abusos. En primer lugar, el artículo 75 regula el tema de las agencias en derecho, permitiendo que el juez asigne las costas procesales al demandante cuando la acción resulta injustificada o temeraria, o a la sociedad si la acción prospera. Estas costas podrán incluir los honorarios de los abogados. A su vez, la sociedad podrá repetir contra los administradores declarados responsables.

En segundo lugar, el artículo 74 establece que el desistimiento de la acción derivada por parte de un asociado debe tener la autorización expresa del juez. Esto se hace para evitar que se utilice como instrumento de presión o extorsión contra el administrador.

Finalmente, el artículo 76 dispone que podrá proponerse la excepción de pleito pendiente cuando exista un proceso en curso iniciado por la sociedad con pretensiones sustancialmente similares, lo que contribuye a evitar la duplicidad de acciones y garantiza la economía procesal.

Estas disposiciones evidencian una tendencia legislativa hacia la regulación posterior del uso indebido de la acción derivada, en lugar de la implementación de filtros previos de admisibilidad. De este modo, a partir del análisis de lo expuesto puede afirmarse que, a diferencia de lo ocurrido en jurisdicciones como la inglesa, donde la acción derivada quedó relegada por la exigencia de rigurosos filtros previos para su procedencia, en Colombia difícilmente ocurrirá lo mismo.

4. Conclusión

Si se aprueba la acción derivada en el ordenamiento jurídico colombiano, es muy probable que adquiera un uso considerable. Esta figura se convertiría en la única herramienta reconocida para que los accionistas, especialmente los minoritarios,

reclamen los perjuicios sufridos por la sociedad como consecuencia de las actuaciones de los administradores.

Sin embargo, junto a su probable amplio uso, también podría generar efectos contraproducentes. Por ejemplo, desincentivar la aceptación de cargos administrativos ante el temor de ser objeto de acciones judiciales frecuentes o infundadas, lo que podría incidir negativamente en la gestión y dirección de las sociedades.

Referencias

Bernal Rodríguez, A. L. y Franco Ávila, F. A. (2016). *Acción derivada y su implementación en el contexto colombiano* (Trabajo de grado). Universidad de los Andes, Colombia. <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/dcf61293-6795-48ba-9dd2-9969cca5e5d2/content>

Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33.339.

Decreto 046 de 2024. Por el cual se sustituye el Capítulo 3 del Título 2 de la parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015 y se reglamenta parcialmente el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en lo relativo al conflicto de intereses y competencia de los administradores, y la aplicación del principio de deferencia al criterio empresarial. Enero 30 de 2024. DO. N.º 52654.

Ley 222 de 1995. Modificación al régimen de sociedades. Diciembre 20 de 1995. DO. 42156.

Parias Garzón, A. (s. f.). *¿Acción Derivada? Decreto 46 del 30 de enero de 2024*. Lexir. <https://lexir.co/2024/02/07/accion-derivada-decreto-46-del-30-de-enero-de-2024/>

Proyecto de Ley 70 de 2015. Por medio de la cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones. Agosto 13 de 2015. Gaceta del Congreso N.º 594.

Proyecto de Ley 467 de 2024. Por la cual se reforma el Código de Comercio para establecer reglas en materia de comerciantes y sociedades y se adoptan otras disposiciones. Febrero 12 de 2025. Gaceta del Congreso N.º 69.

Reyes Villamizar, F. (2019). *Derecho Societario. Tomo I* (3.ª ed.). Temis.

Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Junio 9 de 2016). Sentencia 800-52. [Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles: José Miguel Mendoza].



**CAMARA DE COMERCIO®
DE MEDELLIN PARA ANTIOQUIA**

ENCUÉNTRANOS

ESCÚCHANOS



cámarafm95.9®

camaramedellin.com.co