



LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR DE HECHO EN EL DERECHO COLOMBIANO:
RETOS DE APLICACIÓN EN LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD

SIMÓN VILLEGAS BRANDANI

MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO

Asesor

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ JARAMILLO

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
DERECHO
MEDELLÍN

2025

ABSTRACT

This project analyzes the legal nature and reach of liability of de facto administrators in Colombian corporate law, particularly looking at the framework of the liability regime for the administrators. It explores the duties imposed on company administrators and examines the extension of these fiduciary duties to those who, without formal appointment, carry out management, direction, or administrative acts within the company.

Additionally, the study discusses the legal actions available—social and individual liability actions—and the procedural and evidentiary challenges faced when pursuing claims against de facto administrators. Also, it compares the Colombian approach with legal systems such around the world. The research highlights the doctrinal and jurisprudential development of this figure and proposes alternatives to enhance its practical effectiveness and legal certainty.

RESUMEN

Este proyecto estudia la figura del administrador de hecho en el derecho societario colombiano, a la luz de lo dispuesto por el régimen de responsabilidad de los administradores. Se analizan los deberes de los administradores sociales, así como su aplicación a quienes, sin tener un nombramiento formal, realizan actos de administración, gestión o dirección en una sociedad. El trabajo aborda las acciones de responsabilidad—social e individual—como mecanismos de protección patrimonial, y examina las cargas probatorias y obstáculos procesales para su efectividad. A su vez, se realiza una comparación con otras jurisdicciones, resaltando las particularidades del modelo colombiano. Finalmente, se proponen soluciones normativas y

doctrinales para fortalecer la eficacia de esta figura y garantizar la seguridad jurídica de los involucrados.

PALABRAS CLAVES

Administradores, Administrador de hecho, régimen de responsabilidad, acción social de responsabilidad, acción individual de responsabilidad, derecho societario, deberes.

KEYWORDS

Administrator, *de facto* administrator, liability regime, social liability action, individual liability action, corporate law, fiduciary duties.

INDICE

CONTEXTO INICIAL	5
CAPITULO 1: RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.	7
1.1 ¿QUIÉNES SON LOS ADMINISTRADORES?	7
1.2 ¿QUÉ DEBERES TIENEN LOS ADMINISTRADORES?	9
CAPÍTULO 2: ACCIONES ASOCIADAS AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.	13
CAPITULO 3. EL ADMINISTRADOR DE HECHO.....	18
3.1 EL ADMINISTRADOR DE HECHO EN EL DERECHO COMPARADO Y LA LEY 1258 DE 2008.	18
3.2 NATURALEZA DE LA FIGURA DE LOS ADMINISTRADORES DE HECHO.....	22
CAPÍTULO 4: COMPARATIVA DE LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR DE HECHO FRENTE A LAS ACCIONES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES	27
5. CONCLUSIONES:.....	31
REFERENCIAS.....	40

Contexto Inicial

El ordenamiento jurídico colombiano, como otros en el mundo, permite a los sujetos asociarse a través de vehículos de inversión denominados sociedades. Estas figuras se encuentran reglamentadas principalmente en el Código de Comercio, la Ley 222 de 1995 y la Ley 1258 de 2008 y tendrán como fin desarrollar un objeto social que en resumidas cuentas es una actividad económica, empresa o negocio, sin embargo, la misión última de las mismas es la de cumplir con los intereses de las personas que se asociaron.

Para la materialización de este objeto y ese interés sociales, las sociedades, como personas jurídicas, no tienen la capacidad real de actuar por sí mismas, por lo tanto, actuarán a través de sujetos que ejercerán las funciones de dirección, control y/o administración; en general estos serán los llamados administradores, conforme con lo consagrado en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995¹.

Estos administradores tendrán una relación formal con la sociedad, bien sea a través de un nombramiento como representante legal o una nominación como miembro de junta, para así ostentar la capacidad necesaria para que sus actuaciones sean válidas; las actuaciones que se verán enmarcadas bajo unos límites impuestos por la ley y los estatutos, creándose el régimen de responsabilidad de los administradores.

Ahora bien, esta regla general de la formalidad y cumplimiento de requerimientos a la hora del nombramiento de un administrador fue perturbada tras la promulgación de la Ley 1258 de 2008, ley que consagró la existencia del administrador de hecho, siendo este en resumidas cuenta

¹ ARTÍCULO 22. ADMINISTRADORES. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de junta o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones

un sujeto que sin las condiciones y formalidades asociadas al cargo de administrador actúa como uno; viéndose en esta situación obligado por el mismo régimen de responsabilidades de estos.

Con el régimen de responsabilidad surgen acciones con las cuales los sujetos perjudicados por las conductas de los administradores podrán buscar el resarcimiento y la reparación de perjuicios ocasionados. Estas acciones, dependiendo de quién sea el sujeto legitimado, serán diferentes, por el lado de las sociedades tendremos a la acción social de responsabilidad; por los socios o terceros se tendrá la acción individual de responsabilidad. El fundamento de las acciones anteriormente mencionadas se encuentra consagrado en el artículo 24 de la Ley 222 de 1995².

Es a partir de lo consagrado en este artículo que se entiende cual es el motivo u objetivo en la existencia del régimen de responsabilidad de los administradores, permitiendo hacer responsable a los administradores que ocasionen perjuicios a la sociedad, sus accionistas, socios o a los terceros. Nos encontraremos entonces en el supuesto en donde si un administrador le genere perjuicios a la sociedad representada esta podrá ejercer esta acción en contra de este.

Es, así pues, que volviendo a la figura del administrador de hecho consagrada por el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008³, es claro que al definir por parte del legislador que las personas que, actuando dentro de las funciones o competencias propias de un administrador formal sin serlo, estarán vinculados por el mismo régimen de responsabilidades que tendrán los administradores, por lo tanto, podrán ser objeto de las acciones pertinentes.

² ARTÍCULO 24. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. El artículo 200 del Código de Comercio quedará así: Artículo 200. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros (...)

³ 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.

Capítulo 1: Régimen De Responsabilidad De Los Administradores.

1.1 ¿Quiénes son los Administradores?

Según lo consagrado en el artículo 1502 del Código Civil colombiano, “*la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra*”. En ese sentido, las personas naturales tienen capacidad de obligarse por sí mismas, salvo situaciones fuera de la regla general como es el caso de los menores y otros sujetos especiales. Por el lado de las personas jurídicas necesitarán por la naturaleza de propia de su figura, la intervención de un sujeto para actuar en representación de sus intereses.

Ahora bien, al mencionar la representación, la doctrina ha trabajado diferentes teorías sobre la naturaleza de la necesidad de las sociedades de ser representadas por otros, según González Benjumea (2018, pp. 20), se trabaja desde la teoría organicista en la que las sociedades deberán expresar su voluntad a través de los órganos que a esta la conforman, es decir, sus representantes legales, la junta directiva o también la asamblea de accionistas; siendo así necesaria la intervención de alguno de sus órganos para el desarrollo de su objeto.

En Colombia la normativa que regula cuáles serán los sujetos que pueden llegar a ostentar esas calidades son también llamados administradores. De hecho, el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, consagra la figura y trae consigo un listado de algunos de los sujetos que serán llamados administradores⁴.

Según el artículo en comento, tenemos un grupo de sujetos a los cuales la normativa les da la calidad de administrador, el artículo no cierra la posibilidad a que se nombre o se elija a otro

⁴ ARTÍCULO 22. ADMINISTRADORES. 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.

tipo de sujeto dentro de los diferentes órganos existentes en los tipos societarias. Para Narváez el administrador de una sociedad se define como:

(...) el encargado de ordenar, disponer y organizar los bienes de la persona jurídica, en este sentido, los administradores realizan la gestión de los negocios de la empresa y, por lo tanto, encarnan las facultades y obligaciones tendentes a la consecución de los fines sociales. (2002, pp. 245-250)

La norma es clara al momento de imponerle un código de conducta a los administradores de las sociedades que se encuentren representando o direccionando, lo anterior, se entiende debido a que estos sujetos se encuentran manejando el patrimonio social de estas sociedades, un patrimonio que en ultimas al momento de generarse una mala decisión, un error o una situación que lo afecte, terminará afectando de manera directa o indirecta a los socios, accionistas o terceros.

Durante el trámite de promulgación de la Ley 1258 de 2008, en donde se creó a la sociedad por acciones simplificadas, el legislador busco generar una protección adicional para la sociedad, sus socios y accionistas, como también a los terceros que se vieran afectados; la protección elegida fue la consagrada en el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 en donde se creó la figura de los administradores de hecho⁵.

En su párrafo, el artículo indica que los sujetos, bien sea personas naturales o jurídicas, que actúen como administradores sin tener la calidad de administrador según la normativa, incurrirán en las mismas responsabilidades que tienen los administradores al momento de realizar

⁵ *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.

esas actuaciones, es decir, se les expande el régimen de responsabilidades de la Ley 222 de 1995, asociado a los deberes y límites en la conducta de los administradores sociales.

Lo anterior en aras de intentar que en las situaciones donde un sujeto con algún tipo de control en la sociedad no vinculará a la sociedad en situaciones perjudiciales a su patrimonio, pero que sí, se llegará a dar ese supuesto, fuera posible por los sujetos perjudicados exigirle la reparación de esos perjuicios.

Deberemos de entender pues que el sujeto denominado como administrador de hecho será “aquella persona natural o jurídica que, por fuera del ámbito de sus potestades legítimas, se inmiscuye dentro de los asuntos sociales y se comporta como un verdadero gestor de la sociedad” (Calle Gallego, 2020, pp. 50) ampliando la concepción y la naturaleza de la figura del administrador.

Al final, encontraremos que existirá un régimen de deberes y responsabilidad asociado a la figura del administrador formal, pero que podrá expandírsele a esos sujetos que irrumpen en la órbita de acción del cargo, siendo estos, los administradores de hecho; Ahora bien, para continuar con el análisis deberemos de entrar a estudiar ¿cuál es ese régimen de responsabilidad? ¿qué implica? Y ¿Cuáles son esos deberes que tanto se mencionan?

1.2 ¿Qué deberes tienen los administradores?

Ahora bien, el actuar de los administradores se verá envuelto en un marco normativo amplio, en un principio se encontrarán limitado a través del objeto social de la sociedad como también a lo consagrado en los estatutos sociales, pero adicional a esto, existe dentro de la normativa societaria el régimen de responsabilidad para los administradores con fundamento normativo en la Ley 222 de 1995, en especial los artículos 23 y 24.

En principio el artículo 23⁶ nos consagra los deberes de los administradores, y con estos tenemos dos grupos de deberes, por un lado, en la primera parte del artículo encontraremos los denominados deberes generales, siendo estos unos criterios amplios de conducta que guiaran a los administradores para actuar. Los deberes que menciona la norma son el deber de buena fe, el de lealtad y el de diligencia y cuidado.

Frente al deber de la buena fe, la Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-006 del 25 de marzo de 2008, indica que los administradores deberán actuar de manera integral, es decir, no actuaran cumpliendo meras formalidades de su cargo, sino que deberán actuar satisfaciendo las exigencias generadas a partir de la actividad de la sociedad y los negocios en que esta se vea inmersa.

Por su parte Reyes Villamizar (2020, pp. 703-704) trata el deber de lealtad indicando que los administradores actuaran buscando los intereses propios de la sociedad, siempre buscando el mejor escenario en el que pueda llegar a quedar la sociedad.

Y por último el deber de actuar con la diligencia y cuidado, que indica que “las determinaciones que adopten los administradores de las compañías deben cumplirse con una particular diligencia que representa una forma de actuar, propia de personas conocedoras de las

⁶ *ARTÍCULO 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En el cumplimiento de su función los administradores deberán: 1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social. 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. 3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal. 4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad. 5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada. 6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos. 7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas. En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.*

técnicas de administración” (Reyes Villamizar 2020, pp. 701). Es decir, nos encontramos con un nivel de exigencia o escrutinio en las actuaciones o decisiones desarrolladas por parte de los administradores en el cumplimiento de su cargo.

Posterior a los deberes generales, encontramos lo que serían los deberes específicos consagrados en el mismo artículo, es importante indicar que serán conductas tanto activas como pasivas que los administradores velarán por su cabal cumplimiento, dentro de ellos encontraremos 7 numerales⁷ que irán de la mano con buscar el correcto funcionamiento de la sociedad que tienen a cargo, so pena de verse envueltos en los procesos de responsabilidad asociados a su cargo.

En primer lugar, se les exige realizar los esfuerzos necesarios para el adecuado desarrollo del objeto social, procurando que la actividad de la sociedad se mantenga dentro de los fines para los cuales fue constituida. Igualmente, deben velar por el cumplimiento riguroso de las disposiciones legales y estatutarias que rigen la vida societaria.

Otro deber relevante consiste en permitir el ejercicio adecuado de las funciones asignadas a la revisoría fiscal, garantizando las condiciones necesarias para su labor de vigilancia. Además, los administradores están obligados a proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad, resguardando la información confidencial de carácter estratégico.

También deben abstenerse de utilizar de manera indebida información privilegiada a la que tengan acceso por razón de su cargo. A su vez, están llamados a dar un trato equitativo a todos los socios y a respetar el ejercicio del derecho de inspección que les asiste.

⁷ *ARTÍCULO 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES (...) 1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social. 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. 3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal. 4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad. 5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada. 6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos. 7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.*

Finalmente, se impone la obligación de abstenerse de participar, directamente o por interpuesta persona, en actos que impliquen competencia con la sociedad o en aquellos en los que exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o de la asamblea de accionistas, previa revelación completa de la información pertinente y con exclusión del voto del administrador involucrado en caso de ser socio.

En conclusión, una vez analizado lo dispuesto en la norma sobre los deberes tanto generales como específicos, es posible indicar que existe una guía de conducta para los administradores al momento de cumplir con las obligaciones asociadas a su cargo, dentro de esta guía de conducta las actuaciones que no se enmarquen en la misma podrán ocasionar incumplimientos a los deberes y con esto la posible generación de perjuicios tanto sociales como individuales.

Siguiendo con lo anterior, el artículo 24 de la Ley 222 de 1995⁸ trata lo atinente a la responsabilidad de los administradores y nos consagra en su primer párrafo la responsabilidad a la que se verán expuestos los administradores que con su actuar u omisión de alguno de los deberes generen perjuicios para la sociedad, socios o terceros; pretendiendo así que en los momentos en los que un administrador incumpla, se extralimite o viole la ley o los estatutos, se verá expuesto a

⁸ *ARTÍCULO 24. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. El artículo 200 del Código de Comercio quedará así: Artículo 200. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.*

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

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

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

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

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

que cualquiera de los sujetos afectados puedan lograr el resarcimiento de los perjuicios causados por este.

Una vez analizado el marco normativo en donde se desenvuelven los administradores, es hora de tratar la parte práctica, es decir, una vez identificado que existió por parte de un administrador un incumplimiento a sus deberes, ¿cuál va a ser el proceso o procesos por medio de los cuales los afectados podrán intentar recuperar los perjuicios generados por ese incumplimiento?

Capítulo 2: Acciones Asociadas Al Régimen De Responsabilidad De Los Administradores

Lo cierto, es que el simple incumplimiento de un deber por parte del administrador por más que haya generado un perjuicio en la sociedad o en un tercero no se traduce en una reparación por la simple voluntad de los personajes involucrados. Serán necesarias acciones que les permitan a esos afectados la posibilidad de demandar para que se pruebe que esos deberes incumplidos por los administradores terminaron por generar perjuicios que deberán ser reparados.

Por lo tanto, será esencial tratar primero las condiciones necesarias para hacer efectiva la invocación de estas acciones, es decir, estudiaremos ese régimen de conducta por el que los administradores se rigen.

La Ley 222 de 1995, consagra dentro su articulado el grupo de deberes impuesto a los administradores, es decir, nos indica que los administradores dentro del desarrollo de su cargo deberán actuar en principio rigiéndose de los deberes de buena fe, lealtad y diligencia y cuidado; y en segundo lugar por esos deberes específicos de los que trata la norma.

En el supuesto en que el administrador incumpla tanto los deberes generales o específicos que trata la Ley 222 de 1995 o alguno de los preceptos normativos, legales o estatutarios; la norma trae consigo unas consecuencias que podrían ser sanciones vía administrativa, es decir sanciones

por parte de la Superintendencia, como también procesos de carácter jurisdiccional en donde encontraremos a una parte afectada (sociedad, accionistas, socios o terceros) y una parte afectante que será el administrador.

Lo que desarrollaremos en el presente trabajo son todas aquellas acciones que vayan de la mano de buscar que se repare el daño producido por parte de los administradores, siendo estas en favor de las sociedades, los socios o acciones y los terceros afectados.

Así, la Ley 222 de 1995 en su artículo 25⁹ trae dos acciones, por un lado la acción social de responsabilidad y por el otro la acción individual de responsabilidad, sin embargo, el artículo a pesar de mencionarnos ambas acciones, no nos las desarrolla, indicando únicamente el procedimiento para tomar la decisión de llevar a cabo la demanda en contra del administrador, y por el lado de la acción individual únicamente nos abre la puerta para tener esta acción en el ordenamiento.

En consecuencia deberemos devolvemos al artículo 24 de la Ley 222 de 1995¹⁰, en donde se consagra la responsabilidad de los administradores, dictándonos que los administradores serán responsables solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que generen.

⁹ **ARTÍCULO 25. ACCION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.**

La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social. La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador. Sin embargo, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador; el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros

¹⁰ **ARTÍCULO 24. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.** *Los administradores serán responsables solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros (...) en los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.*

Entendiendo que la acción social de responsabilidad mencionada en el artículo 25 es una acción que va de la mano con el supuesto en el que un administrador realice una conducta contraria a la norma, los estatutos o sus deberes y que con ella podrá haber generado un perjuicio, del cual según la norma deberá responder por ese perjuicio.

La Superintendencia de Sociedades en Oficio 220-011590 del 6 de febrero de 2011 problematiza ambas figuras. Respecto a la acción social de responsabilidad dicta que dicha acción persigue la reparación del patrimonio social que fue dañado por una acción u omisión del administrador, y que por lo tanto, los que busquen accionarla actuaran desde un punto de vista representativo. En cambio, en la acción individual de responsabilidad nos encontramos frente a un patrimonio individual de algún sujeto relacionado con la sociedad, en este caso una vez haya sido afectado el patrimonio, el accionante se encontrará legitimado para demandar al administrador en buscar de la reparación de su propio patrimonio.

Entonces, estamos frente a acciones que van de la mano de una conducta realizada por parte de los administradores de la cual se puede predicar el incumplimiento de alguno de los deberes consagrados en los estatutos o en la ley.

Entrando en detalle, comenzaremos a diferenciar las características existentes dentro de las mencionadas acciones, en primer lugar tendremos que diferenciar los sujetos que estarán legitimados para hacer uso de las acciones y en segundo lugar cuál es el objetivo que tienen estas acciones.

Frente a la legitimación en la causa, tenemos que la acción social de responsabilidad, como su nombre lo indica es una acción social, es decir, una acción que sale desde la esfera de acción propia de la sociedad y que como el artículo 25 consagra, deberá generarse a partir de la decisión del máximo órgano social de la sociedad. Al otro lado de la balanza, tenemos a la acción

individual de responsabilidad, en esta acción se tendrá como legitimado a aquel accionista, socio o tercero que haya sido afectados por el administrador de manera personal.

Ahondado en la legitimación, la idea que la existencia de dos tipos de acciones relacionadas con la reparación por parte del administrador responsable va de la mano también de lo que se intenta reparar; mientras que en la acción social de responsabilidad se busca reparar el patrimonio de la sociedad, en la acción individual se busca el patrimonio personal.

En el caso de la acción individual existe una cuestión específica frente a la posibilidad que tienen los sujetos para pretender esta acción, y es la de cuándo se encuentran legitimados para ejercer esta acción, lo anterior debido a que los sujetos podrán alegar que se está viendo afectado su patrimonio en los supuestos donde el patrimonio de la sociedad se esté reduzca, bien sea porque son accionistas y sus acciones pierden valor o porque son acreedores y la sociedad pierde patrimonio con el que responder, la superintendencia en uno de los casos tratados menciona lo siguiente:

En otras palabras, el señor Terreros no puede solicitar una indemnización a título personal con base en el daño irrogado al patrimonio social, puesto que se trataría de perjuicios indirectos, cuya reclamación es inviable en nuestro sistema (...) ejercicio de una acción individual que solo se le otorga cuando el perjuicio que ha experimentado es personal, particular y no social (Superintendencia de Sociedades, 2014-801-50, 2016).

En conclusión, la entidad ha sido muy clara en indicarle a los sujetos que las afectaciones al patrimonio social no podrán ser calificadas como afectaciones al patrimonio individual, aun cuando se haya experimentado por ejemplo una reducción en el valor de las acciones de la sociedad, siendo este un perjuicio indirecto y que si se deseará declarar responsable al administrador se deberá acudir a la vida de la acción social.

Por último, es necesario analizar el órgano o la entidad competente para conocer sobre estos procesos, según el Código General de Proceso, Ley 1564 de 2012, en su artículo 20, numeral 4¹¹, la justicia ordinaria, en cabeza de los jueces de circuito en primera instancia conocerá de cualquier controversia que se genere a partir o con ocasión del contrato de sociedad, o en su defecto de la aplicación de alguna de las normas que regulen a las personas jurídicas.

Desde la jurisdicción societaria, el artículo 252 de la Ley 1450 de 2011¹², amplió la competencia a todas las sociedades vigiladas, que tenía a la Superintendencia de Sociedades para conocer de los conflictos societarios consagrados por parte de la Ley 1258 de 2008.

Y a través de una cláusula compromisoria se podrá trasladar la resolución de las controversias generadas a partir del contrato social al tribunal arbitral. La Superintendencia de Sociedades en Oficio N° 220-074509 del 17 de junio de 2013, se refiere al pacto arbitral e indica que una vez haya sido acordado y establecido, será de obligatorio cumplimiento “en cuanto al arbitraje, cláusula compromisoria o amigable composición o también mecanismo para la solución de conflictos, será obligatoria su observancia, cuando se encuentre prevista en los estatutos sociales”. En conclusión, será posible llevar los conflictos societarios por cualquiera de las 3 vías mencionadas.

Una vez analizadas las dos acciones aplicables a los administradores, en concordancia con lo consagrado en el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, será importante preguntarnos si es posible utilizar estas acciones al buscar la reparación cuando un administrador de hecho haya sido el causante del perjuicio.

¹¹ Artículo 20. *Competencia de los jueces civiles del circuito en primera instancia.* Los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 4. De todas las controversias que surjan con ocasión del contrato de sociedad, o por la aplicación de las normas que gobiernan las demás personas jurídicas de derecho privado, así como de los de nulidad, disolución y liquidación de tales personas, salvo norma en contrario.

¹² ARTÍCULO 252. *Atribución de facultades jurisdiccionales.* Las funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia de Sociedades, por el artículo 44 de la Ley 1258 de 2008, con fundamento en lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, procederán respecto de todas las sociedades sujetas a su supervisión.

En este orden de ideas, el administrador de hecho sería llamado a juicio por parte de la sociedad a través de la acción social de responsabilidad, o por el lado, de los accionistas, socios o terceros a través de la acción individual para que responda en razón a los perjuicios generados por su actuar.

Para poder analizar si es pertinente y posible el uso de la figura del administrador de hecho junto con las acciones sociales e individuales, primero deberemos entrar a estudiar la figura del administrador de hecho, y una vez identificados los elementos de su naturaleza se podrá indicar si es procedimiento posible dentro del ordenamiento.

Capítulo 3. El Administrador De Hecho.

La Ley 1258 de 2008 regula principalmente la creación de un nuevo tipo societario, esto es, la sociedad por acciones simplificadas (SAS), siendo este un tipo societario revolucionario que alivianó las cargas que tenían los accionistas a la hora de constituir una sociedad y desarrollar su objeto social.

Con lo estipulado en su articulado, la Ley 1258 de 2008, incluyó un nuevo concepto para el derecho societario en el ordenamiento jurídico colombiano, siendo este el concepto del administrador de hecho; esto es, un sujeto que actúa como administrador sin serlo y que tiene la posibilidad de vincular a la sociedad que supuestamente representa de hecho. Esta figura se ha venido desarrollando en otras normativas del mundo por lo tanto se hará una comparativa con el régimen colombiano.

3.1 El administrador de hecho en el derecho comparado y la Ley 1258 de 2008.

A pesar de que estos sujetos se los conoce como administradores de hecho, en la normativa colombiana, el término se ha desarrollado con el paso del tiempo en otras legislaciones, como lo sería Estados Unidos o Inglaterra, se les conoce también dentro de otras denominaciones como *shadow director*.

Por ejemplo, en el texto *Obligations in the Shade: The Application of Fiduciary Directors' Duties to Shadow Directors*¹³, se nos indica que la definición de este concepto no había cambiado mucho desde hace más o menos 100 años y la define como “aquella persona de acuerdo con cuyas direcciones o instrucciones los directores de una empresa estén acostumbrados a actuar (Moore, 2018, pp. 5)

Adicionalmente, el autor cita en el documento un caso asociado a la liquidación de una compañía en Inglaterra, donde se tratan los elementos para identificar la existencia de este *shadow director*. En primer lugar, se deberá tener al director formal y al de hecho totalmente identificado; en segundo lugar, que el director de hecho debe haber instruido al director formal cómo actuar; en tercer lugar, que este director haya actuado conforme a esas instrucciones y, en cuarto lugar, que los directores se hayan acostumbrado a actuar de esta manera¹⁴. (Moore, 2018, pp. 5)

Nos encontramos frente a una figura de control por parte de un sujeto que tienen un control preponderante sobre las decisiones que se tienen dentro de la sociedad, que inclusive los administradores formales actúan siguiendo las indicaciones de ese sujeto y que estos se acostumbraron a actuar de esta manera. Evidenciando entonces que, para el derecho anglosajón,

¹³ *The basic statutory definition of a shadow director has remained unchanged for almost 100 years, being defined by a succession of Companies Acts as, 'a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act. (Moore, 2018, pp. 5)*

¹⁴ *Identifying four key requirements for shadow directors. Firstly, both the de jure and de facto directors of the company must be identified, secondly that the individual concerned must have directed those directors how to act, thirdly that the directors acted in accordance with the instructions given and fourthly that the directors were accustomed to act in this manner. (Moore, 2018, pp. 5)*

la figura del administrador de hecho es por así decirlo un miembro más de la sociedad, bien sea interno como lo sería un miembro de junta directiva o como lo sería un socio mayoritario que tiene un control prevalente sobre la sociedad; o en algunos casos externo como podría ser un funcionario de una sociedad matriz, en todos los casos logran que los administradores existentes en la sociedad actúen de la manera en que estos le han instruido.

Sin embargo, la figura de “*shadow director*” anglosajona cumple una función diferente a la del administrador de hecho, puesto que como fue indicado, estamos frente a un sujeto que es competente y tiene la capacidad para dictar las direcciones e instrucciones en la sociedad y a los administradores formales dentro de esta; diferente a la del administrador de hecho puesto que este usurpa estas funciones.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico español también tiene dentro de su sistema la figura de administrador de hecho, su jurisprudencia lo llega a definir como:

La persona que desempeña de manera efectiva control de hecho de la gestión social ya sea ejerciendo sobre los administradores formales una influencia decisiva bien llegando a sustituirles, o actuando de manera oculta, o exponiéndose ante terceros con la apariencia jurídica de un administrador formal (Sentencia N. ° AC 2011/240. del 5 de enero de 2011).

Como se puede ver, lo analizado por la jurisprudencia española cambia el rumbo de lo dicho por el derecho anglosajón, en este caso tendremos a una persona que funge como administrador, pero no se encuentran legitimado para hacerlo. Algo que nos expresa específicamente es que estos administradores de hecho no podrán estar cumpliendo órdenes de los administradores formales.

Esto, porque dicha categoría implica que este es un sujeto que se encuentra usurpando funciones de los administradores en la sociedad, realizando actividades para las cuales no tiene

capacidad de actuar, y que podrán obligar a la sociedad respecto a terceros o en algunos casos generarle perjuicios a la misma.

Aun cuando lo indicado por la jurisprudencia española se asemeja a lo dicho por la doctrina colombiana, en razón a que tenemos un sujeto que se encuentra realizando actuaciones desde la sociedad sin estar facultado, esta nos trae dos elementos adicionales que como nos lo indica Gallego (2020), la figura del administrador de hecho en España presupone un ejercicio continuado, es decir, deberemos tener un sujeto que realiza su actuación como administrador continuada en el tiempo.

Siendo esto diferente a lo presentado por parte de la normativa y jurisprudencia colombiana, que presupone que la conducta no requiere ser continuada permitiendo declarar a los sujetos como administradores de hecho, aun cuando solo hayan realizado una actividad de administración, gestión y dirección en un solo momento.

Por otro lado, el régimen societario francés también permite o considera la existencia de una figura como la del administrador de hecho, sin embargo y como fue trabajado por parte de Reyes Villamizar (2018, pp. 237), la jurisprudencia francesa trata una noción restrictiva del concepto, dictando que las actuaciones realizadas por un sujeto que posea algún tipo de control dentro de la sociedad, a raíz de por ejemplo su porcentaje accionario, no puedan ser declaradas como conductas de un administrador de hecho simplemente por hacer de los derechos y privilegios asociados a su condición de accionista mayoritario.

Considerando lo anterior, el ordenamiento jurídico francés concibe la existencia de la figura del administrador de hecho, pero le pone límites a los supuestos donde sea posible su declaración, teniendo en cuenta el privilegio asociado a los derechos control intrínsecos a la titularidad la

mayoría accionaria, sea tomado como una posible situación en donde se puede declarar a un administrador de hecho.

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico colombiano, la existencia de la figura del administrador de hecho va de la mano de la Ley 1258 de 2008, teniendo la figura en el país mucha similitud en las características existentes en las demás jurisdicciones internacionales, sin embargo, la figura existente en el régimen colombiano predica de unos elementos propios que fueron consagrados en la norma y desarrollados por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional.

3.2 Naturaleza de la figura de los administradores de hecho

La figura del administrador de hecho en simples palabras trata de la ampliación del concepto del administrador para así permitir que personas, naturales o jurídicas, se le pueda aplicar el régimen de responsabilidad de los administradores consagrado en la Ley 222 de 1995, entendiendo entonces que estos serán sujetos que sin ser administradores se encuentren usurpando las funciones de gestión, administración o dirección a través de conductas positivas.

Se encuentran reguladas en el párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008¹⁵ y analizando lo dispuesto por el legislador nos encontramos con varios elementos tenidos en cuenta frente a estos sujetos: en primer lugar se tendrá a un sujeto que no es administrador, en segundo lugar, ese sujeto realiza actividades positivas de gestión, administración o dirección, y por último, en tercer lugar, se tendrá que este sujeto le será aplicado el mismo régimen de responsabilidad que a los administradores formales, es decir, tendrán los mismos deberes y se sufrirán las mismas

¹⁵ 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.

consecuencias una vez hayan incumplido alguno de los deberes. Este último aspecto se desarrollará más adelante.

Del análisis, se dice que los administradores de hecho solo responderán por los deberes que se hayan incumplido en razón a una conducta positiva de gestión, administración o dirección, es decir, no se podrá indicar que un administrador de hecho incumplió deberes como lo sería el de no convocar a asamblea de accionistas, puesto que este será un deber en cabeza del administrador formal.

Es por lo anterior que, se deberá establecer ¿cuáles son esas conductas que comprendan la gestión, administración y dirección de la sociedad? será necesario *“tener en cuenta que no toda actividad desplegada por terceros no administradores puede dar lugar a la declaratoria de administrador de hecho”* (Reyes Villamizar, 2018, pp. 238).

Adicionalmente, Reyes Villamizar (2018, pp. 238) indica que no será posible endilgarle la condición de administrador de hecho a asesores, a accionistas que tengan control en algunas decisiones por su capital en la sociedad o por ejemplo a las sociedades en donde se manejen situaciones de control como las matrices y las subornadas, es decir, no siempre que se genere una situación de control conforme a los derechos asociados a esta o se tome una decisión basada en un concepto técnico, será pertinente mencionar la figura del administrador de hecho.

No se podrá entonces tratar a cualquier sujeto como si fuera un administrador de hecho siempre que este tenga algún tipo de influencia en las decisiones o en la orientación de los intereses de la sociedad, es así, que se dice que no se podrá entender que por ejemplo el libre desarrollo de los derechos o facultades que se ostenta al tener el capital mayoritario de una sociedad sea categorizado objetivamente como una situación de control en la que la declaratoria de administrador de hecho sea una posibilidad. De la misma manera Reyes Villamizar:

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 (2018, pp. 239)

Las conductas que deberán adelantar los sujetos para poder ser calificados como administradores de hecho van más allá de simples actuaciones y se encuentran totalmente relacionados con los deberes que tienen los administradores formales, haciendo la salvedad que la existencia de un administrador de hecho y una responsabilidad asociada a su actuar no es justificación para eximir la responsabilidad a un administrador formal.

La Superintendencia de Sociedades en una decisión con radicado 2019-01-075549, 2019, en donde trata a la figura del administrador de hecho, dicta algunos de los supuestos en los que será posible determinar la existencia de un administrador de hecho:

(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.

La entidad al momento de estudiar el caso trataba estas situaciones como supuestos de hecho que podían entenderse como indicios de que un sujeto se encontraba realizando actuaciones propias de un administrador sin tener las calidades asociadas a su cargo.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el proceso de declaratoria asociado a los sujetos que fungen como administradores de hecho empezará con la pretensión de declaratoria dentro de un proceso de responsabilidad. En lo desarrollado por parte de la Superintendencia, implicará que el

demandante demuestre que las conductas realizadas por el supuesto administrador de hecho, son actividades de administración, gestión o dirección.

En el mismo caso la Superintendencia de Sociedades encontró probado que una vez se dio la muerte del representante legal de la sociedad, uno de los accionistas realizó actuaciones propias del representante legal; realizó contratos en calidad de arrendador o tenedor de bienes de la sociedad, renovó la matrícula mercantil de la sociedad como también realizó pagos de los impuestos de vehículos de ésta.

Conductas que se configuraban como indicios de su calidad de administradora de hecho, y que inclinaban la decisión por parte de la entidad de declararla como un administrador de hecho pero que al analizar de manera concreta el régimen de responsabilidad de los administradores no constituían un incumplimiento a esos deberes que se le endilgarían al momento de declararle como administrador de hecho.

Ahora bien, en el desarrollo de la sentencia, la Superintendencia estudia algunas de las afirmaciones de la demanda en las que se indica que la parte demandada había incumplido el deber de lealtad dado que esta se había apropiado de rendimientos generados en los negocios de la sociedad y que hacía uso de bienes de la sociedad.

La entidad dentro de su análisis concluye que la accionista que tomó las riendas de la sociedad, actuando como administradora de hecho, se apropió de bienes que se encontraban dentro del patrimonio social, declarando así el incumplimiento del deber de lealtad, sin embargo, la entidad señala “que tales infracciones no dan lugar, automáticamente, a la indemnización de perjuicios solicitada por el demandante”.

Es decir, que a pesar de que se haya probado la calidad de administrador de hecho del sujeto como también el incumplimiento de un deber asociado al cargo de administrador, la indemnización

no es automática dado que será necesario probar la existencia de un perjuicio en el patrimonio social o individual, dependiendo de si se demandará a través de la acción social de responsabilidad o la individual de responsabilidad respectivamente. La entidad, en la sentencia en comento, dice expresamente que:

[e]s indispensable que se compruebe la existencia de un detrimento patrimonial que sea imputable, en forma directa, a las actuaciones positivas de gestión y administración de la demandada que fueron censuradas (...) Es decir que la simple verificación de infracciones a los deberes de los administradores no exonera al demandante de la carga de acreditar, detalladamente, la relación entre los incumplimientos y los perjuicios que se solicitan, así como su generación directa.

En el caso presentado por parte de la entidad se nos da un abrebocas a lo que serán los procesos donde se presenta la pretensión de declarar a una persona como administrador de hecho, dentro de estos encontraremos unos elementos o requisitos intrínsecos en el proceso para la declaratoria de administrador de hecho presupone.

En Primer lugar, la existencia de un sujeto legitimado por activa, que podrá ser la sociedad, los accionistas o terceros; siendo importante en el entendido de que si no tenemos esa legitimación por activa, pues no se podrá iniciar el proceso. En segundo lugar, un sujeto legitimado por pasiva, que será ese sujeto que haga actividades positivas de gestión, administración o dirección propias de un administrador social sin serlo.

Adicionalmente, tercero, que a través de esas actividades incumpla alguno de los deberes asociados al régimen de administradores y, cuarto, que se pruebe que ese incumplimiento generó un perjuicio en el patrimonio social o individual del legitimado por activa.

No obstante, la necesidad de comparar la figura del administrador de hecho frente a las acciones sociales e individuales cobra importancia dado que sin la invocación de ambas, se hace precario y difícil cumplir con el fin de proteger los patrimonios de los afectados.

Capítulo 4: Comparativa de la figura del Administrador de Hecho frente a las Acciones del Régimen de Responsabilidad de los Administradores

Haciendo un resumen de lo desarrollado en los anteriores capítulos del presente documento, nos encontramos entonces frente a una figura creada a partir de la Ley 1258 de 2008, figura que tienen como intención extender el régimen de responsabilidad aplicable a los administradores, consagrado en la Ley 222 de 1995 a sujetos que lleguen a realizar acciones positivas de gestión, administración o dirección sin ostentar el cargo de administrador dentro de una sociedad.

Para iniciar el análisis comparativo entre la figura del administrador de hecho y las acciones que se generan a partir del régimen de responsabilidad, es decir, la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad, se deberá primero indicar la situación teórica donde estas figuras se aplicarían dentro de un procedimiento donde se pretende declarar a un sujeto como administrador de hecho y responsable de unos daños a un patrimonio social o individual.

Será importante recordar que la normativa que consagra la figura del administrador de hecho en la Ley 1258 de 2008, consagra que las conductas de gestión, administración y dirección, solo podrán endilgársele a esos sujetos, en los casos donde ellos hayan actuado de manera positiva, es decir, no podemos hablar de incumplimiento de deberes por la omisión del administrador de hecho.

Es por lo tanto, que algunos de los deberes de carácter específico contenidos en la Ley 222 de 1995, en el Código de Comercio o en demás normativas asociadas, no le serán aplicables; un ejemplo claro es que, a un administrador de hecho no podrá exigírsele cumplir con la realización

de la convocatoria para la asamblea ordinaria anual de la sociedad. Reyes Villamizar (2018, pp. 180) ha mencionado que la existencia de una responsabilidad asociada a los administradores de hecho no exculpa o le quita la responsabilidad a los administradores formales del cabal cumplimiento de sus deberes.

Y una vez se haya identificado que el administrador de hecho incumplió alguno de los deberes, será requisito probar el nexo del incumplimiento de alguno de esos deberes con el acaecimiento de un daño o perjuicio en el patrimonio social o personal de algunos de los accionistas o terceros. En principio, para iniciar cualquier trámite o acción se tendrá que tener una persona a la cual demandar, en este caso, será ese sujeto que se intenta sea declarado como administrador de hecho, sin la declaratoria de está, el proceso no tendría ese sujeto legitimado por pasiva.

La Superintendencia de Sociedades¹⁶, en la sentencia referenciada con radicado 2019-01-075549, 2019, indicó algunos criterios que pueden tomarse como indicios para determinar la existencia de actuaciones como administrador de hecho, dentro de ellas encontrábamos las de dirigir a los demás administradores, como también la de obligar a la compañía a asumir obligaciones cuantiosas, como también las de presentarse como administrador y tomar decisiones importantes dentro de la sociedad.

La aclaración realizada por parte de la entidad nos permite identificar algunos de los supuestos en los que un sujeto sin ser administrador influye en las decisiones de la sociedad actuando dentro del orbe de la gestión, administración o dirección de la misma.

¹⁶ “(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.” Superintendencia de Sociedades, 2019-01-075549, 2019

Se intentará probar la condición de administrador de hecho, siendo a prueba indiciaria en gran medida dentro de los procesos de declaratoria de administrador de hecho, la prueba reina pues así como lo menciona González: “la prueba indiciaria, es absolutamente valiosa en la identificación del administrador de hecho de las sociedades mercantiles; la existencia de un hecho indicador a un hecho desconocido, conectado con una razonamiento lógico” (2018, pp. 75). Para este proceso probar la existencia de un administrador de hecho es base para proseguir con la pretendida acción.

Entonces, al llevar a ese administrador de hecho ante el proceso jurisdicción, en búsqueda de su reconocimiento o declaratoria como administrador; el demandante deberá traer al proceso prueba suficiente que sustente que ese sujeto actuó dentro de las conductas de administración, gestión o dirección de la sociedad.

El sujeto activo de la acción por otro lado determinará el tipo de acción que se utilizará, en esta etapa nos preguntaremos ¿Qué patrimonio fue afectado? Si la respuesta es el patrimonio de la sociedad, nos encontraremos en el supuesto de la acción social de responsabilidad y si por el contrario es uno de los accionistas o terceros, estaremos en la acción individual de responsabilidad.

En el caso de la acción social de responsabilidad, se deberá cumplir con el procedimiento consagrado en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, en donde se requerirá que el máximo órgano social o la junta de socios tomó la decisión con la mitad más uno de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.

Por el lado de la acción individual de responsabilidad, la normativa no expresa un procedimiento asociado específico que deba de cumplirse como lo es para la acción social, por lo tanto, una vez se haya presentado un supuesto en el que se haya perjudicado el patrimonio personal, se podrá demandar a ese administrador de hecho.

Ahora bien, teniendo satisfechos los supuestos de la legitimación tanto por activa como por pasiva, el siguiente paso es el de probar el incumplimiento de algunos de los deberes consagrados por parte de la ley, estatutos o normas adicionales. La Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado frente a este aspecto en un caso estudiado, en él la entidad habla que la supuesta administradora de hecho se ha beneficiado de los recursos y bienes de la sociedad, incumpliendo el deber de lealtad.

Por otro lado, en sede administrativa, la Superintendencia de Sociedades, Resolución N° 301-003622 2015, decidió sancionar a un sujeto que en calidad de administrador de hecho incurrió en conductas asociadas al conflictos de intereses, para la entidad el sujeto suscribió un acuerdo privado en donde “se pactó, entre otras cosas, que la representante legal de la sociedad sería, apenas, una mandataria sin representación del referido sujeto, condición que también tendrían los otros dos suscribientes del acuerdo, quienes serían sus otros accionistas”.

En este segundo supuesto nos expone la Superintendencia a un administrador de hecho que realizó un contrato junto con la representante legal y otras personas dentro de la sociedad para tener el control absoluto de la misma, generando que los órganos de administración, puntualmente el representante legal, solo actuara en el papel.

Continuando, una vez verificado el incumplimiento del deber asociado a la calidad de administrador, el legitimado en activa dentro de cualquier de la dos acciones, social o individual, deberá probar el nexo causal entre el incumplimiento y el daño o perjuicio generado a su patrimonio para así lograr la efectiva declaratoria por parte del órgano jurisdiccional de la calidad de administrador de hecho y de su posterior deber de reparar los daños sufridos a partir del incumplimiento.

Analizada la figura del administrador de hecho a los ojos de las acciones tratadas, social e individual, podemos declarar de un administrador de hecho junto dentro del proceso, a pesar de solo ser meramente una decisión declarativa, es totalmente necesaria, puesto que sin ella no se cumple con los requisitos de legitimación por pasiva, en cuanto se pretenda demandar a un sujeto que realmente no tendría la calidad de administrador ni debería de responder por deberes asociados a esta calidad, siempre que no existiere el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008.

Según lo anterior, una vez cumplido el requisito probatorio de la existencia de conductas positivas de gestión, administración y dirección por parte del sujeto no administrador, aún le queda a esos legitimados por activa una carga probatoria grande dado que no solo deberán probar un incumplimiento de unos deberes legales y estatutarios sino también de la existencia de un nexo causal entre este y el perjuicio generado a su patrimonio.

Situación que pone en total desventaja a los legitimados por activa, que en la búsqueda de una reparación del patrimonio tendrán una carga probatoria y procesal lo suficientemente grande para ser considerada como un incentivo negativo dentro del proceso.

5. Conclusiones:

Normativamente, la existencia de la figura del administrador de hecho ya ha sido reconocida, siendo consagrada a partir de la Ley 1258 de 2008, adicionalmente, se ha estipulado que estos administradores de hecho asumirán las mismas responsabilidades que los administradores formales, por tanto, podrán ser responsables con su patrimonio en aquellas situaciones en las que el incumplimiento de alguna de estas obligaciones o deberes, cause una afectación al patrimonio social o individual de alguno de los sujetos legitimados, permitiéndoles a estos últimos demandar al supuesto administrador para buscar la reparación del perjuicio.

Cabe destacar que nos encontramos ante una figura concebida con el fin proteger los patrimonios de la sociedad, de los accionistas o de terceros frente a las conductas de sujetos que, sin tener la capacidad formal para representar a la sociedad, realicen acciones que generen consecuencias jurídicas perjudiciales posibles daños.

Se tratara entonces de una figura que tiene un esencia relativamente sencilla, pues se asemeja a los casos en que una persona sin capacidad actúa en nombre de otra. Esto genera, en principio, actuaciones viciadas puesto que no habría en capacidad de obligar a la sociedad. Sin embargo, debido a las dinámicas del comercio y del mundo societario, es claro que podrán existir la posibilidad de situaciones en las que un sujeto irrumpa en la posición de administrador y vincule a la sociedad frente a terceros.

El primer punto que debe analizarse es quién puede ser considerado administrador de hecho. Para ello, debe verificarse que el sujeto en cuestión no sea un administrador nombrado formalmente, puesto que si estamos frente a un administrador elegido y nombrado su declaración como administrador de hecho no tendría sentido. En el caso contrario, cuando nos encontremos con un sujeto que no tiene la calidad de administrador, se necesitará hacer el estudio de si el sujeto ha desarrollado actividades de administración, gestión y dirección en la sociedad objeto de estudio.

Estas actividades deberán ser positivas, es decir, la simple omisión no será suficiente para configurar la figura. En consecuencia, se requiere que haya ejecutado actos concretos que evidencien el ejercicio de funciones administrativas, sin necesidad de que dichas actividades sean continuadas en el tiempo. En el contexto colombiano, la sola existencia de una actuación concreta, de la cual sea posible calificar a la actividad como propia de un administrador, entonces será suficiente para declarar a un sujeto como un administrador de hecho.

En ese sentido, se plantean varias cuestiones relevantes: la primera se relaciona con los tipos de actos que pueden considerarse como actividades positivas. Al no poder imputarle una conducta omisiva, será necesario que exista un acto afirmativo y tangible.

Un segundo punto problemático se refiere a si dichas actividades positivas implicaron o no un incumplimiento de los deberes propios del régimen de administradores. De allí se desprenden dos escenarios: el primero, en donde el que el sujeto actúa como administrador sin infringir ningún deber.

Tomando un caso hipotético tratado por la Superintendencia de Sociedades, en el que, suponiendo que el accionista mayoritario, quien fue demandado, hubiera realizado todas las actuaciones administrativas sin incurrir en violación al deber de lealtad ni apropiarse de bienes o funciones, simplemente asumiendo funciones de administración temporal ante la ausencia de un representante legal.

En este caso, la figura del administrador de hecho pierde su finalidad normativa, que es aplicar el régimen de responsabilidad y sanciones. Surge entonces la pregunta: ¿es posible declarar la existencia de un administrador de hecho que actúa conforme a la ley y que incluso actúa conforme con el cumplimiento del objeto social? ¿Puede esto llevar a una eventual ratificación de sus actuaciones?

Esta es una cuestión aún no abordada por la normativa ni por la jurisprudencia, dado que el marco legal actual limita la figura del administrador de hecho, sin embargo, a la luz del desarrollo futuro de la figura, sería posible extender un poco más su alcance y desde el punto de vista de la ratificación, en este caso, generada a partir de la falta de capacidad de ese administrador de hecho.

En el ejemplo planteado, podríamos estar en un supuesto en el que no solo a través de una decisión judicial sino quizás si la norma posteriormente lo permite, una decisión desde la asamblea; sea posible ratificar esos contratos realizados por parte de ese accionista que fue declarado por como administrador de hecho.

Para el segundo escenario, en el que se demuestra que dichas actividades se realizaron con violación de los deberes legales, se plantea una tarea importante, la de identificar quién es el sujeto legitimado para demandar. Tendremos por un lado a la acción social de responsabilidad, regulada en la Ley 222 de 1995. La cual permite que una sociedad pueda demandar a un administrador (incluido el de hecho) y, debe seguirse un procedimiento previo de decisión en la asamblea de accionistas.

Sin embargo, este procedimiento genera una paradoja, dado que al momento en que la asamblea debe decidir si inicia o no la demanda en contra del supuesto administrador de hecho, este no ha sido formalmente declarado como administrador, es decir, se está adoptando una decisión de demandar en contra de un sujeto que, a esa altura del proceso, aún no ostenta la legitimación por pasiva en sentido estricto, ya que será el juez o la entidad competente quien determinará si efectivamente actuó como administrador de hecho. Esta situación introduce un riesgo importante a los principios del debido proceso y exige se tome una concepción amplia de la legitimación por pasiva a la hora pretender llevar este proceso.

Cabe añadir, que si se mira la realidad de la pretensión de declarar a un sujeto como administrador de hecho con el fin de demandar la acción social de responsabilidad, existe la probabilidad de que no suceda, lo anterior debido a que la condición de administrador de hecho implica en muchos casos que el sujeto que se busque declarar tenga un control dentro de la sociedad; un ejemplo claro sería con un accionista mayoritario o un empleado de la sociedad

matriz, en estos casos, lograr que exista el número de cuotas sociales requeridas para la toma de decisión carece de efectividad.

Llegado el caso en que se pueda superar el trámite y autorizada la acción por parte de la sociedad, será necesario probar que el incumplimiento de alguno de los deberes legales causó un perjuicio al patrimonio social. Es decir, no será procedente la acción social si el daño no afectó el patrimonio de la sociedad, ya que esta acción se limita a la defensa del interés social, según ha sostenido tanto la doctrina como la jurisprudencia..

En consecuencia, el accionista o tercero perjudicado deberá acudir a la acción individual de responsabilidad. Esta requiere probar que el administrador de hecho, mediante una conducta positiva y violatoria de sus deberes, causó un daño directamente al patrimonio individual del demandante.

Desde la promulgación de la Ley 222 de 1995, se ha discutido doctrinalmente la posibilidad de que los accionistas o terceros obtengan una legitimación extraordinaria para demandar cuando la actuación de un administrador les ha generado un perjuicio indirecto, es decir derivado del daño causado a la sociedad. Sin embargo, esta tesis, no ha sido acogida en la práctica procesal, por lo que permanece como una construcción teórica.

En la providencia de la Superintendencia de Sociedades con radicado N° 2014-801-50, 2016, la entidad tomó la posición de no abrir el campo de acción por parte de los sujetos afectados de manera individual o aquellos que sientan que su patrimonio ha sido afectado a través de la afectación del patrimonio social, para hacer efectivos sus derechos a través de la acción social de responsabilidad.

Por lo tanto, a la hora de identificar si los deberes asociados al cargo de administrador fueron transgredidos por el administrador de hecho, cualquiera que se encuentre en cabeza de la

acción, sea la sociedad con la acción social o los accionistas y terceros con la acción individual, deberán relacionar el nexo causal entre el incumplimiento y el daño al patrimonio.

Los accionistas o terceros que interpongan esta acción individual enfrentan la misma carga probatoria que la sociedad: deben demostrar que el sujeto actuó como administrador de hecho, que incumplió sus deberes, y que ello derivó en un perjuicio directo a su patrimonio.

En este sentido, y como bien lo advierte González Benjumea (2018, pp. 75), la prueba indiciaria adquiere una especial relevancia en estos procesos. No basta con presunciones ligeras o hechos ambiguos; se requiere una carga probatoria rigurosa, tanto para la declaratoria como para el éxito de la acción social o individual de responsabilidad. La Superintendencia de Sociedades, en las decisiones analizadas, nos dio algunos supuestos en los que puede ser clara esa intervención, como lo fueron cuando se vincule con contratos cuantiosos a la sociedad o cuando se presente el administrador de hecho como administrador ante otros.

En otras palabras, la existencia del administrador de hecho sin un incumplimiento comprobado de deberes, o sin un perjuicio efectivamente causado, no permite activar el régimen de responsabilidad, lo cual hace totalmente ineficaz a la figura del administrador de hecho.

Adicionalmente, como consecuencia de intentar flexibilizar y agilizar el proceso de declaratoria y posterior de responsabilidad, es posible que algunos sujetos que se encuentren ligados a la sociedad se abstengan de realizar acciones que puedan beneficiar el desarrollo del objeto social por el riesgo a ser declarados como administrados, limitando en algunos caso el desarrollo normal de las actividades de la sociedad.

Y no es de menos, como lo ha señalado Reyes Villamizar (2018, pp. 238) , es peligroso asumir que cualquier persona que ejerza algún grado de control, ostente una participación mayoritaria, o actúe desde una sociedad matriz sobre una subsidiaria, pueda ser automáticamente

considerada administrador de hecho. Es por esto que el equilibrio que debe ser generado a partir de las decisiones de las entidades que resolverán estos conflictos societarios deberán velar porque no se genere confusión frente a declaratorias erróneas que comprometan la seguridad jurídica.

Finalmente, cabe destacar cómo el derecho francés se aproxima a esta figura con especial cautela, evitando su uso indiscriminado para no afectar la seguridad jurídica. Esta precaución podría servir de inspiración para el derecho colombiano, en el sentido de trabajar en una presunción normativa que permita equilibrar la necesidad de agilidad con la protección de los derechos y deberes de los administradores y de los sujetos legitimados.

Contrario a ese riesgo, se presentan también posiciones que mencionan la necesidad de desarrollar mecanismos probatorias más eficaces, obviamente con un análisis integral desde el punto de vista del debido proceso y el derecho a la defensa del demandado (administrador de hecho); dado que en algunos casos se deberá ponderar ese derecho del demandado con el de la protección a la sociedad y los accionistas y terceros, que se plantea como uno de los fines de la figura planteada en el artículo 27 de la Ley 1258.

Desde la doctrina se han planteado diversas alternativas para ampliar el alcance de esta figura. Al inicio de este capítulo se mencionó la posibilidad de usar la declaratoria de administrador de hecho como mecanismo para ratificar actuaciones realizadas cuando, por diversas razones, el administrador formal no esa disponible.

En ese escenario, un socio mayoritario u otra persona con poder podría asumir temporalmente funciones administrativas, cumpliendo con los deberes legales, y sus actos podrían luego ser ratificados por la asamblea o por decisión judicial, una vez haya sido declarado como administrador para con esas decisiones tomadas.

El supuesto anterior hace referencia a las situaciones que dadas las dinámicas ágiles del mercado, es posible que sea necesario realizar negocios de último momento, en los que la posible utilidad pueda ameritar tomar ese tipo de riesgo, y siendo la figura del administrador de hecho, una figura que declara con efectos retroactivos la calidad de administrador de hecho, será entonces posible imaginarnos una situación donde a través de esta se puedan ratificar esos negocios.

Calle Gallego (2020. pp. 60-61), propone que a través de la normativa o los estatutos sociales se permita que la asamblea de accionistas, la junta directiva o la justicia arbitral, declaren la existencia del administrador de hecho, facilitando así una vía más ágil y menos costosa para estos procesos. Es decir, armonizar la figura con el principio de la autonomía de la voluntad, permitiendo que en las sociedades se puedan generar acuerdos que vinculen.

Esa concepción de protección asociada a la figura como también el incentivo negativo para los sujetos que irruman en el cargo de administrador deja mucho que desear desde el punto de vista de la eficacia y efectividad, sin irnos muy lejos podemos decir que la figura fue contemplada como un nuevo recurso para proteger los intereses de un grupo de sujetos asociado a una sociedad pero debido a su dificultad probatoria, se hace difícil para los legitimados en la causa hacer uso de ella.

Al final, también es importante preguntarnos ¿por qué no fue extendida esta figura a los demás tipos societarios? Teniendo en cuenta que en dentro de los otros tipos societarios, como en las sociedades de personas, que en muchos casos son cerradas, es mucho más probable que existan esos supuestos administradores de hecho, que no son más que asociados que tienen control sobre gran parte de la sociedad.

En conclusión, la figura tiene mucho campo de desarrollo, desde el punto de vista doctrinal se ha ido desarrollando sin embargo, si ese análisis y estudio no se ve trasladado en las fuentes

formales del derecho como la ley y la jurisprudencia, no será posible avanzar hacia supuestos donde la efectividad y la eficacia de estos procesos sean mayor.

Referencias

- Audiencia Provincial de La Rioja. Sentencia N.º AC 2011/240. del 5 de enero de 2011.España.
- Calle Gallego, J. P. (2020) La regulación del administrador de hecho en Colombia y su influencia en la constitución de sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.), *Revist@ E-Mercatoria*, Vol. 19 N° 2, pp. 35-63. DOI <https://doi.org/10.18601/16923960.v19n2.02>
- Circular Externa 100-006, Superintendencia de Sociedades. Régimen de administradores (Código de Comercio y Ley 222 de 1995), 2008, marzo 25, Diario Oficial 46.941 del 26 de marzo de 2008.
- González Benjumea, O. H., (2018) El administrador de hecho en el derecho societario colombiano, Fondo Editorial UNAULA.
- Ley 57 de 1887, Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional, 1887, abril 15, Diario Oficial N° 7019 del 22 de abril de 1887.
- Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, 2012, julio 12, Diario Oficial N° 48489 de julio 12 de 2012.
- Moore, R. C., (2018) Obligations in the Shade: The Application of Fiduciary Directors' Duties to Shadow Directors, *Legal Studies*, Volume 36, Issue 2, pp. 326-353
DOI: <https://doi.org/10.1111/lest.12110>
- Narváez García, J. I. (2002) Derecho mercantil colombiano. Teoría general de las sociedades, Vol. III, 9ª Ed. Legis Editores S.A.
- Oficio N° 220-011590, Superintendencia de Sociedades, Acción social de responsabilidad, efectos del recurso, 2011, febrero 6.
- Oficio N° 220-074509, Superintendencia de Sociedades, Situaciones que permiten excluir a un socio de una sociedad limitada. Mecanismos para la solución de conflictos , 2013, junio 17.
- Reyes Villamizar, F. (2018), SAS, la sociedad por acciones simplificadas, 4ª Ed, Legis Editores S.A.
- Reyes Villamizar, F. (2010) Responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificada, *Revista Panóptica*, Vol. 18, pp. 208-239.
- Reyes Villamizar, F. (2020) Derecho Societario, Tomo I, 4ª Ed, Editorial Temis S.A.
- Superintendencia de Sociedades, Sentencia N° 2014-801-50 (Superintendente delegado para procedimientos mercantiles José Miguel Mendoza) 2016, junio 8.

Superintendencia de Sociedades, Sentencia N° 2019-01-075549 (Coordinadora grupo de jurisdicción societaria I María Victoria Peña Ramírez) 2019, marzo 26.

Superintendencia de Sociedades, Resolución N° 301-003622, del 22 de octubre de 2015.