

OFICIO 220-062273 DE 21 DE MARZO DE 2024

ASUNTO: DECRETO 0046 DE 2024.

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia mediante la cual formula una serie de preguntas relacionadas con las disposiciones del Decreto 0046 de 2024, en los siguientes términos:

"(...)

1. La acción social de responsabilidad de que trata el numeral 8 del artículo 2.2.2.3.4 del Decreto 1074 de 2015, sustituido por el artículo 1 del Decreto 0046 de 2024, se puede iniciar en cualquier momento o cuándo no se ha cumplido con lo autorizado por la asamblea.

(...)

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

3. Este numeral aplica para conductas cometidas por el administrador posteriores a la expedición del Decreto 0046 de 2024 o también puede ser para las anteriores?

4. Cuál es el procedimiento para que el asociado inicie esta acción?

5. Si a lo que se refiere este numeral es a la acción de responsabilidad de los administradores, es necesario realizar la inscripción en el registro mercantil? De ser así, la inscripción debe ser previa a la acción? Y cómo se realiza la inscripción en el registro mercantil?, es decir, bastaría con un documento de asociado indicándole a la Cámara de Comercio su decisión de iniciar la acción?

6. Si a lo que se refiere este numeral es a la acción de responsabilidad de los administradores, solo se puede iniciar por perjuicios sufridos por la sociedad o también por los perjuicios de terceros?" (SIC)

Previamente a responder sus inquietudes, debe señalarse que, en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirigen a resolver situaciones de orden particular, ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada. A su vez, sus respuestas a las consultas no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

Con el alcance indicado, este Despacho procede a responder su consulta en los siguientes términos:

En primera medida, se hace necesario recordar el contenido artículo 2.2.2.3.4 del Decreto 1074 de 2015 sustituido por el artículo 1 del Decreto 0046 de 2024 "Por el cual se sustituye el Capítulo 3 del Título 2 de la parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015 y se reglamenta parcialmente el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en lo relativo al conflicto de intereses y competencia de los administradores, y la aplicación del principio de deferencia al criterio empresarial", el cual es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 2.2.2.3.4. Procedimiento en casos de conflicto de intereses o actividades que impliquen competencia con la sociedad. Salvo lo establecido en normas imperativas especiales, en caso de que cierto acto o negocio pueda implicar conflicto de intereses o competencia con la sociedad en la que el administrador ejerce sus funciones, el administrador se abstendrá de participar, a menos que se cumpla el siguiente procedimiento:

1. Si el administrador tuviere facultades para convocar a la asamblea general de accionistas o junta de socios, deberá efectuarla, o de lo contrario, revelarlo al representante legal, o a quien tenga facultades para convocar, para que se efectúe la convocatoria. Si la reunión es extraordinaria, deberá incluirse en el orden del día inserto en la convocatoria el punto relativo al sometimiento a consideración del máximo órgano social del acto o negocio jurídico respecto del cual exista o pueda existir conflicto de intereses o competencia con la sociedad. Lo anterior, sin perjuicio de que, en todo caso, al finalizar la reunión se considere la inclusión de este asunto dentro de un nuevo punto del orden del día, en los términos del artículo 425 del Código de Comercio.

Si la reunión es ordinaria, es igualmente posible que se considere la inclusión del punto dentro del orden del día, conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 182 del Código de Comercio.

2. Durante la reunión el administrador deberá suministrar a los asociados toda la información que sea relevante para la toma de la decisión, de manera clara, veraz y suficiente, debiendo señalar además los hechos que dan lugar a la configuración del conflicto de intereses o al acto en competencia.

3. La autorización podrá otorgarse cuando el acto o negocio jurídico no perjudique los intereses de la sociedad. Para los efectos de la autorización para participar en el acto en conflicto de intereses o en competencia, deberá excluirse el voto del administrador si fuere asociado.

4. Los accionistas o socios que hayan autorizado expresamente la realización de un acto respecto del cual exista conflicto de intereses o competencia con la sociedad, que perjudique los intereses de la sociedad, en contravía del mandato de votar en interés de la misma contemplado en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 y el artículo 420 numeral 6 del Código de Comercio, serán responsables por los perjuicios que ocasionen a esta, a los socios y a terceros, salvo que dicha autorización se haya obtenido sin habersele proporcionado la información suficiente para la toma de la decisión. Lo anterior, sin perjuicio de la declaratoria de nulidad que pudiese resultar de los actos amparados en tales decisiones por violación de la ley.

5. El proceso judicial para obtener la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se adelantará mediante el proceso verbal de acuerdo con lo previsto en el Código General del Proceso.

6. Salvo los derechos de terceros que hayan obrado de buena fe, declarada la nulidad, se restituirán las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada, sin perjuicio de las acciones de impugnación de las decisiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 y siguientes del Código de Comercio.

7. Mediante este mismo trámite, el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 24 y 25 de la Ley 222 de 1995.

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

PARÁGRAFO 1°. Si el revisor fiscal de la sociedad tiene conocimiento de que algún administrador está participando o participó en un acto u operación en el cual potencialmente pueda existir conflicto de intereses o que pueda implicar competencia con la sociedad, sin autorización de la junta de socios o la asamblea general de accionistas, según el caso, deberá advertirlo, por escrito, al máximo órgano social y al representante legal, en los términos del numeral 2 del artículo 207 del Código de Comercio.

PARÁGRAFO 2°. Las operaciones autorizadas bajo este procedimiento, así como las que se vayan a someter a consideración del máximo órgano social deberán informarse adicionalmente como lo disponen los artículos 29 y 47, numeral 3° de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 446, numeral 3° del Código de Comercio, según resulten aplicables.

PARÁGRAFO 3°. El máximo órgano social podrá impartir autorizaciones generales, al amparo del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, para la celebración de operaciones recurrentes y del giro ordinario durante un determinado ejercicio social, siempre y cuando se señalen con suficiente claridad y precisión los actos o contratos que quedarán comprendidos por la referida autorización general, incluida su naturaleza, partes y temporalidad. En caso de que los actos en conflicto de intereses o competencia sean contrarios a los mejores intereses de la sociedad, no se considerarán amparados por la mencionada autorización general.

En estos casos, los administradores deberán llevar un registro fidedigno de las operaciones que se celebren al amparo de la autorización general, con el

propósito de presentarlo ante los asociados durante la siguiente reunión ordinaria del máximo órgano social, de conformidad con los artículos 29 y 47, numeral 3º de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 446, numeral 3 del Código de Comercio, según resulten aplicables.”

Con base en la norma citada, se procede a resolver sus inquietudes en el mismo orden propuesto:

“1. La acción social de responsabilidad de que trata el numeral 8 del artículo 2.2.2.3.4 del Decreto 1074 de 2015, sustituido por el artículo 1 del Decreto 0046 de 2024, se puede iniciar en cualquier momento o cuándo no se ha cumplido con lo autorizado por la asamblea.”

La Ley 222 de 1995 establece:

“Artículo 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

- 1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.*
- 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.*
- 3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.*
- 4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.*
- 5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.*
- 6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.*
- 7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.*

En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.

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

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

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

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

De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

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

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

Artículo 25. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD. La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social.

La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador.

Sin embargo, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos.

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros.”

De acuerdo con la norma transcrita es claro que la acción social de responsabilidad procede una vez haya sido adoptada la decisión por parte de la asamblea general accionistas o de la junta de socios. Transcurridos tres (3) meses de la adopción de la decisión sin que se haya iniciado la acción, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los asociados en interés de la sociedad.

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

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

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

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

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

(...)

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

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

"3. Este numeral aplica para conductas cometidas por el administrador posteriores a la expedición del Decreto 0046 de 2024 o también puede ser para las anteriores?"

La pregunta formulada se relaciona con un principio de derecho que se concreta en la irretroactividad de la ley, cuyo fundamento es el de la necesidad de dar estabilidad al ordenamiento jurídico. Al respecto, "En general -escribe Valencia Zea-, el efecto retroactivo está prohibido por razones de orden público. Las personas tienen confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas. Además, especialmente cuando se trata de la reglamentación de toda una institución jurídica, existe verdadera imposibilidad para regular el efecto retroactivo".¹

En este sentido, la Sentencia C-619 de 2001 de la Corte Constitucional, que trata de los efectos de la ley en el tiempo y de la irretroactividad, señala lo siguiente: "(...) *En relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia*".

En cuanto a los efectos de la ley sobre situaciones jurídicas en curso, la referida sentencia acota lo siguiente: "(...) *Cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua (...)*".

En relación con el tránsito de legislación, la misma sentencia afirma lo siguiente:

"(...) Las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata.

La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos.

(...) En relación con los efectos del tránsito de legislación procesal, el legislador puede adoptar una fórmula diferente a la del efecto general inmediato y prescribir para algunas situaciones especiales la aplicación ultra activa de la ley antigua a todos los procesos en curso, pues, salvo los límites ninguna disposición superior se lo impide. El legislador puede determinar el momento hasta el cual va a producir efectos una disposición legal antigua, a pesar de haber proferido otra nueva que regula de manera diferente la misma materia. La aplicación ultra activa, tiene fundamento constitucional en la cláusula general de competencia del legislador para mantener la legislación, modificarla o subrogarla por los motivos de conveniencia que estime razonables. A pesar de lo anterior, la competencia aludida del legislador no puede ejercerse desconociendo las normas superiores relativas a los derechos a la igualdad y al debido proceso, pues ellos en sí mismos constituyen límites generales a la libertad de configuración legislativa (...)".

En relación con el punto objeto de análisis en el que se plantea la aplicación del numeral 8 del artículo 2.2.2.3.4 del Decreto 1074 de 2015 frente a conductas cometidas por el administrador con posterioridad o con anterioridad a la expedición del Decreto 0046 de 2024, es necesario tener en cuenta que este Decreto fue promulgado el 30 de enero de 2024 y que en su artículo 2 se expresa: "El presente Decreto rige a partir de su publicación en el Diario Oficial (...)"; por lo anterior, la aplicabilidad del numeral 8 del artículo 2.2.2.3.4 del Decreto 1074 de 2015 debe tenerse a partir del 30 de enero de 2024 fecha de la publicación del Decreto en el Diario Oficial No. 52.654.

Lo anterior sin perjuicio de la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

"4. Cuál es el procedimiento para que el asociado inicie esta acción?"

En lo que corresponde a los mecanismos para hacer efectiva la acción social de responsabilidad se advierte que conforme al artículo 24 del Código General del Proceso, esta Superintendencia está investida de facultades jurisdiccionales en materia de conflictos societarios dentro de las cuales podría invocarse la acción social de responsabilidad contra los administradores, mediante un proceso verbal, para lo cual la sociedad como demandante y sujeto activo de las pretensiones, debe actuar por conducto de abogado quien directamente debe presentar la demanda ante la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de esta Entidad. En los casos en los que la acción social de responsabilidad se inicie por alguno de los asociados en interés de la sociedad, deberá igualmente actuar por conducto de abogado quien directamente debe presentar la demanda ante la Delegatura mencionada.

Para el efecto, es recomendable consultar la página de la Superintendencia de Sociedades en la dirección www.supersociedades.gov.co y particularmente el subsitio de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, donde se encuentran, entre otros, modelos de poderes, de demandas, jurisprudencia y la Guía de Litigio Societario.

"5. Si a lo que se refiere este numeral es a la acción de responsabilidad de los administradores, es necesario realizar la inscripción en el registro mercantil? De ser así, la inscripción debe ser previa a la acción? Y cómo se realiza la inscripción en el registro mercantil?, es decir, bastaría con un documento de asociado indicándole a la Cámara de Comercio su decisión de iniciar la acción?"

La normatividad actual no dispone la inscripción de la remoción del administrador como requisito de procedibilidad para iniciar la acción social de responsabilidad.

"6. Si a lo que se refiere este numeral es a la acción de responsabilidad de los administradores, solo se puede iniciar por perjuicios sufridos por la sociedad o también por los perjuicios de terceros?"

Reiterando las reglas de interpretación de la ley establecidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, citadas en la respuesta a su segundo interrogante, es preciso indicar que tal como lo señala el numeral 8 del artículo 2.2.2.3.4 del Decreto 1074 de 2015, la acción se promoverá para **"que se resarzan a la compañía los perjuicios sufridos por ésta como consecuencia de la conducta de los administradores"**. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros, de conformidad con el último inciso del artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

En los anteriores términos se ha atendido su inquietud, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que en la Página WEB de ésta entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, así como el aplicativo Tesoro donde podrá consultar la doctrina jurídica y la jurisprudencia mercantil de la Entidad.