

Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada*

Assumptions in the application of the de facto manager: analysis of the Spanish case concerning the simplified stock company

Os supostos de aplicação do administrador de fato: uma análise do caso espanhol a propósito da sociedade por ações simplificada

WILLIAM DAVID HERNÁNDEZ MARTÍNEZ*
Universidad Sergio Arboleda

FECHA DE RECEPCIÓN: 14 DE MAYO DE 2012 • FECHA DE APROBACIÓN: 8 DE AGOSTO DE 2012

RESUMEN

El régimen de responsabilidad patrimonial de los administradores en el ordenamiento jurídico colombiano se caracterizó, antes de la irrupción de la SAS, por un carácter marcadamente formalista. No obstante, la Ley 1258 de 2008 amplió el ámbito subjetivo de aplicación del aludido régimen, al incorporar la figura del administrador societario de hecho. En este sentido, el estudio de la responsabilidad de los administradores recibe con la Ley SAS un nuevo impulso, con el fin de que juegue un papel aún más representativo en Colombia. Así las cosas, en el presente artículo, se estudian los diferentes supuestos o circunstancias para la aplicación de la figura del administrador de hecho en el caso español, con miras a su aplicación en el entorno societario colombiano.

Palabras clave: responsabilidad de administradores, administrador de hecho, derecho societario, sociedad por acciones simplificada (SAS).

* Resultado del proyecto de investigación “Elementos para la reforma al régimen colombiano de responsabilidad patrimonial de administradores societarios” formulado por el Grupo de Investigación en Derecho Privado-USA y financiado por la Universidad Sergio Arboleda. El presente artículo fue desarrollado durante la estancia de investigación realizada por el autor en la Universidad Pontificia Comillas de Madrid (España) como beneficiario de la Beca de Movilidad de Profesores del Banco Santander 2011, gracias a la invitación de los profesores Abel B. Veiga Copo y Emiliano García Coso.

** Abogado y magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Profesor e investigador asistente de la misma institución, adscrito al Departamento de Derecho Privado y al Grupo de Investigación en Derecho Privado-USA. Becario DAAD (2010) y Banco Santander (2011) para estancias de investigación en Alemania (U. Göttingen y U. Bayreuth) y España (U. Comillas), respectivamente. Dirección: calle 74 N° 14-14. Correo electrónico: william.hernandez@usa.edu.co

ABSTRACT

Before the creation of the SASS (simplified stock companies), the Colombian management liability regime was highly formal in nature. However, Law 1258 of 2008 expanded the subjective scope of application of the aforementioned system by incorporating the figure of the “de facto manager”. In this sense, the new SAS Law has added momentum to the study of management liability by making it more relevant in Colombia. This paper studies different assumptions or conditions for the implementation of the concept of de facto manager in the Spanish case, with a view to their application in the corporate environment in Colombia.

Key words: management liability regime, de facto manager, corporate law, simplified stock company (SAS).

RESUMO

O regime de responsabilidade patrimonial dos administradores no ordenamento jurídico colombiano caracterizou-se, antes da irrupção da SAS, por um caráter marcadamente formalista. No entanto, a Lei 1258 de 2008 ampliou o âmbito subjetivo de aplicação do aludido regime, ao incorporar a figura do administrador societário de fato. Neste sentido, o estudo da responsabilidade dos administradores, recebe com a Lei SAS um novo impulso, a fim de desempenhar um papel representativo, ainda mais na Colômbia. Assim, no presente artigo, se estudam os diferentes supostos ou circunstâncias para a aplicação da figura do administrador de fato no caso espanhol, tendo em vista sua aplicação no entorno societário colombiano.

Palavras chave: responsabilidade de administradores, administrador de fato, direito societário, sociedade por ações simplificada (SAS).

Para citar este artículo: Hernández Martínez, William David, “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*, 2012, 14, (2), pp. 241-288.

Introducción

Las sociedades comerciales acarrear un cúmulo de relaciones jurídicas, tanto desde la perspectiva externa como interna. Así, frente a los terceros, se producen complejos conflictos de responsabilidad y representación, mientras que, frente a los órganos sociales, existe una permanente lucha de funciones y decisiones.¹ En este sentido, es evidente que cada una de las sociedades constituye un “microestado” en el que la balanza de poder se inclina en diferentes direcciones, según sean las condiciones particulares de esta.

Dentro de este complejo panorama, el concepto de “administrador” juega un papel de innegable preponderancia, en primer lugar, pues ostenta las funciones de confianza y manejo de los bienes y recursos de la sociedad, los cuales está en la obligación de gestionar dentro de los límites y principios que la ley establece, que, en términos generales, se orientan a exigir una esmerada diligencia por parte de estos. De igual forma, su calidad especial le reporta a los sujetos una responsabilidad patrimonial adicional, derivada del incumplimiento de sus deberes o la extralimitación de sus funciones.

En Colombia, hasta antes de la Ley SAS,² para ser tenido como administrador societario, era necesaria la existencia de un nombramiento válidamente adoptado por el órgano social competente, es decir, limitaba el régimen de responsabilidad patrimonial a los sujetos que formalmente desarrollaban cargos de dirección y manejo. Sin embargo, las más recientes leyes, mercantiles y penales,³ parecen haber modificado la tendencia

¹ Sobre el reparto y juego de poderes dentro de las sociedades, Uría ha expresado, en concreto frente a las sociedades anónimas, que “las primitivas sociedades anónimas se regían y gobernaban exclusivamente por unos directores, dotados de amplísimos poderes, nombrados en un principio por los reyes y más tarde por los grandes accionistas cuando éstos comienzan a participar en el poder social constituyéndose en una especie de Consejo, que vigilaba la gestión administrativa, para terminar rescatando gradualmente del poder real la facultad de elegir y nombrar a las personas directamente encargadas de la administración (...) la evolución se cierra extendiendo a todos los accionistas reunidos en asamblea la facultad de nombrar administradores, aprobar las cuentas, repartir las utilidades y acordar lo que estimen conveniente a los intereses sociales, con lo cual pasan los administradores a ser un órgano dependiente de la asamblea” (Uría, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, Madrid, 1976, p. 551).

² Colombia, Congreso de la República, *Ley 1258 de 2008*.

³ El artículo 17 de la Ley 1474, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, incorpora a la Ley 599 de 2000 (Código Penal colombiano) un artículo me-

del ordenamiento jurídico colombiano en cuanto al alcance subjetivo de la responsabilidad de los administradores. En especial, nos referimos al párrafo del artículo 27 de la Ley SAS,⁴ en el cual se incluye, como sujetos responsables patrimonialmente, a 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.

En este marco, el presente trabajo de investigación se orienta a estudiar, con especial referencia a la experiencia española, la figura del “administrador de hecho” como elemento subjetivo novedoso dentro del régimen de responsabilidad patrimonial de los administradores societarios.

Para ello, en primer lugar, se realiza un acercamiento al concepto de administrador de hecho; luego se profundiza en los diferentes supuestos en que se puede presentar o aplicar esta figura, con especial interés en la identificación de los elementos comunes a las diferentes circunstancias. A continuación, se estudia la aplicación del concepto al entorno de los grupos empresariales y se analiza la concurrencia de responsabilidad patrimonial entre el administrador de derecho y el de hecho. En cada uno de los escenarios, el análisis se complementa con consideraciones sobre el empleo de la figura en el ámbito societario colombiano.

1. El administrador de hecho

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. Así pues, en el presente acápite, se analizan supues-

diante el cual tipifica el delito de administración desleal, el cual se describe de la siguiente forma: “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 tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios (...)” (Colombia, Congreso de la República, *Ley 1474 de 2011*).

⁴ El párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 expresa: “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”. (*Ley 1258 de 2008*, óp. cit.).

tos en que se puede presentar o aplicar esta figura, sin afectar, en todo caso, la redacción abierta empleada por la normatividad colombiana.

1.1. *Aproximación al concepto. Administrador de derecho vs. administrador de hecho*

En términos generales, el administrador societario es 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.⁵

Las facultades que les son atribuidas a los administradores constituyen a su propio tiempo una obligación.⁶ No se concibe que el ordenamiento otorgue únicamente poderes a los particulares, por cuanto la consecuencia inmediata que se puede deducir sería el ejercicio completamente discrecional de la actividad administradora. Sin embargo, es de anotar que estas facultades no les son otorgadas en interés propio, sino en atención a la consecución de un objetivo que es el interés social y dentro del objeto social.⁷ En este sentido, Allegri⁸ explica que administrar una sociedad significa ser titular de un derecho-función: “Administrar no es solamente ejercitar un poder, sino también cumplir un deber”.⁹ Así las cosas, es evidente la importancia y trascendencia de la figura dentro de la vida de la sociedad, más aún teniendo en cuenta la responsabilidad patrimonial adicional a la cual están sometidos quienes sean objeto de esta clasificación.¹⁰

⁵ Narváez García, J. I., *Derecho mercantil colombiano. Teoría general de las sociedades*, vol. III, 9ª ed. Legis Editores S.A., Bogotá D.C., 2002, pp. 245-250.

⁶ Díaz Echegaray, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2004, p. 217.

⁷ Quijano González, J., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1985, p. 160.

⁸ Allegri, V., *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori, [Contribución al estudio de la responsabilidad civil de los administradores]*, Giuffrè Editore, Milán, 1979, p. 132.

⁹ Fré, G., *Società per azioni, [Sociedad por acciones]*, Zanichelli Editore, Roma-Bologna, 1982, p. 407.

¹⁰ En este mismo orden de ideas, Gabino Pinzón ha resaltado “(...) el hecho de que en la vida de los negocios, especialmente de los que se llevan a cabo como objeto de una sociedad, es necesaria la confianza en los administradores, no solamente por parte de los mismos interesados directamente en tales negocios, como lo son los socios, sino también por parte de terceros” (Pinzón, Gabino, *Sociedades comerciales*, Temis, Bogotá, 1988, p. 239).

No obstante, uno de los problemas centrales del estudio del régimen aplicable a los administradores sociales, como lo expresa Martínez Sanz,¹¹ es responder la pregunta de ¿a quién van a resultar aplicables dichas normas de responsabilidad patrimonial, así como las sanciones para los administradores? En otras palabras, ¿cuál es el campo de aplicación subjetivo de todo el universo y sistema de normas previstas por cada uno de los ordenamientos para los administradores?

La respuesta a la pregunta anterior se ha de brindar en concordancia con las normas y leyes que cada uno de los ordenamientos establezca para su propio sistema de responsabilidad. En todo caso, es preciso destacar que las normas y la doctrina, tradicionalmente, han diferenciado dos tipos de administradores: el administrador de derecho o con título y un concepto genérico de administrador de hecho.¹² En primer lugar, el administrador de derecho es aquel que ha aceptado el nombramiento efectuado por el órgano social competente, mediante una decisión válidamente adoptada.¹³ En este caso, el agente jurídico ha de necesariamente examinar que el sujeto a quien pretenda aplicar el régimen de responsabilidad haya sido válidamente nombrado como administrador.

En Colombia, el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 estableció que se otorgaba la calidad de administradores al representante legal, al liquidador, al factor, a los miembros de juntas o consejos directivos y a quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten dichas funciones. Es evidente, entonces, cómo la disposición en cita implementó en el ordenamiento colombiano un sistema claramente *formalista* para la calificación como administrador de una persona, a quien se le exigiría ser un buen hombre de negocios como medida o rasero de su responsabilidad patrimonial. Así las cosas, si se examina el sistema jurídico colombiano únicamente a la luz de

¹¹ Martínez Sanz, F., "Ámbito subjetivo de la responsabilidad", en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Madrid, p. 54.

¹² El Consejo General del Poder Judicial ha expresado que, en la determinación de los sujetos eventualmente sujetos a las acciones judiciales de responsabilidad, se fijan o identifican dos tipos de conceptos, el administrador de derecho o con título y un concepto genérico de "administrador de hecho". Vid. Consejo General del Poder Judicial, *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles*, Estudios de Derecho Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, p. 17. En igual sentido: Díaz Echeagaray, *Deberes y responsabilidad...*, óp. cit., p. 217.

¹³ Borrás de Cuadras, A. E., *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles*, Bosch, Madrid, p. 83.

la aludida Ley 222 de 1995, es claro que la respuesta sobre el ámbito subjetivo de la responsabilidad de administradores se limita a tener en cuenta a los administradores de derecho.

Ahora bien, aunque en el caso del administrador de derecho existe una relación jurídica válida, es posible encontrar relaciones materiales que, pese a que carezcan de formalidad jurídica, el ordenamiento jurídico les ha reconocido cierta eficacia.¹⁴ Para Houin,¹⁵ las situaciones de hecho se aproximan a una situación jurídica precisa y reglamentada legalmente, pero le falta el cumplimiento de algunas de las condiciones legales a las que esta última está unida. Como es posible advertir, es precisamente de la observancia de diferentes situaciones materiales de control, dirección y gestión no incorporadas en el concepto formal de administrador de derecho y que, en consecuencia, quedan “exoneradas” de toda responsabilidad patrimonial de donde deviene la teoría de los administradores de hecho.

En principio, pueden diferenciarse dos vertientes o visiones en la definición del concepto de administrador de hecho. Por una parte, Arroyo Martínez¹⁶ explica que la expresión administrador de hecho es aglutinadora de muy diversas situaciones heterogéneas que tienen en común el ejercicio de las funciones propias del cargo de administrador por quien carece de la condición legal de administrador.¹⁷ En oposición, García de Enterría ha definido, desde un criterio mercantil estricto, que los administradores de hecho son aquellos que ofrezcan alguna irregularidad en su situación

¹⁴ Consejo General del Poder Judicial, *La responsabilidad de los administradores...*, óp. cit., pp. 22 y 23.

¹⁵ Houin, R., “Rapport general sur les situations de fait”, *Trabajos de la Asociación Henri Capitant*, XI, Paris, 1960, p. 322.

¹⁶ Arroyo Martínez, I., “Artículo 133”, en Arroyo-Embido. (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 2001, p. 1415.

¹⁷ Borrás de Cuadras explica que, aunque la situación del administrador de hecho es paralela a la contemplada en los ordenamientos para el cuasicontrato de la agencia de negocios, no pueden regirse por las mismas normas, pues existe una diferencia muy clara entre las dos figuras, el consentimiento de la sociedad. Así, en el caso del administrador de hecho, la sociedad, tácitamente, consiente la intervención y/o actuación del administrador, mientras que, en la agencia de negocios, esta misma aceptación transformaría la relación en un mandato (Borrás de Cuadras, *La responsabilidad civil...*, óp. cit., p. 96). En contraste, Santos Britz considera que “la regulación jurídica de estas situaciones fácticas ha de disciplinarse según las normas del cuasicontrato de gestión de negocios ajenos sin mandato”. Cfr. Santos Britz, J., “La responsabilidad civil, fiscal y penal de directivos, apoderados, administradores de hecho y liquidadores”, en AA. VV., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 346.

jurídica, como podría ser quien ostente un nombramiento defectuoso, no aceptado o no inscrito o caducado.¹⁸

Sin embargo, 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.¹⁹

Al respecto, Reyes Villamizar indica que la entrada en vigencia de la Ley 1258 de 2008 permitirá la aplicación de estándares de conducta elevados a los accionistas que controlen una SAS, a pesar de que no participen de modo directo en la administración de la compañía. Es así como las nuevas normas del sistema jurídico colombiano se orientan a hacerles extensivas las responsabilidades legales de los administradores a otras personas que, sin poseer un cargo formal dentro de la sociedad, desarrollen actividades positivas de administración o de gestión; precisamente por lo anterior, surge la necesidad de clarificar la definición del concepto de administrador de hecho.²⁰

En igual sentido, se orienta la jurisprudencia del Tribunal Supremo²¹ a aplicar una noción extendida de administrador, esto es, que la responsabilidad patrimonial es también aplicable a quien efectivamente desempeñe

¹⁸ García de Enterría, J., *Los delitos societarios: un enfoque mercantil*, Civitas Ediciones, 1996, p. 46. En igual sentido, Latorre Chiner, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Comares, Madrid, 2003, p. 152.

¹⁹ Quintero Olivares, G., "Sobre los delitos societarios en el nuevo Código Penal (cuestiones generales)", *Jornadas sobre el Nuevo Código Penal de 1995*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1996, pp. 165 y ss.; Yáñez Velasco, R., *La nueva ley concursal: concurso de acreedores y derecho penal*, Barcelona, 2003, p. 370.

²⁰ Reyes Villamizar, F., *SAS la sociedad por acciones simplificada*, Legis, Bogotá D.C., 2010, p. 142.

²¹ España, Tribunal Supremo, *Sentencia del 26 de mayo de 1998*. Del mismo modo, la Audiencia Provincial de Valencia estudia la responsabilidad como administrador de un apoderado del representante legal de una sociedad. En este sentido, determinó que el apoderado era efectivamente el encargado de gestionar y tomar decisiones sobre la vida económica de la sociedad, no solamente como apoderado. En este caso, la Audiencia Provincial soportó su decisión en tres elementos: i) los administradores formalmente nombrados de la sociedad eran hijos del apoderado, ii) el apoderado negociaba y contrataba en nombre de la sociedad sin siquiera informar los términos de los contratos con los administradores formales y iii) las amplísimas facultades que le fueron concedidas al apoderado. Vid. España, Audiencia Provincial de Valencia, *Sentencia del 27 de septiembre de 1999*.

tales funciones, aunque este carezca completamente de un nombramiento formal que lo habilite en dicho cargo.²²

En estos casos, el Tribunal Superior²³ ha indicado que los sujetos “que actúen como verdadero gestor social” poseen la misma responsabilidad que los administradores sociales formalmente designados; ahora bien, se requiere de la prueba indiciaria a efectos de apreciar estas situaciones irregulares y ocultas, a fin de establecer las consecuentes responsabilidades en aras de los principios de la buena fe mercantil o de protección de las apariencias.²⁴

Por su parte, la Audiencia Provincial de La Rioja²⁵ define, recurriendo a la doctrina y a la jurisprudencia, al administrador de hecho 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.²⁶

Ahora bien, Díaz Echegaray²⁷ sostiene que debe aplicarse a los administradores de hecho las normas sobre la responsabilidad de los adminis-

²² Al respecto, la Audiencia Provincial de La Coruña sostiene que “(...) la realidad jurídica nos demuestra cómo, en numerosas ocasiones, se oculta de forma fraudulenta o simulada, la condición real de administrador que ostenta un socio de la entidad que de facto ejerce tan esencial función social llevando la gestión interna de dichas entidades (...)” (España, Audiencia Provincial de La Coruña, *Sentencia del 17 de enero de 2001*).

²³ España, Tribunal Supremo, *Sentencia del 24 de noviembre de 2005*.

²⁴ Ahora bien, Latorre Chiner sostiene que los administradores de hecho son aquellos que, “careciendo de un nombramiento regular, ejercen, de forma directa, continuada e independiente, sin oposición de la sociedad, una actividad positiva de gestión idéntica o equivalente a la del administrador de la sociedad formalmente instituido” (Latorre Chiner, *El administrador de hecho...*, óp. cit., p. 183).

²⁵ España, Audiencia Provincial de La Rioja, *Sentencia del 5 de enero*, AC 2011/240. En igual sentido, Juste Mencia sostiene que “el administrador de hecho parece ser todo sujeto que, en la práctica, ostenta [...] el poder de decisión en la sociedad, en los términos en que éste viene atribuido por la ley al órgano administrativo” –Juste Mencia, J., “En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad”, *RdS*, (14), 2000, pp. 448-452; Juste Mencia, J., *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, Pamplona, 1995–.

²⁶ Así mismo, se destaca que la Audiencia Provincial de Salamanca (2004, 30 de julio) ha expresado que el concepto “(...) engloba, entre otras acepciones, la de aquellos que controlan de hecho la gestión social sin ocupar formalmente el cargo, ejerciendo sobre los administradores formales una influencia decisiva e incluso llegándoles a sustituir, sin aparecer, por otro lado, como tales ante terceros; o la de quienes, sin ocupar formalmente el cargo, controlan de hecho la gestión social y aparecen frente a los terceros con la apariencia jurídica de administrador formal” (España, Audiencia Provincial de Salamanca, *Sentencia del 30 de julio de 2004*).

²⁷ Díaz Echegaray, *Deberes y responsabilidad...*, óp. cit., p. 220. En igual sentido, Latorre Chiner sostiene que los administradores de hecho son aquellos “que, careciendo de un nombramiento regular, ejercen, de forma directa, continuada e independiente, sin oposición de la sociedad, una

tradores, en tanto que, si una persona ejercita de hecho la actividad de gestión de una empresa, debe observar las mismas obligaciones impuestas por la Ley a los administradores. En este sentido, Alonso Ureba²⁸ señala, siguiendo la línea de pensamiento de Ascarelli, que aplicar el régimen de responsabilidad de manera independiente a la cualificación formal de quien realiza o desarrolla la gestión de la sociedad es la solución más favorable para los intereses de los socios, de la sociedad y de los terceros de buena fe. Fernández de la Gándara,²⁹ por su parte, indica que extender el régimen de responsabilidad a los administradores de hecho pretende equilibrar el ejercicio del poder, con independencia de quien sea el titular formal de este, y que su exclusión supondría un trato de favor sin base lógica alguna.

Es evidente que, tanto en el ordenamiento español como en el colombiano, la mayor dificultad práctica para el juzgador radica en definir cuándo se encuentra en presencia de un verdadero administrador. Lo anterior porque, desde la perspectiva jurídica, las normas precisan quién es el administrador y cuáles sus funciones, no obstante, en la vida económica, la gestión interna comprende innumerables actuaciones que pueden ser delegadas en mayor o menor medida, y la función de representación se atribuye no solo al administrador, sino también a los apoderados y otras personas.³⁰

Como puede observarse, el reconocimiento de la figura del administrador de derecho no plantea mayores dificultades, por el contrario, identificar un concepto unívoco o completo del administrador de hecho ha requerido una evolución prolongada. En este contexto, la experiencia española en la determinación de los supuestos de aplicación del “administrador de hecho” se erige como insumo de especial importancia a efectos de poner en movimiento las nuevas disposiciones legales en el ordenamiento colombiano.

actividad positiva de gestión idéntica o equivalente a la del administrador de la sociedad formalmente instituido”. Cfr. Latorre Chiner, *El administrador de hecho...*, óp. cit., p. 182.

²⁸ Alonso Ureba, A., “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *Revista de Derecho Mercantil*, (198), 1990, p. 674.

²⁹ Fernández de la Gándara, L., “El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónima: supuestos, principios y problemas”, en AA. VV., *La responsabilidad del administrador de sociedades. Boletín del ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, (5), 1997, pp. 47 y ss. En igual sentido, Juste Mencia sostiene que “el administrador de hecho parece ser todo sujeto que, en la práctica, ostenta [...] el poder de decisión en la sociedad, en los términos en que éste viene atribuido por la ley al órgano administrativo”. Cfr. Juste Mencia, “En torno a la aplicación del régimen...”, óp. cit., nota a la SSTs de 26 de mayo de 1998 y 7 de junio de 1999, y de la SAP Valencia de 27 de septiembre de 1999, pp. 448-452; Juste Mencia, *Los derechos de minoría...*, óp. cit.

³⁰ España, Audiencia Provincial de Almería, *Sentencia del 4 de mayo de 2001*.

1.2. Supuestos de aplicación

Teniendo en cuenta lo anterior, esto es, bajo la premisa de que la concepción del administrador de hecho es genérica para todas aquellas personas que, sin poseer un nombramiento válido y aceptado, realicen actividades de gestión de la sociedad, es preciso, a efectos de aplicar las normas de responsabilidad, delimitar las situaciones o supuestos en que se puede pregonar la existencia de dicha condición, estudio que se realiza en el presente acápite.

La jurisprudencia misma ha reconocido la dificultad de identificar unos criterios o elementos generalizados, esto es, aplicables a todas las situaciones.³¹ No obstante, a efectos del presente artículo, se parte de la base de los diferentes casos que se han presentado en la experiencia española, a efectos de sistematizar los contextos más frecuentes del administrador de hecho, frente a los cuales se plantean algunas consideraciones para su posterior aplicación al contexto colombiano. Así pues, se incluyen, entre otros, los siguientes escenarios: i) el administrador irregular, ii) el administrador oculto o *shadow director*, iii) el ejercicio de la administración en virtud de vínculos contractuales y iv) la existencia de situaciones de control. En todo caso, es preciso indicar que la clasificación que se acoge con anterioridad guarda estrecha relación con las situaciones fácticas concretas que se han estudiado en la jurisprudencia de los diferentes países.

1.2.1. Administrador irregular

La más antigua de las figuras reconocidas es la relacionada con los vicios o vicisitudes en el nombramiento de los administradores. En España, el Consejo General del Poder Judicial³² ha indicado que en el origen de esta circunstancia se encuentra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1968,³³ mediante la cual

³¹ España, Audiencia Provincial de La Coruña, *Sentencia del 17 de enero de 2001*.

³² Consejo General del Poder Judicial, *La responsabilidad de los administradores...*, óp. cit., pp. 22-23.

³³ En resoluciones posteriores, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha reiterado su posición en torno a la validez de las actuaciones de los administradores con cargo caducado atendiendo, por una parte, al riesgo de acefalía inherente a la aplicación rigurosa del cese de actividades por vencimiento del plazo de nombramiento, y, por otra parte, al principio de conservación

se tiene por válido un aumento de capital social, a pesar de que la junta general había sido convocada por administradores con cargos caducados.³⁴ El caso anterior nos muestra que la decisión social de aumentar el capital se desprende de forma inicial de las actuaciones de un administrador que no cumple con la totalidad de requisitos legales para ser tenido como de derecho.³⁵

Así las cosas, es evidente que la extensión de eficacia jurídica a los actos realizados por un administrador cuyo nombramiento está viciado se fundamenta, por una parte, en el principio de *buena fe* que inspira las relaciones contractuales, pero, especialmente, se soporta en el precepto de conservación de la empresa, del que resulta la necesaria existencia de un órgano permanente de administración para evitar la paralización de la sociedad, lo que impone la continuidad de los administradores en las situaciones de irregularidad.

En Colombia, la Corte Constitucional³⁶ ha reconocido expresamente el principio de conservación de la empresa para evitar situaciones de acefalía societaria, expresando que la sociedad debe definir claramente quién ejercerá la representación legal de esta, teniendo en cuenta que en las personas jurídicas "(...) la necesidad de que cada sociedad tenga definido quién ejercerá su representación legal y en qué condiciones lo hará estriba en que, como personas jurídicas y entes colectivos que son, requieren de un órgano llamado a expresar la voluntad societaria, a través del cual

de la empresa. España, Dirección General de los Registros y del Notariado, *Resolución del 15 de febrero de 1999*, La Ley 6684/1999.

³⁴ En el ordenamiento jurídico español, ha de entenderse que se convierte en administrador de hecho el directivo a quien se le ha expirado el período de su mandato, siempre y cuando dicha expiración no se encuentre precedida de una reelección o de la realización de nuevos nombramientos. Lo anterior se soporta en el derogado artículo 145.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre, vigente hasta el 1º de septiembre de 2010), hoy acogido en el artículo 222 de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio), en el cual se indica que "el nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado junta general o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior". A su turno, se destaca que el artículo 145.3 del Reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1784/1996 del 19 de julio) establece que "el registrador hará constar la caducidad, mediante nota marginal, cuando deba practicar algún asiento en la hoja abierta a la sociedad o se hubiera solicitado certificación".

³⁵ Garreta Such, J. M., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 2ª ed. Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 89.

³⁶ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-621 de 2003*, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

puedan actuar en el mundo jurídico adquiriendo derechos y obligaciones para el logro de su objeto social”.

Ahora bien, es preciso destacar que el ordenamiento jurídico colombiano no contempla la figura del administrador con cargo caducado, puesto que el artículo 164 del Código de Comercio dispone que la cancelación de la inscripción de un nombramiento en los cargos de administración solo se produzca “mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección”, mientras tanto, las personas que aparezcan inscritas en el registro mercantil como administradores conservarán tal carácter.

Sin embargo, se destaca que la no aplicación dentro del sistema mercantil colombiano de la modalidad de administrador con cargo caducado no obsta para que la presente figura no pueda ser empleada. En concreto, se propone la aplicación del presente supuesto de la doctrina del administrador de hecho, por ejemplo, i) en el evento de los administradores elegidos en reuniones con vicios de ineficacia³⁷ o inoponibilidad,³⁸ y ii) en el caso en que existan una o más circunstancias de inhabilidad para ejercer el comercio, previas o sobrevinientes al nombramiento. Se evidencia cómo la experiencia del sistema jurídico español puede ser aplicada a algunas situaciones de *administradores irregulares*, al amparo de las normas colombianas.

Así las cosas, el primero de los supuestos válidos hace referencia a los vicios de ineficacia e inoponibilidad en la decisión de nombramiento de un administrador. En primer lugar, cabe preguntarse *¿por qué no se incluye dentro de este supuesto las causales de invalidez (nulidad)?*³⁹ La respuesta está dada, evidentemente, por los efectos jurídicos y las acciones procedentes en

³⁷ En Colombia, el artículo 190 del Código de Comercio sanciona con ineficacia las decisiones de asamblea o junta de socios que se realicen en contravención a lo prescrito respecto de: el lugar de celebración de las reuniones, las formalidades legales y estatutarias en cuanto a convocatoria, y la indebida conformación del quórum deliberativo de la reunión. Así mismo, la Ley 222 de 1995 ha incluido algunos otros casos de ineficacia de las decisiones adoptadas por el máximo órgano social, como la no inclusión del punto referente a la escisión, fusión, transformación o cancelación en el orden del día de la convocatoria (artículo 13), la no indicación de la posibilidad que tienen los socios de ejercer el derecho de retiro (artículo 13) y, cuando en las reuniones no presenciales, alguno de los socios o miembros no participe en la comunicación simultánea o sucesiva (artículo 21).

³⁸ Según el artículo 190 del Código de Comercio, las decisiones de asamblea general o junta de socios que no tengan carácter general, esto es, que afecten o favorezcan a todos los socios en igual proporción o efecto jurídico, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes.

³⁹ El artículo 190 del Código de Comercio relaciona la validez de las decisiones del órgano social denominado asamblea o junta de socios con el cumplimiento de: i) la mayoría decisoria común o calificada, según sea el caso, y ii) que la decisión corresponda o sea adoptada dentro de los límites del contrato social (objeto social y competencia del órgano social).

cada caso. La invalidez o nulidad de las decisiones de los órganos sociales requieren ser declaradas por un juez, de tal forma que los acuerdos que se adopten se tienen como válidos hasta que la autoridad judicial competente no profiera decisión ejecutoriada que diga lo contrario.⁴⁰ Así mismo, el mecanismo judicial procedente para solicitar la invalidez se denomina *acción de impugnación*, la cual, según las voces del artículo 191 del Código de Comercio, debe ser instaurada a más tardar dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos de que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción.

En el caso de la nulidad, se presentan, pues, dos escenarios: el primero, el acuerdo es impugnado dentro del plazo y se declara la nulidad de la decisión; en este caso, el administrador será tenido como de derecho desde el día de su nombramiento hasta su cesación por pronunciamiento judicial. El segundo escenario se presenta tanto por haber sido negada la pretensión de invalidez del nombramiento o por llegar la fecha de caducidad de la acción de impugnación; en estos casos, no se altera la posición del administrador y este ha de tenerse como de derecho desde la fecha de su nombramiento (efecto *ex tunc*) y hasta su destitución posterior. Por el contrario, la ineficacia y la inoponibilidad son sanciones que operan de pleno derecho, esto es, sin que sea necesaria su declaración judicial, razón por la cual la pretensión de reconocimiento de estas ha de llevarse por la vía ordinaria con un término de prescripción de cinco años.⁴¹

⁴⁰ Al respecto, la Superintendencia de Sociedades ha conceptualizado que “como quiera que de la lectura de la aludida norma se desprende que lo que se impugna son las decisiones y no la reunión propiamente dicha, la primera conclusión que se deriva de la misma, es que la impugnación afecta la decisión o decisiones que se considere no se ajustan a las prescripciones legales o a los estatutos y por tanto se impugnen, y no a toda la asamblea de accionistas o junta de socios, si en ella se hubieren adoptado válidamente otras decisiones, las cuales, si no se encuentran en discusión, podrán ser ejecutadas, pues conservan plena validez mientras no sea demostrado lo contrario”. Vid. Superintendencia de Sociedades, *Oficio 220-54093*, 26 de agosto de 2003, Efectos de impugnación de decisiones sobre asamblea general.

⁴¹ En este mismo sentido, Peña Nossa sostiene: “De lo expresado sobre el tema, el autor se pregunta si el término de caducidad de los dos meses establecido en el artículo 191 es de rigurosa aplicación para impugnar las decisiones nulas, ineficaces o inoponibles. (...) A saber, la ineficacia y la inoponibilidad al operar de pleno derecho y sin necesidad de intervención judicial no podrán ser invocadas ante la justicia ordinaria en el término de dos meses por el procedimiento abreviado, sino mediante la acción civil ordinaria de cinco años contados a partir de terminada la reunión. Como conclusión final, el término de los dos meses se aplicará cuando se trate de impugnar decisiones nulas (...)” (Peña Nossa, L. L., *De las sociedades comerciales*, 5ª ed. Temis, Bogotá, 2009, p. 360).

Por otra parte, el ordenamiento mercantil establece diferentes causas por las cuales ha de considerarse a una persona como inhábil⁴² para ejercer el comercio. Es claro que las aludidas causales de inhabilidad son aplicables también a quien pretenda ostentar el cargo de administrador de una sociedad, esto es, que la persona a quien se pretende nombrar (inhabilidad previa) o que se encuentra válidamente nombrada (inhabilidad sobreviniente) se vea incurso en una de las circunstancias previstas por la ley. En estos casos, es evidente que la inhabilidad del administrador no afecta directamente el negocio jurídico celebrado, por lo tanto, los actos o contratos que realice no se consideran viciados de forma alguna por este solo hecho, por el contrario, le son predicables sanciones de carácter personal.

Sin embargo, desde el punto de vista de la responsabilidad, que es el que aquí nos ocupa, sucede que, en el evento de que una persona incurso en una inhabilidad haya actuado efectivamente como administrador de una sociedad, causando perjuicios a esta, o a sus acreedores, o a los socios, responderá de sus actos como administrador de hecho. Lo anterior, además, se muestra como consecuencia lógica de la aplicación extensiva de la doctrina de los actos propios,⁴³ como derivada de la buena fe, en el entendido de que, si el sujeto, a sabiendas de su condición de inhabilidad, acepta o continúa en ejercicio de sus funciones como administrador, es claro que

⁴² De conformidad con el artículo 14 del Código de Comercio, son inhábiles para ejercer el comercio, directamente o por interpuesta persona: i) Los comerciantes declarados en insolvencia económica (antes, quiebra), ii) los funcionarios de entidades oficiales y semioficiales respecto de actividades mercantiles que tengan relación con sus funciones y iii) las demás personas a quienes por ley o sentencia judicial se prohíba el ejercicio de actividades mercantiles. La inhabilidad, se toma como aptitud encaminada a la protección del interés común, y "circunscrita al campo estrictamente profesional, y de manera particular, al que se configura sobre un conjunto de derechos, obligaciones e instituciones exclusivas" (Madriñán de la Torre, R. E., *Principios del derecho comercial*, 6ª ed., Temis, Santafé de Bogotá, 2000, p. 77).

⁴³ La doctrina de los actos propios es aplicable cuando un sujeto de derecho actúa de forma contradictoria con la confianza que legítimamente había general en un tercero teniendo en cuenta su comportamiento previo. En este sentido, la figura busca resguardar los deberes de lealtad recíprocos que surgen de una determinada relación negocial. Ahora bien, esta teoría nace, sin lugar a dudas, como uno de los desarrollos del principio de *buena fe*. Sin embargo, dada la importancia que a través del tiempo ha tenido la figura, la doctrina y la jurisprudencia han generado un desarrollo propio, el cual sintetizaremos a continuación. Cfr. Barros Bourie, E., "Abuso del derecho", en *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010, p. 27; López Mesa, M. J., "La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación", *Vniversitas*, (119), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, pp. 189-222; Díez-Picazo, L., *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 132; Bernal Fandiño, M., "El deber de coherencia en los contratos y la regla del *venire contra factum proprium*", *International Law*, (13), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2008, pp. 291-321.

desarrolla una conducta contradictoria con la confianza que legítimamente genera en los demás (sociedad, socios y terceros).

En este sentido, la figura busca resguardar los deberes de lealtad recíprocos que surgen de una determinada relación negocial.⁴⁴ Para Wieacker,⁴⁵ el *venire contra factum proprium* expresa de forma inmediata la esencia de la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe. Es así como la inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa se basa en la misma exigencia de *fides*, que fundamentalmente impone el mantenimiento del *pacta sunt servanda* y la restricción del deber de prestación ínicua, a través del principio de buena fe, por medio del elemental entendimiento de la lealtad negocial.⁴⁶

En las situaciones antes planteadas, existe un elemento común, esto es, el nombramiento, que nunca ha sido o ha dejado de ser, legalmente adoptado de una persona en cargos de administración societaria.

Es de anotar que, como se mencionó con anterioridad, el *administrador irregular* en España parte de la base de la caducidad de su nombramiento,

⁴⁴ En este mismo sentido: Neme, M. L. “*Venire contra factum proprium*. Prohibición de obrar contra los actos propios y la protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe”, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*, tomo III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 18.

⁴⁵ Para Wieacker, el *venire contra factum proprium* expresa de forma inmediata la esencia de la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe; a partir de ella, se alumbra la totalidad del principio. La inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa se basa en la misma exigencia de *fides*, que, fundamentalmente, impone el mantenimiento de la palabra, el *pacta sunt servanda*, y la restricción del deber de prestación ínicua a través del principio de buena fe fue llevada a cabo por el antiguo concepto romano de la *fides*, por medio del elemental entendimiento de la concepción leal de este. Cfr. Wieacker, F., *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1977, pp. 60-63.

⁴⁶ En Colombia, el principio ha tenido un amplio reconocimiento jurisprudencial. Así, la Corte Suprema de Justicia expresó que el fin esencial de la doctrina de los actos propios es “evitar que con ese cambio de actitud, con esa rectificación se genere un perjuicio a quien despertó alguna expectativa válida por la conducta desplegada anteriormente, es, en otras palabras, dejar incólume la confianza fundada en ese antecedente” (Colombia, Corte Suprema de Justicia, *Sentencia del 24 de enero de 2011*, Proceso 2001-00457-01, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena). Por su parte, la Corte Constitucional explica que en esta figura “el principio de respeto del acto propio opera cuando un sujeto de derecho ha emitido un acto que ha generado una situación particular, concreta y definida a favor de otro. Tal principio le impide a ese sujeto de derecho modificar unilateralmente su decisión, pues la confianza del administrado no se genera por la convicción de la apariencia de legalidad de una actuación, sino por la seguridad de haber obtenido una posición jurídica definida a través de un acto que creó situaciones particulares y concretas a su favor” (Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-546 de 2003*, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa). En este mismo sentido: Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-346 de 2003*, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-141 de 2003*, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-083 de 2003*, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

aspecto este que no es procedente en el ordenamiento colombiano. No obstante, se ha procedido a transponer la esencia de la figura a situaciones que a la luz de la normatividad nacional permiten la procedencia de la teoría del administrador de hecho. En estos casos, pese a existir una vicisitud en su nombramiento, el administrador continúa sujeto a los deberes, funciones y, más importante aún, a las responsabilidades que su cargo deriva, esto es, la obligación de atender de manera solidaria los perjuicios que deriven de sus actos en contra de la sociedad, de los socios o frente a terceros, por haber incumplido su rol de *buen hombre de negocios*.

1.2.2. *Shadow director*

La caracterización del administrador oculto tiene su origen en la legislación inglesa de 1985 (Companies Act, sec. 741), en la que se señala expresamente que “(...) ‘*shadow director*’ means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act. However, a person is not deemed a shadow director by reason only that directors act on advice given by him in a professional capacity”.⁴⁷ A su turno, el Código de Comercio francés también incorpora una referencia genérica de responsabilidad, en la cual se menciona la situación fáctica que comporta el administrador oculto. En particular, el artículo 245.16 dispone que las disposiciones que afectan al presidente, los administradores, los directores generales y los gerentes de sociedades por acciones son aplicables a toda persona que, directamente o por interpuesta persona, haya, de hecho, ejercido la dirección, la administración o la gestión de dichas sociedades, bajo la cobertura o en el lugar y sitio de sus representantes legales.⁴⁸

Aunque, como se ha venido exponiendo, el término administrador de hecho es genérico y permite incluir diferentes clases o tipologías de situaciones configurativas, en este punto, se hace necesario diferenciar las dos figuras hasta ahora estudiadas. El administrador irregular es ante todo una persona que se ha dado a conocer como administrador, su tratamien-

⁴⁷ “(...) Administrador en la sombra significa una persona conforme a cuyas directrices o instrucciones suelen actuar los administradores de la sociedad. Sin embargo, no se supone que una persona es administrador en la sombra por la sola razón de que los administradores actúen siguiendo un consejo dado por él con carácter profesional”.

⁴⁸ Ribelles Arellano, J. M. & Giménez Ramón, R., “El administrador de hecho”, en *Órganos de la sociedad de capital*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2008, pp. 657-659.

to se orienta de forma sistemática a proteger la apariencia y a garantizar que la sociedad quede vinculada por lo realizado en su nombre, con el fin de dotar de seguridad jurídica al tráfico mercantil de esa sociedad. Por su parte, el administrador a la sombra no acusa ningún tipo de problema de representación, sino que se esfuerza o esmera en quedar oculto frente a los terceros, aunque materialmente ostenta el poder de decisión, es decir, el velo que construye frente a los terceros tiene como fin último escapar del régimen de responsabilidad propio de los administradores.

En todo caso, debe destacarse que la posición de dominio sobre una sociedad no puede equipararse a la condición de administrador oculto.⁴⁹ A este respecto, debe indicarse a efectos de la implementación de la figura en el ordenamiento jurídico colombiano que la responsabilidad patrimonial que se deriva del control posee presupuestos y condiciones diferentes a las que se examinan en el punto de los administradores. Así, por ejemplo, la normatividad (Colombia, Congreso de la República, Ley 1116 de 2006, art. 61) ha limitado la responsabilidad de la matriz a las situaciones de insolvencia, mientras que la responsabilidad de los administradores puede sobrevenir en cualquier etapa de la vida societaria.⁵⁰ Desde la perspectiva de Alcover Garau,⁵¹ esta figura atípica tiene especial aplicación y relevancia en los grupos de sociedades, en las sociedades unipersonales y en las sociedades de accionario reducido y cerrado, teniendo en cuenta que en dichas sociedades existe un socio mayoritario que frecuentemente se esconde en un cargo directivo, pero que es quien en realidad toma las decisiones, lo cual no obsta para que figuras similares no puedan presentarse en otro tipo de sociedades.

⁴⁹ Debe destacarse en este punto que Sánchez Calero sostiene que la posición de dominio sobre una sociedad no puede equipararse a la condición de administrador oculto, razón por la cual defiende la idea que dentro de la figura de administrador de hecho no se comprende al administrador oculto, sino que se limita a los administradores de hecho (administradores irregulares). Cfr. Sánchez Calero, F., *Los administradores en las sociedades de capitales*, Thomson, Civitas, Madrid, 2007, p. 316.

⁵⁰ Martínez Sanz sostiene que, en la práctica, la diferenciación anterior se diluye en ocasiones, al ser frecuente encontrarse el caso de una persona que influye decisivamente sobre los administradores formales y que opera externamente frente a terceros, no como administrador (pues de ser así se tendría como administrador de derecho), pero sí bajo un ropaje o vestidura distinta (Martínez Sanz, "Ámbito subjetivo...", óp. cit., p. 61). La Audiencia Provincial de Valencia lo expresa diciendo: "Bajo la apariencia de un apoderado se esconde el auténtico administrador" (España, Audiencia Provincial de Valencia, 27 de septiembre de 1999, AC 1999/2523).

⁵¹ Alcover Garau, G., "La calificación del concurso", en García Villaverde, R.; Alonso Ureba, A. & Pulgar Ezquerro, J. (dirs.), *Estudios sobre el anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Paracuellos de Jarama, 2002, p. 251.

De acuerdo con lo anterior, alcanzar una cierta determinación de los requisitos para la implementación del *shadow director* como una modalidad del administrador de hecho se muestra como necesario. En este sentido, partiendo de los diferentes análisis realizados tanto por la jurisprudencia como por la doctrina española, se formulan tres variantes o situaciones que bien podrían aplicarse en el sistema jurídico colombiano, en cuanto se caracterizan por ser particularmente recurrentes en el estudio de la doctrina del administrador oculto: i) el gestor de negocios que encubre a un administrador, ii) el administrador que se oculta detrás de un cargo directivo y iii) los falsos apoderados. En todo caso, es de resaltar que, en cada caso, se han de revisar los elementos probatorios específicos que puedan llevar a la certeza al juez del efectivo cumplimiento de funciones de administración.

En el primer caso, nos enfrentamos al supuesto del cuasicontrato del gestor de negocios ajenos. Allí, el gestor ejecuta una serie de actos relacionados directamente con los negocios ajenos, con la intención directa de favorecer a un tercero, sin recibir instrucciones ni tener el consentimiento de quien se favorece. Al respecto, indica Borrás de Cuadras,⁵² resulta difícil pensar que esta situación pueda darse en la práctica mercantil.

Sin embargo, un supuesto posible podría ser el de un empleado sin poderes que, ante la muerte, incapacidad o ausencia del administrador y ante una situación de “catástrofe” que comporta la interrupción prolongada de las comunicaciones, adopta una serie de medidas urgentes para proteger los bienes sociales, o para enajenar activos que requieren determinadas condiciones que las circunstancias no permiten, para su conservación. A su turno, Moya Jiménez⁵³ plantea como ejemplo cuando un administrador se desentiende de la gestión social y un tercero le sustituye transitoriamente, en tanto la junta general se reúne y nombra un nuevo administrador. En palabras de Olivares James,⁵⁴ el gestor de negocios se encuentra obligado a continuar la gestión hasta el término del asunto, así como está sometido a la responsabilidad por los daños y perjuicios que cause.

⁵² Borrás de Cuadras, *La responsabilidad civil...*, óp. cit., pp. 111-112.

⁵³ Moya Jiménez, A., *La responsabilidad de empresas insolventes*, Barcelona, 1998, p. 47. En este mismo sentido: Sánchez Álvarez, M., *Los delitos societarios*, Pamplona, 1996, p. 63.

⁵⁴ Olivares James, J. M., *En torno a los administradores de hecho en la sociedad anónima*, Academia Matritense del Notariado, 1975, p. 302.

Así las cosas, es evidente que bien podría darse el caso de que una persona asuma voluntariamente y en calidad de gestor de negocios la administración de una sociedad por acciones simplificada, caso en el cual sus actuaciones han de ser examinadas desde la perspectiva de las obligaciones y responsabilidades que se predicen del administrador de hecho.

La segunda de las situaciones se presenta en el evento de que una persona ostenta, de manera formal, un cargo directivo que, en teoría, lo aleja de la administración de la sociedad. Sin embargo, en la realidad económica de la sociedad, este es el encargado de realizar la gestión de la empresa oculto en su investidura de directivo.

En este sentido, la Audiencia Provincial de la Coruña⁵⁵ indica que en la realidad jurídica se evidencian numerosas ocasiones en las que, de forma fraudulenta o simulada, se oculta la condición real de administrador que posee un socio de la persona jurídica. En este sentido, normalmente hay que partir de la base de que la realidad y la apariencia jurídica coinciden, pues no existe razón para ocultar las actuaciones de un auténtico administrador bajo el manto de cargos directivos; no obstante, “atendiendo a las particulares circunstancias concurrentes en cada caso a examen, tampoco cabe negar la posibilidad que se llegue a constatar que bajo la apariencia de otras funciones se está ejerciendo como auténtico y verdadero administrador”.

Así pues, desde la perspectiva nacional, las autoridades jurisdiccionales encontrarían en este escenario del administrador oculto el fundamento o soporte jurídico cuando, por ejemplo, se crea dentro de una SAS un cargo de dirección para encubrir las verdaderas actuaciones de uno de los socios como administrador.⁵⁶

⁵⁵ En el caso en cita, el demandado ostentaba junto con su esposa el 70% de las participaciones, correspondiendo el 30% restante a sus tres hijos, en proporción de un 10% a cada uno de ellos. Dos de sus hijos fueron designados administradores societarios, mientras que el demandado fue nombrado director general de la sociedad, ocultando, bajo tal cobertura, la actuación de un verdadero administrador, condición derivada de los siguientes datos: 1) Las facultades inscritas idénticas a las que estatutariamente se les asignaban a los administradores solidarios. Tal apoderamiento era realmente amplio con facultades no solo de administración, sino incluso de disposición, estando facultado, entre otros para adquirir, disponer y gravar los bienes de la sociedad, así como para otorgar actos y contratos en nombre de la sociedad; y 2) el demandado se atribuía, expresamente, la condición de administrador social ante los organismos públicos y en las certificaciones de los acuerdos de diversas juntas generales ordinarias de la sociedad. Adicionalmente, se evidencia en el presente caso que la situación de control que ostentaba es un nuevo indicio de su condición de administrador (España, Audiencia Provincial de La Coruña, *Sentencia del 17 de enero de 2000*, AC. 2000/304).

⁵⁶ Tal es el caso que resolvió la Audiencia Provincial de Teruel y en el cual estableció que “(...) los demandados decidieron crear una persona jurídica con el ánimo de limitar no solo su responsabi-

Por otra parte, la tercera situación hace referencia a los apoderados que ostentan facultades tan amplias que, en la realidad, ejercen o desarrollan la actividad de administración de la sociedad. Sobre el particular, el Tribunal Supremo⁵⁷ ha expresado que, a pesar de que el recurrente se entienda a sí mismo solamente como un apoderado mercantil, si al analizar minuciosamente las pruebas practicadas y los precedentes sociales se llega a la conclusión de que se está en presencia de un verdadero administrador, este será aunque fuera de hecho.

Especialmente ilustrativo se muestra el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Toledo,⁵⁸ en el cual se verifica la existencia de una evidente sucesión societaria, en la que “Jugarpe” asume la totalidad de los negocios y de los activos, mas no de los pasivos, de la sociedad JGA S. L. A su turno, deduce de manera irrefutable que quien aparece como administrador designado de “Jugarpe” de hecho también lo era de JGA S. L., aunque en ella apareciese como mero apoderado, pues su actuación en una y otra es idéntica, pudiéndose hablar de lo que la sentencia denomina “administrador de hecho - falso apoderado”.

De igual forma, la Audiencia Provincial de Madrid⁵⁹ expresa que, si una persona es propietaria de la mayoría de las participaciones sociales (en el caso, del 75%) y le ha sido conferido un poder suficientemente amplio para llevar a cabo las actividades propias de la administración (en el caso, el poder fue incluso inscrito en el registro mercantil en el momento de constituir la sociedad), aunque no haya sido formalmente designado como administrador, es evidente que ejerce, de hecho, como un administrador, teniendo en sus manos la marcha de la sociedad.

En todos los supuestos anteriores, los tribunales han tenido especial consideración en identificar quién gestiona y dirige de forma real y efectiva, e incluso públicamente, la sociedad. No obstante, y pese a la relativa

lidad frente a terceros contratantes, al constituirse como socios-administradores la esposa y el hijo de 21 años del auténtico titular de la misma, don J. M. M. G. quien asumió la Gerencia (cargo directivo) de la misma, sino que buscaron eliminar la posible responsabilidad de éste, al quedar al margen de la sociedad y de las responsabilidades que pudiera contraer de haber sido socio y administrador de la misma, como lo pone de manifiesto el hecho de que quien realmente gestionó, dirigió y asumió la responsabilidad de la administración fue el aludido señor J. M. M. G.” (España, Audiencia Provincial de Teruel, *Sentencia del 22 de diciembre de 1998*, AC 1998/2456).

⁵⁷ España, Tribunal Supremo, *Sentencia del 26 de mayo de 1998*, Ar. 4004/1998.

⁵⁸ España, Audiencia Provincial de Toledo, 12 de mayo de 2004, AC 2004/173493.

⁵⁹ España, Audiencia Provincial de Madrid, *Sentencia del 16 de julio de 2001*, AC 2002/10749.

claridad que se ofrece en los conceptos, no toda la jurisprudencia ha sido unánime. Así, por ejemplo, pueden encontrarse algunas sentencias, por fortuna minoritarias, en las cuales se da preponderancia a los aspectos formales por encima de la realidad material para endilgar la responsabilidad de los administradores. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo⁶⁰ declaró que “la justificación argüida por la sala en el sentido de que el apoderado era el verdadero gestor es inconsistente frente al derecho positivo. Legalmente el auténtico gestor y responsable de la marcha de la sociedad es el administrador y más aún si es el único”.⁶¹

De lo anterior, se puede evidenciar que, bajo el concepto de “administrador oculto”, se han agrupado un conjunto de figuras o supuestos de hecho que han sido catalogados, de manera mayoritaria por la jurisprudencia española, a partir de la solución de casos particulares, como derivadas de la doctrina del administrador de hecho, las cuales pueden entenderse aplicables o susceptibles de ser transpuestas al ordenamiento jurídico colombiano, con fundamento en la Ley 1258 de 2008.

1.2.3. *Administración mediante contrato*

En la realidad societaria, es posible que una persona, natural o jurídica, sin tener participación de la sociedad, pueda disponer de la mayoría de los derechos de voto de esta, mediante contratos celebrados con sus socios. Al faltar el elemento de condición de socio de la sociedad, no es procedente la calificación de este como matriz o controlante. Sin embargo, resulta claro que se podrá considerar como administrador de hecho, en la medida que se verifique la realización de actos positivos de gestión de la sociedad. La administración mediante contrato puede presentar diversas formas y, como lo expresa Borrás de Cuadras,⁶² generalmente se presenta entre dos personas jurídicas, esencialmente, con fundamento en contratos con entidades del sistema financiero.

⁶⁰ En la sentencia en cita, el Tribunal Supremo revoca la decisión adoptada por la Audiencia Provincial, en la que se declaraba solidariamente responsables al administrador formal y al apoderado general de la sociedad; este último por haber ejercido de hecho las facultades del administrador (España, Tribunal Supremo, *Sentencia del 7 de junio de 1999*, Ar. 4730/1999).

⁶¹ En sentido similar, la Audiencia Provincial de Valencia excluye la responsabilidad del administrador de hecho que concurre con un administrador de derecho (España, Audiencia Provincial de Valencia, *Sentencia del 15 de enero de 2001*, AC 2001/658).

⁶² Borrás de Cuadras, *La responsabilidad civil...*, óp. cit., p. 112.

Uno de los escenarios de este supuesto se encuentra en los antecedentes jurisprudenciales del derecho anglosajón, bajo la denominación *management agreement*, en el evento en que una sociedad confía la administración, generalmente con carácter temporal, de la totalidad o parte de sus negocios a otra sociedad (*manager*) por carecer del equipo (técnico o humano) para dichos proyectos o por cualquier otra razón operativa o financiera.

En el contrato en estudio, aunque el *manager* no se erige como un administrador de la totalidad de la sociedad en el sentido técnico de la expresión, en tanto no ha sido designado o elegido por la asamblea o la junta directiva, ni ha aceptado o inscrito cargo alguno en el registro mercantil, sí es claro que el *manager* ejerce, durante la vigencia del contrato, las funciones propias de los administradores, o los designa, sin estar subordinado a los órganos de la sociedad administrada. Es evidente, entonces, que los elementos esenciales de esta situación son el ejercicio de las funciones propias de administrador y la autonomía y continuidad de dichos actos de gobierno societario.⁶³

Desde otra perspectiva, es posible encontrar cláusulas dirigidas a permitir a un acreedor tomar el control de la sociedad deudora para garantizar el pago de una deuda o a una sociedad de capital-riesgo tomar el de la empresa en que participe mientras dura tal participación. Es así como, en ocasiones, las entidades financieras que conceden un préstamo o un crédito de elevado valor exigen para asegurar su restitución, además de una garantía real sobre bienes muebles o inmuebles, la pignoración (prenda) de las acciones o participaciones de la sociedad propietaria de ese inmueble, acompañadas de la expresa atribución del derecho de voto al acreedor pignoraticio (Código de Comercio colombiano, art. 411).

De esta forma, en el evento en que la sociedad deudora incumpla su obligación crediticia, el acreedor puede optar por iniciar el cobro ejecutivo de los valores insolutos (que pueden implicar dilaciones procesales y costos de importancia) o hacerse con el control de la sociedad deudora para hacerse cargo en forma privada del pago de la deuda, mediante el ejercicio de los derechos de voto u otro mecanismo similar.⁶⁴

⁶³ *Ibíd.*, pp. 112-113.

⁶⁴ El presente artículo no pretende estudiar la validez o eficacia de este tipo de cláusulas contractuales, en particular, teniendo en cuenta que, según las voces del artículo 1203 del Código

Ahora bien, si el acreedor asume, mediante la segunda de las opciones, el control de la sociedad, podría incurrir en la responsabilidad como administrador de hecho de esta. Díaz Echegaray⁶⁵ explica que esta situación será todavía más evidente si tales acreedores, como sería previsible, actúan en su propio beneficio, tratando solo de hacer efectivo su crédito, con olvido de los intereses de los restantes acreedores, de los de la sociedad y de los socios.

Por otra parte, otro supuesto aplicable en este caso puede darse en aquellos contratos de concesión o de franquicia que someten a la empresa concesionada o franquiciada a decisiones del concedente o franquiciante que lleguen a incidir en materias que afecten decisiones claves para la viabilidad de la primera. En este caso, la franquiciadora debe desarrollar con autonomía y continuidad actos propios del gobierno de la sociedad administrada, y esta acepta tales actos como vinculantes, aquella sociedad podrá ser considerada como administradora de hecho de esta, con las graves consecuencias que se derivan de ello.

Aunque los elementos de hecho de que trata el supuesto de administrador de hecho, en la modalidad de administración mediante contrato, surgen del juicioso y concienzudo estudio de las cortes extranjeras, bien podrían estos aplicarse en el contexto colombiano, en el contexto de la Ley 1258 de 2008.

1.2.4. *Situaciones de control y los grupos empresariales*

Las diferentes legislaciones mercantiles incorporan los conceptos de control y subordinación para enmarcar el hecho de que una sociedad tiene su poder de decisión sometido, directa (filial) o indirectamente (subsidiaria), a la voluntad de otra u otras personas, naturales o jurídicas (matriz o controlante). En el ordenamiento colombiano, los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, subrogados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, respectivamente, son la estructura o el soporte sustantivo de las situaciones de control.

de Comercio colombiano, toda estipulación que, directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medios distintos de los previstos en la ley no producirá efecto alguno.

⁶⁵ Cfr. Díaz Echegaray, J. L., *El administrador de hecho de las sociedades*, Pamplona, 1999, pp. 111 y ss.

Así las cosas, siempre que una persona someta la voluntad, el poder de decisión o las actuaciones de una sociedad, se configurará una situación de subordinación o control, que, generalmente, se origina de dos formas: en la primera, la matriz determina e impone la dirección del poder decisorio de la subordinada a través del uso de la capacidad de voto, ya sea por ostentar la titularidad de la participación mayoritaria o porque por acuerdos contractuales tenga conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos (*p. ej., el caso del acreedor prendario a quien se le han conferido los derechos de voto inherentes a la calidad de accionistas. Código de Comercio, art. 411*); la segunda, cuando la subordinante configura el control sin emplear del derecho al voto, como ocurre en el caso del ejercicio de influencia dominante en las decisiones o en los órganos de administración de la sociedad, por virtud de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios.⁶⁶ Como se observa, la participación en el capital no es el único determinante del control, por el contrario, la ley admite múltiples y muy diversas formas de control de otra u otras personas.

Este tipo de organizaciones empresariales da lugar a la institución que la Ley 222 de 1995 consideró como *grupo empresarial* en los artículos 28 y siguientes, que, en términos de la Superintendencia de Sociedades, se configura cuando “(...) además de la subordinación existe entre los vinculados unidad de propósito y dirección”.⁶⁷ De acuerdo con lo anterior, los

⁶⁶ Superintendencia de Sociedades, *Oficio 220-057365 del 3 de diciembre de 2007*, Del control y otros aspectos, en <<http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=sec&dir=45&id=28155>>, consulta del 13 de marzo de 2012.

⁶⁷ La Corte Constitucional ha proferido las dos sentencias más emblemáticas sobre la configuración y la responsabilidad en las situaciones de control. En primer lugar, la SU-1023 de 2001 realizó el análisis tendiente a establecer si la tutela constituye vía judicial idónea para decretar la solidaridad empresarial de la entidad matriz o controlante de acuerdo con lo señalado en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 (hoy, artículo 61 de la Ley 1116 de 2006); la situación se refería al proceso de liquidación obligatoria (en especial, el pago del pasivo pensional) de la Compañía de Inversiones Flota Mercante S.A. (CIFM), cuyo mayor accionista era la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, con un porcentaje del 80% de las acciones, las cuales fueron adquiridas con recursos del Fondo Nacional del Café, lo cual se traduce en una mayoritaria participación en la junta directiva. Dichas inversiones tuvieron como finalidad el desarrollo de actividades inherentes al fomento y/o beneficio del sector cafetero del país, en tanto se realizaron actividades de mercadeo, transporte y comercialización del café colombiano. Así mismo, cabe anotar que la Federación Nacional de Cafeteros manifestó ante la Cámara de Comercio de Bogotá su condición de matriz o controlante en los términos del artículo 27 de la Ley 222 de 1995. Al respecto, expresó que “debe tenerse en cuenta que la responsabilidad en cuestión tiene un carácter estrictamente económico y que está íntimamente relacionada con actuaciones de la matriz, según lo expuesto, luego no puede afirmarse que se imponga gratuitamente a una persona jurídica totalmente ajena a los hechos materia de proceso. Son precisamente las decisiones de la compañía controlante las que repercuten en la

sujetos vinculados en situación de control o grupo empresarial conservan su individualidad, es decir, mantienen sus atributos y obligaciones propias; los supuestos de control establecidos en estas normas suponen una o varias personas controlantes y una o varias sociedades comerciales controladas, de tal manera que en los dos extremos de la relación de control se ubican sujetos con posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones en forma independiente.⁶⁸

Las situaciones de control son cada vez más evidentes y complejas en una economía globalizada como la contemporánea, en la que se tejen redes de sociedades filiales de distintas nacionalidades, creadas para operar en diferentes mercados locales en interés de la matriz. No obstante, es preciso advertir que la presencia de una situación de control no es sinónimo de fraude, abuso o perjuicio, sino que, por el contrario, es un escenario o estado de especial relevancia y protección.

En este sentido, cuando una sociedad domina a otra, estará en condiciones de imponerle decisiones, de darle instrucciones vinculantes, que la dominada deberá llevar a efecto mediante sus propios órganos de administración. Serán estos los que adopten formalmente el acuerdo y los que desarrollen las actividades necesarias para implementarlo.

En estos casos, es preciso discernir y realizar una adecuada revisión e interpretación de la dinámica social, por cuanto, aunque la matriz ejerce un determinante control sobre la subordinada, no puede entenderse este

disminución o afectación del patrimonio de la subordinada y son también las que, en los términos del precepto, generan su responsabilidad. Además, no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados (...).

Por otra parte, en la Sentencia SU-636 del 31 de julio de 2003, en la cual la situación de control no se veía reflejada en una sola matriz, la Corte manifestó: "(...) la *matriz* puede estar conformada por una o varias sociedades, evento este último que se presenta en el caso sub examine, para la sala no queda duda alguna de que la *matriz* conformada por Coltejer S.A. (37,49%), Cementos El Cairo S.A. (37,48%), Fabricato S.A. (11,23%) y su filial Textiles Panamericanos S.A. (10,56%) tiene en Industrial Hullera S.A. en *liquidación obligatoria* una participación accionaria que supera el 50%, pues la suma de dichas participaciones arroja un porcentaje del 96,76%, razón por la cual esta última sociedad se encuentra, respecto de las primeras, en la presunción contenida en el artículo 261, numeral 1, del Código de Comercio". Cfr. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU-1023 de 2001*, M. P. Jaime Córdoba Triviño; Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU-626 de 2003*, M. P. Jaime Araújo Rentería.

⁶⁸ Superintendencia de Sociedades, *Doctrinas y conceptos jurídicos 2000-2004*, (Oficio 220-64518 del 5 de octubre de 2000), Bogotá D.C., 2004, pp. 285-286.

solo hecho como una subespecie de administración oculta, puesto que en estos casos la sociedad dominante actúa dentro del marco de su interés y en desarrollo de su poder subordinante. En este sentido, se destaca la decisión del Tribunal de Comercio de París en la que desestima la existencia de un administrador de hecho en un caso en que la sociedad matriz detentaba el 95% de las acciones de otra sociedad, argumentando que no fue posible verificar la existencia de una efectiva *inmixión* en la gestión social.⁶⁹

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. El administrador de la filial que no acata las instrucciones de la dominante o dimite, o es cesado, si tenemos en cuenta que los administradores de las filiales suelen ser altos ejecutivos de la empresa encargados de la dirección de la filial y que su dimisión o cese puede significar la terminación de su carrera en el grupo empresarial.⁷⁰

No obstante, Borrás de Cuadras (2005, 107)⁷¹ manifiesta que el solo hecho de que existan dos administraciones diferentes no exonera a los administradores de la filial de su responsabilidad por los hechos perjudiciales que causen en ejercicio de sus funciones, esto es, que, en el evento de que se causen daños a terceros, es pertinente aplicar el régimen de responsabilidad a los administradores de la filial, así como vincular patrimonialmente a la matriz, en el caso de concurrir los requisitos de dicha institución. No obstante, aunque en la dinámica interna de un grupo empresarial está implícito el control por parte del subordinante, es posible identificar algunas circunstancias en las que sea posible aplicar la doctrina del “administrador de hecho”.

Así, por ejemplo, el Juzgado de lo Mercantil⁷² expresó que la sociedad dominante podrá considerarse como administrador de hecho de la sociedad

⁶⁹ Francia, Tribunal de Comercio de París, 2001. Citada por Reyes Villamizar, F., “Responsabilidad de administradores en la sociedad por acciones simplificada”, en *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*, Bogotá D.C., 2011, p. 150.

⁷⁰ Gimeno-Bayón Cobos, R., “Aproximación a la responsabilidad de los administradores en los grupos sociales”, en *Responsabilidad civil derivada de procesos concursales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999, p. 111.

⁷¹ Borrás de Cuadras, *La responsabilidad civil...*, óp. cit., p. 107.

⁷² España, Juzgado de lo Mercantil, Palmas de Gran Canaria, Nº 1, *Sentencia 136 del 18 de julio de 2011*, Jur. 2011/275524.

filial cuando la actuación de su administrador o administradores se haya realizado en su interés exclusivo, mas no de la sociedad subordinada, o cuando las instrucciones o directrices recibidas por la sociedad concursada no tienen un carácter “orgánico”, esto es, que han sido adoptadas respetando las exigencias de procedimiento y competencia que disciplinan la actuación de los órganos societarios. En estos eventos, son precisamente las personas físicas, y no la sociedad dominante, quienes tendrán la consideración de administradores de hecho de la sociedad filial concursada.⁷³

Por otra parte, el Consejo General del Poder Judicial⁷⁴ explica que los instrumentos que suelen utilizarse por el socio de control, configurado como auténtico administrador fáctico, suelen ser: i) la atribución de poderes generales con los que se gobierna de hecho la sociedad, ii) la asunción formal, con ánimo de eludir responsabilidades, de la condición de mero empleado, y/o iii) la realización de la actividad de control y gestión a través de interpuesta persona.

Desde otra perspectiva, se encuentra una situación particular en las sociedades unipersonales, en las que el párrafo del artículo 22 de la Ley 1258 de 2008 permite al accionista único adoptar las determinaciones que le correspondan a la asamblea, de las cuales únicamente dejará constancia en actas debidamente asentadas en el libro correspondiente de la sociedad. Esta circunstancia se torna relevante, por ejemplo, durante algún período de tiempo en que la sociedad carezca de un órgano de administración propio, por lo que puede presumirse que la gestión y la administración de sus negocios han sido asumidas por tal socio único, quien ha tenido en su mano la potestad de designar nuevos administradores, y no lo ha hecho.

Así, por ejemplo, se considera apropiado que la autoridad jurisdiccional colombiana tenga en cuenta lo dispuesto por el Tribunal Supremo,⁷⁵ al entender que, al convertirse la sociedad en socio único por la adquisición 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 haber

⁷³ Astarlo, E., *¿Por fin un concepto unívoco de administrador de hecho en derecho penal y derecho societario?* Homenaje al profesor Juan Luis Iglesias Prada, Extraordinario, 2011, en <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3191/documento/art07.pdf?id=3336>>, consulta del 13 de marzo de 2012.

⁷⁴ Consejo General del Poder Judicial, *La responsabilidad de los administradores...*, óp. cit., p. 38.

⁷⁵ España, Tribunal Supremo, *Sentencia del 24 de septiembre de 2001*, Ar. 8166/2001.

designado persona física que asumiese el cargo de administrador, se debe considerar al socio unipersonal como administrador de facto.⁷⁶

2. Elementos comunes a las figuras

En el acápite anterior, se sistematizan, a partir de la jurisprudencia y de la doctrina española, los escenarios en los que se ha reconocido la existencia de un administrador de hecho que se consideran aplicables al ámbito nacional. Ahora bien, aunque la sistematización parte del derecho español, el análisis de los supuestos se realiza desde la perspectiva del sistema jurídico colombiano, esto es, con miras a que la sistematización planteada pueda ser implementada en el ordenamiento jurídico colombiano por las autoridades jurisdiccionales competentes.

Así pues, se reitera que el concepto de administrador de hecho se erige como un término genérico, en el cual se engloban o incorporan muy diferentes tipos de conductas, que optan por una visión funcionalista, según la cual se incluyen en el término administradores a todos aquellos que ejerciten las funciones de gestión y representación, prescindiendo de toda valoración formal respecto de su nombramiento como tales. En este sentido, se propugna por una posición de igualdad en las obligaciones que se asumen, en el entendido de que la restricción de la responsabilidad patrimonial de manera exclusiva para los administradores de derecho vulnera la equidad que se ha de predicar en todos los ordenamientos jurídicos.⁷⁷ Es evidente entonces que el concepto mercantil de administrador de hecho debe buscarse a partir de varios elementos, cuya concurrencia y magnitud han de ser valoradas por el juzgador en cada caso en concreto a partir de los elementos materiales de prueba con los que se cuente.

El primer elemento es la exigencia de que la persona ejercite, de manera efectiva, las funciones propias de administración social, ya sean de aquellas de carácter interno (gestión y gobierno) o externas de representación. Sin

⁷⁶ Cfr. Borrás de Cuadras, *La responsabilidad civil...*, óp. cit., p. 109.

⁷⁷ Para Latorre Chiner, definir al administrador de hecho como quien, careciendo de un nombramiento regular, ejerce, de forma directa o indirecta, continuada e independiente, sin oposición de la sociedad, una actividad positiva de gestión idéntica o equivalente a la del administrador de la sociedad formalmente instituido, es una forma de dotar de seguridad jurídica al tráfico mercantil. Latorre Chiner, *El administrador de hecho...*, óp. cit., p. 152.

embargo, no es preciso que una persona ejercite todas las funciones propias de la administración para poder atribuirle la condición de administrador de hecho, o, en otras palabras, la no realización por una persona de algún tipo concreto de actos propios de la administración societaria no podrá utilizarse como excusa para negar su condición de administrador de hecho.

Dentro de la jurisprudencia estudiada, se evidencia la verificación por parte del agente jurídico de las facultades respecto de los bienes y recursos de la sociedad, la posibilidad de negociar y celebrar contratos e, incluso, la actitud personal de anunciarse o mostrarse frente a terceros como administrador de la sociedad, aunque no conste dicha condición en el registro mercantil.

Ahora bien, como segundo requisito está la necesidad de que estas funciones tengan cierta extensión y continuidad en la vida de la sociedad. En este punto, entonces, se advierte que una actuación aislada no vale para indilgar las obligaciones y responsabilidades propias del administrador de hecho, en otras palabras, se necesita demostrar una serie continuada de actos pertenecientes al ámbito propio de la administración social.⁷⁸ Así pues, es preciso que cada agente jurídico estudie la cantidad y cualidad de los actos de la persona, de tal forma que permitan entender que posee y ejercita la gestión, la administración y el gobierno de la sociedad. Para Sánchez Álvarez,⁷⁹ el examen sobre la condición de administrador de hecho debe circunscribirse a los efectivamente ejecutados para definir si tales actos constituyen una manifestación de ese poder.

Adicionalmente, es preciso verificar si el mencionado ejercicio es autónomo, es decir, falto de subordinación a un órgano de administración social. De acuerdo con lo anterior, el administrador de hecho debe ejercitar funciones propias del máximo rango de gobierno social, esto es, que no dependa de acuerdos adoptados a un nivel superior al de las funciones

⁷⁸ La Audiencia Provincial de Barcelona ha considerado que la figura del administrador de hecho "requiere la concurrencia de notas tales como la habitualidad en el ejercicio de dicha función (lo que excluye una intervención puntual en la gestión de la sociedad), la permanencia, la continuidad o, en último extremo, la profesionalidad de quien la verifica (...). Por ello, es precisa una presencia efectiva y real en el ámbito de la gestión social, un verdadero protagonismo del que se deduzca una autónoma facultad de decidir y, por ende, una independencia de la que carece quien ha de dar cuenta de su actuación a algún tercero" (España, Audiencia Provincial de Barcelona, *Sentencia del 24 de enero de 2005*). En igual sentido, vid. Martínez Sanz, "Ámbito subjetivo...", óp. cit., p. 62.

⁷⁹ Sánchez Álvarez, *Los delitos societarios*, óp. cit., p. 63.

que desempeña, ni deba rendir cuentas de sus actos a alguien a quien esté subordinado.⁸⁰

Este aspecto parece contradecir algunas de los supuestos de hecho estudiados con anterioridad. Por ejemplo, en teoría, el apoderado no goza de ningún tipo de autonomía, pues, aunque puede ejercitar funciones de administración, se encuentra sometido jerárquicamente a un órgano de administración, por lo anterior, será el órgano al cual se encuentre subordinado el apoderado el responsable (*culpa in eligendo, in vigilando, in instruendo o in controlando*) de los actos perjudiciales que este realice.⁸¹

No obstante, descartar de plano este requisito en el caso de los apoderados sería limitarse a la aplicación meramente formal de los conceptos; por el contrario, ha de verificarse si el presunto mandatario ejerce con total soberanía sus funciones inherentes a la administración social, evento en el cual han de ser considerados como verdaderos administradores de hecho. La Audiencia Provincial de La Rioja⁸² ha indicado que los elementos caracterizadores del administrador de hecho son: “i) una efectiva intervención en la dirección, administración y gestión de la sociedad; ii) que dicha actividad directiva y de gestión se ejerza con total independencia o autonomía de decisión; y iii) que el desempeño de las funciones propias del cargo de administrador lo sea de un modo permanente o constante” (Audiencia Provincial de La Coruña, 2011, 6 de julio).⁸³

⁸⁰ La Audiencia Provincial de Barcelona ha expresado que el elemento definitorio de la figura de administrador de hecho “es el de la autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social (...) de tal modo que pueda razonablemente entenderse que está ejercitando en la práctica las funciones del poder efectivo de gestión, administración y gobierno” (España, Audiencia Provincial de Barcelona, *Sentencia del 24 de enero de 2005*, RJC 2005-II).

⁸¹ Borrás de Cuadras, *La responsabilidad civil...*, óp. cit., p. 98.

⁸² España, Audiencia Provincial de La Rioja, *Sentencia del 5 de enero*, AC 2011/240).

⁸³ En igual sentido, la Audiencia Provincial de La Coruña ha dispuesto que las “notas definitorias del administrador de hecho son las siguientes: (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” (España, Audiencia Provincial de La Coruña, *Sentencia del 6 de julio de 2011*, N° 312/2011, Jur 2011/319319).

Finalmente, el último de los requisitos por verificar a efectos de endilgar la calidad de administrador de hecho es la aceptación, expresa o tácita, por parte de la sociedad de que los actos efectuados son vinculantes para la persona jurídica. Esta exigencia, como es evidente, se deriva del dominio real del administrador de hecho sobre la persona jurídica, lo que se deduce del hecho de que la sociedad adopte como propio lo decidido o pactado por este. De no existir esa asunción, no habrá dominio social, ni actos de gobierno, sino meras tentativas, que no autorizan a tener a su autor como administrador de hecho.

Así las cosas, se han deducido de los diferentes supuestos, así como de la jurisprudencia, los cuatro requisitos sustanciales que los órganos jurisdiccionales competentes deben verificar a efectos de atribuir la calidad de administrador de hecho. En este sentido, es evidente cómo resulta secundario el contar con un nombramiento válido, pues la ausencia de esta circunstancia no impide poder calificar al sujeto, eventualmente, como administrador de hecho.

No obstante, a pesar de haber delimitado los requisitos sustantivos necesarios para la calificación de una persona, natural o jurídica, la labor judicial no es fácil. Es preciso destacar que el aspecto probatorio juega un papel central, pues solo a partir de los elementos materiales, puede el juez acercarse a la realidad societaria a efectos de verificar los requisitos anteriores. Ahora bien, como es evidente, las pruebas necesarias para determinar la calidad de administrador de hecho difícilmente se muestran abiertamente al público, razón por la cual la prueba indiciaria es esencial en este tipo de conflictos.⁸⁴

Ciertamente, no es posible enumerar todas las circunstancias en que se puede presentar la administración de hecho, sin embargo, el análisis de la jurisprudencia deja entrever algunos factores decisivos recurrentes que han sido utilizados para atribuir dicha condición. En primer lugar, es frecuente valorar como indicio que la sociedad posea una base familiar, en la que el administrador de hecho ostenta una relación de parentesco

⁸⁴ La prueba indiciaria se construye con una serie de elementos probatorios que, aunque aisladamente no son prueba completa, su característica relacional ayudan a interpretar y ponderar la realidad de los hechos. Cfr. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-097 de 1994*, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

que le permite presumir una situación de control o superioridad sobre los administradores de derecho.

Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Valencia⁸⁵ decidió atribuir la condición de administrador de hecho al evidenciar que dentro de una sociedad el administrador en derecho cesó en su cargo alegando enfermedad, siendo sustituido formalmente por su hijo, estudiante al momento del nombramiento, quien, a los pocos días, confiere a su padre (antiguo administrador) un poder amplio de actuación y representación en nombre de la sociedad, a pesar de la enfermedad.

De igual forma, en el caso en el que, después del fallecimiento del administrador de derecho de una sociedad, la administración recayó en la esposa, sin embargo, la Audiencia Provincial de Málaga⁸⁶ evidenció que quien llevaba el negocio luego de la muerte del administrador era el padre y la hermana del difunto, quienes hacían los pedidos, firmaban los recibos, entre otros, sin intervención de ningún tipo por parte de la esposa, quien demuestra una dejación total de sus funciones. Martínez Sanz (2011, 66)⁸⁷ critica la sentencia en cita, al indicar que llega a la conclusión de que el padre y la hermana son administradores de hecho sobre la base de la doctrina del levantamiento del velo, argumento que no parece demasiado correcto, al referirse a figuras diferentes.

De la misma forma, y como se ha estudiado con anterioridad, se ha identificado como un indicio que el administrador de hecho posea el control o dominio sobre la sociedad derivado de poseer la titularidad de la mayoría de las participaciones sociales. A modo de ejemplo, se cita cómo el Tribunal Supremo⁸⁸ 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 de

⁸⁵ España, Audiencia Provincial de Valencia, *Sentencia del 31 de enero de 2007*.

⁸⁶ España, Audiencia Provincial de Málaga, *Sentencia del 8 de marzo de 2005*.

⁸⁷ Martínez Sanz, "Ámbito subjetivo...", óp. cit., p. 66.

⁸⁸ España, Tribunal Supremo, *Sentencia del 24 de septiembre de 2001*.

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.

De igual manera, la jurisprudencia ha considerado recurrentemente como indicio el hecho de que el administrador de hecho se presente externamente como “administrador de la sociedad” o por realizar otra serie de actos que competen a los administradores. Al respecto, la Audiencia Provincial de la Coruña⁸⁹ endilgó la categoría de administrador de hecho a una persona que en diferentes comunicaciones con entes oficiales y privados (Consejería de Justicia, Interior y Relaciones Sociales del Estado autonómico, diferentes contratos suscritos, las certificaciones de los acuerdos de la junta general y los balances generales de la sociedad) se atribuía la función social de administración. Para Martínez Sanz,⁹⁰ la jurisprudencia ha considerado correctamente el hecho de que una persona retirada del cargo de administrador de derecho siga desempeñando la función de secretaria de las juntas de socios. Así mismo, la existencia de amplios poderes de actuación que le permitan manejar a su antojo la marcha de los asuntos sociales ha sido también considerada como un indicio determinante de la calidad de administrador de hecho.⁹¹

⁸⁹ España, Audiencia Provincial de La Coruña, *Sentencia del 17 de diciembre de 2000*.

⁹⁰ Martínez Sanz, “Ámbito subjetivo...”, óp. cit., p. 67; España, Audiencia Provincial de Barcelona, 8 de abril de 2003.

⁹¹ Además de las sentencias citadas en acápites anteriores, se puede citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia en la que se da a entender que el administrador de hecho disfrutaba de un poder amplio, al señalar que “la mejor prueba de quien efectiva y realmente dirigía y se hallaba detrás de la entidad era el señor R. la encontramos por una parte en que ya durante 1995 y 1996, cuando había cesado como administrador y formalmente sólo se trataba de un accionista minoritario, continuaba siendo la persona autorizada para disponer de los fondos de la entidad y operar a través de las cuentas corrientes cuya titularidad éste ostentaba en ‘Caja España’ (folio 273) y ‘Banco Español de Crédito’ (folio 543), y por otra en que el propio señor R. se conformó con el escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal en el procedimiento abreviado seguido con el núm. 27/1997 ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Cervera de Pisuerga, en el que se

Sobre este particular, Muñoz⁹² indica que la presencia de un administrador de hecho en el entorno empresarial suele encubrirse con un título o cargo de menor categoría, aunque se oculten importantes funciones y privilegios. Así, por ejemplo, se menciona el caso en el que una discoteca se designa a un “encargado de relaciones internas”, cargo que no hace más que ocultar el cargo de director, pues tan ambigua formulación va más allá de cualquier función que pueda desempeñarse en este tipo de negocio (camarero, portero, DJ, etc.) y trata de ocultar que el señor B la dirigía.⁹³

En este sentido, en el presente acápite se infieren, a partir del estudio jurisprudencial realizado del caso español, los elementos de hecho comunes, así como los aspectos probatorios relevantes a efectos de que la doctrina del administrador de hecho sea implementada en el ordenamiento jurídico colombiano.

3. Concurrencia de responsabilidad con el administrador de derecho

Los administradores societarios son los titulares de una confianza especial del ordenamiento en su comportamiento, confianza de la cual se deriva una amplísima gama de deberes y obligaciones exigibles a estos, cuya vulneración deriva, como es razonable, en una responsabilidad por

le imputaba un delito contra los derechos de los trabajadores cometido cuando en su calidad de ‘socio administrador’ de la S.A. procedió a vender en febrero y marzo de 1996 sendas fincas con la intención de hacer inútiles los créditos que los empleados ostentaban contra aquélla por causa de sus despidos, conformidad que dio lugar al dictado de la correspondiente sentencia firme condenatoria (folio 305 y siguientes) en cuyo admitido relato fáctico se afirma que no constaba el que don N. y doña C. de la P. conocieran la intencionalidad del señor R. G.” (España, Audiencia Provincial de Palencia, *Sentencia del 18 de noviembre de 1999*).

⁹² Muñoz, L., *Summa de probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 88 y ss.

⁹³ España, Audiencia Provincial de Tarragona, *Sentencia del 15 de febrero de 1997*. De igual forma, la Audiencia Provincial de Alicante ha expresado que, “asumiendo la señora A funciones de administración y gestión de la sociedad, reales y efectivas, no obstante el nombramiento, que hace presumir su falta de experiencia en los negocios y su carencia de patrimonio, del que efectivamente carece”. Lo anterior lo deduce la Audiencia Provincial del hecho de que la señora contase con un poder inscrito para desarrollar cuantas facultades se reconocen a un administrador, salvo las indelegables. A pesar de ello, es preciso resaltar que, dada su calidad de indicios, por sí solos, no atribuyen la condición de administrador de hecho; solo la comprobación sistemática de varias de circunstancias puede revelar la verdadera dinámica societaria (España, Audiencia Provincial de Alicante, *Sentencia del 10 de abril de 2000*, La Ley 78736/2000).

los perjuicios que se causen a la sociedad, a los socios o a terceros, según lo expresa el artículo 24 de la Ley 222 de 1995.⁹⁴

El estándar establecido en el sistema jurídico colombiano a efectos de derivar responsabilidad patrimonial de los administradores es el ser “un buen hombre de negocios”, concepto que lleva implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias; el de discutir sus decisiones con los órganos de administración colegiada; y, por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas.

En este marco especial de responsabilidad, el ordenamiento colombiano ha establecido dos presunciones de culpa para los administradores: en primer lugar, por incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos sociales; y, en segundo lugar, cuando hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a las prescripciones legales, antes explicadas.⁹⁵

Así mismo, se destaca que el Código de Comercio colombiano, con la modificación de la Ley 222 de 1995, contempla la sanción de ineficacia para las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de sus responsabilidades o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos. De lo anterior, se deduce que el sistema de responsabilidad de administradores en Colombia se caracteriza por ser considerado como de orden público,⁹⁶ esto es, que no puede, bajo ninguna circunstancia, ser “derogado”, limitado, negociado o mitigado por la autonomía de la voluntad privada. Como se observa, bajo el régimen societario actualmente vigente en Colombia, los administradores asumen un

⁹⁴ Al respecto, se ha pronunciado la Superintendencia de Sociedades afirmando: “Valga anotar que el artículo 24 de la mencionada ley puntualiza que la responsabilidad de los administradores es solidaria e ilimitada, lo cual dimensiona los efectos que a nivel de sus patrimonios individuales pueden tener sus desaciertos, descuido o negligencia en su gestión” (Superintendencia de Sociedades, *Concepto 220-000167 del 4 de enero de 2008*, en <<http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=sec&dir=45&id=28322>>, consulta del 12 de marzo de 2012).

⁹⁵ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-123 del 22 de febrero de 2006*, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹⁶ La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el concepto de orden público es dinámico y cambiante: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, *Sentencia del 19 de octubre 2011*, M. P. William Namén Vargas. Vid. Laguado Giraldo, D., *La responsabilidad de los administradores*, Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004, en <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82510806>>, consulta del 15 de julio de 2010.

especial grado de responsabilidad y diligencia, que no puede ser limitado, restringido o descartado por acuerdo de voluntades, so pena de ineficacia de pleno derecho.

No obstante, y tal como lo expresa Martínez Sanz,⁹⁷ una vez se han fijado los parámetros sobre el campo de aplicación subjetivo del régimen de responsabilidad, es preciso estudiar el alcance que la responsabilidad del administrador de hecho obliga; es un problema delicado, pues debemos interrogarnos acerca de si la extensión de responsabilidad al administrador de hecho supone la exoneración de responsabilidad del administrador de derecho.

Sobre este particular, la Audiencia Provincial de Madrid⁹⁸ defendió la exoneración de responsabilidad de los administradores de derecho, al haberse declarado la de los de hecho. En particular, la Audiencia Provincial indicó que el contenido ético del derecho obliga a determinar la realidad intrínseca que subyace en su real acaecer, circunstancias de hecho que no pueden perjudicar los intereses de terceros, razón por la cual la responsabilidad se ha predicar de quienes efectivamente controlaban la situación societaria.

El argumento se basa en la existencia de una simulación, en este caso, el tribunal parte de la presencia de un administrador aparente (de derecho) que encubre la actuación de un verdadero administrador (administrador de hecho), razón por la cual al examinar la validez de dichas actuaciones llega a la conclusión de que se debe sancionar el acto simulado y mantener indemne al administrador aparente.

Por fortuna, la posición antes descrita, esto es, la que defiende la exoneración de responsabilidad de los administradores de derecho, no es el criterio mayoritario ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. En este sentido, es evidente que el comportamiento de los administradores (tanto de derecho como de hecho) supera ampliamente toda concepción de simulación o fraude a la ley, pues, en realidad, el acto del administrador de hecho de

⁹⁷ Martínez Sanz, “Ámbito subjetivo...”, óp. cit., p. 54.

⁹⁸ España, Audiencia Provincial de Madrid, *Sentencia de 23 de marzo de 1998*, AC 1998/7006. García-Cruces sugiere que, de manera confusa, el mismo criterio es reiterado en: España, Audiencia Provincial de Zaragoza, *Sentencia de 10 de septiembre de 2008*, Id Cendoj 50297370052008100299. Cfr. García-Cruces, J. A., “Administradores sociales y administradores de hecho”, en *Estudios jurídicos en homenaje al prof. Dr. Sánchez Andrés*, en <www.unizar.es/derecho_concursal/.../HomenajeSánchezAndrés.pdf>, consulta del 12 de marzo de 2012, p. 3.

ocultar su verdadera condición se erige como un verdadero fraude al derecho de los acreedores y de los terceros de la sociedad, con el objetivo de inutilizar, disimular o, cuando menos, entorpecer el régimen de responsabilidad patrimonial de los administradores.

Se advierte que el mero hecho de que unos administradores reales se oculten tras otros ficticios es indiciario de que existe el riesgo cierto, o, al menos, el temor fundado de que la sociedad, sus socios o sus acreedores puedan ejercitar acciones dirigidas a reclamar la responsabilidad de los administradores.

Adicionalmente, resulta evidente que el administrador de derecho está obligado a ejercerlo desde el momento en que decide aceptar formalmente el cargo de administrador, razón por la cual si este se limita a ejecutar lo que otra persona le indica, actuando como pantalla, realmente está participando en el fraude, realizando el primero de una serie de actos destinados a imposibilitar que los acreedores hagan efectivo el crédito que puedan ostentar contra el auténtico administrador.

Ahora bien, sobre este particular, el Tribunal Supremo⁹⁹ sostuvo que la redacción del Código Penal (en España), en su artículo 31 (en Colombia, artículo 250 B del Código Penal, incorporado por el artículo 17 de la Ley 1474), que incluye al administrador de hecho, no excluye al que lo sea de derecho. En definitiva, señala el aludido Tribunal, la responsabilidad del administrador de derecho no excluye la del administrador de hecho, en el entendido que fueron las actuaciones de este último la causa de la quiebra (en el caso en referencia) de la sociedad.

De igual forma, se destaca que la redacción del párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, disposición en la cual expresamente se le atribuyen al administrador de hecho (“quien se inmiscuya en una actividad positiva de gestión, administración o dirección”) las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores formales de una sociedad por acciones simplificada.

En este sentido, Borrás de Cuadras¹⁰⁰ explica que resulta innegable que, detrás de un montaje como el objeto de estudio, existe un acuerdo de voluntades entre el administrador real (administrador de hecho) y el

⁹⁹ España, Tribunal Supremo, *Sentencia del 16 de julio de 1999*, Ar. 6184/1999.

¹⁰⁰ Cfr. Borrás de Cuadras, *La responsabilidad civil...*, óp. cit., p. 103.

aparente (administrador de derecho), convenio que tiene la naturaleza de dañar a un tercero, lo que nos lleva a que el perjudicado disponga de una acción de responsabilidad extracontractual contra todas las partes de ese contrato, esto es, contra los auténticos administradores de hecho y, también, contra los aparentes administradores de derecho, pues cada uno de ellos es causante del total daño.

De acuerdo con lo anterior, podemos diferenciar dos tipos de daños, por una parte, el fraude dirigido a escamotear u ocultar bienes de los administradores reales de la acción de los acreedores sociales y, por la otra, la actuación descuidada, contraria a la ley y los estatutos, en la que por dolo o culpa se perjudica a la sociedad, a los demás socios o a terceros.

De estas dos conductas, se hacen solidariamente responsables tanto el administrador de hecho, por ser quien efectivamente tomó, adoptó y/o ejecutó la decisión dañina, o le hicieron realizarla, y el administrador de derecho, porque mediante su aceptación del cargo se obligó a cumplir una amplia gama de deberes (incluida la diligencia y fidelidad), pero incumplió al permitir que otra persona llevara a cabo las funciones de gestión encomendadas a él y las cuales aceptó efectuar. A su turno, el Consejo General del Poder Judicial¹⁰¹ indica que la doctrina y la jurisprudencia consideran más peligrosa la actuación del que premeditadamente oculta su intervención en la gestión de los negocios sociales, con la finalidad de eludir cualquier responsabilidad, que la de aquel que por desidia o ignorancia continúa como administrador después de haber transcurrido el plazo para el que fue designado.

Conclusiones

Dentro de las sociedades comerciales, es posible encontrar diversos tipos de relaciones y vínculos, que condicionan y orientan las actuaciones de la sociedad como persona jurídica. En este sentido, los diferentes ordenamientos jurídicos tienen la tendencia de proteger patrimonialmente a los terceros frente a los conflictos de responsabilidad y representación, como parte de la protección del principio de buena fe objetiva. En este escenario, los administradores societarios, como encargados de ordenar,

¹⁰¹ Consejo General del Poder Judicial, *La responsabilidad de los administradores...*, óp. cit., p. 38.

disponer, organizar y gestionar los bienes de la persona jurídica, juegan un papel de incuestionable importancia.

Teniendo en cuenta la amplitud y jerarquía de las funciones y deberes de los administradores, los sistemas jurídicos han estructurado regímenes de responsabilidad, exigiendo a estos, como elemento central o determinante, actuar como un buen hombre de negocios. Sin embargo, es necesario precisar el ámbito subjetivo de aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano, en otras palabras, identificar quiénes son los sujetos destinatarios de las normas de responsabilidad en Colombia.

Sobre este particular, se ha de señalar que el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 dispuso la aplicación de un sistema claramente formalista para la calificación como administrador de una persona, esto es, que se exigiera, necesariamente, un nombramiento para un cargo dentro de la sociedad, el cual le permitiera desarrollar actividades propias de administración. Lo anterior nos indica que la normatividad colombiana de 1995 requiere la presencia de un vínculo jurídico evidente entre la sociedad y el sujeto, para derivar de dicho vínculo la responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, la irrupción de la Ley 1258 de 2008 representó no solo la creación de un nuevo tipo societario (la sociedad por acciones simplificada), sino que, adicionalmente, significó la irrupción de nuevas medidas e instituciones en diferentes ámbitos del entorno societario.

Precisamente, el párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 incorpora la doctrina del administrador de hecho en el estudio de la responsabilidad civil dentro de las sociedades comerciales. La disposición aludida expresamente le atribuye a quien se inmiscuya en una actividad positiva de gestión, administración o dirección (administrador de hecho), las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores formales de una sociedad por acciones simplificada. Lo anterior no implica el cambio o derogación de ningún tipo del régimen de responsabilidad vigente desde la Ley 222 de 1995, sino que, por el contrario, ha de interpretarse como una disposición complementaria de las normas existentes, en el sentido de ampliar el campo subjetivo de acción de las normas.

La doctrina y la jurisprudencia han entendido que el concepto de el *administrador de hecho* posee un carácter genérico y amplio, esto es, que no se circunscribe al mero elemento negativo del administrador de derecho, sino que posee una entidad y teoría propia. De acuerdo con lo anterior, el

elemento central para “echar a andar” esta doctrina en Colombia es la definición de los supuestos y requisitos en los que se puede considerar aplicable.

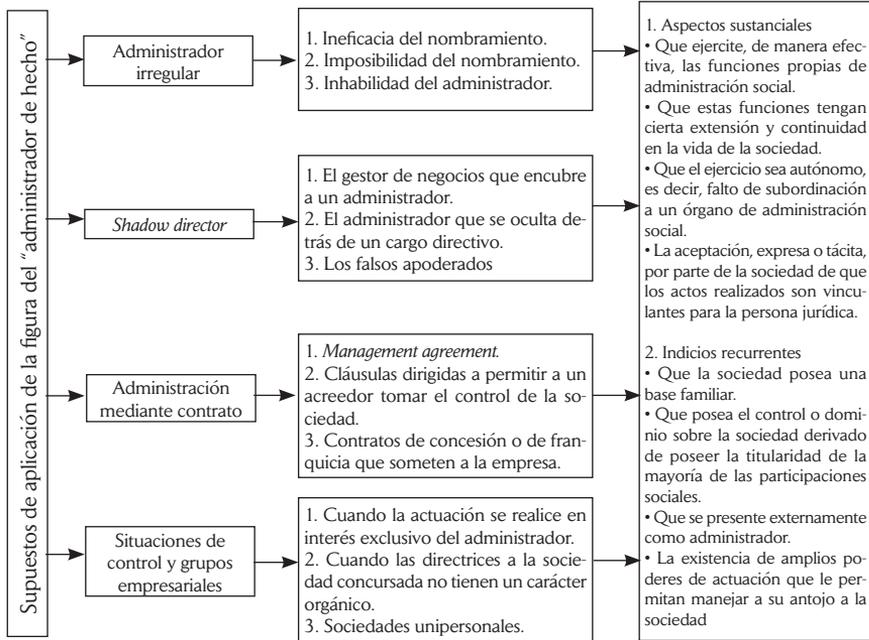
Así las cosas, se identificaron cuatro circunstancias genéricas, a saber: i) la administración irregular, ii) el administrador oculto, iii) la administración mediante contrato y iv) las situaciones de control y grupos empresariales. De cada una de estas circunstancias genéricas, se han derivado diversos tipos de situaciones, las cuales se han analizado anteriormente de forma individual. Sin embargo, a pesar de la variedad o disparidad de las situaciones analizadas, se han deducido los elementos sustanciales y probatorios comunes, los cuales se presentan como el soporte o fundamento inicial de la doctrina del administrador de hecho.

En este sentido, desde los aspectos sustanciales, se resalta la necesidad de que el agente jurídico verifique, además del ejercicio de las funciones propias de administrador, la extensión, autonomía, importancia y aceptación de la sociedad de cada uno de los comportamientos. Lo anterior, obviamente, con el fin de evitar que una aplicación indiscriminada del concepto afecte de manera negativa el medio ambiente empresarial.

De igual forma, se presentan como aporte probatorio los indicios más recurrentes empleados por la jurisprudencia para identificar la presencia de un administrador de hecho, como, por ejemplo, la base familiar sobre la cual se erige la sociedad o la existencia de amplios poderes de actuación que le permitan al sujeto manejar a su antojo a la persona jurídica. A continuación, se presenta una gráfica en la cual se sintetiza lo estudiado sobre los supuestos de aplicación de la figura del administrador de hecho:

Salta a la vista que la conceptualización sobre los elementos sustantivos del administrador de hecho está directamente relacionada con el estudio de la responsabilidad de administradores de derecho. Al respecto, se planteó como interrogante si es posible declarar la concurrencia o no de la responsabilidad entre el administrador de derecho y de hecho. Sobre este asunto, se evidenció la existencia de dos tipos de daños y de dos tipos de conductas diferentes, que derivan en la necesaria concurrencia solidaria de ambas clases de administradores. Lo anterior puesto que el administrador de hecho fundamenta su responsabilidad en la efectiva adopción o ejecución de una decisión perjudicial, mientras que el administrador de derecho responde del incumplimiento de sus deberes y obligaciones al permitir que otra persona realizara las funciones de gestión encomendadas a él.

Figura 1. Supuestos de aplicación de la figura del administrador de hecho



Fuente: elaboración propia.

Ahora bien, aunque la redacción de la Ley 1258 parece circunscribir la aplicación del concepto de administrador de hecho a un solo tipo societario (*sociedad por acciones simplificada*), consideramos pertinente aplicar de manera amplia la figura en estudio. Sobre el particular, debe destacarse que es recomendable la aplicación de los criterios y requisitos estudiados en los demás tipos societarios, en aplicación de la analogía como mecanismo de interpretación extensiva.

Es evidente que el régimen de responsabilidad de administradores tiene conceptos enmarcados, tanto por la ley como por la jurisprudencia, como normas de orden público, de tal forma que están estructurados para dotar de la mayor seguridad jurídica posible al tráfico mercantil. Así mismo, 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.

De acuerdo con lo anterior, se considera apropiado que, al poder probarse uno de los supuestos de administración de hecho en un tipo societario distinto de la SAS, deba aplicársele, en virtud de la analogía, la disposición de la Ley 1258 de 2008.

A pesar de la bondad de la interpretación anterior, puede que el debate sobre la extensión de esta disposición a los demás tipos societarios no sea pacífico,¹⁰² razón por la cual, y con el fin de evitar las discusiones que sobre el particular se puedan presentar, 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.

Bibliografía

1. Alcover Garau, G., "La calificación del concurso", en García Villaverde, R.; Alonso Ureba, A. & Pulgar Ezquerro, J. (dirs.), *Estudios sobre el anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Paracuellos de Jarama, 2002.
2. Allegri, V., *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, [Contribución al estudio de la responsabilidad civil de los administradores], Giuffrè Editore, Milán, 1979.
3. Alonso Ureba, A., "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", *Revista de Derecho Mercantil*, (198), 1990.
4. Arroyo Martínez, I., "Artículo 133", en Arroyo-Embido. (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 2001.
5. Astarlo, E., *¿Por fin un concepto unívoco de administrador de hecho en derecho penal y derecho societario?*, Homenaje al profesor Juan Luis Iglesias Prada, Extraordinario, 2011, en <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3191/documento/art07.pdf?id=3336> consulta del 13 de marzo de 2012>.
6. Barros Bourie, E., "Abuso del derecho", en *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010.

¹⁰² Pino Sonalo, Armero Osorio y Cubillos Garzón concluyen que la figura del *administrador de hecho* no es predicable a otros tipos de sociedades, por cuanto fue incluida en el ordenamiento colombiano por una norma especial y, por lo tanto, de aplicación restringida. Cfr. Pino Sonalo, M. M.; Armero Osorio, V. M. & Cubillos Garzón, C. E., "El administrador de hecho –SAS– frente al director oculto", *Revista E-mercatoria*, 9, (1), Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 24, en <<http://foros.uexternado.edu.co/econstitucional/index.php/emerca/article/view/2011/1799>>, consulta del 13 de marzo de 2012.

7. Bernal Fandiño, M., "El deber de coherencia en los contratos y la regla del *venire contra factum proprium*", *International Law*, (13), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2008.
8. Borrás de Cuadras, A. E., *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles*, Bosch, Madrid, 2005.
9. Colombia, Congreso de la República, *Ley 1258 de 2008*, por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. *Diario Oficial* N° 47.194 de 5 de diciembre de 2008.
10. Colombia, Congreso de la República, *Ley 1474 de 2011*, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. *Diario Oficial* N° 48.128 de 12 de julio de 2011.
11. Colombia, Congreso de la República, *Ley 222 de 1995*, por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* N° 42.156 de 20 de diciembre de 1995.
12. Consejo General del Poder Judicial, *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles*, Estudios de Derecho Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005.
13. Díaz Echegaray, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2004.
14. Díez-Picazo, L., *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963.
15. España, Dirección General de los Registros y del Notariado, *Resolución del 15 de febrero de 1999*, La Ley 6684/1999.
16. Fernández de la Gándara, L., "El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónima: supuestos, principios y problemas", en AA. VV., *La responsabilidad del administrador de sociedades. Boletín del ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, (5), 1997.
17. Fré, G., *Società per azioni, [Sociedad por acciones]*, Zanichelli Editore, Roma-Bologna, 1982.
18. García de Enterría, J., *Los delitos societarios: un enfoque mercantil*, Civitas Ediciones, 1996.
19. García-Cruces, J. A., "Administradores sociales y administradores de hecho", En *Estudios jurídicos en homenaje al prof. Dr. Sánchez Andrés*, en <www.unizar.es/derecho_concursal/.../HomenajeSnchezAndres.pdf>, consulta del 12 de marzo de 2012.
20. Garreta Such, J. M., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1991.

21. Gimeno-Bayón Cobos, R., "Aproximación a la responsabilidad de los administradores en los grupos sociales", en *Responsabilidad civil derivada de procesos concursales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999.
22. Houin, R., "Rapport general sur les situations de fait", *Trabajos de la Asociación Henri Capitant*, XI, Paris, 1960.
23. Juste Mencia, J., "En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad", *RdS*, (14), 2000.
24. Juste Mencia, J., *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, Pamplona, 1995.
25. Laguado Giraldo, D., "La responsabilidad de los administradores", *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004, en <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82510806>>, consulta del 15 de julio de 2010.
26. Latorre Chiner, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Comares, Madrid, 2003.
27. López Mesa, M. J., "La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación", *Vniversitas*, (119), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.
28. Madriñán de la Torre, R. E., *Principios del derecho comercial*, 6ª ed., Temis, Santafé de Bogotá, 2000.
29. Martínez Sanz, F., "Ámbito subjetivo de la responsabilidad", en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Madrid.
30. Moya Jiménez, A., *La responsabilidad de empresas insolventes*, Barcelona, 1998.
31. Muñoz, L., *Summa de probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2008.
32. Narváez García, J. I., *Derecho mercantil colombiano. Teoría general de las sociedades*, vol. III, 9ª ed., Legis Editores S.A., Bogotá D.C., 2002.
33. Neme, M. L., "*Venire contra factum proprium*. Prohibición de obrar contra los actos propios y la protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe", en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*, tomo III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
34. Olivares James, J. M., *En torno a los administradores de hecho en la sociedad anónima*, Academia Matritense del Notariado, 1975.
35. Peña Nossa, L. L., *De las sociedades comerciales*, 5ª ed., Temis, Bogotá, 2009.
36. Pino Sonalo, M. M.; Armero Osorio, V. M. & Cubillos Garzón, C. E., "El administrador de hecho –SAS– frente al director oculto", *Revista E-mercatoria*, 9, (1), Universidad Externado de Colombia, 2010, en <<http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/emerca/article/view/2011/1799>>, consulta del 13 de marzo de 2012.
37. Pinzón, Gabino, *Sociedades comerciales*, Temis, Bogotá, 1988.

38. Quijano González, J., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1985.
39. Quintero Olivares, G., "Sobre los delitos societarios en el nuevo Código Penal (cuestiones generales)", *Jornadas sobre el Nuevo Código Penal de 1995*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1996.
40. Reyes Villamizar, F., *SAS la sociedad por acciones simplificada*, Legis, Bogotá D.C., 2010.
41. Reyes Villamizar, F., "Responsabilidad de administradores en la sociedad por acciones simplificada", en *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*, Bogotá D.C., 2011.
42. Ribelles Arellano, J. M. & Giménez Ramón, R., "El administrador de hecho", en *Órganos de la sociedad de capital*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2008.
43. Sánchez Álvarez, M., *Los delitos societarios*, Pamplona, 1996.
44. Sánchez Calero, F., *Los administradores en las sociedades de capitales*, Thomson, Civitas, Madrid, 2007.
45. Santos Britz, J., "La responsabilidad civil, fiscal y penal de directivos, apoderados, administradores de hecho y liquidadores", en AA. VV., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
46. Superintendencia de Sociedades, *Oficio 220-000167*, 4 de enero de 2008, en <<http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=28322>>, consulta del 12 de marzo de 2012.
47. Superintendencia de Sociedades, *Oficio 220-54093*, 26 de agosto de 2003, Efectos de impugnación de decisiones sobre asamblea general.
48. Uría, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, Madrid, 1976.
49. Wieacker, F., *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1977.
50. Yáñez Velasco, R., *La nueva ley concursal: concurso de acreedores y derecho penal*, Barcelona, 2003.

Jurisprudencia

1. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-123 del 22 de febrero de 2006*, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
2. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-621 de 2003*, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
3. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-546 de 2003*, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

4. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-346 de 2003*, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
5. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-141 de 2003*, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
6. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-083 de 2003*, M. P. Jaime Córdoba Triviño.
7. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-097 de 1994*, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
8. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, *Sentencia del 19 de octubre 2011*, M. P. William Namén Vargas.
9. Colombia, Corte Suprema de Justicia, *Sentencia del 24 de enero de 2011*, Proceso 2001-00457-01, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.
10. España, Audiencia Provincial de La Coruña, *Sentencia del 6 de julio de 2011*, Nº 312/2011, JUR 2011/319319.
11. España, Audiencia Provincial de La Coruña, *Sentencia del 17 de enero de 2001*.
12. España, Audiencia Provincial de La Coruña, *Sentencia del 17 de diciembre de 2000*.
13. España, Audiencia Provincial de La Coruña, *Sentencia del 17 de enero de 2000*, AC. 2000/304.
14. España, Audiencia Provincial de Alicante, *Sentencia del 10 de abril de 2000*, La Ley 78736/2000.
15. España, Audiencia Provincial de Almería, *Sentencia del 4 de mayo de 2001*.
16. España, Audiencia Provincial de Barcelona, *Sentencia del 24 de enero de 2005*, RJC 2005-II.
17. España, Audiencia Provincial de La Rioja, *Sentencia del 5 de enero de 2011*, AC 2011/240.
18. España, Audiencia Provincial de Madrid, *Sentencia del 16 de julio de 2001*, AC 2002/1074.
19. España, Audiencia Provincial de Madrid, *Sentencia de 23 de marzo de 1998*, AC 1998/7006.
20. España, Audiencia Provincial de Málaga, *Sentencia del 8 de marzo de 2005*.
21. España, Audiencia Provincial de Palencia, *Sentencia del 18 de noviembre de 1999*.
22. España, Audiencia Provincial de Salamanca, *Sentencia del 30 de julio de 2004*.
23. España, Audiencia Provincial de Tarragona, *Sentencia del 15 de febrero de 1997*.
24. España, Audiencia Provincial de Teruel, *Sentencia del 22 de diciembre de 1998*, AC. 1998/2456.
25. España, Audiencia Provincial de Toledo, 12 de mayo de 2004, AC 2004/173493.
26. España, Audiencia Provincial de Valencia, 27 de septiembre de 1999, AC 1999/2523.

27. España, Audiencia Provincial de Valencia, *Sentencia del 31 de enero de 2007*.
28. España, Audiencia Provincial de Valencia, *Sentencia del 15 de enero de 2001*, AC 2001/658.
29. España, Audiencia Provincial de Valencia, *Sentencia del 27 de septiembre de 1999*.
30. España, Audiencia Provincial de Zaragoza, *Sentencia de 10 de septiembre de 2008*, Id Cendoj 50297370052008100299.
31. España, Juzgado de lo Mercantil, Palmas de Gran Canaria, N° 1, *Sentencia 136 del 18 de julio de 2011*, Jur. 2011/275524.
32. España, Tribunal Supremo, *Sentencia del 16 de julio de 1999*, Ar. 6184/1999.
33. España, Tribunal Supremo, *Sentencia del 24 de noviembre de 2005*.
34. España, Tribunal Supremo, *Sentencia del 24 de septiembre de 2001*.
35. España, Tribunal Supremo, *Sentencia del 26 de junio de 2010*.
36. España, Tribunal Supremo, *Sentencia del 26 de mayo de 1998*, Ar. 4004/1998.
37. España, Tribunal Supremo, *Sentencia del 26 de mayo de 1998*.
38. España, Tribunal Supremo, *Sentencia del 7 de junio de 1999*, Ar. 4730/1999.
39. Francia, Tribunal de Comercio de París, 2001.