



VIGILADA MINEDUCACIÓN Res. 12220 de 2016

**LA APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR DE HECHO EN LAS
SOCIEDADES REGULADAS POR EL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO**

NATALIA JARAMILLO CARDONA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL
SANTIAGO DE CALI, 2020

**LA APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR DE HECHO EN LAS
SOCIEDADES REGULADAS POR EL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO**

NATALIA JARAMILLO CARDONA

FRANCESCO ZAPPALA SASTOQUE

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL
SANTIAGO DE CALI, 2020

ARTICULO 23 de la Resolución No. 13 del 6 de Julio de 1946, del Reglamento de la Pontificia Universidad Javeriana.

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de Tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y la moral católica y porque las Tesis no contengan ataques o polémicas puramente personales; antes bien, se vea en ellas el anhelo de buscar la Verdad y la Justicia”.



Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales

Dirección de Posgrados

Maestría en Derecho Empresarial

Síntesis Proyecto de Tesis de Grado

Nombre Estudiante	Natalia Jaramillo Cardona
Tema	La aplicación de la figura del administrador de hecho en las sociedades reguladas por el Código de Comercio colombiano.
Planteamiento Epistemológico	Vacío legal de la figura del administrador de hecho en las sociedades reguladas por el Código de Comercio colombiano Vs. Consagración legal de la figura del administrador de hecho en las sociedades reguladas por el Código de Comercio colombiano.
Pregunta Problema	¿Es necesaria la consagración legal de la figura de los administradores de hecho en las sociedades reguladas por el Código de Comercio?
Subpreguntas	<ol style="list-style-type: none">1. ¿Cuál es la noción de administrador en las sociedades reguladas por el Código de Comercio colombiano?2. ¿Qué se entiende por administrador de hecho bajo una aproximación en derecho comparado?3. ¿Cuál ha sido el desarrollo de la figura del administrador de hecho en Colombia y los intentos de una implementación de la figura en las sociedades reguladas por el Código de Comercio colombiano?
Director de Tesis	Francesco Zappala Sastoque

Tabla de Contenido

INTRODUCCION	1
LA FIGURA DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES REGULADAS POR EL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO.....	3
1. La noción de administrador en el Código de Comercio colombiano	3
2. La relación jurídica entre el administrador y la sociedad	6
LOS ADMINISTRADORES DE HECHO DE ACUERDO CON EL ORDENAMIENTO JURIDICO DE INGLATERRA, ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA.....	12
1. Aproximación a la figura del administrador de hecho en el derecho societario inglés 12	
2. Aproximación a la figura del administrador de hecho en el derecho societario norteamericano.....	15
3. Aproximación de la figura del administrador de hecho en el derecho societario español.....	19
4. Modalidades de administradores de hecho de acuerdo a la doctrina	23
4.1. El administrador cesante y el administrador que ocupa el cargo, pero con un nombramiento viciado de nulidad:	23
4.2. Socio único y socio mayoritario:.....	24
4.3. Administrador notorio y administrador oculto:.....	26
4.4. El administrador dentro de una situación de control:	27
4.5. El apoderado:.....	28
LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR DE HECHO EN EL RÉGIMEN SOCIETARIO COLOMBIANO	30
1. La figura de los administradores de hecho en la sociedad por acciones simplificada – SAS- en Colombia	30
2. La figura del administrador de hecho en el derecho penal colombiano:.....	34
3. Intentos de una regulación de la figura del administrador de hecho en las sociedades reguladas por el Código de Comercio:	36
4. Tesis sobre la viabilidad de implementar la figura de los administradores de hecho en las sociedades reguladas por el Código de Comercio colombiano, con ocasión del vacío legal existente en dicha normatividad.	37
4.1. Tesis sobre la interpretación extensiva del artículo 22 de la Ley 222 de 1995:....	37
4.2. Tesis sobre la analogía del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008:	41
4.3. Tesis sobre la teoría de la apariencia:.....	47
CONSIDERACIONES FINALES.....	54
REFERENCIAS.....	57

INTRODUCCIÓN

La frecuente injerencia de sujetos que sin ser nombrados como administradores realizan actos de administración, dirección y gestión en las sociedades reguladas por el Código de Comercio, (entiéndase por ello, todos los tipos societarios a excepción de la sociedad por acciones simplificada regulada por la Ley 1258 de 2008), y que en muchos casos actúan en detrimento de la sociedad, sus asociados y terceros, piénsese por ejemplo en aquel socio único o mayoritario, el asesor de junta directiva, o un administrador en situación de control o grupo empresarial; ha abierto el debate sobre la necesidad de consagrar legalmente la figura del administrador de hecho en estos tipos societarios, para lograr hacer extensivo el régimen de responsabilidad de los administradores, a quienes sin serlo formalmente, actúan como tal.

El trabajo de grado “La aplicación de la figura del administrador de hecho en las sociedades reguladas por el Código de Comercio colombiano”, tiene como objeto responder al cuestionamiento respecto de establecer la necesidad de consagrar legalmente la figura del administrador de hecho en las sociedades reguladas por el Código de Comercio colombiano.

Resulta importante responder a dicho cuestionamiento, teniendo en cuenta que a la fecha no existe consagración normativa que regule la figura en este tipo de sociedades, y tampoco sanción bien sea por vía administrativa o en sede jurisdiccional, a aquellos administradores de hecho que fungen en este tipo de sociedades; contrario a lo que sucede con las sociedades por acciones simplificadas, donde ya por lo menos en dos oportunidades, como se verá más adelante, se ha sancionado al respecto; situación que hace nugatorio el derecho de quienes se han visto afectados por tales sujetos, de aplicar las acciones correspondientes en contra de estas en estos tipos societarios.

Para el efecto, se pretende realizar un estudio previo de la figura del administrador que actualmente rige en las sociedades del Código de Comercio y la relación jurídica existente entre el administrador y estos tipos societarios.

Una vez comprendida a grandes rasgos la figura tradicional del administrador en los modelos societarios regulados por el Código de Comercio, se definirá la figura del administrador de hecho desde una aproximación en derecho comparado, concretamente desde el derecho inglés, norteamericano y español, y una breve explicación de los tipos de administradores de hecho que se pueden presentar comúnmente dentro del ámbito societario.

Luego, se hará una exposición de la figura del administrador de hecho y su aplicación en la sociedad por acciones simplificada, así como una mención de los intentos fallidos de la consagración legal de la figura en las sociedades tradicionales del Código de Comercio que hasta la fecha se han realizado en Colombia, se presentaran las tesis que se han desarrollado en el ámbito doctrinal en torno a establecer la viabilidad de implementar la figura del administrador de hecho en el Código de Comercio en respuesta al vacío legal existente en dicha normatividad, para finalizar con una propuesta de normatividad como producto del análisis y los resultados arrojados en la presente investigación.

Como conclusión, se expondrán las consideraciones finales que se tienen respecto de la necesidad de legislar sobre el asunto en vista del vacío jurídico existente, con el fin de responder a la pregunta problema planteada en el presente trabajo de grado.

CAPITULO PRIMERO

LA FIGURA DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES REGULADAS POR EL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO

Con el ánimo de estudiarla necesidad de consagrar legalmente la figura del administrador de hecho en las sociedades reguladas por el Código de Comercio colombiano, es pertinente en primera instancia realizar un estudio previo de la concepción tradicional que se tiene de los administradores en este tipo de sociedades, para luego exponer las diferentes tesis discutidas respecto de la relación jurídica existente entre la persona jurídica de la sociedad y los administradores; a fin de comprender a quienes les aplica actualmente el régimen de deberes y responsabilidades dispuesto para las sociedades reguladas por el Código de Comercio y la razón por la cual, actualmente la figura no es usada en estos modelos societarios.

1. La noción de administrador en el Código de Comercio colombiano

En términos generales y según Narváez (1996), el administrador de una sociedad es aquella persona bien sea natural o jurídica que realiza funciones como la de ordenar, controlar, disponer, adquirir derechos y contraer obligaciones a nombre de la sociedad.

En tratándose del régimen societario colombiano, la Ley 222 de 1995 contenida en el Código de Comercio colombiano, se encarga de establecer todo un estatuto más o menos sistematizado dispuesto a regular los principios generales de la conducta, los deberes legales específicos, las responsabilidades por los perjuicios causados derivados de sus actuaciones, y las acciones judiciales bien sea individuales o sociales de que disponen los perjudicados por los actos realizados por los administradores (Reyes Villamizar, 2014).

Sin embargo, no existe normatividad alguna que de manera expresa defina la figura del administrador. Tampoco prevé la ley mercantil de forma explícita y generalizada las funciones que corresponden a un administrador, en razón a que de acuerdo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C -384 de 2008, ellas dependen de la naturaleza del objeto social y de lo que prevean los estatutos al respecto.

Pese a ello, el artículo 22 de la mencionada Ley¹ si permite establecer quienes dentro del ordenamiento jurídico pueden reconocerse como administradores de una sociedad en Colombia, a partir de las funciones mismas que ejercen dentro del órgano social al que pertenecen, enunciando que podrían serlo el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejercen o detentan esas funciones.

Es por ello que en el Código de Comercio colombiano, “se reconoce el status de administrador a cualquier persona que ostente uno de los distintos cargos que la norma enuncia, a los cuales corresponden funciones de dirección, manejo y control, o a quienes se encuentren facultados para desempeñar conforme a los estatutos sociales” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2011, párr. 1); entendiéndose entonces como administrador, aquel funcionario“ que conforme a la ley y los estatutos debidamente inscritos, ejercen funciones de administración” (Gil Echeverry, 2015, p. 177).

Destaca Hernández (2012), que tradicionalmente tanto en las normas como en la doctrina, se ha diferenciado dos tipos de administradores: el administrado de derecho y el administrador de hecho. El primero, es aquel que ha sido nombrado por el órgano social competente, mediante una decisión válidamente adoptada, razón por la cual el agente jurídico necesariamente debe examinar que el sujeto a quien se pretende aplicar el régimen de responsabilidad ha sido válidamente nombrado

¹Artículo 22 de la Ley 222 de 1995. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.

como administrador. Siguiendo con esa línea, según González (2018), los sujetos indicados en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 conformarían entonces el denominado grupo de administradores de derecho, ya que cumplen los requisitos formales para adquirir tal calidad, como lo es, ser nombrados por el organismo competente o haberse realizado la designación de funciones a través de los estatutos, aceptar el cargo por el sujeto nombrado y realizar la respectiva inscripción en el registro público mercantil.

Con la incorporación del artículo 22 de la Ley 222 de 1995 en la ley comercial, se implementó en el ordenamiento jurídico colombiano un sistema claramente formalista para la calificación de una persona como administrador (Hernández, 2012). Por ello, si se estudiara el ordenamiento jurídico colombiano únicamente a la luz del mencionado artículo, es evidente que la responsabilidad de los administradores bajo un criterio subjetivo recaería en los administradores de derecho (Hernández, 2012), esto es, únicamente en aquellos que han sido nombrados formalmente como tal, de acuerdo a la normatividad aplicable en la materia. “De suerte que, en el libro segundo del Código de Comercio colombiano y su modificación de 1995, de manera expresa, solamente se consideró al denominado administrador de derecho” (Gil Echeverry, 2015, p. 177).

En contraposición a la anterior figura, respecto del administrador de hecho, afirma García Rivero (2017) que “[...] no solo carece de esas facultades definitorias e inherentes al cargo, sino que también carece de esos requisitos formales, bien porque nunca se han cumplido de inicio (nunca ha sido designado) o bien porque se hayan perdido de forma sobrevenida (por ejemplo, cese o cargo caducado)” (p. 14).

Por ello, destaca Gil Echeverry (2015) que el administrador de hecho es aquella figura que surge de los hechos mismos, esto es, del actuar positivo y eficiente en actos de gestión y administración, pero sin tener la condición legal y estatutaria de un administrador formal, resultando determinante el “inmiscuirse” en una actividad positiva de gestión; figura esta que fue incorporada

normativamente en Colombia por primera vez con la creación de la sociedad por acciones simplificada, a través de la promulgación de la Ley 1258 de 2008, y que más adelante se estudiará.

2. La relación jurídica entre el administrador y la sociedad

Es diversa la doctrina que se ha desarrollado en torno a definir la naturaleza jurídica de la figura de los administradores societarios en Colombia y específicamente de qué manera estos se encuentran jurídicamente relacionados con la sociedad.

Dentro de las corrientes clásicas ampliamente tratadas se encuentra la denominada contractualista, por virtud de la cual, según Martínez Neira (2014), el administrador se encuentra vinculado con la persona jurídica por medio de un contrato de mandato, convirtiéndose este en un mandatario de la sociedad cuyo objeto es esencialmente la gestión de los bienes y negocios de la compañía.

Bajo esta teoría, Sánchez (2007) afirma que “la relación entre el administrador y la sociedad se encuentra apoyada sobre un “negocio jurídico bilateral de carácter contractual”, formado por el cruce de declaraciones de voluntad que se produce en virtud de: el nombramiento por parte de la Junta General, y la aceptación por parte del administrador.” (Sabogal, 2010, p. 127); y en el mismo sentido, autores como Ripert y Roblot (1993), sostienen dentro de esta concepción, que “los administradores son gestores de intereses ajenos encargados de cumplir la voluntad de los socios, y su marco de acción está condicionado por la delegación de facultades que éstos le hagan.” (Sabogal, 2010, p. 128).

Sin embargo, sostiene Fré (1938), que la principal crítica formulada a esta teoría es que “la figura del administrador dentro de una sociedad es de carácter esencial; por ello, si se aceptara la idea de que el administrador se vincula por un contrato de mandato (negocio jurídico esencialmente revocable), tendría que reconocerse asimismo la posibilidad de que en caso de revocarse tal mandato, la sociedad podría actuar sin administrador, lo cual es inadmisibles por la naturaleza

jurídica misma de la sociedad, toda vez que esta requiere necesariamente de la actuación de una persona física para poder llevar a cabo su actividad económica” (Sabogal, 2010, p. 128).

Por otro lado, y con ocasión de la crítica a la teoría contractualista, surge la teoría organicista. “Conforme con esta visión, que en sus orígenes equiparaba la sociedad con la persona física, los “órganos” y “sociedad” son una unidad necesaria, lo que conduce a apreciar a la persona física (administrador) como una parte inescindible de esa persona jurídica por la cual actúa” (Sabogal, 2010, p. 128); negándose con ello, la existencia de un contrato de mandato entre el administrador y la persona jurídica.

Así, autores como Betti citado por Juan María Farina (1989), refiriéndose a esta corriente, destaca que el administrador “carece, en cuanto tal, de individualidad jurídica propia y distinta de la persona de la cual es órgano; forma un todo inescindible con esta persona y los actos del órgano son referidos a la persona jurídica como propios de esta.” (Reyes Villamizar, 2014, pp. 562 - 563). Según “Hinestrosa (2008), en la representación orgánica realmente no se presenta una real representación, ya que la sociedad únicamente extiende su expresión de voluntad por intermedio de un representante, quien no es más que un órgano de administración de dicho ente.” (González Benjumea, 2018, p. 30).

En ese mismo sentido, considera “Cárdenas Mejía (2007), que la representación propia de las personas jurídicas, derivada de su naturaleza específica, es algo distinto de la representación ordinaria. La persona jurídica tiene un ser propio, que de más está anotar, demanda la presencia y el concurso de individuos por medio de los cuales actúa, que son los llamados “órganos”, medios o instrumentos indispensables al efecto, fenómeno este ciertamente distinto de la representación.” (González Benjumea, 2018, p.30).

Se ha dicho incluso, que la corriente deriva de la concepción que se tiene de la sociedad como una institución. “Un sector importante de la doctrina, en el cual sobresale Hauriou, afirma que la

sociedad anónima es una institución, entre otras razones por tener semejanzas importantes con el Estado al copiar su forma, pues se trata de una democracia perfecta en la cual el órgano supremo es la asamblea general de accionistas, ello por detentar la soberanía y el poder primario al interior del ente social” (Córdoba, 2000, p. 170).

Encontramos entonces que prácticamente existen los mismos poderes al interior de la sociedad anónima y al interior del Estado: un legislativo y un ejecutivo independiente en la sociedad anónima pues se sienta el principio de que la asamblea no puede revocar libremente a los administradores que gobiernan, pues estos no son representantes sino un órgano que merece toda la autonomía que tiene el poder ejecutivo según el derecho público (Córdoba, 2000, p. 170).

Es esta también la tesis defendida por Reyes Villamizar (2014), quien afirma en su obra que:

El régimen legal de los administradores de sociedades en los sistemas jurídicos de origen romano-germánico solía tener como punto de referencia la teoría de la representación. De conformidad con este concepto, los administradores ocupaban la posición de un representante de la persona jurídica-sociedad y, en esa calidad, se consideraban facultados para cumplir ciertos deberes legales y estatutarios. La concepción contemporánea apunta hacia la denominada teoría organicista, por virtud de la cual, la gestión social se cumple con funcionarios a quienes la ley y el contrato les concede la facultad de administrar la sociedad dentro de su objeto social y conforme a la competencia otorgada al órgano. (p. 563).

Respecto de las críticas hechas a esta teoría, afirma Sabogal (2010), que la principal de ellas cuestiona que “el hecho de que una sociedad actúe a través de sus órganos no explica suficientemente la relación jurídica que gobierna la posición del administrador frente a la sociedad

ni frente a terceros, y esto principalmente porque el administrador “persona física”, por el mero hecho de pertenecer al órgano de administración, no pierde su personalidad jurídica” (p.129).

Se puede entrever que en tratándose de la relación jurídica y vínculo entre administrador y sociedad, de acuerdo con Sabogal (2010), “se encuentran disimiles posturas que consideran al mismo como una relación regida bajo los parámetros del mandato, y otra que la considera un eslabón dentro de la estructura de la sociedad.” (González Benjumea, 2018, p. 37),

Existen doctrinarios que incluso prefieren adoptar una postura ecléctica, la cual defiende que “si bien entre el órgano de administración y la sociedad hay una relación orgánica, el vínculo que une al administrador con la sociedad se encuentra “también” gobernado por un contrato que algunos llaman de “especial de administración”, y otros simplemente, de “mandato” (Sabogal, 2010, pp. 129-130).

Por su parte, la Superintendencia de Sociedades de Colombia (2004), ha dejado entrever que se acoge a la tesis orgánica al sostener que “el representante legal es la persona que de conformidad con las disposiciones legales y estatutarias pertinentes ejerce la representación inherente a las personas jurídicas societarias, que por disposición expresa de claras reglas de derecho imponen su existencia como órgano de gestión, lo cual entre otras implica que sea fundamental, inseparable, indelegable y de la esencia misma de la persona jurídica” (p. 1).

Sea una u otra la tesis a adoptar, lo cierto es que bajo la teoría orgánica no podría explicarse la relación jurídica que se daría entre la sociedad y un sujeto, cuando este sin ser nombrado formalmente como administrador, realiza funciones de dirección y/o administración en una sociedad, pues bajo dicha teoría, aquel sujeto que se inmiscuye y realiza funciones de dirección y administración, no podría considerarse de ninguna manera como un verdadero administrador, ya que al no ser nombrado formalmente como uno de los administradores prescritos taxativamente en

el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, no se concebiría como un órgano de administración de la sociedad, y por ende, tampoco podría aplicársele el régimen de responsabilidades.

El inciso primero del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, es claro en establecer que los administradores están llamados a actuar bajo una serie de deberes en el cumplimiento de sus obligaciones en todo momento, tanto en sus acciones como en sus omisiones. Destaca Gil Echeverry (2015) que “la obligación de obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, está presente de manera permanente en todas sus actuaciones y omisiones, de manera que no existe acto, contrato u operación relacionada con la gestión administrativa que escape al rasero de dichos principios” (p. 47).

Tales deberes que permean el actuar de los administradores, se constituyen a su vez como criterios concluyentes para determinar la responsabilidad de estos, pues no es suficiente con examinar si la actuación u omisión que se dice constituyó violación de la ley o los estatutos, sino determinar si la acción u omisión del administrador se desarrolló bajo los principios de lealtad, buena fe y diligencia de un buen hombre de negocios (Gil Echeverry, 2015).

Pero ¿qué ocurre cuando de manera permanente quien realiza las gestiones de dirección y administración es un sujeto que como se mencionó anteriormente, no ha sido nombrado formalmente como administrador, y que aprovechándose de tal situación además actúa en detrimento de las sociedades, los asociados y/o los terceros, al no estar obligados a cumplir tan estrictos deberes?

En virtud del ya mencionado artículo, se puede concluir en principio que el Código de Comercio colombiano ha adoptado un régimen formalista para las sociedades reguladas bajo esta normatividad, que reconoce únicamente como administradores a aquellos enunciados en la citada ley, los cuales deben ser nombrados formalmente, y que de acuerdo a la tesis orgánica, se constituyen como un órgano administrativo inseparable de la persona jurídica de la sociedad. Por

ello, se concluye que quien no se constituye como tal, no puede ser considerado administrador y de ninguna manera sería permitido hacer extensivo el régimen de deberes y responsabilidades propio de tales administradores.

Es bajo el cuestionamiento antes planteado, que cabe analizar la necesidad de consagrar legalmente la figura del administrador de hecho para todas las sociedades reguladas por el Código de Comercio. Por esto, con el ánimo de comprender la figura, en el próximo capítulo se realizará un estudio desde una aproximación en derecho comparado de países con gran trayectoria en el uso de la misma, lo que permitirá entender la noción, bajo qué parámetros sería posible aplicarla y en qué casos se presentaría comúnmente en el ámbito societario.

CAPITULO SEGUNDO

LOS ADMINISTRADORES DE HECHO DE ACUERDO CON EL ORDENAMIENTO JURIDICO DE INGLATERRA, ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA

Habiéndose realizado una aproximación a la figura del administrador en las sociedades del Código de Comercio colombiano, es pertinente realizar un estudio de la figura del administrador de hecho en Inglaterra, Estados Unidos y España; y en qué casos se podría presentar comúnmente la figura en el ámbito societario, para comprender posteriormente la manera cómo esta podría implementarse en las sociedades reguladas por el Código de Comercio del país.

Sostiene Vivante (1932), que cada vez que se revisa un Código de Comercio, se permea en él una profunda corriente de derecho extranjero, mostrando un progreso hacia un derecho uniforme; por lo que se hace útil el conocimiento de las normas extranjeras, más aun cuando “la idea del administrador de hecho es un concepto generalizado y en exceso amplio, razón por la cual se hace necesario precisar o delimitar el contenido de esta institución, con el fin de que pueda ser efectivamente aplicable en Colombia” (Hernández, 2012, p.244).

1. Aproximación a la figura del administrador de hecho en el derecho societario inglés

La sección 250 del Companies Act 2006 (CA)² que rige la normatividad societaria inglesa, define el administrador como cualquier persona que ocupa la posición de director, sin importar como es nombrado. “Esto es para asegurar que las obligaciones y potenciales responsabilidades no se evadan simplemente por el hecho de no registrarse como un director de la compañía” (Institute of Directors, 2019, párr.1), lo que deja entrever que en dicho país, no se acoge la teoría organicista y

²Companies Act 2006 s.250:“Director”: In the Companies Acts “director” includes any person occupying the position of director, by whatever name called.

que además acepta la figura del administrador de hecho, al reconocer que director es cualquier persona que asume esta posición, sin importar si este es registrado o no como tal.

Acorde con lo anterior, es preciso mencionar el reconocido caso *Re Hydrodan (Corby) Ltd.* BCC. 1994³, en el que el juez designado Millet, hace una extensa explicación de la figura del administrador de derecho (de jure director), el administrador de hecho (de facto director), y el administrador en la sombra (shadow director), para determinar si dos directores de una matriz son realmente administradores en la sombra de su subsidiaria, ejerciendo actos ilegales en esta última. En dicho precedente, el juez inglés definió los diferentes tipos de administradores, así:

Un de jure director era aquel que había sido nombrado como tal por la sociedad; un de facto director era una persona que asumía actuar como director, siendo presentado por la compañía como tal y reclamando y pretendiendo ser un director, aunque nunca fuese válidamente nombrado como tal; y un shadow director era el sujeto que no reclamando ser director, ni presentándose como tal, actuaba a la sombra de los de iure y facto director (Pino, Armero y Cubillos, 2010, p.16)

Profundizando en el concepto de administrador de hecho, se puede afirmar que “el *de facto director*, es alguien que actúa como director, pero no ha sido formalmente nombrado como tal. El asunto se determina sobre una base objetiva e independientemente de la motivación o creencia que tenga la persona de su rol” (Icaew, sf, párr.3). Así las cosas, si se considerara que una persona es un director de facto, deberá entonces cumplir con las obligaciones fiduciarias y las obligaciones

³El caso trata sobre la liquidación de la sociedad Hydrodan Corby Ltda, filial perteneciente en su totalidad a la sociedad Landsaver MCP Ltd, filial perteneciente a la sociedad Midland City Partnerships Ltd; esta última filial de la sociedad Eagle Trust PLC, un conglomerado de televisión, cuyos dos directores eran acusados por el liquidador de la sociedad Hydrodan Corby Ltda., como administradores en la sombra de esta sociedad, responsables de una serie de operaciones ilícitas en dicha compañía.

impuestas por los estatutos; esto se debe a que los directores de facto entran en la definición general de director de acuerdo a lo dispuesto por la sección 250 CA. (Janina Blossfeldt, 2015).

“No siempre es claro determinar si una persona funge como director de facto en una compañía, sin embargo, en el caso de *SmithtonLtd v Naggar y otros. (2014)*⁴, se sostuvo que uno de los factores clave para determinar si alguien era un director de facto era si esa persona era parte del sistema de gobierno corporativo de la empresa y si asumió el estado y la función de un director para hacerse responsable como si fuera un director. El juez dio más orientación sobre el asunto, así:

1. No es un factor relevante el nombre del cargo de la persona que está actuando como director. El Tribunal también deberá analizar lo que realmente hizo el director.
2. No es una defensa demostrar que el director, de buena fe, pensó que no estaba actuando como director.
3. Cualquier acto realizado por el director debe considerarse en el contexto relevante.
4. Un factor relevante será si la compañía consideró al individuo como un director y lo mantuvo como tal, y si terceros consideraron al individuo como un director.
5. El hecho de que se consulte a una persona sobre las decisiones de dirección, o se busque su aprobación en tales decisiones, en general no la convierte en directora porque no está tomando la decisión” (Janina Blossfeldt, 2015).

Dentro de la doctrina inglesa se ha indicado otros factores relevantes para determinar si se está en presencia de un administrador de hecho: “Se debe determinar si existen otras personas actuando como directores, establecer si el individuo se ha desempeñado como director, incluido el uso del

⁴El demandante ('Hobart') interpuso una acción en contra del Señor. Naggar, para recuperar las pérdidas en que incurrió su sociedad (Dawnay Day International Ltd), como consecuencia de las distintas transacciones con clientes introducidos por el Sr. Naggar. El demandante alegó haber sufrido un daño sobre la base de que, si bien el Sr. Naggar no era uno de los directores debidamente designados por la sociedad, era un director de hecho o en la sombra, infringiendo con sus reiteradas actuaciones la sección 190 de la CA 2006.

título de "director" en las comunicaciones, o si la empresa o terceros lo han considerado director, reconocer si el individuo es parte de la estructura de gobierno corporativo, y determinar en qué capacidad estaba actuando el individuo”(Icaew, sf, párr.4).

En concordancia con lo anterior, “los actos de un director de facto pueden incluir aceptar la responsabilidad de los asuntos financieros de la empresa, actuar como firmante exclusivo de la cuenta bancaria de la empresa, negociar con terceros en nombre de la junta, realizar reclutamiento y designación de puestos de alta dirección” (Icaew, sf, párr.5).

Además de ello, según lo concluido por el juez Millet, en el caso Hydrodan (Corby) Ltd.BCC (1994):

Para determinar si una persona actúa como administrador de facto, debe probarse que esta ha asumido en relación con la compañía funciones que solo pueden ser ejercidas apropiadamente por una persona en calidad de director. Por ello, no es suficiente con determinar que se ha estado preocupado por la administración, o que asumió unas cuantas tareas de la administración o negocios de la compañía, sino que tales funciones únicamente pueden ser ejercidas por un administrador de derecho.

2. Aproximación a la figura del administrador de hecho en el derecho societario norteamericano

Respecto del derecho societario norteamericano, si bien su ordenamiento jurídico contempla la figura de los administradores de iure, esto es, los nombrados o designados conforme los estatutos sociales, y existe por supuesto como bien afirma Reyes Villamizar (2013a), una junta directiva designada ya sea por el mecanismo del coeficiente electoral o en algunos casos por voto mayoritario, además de cumplir en términos generales con el deber de administrar y determinar

las directrices económicas y las políticas generales de la sociedad; no existe normatividad específica que haga mención expresa de las funciones del director de una sociedad.

De acuerdo a Reyes Villamizar (2013a)

“[...] a diferencia del sistema que suele prevalecer en los países latinoamericanos, no existe una determinación legal de las funciones de representación legal de la sociedad, ni del funcionario que las detenta. Bajo las diversas legislaciones estatales, se diferencian las nociones de objeto social (purpose clause) y atribuciones de la compañía (powers). Por ello es por lo que, en ocasiones, resulta difícil determinar quien ostenta la representación legal de la sociedad y puede, por tanto, comprometerla en sus relaciones frente a terceros” (p. 169).

La anterior apreciación, da cuenta de la clara aplicación de la figura del administrador de hecho en el sistema jurídico norteamericano, ya que al no existir normativa o estatutariamente definición expresa de las funciones que debe llevar a cabo el representante legal, ni que órgano puede ejercerlas, -como si se daría en el caso de una legislación basada en la teoría organicista-, cualquier persona sin tener que ser formalmente nombrada y posesionada, puede ejercer fácilmente funciones de administración de la compañía y confundirse con un administrador de derecho (Reyes Villamizar, 2010), tal como ocurre por ejemplo, de manera recurrente con los accionistas mayoritarios.

Respecto de estos, “el derecho norteamericano, tal como suele ocurrir en materia del régimen societario, fue uno de los primeros en referirse al problema de los abusos de mayoría en sociedades cerradas” (Reyes Villamizar, 2010, p. 231). De acuerdo a este autor (2013b):

“La jurisprudencia del common law introdujo reglas de derecho, hoy suficientemente decantadas, que permiten extenderles los deberes fiduciarios de los administradores a personas que no tengan formalmente el carácter de tales. Estos

desarrollos jurisprudenciales, aplicables en el contexto de sociedades comerciales de capitales cerradas (closely held corporations), han tenido significativa influencia en otros sistemas jurídicos. En alguna medida, estas sentencias judiciales se relacionan con el concepto del administrador de hecho debido a que permiten imponerles sanciones a ciertos individuos, aunque no detenten cargos de administración de la sociedad” (p. 170).

Dentro de los antecedentes que han sido precedente en la materia en el sistema jurídico norteamericano, el profesor Reyes Villamizar, cita el reconocido caso de Donahue contra Rodd Electrotype Co, resuelto por la Corte Suprema del Estado de Massachussets, en virtud del cual la demandante Euphemia Donahue, siendo accionista minoritaria de la sociedad Rodd Electrotype, demandó a la compañía, sus administradores y accionistas mayoritarios alegando un tratamiento injustificado del que había sido víctima por un proceso de requisición de acciones, alegando una evidente violación a los deberes fiduciarios de los accionistas mayoritarios en dicho actuar.

“En este caso el Tribunal concluyó que los accionistas mayoritarios de Rodd Electrotype Co. habían omitido el cumplimiento de sus deberes fiduciarios e incurrido en una conducta abusiva, al negarle a la señora Donahue la oportunidad de venderle sus acciones a la sociedad en las mismas condiciones en que lo había hecho el accionista mayoritario”. (Reyes Villamizar, 2010, p. 234).

Este antecedente judicial como muchos otros que han sentado precedente en el sistema norteamericano da cuenta de la posición asumida por la jurisprudencia de ese país, de extender el régimen de deberes fiduciarios propio de los administradores a los accionistas mayoritarios, cuando estos actúan en detrimento de las minorías (Reyes Villamizar, 2010).

Igualmente, casos como el de Lee vs. Jenkins Brother en Estados Unidos⁵, desarrolla las figuras del administrador aparente y el administrador real en el sistema jurídico norteamericano, dando cuenta de la teoría de la apariencia como criterio para inferir la presencia de un administrador de hecho.

Sostiene el Tribunal Federal de Apelaciones para el Segundo Circuito (1959) en dicho caso que la apariencia es una cuestión de hecho, ya que esta depende de distintos factores como lo es la naturaleza del contrato, las circunstancias que dan nacimiento al contrato, la razonabilidad del contrato, de quién es la parte contratante, de la manera habitual de administrar la compañía, entre otros aspectos.

La administración aparente, “es la facultad de gestión que un individuo asume ante terceros y que se deriva de las apariencias que la sociedad ha creado respecto de la aptitud para actuar de un determinado funcionario. Se trata pues de una actitud del individuo y de la misma sociedad que hace pensar a los terceros que la persona tiene capacidad para obligar a la compañía” (Reyes Villamizar, 2013a, p. 169).

En tratándose de dicha teoría, que al igual que en Estados Unidos, se ha desarrollado ampliamente en Colombia y sobre la cual existe una norma vigente que la regula, a través del artículo 842⁶ del Código de Comercio, afirma González (2018) que “en relación con el administrador de hecho, la teoría de la apariencia emana buscando hacer responsable a dicho administrador de hecho como si

⁵En este caso, Lee (demandante), presentó una demanda contra la compañía Jenkins Brothers (demandada), para hacer cumplir un acuerdo en el que Yardley, en aquel entonces actuando en calidad de presidente y accionista de la sociedad, le prometió de manera verbal otorgarle una pensión vitalicia si laboraba para la empresa, la cual nunca le fue entregada. En la apelación presentada por el demandante ante el Tribunal Federal de Apelaciones, se analizó si efectivamente el señor Yardley al momento de ofrecer la pensión, actuó en virtud de una representación aparente y por tanto obligó a la sociedad en los términos del acuerdo.

⁶ Artículo 842 del Código de Comercio: Quien dé motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa”

realmente fuese un administrador de derecho, en aras de que responda por los perjuicios causados, probando su calidad mediante las evidencias de las actuaciones por él realizadas” (p. 89).

3. Aproximación de la figura del administrador de hecho en el derecho societario español

Destaca Gil (2015) que contrario a lo ocurrido en otros países donde no existe siquiera dentro de la legislación la mención de la expresión “administrador de hecho”; en la legislación española la expresión si se incorporó en la norma, tal como ocurrió con el artículo 133 de la Ley sobre Sociedad Anónima española, reformada por la Ley 23 de 2003⁷; y así mismo, en el ámbito penal a través de la Ley Orgánica 10 de 1995, en virtud de la cual se tipificaron ciertos delitos cuyo sujeto activo, entre otros, era el administrador de hecho; evidenciando con ello, la tendencia del derecho español a endurecer el régimen de responsabilidad de los administradores, comenzando para ello por ampliar los sujetos a los que podía exigírseles esa responsabilidad (García Rivero, 2017).

No obstante lo anterior, si bien la expresión es mencionada en la ley penal⁸ y “en el aspecto societario, la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (esta por remisión expresa a aquella) determinaban la responsabilidad del administrador de hecho;

⁷Artículo 133 de la Ley sobre Sociedad Anónima española: “el que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a esta la condición de administrador”.

⁸ La Ley Orgánica 10 de 1995 española, tipifica los siguientes delitos societarios cuyo sujeto activo es entre otros, el administrador de hecho: arts. 290, 293 y 295. Sin embargo, en ningún artículo mencionado se define la noción de administrador de hecho. Únicamente en el artículo 30 de la misma normatividad se delimita, cuando se genera responsabilidad, al disponer que “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

lo cierto es que ni la una ni la otra, describían en modo alguno la propia figura del administrador de hecho” (García Rivero, 2017, p. 6).

De acuerdo a Martínez (2011) citado por González Benjumea (2018), no existía en derecho societario español norma alguna que definiera la figura, sino únicamente las referidas normas y un extenso análisis jurisprudencial y doctrinario sobre la noción de la figura tanto en derecho penal como en derecho mercantil, en la que paulatinamente ambas ramas del derecho fueron unificando conceptos⁹.

Al respecto, afirma Astarloa (2011), que las diferencias conceptuales entre ambas ramas, en cuanto a que debía interpretarse como administrador de hecho se han superado, y que tanto en derecho societario como en derecho penal se puede acudir a los mismos elementos diferenciadores que en definitiva son los que deben tener en cuenta los tribunales a la hora de determinar tanto la responsabilidad civil, como la responsabilidad penal de los administradores de hecho.

Posteriormente, y aun cuando jurisprudencialmente había consenso respecto de la definición de administrador de hecho, el ordenamiento jurídico español, vio la necesidad de consagrar

⁹De acuerdo a Astarloa (2011) “es la Sentencia de la Sección Primera de la Sala Segunda de 25 de junio de 2010 la que trata de dar respuesta completa a las distintas dudas que puedan haber existido sobre la figura del administrador de hecho” (p. 63). En virtud de dicha sentencia, sostiene el autor (2011) que “en primer lugar se refiere a aquellos que habiendo ostentado formalmente el cargo, son privados de este por nulidad de la designación o finalización del mandato si, de hecho, sigue ejerciendo las mismas atribuciones. Y de otro lado, pasando desde el ya conocido concepto restringido al más amplio, pueden ser tenidos por administradores de hecho los que actúan como tales, sin previo nombramiento o designación, «si su actuación como tales administradores, además, se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo” (p. 65). Respecto de la jurisprudencia en materia civil, destaca Astarloa (2011), entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Cuarta, núm. 312/2011, de 6 de julio (JUR 2011/319319), posterior a la proferida por la Sala Segunda Penal, en virtud de la cual, se indican las notas definitorias del administrador de hecho: (a) elemento esencial es la autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que esa persona, al margen de un nombramiento formal o regular, está ejercitando en la práctica cotidiana las funciones del poder efectivo de gestión, administración y gobierno de que se trate, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y por tanto, como expresión de la voluntad social; (b) la habitualidad en el ejercicio de tales funciones, permanencia o continuidad que excluyen una intervención puntual en la gestión de la sociedad; y (c) cierta calidad en el ejercicio de dichas funciones, con exclusión de este concepto a aquellos cuya actuación se quede en la esfera previa a la decisión, lo que no es sino consecuencia del requisito de la autonomía de decisión.

legalmente la noción de administrador de hecho en la legislación, basándose en la extensa jurisprudencia que había al respecto.

Sobre el particular, según García Rivero (2017), tuvo que ser la Ley 31 de 2014¹⁰, la que finalmente introdujo el concepto de administrador de hecho, reuniendo en una sola norma las características que la jurisprudencia de ese país venía atribuyendo al administrador de hecho, al que a grandes rasgos definió como aquella persona que ejerce poderes de decisión de la sociedad y en realidad manda en la empresa, aunque sea otra persona quien formalmente ostente el cargo de administrador.

Sostiene García Rivero (2017) que la circunstancia de no tener una definición de la figura del administrador de hecho en la normatividad impedía una aplicación analógica del término incluso para otros ámbitos jurisdiccionales dentro del ordenamiento jurídico. Por ello, resalta el mismo autor que “la importancia de la Ley 31/2014, en su modificación de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), radica en la unificación del criterio definitorio, su elevación a categoría normativa, plasmándose en el artículo 236 de la LSC, que equipara la responsabilidad de los administradores de hecho y la responsabilidad de los administradores de derecho, elevándolas al mismo nivel de exigencia”. (Pp.7-8).

En derecho español, para determinar la existencia de un administrador de hecho, “se requiere realizar una integración de los elementos facticos acaecidos por sujetos a los que puede imputársele tal calificación (actos positivos de gestión administrativa), y la relevancia jurídica que estos representan, en el reconocimiento por el derecho positivo”. (Díaz Echegaray, 2006, p. 242). La doctrina española justifica la existencia del administrador de hecho en las sociedades mercantiles

¹⁰ Art. 236.3 LSC “La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeña sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”.

por la aparición de la “difusión del poder de empresa”, en la cual “[...] la dirección social no se ejerce por quien se presenta externamente como tal, sino a través de quien ostenta el poder real de control de la sociedad” (Giraldo, 2002, p. 179).

Así mismo, y como ya se mencionó, la jurisprudencia española ha desarrollado el concepto legal de administrador de hecho, en torno a los siguientes elementos:

1. La autonomía: Este elemento supone una ausencia de subordinación a un órgano jerárquico superior dentro de la administración de la sociedad.
2. La habitualidad: El segundo elemento, la habitualidad, exige una regularidad en el ejercicio de las funciones, que se debe desarrollar de forma continuada y sistemática, lo que impide considerar como tales las actuaciones puntuales.
3. La calidad en el ejercicio de las funciones: la repercusión de su actividad en el marco de las facultades atribuidas al administrador de la sociedad, sin perjuicio de las consecuencias que dicha actividad pueda suponer para la mercantil” (García Rivero, 2017, pp. 15-16).

“Actualmente el tema ha trascendido del derecho societario en sentido estricto y hoy España regula la figura, igualmente en materia tributaria (art. 43.1 de la Ley General Tributaria 58 de 2001) y de manera especial, en materia concursal (artículo 48.3 de la Ley Concursal 12 de 2003).

Del desarrollo del presente capítulo se puede inferir respecto de la figura del administrador de hecho en los países del sistema anglosajón estudiados, que “encontramos varias definiciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia; sin embargo, no existe una definición legal de la figura en el sistema anglosajón, concretamente en los ordenamientos americano e inglés, entendidos como fuente de donde proviene esta figura”. (Pino *et al.*, 2010, pp. 13-14)

Por otra parte, concretamente respecto del sistema anglosajón norteamericano, debe aclararse que aunque dicho ordenamiento constituye un antecedente respecto de la Ley SAS, lo cierto es que en

este sistema donde existe un heterogéneo derecho societario, ya que cambia de acuerdo la regulación de cada Estado, no existe un desarrollo legislativo ni jurisprudencial tan extenso como ocurre en Inglaterra, donde en la década de los ochenta y con la antigua Ley de Sociedades, ya se distinguía entre un de facto director y un shadow director. (Pino *et al.*, 2010).

Finalmente, en tratándose del ordenamiento jurídico español, luego de un análisis jurisprudencial tanto de la rama penal como de la civil, se concluye que este ha sido el único de los tres países estudiados que se ha preocupado por consagrar legalmente la noción de administrador de hecho, probablemente por el tipo de sistema jurídico que posee; para que la figura pueda ser aplicada de manera uniforme en todos los ámbitos del derecho y el juez pueda definir la responsabilidad de un administrador de hecho no solo en materia societaria, sino en otras ramas del derecho como la penal.

Así mismo, se concluye que aun cuando algunos países han establecido la noción del administrador de hecho, y otros no; lo cierto es que todos los ordenamientos jurídicos estudiados convergen en que para establecer la presencia de un administrador de hecho en una sociedad, se debe realizar un exhaustivo estudio factico de cada caso en particular.

4. Modalidades de administradores de hecho de acuerdo a la doctrina

Al respecto, la doctrina ha destacado algunas modalidades o indicios en los que comúnmente se puede evidenciar la presencia de esta figura, para efectos de aplicar el régimen de responsabilidad de los administradores y sancionar su conducta, dentro de los cuales se indican los siguientes:

4.1.El administrador cesante y el administrador que ocupa el cargo, pero con un nombramiento viciado de nulidad:

“En España se considera como administrador cesante, aquel representante legal o miembro del consejo de dirección que habiendo sido debidamente inscrito en el registro mercantil, aunque el periodo para el cual fue nombrado ya venció, sigue actuando como tal” (Gil Echeverry, 2015, p. 195). Según Juste (2000), se trata de un sujeto que ejerce funciones propias de un administrador, sin que dicho desempeño obedezca a un nombramiento vigente y valido para dicho propósito.

“Igualmente, ha distinguido la doctrina al “administrador que ocupa formalmente el cargo, pero cuyo nombramiento está viciado de nulidad por ser defectuoso, con infracción de alguna prohibición o incompatibilidad legal, violando alguna cláusula estatutaria, o que carece de la necesaria publicidad” (González, 2018, p. 70).

Hernández (2012) “acepta la existencia de esta modalidad de administrador. Indica que existe un administrador irregular en los eventos en que el mismo es elegido en reunión que pueda presentar vicios de ineficacia o inoponibilidad, o que, además, encierren una inhabilidad en los sujetos que pretendan ejecutar el cargo, esto a las luces del Código de Comercio colombiano en su artículo 190 y los artículos 13 y 21 de la Ley 222 de 1995” (González, 2018, p. 70).

En el caso colombiano, la situación se presentaría cuando se realiza el nombramiento, pero la correspondiente acta no se inscribe en el registro mercantil, o cuando se presenta un nombramiento irregular del administrador, por ejemplo, cuando se elige al administrador sin realizarse la debida convocatoria al órgano competente para realizar dicho nombramiento, tornando el acto en ineficaz, y estando en esos casos, en presencia en un administrador de hecho (González, 2018).

4.2.Socio único y socio mayoritario:

“En las sociedades de socio único (empresas unipersonales), sociedades por acciones simplificadas y sociedades devenidas en unipersonales), es frecuente encontrar la figura del administrador de hecho, por la injerencia manifiesta y reiterada del constituyente en la gestión y dirección de la

sociedad, pese a haber, supuestamente delegado la administración en un tercero” (Gil Echeverry, 2015, p. 196).

Sobre esta modalidad de administrador de hecho, ha dicho Hernández (2012) se ha pronunciado la jurisprudencia española, por ejemplo, en la sentencia del 24 de septiembre de 2001, donde aplica la doctrina del administrador de hecho:

“[...]al encontrar probado en el expediente que la sociedad Inmobiliaria Mesmon S.A. compró a los miembros de una familia un paquete accionario, dentro del cual se encontraba la totalidad de acciones de la sociedad Ibitrans S.A. En este caso, el Tribunal Supremo evidenció la concurrencia de tres circunstancias a partir de las cuales deduce la existencia de una administración de hecho en cabeza de los nuevos socios, así: i) la existencia de un pacto adquisición de la totalidad de las acciones de Ibitrans S.A. por Inmobiliaria Mesmon S.A., lo que la convierte en socio único; ii) que se puede asumir que el pacto de adquisición se extiende a la remoción de los anteriores administradores, lo que le permitió a la compradora asumir la “gestión” de Ibitrans S.A.; y iii) el hecho de que no se haya designado persona física que asumiese el cargo de administrador. Así las cosas, el Tribunal Supremo consideró a Inmobiliaria Mesmon S.A. como administradora de facto de Ibitrans S.A., argumentando que no resulta posible la existencia de una sociedad anónima sin la de los órganos sociales previstos con carácter imperativo en la ley reguladora de estas” (p.273-274).

Sería apropiado que en Colombia se tenga en cuenta la jurisprudencia antes mencionada del Tribunal Supremo, al entender que, al conformarse la sociedad por un único socio por la compra de un paquete de acciones, en el que se supone la incorporación de un pacto

concertado de remoción de los anteriores administradores, y al no haberse nombrado otra persona que asumiera el cargo de administrador, se debe considerar al socio unipersonal como administrador de hecho (Hernández, 2012).

“En parecidas condiciones se suele acomodar al socio mayoritario que por su poder decisorio, también actúa como si se tratara de un socio único” (Gil, 2015, p. 197).

Sostiene Reyes Villamizar (2010) que en estos casos:

[...] para proteger la posición de los accionistas minoritarios, no es suficiente legislar sobre deberes y responsabilidades de los administradores. En muchos casos, estos funcionarios no son sino un apéndice de los accionistas mayoritarios que los controlan, quienes, bajo las reglas tradicionales de Derecho Societario, quedan indemnes frente a cualquier responsabilidad que pudiera endilgárseles por sus actuaciones, muchas veces opresivas, en contra de los minoritarios. (p. 216-217).

Continuando con esa línea argumentativa, afirma el mismo autor (2010) que “las legislaciones más modernas, desde hace tiempo, han reaccionado ante estas conductas por medio de la extensión a los accionistas mayoritarios de los deberes y responsabilidades inicialmente aplicables, con exclusividad, a los administradores sociales” (p. 217).

4.3. Administrador notorio y administrador oculto:

“En general, la administración de hecho se presenta bajo dos modalidades: aquellos administradores de facto que exteriorizan su situación ante terceros entran en contacto con ellos y celebran todo tipo de actos o contratos (administrador notorio), y los administradores que actúa como tales, exclusivamente al interior de la sociedad y que son conocidos como administradores en la “sombra” (shadow director del derecho anglosajón)” (Gil Echeverry, 2015, p. 197).

En tratándose de los administradores notorios “supone la existencia permanente de administradores que no se encuentran inscritos en el correspondiente registro mercantil, pero que efectivamente obligan a la sociedad; son reconocidos públicamente y generan permanente confianza (González, 2018).

González (2018) considera que este tipo de administrador puede aplicarse plenamente en Colombia, toda vez que su comportamiento encierra confianza en quienes contrata, pues en él, en algunos casos recae toda la experiencia, el reconocimiento y el conocimiento de la actividad mercantil.

“Respecto del administrador en la sombra, este es aquel que realiza los actos de gestión, sin enunciarse externamente como administrador y haciendo lo posible para que dichas gestiones no sean de conocimiento público” (González, 2018, p. 65-66), siendo por ejemplo, este tipo de administrador, aquel asesor de junta directiva que realmente toma decisiones de administración, gestión y control determinantes para la organización. Afirma Gil (2015) al respecto, que en la práctica difícilmente puede ser demandado por terceros pues no solo estos desconocen la situación, sino que además se dificulta la prueba.

4.4.El administrador dentro de una situación de control:

Destaca Gimeno (1999) que “en este tipo de escenarios, usualmente, concurren dos grupos de administradores formales, los de la matriz y los de la subordinada; en estos casos, los administradores de la sociedad dominante dan instrucciones a la filial, quienes tienen dos opciones, acatar las instrucciones o no hacerlo” (Hernández, 2012, p. 267).

De acuerdo a Cubillos (2005) “en esta modalidad de grupo empresarial, la decisión de la matriz puede afectar el desarrollo económico de la subsidiaria, aun sin ser partícipe directo en el control de esta por aquella. Allí se evidencia esta modalidad” (González, 2018, p. 72).

4.5.El apoderado:

En tratándose de los apoderados, es preciso indicar que se debe realizar un estricto análisis de los supuestos facticos en aras de evitar una indebida interpretación que conlleve a la equiparación permanente y exagerada del apoderado con el administrador (González, 2018), pues no en todos los casos, todo apoderado será un administrador de hecho.

A respecto ha dicho la jurisprudencia española en sentencia del 14 de marzo de 2007 del STS que por amplias que sean las facultades conferidas a los mandatarios, si actúan como auténticos mandatarios siguiendo las instrucciones de los administradores legalmente designados, no pueden ser calificados como administradores de hecho (Tribunal Supremo de España, 2007), por lo que habría que realizarse el análisis de otros supuestos de hecho y características para determinar la presencia de dicha figura en este caso, ya que no todo mandatario per se, puede denominarse administrador de hecho.

En el mismo sentido lo considera la Superintendencia de Sociedades de Colombia (2018), al sostener en Oficio en 220-156768, que:

El mandatario se obliga en los términos del contrato de mandato celebrado con la sociedad y de las reglas de obligatorio cumplimiento consagradas en la ley, mas no en los términos de los artículos 23 y 24 de la Ley 222 del 20 de diciembre de 1995, pues mientras no exceda los términos del mandato, no se compromete a nombre propio sino que, se reitera, compromete directamente a la sociedad que le confirió el encargo y, por ende, es esta última quien debe responder ante los socios y terceros por las resultas de la gestión encomendada. En este orden de ideas, a juicio de este Despacho, tampoco puede predicarse que el mandatario que actúe dentro de los términos del

mandato conferido por la sociedad, se convierta en un administrador de hecho, puesto que no se estaría “entrometiendo” o tomando parte en un asunto sin razón o autoridad, sino precisamente en cumplimiento del encargo recibido. (p. 5).

La equiparación del apoderado a la figura del administrador hecho, cabe cuando de las pruebas se puede acreditar un uso fraudulento de dicha facultad de apoderamiento a favor de quien realmente asume la dirección y control de la sociedad con el propósito de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad a personas que son insolventes, pero también en otros casos similares, por ejemplo, como cuando frente al que se presenta como administrador formal sin funciones efectivas, resulta un apoderado como real y efectivo administrador social (Astarloa, 2011).

El estudio del derecho en otros países permite conocer ciertas características, criterio se indicios para establecer más fácilmente cuando se está en presencia de esta figura, y en qué casos podría aplicarse en las actuaciones de aquellas personas que sin ser nombradas como tal, fungen como administradores en las sociedades reguladas por el Código de Comercio colombiano.

Afirma Reyes Villamizar (2013b) que con base en los antecedentes jurisprudenciales tomados del derecho extranjero, dentro de los cuales se encuentra la jurisprudencia del common law, se pudo redactar el texto del párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2012.

En el siguiente capítulo se hará un análisis de la figura del administrador de hecho en la mencionada ley, y los intentos hasta ahora fallidos de implementar la figura en los otros tipos societarios en Colombia, así como la breve explicación de algunas tesis que plantean la viabilidad jurídica de aplicar la figura del administrador de hecho en las sociedades tradicionales reguladas por el Código de Comercio, frente a la ausencia de norma expresa que así la contemple.

CAPITULO TERCERO

LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR DE HECHO EN EL RÉGIMEN SOCIETARIO COLOMBIANO

1. La figura de los administradores de hecho en la sociedad por acciones simplificada – SAS- en Colombia

El legislador colombiano decidió introducir la figura de los administradores de hecho en la sociedad por acciones simplificada, a través del párrafo único del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008¹¹, superándose la discusión sobre la viabilidad jurídica de aplicar el régimen de responsabilidad de los administradores a quienes no son nombrados como tal, por lo menos en este tipo de sociedades.

“La gran novedad que ha supuesto la ley en lo que al desarrollo de la administración se trata, es la consagración de una figura que denominamos la de administrador de hecho también conocido como el de *de facto director*” (Pino *et al.*, 2010, p. 11). De acuerdo con los citados autores, “la redacción de esta norma da un amplio margen de interpretación al operador jurídico, en la medida que el mismo no procura definir el concepto, sino ampliar el espectro de la responsabilidad propia de los administradores a todas aquellas personas que se logren inmiscuir en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad” (Pino *et al.*, 2010, p.11).

Respecto de la incorporación de la figura del administrador de hecho en la sociedad por acciones simplificada, y de acuerdo al estudio de derecho comparado realizado, Pino *et al.*, (2010),

¹¹“Artículo 27. Responsabilidad de administradores. Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere.

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

consideran que ha sido inspirada en la figura del derecho español, “por cuanto efectivamente se trata la figura en el sentido del supuesto de extensión subjetiva de la responsabilidad civil propia del administrador de la sociedad a otros sujetos que se involucran en la administración y especialmente desde la reforma a la Ley de Sociedades española del 2003; resultando así los aportes doctrinales y jurisprudenciales españoles propios para hacer el estudio de lo que nuestra Ley SAS prescribe y entendiéndolos como un punto de referencia”. (Pino *et al.*, 2010, p. 15)

En palabras de Quintero (2003):

Se considera necesario resaltar que la visión del administrador de hecho incorporada en la Ley 1258 de 2008 es de carácter amplio, esto es, que no se debe interpretar como la simple delimitación negativa del administrador de derecho, sino que recoge las diferentes tendencias doctrinales y jurisprudenciales en torno a un concepto genérico de responsabilidad societaria, esto es, que se tendrá como administrador de hecho a todo aquel que de facto ejerce las funciones o realiza los actos propios del desempeño de dicho cargo sin tener formalizado su nombramiento conforme a las disposiciones legales (Hernández, 2012, p.248).

En ese mismo sentido lo considera la Superintendencia de Sociedades de Colombia, quien en sentencia de Sebastián Agustín Martínez Arango contra María Carolina Martínez Flórez de fecha 26 de marzo de 2019¹², dispone que en tratándose de la sociedad por acciones simplificada:

¹²En la demanda presentada ante el Despacho se afirmó que María Carolina Martínez Flórez revistió la calidad de administradora de hecho de Rafael Martínez S.A.S. y que en esa condición infringió las reglas que componen el régimen de deberes a cargo de los administradores sociales, aduciéndose que la señora Martínez Flórez se inmiscuyó en actividades positivas de gestión en los términos del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008. La Superintendencia de Sociedades determinó que María Carolina Martínez Flórez, efectivamente actuó en calidad de administradora de hecho de Rafael Martínez S.A.S., por considerar que ante la muerte del representante legal principal de la sociedad y la falta de un suplente, la señora realizó de facto, actuaciones positivas de administración y gestión propias de un administrador social. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades determinó que “En verdad, sin revestir la condición de administradora formal de Rafael Martínez S.A.S., ni reportar ninguna otra calidad distinta a la de accionista de la compañía (vid. Folio 26), la señora Martínez Flórez asumió el principal negocio de explotación de la sociedad, vale decir, el arrendamiento de sus apartamentos. Dicha actividad, por supuesto, se encuentra prevista dentro del objeto social, de acuerdo con la información consignada en el registro mercantil. La demandada, igualmente,

Como es evidente, en Colombia la figura se encuentra regulada de forma amplia, de manera que recoge genéricamente las diferentes tendencias antes mencionadas. De ahí que, a partir de los elementos de juicio disponibles para cada caso, corresponderá al juez definir, dentro de un amplio margen de discreción, si debe endilgársele a determinado sujeto la responsabilidad propia de un administrador. El análisis respectivo encontrará sus límites, en todo caso, en la verificación de una verdadera intromisión en actividades positivas de gestión, administración o dirección de la sociedad (p.6).

“La figura del administrador de hecho se introdujo en la Ley 1258 de 2008, debido a la circunstancia frecuente en la que individuos ajenos a la administración de la sociedad, amparados en la indemnidad que les da su carácter de ‘no administradores’, pueden controlar la administración de la sociedad y, en no pocas ocasiones, causarle perjuicios a esta, a los asociados y a terceros”. (Reyes Villamizar, 2010, p. 238). “Se propone entonces, la consagración formal de la figura del administrador de hecho, precisamente para que el modelo legal no se agote en la exigencia de deberes y responsabilidades a sujetos que desde el punto de vista sustancial ejercen la administración de las sociedades a pesar de no figurar como tales según la ley y los estatutos sociales” (Gil Echeverry, 2015, pp. 179-180).

Destaca Gil Echeverry (2015) que:

En Colombia es frecuente que en los grupos empresariales de familia, el cabeza de grupo y generalmente fundador, haya delegado la administración y representación de la sociedad en sus herederos o funcionarios de confianza y, más sin embargo, a

reconoció realizar actuaciones orientadas a la conservación de los bienes sociales, y ha estado al frente de trámites relacionados con el pago de impuestos y servicios públicos”.

través de protocolos de familia, por razones de continuar siendo socio mayoritario, directamente o por intermedio de su familia, o simplemente por el control de la mayoría de votos, a la “sombra”, continua dirigiendo la suerte de las empresas, dando instrucciones y órdenes a sus administradores de derecho (p. 198).

Como el caso antes mencionado, también podría presentarse cualquiera de las modalidades o indicios descritos en el capítulo anterior. Sin embargo, de acuerdo a Reyes Villamizar (2010):

No toda actividad desplegada por terceros no administradores puede dar lugar a la declaratoria de administrador de hecho (...). Debe tratarse, por tanto, de actos que han de trascender esas funciones legítimas para asumir un carácter de verdadera intromisión en los asuntos de la sociedad. El ‘control de los hilos’ de la administración, que se cumple tras bambalinas, pero que implica una pérdida en la autonomía de gestión de los representantes legales y miembros de junta directiva, es la conducta que puede configurar al administrador de hecho. Debe entonces distinguirse, con suficiente cuidado y según las circunstancias de cada caso, el ejercicio de facultades legítimamente atribuidas a determinados sujetos, de los verdaderos actos positivos de gestión administrativa de una compañía” (pp. 238 - 239).

Conforme a ello, resulta importante resaltar que la Superintendencia de Sociedades de Colombia (2019), en virtud de la precitada sentencia, hace alusión a los criterios de valoración judicial, sobre los cuales puede apoyarse el juez para determinar la presencia o no, de un administrador de hecho. “Entre tales criterios, pueden encontrarse los siguientes: (i) dirigir las actuaciones de los demás administradores, (ii) obligar a la compañía a asumir obligaciones cuantiosas, (iii) ser reconocido explícitamente por la sociedad como administrador, (iv) presentarse ante terceros como director y (v) adoptar decisiones trascendentales para el funcionamiento de la compañía. Cuando confluyan

algunas de estas situaciones, existirán fuertes indicios de que una persona ha ejercido, de facto, funciones inherentes al cargo de administrador” (p.7).

En síntesis, de acuerdo a la sentencia citada, “la labor de identificación de un administrador de hecho debe partir, como ya se dijo, de la verificación de los dos supuestos generales que trae el párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, esto es, que se trate de un sujeto que no detenta formalmente la calidad de administrador social en los términos del artículo 22 de la Ley 222 de 1995, pero se inmiscuye en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad”. (Superintendencia de Sociedades de Colombia, 2019, p. 9).

Si bien como se acaba de explicar, la Ley 222 de 1995 reguló en detalle los deberes fiduciarios de los administradores, no existía en Colombia el concepto de administrador de facto. Con la incorporación de la figura en la sociedad por acciones simplificada, se permitió aplicar el régimen de responsabilidades y concretamente el estándar de conducta a los accionistas de una SAS, a pesar de no participar de modo directo en la administración de la compañía. El párrafo del artículo 27 de la Ley SAS se reguló de manera expresa la figura, mediante una consagración legal general que le otorga al juez societario una amplia discrecionalidad para definir cuándo se está en presencia de esta figura (Reyes Villamizar, 2010).

2. La figura del administrador de hecho en el derecho penal colombiano:

En el ámbito penal se encuentra igualmente una norma específica que menciona la figura del administrador de hecho en el delito tipificado como conducta de la administración desleal, regulado en el artículo 17 de la Ley 1474¹³ de 2011, siendo esta la única normatividad que regula el asunto desde esta rama del derecho (González Benjumea, 2018).

¹³Artículo 17 de la Ley 1474 de 2011: Administrador desleal. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 250B, el cual quedará así: El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un terceo, con abuso de las funciones propias de su cargo,

De la lectura del artículo, se puede inferir que el sujeto activo del tipo penal, bien puede ser un administrador de derecho, un administrador de hecho, un socio de una sociedad ya constituida o incluso en formación, un director, un empleado o asesor, que de manera fraudulenta con abuso de las funciones propias de su cargo, dispone de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de esta, causando un perjuicio económico a los socios.

Sobre el particular, como se estudió en el capítulo anterior, se ha discutido doctrinariamente, *verbi gratia* en el caso español, la necesidad de tener un concepto unificado de administrador de derecho que permee todo el sistema jurídico en sus diferentes ramas del derecho y que al aplicarse a la hora de sancionar ya sea penalmente o en materia societaria, el juez se guie por una única noción.

En el caso de España, por ejemplo, “el administrador de hecho de una sociedad mercantil puede tener responsabilidad civil administrativa y hasta penal, y así se ha ocupado de determinarlo expresamente el legislador español; y pese a que durante muchos años, le correspondió a los jueces definir qué ha de entenderse por tal, y “han tenido que ser los tribunales penales y civiles, los que, partiendo además de posiciones divergentes, han acabado coincidiendo en sus elementos definidores” (Astarloa, 2011, p.1); actualmente, España cuenta con una consagración legal que no solo menciona, sino que define el concepto de administrador de hecho en dicho ordenamiento jurídico.

En el caso colombiano, a falta de una definición propia de la figura del administrador de hecho en el régimen penal, cabe analizar si el juez debe remitirse al régimen mercantil, en aras de delimitar claramente el sujeto activo del delito. Sería materia de discusión determinar si es suficiente la mención que se hace de dicha figura en el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, o se requiere de una

disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de está causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en prisión de cuatro a ocho años y multa de diez hasta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

definición más precisa, para endilgar la responsabilidad penal de un administrador de dicha calidad, teniendo en cuenta además el estricto principio de legalidad que permea el derecho penal. Sobre el asunto, Gil Echeverry (2015) deja entrever su posición al respecto, al señalar que “todo administrador de hecho en materia penal, también lo será para efectos mercantiles. No faltaba más; si se prueba la realidad de los acontecido en las relaciones negociables, el juez o arbitro, sin más, no puede ignorar dichos hechos plenamente acreditados y sus consecuentes efectos jurídicos” (p. 177).

3. Intentos de una regulación de la figura del administrador de hecho en las sociedades reguladas por el Código de Comercio:

En tratándose de las sociedades del Código de Comercio, que como reiteradas veces se ha sostenido, a la fecha no cuentan dentro de su regulación con una mención y regulación expresa de la figura aquí estudiada, es menester mencionar que el Proyecto de Ley 070 de 2015 de autoría del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por virtud del cual se pretendía realizar una reforma estructural al régimen societario colombiano por iniciativa de la Superintendencia de Sociedades de Colombia, incluyó dentro de su propuesta normativa un artículo que mencionaba de manera expresa la figura de los administradores de hecho, proponiendo el siguiente artículo dentro del capítulo II sobre responsabilidad de los administradores:

“Artículo 13. Administradores de hecho. Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a aquellos, conforme a la ley”.

Bajo la inclusión del anterior artículo se pretendía entonces aplicar la figura del administrador de hecho en los demás tipos societarios del Código de Comercio, para que este no se limitara

únicamente en su aplicación a la sociedad por acciones simplificada, apuntando los cambios propuestos a realizar un viraje hacia un criterio funcional de la responsabilidad de los administradores, esto es, aplicar el régimen especial de estos, no a quien fuese administrador, sino a quien realmente administrara (Borda & Montoya, 2016).

No obstante lo anterior, el Proyecto de Ley 070 de 2015 fue archivado sin superar todos los debates y trámites legislativos en el Congreso de la República, ocurriendo similar situación con el Proyecto de Ley 02 de 2017, en cuya propuesta, entre otras modificaciones, se planteaba exactamente el mismo texto puesto a consideración en el Proyecto de Ley 070 de 2015, sobre los administradores de hecho.

En comunicado de fecha abril de 2019, la Superintendencia de Sociedades de Colombia indicó que presentaría de nuevo un proyecto de reforma legislativa al régimen de sociedades e insolvencia, en el que se incluiría nuevamente un acápite destinado a modificarla figura de los administradores, su régimen aplicable y demás temas afines.

4. Tesis sobre la viabilidad de implementar la figura de los administradores de hecho en las sociedades reguladas por el Código de Comercio colombiano, con ocasión del vacío legal existente en dicha normatividad.

Frente a la necesidad que se tiene de que al igual que en la sociedad por acciones simplificada, la figura del administrador de hecho sea aplicada a los demás tipos societarios, se han desarrollado una serie de tesis que defienden el uso de dicha figura, en respuesta al vacío jurídico existente.

4.1. Tesis sobre la interpretación extensiva del artículo 22 de la Ley 222 de 1995:

Como ya se ha expuesto anteriormente, el régimen societario colombiano en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, establece bajo una teoría organicista, quienes pueden ser considerados administradores en los tipos societarios regulados por el Código de Comercio colombiano. No

obstante, el artículo también contempla otro tipo de administrador, específicamente en su parte última, llamado en el campo doctrinario como administrador estatutario, que en virtud de dicha norma, es aquel que de acuerdo a los estatutos ejerce o detenta funciones de administración. No se trata lógicamente de quienes por virtud de la ley forman parte de un órgano, sino que su cargo es de creación estatutaria. (Gil Echeverry, 2015).

La tesis planteada por algunos doctrinarios defiende una interpretación extensiva del mencionado artículo, afirmándose que al considerarse director a cualquier sujeto que con arreglo a los estatutos desarrolle las funciones de gestión, puede suponerse de esta forma que de lo que se trata aquí es de la figura del administrador de hecho (Pino *et al.*, 2010).

Recuérdese que el artículo en mención únicamente hace alusión a que podrían ser también administradores, quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten las funciones administrativas ahí consignadas, sin que para ello, se exija ningún otro requisito adicional o formal, como por ejemplo, que se deba indicar expresamente en tales estatutos los cargos que detentarían dichas funciones en aras de que la persona sea considerada administrador.

Es por ello que Gil Echeverry (2015), refiriéndose a los administradores estatutarios, considera que aun cuando los estatutos no disponen que quien ostente determinado cargo, asume además funciones de administración, en todo caso, el ejercicio habitual y reiterado de tales funciones, podrían convertir a quien los desarrolla en un verdadero administrador de hecho, y en tal situación, respondería como administrador.

En igual sentido lo contempla Uribe Lozada (2013) al defender una interpretación extensiva de la norma:

[...] en aras de no desconocer la realidad por causa de una norma en cierta medida absurda (pues no es común que los estatutos sociales contemplen tal grado de detalle y establezcan organigramas) y, principalmente de imponer un mayor grado de

profesionalismo al ejercicio de la administración de sociedades, se estima que lo más prudente y lógico es considerar a aquellos sujetos que actúen ejerciendo funciones administrativas, a pesar de no haber sido contemplados expresamente como administradores en los estatutos de una sociedad, sean para todos los efectos legales considerados como tales y se rijan conforme bajo todas las pautas y premisas previstas en el régimen adoptado por la Ley 222 de 1995 (p. 54)

Respecto de una interpretación extensiva, se cuestiona Córdoba Acosta (2014) lo siguiente:

¿El artículo 22 de la Ley 222 de 1995 es una norma taxativa en el sentido de excluir a sujetos diferentes a los nombrados en dicho precepto? o, por el contrario, ¿se trata de una simple enumeración que no excluye la posibilidad de que personas distintas sean sujetos pasivos de los deberes y responsabilidades que se exige a los administradores de las sociedades comerciales?

La duda que se plantea tiene importancia no solo desde el punto de vista teórico sino también en una perspectiva práctica, en razón de que si se afirma que la norma es taxativa se excluye de plano, la posibilidad de predicar los deberes y la responsabilidad respecto de sujetos que en la vida diaria de la sociedad anónima realizan una actividad de administración, así no detenten funciones de representación y no figuren legal y estatutariamente como directores [...] (p. 566).

No obstante lo anterior, Reyes Villamizar (2014) bajo una interpretación reservada y taxativa del artículo, concluye que la mencionada norma, desde el punto de vista positivo, determina los únicos funcionarios a quienes se les aplica el estatuto de los administradores, (y) por exclusión implica también, que quienes no están expresamente definidos como tales, escapan al estricto régimen de deberes y responsabilidades al que están sometidos aquellos” (pp.565-566); lo que negaría claramente la existencia de la figura del administrador de hecho en los tipos societarios regulados

por el Código de Comercio en virtud de dicho artículo, y consecuentemente la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores a aquellos individuos que a pesar de no ocupar cargos bajo nombramientos de administración, cumplen eminentemente funciones administrativas. La Superintendencia de Sociedades de Colombia (2007), en Oficio 220-028413, sostuvo que aquellas personas que por razón de las responsabilidades propias de sus cargos actuaban en nombre de la sociedad, como sucede con los vicepresidentes, subgerentes, gerentes zonales, de mercadeo, financieros, entre otros, quienes podían tener o no la representación de la sociedad en términos estatutarios o legales, podían convertirse en administradores si ejercían funciones administrativas o si las detentaban, de donde resultaba que era administrador quien obraba como tal y también lo era quien estaba investido de facultades administrativas; dejando entrever al menos en dicho concepto, una posición que aceptaría la aplicación de la figura de los administradores de hecho en todos los tipos societarios, bajo la ya mencionada interpretación extensiva, sin que para ello se requiriera necesariamente la enunciación expresa en la ley o los estatutos de que el cargo ostentaba tales facultades administrativas.

Sin embargo, respecto de aquella posición de la entidad, Reyes Villamizar (2010) se manifestó en desacuerdo al considerar que la doctrina de la Superintendencia de Sociedades hacia caso omiso al hecho de que era necesario que las funciones constaran en los estatutos sociales, siendo para el doctrinario esencial que para lograr extender la condición de administrador a otros funcionarios de la compañía, se requiere necesariamente su señalamiento explícito en los estatutos.

En la misma línea argumentativa del profesor Reyes Villamizar, y contrario a lo que en su momento la misma entidad conceptuó en otros pronunciamientos, en Concepto 220-140403, la Superintendencia de Sociedades de Colombia (2012), sostuvo que:

Si el cargo interno no está contemplado en los estatutos de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, sino que se trata de un nombramiento por

ejemplo realizado en una reunión del máximo órgano social, dicho cargo no tiene facultades de administrar la compañía y por ende “la responsabilidad solidaria e ilimitada que el artículo 24 idem presupone respecto de los administradores societarios, únicamente recae sobre quienes efectivamente sean administradores de la compañía(párr. 5).

4.2.Tesis sobre la analogía del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008:

Otra tesis que se ha planteado para encontrar la forma en que sea viable jurídicamente aplicar la figura de los administradores de hecho en las sociedades reguladas por el Código de Comercio frente a la ausencia de norma que así la regule, es aquella que defiende hacer uso de la analogía aplicando el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 de la sociedad por acciones simplificada, a aquellos supuestos que se presenten en los demás tipos societarios, cuando se evidencia la presencia de un administrador de hecho.

Así lo propone Uribe Lozada (2013):

Por último, vale la pena preguntarse si la figura del administrador de hecho que solo está reconocida normativamente en la Ley 1258 de 2008 ¿puede ser igualmente aplicable a otro tipo de sociedades comerciales como aquellas reguladas por el Código de Comercio? Se considera que la respuesta debe ser afirmativa porque por virtud de lo previsto en el artículo primero del Código de Comercio, la ley mercantil (tanto el Código de Comercio, como la Ley 222 de 1995 o la Ley 1258 de 2008 son expresiones de la ley mercantil) puede aplicarse en forma analógica cuando no existan normas que regulen expresamente el caso objeto de estudio y adicionalmente porque la presencia del administrador de hecho es un fenómeno que igualmente se puede presentar en los tipos clásicos societarios lo que implica que

la aplicación de la norma consagrada en la Ley 1258 no vulnera el orden público, sino que por el contrario, se erige en una poderosa herramienta para la efectiva protección de los derechos de terceros(p. 58).

De acuerdo al artículo 8 de la Ley 153 de 1887, cuando no existe ley exactamente aplicable al caso controvertido, se debe aplicar las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Respecto de dicho mecanismo de interpretación se ha sostenido en reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, verbi gratia, en sentencia C- 083 de 1995, que “la analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma”. Por lo anterior, la aplicación analógica, no solo requiere que exista ausencia de la norma en un caso específico, sino que dicha situación no regulada, sea similar a la situación que si lo está, siendo lo único que difiere en ellas, aspectos jurídicamente irrelevantes (Pinilla, 2014).

En ese entendido, es dable precisar que siendo el párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, la norma que se pretende aplicar por analogía, en virtud de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada; esta es indudablemente una sociedad que al igual que los demás tipos societarios regulados por el Código de Comercio, es una persona jurídica con ánimo de lucro, cuyo patrimonio se encuentra destinado al reparto de utilidades.

Así mismo, y más importante aún, que la Ley 1258 de 2008, “no llegó a describir los aspectos sustantivos de la responsabilidad de los administradores, haciéndose apenas una remisión general al régimen contenido en la Ley 222/95” (Pino *et al.*, 2010, p. 24).

Coincide Reyes Villamizar (2010) en que existe una remisión específica en el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, en virtud de la cual, las reglas relativas a la responsabilidad de los administradores

dispuestas en la Ley 222 de 1995, les son aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere. La anterior circunstancia soportaría la tesis de una interpretación analógica, siendo viable en principio aplicar por analogía el artículo 27 de la Ley 1258 de 2012 a las sociedades reguladas por el Código de Comercio, ya que en esencia no existiría una circunstancia jurídicamente relevante que diferenciara los casos en tales modelos societarios, máxime si se tiene en cuenta que como se dijo anteriormente, dichas situaciones se presentarían en entidades, todas estas personas jurídicas con ánimo de lucro, que comparten entre sí el mismo régimen de responsabilidad, y en las que claramente podrían darse situaciones similares en las que se estaría en presencia de un administrador de hecho¹⁴.

Ahora bien, como quiera que admitir la interpretación analógica del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 para que se acepte la figura del administrador de hecho en las sociedades reguladas por el Código de Comercio, implica necesariamente la extensión del régimen sancionatorio y de responsabilidad a este tipo de administradores, sería inevitable tener en cuenta el principio de legalidad y tipicidad de las sanciones debiendo aplicarse el principio de aplicación restrictiva de este tipo de normas.

¹⁴Análisis similar se ha realizado en el trabajo de grado del autor Santiago José Pinilla denominado “El régimen jurídico aplicable a la responsabilidad de los administradores de las corporaciones o asociaciones y fundaciones de derecho privado en Colombia”, en virtud del cual se ha planteado la inquietud de establecer si es viable jurídicamente aplicar por analogía el régimen de responsabilidad contenido en la Ley 222 de 1995 propio de las sociedades comerciales y civiles, a las entidades sin ánimo de lucro, como son las corporaciones, asociaciones y fundaciones; teniendo en cuenta que para el autor, al tratarse de personas jurídicas con o sin ánimo de lucro, en tratándose de la responsabilidad del administrador, la situación de hecho sería la misma y por ende, la consecuencia de derecho también, teniéndose en cuenta además que para el autor no existe una circunstancia relevante que diferencie a la persona jurídica sin ánimo de lucro de las sociedades. En dicha tesis, aunque se reconoce la imposibilidad de aplicar por analogía normas que regulan un régimen sancionatorio, atendiendo al principio de tipicidad legal de las sanciones, defiende el hecho de que el Juez, en un ejercicio de interpretación sistemática podría acudir a principios y valores superiores para dar solución a casos puestos bajo su consideración.

“De conformidad con este principio, la interpretación de las disposiciones de carácter sancionatorio no puede ser amplia, sino restringida a los casos específicamente determinados en la ley y en consecuencia, los supuestos y las penas contenidas en las normas sancionatorias no admiten analogía a casos similares carentes de regulación” (Pinilla, 2014, p.25)

Sostiene el profesor Reyes Villamizar (2014), que “en efecto, por tratarse de normas de carácter restrictivo, es natural que su aplicación no pueda hacerse extensiva por vía analógica a las personas que no están señaladas en forma expresa como sujetos de dicha regulación” (p. 566).

Existe analogía cuando un hecho no contemplado de forma expresa por ninguna norma, se sanciona aplicando una norma que contempla un hecho similar o análogo. Se realiza interpretación extensiva cuando una norma se aplica a un hecho que, a pesar de no parecer contemplado por la letra de esta, encaja en su espíritu y finalidad” (Jalvo, 2006 p. 171).

Como puede evidenciarse, a excepción de Reyes Villamizar, los autores antes citados, “son proclives a pensar que el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 es aplicable a todos los modelos societarios, bien sea por analogía como lo propone Uribe, bien por hermenéutica jurídica como lo propone Córdoba” [...] (González, 2018, p. 84). Sin perjuicio de lo anterior, es claro que frente a la duda y el vacío jurídico existente, el operador jurídico en la práctica no ha aplicado la figura del administrador de hecho en aquellos casos en los que una persona funge como un verdadero administrador en las sociedades tradicionales, quedando la sociedad, los socios y terceros sin protección jurídica alguna.

Prueba de ello, es que a la fecha en por lo menos dos oportunidades la Superintendencia de Sociedades de Colombia ha impuesto dos sanciones, pero únicamente a administradores de hecho que actúan en sociedades por acciones simplificadas; esto en virtud de la ya mencionada Sentencia del 26 de marzo de 2019 (Sebastián Agustín Martínez Arango contra María Carolina Martínez Flórez) y por vía administrativa, a través de la Resolución No. 01311322 del 8 de junio de 2016;

más nunca a administradores de hecho que generen perjuicios dentro de los tipos societarios regulados por el Código de Comercio.

Específicamente hablando de este último caso, por medio del acto administrativo en mención, la entidad resolvió un recurso de reposición contra una multa impuesta a un administrador de hecho de una sociedad por acciones simplificada, con ocasión de una denuncia por actos celebrados en violación de las normas de conflicto de interés por parte dicho sujeto, al suscribir un convenio con una universidad, a pesar de que tuviera vínculos de consanguinidad en primer grado con el rector de esta última.

A raíz de dicha denuncia, la Superintendencia de Sociedades, debió realizar un análisis para establecer la existencia de la situación de conflicto de interés en cabeza del sujeto, siendo la defensa del representante de hecho, el de no ostentar la condición de administrador de la sociedad, alegando por ende, la no aplicación del régimen propio de los administradores de derecho.

Resulta útil analizar por medio de este caso, qué ocurriría si la misma situación fáctica se presentara en un tipo societario regulado por el Código de Comercio, por ejemplo, en una sociedad anónima. En el caso estudiado, se evidencia que entre los accionistas de la sociedad, quien figura de manera formal como representante legal y el que resultare ser el administrador de hecho, se suscribió un acuerdo privado, en virtud del cual, a través de un aparente mandado sin representación, se le encargaron a este último actos que en su esencia constituían verdaderos actos de administración y dirección, poniéndose de presente que dicha persona podía ejercer de manera independiente y sin subordinación, un poder sobre la sociedad, con consentimiento de la representante legal formal y sus accionistas.

En conclusión, para la Superintendencia de Sociedades de Colombia, de acuerdo a la Resolución No. 01311322 de 2016, resultaba claro que si bien el sujeto en cuestión no se encontraba inscrito en el registro mercantil como representante legal de la sociedad, se trataba de un verdadero

administrador de hecho, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008. “En consecuencia, que era su deber adecuar todas sus actuaciones de acuerdo con lo dispuesto en la ley y los estatutos sociales, asumiendo las responsabilidades propias del ejercicio de dicha dignidad, entre las que se encontraba la prohibición de incurrir en conflictos de interés con la sociedad, previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reglamentada por el Decreto 1925 de 2009” (p.21).

Nótese cómo es perfectamente viable que los hechos ocurridos en el caso citado en una sociedad por acciones simplificada pudieran ocurrir de la misma manera, por ejemplo, en una sociedad anónima. De hecho, una de las prácticas que se presenta de manera reiterada en las sociedades anónimas, es precisamente la de actuaciones viciadas bajo un conflicto de interés, las cuales se esconden a través del nombramiento de representantes legales de papel.

Así lo sostiene Vallejo (2019) al afirmar que “...en este escenario, el administrador de hecho despliega todas las prerrogativas de control que provienen de su calidad de accionista mayoritario para negociar y celebrar operaciones con partes vinculadas que se instrumentalizan a través de la firma de un simple representante legal de papel. Usualmente, este tipo de operaciones se realizan por fuera de los parámetros de mercados y buscan beneficiar privadamente, de forma directa o indirecta, al administrador de hecho” (párr.2).

La aplicación de la figura del administrador de hecho es una evidente salida al problema de la práctica de actos viciados por algún tipo de conflicto de interés, ya que el sujeto, al probarse que es un verdadero administrador, así este no sea nombrado formalmente como tal, no puede aprovecharse de dicha situación y actuar en detrimento de los demás. No obstante, al no existir norma que regule la figura del administrador de hecho en las sociedades anónimas y los otros tipos societarios; la sociedad, accionistas y terceros no podrían hacer valer sus derechos frente a la entidad, simplemente por existir un vacío legal al respecto en nuestro actual Código de Comercio.

4.3. Tesis sobre la teoría de la apariencia:

La profesora Bernal Fandiño, citada en Grande Jiménez (2015), define la teoría de la apariencia como:

[...] el cumulo de situaciones fácticas que denotan claramente aquello que no corresponde a la realidad, y que constituyen como fundamentos de derecho subjetivos a favor de aquellos individuos que funden la disposición de su interés o se hayan adecuado en el tráfico jurídico como observancia de la apariencia, siempre y cuando haya actuado la buena fe. (p. 187)

De acuerdo a Hinestrosa (2008), “dentro del marco de la representación, la teoría de la apariencia se construye, al evidenciar, mediante hechos equívocos, que alguien es representante de otro sin serlo, o que siéndolo demuestra atribuciones que no posee, en lo que la doctrina denomina apariencia pura” (González, 2018, p. 87).

En tratándose específicamente del régimen mercantil, el Código de Comercio colombiano estipula en su artículo 842 que quien de motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa.

No es el propósito de este trabajo profundizar en la teoría de la apariencia y del principio de buena fe que se encuentra implícito en ella, pero si es importante destacar que el artículo en mención, bien podría ser un sustento para la jurisprudencia, ya que admitida la representación aparente se llegaría fácilmente a la figura del administrador de hecho (Gil Echeverry, 2015).

Cabe resaltar que “la teoría de la representación aparente no busca establecer una relación de responsabilidad frente al administrador de hecho, sino hacer vinculante y eficaz el contrato celebrado por este, entre la sociedad y el tercero” (Gil Echeverry, 2015, p. 185), así mismo que “la

representación aparente no cobija la situación de administradores de hecho en funciones propias de una junta directiva o de un consejo de administración, pues solo regula problemas de representación” (Gil Echeverry, 2015, p. 184). Es por esto, que no es por esta vía que podría aplicarse el régimen de responsabilidad civil especial propia de los administradores a aquellos que fungen como administradores de hecho. No obstante, es una clara evidencia de la existencia de la figura en el ordenamiento jurídico colombiano por lo menos respecto de los representantes.

Respecto de la mencionada teoría, sostiene Gil Echeverry (2015), que:

En nuestra legislación se han determinado preceptos generales que si bien no conducen directamente a determinar la existencia de un administrador de hecho, si pueden conducir a solucionar el asunto por otras vías diferentes que también pueden generar una indemnización de perjuicios, sin que se obtengan las mismas ventajas que otorga la institución del administrador de hecho, que se rige por los mismo principios del administrador de derecho (p. 184).

Se infiere del presente capítulo que no obstante los esfuerzos que la doctrina ha realizado por plantear soluciones para que no se vean vulnerados los derechos de las sociedades reguladas por el Código de Comercio, los asociados y terceros; lo cierto es que a la fecha no existe aún en el ordenamiento jurídico colombiano norma expresa que adopte la figura de los administradores de hecho en estos modelos societarios, lo que implica que en la práctica la figura no sea aplicada en tales sociedades cuando se presentan abusos, haciendo nugatorio el derecho de quienes se ven afectados por dichos sujetos.

Pese a que ha surgido una tesis de interpretación extensiva del artículo 22 de la Ley 222 de 1995, en virtud de la cual una persona podría ser considerada administrador de hecho, aun cuando los estatutos no dispongan que quien ostente determinado cargo asume tales funciones de administración; el debate no ha superado la esfera del ámbito teórico y la teoría no ha sido acogida,

por lo que a la fecha no existe caso alguno en el que se haya sancionado personas que actúan como administradores aplicándoles el régimen de responsabilidad de los administradores de derecho.

En igual sentido, aunque se ha planteado aplicar la analogía de la Ley 1258 de 2008 en ausencia de norma que regule la materia en el Código de Comercio, esta tesis no ha sido tampoco de recibo, por cuanto se olvida que el hecho de reconocer a una persona como administrador, necesariamente implica que esta sea sujeto pasivo de un régimen sancionatorio, y por lo tanto no sería permitida la analogía.

Frente al anterior panorama, respecto de la pregunta problema planteada, es dable afirmar que si se hace necesario consagrar legalmente la figura del administrador de hecho en las sociedades reguladas por el Código de Comercio, para que de esta forma se permita normativamente la aplicación extensiva del régimen especial de responsabilidad de los administradores a dichas personas que fungen como tal en este tipo de sociedades, lo que permitiría además superar cualquier duda existente respecto de la viabilidad jurídica de extender la figura a los tipos societarios del Código de Comercio.

Se considera al respecto que “permitir una aplicación diferenciada de los criterios de responsabilidad en los diferentes tipos societarios afectaría la equidad y el trato justo y objetivo de las situaciones, pues sancionaría patrimonialmente una conducta en la SAS, pero la permitiría en otro tipo de sociedades, sin que pueda atribuirse a esta una diferencia sustancial que fundamente dicha diferenciación, [...] razón por la cual, [...] es aconsejable que el legislador colombiano se adelante y defina la aplicación de la doctrina del administrador de hecho a todos los tipos societarios en Colombia” (Hernández Martínez, 2012, p.283).

Así mismo, se propone que en un próximo proyecto de ley, si lo hubiere, se atienda al caso español aquí estudiado, para que se defina de manera clara y bajo un criterio unificador qué debe entenderse por administrador de hecho, en aras de que pueda ser aplicada o usada de referencia en otras ramas

del derecho y/o jurisdicciones en cuyas situaciones a regular, se presente la figura del administrador de hecho.

La Superintendencia de Sociedades de Colombia y autores como Reyes Villamizar y Pino *et al*, consideran que la redacción del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, da un amplio margen de interpretación al operador jurídico, en tanto no define el concepto; por lo que podría inferirse que el artículo en mención, brinda una noción que en la doctrina se ha denominado concepto jurídico indeterminado, “es decir, el que se usa en una norma para indicar de manera imprecisa un supuesto de hecho, tal como ocurre con el “interés público”, la “urgencia”, la “protección adecuada”, etc” (Ardila, 2017 p. 160).

Al respecto, Ardila (2017), considera que si bien la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados “permiten abarcar una gran cantidad de situaciones, sin necesidad de determinar claramente sus detalles o en qué consisten [...] (p. 161), “[...] en la práctica, la ausencia de una definición legal se ha utilizado para evadir el régimen de responsabilidad de administradores, así como para interpretaciones confusas”¹⁵ (Ardila, 2017, p. 168).

No puede dejarse de lado el hecho de que al igual que como sucede en el derecho penal, el reconocimiento de un administrador de hecho implica necesariamente un análisis de la responsabilidad civil en que incurriría determinada persona que funge como administrador, por lo cual, dicha determinación se traduciría en la decisión de aplicar o no, el régimen restrictivo de responsabilidad, sobre el cual el operador jurídico debe realizar un minucioso estudio, so pena de

¹⁵A esta conclusión llegó el autor, luego de analizar en su texto, si la utilización en la legislación societaria colombiana del conflicto de intereses como un “concepto jurídico indeterminado” garantiza de mejor manera la gestión de los administradores; concluyendo que el legislador nacional no se preocupó por definir y delimitar el concepto de conflicto de intereses, así como tampoco lo hizo con el concepto de “buen hombre de negocios” (entre otras aristas del régimen de administradores) lo que causa un elevado grado de vaguedad, por lo que su orientación y aplicación práctica en un momento dado corresponde precisar a la jurisprudencia, lo cual merece algunas reservas —y críticas— por su conocida abstracción y generalidad, así como por el riesgo ante la interpretación que antojadizamente pueda darle un operador judicial al conflicto de intereses” (Ardila, 2017, p. 169).

endilgar una consecuencia jurídica a quien no corresponde, tornándose necesario delimitar dicho concepto.

La anterior propuesta, implicaría no trasladar en su tenor literal el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 al Código de Comercio, sino proponer una disposición autónoma que defina claramente la noción de administrador de hecho, sugiriendo lo siguiente dentro del texto:

1. Una mención expresa de que pueden ser administradores de hecho tanto las personas naturales o jurídicas que desempeñan funciones administrativas bien sea sin título, con título nulo, extinguido, o con cualquier otro tipo de título. Esto permitiría abrir ampliamente el abanico de posibilidades donde se presente la figura, incluyendo dentro de esta noción los eventos que se estudiaron en el capítulo segundo, como lo es por ejemplo, el administrador cesante y el que ocupa el cargo pero con un nombramiento viciado de nulidad, el que ostente cualquier otro cargo dentro de la entidad pero que en la práctica este ejerciendo funciones propias de un administrador, el socio único o mayoritario, el administrador de una matriz o de un grupo empresarial y el apoderado, entre otros, sin que la norma sea taxativa, esto es, dejando abierta la posibilidad a cualquier otra circunstancia en la que pueda haber un indicio de la presencia de la figura.
2. Que dichas funciones administrativas puedan ejercerse bien sea de manera notoria u oculta. Esta inclusión en el texto permitiría la aplicación de la figura del administrador en la sombra, noción ampliamente desarrollada en el derecho anglosajón y considerada para muchos, un tipo de administrador de hecho, de esta manera, no existiría duda alguna sobre la aplicación del régimen de responsabilidad a aquellos eventos en los que frente a terceros, el administrador no se presente como tal, y se regularían casos como aquel del asesor de junta directiva que escondiéndose en su rol, toma decisiones de control y gestión determinantes ocasionando perjuicios dentro de una entidad.

3. Que dichas funciones administrativas deban ser realizada con plena autonomía. La mención del criterio de plena autonomía extraído de la jurisprudencia española, permitiría otorgarle un criterio adicional al operador jurídico en aras de determinar la presencia del administrador de hecho en un caso concreto, ya que este en su análisis de la situación deberá determinar si la persona actúa o no, con independencia y en ausencia de subordinación a otro órgano de administración social o administrador de derecho, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como plenamente vinculantes para ella.
4. Que las funciones administrativas sean realmente funciones positivas de gestión, administración o dirección propias de un administrador. Esta frase ya se encuentra incluida en el párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, por lo cual, considero pertinente dejarla en el texto, ya que a partir de este criterio, el juez debería analizar si realmente la persona en su actuar se inmiscuye en verdaderas actuaciones de administración que vinculen y obliguen plenamente a entidad.
5. Suprimir la palabra “sociedad” contenida en el párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 y remplazarla por la de “persona jurídica” para que el artículo pueda ser también aplicable a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, como lo son las corporaciones, asociaciones y fundaciones, en las que eventualmente podría haber presencia de un administrador de hecho. Lo anterior, claro está, si se admitiera la tesis de que a este tipo de entidades también le es aplicable el régimen de responsabilidad regulado por la Ley 222 de 1995.

Como se puede observar, la propuesta contemplaría en general, todas las modalidades o indicios en los que podría presentarse la figura del administrador de hecho aquí estudiadas, se atendería al criterio de autonomía ampliamente desarrollado en la jurisprudencia española, y lo más importante, se pasaría de un criterio de administrador basado en una teoría o criterio meramente

organicista a un criterio funcional, que en la práctica es lo que realmente primaria para efectos de endilgar responsabilidad a un sujeto.

Una delimitación más concreta del concepto de administrador, donde no se restringa del todo el análisis del operador jurídico, pero tampoco se deje dicho análisis bajo un amplio margen de discreción, permitiría aplicar no solo la figura en los tipos societarios ya existentes, sino en aquellos tipos societarios de futura creación, así como en otras ramas del derecho como la penal, en el que se permea el principio de legalidad y tipicidad, o incluso en otro tipo de personas jurídicas, piénsese por ejemplo en las entidades sin ánimo de lucro, permitiendo una aplicación uniforme del concepto y una fácil utilización de la figura.

CONSIDERACIONES FINALES

El objetivo del presente trabajo de grado ha sido responder al interrogatorio tendiente a establecer si es necesaria la consagración legal de la figura del administrador de hecho a los tipos societarios tradicionales del Código de Comercio, teniendo en cuenta que a la fecha no existe norma que regule la figura en estas sociedades. Para el efecto, se plantearon tres subpreguntas, las cuales fueron desarrolladas de la siguiente manera:

En primer lugar, se hizo un estudio de la figura del administrador que actualmente se concibe en el ordenamiento jurídico colombiano y la relación jurídica existente entre la sociedad y el administrador. Posteriormente, se hizo una aproximación a la figura del administrador de hecho en Inglaterra, Estados Unidos y España a través de un estudio de derecho comparado de su ordenamiento jurídico; para finalmente, analizar la figura del administrador de hecho en la sociedad por acciones simplificada, único tipo societario que la contempla actualmente en su normatividad, los intentos fallidos que hasta el momento se han dado en el país, en aras de consagrar jurídicamente la figura del administrador de hecho en los demás modelos societarios, así como las diferentes tesis que en debate doctrinal se han desarrollados para poder aplicar la figura de los administradores de hecho en los demás tipos societarios frente a la ausencia de norma al respecto en el Código de Comercio.

Como consecuencia del desarrollo de las enunciadas subpreguntas se pudo concluir que la normatividad que regula los tipos societarios tradicionales en Colombia, es eminentemente formalista y adopta una tesis organicista respecto de la naturaleza jurídica del administrador, al reconocer únicamente la figura de los administradores de derecho, esto es, aquellos enunciados en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, los cuales deben ser nombrados formalmente y se constituyen como un órgano administrativo inseparable de la persona jurídica de la sociedad.

En tratándose del estudio de derecho comparado, se pudo inferir que los países estudiados en el presente trabajo han adoptado dentro de su ordenamiento jurídico la figura del administrador de hecho; y si bien a diferencia de España, Inglaterra y Estados Unidos no han incorporado en su normatividad la expresión “administradores de hecho”, y por ende tampoco, una definición de la figura; todos convergen en que para establecer la presencia o no de un administrador de hecho en una sociedad, se debe realizar un extenso estudio factico de cada caso en particular, soportándose en la jurisprudencia existente para extraer aquellos comportamientos comunes, indicios y modalidades que definen la presencia de un administrador de hecho.

Respecto de la Ley 1258 de 2008, se pudo concluir que ha sido solo a partir de la promulgación de esta, que se abrió el camino para extender el régimen de los administradores a aquellas personas que sin ser nombradas como tal, asumían dicha posición. Lo anterior, en un intento de importar figuras jurídicas extranjeras a través de un análisis de derecho comparado en aras de modernizar el derecho societario en Colombia; evidenciándose que la Superintendencia de Sociedades del país, ya ha aplicado en ciertas oportunidades la figura de manera exitosa con el fin de resolver conflictos que se suscitan en torno a establecer la responsabilidad de un administrador dentro de este tipo societario, como es el reciente caso de Sebastián Agustín Martínez Arango contra María Carolina Martínez Flórez.

No se entienda la razón por la cual frente a actos similares que bien pueden presentarse tanto en la sociedad por acciones simplificada, como en los demás tipos societarios, no existe la misma normatividad que reconozca la existencia de los administradores de hecho en una sociedad tradicional, y en ese sentido poder aplicar así el régimen de responsabilidades propio de los administradores de derecho.

Al respecto, debe tenerse de presente que” es el actuar del sujeto lo que se considera relevante, no los formalismos los que permiten inferir la aplicación o inaplicación de una sanción. (González,

2018, p. 85), por lo que urge la creación de una norma autónoma y clara que defina la figura del administrador de hecho y que dicha definición sea útil para que en general, el ordenamiento jurídico pueda hacer uso de esta.

Por otro lado, pese a que de manera desafortunada, el Proyecto de Ley 070 de 2015 y el Proyecto de Ley 02 de 2017 fueron archivados, permaneciendo respecto de las sociedades del Código de Comercio el vacío legal, es de resaltar el interés paulatino que algunos congresistas guiados por la Superintendencia de Sociedades han tenido de querer importar figuras aplicadas en derecho comparado para ser incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico colombiano, primero con la incorporación de la figura en la sociedad por acciones simplificada, y luego con los distintos intentos de reforma legislativa al régimen de los administradores de la Ley 222 de 1995; buscando con ello y como finalidad última, una modernización del régimen societario y mayor protección a los socios y a terceros, a través de la regulación de figuras como la del administrador de hecho en las sociedades comerciales.

Finalmente, y respondiendo a la pregunta problema, se concluye que es necesario consagrar legalmente la figura del administrador de hecho en las sociedades tradicionales reguladas por el Código de Comercio, proponiendo un texto que incluye lo aprendido del estudio de derecho comparado, incorporando las modalidades en que la figura del administrador de hecho puede darse, incluyendo el criterio de autonomía en la normatividad, y dejando una redacción tan clara que permita que la noción será igualmente aplicable a otras ramas del derecho en donde se requiera el uso de la figura, para una mayor facilidad en la aplicación y uso de esta misma.

REFERENCIAS

- Arcila Salazar, C. A. (2017). Conflicto de intereses en el contexto societario: regulación colombiana y derecho comparado. *Estudios Socio-Jurídicos*, 19(2), 157-196. doi:<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5245>
- Astarloa, Esteban. (2011) ¿Por fin un concepto unívoco de <<administrador de hecho>> en Derecho penal y Derecho societario? *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, N°. Extra 1, 2011, 60-67. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3813696>
- Borda S, Montoya, S. (2016). *Consideraciones sobre el régimen de responsabilidad de administradores propuesto en el proyecto de ley 70 de 2015*. Recuperado de <http://www.lloredacamacho.com/blog/es/derecho-corporativo/consideraciones-sobre-el-r%C3%A9gimen-de-responsabilidad-de-administradores-propuesto>
- Blossfeldt J. (2015). *Shadow directors and de facto directors - do they owe duties of care?* Recuperado de <https://www.hrlaw.co.uk/site/infobank/infobankarticle/Shadow-directors-and-de-facto-directors-do-they-owe-duties-of>
- Córdoba Acosta P. A. (2014). *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y Administradores*. 1 ed. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Córdoba P. (2000). La autonomía privada, el gobierno societario y el derecho de sociedades. *Revista De Derecho Privado*, (6) 155-182. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/657>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia C – 384. Bogotá D.C. [MP Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C- 083 de 1995. Bogotá D.C, Colombia. [MP Carlos Gaviria Díaz].

- Díaz Echegaray, J. L. (2006) *Deberes y responsabilidades de los administradores de sociedades de capital*, Pamplona, España: Editorial Thompson Arazandi S.A.
- García Rivero J. J. (2017). *El administrador de hecho en el derecho societario: concepto, evolución y prueba ante un tribunal*. (Tesis de maestría) Universidad Internacional de la Rioja. España. Recuperado de <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/6341/GARCIA%20RIVERO%2C%20JOSE%20JAVIER.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Grande Jiménez, L. (2015). La teoría de los actos propios: en tanto razón jurídica concreta de la responsabilidad civil contractual por la violación a la buena fe. (Tesis de maestría). Universidad Industrial de Santander. Bucaramanga, Colombia. Recuperado de <http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2015/156279.pdf>
- Gil Echeverry, J.H. (2015) *La especial responsabilidad del administrador societario*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Giraldo Perandonez, P. (2002) *La Responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores de una empresa de grupo*. Madrid, España: Marcial Pons.
- González Benjumea, O.H. (2018) *El administrador de hecho en el derecho societario colombiano*. Medellín, Colombia: Ediciones UNAULA.
- Hernández Martínez, W. (2012). Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 14 (2), 241-288. Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/2066>
- ICAEW. *The dangers of acting as a de facto or shadow director*. Recuperado de <https://www.icaew.com/technical/business-resources/legal-regulatory-tax-governance/directors-duties/the-dangers-of-acting-as-a-de-factor-or-shadow-director>

- Institute of Directors. (2019). *De facto directors and their liabilities*. Recuperado de <https://www.iod.com/services/information-and-advice/resources-and-factsheets/details/De-facto-directors-and-their-liabilities>
- Jalvo, B. M. (2006). *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*. Alcalá. España: Editorial Lex Nova. Recuperado de <https://books.google.com.co/books?id=waVzfEGGWr0C&pg=PA170&lpg=PA170&dq=jalvo+analogia&source=bl&ots=9jSZgJsucE&sig=ACfU3U3ddywam6blJpEplayOWdiNp-bYaA&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwi5od7y4YbmAhWr2FkKHQ1bD9gQ6AEwAHoECAsQAQ#v=onepage&q=jalvo%20analogia&f=false>
- J. Millet, en el caso Hydrodan (Corby) Ltd. BCC. (1994) 2 BCLC. [J. Millet].
- Juste Mencia, J. (2000). En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad. *Revista de Derecho de Sociedades* 14, 441-458. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=230129>
- Martínez Neira, N.H. (2014). *Cátedra de derecho contractual societario*. 2 ed. Bogotá D.C., Colombia: Legis.
- Narváz García, J. I. (1996). *Teoría General de las sociedades*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- Pinilla Valdivieso, S.J. (2014) *El régimen jurídico aplicable a la responsabilidad de los administradores de las corporaciones o asociaciones y fundaciones de derecho privado en Colombia*. (Tesis de maestría). Universidad de los Andes. Bogotá D.C., Colombia. Recuperado de <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/12920/u713374.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Pino Sonalo, M., Armero Osorio, V., & Cubillos Garzón, C. (2010). El Administrador de

Hecho -SAS- frente al Director Oculto. *Revista E-Mercatoria*, 9(1). Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2011>

Reyes Villamizar, F. (2014). *Derecho Societario*. Tomo I. 2 ed. Bogotá, Colombia: Temis.

Reyes Villamizar, F. (2013). *Derecho societario en Estados Unidos y la Unión Europea*. Bogotá, Colombia: Legis.

Reyes Villamizar, F. (2013). *La sociedad por acciones simplificada*. 3 ed. Bogotá D.C., Colombia: Legis.

Reyes Villamizar, F. (2010). Responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificada. *Panóptica*, 18, 208-239. Recuperado de <https://pdfs.semanticscholar.org/4d69/93f47f248d863dcd9f4cecd5c36e31670a26.pdf>

Sabogal, Bernal, L.F. (2010). La relación administrador – sociedades. *Revista de Derecho Privado*, (18), 125-156. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/405>

Superintendencia Financiera de Colombia. (2011). Concepto 2010091878-001. Bogotá DC., Colombia: Superintendencia Financiera de Colombia.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2004). Concepto 220-009892. Bogotá D.C., Colombia: Superintendencia de Sociedades de Colombia.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2016). Pronunciamientos administrativos 2017. Bogotá D.C., Colombia: Superintendencia de Sociedades de Colombia. Recuperado de <https://www.supersociedades.gov.co/noticias/Documents/2017/PRONUNCIAMIENTOS%20ADMATIVOS%202017%20Ver%20Final.pdf>

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2018). Oficio 220-156768. Bogotá D.C., Colombia. Superintendencia de Sociedades de Colombia. Recuperado de

<http://www.pralaws.com/boletines/261018/corpo/Diferencia-entre-representaci%C3%B3n-legal-y-mandato-en-una-sociedad-por-acciones-simplificada.pdf>

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2019). Sebastián Agustín

Martínez Arango contra María Carolina Martínez Flórez [María Victoria Peña

Ramírez]. Bogotá D.C., Colombia, Superintendencia de Sociedades de Colombia. Recuperado de

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

Tribunal Federal de Apelaciones para el Segundo Circuito. (1959). Caso Lee vs. Jenkins Brother 268 F.2d

357 2d Cir. Estados Unidos. Tribunal Federal de Apelaciones para el Segundo Circuito

Uribe Lozada, N. (2013). *Régimen general de responsabilidad de los administradores de sociedades y su*

aseguramiento. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Ibáñez.

Vallejo, J.A. (2019). Protección contra el administrador de hecho opresor. *Asuntos Legales*. Recuperado

de <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/juan-antonio-vallejo-2754036/proteccion-contra-el-administrador-de-hecho-opresor-2878454>

Vivante, C (1932). *Tratado de Derecho Mercantil*. Madrid, España: Editorial Reus.