

# Hacia la efectiva tutela del interés social: modificación al régimen legal de la acción social de responsabilidad en Colombia<sup>1</sup>

Towards the effective protection of social interest: modification to legal regime of social responsibility claim in Colombia

LAURA VICTORIA CASTELLANOS HERNÁNDEZ<sup>2</sup>

## RESUMEN

La acción social de responsabilidad creada por la Ley 222 de 1995 fue concebida por el legislador como un mecanismo indemnizatorio especial dirigido a responsabilizar a los administradores de las sociedades comerciales, procurando, a través de un instrumento procesal especializado, restablecer el patrimonio afectado del ente moral y, en consecuencia, satisfacer su interés social. Pero, considerando los supuestos de esta acción y el escenario societario colombiano ¿es verdaderamente operativa esta acción?, ¿es una herramienta realmente idónea para la defensa del interés social?

El objetivo del presente escrito es analizar, desde una perspectiva teórica y sobre la consideración de la realidad societaria nacional, la aptitud legal de la actual acción social de responsabilidad de cara a los fines para los cuales esta fue creada. Considerando los resultados de este análisis, será planteada una propuesta de reforma a esta acción, la cual podría ser un punto de partida

1 Fecha de recepción: 30 de abril de 2022. Fecha de aceptación: 9 de diciembre 2022  
Para citar el artículo: Castellanos L. "Hacia la efectiva tutela del interés social: modificación al régimen legal de la acción social de responsabilidad en Colombia". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 21, N° 2, junio – diciembre 2022.  
DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v21n2.03>

2 Abogada de la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Internacional de la misma universidad. Magister en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: [laurav.castellanos@gmail.com](mailto:laurav.castellanos@gmail.com)

importante para empezar a materializar el fin último de esta institución de la responsabilidad civil: la tutela del interés social.

Palabras clave: Acción social de responsabilidad, acción derivada, responsabilidad de los administradores, interés social, responsabilidad civil.

## ABSTRACT

The social responsibility claim created by Law 222 of 1995 was conceived by the legislator as a special compensation mechanism aimed at holding the administrators of commercial companies responsible, seeking, through a specialized procedural instrument, to restore the affected patrimony of the legal entity, and, consequently, satisfy their social interest. But, considering the assumptions of this claim and the Colombian corporate scenario, is this action truly functional? Is it a suitable tool for defense of social interest?

The aim of this paper is to analyze, from a theoretical perspective and considering the national corporate reality, the legal suitability of the current social responsibility claim for purposes for which it was created. Considering the results of this analysis, a proposal to reform this action will be proposed, which could be an important starting point to begin to materialize the ultimate aim of this civil liability institution: the protection of social interest.

Keywords: Social responsibility claim, derivative claim, managers responsibility, social interest, civil responsibility.

## INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil en el derecho ha sido, desde sus orígenes, uno de los asuntos de mayor interés para la humanidad, puesto que su finalidad, esto es, la reparación del daño, encarna entre otros aspectos la justicia esperada por quienes se sujetan al orden estatal y creen en el equilibrio que el derecho procura para las relaciones humanas a través del sistema jurídico.

La responsabilidad de los administradores al interior de las sociedades comerciales no escapa a este concepto, pues las vías jurídicas para que estos respondan por los daños que ocasionen con su gestión se convierten en una verdadera seguridad para quienes participan en el tráfico mercantil. De este modo, estos sujetos ven como una auténtica garantía jurídica el poder hacer exigible la reparación de los daños resarcibles ocasionados por quienes administran los negocios sociales.

Justamente dicha garantía, que por la vía del régimen general de la responsabilidad contractual y extracontractual ya contemplaba el ordenamiento

jurídico colombiano, fue la que inspiró al Legislador para que a través de la Ley 222 de 1995 se estatuyera una acción especial para hacer exigible la responsabilidad de los administradores, esta vez exclusivamente en interés de la sociedad.

No obstante la filosofía con la cual fue concebida la acción social de responsabilidad, y cuyo diseño y reglamentación obedece precisamente a los fines para los cuales fue creada, esto es, proteger el interés social, como toda institución jurídica, para ser eficaz, su esquema normativo debe responder a la realidad social en la cual está llamada a tener efectos, en este caso, a la dinámica societaria colombiana, aspecto que justamente no se compadece con el modelo normativo estatuido en la Ley 222 de 1995. En efecto, que la legitimación de esta acción esté únicamente en cabeza de la sociedad a través de su máximo órgano supone que la decisión para su instauración dependa de la voluntad de los socios de control, es decir, que esté alineada con los intereses del socio mayoritario que ha influido en el nombramiento y permanencia del administrador en cuestión, o peor aún, que ostenta la calidad de socio y administrador al mismo tiempo. Otro inconveniente no menos importante que se presenta con este presupuesto ocurre en aquellas sociedades con participación paritaria en las que la decisión para el ejercicio de la acción social se ve condicionada necesariamente a la unanimidad, circunstancia que anula por completo la instauración de la acción si los dos socios no están de acuerdo frente a su ejercicio.

En este contexto en el que la instauración de la acción social de responsabilidad depende en últimas de quienes posean el control decisorio al interior de la sociedad, usualmente los socios mayoritarios o, en su defecto, del acuerdo unánime de los socios con participaciones paritarias, es que se advierte una falla de su diseño legal, no solamente por sus actuales presupuestos, sino además debido al contexto societario colombiano en el que predomina la concentración del capital en cabeza de unos pocos asociados, lo que dificulta la operatividad práctica de esta acción.

En virtud de la problemática anteriormente descrita, se plantea el siguiente cuestionamiento en torno al cual habrá de ser desarrollado el presente escrito: ¿Es apta la acción social de responsabilidad para hacer exigible la responsabilidad de los administradores en procura del interés social de las sociedades comerciales en Colombia? La respuesta, en opinión de quien escribe, es negativa. La acción social de responsabilidad no es normativamente adecuada, por lo cual una reforma a la regulación vigente permitiría hacer mucho más realista su ejercicio y, en consecuencia, salvaguardar del interés social de las sociedades comerciales en Colombia.

El presente artículo pretende analizar la idoneidad del diseño legal de la acción social y el ajuste de su esquema normativo al escenario societario colombiano, para finalmente aproximarse a una conclusión sobre su potencial efectividad. Comoquiera que los resultados de este análisis apuntarán a que

la regulación de la acción social no es idónea, el objetivo será igualmente proponer una reforma al régimen normativo vigente de la acción social de responsabilidad para que, a través de un marco legal acorde con la realidad societaria colombiana, se materialicen los fines que persigue esta acción en la legislación.

## 1. LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD: SU INCONVENIENTE REGULACIÓN

De acuerdo con lo establecido en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, la única legitimada por regla general para la interposición de la acción social de responsabilidad es la misma sociedad, la cual deberá, en el seno de su máximo órgano, adoptar la respectiva decisión para su ejercicio. Los demás sujetos que establece la norma como habilitados para el ejercicio de la acción, esto es, los acreedores, los demás administradores, los socios y el revisor fiscal que en interés de la sociedad decidan impetrarla, son terceros con una legitimación secundaria o derivada. Esta únicamente se abre paso cuando transcurridos tres meses contados a partir de la decisión favorable del máximo órgano, la acción no ha sido interpuesta, debiendo recordarse además que la acción deberá ser ejercida por estos en exclusivo interés de la sociedad.

En Colombia predomina la concentración de la propiedad al interior de las sociedades comerciales<sup>3</sup>, lo que se traduce en el control permanente del

3 Varios estudios e informes dan cuenta de esta realidad, entre otros, el Informe de Buenas Prácticas Empresariales del año 2020 publicado por la Superintendencia de Sociedades con fundamento en el informe sobre Prácticas Empresariales con corte al 31 de diciembre de los años 2019 y 2020 con una muestra de 5.592 sociedades. En él, se presentan algunos datos que, aunque no dan cuenta de la participación exacta de cada uno de los socios en las compañías, sí son un indicio claro sobre la tendencia en Colombia a la poca dispersión de la propiedad, lo que la mayoría de las veces puede conllevar a la concentración en el capital de aquellas. Así, se encuentra que el 18.45% de las sociedades son de socio único y el 52.15% tienen entre 2 y 5 socios, lo que significa que el 70.6% del total de las sociedades encuestadas tiene una estructura concentrada debido a la presencia de pocos socios, algunos de los cuales, posiblemente la mayoría, cuentan con una participación que les otorga el control. (Colombia. Superintendencia de Sociedades. Informe de Buenas Prácticas Empresariales 2020. [en línea]. 2021. [Consultado: 30 de abril de 2022] Disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Revistas/2021/Informe-Buenas-Practicas-Empresariales.pdf>) Otra importante publicación de la misma Superintendencia, realizada con base en el informe sobre prácticas empresariales del año 2018 y en los estados financieros con corte al mismo año presentados por 6204 sociedades y empresas unipersonales bajo medidas de vigilancia y control de la misma entidad, revela igualmente la marcada predilección a la concentración de la propiedad accionaria en Colombia. Para empezar, se observa que el 50.84% de la muestra corresponde a empresas de familia, lo que de entrada permite colegir que al menos la mitad de las compañías se encuentran controladas directa o indirectamente por un mismo grupo familiar. Esto supone en cierta

direccionamiento de las compañías por parte de quienes suelen concentrar la mayoría de las participaciones sociales. Este control, que por obvias razones se replica en la administración de la sociedad, supone entre otras cosas que el nombramiento y remoción de los administradores esté siempre en cabeza del mismo grupo mayoritario que detenta el poder decisorio, lo que pone de presente el primer inconveniente de la legitimación de la acción social de responsabilidad: si el grupo de control que tiene asiento en el máximo órgano es el mismo que designa y remueve a los administradores, la decisión de ejercer la referida acción está llamada a quedar siempre a discreción de quienes en su momento consideraron que tal nombramiento convenía a sus intereses o al interés social (de acuerdo a la inclinación del voto), por lo que es difícil garantizar que aún ante la evidencia de la violación de los deberes fiduciarios del administrador, quienes lo eligieron, con rectitud y en armonía con el interés social, decidan automáticamente ejercer la acción en su contra, justamente en atención a las verdaderas razones que motivaron su elección y que únicamente son conocidas por aquellos.

La situación se agrava aún más en aquellas sociedades en las que, por su naturaleza, la administración está en cabeza de los socios, puesto que estos, al tener la dirección de la compañía y la propiedad en las participaciones, ostentan potestades casi que omnímodas frente a aquellos socios minoritarios que no poseen la administración<sup>4</sup> y que si bien estos últimos cuentan con

medida la existencia de concentración de poder (muchas veces atado a las participaciones en el capital social) por parte de un mismo grupo de personas unidas por vínculos de parentesco que gobiernan y controlan en el tiempo la marcha de las compañías. De acuerdo con el mencionado informe, "El 50,84% (3.154) de las empresas informó ser empresa de familia y el 33,01% se encuentra en la primera generación". (Colombia. Superintendencia de Sociedades. Indicadores de gobierno corporativo de empresas de capital cerrado año 2018, 2018. Disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Revistas/2019/PDF-INFORME-GOBIERNO-CORPORATIVO.pdf>) Sobre la presencia de las empresas de familia en la región, ha opinado Reyes Villamizar que la doctrina también se ha referido reiteradamente a la notoria concentración de capital en las compañías de América Latina: "En América Latina, en promedio, los cinco principales accionistas mayoritarios de una sociedad son propietarios del 80% de las acciones que forman su capital". Esta situación se ve exacerbada por la presencia extendida de sociedades de familia, en las que los miembros de un mismo entorno familiar son titulares de la mayoría del capital en un gran número de sociedades. Estos miembros de familia suelen gozar de poder suficiente para influir sobre las políticas de la administración e incluso, si fuere necesario, reemplazar a los administradores". (Reyes Villamizar, Francisco. Análisis económico del derecho societario. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012, p. 39.)

4 Recuérdese que, en las sociedades de personas, aun cuando por regla general la administración corresponde a todos los asociados, de acuerdo con las mayorías estatutarias correspondientes, es posible delegar la administración de la sociedad en terceros ajenos a la sociedad o en algunos socios en particular. (Arts. 310, 326 y 358 del Código de Comercio)

algunos instrumentos jurídicos en defensa propia y de la sociedad, carecen de una acción concreta para de manera directa hacer responder al socio que administra por los perjuicios irrogados a la sociedad y, con ello, hacer prevalecer el interés social.

Con independencia de si la decisión del ejercicio de la acción social de responsabilidad se toma por una mayoría concentrada o desconcentrada, el que la legitimación de la mencionada acción esté únicamente legada a la sociedad por decisión de su máximo órgano, impide que en aquellos eventos en que este último decida no ejercerla por motivos ajenos al interés social, la acción pueda ser impetrada de manera directa por un tercero para salvaguardar el interés de la compañía. Esto aún en el supuesto previsto en el inciso tercero del artículo 25 de la Ley 222 de 1995 pues se requiere la decisión previa en tal sentido de la asamblea o junta de socios para que se active para los sujetos allí mencionados, la posibilidad de demandar, lo que de entrada anula cualquier alternativa distinta a la decisión de las mayorías para que por esta vía pueda ser perseguido el administrador presuntamente responsable, mayorías a las que seguramente estuvo sometido este último durante toda su gestión.

Por otra parte, deben tenerse en cuenta las múltiples circunstancias que a veces se presentan al interior de las sociedades y que, o imposibilitan la constitución del máximo órgano, o constituido este, lo ponen en una situación de bloqueo al no poder adoptarse válidamente ciertas decisiones. Tal es el caso de aquellas compañías con socios inactivos, esto es, socios que nunca ejercen sus derechos al interior de la sociedad siendo totalmente indiferentes frente a la marcha de los negocios sociales, o socios que de manera conveniente abusan de su derecho de veto frente a ciertas decisiones, o socios con participación paritaria, con los cuales muchas veces no es posible reunir el número mínimo de asociados requerido para la convocatoria del máximo órgano o que, conformado el mismo, se produce su parálisis por situaciones de empate en razón de la paridad.

Si bien el mencionado artículo 25 establece la posibilidad de que terceros distintos a la sociedad demanden a los administradores a través de la acción social de responsabilidad en interés de la persona jurídica, esta solamente se activa si media la decisión en tal sentido de la asamblea de accionistas o junta de socios, por lo que en últimas este mecanismo para la defensa del interés social continúa dependiendo de los socios mayoritarios y, en consecuencia, de las vicisitudes que se puedan presentar frente a la convocatoria, constitución y decisión del máximo órgano. Así mismo, el condicionamiento temporal establecido en la misma norma para que los referidos sujetos queden habilitados para impetrar la acción, a saber, tres meses contados a partir de la decisión del máximo órgano sobre su ejercicio, resulta excesivo, pues si media la manifestación formal de voluntad de la sociedad en tal sentido, ¿por qué establecer un término tan extenso para materializar dicha

decisión? Un término razonable para preparar una demanda, con todo lo que ella comprende, sería a lo sumo dos meses, pues si fue realizada una reunión con miras a ejercer esta acción, seguramente ya se cuenta con las pruebas y demás soportes documentales pertinentes para acompañar la demanda, ya que justamente por la necesidad de obtener un resarcimiento de perjuicios en favor de la sociedad de manera pronta, se esperaría su interposición en el menor tiempo posible por parte de la afectada.

De igual forma, es excesivo y desproporcionado el porcentaje del 50 % del pasivo externo de la sociedad requerido para que los acreedores que lo representen puedan incoar la acción social en interés de la compañía. Primero, porque un porcentaje menor sería suficiente para que los acreedores en salvaguarda del interés social pudieran procurar el restablecimiento patrimonial de su deudora, no solamente porque indirectamente se benefician en su propio crédito, sino porque también benefician a los demás acreedores y grupos de interés que igualmente, de manera indirecta, verían beneficiados sus propios intereses con la recomposición del patrimonio de la sociedad. En este sentido, no es claro por qué el 50 % sí es un porcentaje que amerite la intervención de los acreedores en favor de la sociedad y un porcentaje menor no resulta igualmente importante para los mismos fines, máxime cuando con la intervención de los acreedores en interés de la persona jurídica, con independencia del porcentaje que estos representen, se protege al tráfico mercantil, entre otras razones, al poner sobre aviso a terceros que posiblemente tengan alguna expectativa crediticia con la sociedad y no estén al tanto de su situación patrimonial.

Finalmente, olvidó el Legislador al regular la legitimación extraordinaria de los acreedores que, dado que estos no tienen fácil acceso a información confidencial de la sociedad, como su información financiera y contable, es casi imposible probar que sus acreencias ascienden efectivamente al 50 % del pasivo externo de la sociedad, por lo que este porcentaje desde el principio se convierte en una carga probatoria excesiva para estos sujetos. Lo mismo puede decirse de la acreditación del requisito de la insuficiencia patrimonial de la sociedad frente a las acreencias correspondientes al referido porcentaje, sin el cual no es posible probar el menoscabo a su prenda general, puesto que el poder de información con el que solamente cuenta la administración es el que justamente la ha puesto en esa posición que le permite con cierta facilidad, defraudar a los acreedores y a la vez el patrimonio social, información a la que no suelen tener acceso terceros ajenos al ente societario.

## 2. UNA REFORMA PERTINENTE A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

Con el único fin de lograr un mecanismo procesal verdaderamente apto para hacer efectiva la responsabilidad de los administradores en Colombia, con

finés académicos y, por qué no decirlo, pensando en que lo aquí propuesto pueda servir como insumo para futuras iniciativas legislativas, han sido pensadas algunas modificaciones al artículo 25 de la Ley 222 de 1995, en relación con la acción social de responsabilidad y específicamente frente a: i) la creación de una acción derivada de responsabilidad, ii) la regulación del conflicto de interés del administrador con calidad de socio frente a su voto para el ejercicio de la acción social en su contra, y iii) el porcentaje mínimo requerido para convocar al máximo órgano con el fin de que sea discutido y decidido el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

## 2.1. ACCIÓN DERIVADA DE RESPONSABILIDAD

Para poder hablar de la acción derivada, especialmente de su legitimación, es fundamental revisar el concepto de "interés social" (cuya tutela es la que justamente motiva el presente escrito), pues su definición y establecimiento de su alcance, tiene efectos prácticos en distintas instituciones del derecho de sociedades y, para el objeto de este escrito, en la regulación de la acción derivada de responsabilidad.

Aunque el concepto de interés social no tiene una definición legal expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, distintas normas y pronunciamientos jurisprudenciales sí contienen múltiples disposiciones y lineamientos que, tomados en conjunto, permiten establecer qué debe entenderse por interés social, tanto desde una perspectiva monista como pluralista, corrientes doctrinarias dentro de las cuales este concepto sí ha sido ampliamente desarrollado, pero que son posiciones teóricas que no serán abordadas en detalle puesto que el concepto de interés social, aunque relevante, no es el propósito central de este trabajo.

Antes que nada, es importante anotar que el concepto de interés social tendrá distintas connotaciones según se revise desde la perspectiva contractual o institucional del derecho de sociedades<sup>5</sup> y según se trate de sociedades abiertas<sup>6</sup> o cerradas. Ello no obsta para que, con base en el modelo constitucional y la filosofía de la regulación de un Estado determinado como el

5 "Hoy se habla de las teorías monistas, dualistas, pluralistas, finalistas, de valoración de intereses y de consideración igualitaria de intereses, para referirse, en últimas, a las perspectivas contractual e institucional del Derecho de sociedades". Córdoba Acosta, Pablo Andrés. *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 140.

6 Para efectos del presente escrito, entiéndase por "sociedad abierta" no solamente la sociedad anónima cotizada, sino aquellas sociedades que tienen una vigilancia estatal mucho más estricta por llevar a cabo actividades económicas especialmente reguladas.



colombiano, pueda construirse una definición general de interés social<sup>7</sup>, el cual, en opinión de quien escribe, podría entenderse como aquel propósito superior que redunde en favor de la persona jurídica, es decir, de la sociedad comercial individualmente considerada, y en virtud del cual serían realizados los intereses de todos con quienes se relaciona el desarrollo de la empresa, teniendo mayor prevalencia los intereses de algunos sujetos en particular según el tipo de sociedad de que se trate.

Sobre el modelo constitucional colombiano en la perspectiva del interés social, hay que decir que "la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general".<sup>8</sup> Lo anterior quiere decir que, bajo el modelo de Estado Social de Derecho, la libertad de empresa y el libre mercado, aunque garantizados constitucionalmente, no son absolutos, puesto que en desarrollo de estas libertades no pueden afectarse otros bienes constitucionales igualmente tutelados, especialmente el interés general, el cual, en todo caso, está llamado a prevalecer (véanse, entre otros, los artículos 58, 333, 334, 335 de la Constitución Política).

Lo propio ocurre en el plano legal, en el cual, en línea con lo establecido en la normativa superior, se encuentran varias disposiciones que apuntan a la protección del interés general más allá de los intereses de los socios en desarrollo de la empresa<sup>9</sup>, como por ejemplo, lo establecido en el artículo

7 Sabogal Bernal, Luis Fernando. El interés social en la empresa minera. Una aproximación desde el derecho societario colombiano. En: Minería y desarrollo. Tomo 3: Competitividad y desempeño en el sector minero. 1 ed. Bogotá D.C.: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2016. p. 305-331.

8 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-228. Expediente: D-7865. (24, marzo, 2010). MP. Luis Ernesto Vargas Silva [en línea]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-228-10.htm>

9 También se encuentran algunas normas que reflejan la teoría monista o contractual, como por ejemplo el numeral 6º del artículo 187 del Código de Comercio sobre las funciones de la Asamblea de Accionistas y la Junta de Socios, según el cual le compete a estos órganos "Adoptar, en general, todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados; (...)", así como las normas especiales sobre sociedades de personas, especialmente la sociedad colectiva, en la cual el interés social prácticamente se identifica con el de sus socios, existiendo la responsabilidad ilimitada y solidaria de sus socios, por ejemplo (Art. 294 C. Co.) y la causal de disolución en caso de muerte de alguno de sus socios sin que se hubiese estipulado su continuidad con alguno de sus herederos (Art. 319 numeral 1º), entre otras. En opinión de la autora, si bien podría asegurarse que estas disposiciones aplican por excelencia a sociedades de personas, inclusive en este tipo de compañías debe entenderse el interés social sobre la base de una interpretación sistemática constitucional de todo el ordenamiento considerando los postulados constitucionales que rigen el desarrollo de la actividad empresarial,

420 numeral 6° del Código de Comercio sobre las funciones de la Asamblea de Accionistas, en el cual se establece que una de las funciones de este órgano es “6) Adoptar las medidas que exigiere el interés de la sociedad (...)”<sup>10</sup>; lo reglado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 sobre deberes de los administradores en el cual, entre otros asuntos, se establece que “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”<sup>11</sup>; lo establecido en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 sobre la responsabilidad de los accionistas de una sociedad por acciones simplificada<sup>12</sup> cuando estos abusen de sus derechos: “Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. (...)”<sup>13</sup> y lo establecido en el artículo 4° del Decreto 1925 de 2009 el cual reglamenta el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 sobre el trámite a seguir frente a situaciones de conflictos de interés de los administradores, en el cual se establece que “los socios que hayan autorizado expresamente la realización de un acto respecto del cual exista conflicto de interés o competencia con la sociedad, que perjudique los intereses de la sociedad, serán responsables solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que ocasionen a esta, a los socios y a terceros, salvo que dicha autorización se haya obtenido de manera engañosa”.<sup>14</sup>; entre otras disposiciones.

teniendo presente que, en desarrollo de la empresa, en todo caso debe primar el interés general (inclusive, por encima del interés de los asociados) y la responsabilidad social empresarial. Lo contrario significaría desconocer la supremacía constitucional (Art. 4 de la C. P.) la cual, entre otras cosas, implica que una norma inferior no debe interpretarse de manera aislada, sino a la luz de la norma o normas constitucionales que le sirven de base.

10 Colombia. Código de Comercio. Art. 420.

11 Colombia. Congreso de la República. Ley 222 (20, diciembre, 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. Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 1995. No. 42156. [Consultado: noviembre 16 de 2020]. Disponible en: [http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0222\\_1995.html](http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html)

12 Esta disposición es aplicable a todos los tipos societarios por virtud de lo dispuesto en el artículo 252 de la Ley 1450 de 2011.

13 Colombia. Congreso de la República. Ley 1258 de 2008(5, diciembre, 2008). Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2008. No. 47194.

14 Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1925 (28, mayo, 2009). Por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y demás normas concordantes, en lo relativo a conflicto de interés y competencia con la sociedad por

Pero, según la definición genérica de interés social señalada anteriormente, ¿de qué sujetos se predica la prevalencia de intereses y en razón de qué tipo de sociedades y por qué? La respuesta a estos interrogantes depende, en primer lugar, de la postura doctrinal desde la cual se analice el interés social, así, si se habla de la tesis monista propia de la perspectiva contractual del derecho de sociedades, el interés social será el interés común de todos los asociados, confundándose de esta forma un interés con el otro. Por el contrario, si el tema se aborda desde la perspectiva pluralista o institucional, el interés social será el propio interés de la persona jurídica, distinto al de sus asociados<sup>15</sup> conformado por los intereses de todos aquellos con quienes se relaciona la sociedad en ejecución de la empresa: sus grupos de interés<sup>16</sup>.

En segundo lugar y en armonía con las dos corrientes anteriormente referidas, los intereses a prevalecer dependerán del tipo de sociedad respecto de la cual se predique el interés social, pues los parámetros de gobernanza y las prioridades para socios y administradores no suelen ser los mismos en una sociedad abierta que en una sociedad cerrada o familiar, no solo porque generalmente las actividades que desarrollan uno u otro tipo de sociedad demandan por naturaleza distintos tipos de protecciones legales a quienes con ella se afectan, sino porque el ordenamiento jurídico define, en línea con una perspectiva contractualista o institucional del derecho de sociedades, algunos lineamientos imperativos que deben tenerse en cuenta en la dirección de las compañías, según estas sean abiertas o cerradas.

Por lo anterior, en sociedades abiertas, en las que la empresa suele tener un alto impacto en la economía y de manera especial, en algunos sujetos,

parte de los administradores de la sociedad. Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2009. No. 47364.

15 Como lo refiere el maestro Pablo Córdoba: "Desde la orilla institucional puede afirmarse que la empresa, con independencia de la forma como se halle organizada, debe tomar en consideración simultáneamente todos los intereses que en ella confluyen, haciendo caso omiso de la diferencia, sustancial por cierto desde el punto de vista estrictamente jurídico, entre quien forma parte de un acto o negocio (el de sociedad) y aquel que es tercero respecto de dicho acto o negocio jurídico, lo cual raya en una contradicción abierta con el efecto relativo de los contratos". Córdoba Acosta. Op. Cit., p. 141.

16 Conocidos también como *stakeholders*, son "cualquier grupo o individuo que puede afectar o ser afectado por la consecución de los objetivos de la empresa" (Freeman, R. Strategic Management: a Stakeholders Approach. Citado por Rivera Rodríguez, Hugo Alberto; Malaver Rojas, Marleny Natalia. La organización: los stakeholders y la responsabilidad social. En: Documento de investigación No. 97. [en línea]. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario. Facultad de Administración, Editorial Universidad del Rosario. ISSN: 0124-8219. Julio de 2011. Disponible en: [https://www.urosario.edu.co/urosario\\_files/a0/a019d4bc-3670-4966-881c-ccaabf47d85c.pdf](https://www.urosario.edu.co/urosario_files/a0/a019d4bc-3670-4966-881c-ccaabf47d85c.pdf). Dentro de este concepto se encuentran socios, trabajadores, proveedores, consumidores, acreedores, el medio ambiente e inclusive, los órganos estatales reguladores y de supervisión de la sociedad.

como por ejemplo el medio ambiente, los consumidores o los inversionistas, el interés social toma una connotación eminentemente institucional y comprende una tutela mayor de los intereses de todo el conglomerado que se vincula con la empresa, tutela que igualmente involucra los intereses de los socios, pero no como un interés prevalente, pues este deberá sopesarse con el de los demás individuos que se afectan con el desarrollo de la actividad económica y, según el caso concreto, definirse qué intereses deberán predominar y así, de manera equilibrada y en beneficio de todos los afectados, adoptarse las decisiones que procuren el beneficio de la persona jurídica.<sup>17</sup>

No ocurre lo mismo en sociedades cerradas, en las que, por sus dimensiones o porque por la naturaleza de su actividad económica no existe, generalmente, regulación legal alguna que suponga mayores protecciones a quienes se relacionan con la empresa y que, por lo mismo, deban ponderarse sus intereses en determinadas circunstancias frente a los de los socios, a fin de establecer qué interés está llamado a prevalecer. Por ello, podría decirse que en este tipo de compañías el interés social también es el interés de todos aquellos que confluyen en la realización de la empresa, pero con un mayor relieve, el interés de los asociados, lo que en momento alguno significa que las sociedades cerradas tengan por naturaleza la vocación de convertirse en instrumentos para defraudar o para que sus socios abusen de sus derechos en perjuicio de terceros.<sup>18</sup>

Como fue mencionado líneas atrás, aun cuando en la regulación de este último tipo de sociedades no se encuentran disposiciones que permitan en sentido estricto entender el interés social como el interés de la persona jurídica de acuerdo a lo que pregona la corriente institucional, no se considera que bajo la Carta Política de 1991 sea posible aplicar del todo la corriente contractualista protegiéndose sin ninguna limitación únicamente los derechos

17 "Así, RSE, gobierno societario e interés social se entrelazan porque se refieren al mismo punto: la mejor dirección de la empresa accionaria para la protección del interés o intereses que cada ordenamiento jurídico considera debe tutelarse o prevalecer frente a otros igualmente legítimos pero que deben ser sacrificados o, en el mejor de los casos, esperar para alcanzar los objetivos trazados por cada sistema jurídico". Córdoba Acosta. *Op. Cit.*, p. 142.

18 Aun cuando una de las consecuencias jurídicas de la existencia de la sociedad comercial es la separación patrimonial entre esta y sus asociados y, salvo algunas excepciones en relación con sociedades de personas, la limitación de su responsabilidad, cabe recordar que el ordenamiento jurídico censura no solamente desarrollar la empresa al margen de los postulados constitucionales, esto es, desconociendo la responsabilidad social que implica, el medio ambiente, los derechos de los consumidores y el interés general, sino además el abuso del derecho por parte de sus asociados, existiendo para ello figuras legales que permiten responsabilizar a los socios que abusan de la personificación jurídica de la sociedad como la desestimación de la personalidad jurídica (Arts. 42 de la Ley 1258 de 2008 y 105 del Código de Comercio, ) y la responsabilidad extracontractual de los accionistas controlantes (Art. 61 de la Ley 116 de 2006), entre otras.

de los asociados, pues se insiste que en las sociedades cerradas el interés social también es el interés de la persona jurídica que involucra el interés de todos con quien se relaciona el desarrollo de la empresa, sin desconocer que el interés de los asociados tiene una mayor importancia y por tanto, una mayor consideración. Esto no quiere decir que el interés de los socios deba prevalecer injustificadamente en desmedro de otros intereses legal y constitucionalmente defendibles, patrocinándose con ello el abuso del derecho por parte de quienes hacen uso de la personificación jurídica para defraudar a terceros, lo cual prohíbe el ordenamiento jurídico (véanse, entre otros, los artículos 43 de la Ley 1258 de 2008 y 830 del Código de Comercio). Se insiste en que esta perspectiva del interés social se ve con mayor intensidad en sociedades de personas en las que, por naturaleza, existe una mayor identidad entre los intereses de los socios y la persona jurídica, al punto que en algunos tipos sociales, por ejemplo, los socios responden individual e ilimitadamente por las obligaciones de la sociedad o la administración de la sociedad debe estar obligatoriamente en cabeza de los asociados<sup>19</sup>, entre otras circunstancias.

En conclusión, el interés social es concretado en cada sociedad a partir de las reglas de gobierno corporativo que esta defina, reglas que estarán basadas, en primera medida, en los postulados constitucionales aplicables a todas las sociedades comerciales – de ahí que pueda dársele una definición general al interés social–y, por otra parte, en la autonomía de la voluntad de los socios, quienes podrán determinar libremente todos los parámetros estratégicos y de gobernanza del ente societario. Esta autonomía, en todo caso, encuentra límites en las normas imperativas del derecho de sociedades y de otros ordenamientos que limitan y establecen la forma de desarrollar la empresa -según se trate de sociedades abiertas o cerradas-, lineamientos legales que responden en mayor o menor medida, según se trate, a la presencia de las corrientes contractualista o institucional del derecho de sociedades.

Considerando el alcance del interés social en sociedades abiertas y cerradas, el cual, como ya fue visto, tiene distintas connotaciones, y al perseguir la acción derivada la protección efectiva del interés social, su diseño debe pensarse en clave de este interés según el tipo de sociedad de que se trate, pues la idea de la existencia de este mecanismo es únicamente tutelar el interés social y no convertirse en un instrumento que permita interferir de forma injustificada en la administración de las sociedades o que las minorías abusen de sus derechos como parte de un ejercicio de venganza personal contra los demás socios o administradores. Por lo anterior, la propuesta de acción derivada que será presentada a continuación comprenderá dos tipos

19 Arts. 294, 310, 319, 323, 326, 327 del Código de Comercio, entre otros.

de acciones, una para cada tipo de sociedad -abierta o cerrada- teniendo cada una varios elementos comunes comoquiera que las dos persiguen el mismo fin.

### 2.1.1. Requisitos generales de procedencia de la acción derivada

El primer elemento para la procedencia de la acción derivada es que exista un daño cierto al patrimonio de la sociedad afectada, pues este mecanismo es, como su nombre lo indica, una acción originaria de la típica acción social de responsabilidad, de suerte que únicamente existiendo un daño efectivo y directo al patrimonio social, podría tener lugar la acción derivada. En consecuencia, queda excluida cualquier posibilidad de incoar esta acción para intentar resarcir daños futuros o no consolidados en cabeza de la sociedad o perjuicios padecidos indirectamente por los socios<sup>20</sup>.

Como consecuencia del primer requisito anteriormente mencionado, los legitimados pueden demandar únicamente con el propósito de recuperar la pérdida acaecida por la sociedad, es decir, que actúen en exclusivo interés de esta y, además, por la totalidad de los perjuicios ocasionados. Esto significa que, aun cuando los legitimados con la afectación del patrimonio social, puedan estar padeciendo un perjuicio indirecto o incluso, de forma concomitante, un perjuicio directo a su patrimonio, tal y como sucede en algunos eventos con los acreedores, solamente se podrá accionar en beneficio y favor exclusivo del ente moral y por la totalidad de los perjuicios a este irrogados.

20 Sobre este particular, existe un importante fallo de la Superintendencia de Sociedades a través del cual la Delegatura para Procedimientos Mercantiles analiza de manera detenida el alcance de las acciones con las que cuentan los socios minoritarios contra los administradores y los socios mayoritarios por los daños que estos ocasionen a la sociedad y de manera refleja, al patrimonio de los primeros:

(...) En este sentido, 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, pues la acción sólo corresponde a la persona jurídica que es la que ha sufrido el perjuicio, debiendo ejercer esa acción a través de sus representantes. En efecto, el accionista, por el solo hecho de serlo, no tiene facultad de representar a la sociedad y las acciones sociales han de ser ejercidas por los mandatarios de la persona jurídica. Y tampoco puede el accionista actuar en su propio nombre, pues se trataría del ejercicio de una acción individual que sólo se le otorga cuando el perjuicio que ha experimentado es personal, particular y no social' Colombia. Superintendencia de Sociedades. Sentencia Rad. 2014-801-50, Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil y otros. (8, junio, 2016) Bogotá, D. C.: Superintendencia, 2014, [Consultado: 16 de diciembre de 2020]. Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\\_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S\\_Carlos\\_Hakim\\_09\\_06\\_2016.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_Carlos_Hakim_09_06_2016.pdf)

### **2.1.2. Legitimación por activa: socios, acreedores, administradores y revisor fiscal de la sociedad afectada**

Se propone que sean titulares de la acción derivada tres sujetos que tienen una importante relación con la sociedad y que, por su posición, en la que por ley y por estatutos están llamados a defender en todo momento el bienestar de la sociedad, se presumiría que, en cualquier caso, procurarían actuar en interés de la persona jurídica: los socios, los administradores y el revisor fiscal. Los anteriores sujetos podrán hacer uso de este mecanismo procesal con independencia de si los hechos en que se funda el reclamo ocurrieron antes de su vinculación a la sociedad, pues esta situación es irrelevante frente al fin que persigue la acción derivada. Así mismo, se propone que los acreedores de la persona jurídica también estén legitimados y aunque por obvias razones, de ellos no pueda predicarse que sus actuaciones estarían encaminadas de manera permanente hacia el bienestar de la sociedad, son tal vez uno de los legitimados más interesados en que la deudora no sufra merma patrimonial alguna, pues ello representaría la afectación de su prenda general.

Tratándose de una demanda contra los demás administradores, la misma procedería aun cuando quien demanda haga parte del mismo órgano colegiado que el o los administradores a demandar, siempre que quien demanda no haya conocido sobre la respectiva infracción o haya votado en su contra (siempre que no la ejecute), de acuerdo a lo establecido en el inciso tercero del artículo 24 de la Ley 222 de 1995, pues de ser así, el demandante también estaría incurso en la misma situación fáctica de responsabilidad que los administradores a ser demandados, no siendo coherente ni procedente que, siéndole imputable la responsabilidad por el daño en cuestión, este asuma el rol de accionante pretendiendo con ello evadir sus responsabilidades por los mismos hechos.

En relación con la legitimación de los asociados y tratándose de sociedades abiertas, los socios individualmente considerados, con o sin derecho a voto, podrían accionar directamente cuando las actuaciones ilícitas de los administradores causen un daño directo al patrimonio de la persona jurídica, por lo que estaría legitimado aquel asociado que posea, en cualquier porcentaje, participaciones sociales en una sociedad comercial.

A diferencia de lo previsto en el derecho mexicano, argentino o chileno sobre acciones sociales derivadas, no se estima conveniente establecer un porcentaje mínimo sobre la participación social para efectos de la legitimación de esta acción para los socios en este tipo de compañías, por dos razones fundamentales: la primera, porque la acción derivada busca exclusivamente la defensa del interés social, por lo que resulta irrelevante si el o los socios que demandan tienen un porcentaje de participación significativo en la sociedad, y la segunda, porque de establecerse un porcentaje mínimo para demandar en este tipo de sociedades de capital disperso podría ser muy difícil para el

socio que pretende demandar reunir dicho porcentaje. Además, esta exigencia podría, en algunos eventos, hacer prácticamente imposible el ejercicio de la acción derivada, puesto que las mayorías podrían, por ejemplo, vía capitalización o fusión, diluir significativamente el porcentaje de participación de algunas minorías con el único propósito de que no se alcancen los umbrales requeridos para accionar.

Por lo anterior, sobre la base de que el socio que demanda lo hará obrando de buena fe y con el único fin de procurar la restauración del patrimonio social efectivamente afectado, es que se considera que no solo no sería necesario establecer un porcentaje mínimo de socios para demandar, sino que eventualmente este podría resultar desventajoso para el interés social, pues este tipo de condicionamientos podrían conllevar a la realización de maniobras fraudulentas de las mayorías tendientes a imposibilitar el ejercicio de la acción derivada.

En sociedades cerradas en las que, como ya fue explicado, el interés de los asociados tiene una mayor preponderancia en la perspectiva del interés social y, en consecuencia, por la naturaleza de la empresa que desarrollan, no se hace tan necesaria una tutela mayor a los demás grupos de interés, la acción derivada podría convertirse en la mayoría de los casos en una herramienta para entorpecer la administración de las compañías y desconocer injustificadamente el poder legítimo de las mayorías, motivo por el cual su legitimación debería estar mucho más limitada para los socios que decidan demandar.

Así pues, en este tipo de sociedades la legitimación estaría en cabeza de aquellos socios que, individual o conjuntamente posean como mínimo el 25 % de la participación en el capital social, asegurándose con ello en la mayor medida de lo posible que se está persiguiendo con esta acción únicamente el resarcimiento de los perjuicios de la persona jurídica en defensa de su interés social y no la satisfacción de un propósito personal de las minorías, pues es un grupo verdaderamente significativo de socios (la cuarta parte de las participaciones sociales) el que estaría provocando un juicio de responsabilidad frente a los administradores.

Es importante recordar que la acción derivada no debe convertirse para los socios en un instrumento de venganza personal en contra de algún miembro de la administración o ser vista como un mecanismo para torpedear las actuaciones que, dentro de los límites de los estatutos y la ley, puedan estar llevando a cabo los administradores. Por lo anterior, hay que tener en cuenta que el socio o grupo de socios que demandan, además de tener que cumplir con la carga probatoria de acreditación del perjuicio padecido por la sociedad y el nexo causal entre este y las actuaciones del demandado, deberán tener presente, como se verá más adelante, que en caso de haber actuado con temeridad y mala fe, no solamente tendrán que sufragar de forma personal las costas procesales que le sean impuestas por el juez una vez



se pierda el pleito, sino que además deberán reembolsar todos los gastos de defensa que hayan sido asumidos por el accionado. Lo anterior, sin perjuicio de tener que superar el incidente de admisión de la demanda que les implica una carga probatoria importante y que será explicado más adelante, y de las acciones de responsabilidad civil a las que se verían expuestos por haber actuado abusando de sus derechos.

Finalmente, se indica que los socios legitimados podrán demandar inclusive cuando la actuación dañosa haya acaecido en la época en que estos no hubiesen tenido la calidad de tal, puesto que como lo indican los profesores Alejandro Romero y José Ignacio Díaz a propósito de la acción derivativa chilena "(...) quien adquiere una acción asume a la sociedad como una institución con pasado, presente y futuro, es decir una empresa en marcha, pero con la natural limitación que la adquisición de acciones de la sociedad no convalidan los actos ilícitos cometidos anteriormente".<sup>21</sup>

Ahora bien, en el evento en que interpuesta la acción derivada por los socios y estando en curso esta, por cualquier causa dichos socios pierdan su calidad de tal, el planteamiento debería ser el mismo, es decir, la acción debería continuar su curso, pues, en primer lugar, recuérdese que esta acción gira en torno al interés de la persona jurídica y no del asociado, quien en este caso únicamente ha sido un medio para llegar al fin pretendido, esto es, la reparación del daño sufrido por la sociedad. En segundo lugar, como ya fue mencionado, quien suceda al socio inicial por cualquier causa adquiere con sus participaciones sociales, todos los privilegios, derechos, obligaciones y contingencias ligadas a su calidad de socio, sea que estas se adquieran o consoliden antes o después del ingreso a la sociedad, lo que incluye la posición de demandante dentro de la acción derivada. Para estos fines, en el evento en que el ingreso del nuevo socio obedezca a un acto entre vivos (por ejemplo, venta o cesión de las participaciones sociales), como requisito para perfeccionar la respectiva transferencia debería establecer la ley que se suscriba el respectivo contrato de cesión de derechos litigiosos respecto del proceso iniciado por la acción derivada, caso en el cual aplicaría la figura de la sucesión procesal reglada en el artículo 68 del Código General del Proceso. En el evento en que la contraparte acepte la mencionada cesión de acuerdo a la misma norma, el cesionario actuaría en el proceso como litisconsorte cuasinecesario. Si el ingreso del nuevo socio es por causa de muerte, aplicaría automáticamente la sucesión procesal del socio demandante en los términos del inciso primero del mencionado artículo 68.

21 Romero Seguel, Alejandro; Díaz Villalobos, José Ignacio. La acción de responsabilidad civil del art. 133 bis de la Ley de sociedades anónimas. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia [en línea]. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. No. 3, p. 54 [Consultado: 15 de diciembre de 2020]. Disponible en: <http://www.goldenberglagos.cl/publicaciones/Articulo%205.pdf>

### 2.1.3. Requisitos para demandar

Se abrirá paso a la legitimación de los socios, los administradores y el revisor fiscal para el ejercicio de la acción derivada, siempre que se verifiquen, sin excepción, los siguientes supuestos: i) Que no se hubiese iniciado la acción social de responsabilidad por parte de la sociedad; ii) cuando habiéndose adoptado la decisión sobre el ejercicio de la acción social por el máximo órgano, la misma no hubiese sido iniciada dentro de los sesenta días siguientes a su adopción; iii) cuando habiéndose convocado al máximo órgano para discutir sobre el ejercicio de la acción social, este no se hubiese constituido, o que, habiéndose reunido, hubiese decidido no ejercer la acción social.

#### *2.1.3.1. Que no se hubiese iniciado la acción social de responsabilidad por parte de la sociedad*

Al ser la sociedad la única titular del interés que a través de la acción derivada se pretende defender y, especialmente, del derecho a recibir una reparación que satisfaga integralmente los perjuicios por ella padecidos, no parece razonable que si esta ha decidido reclamar su indemnización de manera directa, sus socios o cualquier otro legitimado de manera paralela también procuren lo mismo por la vía de la acción derivada, no solamente porque la persona jurídica ya ha decidido bajo su propia estrategia y pretensiones exigir la responsabilidad de sus administradores, sino además porque la interposición de una acción derivada de manera simultánea supondría un desgaste injustificado para la administración de justicia.

No ocurre lo mismo cuando se inician varias acciones derivadas por parte de los legitimados, puesto que, al no haber sido estas iniciadas directamente por la sociedad, ninguna de estas demandas estaría llamada a prevalecer, por lo que, de presentarse esta situación, en aras de la economía procesal, todos los procesos podrían ser acumulados conforme lo dispuesto en los artículos 148 y siguientes del Código General del Proceso.

#### *2.1.3.2. Cuando habiéndose adoptado la decisión sobre el ejercicio de la acción social por el máximo órgano, la misma no hubiese sido iniciada dentro de los sesenta días siguientes a su adopción*

Por las mismas razones señaladas en el numeral anterior, si el máximo órgano de la sociedad ha adoptado válidamente la decisión de ejercer la acción social, debería ser la misma persona jurídica quien interponga la respectiva demanda de acuerdo a los lineamientos que hayan sido impartidos por la asamblea o junta de socios y bajo las pretensiones y condenas que este órgano estime pertinentes, pues quién más que la propia titular del interés que mediante la correspondiente acción se tutela para defender su vigencia.

Por tal razón, deberá existir un plazo razonable que se estima en sesenta días calendario, para que, decidido el ejercicio de la acción social, la sociedad prepare lo pertinente y proceda a interponer la respectiva demanda en los términos que considere adecuados para la defensa de su propio interés, y únicamente vencido este plazo, sin que la acción haya sido efectivamente ejercida, estarían habilitados los legitimados de la acción derivada para incoar, en nombre e interés de la sociedad, la correspondiente demanda.

***2.1.3.3. Cuando habiéndose convocado al máximo órgano para discutir sobre el ejercicio de la acción social, éste no se hubiese constituido, o que, habiéndose reunido, hubiese decidido no ejercer la acción social***

Como ha sido visto, los dos primeros requisitos que se establecen para la interposición de la acción derivada apuntan a que siempre, en primera medida, se consulte, en relación con la decisión de ejercer la acción social de responsabilidad, la voluntad de la sociedad a través de su máximo órgano. Este tercer requisito también da cuenta de esta filosofía, pues en opinión de quien escribe, al menos debe intentarse poner en conocimiento del máximo órgano de la sociedad, la conveniencia y necesidad de exigir la responsabilidad de sus administradores, pues es el interés social el que subyace a la acción derivada.

Por lo anterior, se propone que los legitimados para interponer la acción derivada, como mínimo, convoquen al máximo órgano de la sociedad con miras a que este sea efectivamente constituido y pueda conocer y decidir sobre los hechos materia de una posible demanda de acción social de responsabilidad. Únicamente si no se logra realizar la respectiva reunión o habiéndose realizado la misma, si se decide no ejercer la acción social, se activaría la legitimación correspondiente para el ejercicio de la acción derivada.

***2.1.3.4. Por parte de los acreedores***

Siempre que no haya sido interpuesta una acción social por parte de la sociedad, se propone que cualquier acreedor pueda demandar a través de la acción derivada con independencia del porcentaje de su acreencia en relación con el pasivo de la sociedad, a condición de que acredite que el detrimento patrimonial padecido por la persona jurídica tiene una entidad tal, que su patrimonio es insuficiente para cubrir el monto de su crédito, es decir, que la sociedad no es lo suficientemente solvente para cancelar la correspondiente acreencia.

Dicho de otra manera, los acreedores que pretendan impetrar la acción derivada solamente tendrán una única carga probatoria, la cual, pese a no ser sencilla, debe ser satisfecha a fin de que este mecanismo no se preste para injerencias injustificadas en la administración y operación de la sociedad a

través de demandas infundadas: acreditar que el patrimonio social afectado es insuficiente para satisfacer las acreencias de las cuales son titulares, sin perjuicio claro está, de la acreditación de los demás elementos de la responsabilidad civil necesarios para exigir de quien corresponda el pago de los respectivos perjuicios.

#### 2.1.4. Incidente de admisión de la demanda de acción derivada

Con el ánimo de impedir que el ejercicio de la acción derivada se convierta en un instrumento para llevar a cabo venganzas personales en contra de los demandados, se considera valioso tomar como referencia algunas de las condiciones establecidas para la continuidad de este tipo de acciones en la Ley de Compañías del año 2006 vigente en el ordenamiento anglosajón,<sup>22</sup> por lo que se propone que para admitir la demanda de acción derivada, se agote un incidente de admisión, el cual sería tramitado de conformidad con las siguientes reglas:

- a) Una vez sea confirmado por el juez que la demanda cumple con todos los requisitos necesarios para su admisión según lo establecido en el artículo 90 del Código General del Proceso, mediante auto declarará formalmente abierto el incidente de admisión de la demanda.
- b) En el mismo auto, el juez decretará la práctica de las pruebas que considere pertinentes para admitir la demanda, sean estas de oficio o a petición del demandante, quien en la demanda debió aportar o solicitar expresamente todas las pruebas pertinentes para efectos del incidente de admisión, para lo cual será procedente vincular al proceso a la sociedad. Esta decisión será susceptible de los recursos de reposición y apelación cuando se niegue el decreto o la práctica de alguna prueba de acuerdo con lo establecido en los artículos 318 y siguientes del Código General del Proceso.
- c) El auto que declara abierto el incidente no será susceptible de recursos, y del mismo se correrá traslado al demandado por el término de tres (3) días, con el propósito de que este solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer para efectos de la resolución del incidente.

22 United Kingdom. UK Parliament. Companies Act 2006. (8, noviembre, 2006). An Act to reform company law and restate the greater part of the enactments relating to companies; to make other provision relating to companies and other forms of business organisation; to make provision about directors' disqualification, business names, auditors and actuaries; to amend Part 9 of the Enterprise Act 2002; and for connected purposes [en línea]. [Consultado: octubre 25 de 2020]. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>  
Part 11 Derivative claims and proceedings by members, Chapter 1 Derivative claims in England and Wales or Northern Ireland of.

- d) Vencido el término del traslado, el juez decidirá sobre las peticiones probatorias del demandado mediante auto que será susceptible de los recursos de reposición y apelación según lo dispuesto en los artículos 318 y siguientes del Código General del Proceso.
- e) Para la resolución del incidente, el juez valorará las pruebas que conduzcan a acreditar, al menos de manera sumaria como requisito para la admisión de la demanda, lo siguiente:
  - El daño padecido por la persona jurídica, es decir, que se trate de un perjuicio que no correspondería reparar al demandante a través de una acción individual de responsabilidad.
  - La responsabilidad del demandado a la luz de sus deberes y atribuciones, considerando entre otros factores la probabilidad de que el órgano competente de la compañía perjudicada hubiese podido conocer y aprobar (formal o informalmente) los actos dañosos o que, en su defecto, estaría dispuesto a ratificarlos, siempre que tal aprobación o ratificación, objetivamente, no sea contraria al interés social por no corresponder a una decisión de negocio razonable en términos de asunción normal de riesgos de la persona jurídica. Para estos fines, será necesario vincular a la sociedad a través de su representante legal con el propósito de que, a través de este, la sociedad manifieste expresamente su posición frente a la naturaleza y alcance de las presuntas actuaciones ilícitas que ocasionaron el perjuicio.
  - Que no exista prueba o indicio alguno de que el demandante pudiera estar actuando bajo motivaciones estrictamente personales, por ejemplo, por razones de enemistad o conveniencia para sí o en favor de un tercero, en contra del demandado.
- f) Únicamente en el evento en que las pruebas decretadas involucren la práctica de algún testimonio o interrogatorio de parte, el juez llevará a cabo una única audiencia en la que serán practicadas todas las pruebas.
- g) En firme las decisiones que decidan sobre la práctica de pruebas del incidente o realizada la audiencia de que trata el literal anterior, según corresponda, el juez procederá a decidir sobre el incidente de admisión dentro del término improrrogable de veinte (20) días. Contra el auto que resuelva el incidente procederán los recursos de reposición y apelación.

### 2.1.5. La conciliación y la transacción en la acción derivada

Comoquiera que la acción derivada supone la representación de un interés ajeno a quien demanda, es decir, el interés social, la posibilidad de disponer

de los derechos en litigio a través de la transacción o la conciliación una vez ha sido iniciada la actuación judicial, es un asunto que, por su importancia, debe ser regulado en la iniciativa de reforma pretendida a través de la presente investigación.

Por lo anterior, es necesario que obre de manera expresa en la nueva regulación sobre la acción derivada cómo operarían las figuras de la conciliación y la transacción una vez ha sido iniciada la acción derivada, y para ello, se propone que el demandante no pueda transigir o conciliar, ni siquiera parcialmente, con el demandado, sin que exista autorización para estos efectos por parte del máximo órgano de la sociedad. En ese orden, para que la conciliación o la transacción puedan tener efectos dentro del respectivo proceso y, en consecuencia, sea oponible para la sociedad y los demás legitimados de la acción derivada, además de vincular al respectivo representante legal al proceso para que manifieste formalmente la voluntad de la compañía en punto de la transacción o la conciliación, el juez deberá contar con la correspondiente acta o extracto de acta debidamente elaborado y suscrito en los términos de ley, que dé cuenta de la intención del máximo órgano de conciliar o transar el asunto en litigio, pues es la sociedad la única que podría disponer sobre sus derechos en el marco de este proceso, al ser su interés el único que busca protegerse a través de este especial mecanismo indemnizatorio.

### 2.1.6. Sobre la cosa juzgada en la acción derivada

De acuerdo con el artículo 303 del Código General del Proceso, "la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. (...)"<sup>23</sup>, por lo que respecto de la sentencia ejecutoriada que resuelva una demanda de acción derivada, será importante determinar si existirá cosa juzgada frente a la sociedad y los demás legitimados para el ejercicio de dicha acción, cuando, por ejemplo, alguno de estos sujetos presente una acción social o una nueva acción derivada en contra de los mismos demandados por los mismos hechos y bajo las mismas pretensiones. Se considera que la respuesta debe ser positiva, es decir, siempre que se presenten los presupuestos establecidos en el inciso primero del citado artículo 303, debería tener fuerza de cosa juzgada la sentencia ejecutoriada que ponga fin a un juicio iniciado por la interposición de una acción derivada.

23 Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2012. No. 48489. Art. 303.

Podría pensarse que tratándose de fallos definitivos en acciones derivadas no sería posible la configuración de la cosa juzgada, dado que, cualquier demanda posterior (producto de una acción social o de otra acción derivada) podría ser presentada por una parte distinta a la que interpuso la demanda inicial, lo cual eliminaría de entrada la configuración del requisito de identidad jurídica de partes como uno de los presupuestos elementales de la cosa juzgada. Pese a lo anterior, se considera que esta circunstancia en nada impediría la configuración de este presupuesto, pues al ser la acción derivada una modalidad de la acción social, siendo su finalidad el representar y favorecer exclusivamente el interés de la sociedad en cabeza de quien ha sido legitimado extraordinariamente para ello, es como si la sociedad misma estuviera actuando en contra de los demandados. Lo anterior quiere decir que aunque quien interponga la acción derivada inicial formalmente no se identifique con quienes a posteriori interpongan esta misma acción o la acción social, materialmente sí existe dicha identidad jurídica, siendo los legitimados de la acción derivada únicamente sujetos especialmente habilitados por la ley para el ejercicio de la acción social de responsabilidad que no fue interpuesta por la sociedad. Tratándose de acciones derivadas, la identidad jurídica de partes para efectos de la cosa juzgada debe ser analizada y entendida desde una perspectiva material y no meramente formal.

### **2.1.7. Caucción judicial para amparar los perjuicios derivados de actuaciones temerarias o de mala fe por parte de los legitimados de la acción derivada**

Teniendo presente que con la acción derivada quien persigue la reparación de los perjuicios de la sociedad no es la misma persona jurídica sino un tercero que actúa en su nombre, existe la posibilidad de que este mecanismo pueda prestarse para venganzas personales a través de la presentación de demandas infundadas desviándose de esta manera la finalidad para la cual sería estatuida. Por lo anterior, se propone como requisito de admisión de la demanda la presentación de una póliza para caución judicial, con un valor asegurado de mínimo el 50 % del valor de las pretensiones, con el fin de amparar los perjuicios que con la actuación temeraria y de mala fe del demandante se llegaren a ocasionar al demandado.

Así las cosas, el cobro de la indemnización por parte del beneficiario de esta póliza no se abriría paso con la mera sentencia absolutoria en su favor, sino con la acreditación de que la demanda fue efectivamente presentada a sabiendas de que no había lugar a su interposición, pudiéndose concluir que la misma fue presentada de mala fe en los términos del artículo 79 del Código General del Proceso.

### 2.1.8. Condena en costas

Considerando el interés que se ventila en un litigio producto de una acción derivada, que no es otro que el interés social reclamado por un tercero distinto a su titular, resulta fundamental para efectos de la propuesta de reforma dilucidar cómo debería operar la figura de la condena en costas. Lo anterior, por cuanto quien se beneficia o perjudica de las costas (la sociedad) no es quien ha concurrido a demandar, de modo que, en aras de la equidad con el demandante y con la misma sociedad, habrá de establecerse de manera clara, cómo y a cargo de quien deberían decretarse las costas en el marco de una condena por una acción social derivada.

Así, se propone, tal y como se encuentra previsto en la normativa chilena<sup>24</sup>, que si la sentencia es favorable para el demandante y, en consecuencia, para la sociedad, las costas favorezcan exclusivamente a quien demanda. Si, por el contrario, la sentencia es desfavorable para la parte actora, las costas serían únicamente a su cargo. Lo anterior deberá entenderse en armonía con las reglas para el decreto de las costas de acuerdo con las hipótesis previstas en el artículo 365 del Código General del Proceso y las demás disposiciones concordantes aplicables a la materia, las cuales, se estima, son totalmente compatibles con esta regla especial propuesta para las acciones derivadas.

Pese a lo anterior, en muchos litigios de este tipo no parece ser suficiente la condena en costas que imponga el juez en favor de la parte vencedora, especialmente tratándose de una acción derivada. Por tal razón, se propone que, salvo que los gastos procesales o de defensa en que hubiese incurrido la parte vencedora hayan sido totalmente satisfechos con la respectiva condena en costas, aquella pueda exigir a su contraparte o a la sociedad, según sea el caso, el pago del excedente que hiciese falta para completar el rubro de los mencionados gastos, todo lo cual deberá ser debidamente acreditado dentro del proceso. Así por ejemplo, si quien es favorecido con la condena en costas es el demandante por haber vencido al demandado, podrá este solicitar al juez como una pretensión particular de la demanda que en caso de que el valor de las costas sea insuficiente para cubrir los gastos procesales o de defensa en que este hubiese incurrido, se ordene a la sociedad<sup>25</sup> el pago

24 Al respecto, véase el Art. 133 bis de la Ley sobre sociedades anónimas chilena. (Chile. Junta de Gobierno. Ley 18.046 (21, octubre, 1981). Ley sobre sociedades anónimas [en línea]. Santiago de Chile: Diario Oficial del 22 de octubre de 1981. [Consultado el 30 de noviembre de 2020] Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29473&idVersion=2020-10-19&idParte=8637102>)

25 No se estima adecuado proponer la alternativa de hacer este cobro al demandado vencido en juicio, no solamente porque este ya tendrá que asumir la respectiva condena en costas, sino porque en aras de la equidad, al ser la sociedad la única beneficiada con la sentencia, justo sería que esta le reconociera al demandante el excedente de los



del valor restante que hiciese falta para cubrir el valor total de estos gastos, siempre que los mismos se hubiesen acreditado en debida forma<sup>26</sup>.

Si es el demandado quien ha sido vencedor en el proceso y la condena en costas impuesta al demandante le es insuficiente para sufragar todos los gastos de su defensa, podrá solicitar al juez en la contestación de la demanda que, acreditado el valor de dichos gastos una vez finalice proceso, se condene a la parte actora al pago de su excedente. En este evento, dicho excedente no podrá serle exigible de ninguna manera a la sociedad, pues aunque ha sido su interés el que ha procurado defenderse a través de la acción derivada, no fue la persona jurídica quien decidió impetrar la demanda de responsabilidad en contra del demandado, razón por la cual no debería ser aquella quien soporte el pago de estas erogaciones.

### **2.1.9. Remoción de los administradores bajo la acción derivada**

Comoquiera que la consecuencia inmediata de la decisión sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad es la remoción del administrador a ser demandado, tratándose de acciones derivadas resulta fundamental determinar cómo operaría esta figura, pues al no mediar la voluntad del máximo órgano para el ejercicio de esta acción, podría eventualmente, de manera arbitraria e injustificada, separarse a un administrador de su cargo, inclusive en detrimento de la sociedad. Por lo anterior, se propone que, tratándose de una acción derivada, no opere de manera automática la remoción del administrador demandado.

Pese a la conveniencia de esta propuesta, es innegable que de existir indicios de responsabilidad debidamente fundados en contra de los administradores, la permanencia de estos en su cargo podría representar un alto riesgo para los intereses de la sociedad, e inclusive para el adecuado curso del proceso. Por ello se propone que, en ejercicio de una acción derivada, la remoción del administrador opere únicamente como una medida cautelar, la cual debería ser decretada por el juez atendidos la gravedad de las circunstancias y especialmente, los elementos de prueba con los que se cuente al momento de la presentación de la demanda, salvaguardando de esta forma no solamente el derecho en litigio, sino además y especialmente, el interés social.

gastos procesales o de defensa en que este hubiera incurrido, precisamente para lograr la indemnización de los perjuicios en su favor.

26 Se propone esta posibilidad de cobro a la sociedad con fundamento en la solución planteada en materia de agencias en derecho y reembolso de gastos de defensa prevista el Proyecto de Ley 002 de 2017 sobre reforma al régimen de sociedades comerciales presentado por el Gobierno Nacional en cabeza del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Decretada esta cautela, la misma sería inscrita en el registro mercantil por parte de los demandantes o de la sociedad, sin que, frente a esta, la sociedad pueda ejercer oposición alguna por tratarse de una medida decretada en el marco de un proceso respecto del cual el ente moral no quiso ser parte al no haber ejercido una acción social propiamente dicha<sup>27</sup>.

Así mismo, el decreto de la medida tendría el efecto de impedir que el administrador separado de su cargo pueda ser nombrado por la sociedad en otro cargo (sea este o no de similar naturaleza), pues considerando el riesgo que podría representar la permanencia del demandado al interior de la sociedad, es que precisamente se decreta su remoción, por lo que nada se lograría si decretándose esta medida, el demandado, de manera posiblemente fraudulenta, vuelve a ejercer alguna nueva función al interior de la persona jurídica.

Si llegase a infringirse esta prohibición, además de la imposibilidad de inscribir el respectivo nombramiento en el registro mercantil (cuando ello aplique), se generaría responsabilidad para el representante legal que suscriba el respectivo contrato laboral o de prestación de servicios a través del cual se formalice la nueva vinculación del administrador, amén de la responsabilidad que les asistiría a los socios o miembros de junta directiva, según corresponda, por el nombramiento que se realice del respectivo funcionario en el nuevo cargo en el evento en que tal determinación ocasione perjuicios a la sociedad o agrave los perjuicios ya padecidos por esta. Lo anterior, sin perjuicio de las multas que podría imponer el juez a los socios o administradores que intervengan en el nuevo nombramiento en contravención de esta prohibición, las cuales podrían oscilar entre los 50 y 100 SMLMV dependiendo de la naturaleza del nuevo cargo y su cercanía en términos funcionales con el cargo objeto de remoción.

## 2.2. DEL CONFLICTO DE INTERÉS DEL ADMINISTRADOR CON CALIDAD DE SOCIO

Se propone que en la ley se prohíba expresamente que el administrador con calidad de socio pueda participar con su voto en la respectiva reunión en la que se delibere y decida sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad en su contra por tratarse de una típica situación de conflicto de intereses<sup>28</sup>.

27 Se aclara que, si bien en el marco de un proceso de acción derivada la sociedad no funge como parte actora, la misma sí puede intervenir en la actuación judicial como interviniente *ad excludendum* de acuerdo con lo establecido en el artículo 63 del Código General del Proceso, lo cual fue propuesto en el Proyecto de Ley 002 de 2017 sobre reforma al régimen de sociedades comerciales.

28 No debe olvidarse que en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 reglamentado por el Decreto 1925 de 2009, entre otros asuntos, "(...) se estableció, aun cuando

En ese orden, si llegase a tomarse una decisión sobre este asunto contravieniéndose esta prohibición, además de la violación al deber de lealtad en que incurriría el respectivo administrador con todas las consecuencias que ello comporta, la decisión podría ser objeto de nulidad, pudiendo ser demandada para estos fines por los demás administradores, el revisor fiscal o los socios ausentes o disidentes en los términos del artículo 191 del Código de Comercio.

Esta prohibición deberá entenderse sin perjuicio del deber general que le asiste a todo socio de una sociedad comercial de ejercer responsablemente su derecho de voto procurando en todo caso el interés que demande la persona jurídica –según se expuso con anterioridad a propósito del interés social–. Lo contrario, esto es, votar una decisión con un fin egoísta en perjuicio del

de forma un tanto confusa, una prohibición general a los administradores de actuar en conflicto de intereses" (Sabogal Bernal, Luis Fernando. Los conflictos de intereses de los administradores bajo el nuevo paradigma de la transparencia en el gobierno societario. En: Revista e – Mercatoria [en línea]. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Comercial, enero-junio de 2013. Vol. 12, No. 1. p. 64 [Consultado: 13 de octubre de 2020]. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3510/3398>). Esta es una prohibición de contenido amplio dentro de la cual, como lo expone el profesor Carlos Arcila Salazar (Arcila Salazar, Carlos Andrés. Conflicto de intereses en el contexto societario: regulación colombiana y derecho comparado. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos [en línea]. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2017. Vol. 19, No. 2. pp. 157-196 [Consultado: 13 de octubre de 2020]. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73351954006/html/index.html>), podrían abordarse múltiples situaciones que se reconozcan como "conflictos de interés" sin que, en opinión de quien escribe, sea necesario que exista disposición legal expresa que prohíba emitir el voto respecto de la decisión de la acción social bajo este tipo de conflictos, pues el concepto de "conflicto de interés" no tiene una definición legal expresa, siendo la misma encontrada únicamente, en la doctrina y la jurisprudencia. A propósito, dentro de las múltiples definiciones de conflicto de interés, se considera acertada la que plantea el profesor Luis Fernando Sabogal según la cual "por conflictos de intereses en la relación administrador-sociedad podemos entender aquellas situaciones de hecho que conducen a que se contrapongan real o potencialmente los intereses personales de los administradores frente a los intereses de la compañía cuya gestión le ha sido encomendada". (Sabogal Bernal, Luis Fernando. Los conflictos de intereses de los administradores bajo el nuevo paradigma de la transparencia en el gobierno societario. En: Revista e – Mercatoria [en línea]. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Comercial, enero-junio de 2013. Vol. 12, No. 1. p. 61 [Consultado: 10 de abril de 2020]. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3510/3398>). Esta definición general sin duda aplica para el caso del administrador que, siendo socio, podría votar sobre la suerte de su propia responsabilidad en el marco de una acción social, pues es evidente que su propio interés de no ser demandado se contrapone frente al ejercicio de su voto como socio, el cual, como ya fue mencionado, debería ser emitido en interés de la persona jurídica (Numeral 6 del Art. 420 del Código de Comercio y Art. 43 de la Ley 1258 de 2008).

ente moral, equivaldría a un abuso del derecho del voto, lo cual, como ya fue visto, condena el ordenamiento jurídico.

### 2.3. SUPRESIÓN DEL PORCENTAJE MÍNIMO ESTABLECIDO PARA CONVOCAR AL MÁXIMO ÓRGANO PARA DISCUTIR Y DECIDIR SOBRE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

Finalmente, como se anunció al momento de explicar uno de los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción derivada por parte de los socios que es haber convocado de manera previa al máximo órgano a efectos de debatir y decidir sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad, en aras de no hacer inviable en la práctica el cumplimiento de este requisito se considera necesario eliminar el porcentaje mínimo para convocar establecido en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, de manera que cualquier socio con independencia de su porcentaje de participación y sin importar el tipo de sociedad (abierta o cerrada), pueda convocar directamente al máximo órgano para los fines ya conocidos. Lo anterior se establecería como un lineamiento de carácter imperativo, no pudiéndose desconocer el mismo vía estatutaria por los asociados.

### 3. CONCLUSIONES

La conclusión es categórica: la actual acción social de responsabilidad, ante la ausencia de una acción derivada como la que se propone, no responde de manera efectiva a los propósitos para los cuales fue estatuida por el Legislador, esto es, ser ejercida en interés de la sociedad ante la presencia de un daño resarcible para esta última con ocasión de la gestión de sus administradores. Ello es así en virtud de los supuestos procesales creados por el Legislador de 1995, los cuales, atados a la poca dispersión de la propiedad al interior de las sociedades comerciales, hacen prácticamente inviable su ejercicio.

Pero ¿es la propuesta de reforma presentada una alternativa idónea para hacer verdaderamente exigible la responsabilidad de los administradores y de esta manera tutelar eficazmente el interés social? En opinión de quien escribe, sí. Como consecuencia del presente esfuerzo investigativo, ha sido corroborada la premisa de que es el ordenamiento jurídico el llamado a contemplar todas las medidas necesarias para responder de manera efectiva a todas las necesidades en materia de gobierno corporativo cuando estas no pueden ser suplidas por la autorregulación. Específicamente para el tema abordado en este escrito, frente a la exigencia práctica de la responsabilidad de los administradores, lo que repercute en el adecuado funcionamiento de las sociedades comerciales y la defensa de los intereses de quienes se relacionan con el desarrollo de su actividad económica, es decir, del interés social,

lo que a su vez, y a gran escala, se relaciona igualmente con la protección de la economía nacional.

Como lo anota el maestro Pablo Córdoba en relación con la sociedad anónima, y cuyo postulado podría hacerse extensivo a los demás tipos sociales en los cuales se ve con mayor intensidad la identidad entre los dueños del capital y quienes administran, los administradores no cuentan con controles verdaderamente efectivos, siendo las mayorías las que, en últimas, determinan su destino y permanencia:

(...) No hay legalmente y en la praxis un órgano de control de la administración, pues lo que existe es una revisoría fiscal que no examina la gestión, al menos de manera directa, que no es independiente y que por ello no puede controvertir a los administradores representantes del grupo de accionistas que domina a la sociedad, y una asamblea general que no controla en virtud de estar orientada por accionistas de control que ejercen su voto en perfecta consonancia con el principio mayoritario, lo que sin duda le otorga suficiente vocación al Derecho de sociedades colombiano para tener en cuenta, en contra del orden jurídico, únicamente los intereses del grupo de control, excluidos los accionistas externos, los trabajadores e incluso el interés público".<sup>29</sup>

Lo anterior supone que, aun cuando el ordenamiento jurídico colombiano contemple algunos controles a la administración de las sociedades como la revisoría fiscal, el máximo órgano social e inclusive algunos entes de control como la Superintendencia de Sociedades, dichos controles en la práctica podrían no ser eficaces considerando el principio mayoritario que determina, entre otros asuntos, la elección, permanencia, orientación y funcionamiento de la administración de las compañías. En este contexto es que se hace necesario resolver de manera definitiva los diversos problemas de agencia derivados de las relaciones con los socios mayoritarios, minoritarios y los administradores, o cuando menos, mitigar el impacto del riesgo que aparece para la salvaguarda del interés social el entorno nacional de concentración de la propiedad al interior de las sociedades comerciales aunado a las potestades de las mayorías al interior de estas últimas. Lo anterior, a través de la existencia de un mecanismo procesal apto y al alcance de sujetos distintos a los dueños del capital, para la exigencia de la responsabilidad de los administradores, como lo es la acción social de responsabilidad.

Bajo las referidas circunstancias, se considera que la existencia de una nueva acción social de responsabilidad regulada bajo los presupuestos expuestos anteriormente, en la cual y de manera especial la legitimación no esté subordinada de forma exclusiva al querer de los socios de control, permitiría

29 Córdoba Acosta. Op. Cit., p. 257.

hacer mucho más realistas los propósitos de esta acción y, a la postre, proteger y materializar el interés social de las sociedades comerciales en Colombia.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arcila Salazar, Carlos Andrés. Conflicto de intereses en el contexto societario: regulación colombiana y derecho comparado. En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos* [en línea]. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2017. Vol. 19, No. 2. pp. 157-196. [Consultado: 12 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73351954006/html/index.html>
- Córdoba Acosta, Pablo Andrés. El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, 777 p.
- Colombia. Congreso de la República. Gaceta del Congreso, Senado de la República [en línea]. Bogotá, D. C.: No. 203, 2 de mayo de 2018. [Consultado: 12 de enero de 2020]. Disponible en: [http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2018/gaceta\\_203.pdf](http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2018/gaceta_203.pdf)
- Colombia. Congreso de la República. Ley 222 (20, diciembre, 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 [en línea]. Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 1995. No. 42156. [Consultado: 12 de enero de 2020]. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0222\\_1995.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html)
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1116 (27, diciembre, 2006). Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2006. No. 46.494.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1258 (5, diciembre, 2008). Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2008. No. 47194.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1450 (16, junio, 2011). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2011. No. 48.102.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2012. No. 48489.
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 410 (27, marzo, 1971).
- Código de Comercio. Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 1971. No. 33.339.

- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1925 (28, mayo, 2009). Por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y demás normas concordantes, en lo relativo a conflicto de interés y competencia con la sociedad por parte de los administradores de la sociedad. Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2009. No. 47364.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010, MP. Luis Ernesto Vargas Silva. [en línea]. [Consultado: 11 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-228-10.htm>
- Colombia. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (2015). Proyecto de Ley 02 de 2017 Senado "Por la cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones". Bogotá: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.
- Colombia. Superintendencia de Sociedades. Proyecto de reforma al régimen societario [en línea]. Bogotá, D. C.: Superintendencia, 2015. [Consultado: 30 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/Historial%20de%20Noticias/2015/Septiembre/Libro%20proyecto%20de%20reforma.pdf>
- Colombia. Superintendencia de Sociedades. Sentencia Rad. 2014-801-50, Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil y otros. (8, junio, 2016) [en línea]. Bogotá, D. C.: Superintendencia, 2014. [Consultado: 16 de diciembre de 2020]. Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\\_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S\\_Carlos\\_Hakim\\_09\\_06\\_2016.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_Carlos_Hakim_09_06_2016.pdf)
- Colombia. Superintendencia de Sociedades. Indicadores de gobierno corporativo de empresas de capital cerrado año 2018 [en línea]. Bogotá, D. C.: Superintendencia, 2014. Disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Revistas/2019/PDF-INFORME-GOBIERNO-CORPORATIVO.pdf>
- Colombia. Superintendencia de Sociedades. Informe de Buenas Prácticas Empresariales 2020. [en línea]. Bogotá, D.C.: Superintendencia, 2021. [Consultado: 30 de abril de 2022] Disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Revistas/2021/Informe-Buenas-Practicas-Empresariales.pdf>
- Chile. Junta de Gobierno. Ley 18.046 (21, octubre, 1981). Ley sobre sociedades anónimas [en línea]. Santiago de Chile: Diario Oficial del 22 de octubre de 1981. [Consultado: 29 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29473&idVersion=2020-10-19&idParte=8637102>
- Reyes Villamizar, Francisco. Análisis económico del derecho societario. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012, 152 p.
- Rivera Rodríguez, Hugo Alberto; Malaver Rojas, Marleny Natalia. La organización: los *stakeholders* y la responsabilidad social. En: Documento de investigación No.

97. [en línea]. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario. Facultad de Administración, Editorial Universidad del Rosario. ISSN: 0124-8219. Julio de 2011. [Consultado: 28 de octubre de 2020]. Disponible en: [https://www.urosario.edu.co/urosario\\_files/a0/a019d4bc-3670-4966-881c-ccaabf47d85c.pdf](https://www.urosario.edu.co/urosario_files/a0/a019d4bc-3670-4966-881c-ccaabf47d85c.pdf)
- Romero Seguel, Alejandro; Díaz Villalobos, José Ignacio. La acción de responsabilidad civil del art. 133 bis de la Ley de sociedades anónimas. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* [en línea]. Santiago de Chile: 2002. No. 3, pp. 51-65. [Consultado: 26 de septiembre de 2020]. Disponible en: <http://www.goldenberglagos.cl/publicaciones/Articulo%205.pdf>
- Sabogal Bernal, Luis Fernando. Los conflictos de intereses de los administradores bajo el nuevo paradigma de la transparencia en el gobierno societario. En: *Revista e – Mercatoria* [en línea]. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Comercial, enero – junio de 2013. Vol. 12, No. 1. pp. 49-71. [Consultado: 12 de octubre de 2020]. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3510/3398>
- Sabogal Bernal, Luis Fernando. El interés social en la empresa minera. Una aproximación desde el derecho societario colombiano. En: *Minería y desarrollo*. Tomo III: competitividad y desempeño en el sector minero. Bogotá, D.C.: Juan Carlos Henao y Carlos Alberto Restrepo Rivillas, 2016, pp. 305-331.
- United Kingdom. UK Parliament. Companies Act 2006. (8, noviembre, 2006). An Act to reform company law and restate the greater part of the enactments relating to companies; to make other provision relating to companies and other forms of business organisation; to make provision about directors' disqualification, business names, auditors and actuaries; to amend Part 9 of the Enterprise Act 2002; and for connected purposes [en línea]. [Consultado: 25 de octubre de 2020]. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>