

El administrador de hecho: un punto de encuentro del deber de lealtad del administrador y el accionista de la Sociedad por Acciones Simplificada SAS en Colombia.

Elizabeth Duarte Cristancho

Silvia Andrea Hernández Ríos

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar el título de abogadas

Director

Eduardo Hernando Muñoz Serpa

Abogado

Universidad Industrial de Santander

Facultad de Ciencias Humanas

Escuela de Derecho y Ciencia Política

Bucaramanga

2019

Agradecimientos

Un agradecimiento especial al Doctor Eduardo Muñoz Serpa por la dirección siempre fraterna, respetuosa y paciente en el presente trabajo de grado.

Contenido

	Pág.
Introducción	11
1. Objetivos	16
1.1 Objetivo general	16
1.2 Objetivos específicos	16
2. Marcos de referencia	17
2.1 Aproximaciones normativas	17
2.2 Aproximaciones conceptuales	18
2.3 Aproximaciones teóricas	19
3. Metodología	25
4. Desarrollo	26
4.1 Generalidades de la SAS	26
4.2 Reflexiones en torno a la conducta del asociado y/o accionista	28
4.3 El administrador de hecho en la SAS	33
4.4 Criterios jurisprudenciales del administrador de hecho	38
4.5 La prueba de un administrador de hecho	40
4.6 El accionista que se inmiscuya en actividades de administración	42

4.7 Diferenciación de aplicación de deberes en cabeza de los accionistas	43
4.8 La responsabilidad del administrador societario.....	46
4.8.1 El contenido del deber de lealtad del administrador Societario.....	46
4.8.1.1 <i>Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.</i>	47
4.8.1.2 <i>Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.</i>	48
4.8.1.3 <i>Abstenerse de participar en actividades que impliquen conflictos de intereses o competencia con la sociedad</i>	49
4.8.1.3.1 <i>Sobre los actos de competencia.</i>	51
4.8.1.3.2 <i>La oportunidad de negocio.</i>	52
4.9 El deber de lealtad en la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades	54
4.10 La noción de libertad de empresa frente a la separación de patrimonio en la SAS	57
4.11 La noción de libertad de competencia	59
5. Conclusiones.....	60
Referencias Bibliográficas	67

Lista de tablas

	Pág.
Tabla 1. <i>Sentencias de la Superintendencia de Sociedades donde se evalúa conflictos de interés</i>	
.....	54

Resumen

Título: EL ADMINISTRADOR DE HECHO: UN PUNTO DE ENCUENTRO DEL DEBER DE LEALTAD DEL ADMINISTRADOR Y EL ACCIONISTA DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA SAS EN COLOMBIA*.

Autor: ELIZABETH DUARTE CRISTANCHO
SILVIA ANDREA HERNÁNDEZ RÍOS** 1

Palabras Clave: SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA, RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIETARIO, RESPONSABILIDAD DEL ACCIONISTA, DEBER DE LEALTAD.

Descripción:

A través del enfoque cualitativo, de alcance exploratorio, basado en fuentes documentales como la doctrina, la normatividad, los pronunciamientos judiciales y administrativos de la Superintendencia de Sociedades y la jurisprudencia de la Corte Constitucional se aborda el contenido de la figura del administrador de hecho en Colombia a partir del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, llegando a establecer que el accionista de la SAS es sujeto de dicho precepto cuando rompe el deber de colaboración en ejercicio de sus derechos inmiscuyéndose en actividades positivas de gestión, administración y dirección de la sociedad.

Asimismo se estudia contenido del deber de lealtad del administrador normativamente desarrollado en los deberes de: (i) reserva comercial e industrial de la sociedad, (ii) obligación de abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada, (iii) obligación de abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad y (iv) obligación de abstenerse de participar por si o por interpuesta persona en interés personal o de terceros en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses.

Finalmente, se identifica como puntos de encuentro de la lealtad de los administradores y accionistas la aplicación de las sanciones por infracción al régimen de responsabilidad de los administradores y la regulación en materia de conflicto de intereses y actos de competencia en el Decreto 1925 de 2009, de lo cual se puede inferir la necesidad de ponderar la protección de los intereses societarios de una parte y los intereses colectivos y particulares amparados en la constitución política de 1991 como la libertad de empresa y la libertad de competencia de otra.

* Trabajo de Grado

**Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director: Eduardo Muñoz Serpa, Abogado.

Abstract

Title: THE FACT MANAGER: A MEETING POINT OF THE DUTIES OF THE ADMINISTRATOR'S LOYALTY AND THE SHAREHOLDER OF THE COMPANY BY SIMPLIFIED ACTIONS SAS IN COLOMBIA*.

Author: ELIZABETH DUARTE CRISTANCHO
SILVIA ANDREA HERNÁNDEZ RÍOS** 2

Keywords: SIMPLIFIED ACTION COMPANY, RESPONSIBILITY OF THE CORPORATE ADMINISTRATOR, RESPONSIBILITY OF THE SHAREHOLDER, DUTY OF LOYALTY.

Description:

Through the qualitative approach, of exploratory scope, based on documentary sources such as doctrine, regulations, judicial and administrative pronouncements of the Superintendence of Societies and the jurisprudence of the Constitutional Court, the content of the de facto administrator figure is addressed in As of article 27 of Law 1258 of 2008, Colombia, establishing that the SAS shareholder is subject to said provision when it breaks the duty of collaboration in the exercise of its rights, meddling in positive activities of management, administration and direction of the society.

Likewise, the content of the administrator's duty of loyalty, which is normatively developed, is studied in the duties of: (i) commercial and industrial reserve of the company, (ii) obligation to refrain from improperly using privileged information, (iii) obligation to refrain from participating on its own or by a person in personal or third-party interest, in activities that imply competition with the company and (iv) obligation to refrain from participating in or on behalf of a person in personal or third-party interest in acts for which there is a conflict of interest .

Finally, it is identified as meeting points of the loyalty of the administrators and shareholders the application of the sanctions for infraction to the regime of responsibility of the administrators and the regulation in the matter of conflict of interests and acts of competition in Decree 1925 of 2009, from which one can infer the need to weigh the protection of the corporate interests of one party and the collective and private interests protected in the 1991 political constitution as freedom of enterprise and the freedom of competition of another.

* Trabajo de Grado

**Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director: Eduardo Muñoz Serpa, Abogado.

Introducción

En Colombia hay una necesidad real e histórica de fomentar el desarrollo de una economía que aporte a la calidad de vida de los habitantes del territorio y que responda a las dinámicas globales de la misma. Precisamente, la constitución Política de 1991, a partir del artículo 333 enmarca los principios de una economía social de mercado sobre la base de la libertad de empresa y la libertad de competencia como lo ratifica la Corte Constitucional en Sentencia C-263 de 2011.

Es así que en un modelo de economía social de mercado las personas pueden desarrollar libremente actividades económicas conforme a su elección discrecional y es necesario entonces el deber del Estado de moderar fenómenos como el abuso de la posición dominante, la creación de monopolios, restricción de la competencia y barreras de acceso al mercado que se puedan presentar, como también “estimular el desarrollo empresarial, favorecer el desarrollo regional y permitir el desarrollo productivo de los pequeños capitales”, como lo establece la Sentencia C-392 de 2007 de la Corte Constitucional, deber que, pese a esfuerzos realizados tiene grandes retos por delante.

En concordancia, la regulación de la Sociedad por Acciones Simplificada creada a través de la Ley 1258 de 2008 se justificó con el propósito de dinamizar la economía, formalizar la empresa, promover el emprendimiento empresarial entre otras cosas, dada la flexibilidad para su constitución y la autonomía interna para configurarse. Actualmente es el tipo societario más adoptado por los empresarios colombianos, incluso se ha convertido en un referente para otros países e inspiración para la Ley Modelo sobre la Sociedad por Acciones Simplificada de la Organización de Estados Americanos.

La Ley 1258 de 2008 trae como novedad en el ordenamiento jurídico colombiano la figura del administrador de hecho en el parágrafo del artículo 27, en el cual señala que a toda persona natural o jurídica que sin ser administrador se inmiscuya en actos positivos de gestión, dirección y administración de la sociedad, se le aplicará el mismo régimen de responsabilidad de los administradores y, por supuesto, un sujeto probable de esta figura es el accionista.

Los deberes de actuación de los administradores en Colombia están regulados en el artículo 23 de la ley 222 de 1995, el régimen especial de responsabilidad en el artículo 200 del Código de Comercio. Adicionalmente, la acción social de responsabilidad en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 es el instrumento que otorga la posibilidad a los accionistas de protegerse de los perjuicios causados por una gestión administrativa que infringe los deberes generales o específicos de los administradores, incluyendo a su vez obligaciones estatutarias que podrían generar daños o perjuicios a los intereses de la sociedad, accionistas y terceros.

Básicamente el desarrollo del deber de lealtad del administrador de acuerdo a la ley, la doctrina y la jurisprudencia, está encaminado al cumplimiento de deberes específicos de no uso indebido de información privilegiada, reserva y protección de información comercial e industrial, abstenerse por sí o interpuesta persona de actuaciones que impliquen conflictos de intereses con la sociedad y abstenerse de actuar en actos de competencia que afecten el interés de la sociedad, este último concretándose en el respeto a las oportunidades de negocio de la sociedad.

De igual forma, respecto al deber de lealtad de los accionistas no se encuentra definido en el Código de Comercio, ni en la Ley, la doctrina y la jurisprudencia; por lo que se interpreta que radica en el ejercicio de los derechos del accionista y el ánimo de colaboración con el interés social, de lo cual también se desprende que sus posiciones al interior de la asamblea de

accionistas deben ser leales con los otros accionistas y el interés social; en ese entendido, deben abstenerse de actuar en conflictos de interés y competencia para con la sociedad.

Por consiguiente, hay un punto de encuentro de los deberes de lealtad de los accionistas y administradores no solo en la figura del administrador de hecho sino también en la reglamentación del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en el artículo 4 del Decreto 1925 de 2009 cuando extiende la responsabilidad solidaria del administrador y el asociado en una posible situación de conflictos de intereses y actos de competencia que afecten el interés de la sociedad.

Por ese motivo, el decreto 1925 de 2009, por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y demás normas concordantes, en lo relativo a conflicto de interés y competencia con la sociedad por parte de los administradores societarios, deja implícito estándares de conducta tanto para los asociados como el administrador basados en el deber de lealtad del mismo rigor que pueden inhibir el ánimo de cooperación de los socios, favorecer el monopolio de un mercado y la posición dominante e incluso inhabilitar a una persona para la realización de actos de comercio.

Ahora bien, sí el profesor Mauricio Velandia señala que existe un “fenómeno que impide el normal ingreso al mercado, que no es más que una carga o límite para que una persona entre a competir”, entonces la figura del administrador de hecho y el artículo 4 del Decreto 1925 de 2009 podría ser una la barrera regulatoria que se “presenta por la imposición normativa que ha establecido el Estado en virtud de su poder de intervención en una economía”. (Velandia, 2011, p. 77, 78)

No obstante, se ha argumentado que las acciones contra accionistas y administradores que han faltado al deber de lealtad hace parte de un sistema de corrección que también integra mecanismos de protección de las minorías en la sociedad, por lo que se ha dado un amplio

desarrollo doctrinal y jurisprudencial sobre el tema. Es así como se ha reconocido un deber de lealtad a cargo de los accionistas mayoritarios en los pronunciamientos de La Superintendencia de Sociedades al asimilarlo al contenido de los artículos 603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, que obligan a las partes de un contrato a comportarse lealmente, a partir del principio de buena fe que se encuentra en todas las relaciones jurídicas.

A partir de este fundamento es que se ha propuesto hacer más concreta la protección de este principio con la entrada en vigencia de la Sociedad por Acciones Simplificada, que permite que el régimen de responsabilidad de los administradores sea aplicable a toda persona natural o jurídica que se enmarque en lo previsto por el parágrafo del artículo 27, por lo que el sujeto activo de la norma puede ser el asociado, siendo entonces susceptible del régimen especial de los administradores.

De acuerdo a dichos preceptos, las dinámicas de su práctica pueden suscitar con facilidad conflictos en los cuáles se presentan desequilibrios de intereses y derechos legítimamente reconocidos para los actores de la economía colombiana. En estos casos los jueces deben resolver las controversias de forma justa conforme a los preceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales, acordes a los casos concretos y la realidad.

En consecuencia, es válido preguntar: ¿Cuál es el alcance de la obligación de lealtad del accionista en la sociedad por acciones simplificada y cuál es el que tiene un accionista de una SAS que lleve a cabo procederes de administrador de hecho, dentro de la institución de la responsabilidad de los administradores?

La razón de ser de este trabajo de investigación es contribuir a dilucidar si el accionista que adopte en la práctica actuaciones del administrador societario de hecho tiene sobre su cabeza una espada de Damocles en caso de llegar a incurrir en conductas que le afecten su futuro al poder

ser sancionado por incurrir en actividades que sean consideradas como no leales al tenor de la Legislación actual y por ello sean consideradas como actos lesivos de la competencia y conflictos de interés.

Por esa razón, en el presente trabajo se procurará desarrollar la figura del administrador de hecho de la SAS con los estándares de responsabilidad que le corresponden y contrastarlo con la comprensión de lealtad del accionista de la SAS e inferir los efectos en la vida societaria y el interés colectivo.

1. Objetivos

1.1 Objetivo general

Diferenciar cuál es el continente y el contenido del deber de lealtad del accionista de una SAS y el del administrador societario, cuáles son sus puntos de encuentro y sus puntos de desencuentro.

1.2 Objetivos específicos

1. Identificar cuando el proceder de un accionista de la SAS puede llegar a considerarse que se está inmiscuyendo en actos positivos de gestión, administración y dirección de la sociedad convirtiéndose en un administrador de hecho.
2. Identificar los efectos del régimen de lealtad de los administradores de hecho al accionista de la sociedad por acciones simplificada en el marco de la libre competencia y la libertad de empresa.

2. Marcos de referencia

2.1 Aproximaciones normativas

El marco legal del presente trabajo se encuentra en la regulación de la Sociedad por Acciones Simplificadas previsto en la Ley 1258 de 2008 de manera especial en el artículo 27, en el cual se introduce la figura del administrador de hecho en materia mercantil sujetándolo a la misma responsabilidad de los administradores de derecho.

El Régimen de Responsabilidad de los administradores societarios se encuentra establecido en la Ley 222 de 1995, donde en los artículos 22, 23,24 y 25 señala los preceptos a seguir en materia de sociedades respecto al concepto de administrador de derecho, los deberes de los administradores, la responsabilidad de los administradores y la acción social de responsabilidad a favor de la compañía cuando con ocasión del incumplimiento de los deberes de los administradores se cause un perjuicio al interés social, de los socios, o de terceros.

El Decreto 1925 de 2009 compilado en el Decreto 1074 de por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y demás normas concordantes, en lo relativo a conflicto de interés y competencia con la sociedad por parte de los administradores de la sociedad.

El Decreto 410 de 1971, actual Código de Comercio, en relación al principio de buena fe, El Código Civil de Colombia, Ley 84 de 1873 en materia de responsabilidad y buena fe, El Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012 en relación a las facultades jurisdiccionales en asuntos mercantiles de la Superintendencia de Sociedades y la Constitución Política de Colombia de

1991, en materia de facultades constitucionales a entes administrativos, libertad de empresa y competencia.

2.2 Aproximaciones conceptuales

Para la satisfacción de los objetivos del presente trabajo es necesario hacer previamente referencia a que son administradores aquellos funcionarios que, conforme a la ley mercantil y los estatutos sociales debidamente inscritos en el registro mercantil, ejercen funciones de administración.

Así mismo se denomina administrador de hecho a toda persona natural o jurídica que sin tener la condición legal y estatutaria de administrador formal se inmiscuye en actos positivos de gestión, administración y dirección en la sociedad.

De otra parte el deber de lealtad en el contexto de la responsabilidad del administrador societario es la actuación recta, positiva, honesta, íntegra, informada, profesional e indefectiblemente apegada a los intereses de la sociedad por parte de la persona que ejerce las funciones de administración, la cual en virtud del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 comprende los deberes específicos de guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad, abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada, abstenerse de participar por sí o interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflictos de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o de la asamblea general de accionistas.

2.3 Aproximaciones teóricas

Sobre la figura del administrador de hecho han escrito expertos del derecho societario como Francisco Reyes Villamizar, Hernán Gil Echeverry y Oscar Humberto González Benjumea.

De una parte, (Reyes, 2018) señaló que dicha figura del administrador de hecho es novedosa en el derecho colombiano, introducida en la Ley 1258 de 2008 con el propósito de hacer responsables a aquellas personas ajenas a la administración que controlan la sociedad, causando perjuicios al interés social, los socios y los terceros y que permanecían intactos por su carácter de no administradores. (p.180)

De igual forma, el redactor del proyecto de ley de la SAS sostiene que los antecedentes tenidos en cuenta para el diseño de la figura en Colombia se encuentran en el derecho norteamericano y la doctrina y la jurisprudencia francesa. En el caso *Donahue vs. Rodd Electrotype Co.*, la Corte Suprema de Massachusetts sostuvo que “los accionistas en una sociedad cerrada deben ejecutar las responsabilidades que les atañen como administradores y asociados, conforme a un estricto canon de buena fé calificada”. Dicho pronunciamiento tuvo desarrollo en el caso *Wilkes vs Springside Nursing Home, Inc.*, en el cual se consideró que “la actuación de los accionistas mayoritarios habían violado los deberes fiduciarios, al actuar sin sujeción a los estrictos cánones de buena fé, lealtad y confianza”. (Reyes, 2018, p.172-177)

En relación con la aplicación de la figura del administrador de hecho en la doctrina y la jurisprudencia francesa, se cita a Francoise Pérochon quien indica la administración de hecho en un accionista que participa en la administración de la sociedad: “su actuación no se limita a prestarle dinero a la sociedad, dar consejo, (...) o vigilar celosamente las operaciones efectuadas

por los administradores de derecho. Acaba por remplazarlos en el proceso de toma decisiones”. (Reyes, 2018, p.178)

De otra parte, (Gil, 2015) afirma que, si bien la figura del administrador de hecho es novedosa en el derecho colombiano, su antecedente nacional es previo a la Ley 1258 de 2008 toda vez que la administración de hecho ha sido prevista en el artículo 29 de la Ley 559 de 2000 y artículo 17 de la ley 1474 de 2011 en materia penal. (p.178-179)

Sobre la interpretación del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 concluye que la administración de hecho se infiere solamente de: “actuaciones y nunca por omisiones. (...) parte de un supuesto negativo: quien así actúe no es administrador y no adquiere tal condición, simplemente asume las mismas responsabilidades y puede ser sancionado en igual forma que los administradores”. (Gil, 2015, p.178)

De igual forma, Oscar Humberto González aborda el concepto del administrador de hecho desde el derecho español, identificando que la definición la aporta la jurisprudencia, porque, aunque la figura se dispone en la Ley concursal ante el Estado de Insolvencia y la Ley de Sociedades de Capital, estas normas no la describen, sino que asimila la figura con la administración de derecho para extender la responsabilidad. En ese sentido, según la jurisprudencia española son administradores de hecho aquellos que: “sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades”. (González, 2018 p.56-58)

Así mismo, (Hernández,2012) en su artículo de investigación sobre los supuestos de aplicación del administrador de hecho analizados desde el caso español y la sociedad por acciones simplificada en Colombia dice que las circunstancias genéricas para aplicar la figura del administrador de hecho prevista en la Ley SAS son: *i*) la administración irregular, *ii*) el

administrador oculto *iii*) la administración mediante contrato y *iv*) las situaciones de control y grupos empresariales. (p.281)

De igual forma Polania Tello (2012) en su artículo de investigación de la responsabilidad por violación de la buena fé en la SAS concluyó que la figura del administrador de hecho “se trata de una clara proyección de la buena fe frente a la ausencia de vinculo contractual directo entre los perjudicados con las decisiones-socios o terceros-y quien en verdad las toma”. (p. 309)

Por otra parte, teniendo en cuenta que el artículo 45 de la Ley SAS dispone la remisión a normas legales que rigen a la sociedad anónima para este tipo societario, es pertinente en la presente investigación referirse a lo propuesto por Cordoba Acosta (2014), sobre el gobierno de la sociedad anónima.

En ese sentido, el autor advierte que “unos son los deberes y las responsabilidades del socio que se encuentra en la administración y otros (...) del accionista que no administra...” denotando la diferenciación, en razón a que en la sociedad anónima por regla general los accionistas no son directores de la sociedad y de esta manera no es aplicable el régimen de responsabilidad de los administradores de forma directa a los accionistas, salvo que efectivamente ostente la calidad de administrador. (p.565)

De otra parte, sobre la figura del administrador de hecho, Cordoba asume con preferencia una postura no formalista, es decir, aquella que predica la aplicación de las normas de administrador a aquella persona que no figura como tal en los estatutos sociales o en la ley, pero, que con una proyección interna o externa de la sociedad realiza actividades de administración de los negocios sociales. Dicha postura la justifica así:

“(…) no solo para defender el interés de la sociedad y obtener un resarcimiento por el daño causado por la negligencia y deslealtad de quienes ejercen desde su interior funciones administrativas, sino para proteger el tráfico jurídico en general, particularmente en los procesos concursales en los que se evidencia la culpa o el dolo del administrador de hecho que muchas veces es un accionista mayoritario o de control”.
(Cordoba Acosta, 2014, p. 568)

Adicionalmente, según Córdoba, en la sociedad anónima el administrador no renuncia a los derechos constitucionales en el artículo 333 de la Constitución Política como lo son la libre iniciativa privada y la actividad económica propia, sin embargo, tienen la limitación de no aprovecharse de oportunidades de negocio de la sociedad para su propio beneficio o de un tercero. (Cordoba Acosta, 2014, p. 655).

Finalmente, en relación al deber de lealtad de los administradores, Gil, Reyes, Cordoba, los oficios, circulares externas y jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades consideran que se concreta en el cumplimiento de los deberes de los numerales 4,5 y 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 cuyo contenido de desarrollará procurando detalle en el presente trabajo.

Por su parte, (Sabogal, 2017) , en su tesis doctoral, a partir de un estudio comparado y doctrinal sobre el deber de lealtad y el conflicto de intereses de los administradores de sociedades (regulación en Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Italia, España y Colombia) concluyó que en los ordenamientos estudiados el “deber de lealtad” exige a los administradores una conducta con base en la confianza y/o buena fe que busca evitar, prohibir y/o sancionar conflictos de interés ilícito entre la sociedad y el administrador que conduzcan a la desviación de

bienes sociales, utilización inadecuada de su posición o de información privilegiada, o en general a producir un perjuicio injusto a la sociedad.

A su vez identificó que las situaciones más comunes donde el deber de lealtad es estudiado son los contratos donde medie un interés del administrador, aprovechamiento de las oportunidades de negocio, determinación de su propia remuneración y excesiva remuneración, autocontratación y competencia con la sociedad. (Sabogal, 2017)

Sabogal, considera que el conflicto de intereses obedece a reglas de prohibición de información y procedimiento y las consecuencias sobre el sujeto y el acto por lo general son: anulabilidad, responsabilidad patrimonial del administrador y revocación.

Concretamente sobre Colombia comprendió (Sabogal 2017) que la relación administrador - sociedad se entiende principalmente como una “relación orgánica que a su vez no niega la relación contractual ni la relación fiduciaria”. Es decir, la interpretación del deber de lealtad comprende además de las normas específicas, las normas del derecho societario, las dictadas por la sociedad, las normas que rigen el negocio jurídico, las normas del mandato y las particularidades que ha decantado el derecho anglosajón en materia de “agency” y “trust” en cuanto correspondan.

Y finalmente en Colombia el “interés social” deber ser entendido como el “interés de la persona jurídica” sobre la idea de “interés de la empresa”, es decir, es un concepto en un sentido más amplio que los intereses lucrativos de los asociados. (Sabogal, 2017)

No se puede evitar abordar el debate dogmático sobre la noción de interés social puesto que la orientación a la que se apegue presta fundamento para estructurar los argumentos en la resolución de los conflictos más comunes en derecho societario, de esta forma, el interés social es el criterio en la legalidad y legitimidad de las decisiones sociales, el abuso de las mayorías, el

conflicto de interés, el deber y responsabilidad de los administradores, accionistas y el gobierno societario.

El interés social se concibe, básicamente a través, dos grandes teorías para explicar la naturaleza jurídica de las sociedades comerciales: la teoría contractualista o también llamada monista y la teoría institucionalista o pluralista³; la primera asimilándose al interés del grupo de accionistas, sin tener en cuenta el interés de los acreedores y demás sujetos que se relacionan con la sociedad, y la segunda, gira en torno a grupos de personas distintos de los asociados. En el sistema jurídico la sociedad surge a la vida por el contrato, de acuerdo a lo manifestado en el artículo 98 del Código de Comercio⁴. “Para Pablo Córdoba Acosta el derecho de sociedades en Colombia reposa sobre la concepción de la sociedad como contrato” (Morgestein, 2011, p. 10)

Actualmente, la doctrina concibe de forma más amplia el concepto de sociedad y en consecuencia el interés social:

el “interés social” no es el interés exclusivamente patrimonial de socios y/o accionistas, pero tampoco lo desconoce, es decir, los asociados tienen derecho a incrementar sus ganancias económicas, pero a través de un ejercicio socialmente responsable de la actividad empresarial, lo que implica el reconocimiento de la existencia de distintos intereses que convergen en el desarrollo de la empresa societaria. (Morgestein, 2011, p. 11)

³ Esta teoría ha sido reformulada por la doctrina norteamericana bajo el nombre de “shareholder value” la cual hace especial referencia a la integración de conceptos relativamente nuevos como la creación de valor y el reconocimiento de intereses diferentes a los de los accionistas que pueden llegar a prevalecer sobre estos últimos desarrollada particularmente para la sociedad anónima abierta.

⁴ artículo 98: Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

En consecuencia, en la sociedad debe prevalecer la autonomía de la voluntad y como tal únicamente puede ser limitada por norma imperativa, con forme a esta interpretación concluye Pablo Córdoba que la discusión del interés societario no es sobre si se debe acoger el contractualismo o institucionalismo materia societaria sino en, la concesión liberal del Estado a los empresarios, es decir en la no imposición de regulación. (Morgestein, 2014, p. 136,157)

De esta forma el autor considera que el debate sobre la interpretación del deber social en Colombia se solventa en la presencia del Estado en el gobierno de la empresa: “el sistema jurídico colombiano ha consignado normas jurídicas comerciales que protegen no solo a los asociados, sino que también toma en cuenta intereses de sujetos relacionados tales como, acreedores, trabajadores, el medio ambiente el mismo estado en muchas ocasiones” ; entonces cuando el Estado exige la vigilancia de ciertas compañías, o requiere tramites adicionales reconoce los stakeholders en la noción del interés social, pero si por el contrario la amplitud en la regulación en el gobierno es mayor, se da en la medida en que la actividad económica no se tienen más intereses, lo que el autor encuentra en la sociedad por acciones simplificada. Por lo cual, a partir de la última noción de interés social referida que se puede sustraer la presente investigación. (Morgestein, 2014, p. 156)

3. Metodología

La metodología aplicada para el desarrollo del trabajo y obtener los resultados de la investigación tiene un enfoque cualitativo, de alcance exploratorio, basado en fuentes documentales como la doctrina, la normatividad colombiana, los pronunciamientos judiciales y administrativos de la Superintendencia de Sociedades y la jurisprudencia de la Corte

Constitucional de Colombia, aplicando como técnica de recolección de datos la consulta bibliográfica. Finalmente, como técnicas para el análisis de datos, la descripción y la inferencia.

4. Desarrollo

4.1 Generalidades de la SAS

La Sociedad por Acciones Simplificada creada a través de la Ley 1258 de 2008 es una sociedad de capital de naturaleza comercial que puede ser constituida mediante contrato o acto unilateral de la voluntad que conste en documento privado y que inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio se constituye en una persona jurídica distinta a la de sus accionistas quienes serán responsables hasta el monto de sus aportes.

Polania Tello (2012) sobre la separación del patrimonio en la SAS indica que permite mayor seguridad para los empresarios de constituir una sociedad o de migrar de ella, además de que permite una mayor planeación de la actividad económica y, por otra parte, procura la buena fe objetiva y diligencia de los terceros que se disponen a contratar porque es posible advertir el capital con que cuenta la sociedad antes de contratar, lo cual facilita la valoración del riesgo, prevención de daños y seguridad en el tráfico comercial (p.292)

Adicionalmente, en los estatutos de la SAS se puede disponer porcentajes o montos mínimos o máximos del capital social que podrán ser controlados por uno o más accionistas, en forma directa o indirecta. Se pueden crear diversas clases y series de acciones: *i*) acciones privilegiadas; *ii*) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; *iii*) acciones con dividendo fijo anual y *iv*) acciones de pago.

Una particularidad de la SAS es la flexibilidad para su constitución y organización, así que se puede determinar libremente la estructura en los estatutos sociales. En caso de no estipulación las funciones previstas en el artículo 420 del Código de Comercio ⁵serán ejercidas por la asamblea o el accionista único y, las de administración estarán a cargo del representante legal.

La asamblea de accionistas, será convocada por el representante legal de la sociedad, mediante comunicación escrita dirigida a cada accionista con una antelación mínima de cinco (5) días hábiles. En el aviso de convocatoria se insertará el orden del día correspondiente a la reunión. Cuando hayan de aprobarse balances de fin de ejercicio u operaciones de transformación, fusión o escisión. El derecho de inspección de los accionistas podrá ser ejercido durante los cinco (5) días hábiles anteriores a la reunión, a menos que en los estatutos se convenga un término superior, como lo señala el artículo 20 de Ley 1258 de 2008.

Los accionistas podrán renunciar a la convocatoria de la asamblea, como también al derecho de inspección conforme al artículo 21 de la Ley 1258 de 2008. Además los accionistas con derecho a voto tendrán el deber señalado en el artículo 43 de la citada norma de no abusar de su derecho ejerciéndolo conforme a los intereses de la sociedad.

La Asamblea de accionistas deliberará con uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones suscritas salvo que se disponga en los estatutos algo distinto.

Finalmente, las determinaciones se adoptarán mediante el voto favorable de un número singular o plural de accionistas que represente cuando menos la mitad más una de las acciones

⁵ ARTÍCULO 420. <FUNCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS>. La asamblea general de accionistas ejercerá las funciones siguientes:

- 1) Disponer qué reservas deben hacerse además de las legales;
- 2) Fijar el monto del dividendo, así como la forma y plazos en que se pagará;
- 3) Ordenar las acciones que correspondan contra los administradores, funcionarios directivos o el revisor fiscal;
- 4) Elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda;
- 5) Disponer que determinada emisión de acciones ordinarias sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia, para lo cual se requerirá el voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones presentes en la reunión.
- 6) Adoptar las medidas que exigiere el interés de la sociedad, y
- 7) Las demás que le señalen la ley o los estatutos, y las que no correspondan a otro órgano.

presentes, salvo que en los estatutos se prevea una mayoría decisoria superior para algunas o todas las decisiones. (Ley 1258, 2008, artículo 22)

4.2 Reflexiones en torno a la conducta del asociado y/o accionista

Una de las principales ocupaciones del derecho de Sociedades ha sido la protección del accionista, en consecuencia, se han generado teorías que pretenden comprender el abuso de poder de los distintos actores societarios, y a las cuales se ha atendido mediante las instituciones jurídicas que se ha implementado en los ordenamientos jurídicos.

Si bien, “el ejercicio de los derechos individuales de cada asociado debe procurar la realización de la causa común, consistente en la explotación conjunta de la empresa social”, se observa frecuentemente que la conformación de la “voluntad social” atiende a intereses particulares que no se enmarcan en el “interés social”, el cual en virtud de los principios de solidaridad responde al equilibrio del interés de todos los asociados. (Córdoba, 2014 p. 533)

La doctrina de la opresión de accionistas de los sistemas de common law, nos permite un primer acercamiento teórico en la materia ya que ella ha dado lugar al nacimiento de diversas reglas jurídicas orientadas a proteger los intereses de los asociados minoritarios, ante eventuales conductas opresivas por parte de quienes ostentan el control sobre el capital social. (Córdoba, 2014, p. 10)

En el contexto societario colombiano las formas asociativas más comunes suelen tener un número reducido de accionistas por la ausencia de un mercado ilíquido para la negociación de acciones donde “la concentración accionaria es bastante acentuada”. De ahí que el efecto es que la mayoría de los casos de abuso de poder provienen del método establecido para tomar

decisiones, la conjugación de los principios democráticos⁶ y de mayorías⁷ (Córdoba, 2014, p. 444).

Adicionalmente, la sujeción al principio de mayorías puede ser problemática para los asociados minoritarios justamente porque “la capacidad decisoria de los accionistas mayoritarios los reviste con la habilidad de adoptar determinaciones orientadas a perjudicar deliberadamente a los minoritarios.” (Córdoba, 2014, p. 11)

En concordancia, (Yáñez & Puentes, 2017) opinan que a mayor capital en la sociedad es mayor el poder de incidencia en las decisiones y el riesgo de afectación del interés de los accionistas minoritarios:

Lo anterior puede darse de manera directa, como cuando ejercen su derecho de voto en las deliberaciones del máximo órgano social, teniendo la capacidad de decidir el resultado de la decisión, o indirecta, cuando ejerce influencia sobre la junta directiva, representante legal u otro administrador. (p. 4)

Por consiguiente, en América Latina para garantizar una protección efectiva de los inversionistas minoritarios y la prevención del abuso del derecho en el contexto societario, se han implementado diversos mecanismos a través de los cuales se otorgan facultades normativas *ex ante* y *ex post* a los accionistas minoritarios para aminorar los efectos nocivos derivados de los intereses contrapuestos de los socios. (Medellín, 2017 p. 10)

Por esa razón, el ordenamiento jurídico colombiano ha integrado una pluralidad de acciones para que los asociados puedan “exigir la responsabilidad del administrador, y así mismo

⁶ El principio democrático a través del cual se concede la posibilidad a todos los accionistas de la sociedad para tener derecho a voto, consagrado en los artículos 61 y siguientes de la ley 222 de 1995

⁷ El principio mayoritario consagrado en los artículos 188 del código de Comercio y 68 de la ley 222 de 1995.

defenderse del poder del mayoritario”. Entre ellas se tienen: la acción por violación del deber de lealtad en cabeza del controlante⁸, la acción por violación del régimen de conflictos de intereses⁹, la acción de responsabilidad social artículo¹⁰, la acción individual de responsabilidad¹¹ y la acción de abuso del derecho de voto por el bloqueo de la acción social de responsabilidad¹². (Tamayo, 2018 p.106-107).

Considerando que el principio de buena fe ciertamente irradia el contrato de sociedad, (Martínez, 2004) recuerda que con fundamento en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio y el 1603 del Código Civil:

corresponde a las partes de un negocio ejecutar sus prestaciones contractuales atendiendo no solo a lo que dicta la exegesis de las cláusulas contractuales sino también y de manera muy importante, a lo que por de la naturaleza de las cosas debe cumplirse de *buena fe*. (p.63)

En ese sentido los deberes que concretan la buena fe no se encuentran delimitados o descritos en la norma como obligaciones, pero de no cumplirse difícilmente permiten que la sociedad consiga sus propios fines de manera equilibrada. (Solarte, 2004)

La buena fe también es aplicable en el desarrollo de la sociedad y en el ejercicio de los derechos sociales, por lo cual a cada asociado no solo le aplican los dictados de ley y los estatutos, sino también deberes complementarios que el derecho da por supuestos para que en su conducta obre de manera leal con los consocios y con el mismo objetivo de la asociación en

⁸ artículo 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

⁹ numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009.

¹⁰ artículo 25 Ley 222.

¹¹ artículo 25 Ley 222, parágrafo.

¹² artículo 43 Ley 1258 del 2008 y artículo 830 del Código de Comercio.

forma de que corresponda a la naturaleza propia de un contrato de colaboración. (Martínez, 2004 p.70-71)

Frente al deber de lealtad de los accionistas se puede interpretar que este deber se concreta en el deber de colaboración y ejercicio de los derechos de accionistas/asociados, a través de la sanción al no ejercicio de sus derechos legales, estatutarios y los dispuestos en normas del Código de Comercio y la Ley.

En este sentido la Superintendencia de Sociedades estima como formas de abuso, desde la remoción de administradores hasta la enajenación global de activos, utilizando la versatilidad del régimen de abuso para comprender conductas u operaciones del contexto societario, para garantizar una protección real a los accionistas minoritarios frente a las actuaciones irregulares de los accionistas controlantes. (Medellín, 2017 p. 22)

En el contexto de dichas situaciones la delegatura de asuntos mercantiles en cumplimiento de la función constitucional ha fallado casos donde ha expuesto claramente los criterios sobre los cuales ha determinado abuso del derecho de voto en la aprobación de procesos de capitalización¹³, retención de utilidades¹⁴, remoción de administradores¹⁵ y enajenación global de activos.¹⁶ En este sentido la Superintendencia ha intervenido las íntimas esferas de una compañía, para proteger los derechos de minoritarios oprimidos en el contexto del abuso del derecho de voto como lo señala en la Sentencia Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil y otros, con fecha de 9 de junio de 2016.

¹³ Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014. *Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A.*

¹⁴ Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 800-44 del 18 de Julio de 2014. *Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S y otros*

¹⁵ Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013. *Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S*

¹⁶ Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 800-119 del 17 de septiembre de 2015. *Martha Cecilia López contra Comercializadora GL S.A.S. y otros.*

Además, es importante resaltar que dentro del proceso mencionado, por primera vez se ha reconocido jurisprudencialmente por la Superintendencia de Sociedades el deber de lealtad a cargo de los accionistas mayoritarios como un medio defensa de las minorías, fundándolo en el contenido de los artículos 1603 del Código Civil¹⁷ y 871 de Código de Comercio¹⁸ que obliga a las partes de un contrato a comportasen lealmente, a partir del principio de buena fe¹⁹ que se encuentra en todas las relaciones jurídicas.

Ahora bien, centrando la atención en la Sociedad por Acciones Simplificada en el desarrollo del principio de buena fe contractual se identifica que cuenta con dos mecanismos de control instituidos para los asociados, estos son el abuso del derecho de voto (artículo 43 la ley 1258 de 2008) y la responsabilidad del administrador de hecho artículo 27 de la misma ley.(Polanía, 2012, p. 296)

Por su parte, el artículo 43 de la Ley 1258 de 2012 constituye un avance en la superación de las barreras que jurisprudencialmente se consideraron para sancionar el abuso del derecho de los accionistas toda vez que se introducen tres elementos: *i*) una definición clara con la cual no se tendría que apelar a la discrecionalidad de los juzgadores para la determinación de la existencia de abuso, *ii*) una delimitación de los alcances del abuso y su forma de reparación como una guía jurídica y *iii*) una herramienta para sancionar los hechos constitutivos de abuso.(Charry,2010, p. 20)

Por otro lado, la Superintendencia de sociedades no había podido pronunciarse ante la posibilidad de accionistas o socios controlantes que dirijan los hilos de la sociedad, sin detentar

¹⁷ ARTICULO 1603. <EJECUCION DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

¹⁸ ARTICULO 871. <PRINCIPIO DE BUENA FE>. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

¹⁹ por virtud del postulado de la buena fe, los asociados tienen el deber de comportarse con lealtad frente a las personas que detentan esa misma calidad en una compañía. Parece entonces indiscutible que el mayoritario que se apropia irregularmente de recursos sociales actúa en forma desleal frente a los demás asociados.

formalmente el cargo de administrador, pues este tipo de acciones no habían sido tipificadas hasta la entrada en vigencia de la Ley SAS y las acciones jurídicas no eran efectivas, por lo que su sanción solo se hizo posible a través de la figura del administrador de hecho. (Reyes, 2014 p. 134)

De modo similar se ha pronunciado Pablo Andrés Córdoba indicado que de forma frecuente en la estructura de capital de la compañía mercantil colombiana el accionista de control dirige sin tener formalmente la connotación de administrador, lo que se podría llegar a establecer que se trata de un verdadero administrador de hecho teniendo en cuenta la posible “administración en la sombra” porque en la práctica no gestiona, pero si instruye a quienes formalmente son administradores, así como un jefe de empresa. Por eso, al accionista controlante se le debe aplicar el régimen del administrador cuando vulnere el deber de lealtad para que no solo repare a la sociedad que sufrió la mengua de su interés, sino que le entregue todos los beneficios que obtuvo el administrador accionista. (2014, p. 732)

De forma complementaria, Reyes Villamizar ha indicado que a la entrada en vigor de la Ley 1258 de 2008 se “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”. (Reyes, 2018 p.172).

4.3 El administrador de hecho en la SAS

La Ley 1258 de 2008 dispone en el artículo 27 que, al representante legal, a la junta directiva y demás órganos de administración si los hubiere, le serán aplicables las reglas de la responsabilidad de los administradores contenidas en la Ley 222 de 1995.

La ley 222 de 1995 en el artículo 22²⁰ establece quien es administrador de derecho, es decir, “aquel que ha sido designado por el órgano competente para ejercer funciones de representación y administración, de acuerdo con la ley y los estatutos sociales y si fuere el caso, se encuentra debidamente inscrito en el registro mercantil” (Gil, 2015, p.177)

Por su parte, el párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 introduce la noción de administrador de hecho al consagrar:

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

La figura del administrador de hecho regulado en el párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 es toda una novedad en la legislación mercantil colombiana y sobre ella los investigadores, doctrinantes y la Superintendencia de Sociedades en funciones conferidas judiciales y administrativas que constitucionalmente²¹ y legalmente²² se han pronunciado sobre ella.

En Colombia el administrador de hecho fue previsto primeramente en la legislación penal (Artículo 29 de Ley 599 de 2000 y Artículo 250 B de Ley 1474 de 2011), teniendo la figura origen en la doctrina y jurisprudencia europea y norteamericana con el propósito de sancionar conductas punibles realizadas en el ámbito societario. (Gil, 2015, p.176)

²⁰ ARTICULO 22. ADMINISTRADORES. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detentan esas funciones.

²¹ Constitución Política de Colombia de 1991, ARTICULO 116 “(...) Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

²² Decreto 1023 de 2012 por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Sociedades y se dictan otras disposiciones.

Ley 1564 de 2012 Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. En el artículo 24 se le confiere a la Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria.

El propósito de la previsión normativa del administrador de hecho está amparado en la buena fe y en la protección de los intereses de la sociedad, los accionistas y terceros ante personas que se entrometen en los asuntos de la dirección de la sociedad y que les afectan:

La figura del administrador de hecho se introdujo en la Ley 1258 de 2008, debido a la circunstancia frecuente en la que individuos ajenos a la administración de la sociedad, amparados en la indemnidad que les da su carácter de “no administradores” pueden controlar la sociedad y, en no pocas ocasiones, causarle perjuicios a esta, a los asociados y a terceros. (Reyes, 2018 p.180)

Entonces, hasta aquí es válido afirmar que personas que no señala la ley específicamente como administradores o que no han sido designadas como tal en los estatutos sociales serán sujetas al régimen de responsabilidad de los administradores²³ porque realizan actividades de gestión, administración y dirección de la sociedad y en virtud del principio de buena fe son llamados a responder ante la sociedad, socios o terceros por las conductas positivas en su cabeza desplegadas y por las cuales causaron daños.

En relación a la figura del administrador de hecho Polania realizó un estudio teórico sobre la responsabilidad por violación a la buena fe en la SAS y concluye que se fundamenta el principio de buena fe así:

se trata de una clara proyección del principio de buena fe frente a la ausencia del vínculo contractual directo entre los perjudicados con las decisiones-socios o terceros- y quien en

²³ Artículos 23 y 24 de la Ley 222 de la Ley 222 de 1995 y Decreto 1074 de 2015 Artículo 2.2.2.3.1 - Artículo 2.2.2.3.5 el cual compila el Decreto 1925 de 2009 Por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y demás normas concordantes, en lo relativo a conflicto de interés y competencia con la sociedad por parte de los administradores de la sociedad.

verdad las toma. Es en efecto una concreción de la buena fe objetiva pasiva, o fundada en la confianza legítima derivada de los actos propios, en la medida que asigna una sanción específica al agente que aparenta ser administrador de derecho y actúa como tal sin serlo, para extenderle la responsabilidad propia del cargo que funge de hecho. (Polania, 2012, p.309)

La Superintendencia de Sociedades en la Sentencia Sebastián Agustín Martínez Arango contra María Carolina Martínez Flórez del 26 de marzo de 2019 indica sobre la actividad positiva de gestión, administración y dirección de la sociedad que:

(...) la actividad puede consistir en una influencia determinante sobre las actuaciones u omisiones del administrador formal, o en el ejercicio directo de actuaciones relativas al cargo pese a la existencia de un administrador formal o ante su ausencia permanente. (Polania, 2012, p. 9)

La característica fundamental del administrador de hecho es el ejercicio de un poder de gestión y dirección propio de un verdadero administrador, sin que formalmente se tenga dicho cargo, actuación que se produce con el beneplácito o en complicidad de la sociedad, e incluso, por sus omisiones, al no oponerse a dichas actuaciones. (Gil, 2015, p. 181)

Para Gil Echeverry, de acuerdo a la doctrina comparada mayoritaria para estar ante la condición del administrador de hecho deben concurrir los siguientes presupuestos, “los cuáles son predicables en el derecho colombiano”: *i)* El desarrollo y ejecución de actos de gestión y administración. *ii)* La suplantación de actos de gestión y administración. *iii)* La habitualidad,

continuidad o permanencia en la ejecución y realización actos de gestión y administración, y iv) La anuencia por activa o pasiva, de la sociedad afectada (Gil, 2015, p. 193)

A su vez, se han identificado en la doctrina las siguientes posibilidades de administrador de hecho: i) El administrador notorio, no inscrito. ii) El administrador oculto, en la sombra o “shadow director”. iii) El apoderado general. iv) El administrador con cargo caducado y que no ha refrendado su indicada calidad de administrador. v) El administrador que ocupa formalmente el cargo, pero cuyo nombramiento está viciado de nulidad por ser defectuoso. vi) El administrador mediante contrato. Y, vii) El administrador en eventos de situaciones de control y de grupos empresariales. (González, 2018, p.63)

Si bien no se ha señalado hasta el momento de forma literal o directa que puede ser declarado administrador de hecho un accionista, es obvio, que probablemente en la práctica el accionista que no asume una actitud distante o pasiva de las gestiones de administración , dirección y gestión en la sociedad tanto a nivel interno como externo sea susceptible de la declaración de administrador de hecho y por lo tanto de las responsabilidades y sanciones previstas para los administradores; con razón sobre el párrafo del artículo 27 de la ley 1258 de 2008 Reyes Villamizar afirmó “este permitirá, seguramente, la aplicación de estándares de conducta elevados a los accionistas que controlen las SAS, a pesar de que no participen de modo directo en la compañía”.(Reyes, 2018 p.172)

Por su parte Córdoba reflexiona sobre la realidad de los deberes de los administradores y las actuaciones de los accionistas comprendiendo que en el contexto mercantil colombiano es muy frecuente que los accionistas o asociados se desempeñen como administradores sin ostentar formalmente dicho título , “sin descartar que sea un administrador en la sombra porque en la

práctica no gestiona, pero si instruye a quienes formalmente son administradores, casi como un jefe de empresa” (Córdoba, 2014 p.732)

4.4 Criterios jurisprudenciales del administrador de hecho

La delegatura de asuntos mercantiles de la Superintendencia de Sociedades sancionó a un accionista bajo la figura del administrador de hecho en el caso Sebastián Agustín Martínez Arango contra María Carolina Martínez Flórez del 26 de marzo de 2019, en la sentencia se explicaron los elementos normativos para reconocer al administrador de facto contenidos en el párrafo del artículo 27 de la ley SAS así:

- i)* que se trate de un sujeto que no detenta formalmente la calidad de administrador social en los términos del artículo 22 de la Ley 222 de 1995.
- ii)* que se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad.

Sobre el segundo el juez en la sentencia se detuvo a hacer las siguientes precisiones:

- i)* La inmiscución se trata de la actividad que desarrolla el sujeto activo, y debe tratarse de “una influencia determinante sobre las actuaciones u omisiones del administrador formal, o en el ejercicio directo de actuaciones relativas al cargo pese a la existencia de un administrador formal o ante su ausencia permanente.”

- ii)* Debe centrarse el examen “en el acto o actos efectivamente realizados por el sujeto y en los efectos que, por acción u omisión, pueden derivarse de esa actuación concreta respecto de la sociedad, los asociados o terceros.”
- iii)* “La actividad objeto de análisis debe ser autónoma y no en razón de disposiciones, orientaciones o directrices de un órgano social”.
- iv)* Si el administrador de hecho coexiste con un administrador formal, es este último el que podría perder su autonomía, ya sea porque el administrador de hecho influye determinantemente sobre su gestión, o porque simplemente realiza actividades de administración sin consultarlo con aquel.” (Córdoba, 2014)

En esta misma sentencia con el propósito de diferenciar las distintas actividades que desarrollan los asociados y que podrían ser objeto de análisis en el marco de la figura del administrador de hecho y susceptibles de sentencia por parte de la jurisdicción de la delegatura mercantiles acude a los planteamientos de Francisco Reyes Villamizar quien expresó:

el despliegue de la actividad inherente a asesores, consultores y profesionales externos contratados por la sociedad, y aun la de accionistas mayoritarios o sociedades matrices, no debe constituirlos per se en administradores de facto, aunque deban adoptar determinaciones de dirección o gestión de ciertos asuntos en razón de los derechos que les confiere su poder frente a la sociedad. Debe tratarse, por tanto, de actos que han de trascender esas funciones legítimas para asumir el carácter de verdadera intromisión en los asuntos de la sociedad (Reyes, 2014 p.181)

4.5 La prueba de un administrador de hecho

De otra parte, en virtud de la Ley 1564 de 2012 mediante los medios de prueba como “oficiosa, declaración con interprete, extraprocesales, interrogatorio de parte, declaración de sobre documentos, exhibición de documentos, libros de comercio y cosas muebles, testimonios para fines judiciales, testimonios sin citación de la contraparte, inspecciones judiciales y pericitaciones, la confesión, careos, inspecciones entre otros”, se podrá probar la condición de administrador de hecho; además, se resalta que no se deben ignorar pruebas testimoniales de los clientes, proveedores y empleados de la sociedad para configurar su existencia. (Gonzales,2018 p.75-78)

Sobre la prueba del administrador de hecho en el ordenamiento jurídico colombiano se ha referido que es difícil y que generalmente se queda en el nivel de prueba indiciaria y que el direccionamiento de administradores de derecho se puede evidenciar con memorandos internos, comunicaciones internas, contenidos de las actas de juntas directivas, de socios o asambleas que muestren las actitudes de orden en cabeza del administrador de hecho. (Gil,2015 p.198-199)

En ese sentido, como aporte probatorio los indicios más recurrentes empleados por la jurisprudencia para identificar la presencia de un administrador de hecho son: *i)* que la sociedad posea una base familiar, *ii)* que existan clausulas dirigidas a permitir a un acreedor tomar el control de la sociedad, *iii)* que se posea el control o dominio de la sobre la sociedad derivado de poseer la titularidad de la mayoría de las participaciones sociales, *iv)* que se presente externamente como administrador, y *v)* la existencia de amplios poderes de actuación que le permitan manejar a su antojo la sociedad.(Hernández, 2012 p.281-282)

De modo que el análisis e interpretación que realice el juez debe ser exigente y prudente en atención a que no se dé lugar a la declaratoria del administrador de hecho a personas como asesores o consultores e incluso accionistas que se comportan únicamente como tal o el controlante que no llegue a administrar a la sociedad y que “convergen en la dirección una sociedad a instancias consultivas de necesaria referencia de la operación diaria de la compañía”. (Polania, 2012 p.279)

Conviene hacer referencia que la dificultad probatoria en el caso del administrador de hecho no es aislada de la situación que presentan las demás instituciones jurídicas que buscan la protección del interés de la sociedad, los accionistas y terceros frente a actores societarios que en abuso de poder y en desconocimiento de la buena fe y la lealtad les perjudican. Lo anterior ante la imposibilidad que encuentran los afectados para probar la conducta lesiva y el daño causado. (Tamayo, 2018)

Por primera vez en Colombia vía administrativa se aplica la figura del administrador de hecho en el caso del señor BETO, administrador de hecho de REJAX SAS teniendo en cuenta lo siguiente: *i)* Que el señor BETO era accionista de la sociedad, *ii)* Que el señor BETO era mandante de la representante legal de REJAX SAS, *iii)* Que en virtud de acuerdo privado el señor BETO podía inmiscuirse en actividades de gestión de la sociedad.

Como pruebas para establecer la condición de administrador de hecho encontró la Superintendencia de Sociedades que el señor BETO, aunque no se encontraba inscrito dentro del registro mercantil como administrador de la sociedad, su participación dentro de la misma se adecuaba a las funciones de un administrador de hecho, que antes de ser un “socio inactivo” era un “administrador oculto”. Por eso razón se le impuso sanción de conformidad con el artículo 27

de la Ley 1258 de 2008, de manera que se encontraba sujeto a las responsabilidades y sanciones previstas para los administradores en la Ley 222 de 1995.

Lo anterior porque que era deber del señor BETO adecuar todas sus actuaciones de acuerdo con lo dispuesto en la ley y los estatutos sociales, asumiendo las responsabilidades propias del ejercicio de dicha dignidad, entre las que se encontraba la prohibición de incurrir en conflictos de interés con la sociedad, previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reglamentada por el Decreto 1925 de 2009 compilado en el Decreto 1074 de 2015.

4.6 El accionista que se inmiscuya en actividades de administración

El accionista que se inmiscuya en actividades positivas de gestión, dirección y administración de la sociedad puede ser declarado administrador de hecho. No existe una prohibición para que así sea, al contrario, hay un desarrollo teórico, legal, doctrinal y jurisprudencial que reconoce en base al principio de buena fe y el interés social la declaración de “administrador de hecho” a personas naturales o jurídicas que no ostentan los requerimientos legales o estatutarios para desarrollar el rol de directores de la sociedad, pero que en forma real y efectiva, han realizado funciones propias del administrador cuando con su actuar han causado perjuicio a la sociedad, accionistas o terceros.

La declaración de un accionista como administrador de hecho puede tener lugar cuando se cumplan las condiciones establecidas por la Ley 1258 de 2008 en el artículo 27 párrafo, los pronunciamientos administrativos y la jurisprudencia de la Superintendencia de sociedades y la doctrina que en resumen son las siguientes: *i)* Inmiscuirse a realizar actividades de gestión, administración y dirección de la sociedad. *ii)* Realizar actividades que incidan de forma

determinante sobre las actuaciones u omisiones del administrador formal. *iii*) El ejercicio directo de actuaciones relativas al cargo de administrador pese a la existencia de un administrador formal o ante su ausencia permanente. *iv*) La habitualidad, continuidad o permanencia en la ejecución y realización actos de gestión y administración, y *v*) La anuencia por activa o pasiva, de la sociedad afectada.

Cuando el accionista realice actividades de administrador le será aplicable el régimen de responsabilidad a cargo del administrador, el cual está previsto en el artículo 200 del Código de Comercio, el artículo 23 de la ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009 compilado en el Decreto 1074 de 2015.

4.7 Diferenciación de aplicación de deberes en cabeza de los accionistas

Por último, Pablo Andrés Córdoba propone una diferenciación en la aplicación de los deberes si la administración está en cabeza de un socio o accionista; donde se debe hacer una mayor exigencia cuando hay una “profesionalización de la gestión puesto que hay un mayor potencial de conflicto de intereses entre los actores de la empresa” y menos intensa “cuando el director es a su vez el máximo socio y por ello en el fondo podría estar manejando su propia inversión”. (2014, p. 314, 586)

Lo anterior acorde con la teoría de la agencia que “surge de aquellas situaciones en donde una persona delega a otra persona ciertos derechos y facultades con el fin de que dicha persona satisfaga los intereses de quien le delegó los derechos facultades o de ambas partes.” (Mercado, 2016 p. 6).

Así mismo, los problemas de agencia del ámbito corporativo se pueden clasificar como problemas entre; administradores y accionistas, accionistas mayoritarios y minoritarios, accionistas de la sociedad y los acreedores de la sociedad. (Garrido, 2015 p. 7).

Frente a la tesis plantada por Cordoba en las líneas anteriores, el tratadista evalúa las situaciones normativas que podrían oponerse a la interpretación propuesta de moderar la rigurosidad de la exigencia de los deberes que orientan la conducta de un administrador societario, ante un único régimen general de responsabilidad civil para el ordenamiento colombiano, que podría llevar pensar que no existe distinción alguna, sobre si es un asociado quien administra la sociedad, ni las características del tipo societario.

Ante lo cual, el autor contrapone la existencia de distintas nociones de interés social en las sociedades de personas y de capital, especialmente en la anónima inscrita de donde una diferenciación de la responsabilidad limitada de los accionistas en razón de la distancia de la administración y no de la persona jurídica (Cordoba, 2014, p. 586)

Adicionalmente, sobre el gobierno de la sociedad anónima se ha identificado que por regla general los accionistas no administran e incluso mantienen distancia de la administración de la compañía y se desentienden de los asuntos de la dirección por lo que considera “justificable totalmente eximirles del cumplimiento de los deberes de los administradores y por su consiguiente pregonar, casi de manera absoluta la limitación de su responsabilidad, esto de conformidad con el artículo 373 del código de Comercio.”²⁴ (Córdoba, 2014, p. 565)

Entonces, en materia de deberes, se deben estimar aspectos como la mayor o menor separación entre administración y propiedad accionaria, así como el de deber infringido, lo que implica evaluar las ventajas que con el incumplimiento del deber pueda obtener el administrador

²⁴ ARTÍCULO 373. <FORMACIÓN- RESPONSABILIDAD- ADMINISTRACIÓN- RAZÓN SOCIAL EN SOCIEDAD ANÓNIMA>. La sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes; será administrada por gestores temporales y revocables y tendrá una denominación seguida de las palabras "Sociedad Anónima" o de las letras "S A."

y de modo que se exija el cumplimiento del deber de forma más rigurosa si la actuación se relaciona con el deber de lealtad, cuando el administrador no ostenta la calidad de asociado, valorando que con el incumplimiento el administrador obtiene un beneficio y el afectado con el perjuicio será la sociedad, lo que no ocurre con el deber de diligencia puesto que no puede sacar provecho porque su reputación se verá afectada y por ende solo obtiene sin perjuicio. Mientras que si son los asociados los que administran es indiferente el deber evaluado ante ambos. (Córdoba, 2014, p. 729)

Finalmente, también, expresa que otro criterio que es conveniente considerar, en materia de deberes, son las obligaciones a cargo de los administradores, debido a la posición y las funciones a su cargo dentro del órgano de administración. (2014, p. 730-731)

Ahora bien, con fundamento de lo prescrito en el último inciso del artículo 200 del Código de Comercio no es posible, atenuar los deberes de los administradores de las sociedades comerciales de forma que se disminuya la responsabilidad consagrada allí, teniendo en cuenta que los deberes de los administradores son en el fondo elementos esenciales del modelo de contrato por lo que las partes no podrían modificarlo a lo mucho hacer más exigentes tales preceptos. (Córdoba, 2014 p. 587)

Con lo anterior se hace imperativa la intervención de la institucionalidad para diferenciar la aplicación de los deberes, haciendo una distinción que parta de una base de mayor exigencia para quienes administran el patrimonio social y el capital social constituido por terceros distintos al gestor, y de una menor exigencia cuando concurren en las mismas personas las calidades de administrador y de socio. (2014, p. 662)

4.8 La responsabilidad del administrador societario

El régimen de responsabilidad aplicable al administrador societario está señalado en el artículo 23 y 24 de la Ley 222 de 1995, el artículo 200 del Código de Comercio es declarado responsable el administrador que por acción u omisión cause un perjuicio a la sociedad, a los socios o a terceros. Y, se presume su culpa en caso de: *i*) incumplimiento o extralimitación de sus funciones; *ii*) violación de la ley y *iii*) violación de los estatutos.

4.8.1 El contenido del deber de lealtad del administrador Societario. La actuación de los administradores debe estar orientada en los principios de buena fe, lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, los cuales fueron previstos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 basados en la relación fiduciaria del administrador con la sociedad desarrollado en el sistema jurídico anglosajón “por virtud de la cual esta deposita su confianza en el juicio y consejo de aquel” , de lo cual se infiere el carácter profesional de los administradores y la diligencia en los asuntos societarios que dirige .(Reyes, 2018, p.152)

Las reglas de conducta de los administradores implican el empeño del director para que las decisiones sean tomadas con criterios profesionales y basadas en el conocimiento técnico, no obstante “los malos resultados de la gestión no tendrían por qué dar lugar a la responsabilidad para quienes las adoptan” (Reyes, 2018, p.154)

La Superintendencia de Sociedades de Colombia en la Circular Básica Jurídica de referencia 2017-01-119907 definió el deber de lealtad del administrador societario así:

Es el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presenta un conflicto de intereses, dicho administrador se beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus socios. (p.51)

El deber de lealtad de los administradores comprende los deberes específicos 4, 5 y 7 señalados en el artículo 23 de la ley 222 de 1995: *i)* guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad. *ii)* abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada. Y *iii)* abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

4.8.1.1 Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad. Los actos de gestión del administrador al interior de una persona jurídica en desarrollo del deber lealtad comprende la protección de bienes intangibles de la sociedad como los secretos industriales y empresariales referidos en la Decisión 486 del 2000 de la Comunidad Andina en los artículos 260 a 266, así lo ha expresado la Superintendencia de Sociedades en la Circular Externa 100-006 del 25 de marzo de 2008.

En ese sentido, también el artículo 48 de la Ley 222 de 1995 restringe el derecho de inspección de los socios a documentos que versen sobre secretos industriales o cuando se trate de datos que, de ser divulgados, puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad como lo expresa la Superintendencia de Sociedades en la Circular Externa 100-006 del 25 de marzo de 2008.

Así mismo, conforme al artículo 161 del Código de Comercio “los libros y papeles de la sociedad, como principio general están sujetos a reserva y solamente podrán ser examinados por decisión judicial o administrativa”. (Gil,2015 p.141)

En conclusión, el deber de guardar y proteger la información comercial e industrial de la sociedad conlleva la especial confianza al administrador de mantener oculta y de no aprovechar para si o un tercero la información de orden técnico y comercial al cual tiene acceso en el ejercicio de su cargo, ya que de ser conocidas podrían generar efectos económicos por su valor competitivo. En ese sentido la lealtad es también:

la discreción y reserva que debe existir en el mundo de los negocios, entendido como tal aquellos parámetros contables, financieros y de fiscalización, así como el sin número de contenidos económicos, verbi gratia, en materia de propiedad industrial el tocante con el Know how. (Cubillos, 2008 p.25)

4.8.1.2 Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada. El deber de abstenerse a utilizar indebidamente la información privilegiada consagrado en el artículo 23 numeral 5 es un deber lealtad y tiene el propósito de cumplir lo dispuesto en el artículo 486 de la Decisión Andina en el cual se dispone que las personas que con ocasión a su cargo tengan acceso a un secreto empresarial deberán abstenerse de revelarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que posea dicho conocimiento, así refiere Hernán Gil Echeverry basado en la Circular Externa de la Superintendencia de Sociedades 100-006 del 25 de marzo de 2008. (Reyes, 2018 p.160),

En virtud de la misma circular el autor concluye que se está ante la infracción al deber específico de abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada cuando quien la posee y está obligado a mantenerla oculta incurre en las siguientes conductas: *i)* que la suministre a quienes no tienen derecho a acceder a ella. *ii)* que la oculte maliciosamente en perjuicio de la sociedad o en beneficio propio o de terceros, lo cual supone usarla y, por abstención, en perjuicio de la sociedad para estimular beneficio propio o de terceros. *iv)* que la haga pública en un momento inapropiado, y *iii)* cuando existiendo la obligación de darla a conocer no se haga pública y se le divulgue de manera alguna. (Gil, 2015 p.142)

4.8.1.3 Abstenerse de participar en actividades que impliquen conflictos de intereses o competencia con la sociedad. El artículo 23 de la Ley 222 de 1995 regula dos deberes de lealtad en cabeza del administrador societario con el propósito de proteger los intereses de la sociedad, los socios y terceros en situaciones de conflictos de intereses y de competencia. Así, se exige del administrador una conducta responsable y honesta en virtud de la confianza depositada.

El conflicto de interés corresponde a una “contraposición entre el interés social de la sociedad administrada, y el interés directo por interpuesta persona” (Gil, 2015, p.309)

“habrá conflicto de interés siempre que el administrador pretenda celebrar, ordenar, o ejecutar un acto o contrato con la sociedad, teniendo un interés directo o por interpuesta persona, en el mismo acto o contrato” (Gil, 2015, p.310)

La Superintendencia de Sociedades en la Sentencia del 14 de mayo de 2014, *Loyalty Marketing Services Colombia SAS contra Shirley Natalia Avilá Barrios* señaló que “es factible que las operaciones viciadas por un conflicto de interés le reporten importantes beneficios a una sociedad, como en efecto parece haber ocurrido en el presente caso”.

Así mismo, con base en este pronunciamiento, la Superintendencia de Sociedades en la Sentencia de SAC Estructuras Metálicas S.A, señala que solo existencia de un conflicto de interés no significa necesariamente, que la operación proyectada tenga la virtud de resultar perjudicial para la sociedad administrada, relación jurídica que puede ser beneficiosa para la empresa. En dicho caso se determinó que los prestamos realizados a título personal y de forma directa por los administradores de la sociedad ante la imposibilidad de la sociedad de obtener créditos bancarios, no causaron perjuicio alguno al interés social y por lo tanto fueron desestimadas en la demanda.

Además, la Superintendencia de Sociedades en la Circular Externa N°100-006 sostuvo que es imposible satisfacer dos intereses simultáneamente, bien sea el del administrador o el de un tercero y el de la sociedad. Luego este mismo despacho en el Oficio 220-23988 del 4 de marzo de 2008 expresó:

“imposible que se satisfagan simultáneamente los intereses de dos sociedades contratantes cuando el administrador de una de estas tiene interés común en ambas. La única causal eximente de tal conflicto es la autorización impartida previamente al administrador por parte del máximo órgano social de la compañía”.

En ese sentido, sobre la autorización la Ley 222 de 1995 artículo 23 sostiene que el administrador “suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión” y solo se podrá autorizar la decisión o acto “cuando no perjudique los intereses de la sociedad”.

4.8.1.3.1 Sobre los actos de competencia. Sobre el deber de abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general, la Superintendencia de Sociedades en la Circular Externa N° 100-006 de 2008 lo ha definido así:

Son "actos de competencia" aquellos que implican una concurrencia entre el ente societario y el administrador, o un tercero en favor del cual éste tenga la vocación de actuar, toda vez que cada uno de ellos persigue la obtención de un mismo resultado, tal como ocurre cuando varios pretenden la adquisición de unos productos o servicios, el posicionamiento en un mercado al que ellos concurren.

Para establecer el incumplimiento de este deber, se debe tener en cuenta que se trate de: *i)* meros actos de competencia, no se trata de la competencia desleal, *ii)* cuales son las actividades que constituyen el objeto social de la compañía, *iii)* cuales son las líneas de productos o servicios, *iv)* cual es el mercado al cual se encuentran dirigidos, *iv)* cual es el ámbito de acción territorial, entre otros. (Gil, 2015, p. 8)

De acuerdo a Gil Echeverry los casos usuales de competencia en la sociedad administrada son los siguientes: *i)* desarrollar por cuenta propia, como comerciante natural (inscrito o no inscrito), la misma actividad que desarrolla la sociedad administrada, *ii)* formar parte, como asociado, de sociedades que desarrollen el mismo objeto social, *iii)* ser administrador de otra sociedad que desarrollen el mismo o parecido objeto social, *iv)* desarrollar la misma actividad social de la sociedad administradas en sociedades de hecho de las cuales sea socio o administrador, en los

términos anteriores expresados y bajo cualquier modalidad (contratos de asociación, consorcios, uniones temporales, etc.), v) desviación de la clientela por el administrador cesante.

4.8.1.3.2 La oportunidad de negocio. La no usurpación de las oportunidades de negocios es un deber implícito en cabeza del administrador de acuerdo al artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y es una manifestación de conflicto de interés en el cual su corrección se encuentra en la conducta leal:

“siempre que la sociedad administrada tenga un interés cierto o potencial en la celebración de un acto o contrato determinado, en desarrollo de su objeto social, y el administrador por su condición de tal, tenga conocimiento cierto sobre la posibilidad de concretar el acto o contrato a nombre de la sociedad, pero lo desvíe en favor suyo o de personas naturales o jurídicas estrechamente a él vinculadas, se presente el denominado “aprovechamiento de oportunidades de negocio”. (Gil, 2015 p.393)

Teniendo en cuenta que el artículo 23 numeral 7 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009 compilado en el Decreto 1074 de 2015, dispone que tanto para actos que impliquen competencia o conflictos de interés se podrá contar con “la autorización a la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad”, el administrador ante una oportunidad de negocio, previa decisión de emprenderlo, prudentemente, deberá exponerlo al órgano estipulado y someterse a la decisión.

Para el caso de la Sociedad por Acciones Simplificada ante la posibilidad de que la sociedad administrada tenga estipulado un objeto social indeterminado o abierto, cualquier actividad

económica lícita podría considerarse interés de la sociedad , en ese caso “para evitar el conflicto de interés y no ser condenado por haber usurpado la oportunidad de negocio, el administrador deberá poner en conocimiento del respectivo órgano social la relación comercial, con todos sus detalles si razonablemente es de suponer que la empresa administrada pudo haberlo desarrollado, y solo si decide que la oportunidad administrada no esté interesada en tal operación o negocio, el administrador podrá celebrarlo directamente o por medio de persona vinculada. (Gil, 2015, p.397)

Adicionalmente, (Veiga, 2014) indica que “serán otros criterios, los de necesidad, capacidad, objeto social, financiación, conveniencia y oportunidad efectiva los que, a la postre, decidan o no la actuación y el conflicto en suma”. (p.25)

Cuando se trata conflictos de interés o actos de competencia y la decisión como tiene que ser, es sometida a autorización del máximo órgano se debe tener en cuenta que:

i) Deberá citarse a una reunión extraordinaria en cuyo orden se anuncie lo relativo al contrato o acto de conflicto de interés o competencia como lo señala el artículo 23 numeral 7 de la Ley 222 de 1995 y el artículo 2 del Decreto 1925 de 2009.

ii) Al procederse a la deliberación deberá revelarse a los asociados la información actualizada, relevante, completa, fidedigna, profesional, oportuna, idónea respecto al futuro acto o contrato a celebrarse o en competencia o conflicto de interés. En palabras de la Superintendencia de Sociedades en la Circular Externa N°100-006 del 25 de marzo de 2008:

la información relevante debe tener la idoneidad suficiente para que el máximo órgano social logre conocer la dimensión real del asunto y pueda, así determinar la viabilidad de

la autorización que le interesa al administrador o, en caso contrario, obrar de otra manera.
(Veiga, 2014)

El deber de informar de forma clara, detallada y amplia porque “evitar la colisión de intereses y la preeminencia del personal por sobre el colectivo de la sociedad definen los parámetros por los que transcurren en suma los ejes cardinales del deber de lealtad” (Veiga, 2014 p.13).

iii) Lo ocurrido en la reunión deberá con respecto al específico tema incluido en el orden del día referenciarse de manera precisa en el acta que contiene la autorización, de acuerdo al artículo 189 del Código de Comercio y el artículo 3 del Decreto 1925 de 2009.

iv) La autorización le corresponde única y exclusivamente al máximo órgano social.

v) Cuando el administrador posee también la condición de socio debe de abstenerse de votar.

vi) En caso de dudas sobre la autorización debe el administrador solicitar la ratificación por parte del máximo órgano social.

4.9 El deber de lealtad en la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades

En el ejercicio de las facultades jurisdiccionales, la Superintendencia se ha pronunciado sobre el deber de lealtad en cabeza de los administradores en asuntos de conflictos de interés y actos de competencia en los casos que se señalan en la siguiente tabla.

Tabla 1.

Sentencias de la Superintendencia de Sociedades donde se evalúa conflictos de interés

Asuntos	Referencia
El administrador contrata directamente con la sociedad	SAC Estructuras Metálicas S.A. contra José Daniel Correa Senior y otros Sentencia n.º 801-35 del 9 de julio de 2013

Asuntos	Referencia
en la que ejerce sus funciones o es accionista de una compañía que contrata con la sociedad, omitiendo el procedimiento contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.	Loyalty Marketing Services S.A.S., Sentencia n.º 800-29 del 14 de mayo de 2014.
	Jorge Eduardo Terreros Wilches contra Rafael Uribe Toro, Sentencia n.º 800-26 de 13 de abril del 2016
	José Lucas Dugand Pinedo, Fernando Antonio Dugand y Orlando José Novoa contra Juan Manuel Mendoza Arango. Sentencia n.º 800-83 de 3 de diciembre del 2014
	María Virginia Cadena López y Fernando Alfredo Cadena López contra Amira López de Cadena, Miguel Eduardo Cadena López, Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. y MCH S.A.S. Sentencia n.º 800-133 de 15 de octubre del 2015
	Gina Maritza Leguizamón Barbosa contra Luz Amanda Leguizamón Barbosa, Rolando Leguizamón Barbosa e Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C. Sentencia n.º 800-134 de 20 de octubre del 2015
	Morocota Gold S.A.S. contra Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara Sentencia n.º 800-85 del 8 de julio de 2015.
	Jorge Eduardo Terreros Wilches contra Rafael Uribe Toro, Sentencia n.º 800-26 de 13 de abril del 2016.
	Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar Correa contra Handler S.A.S., Liliana Castillo Bautista, Omar Fernando Martínez Lozano y Edisson Emir Hernández Sentencia n.º 800-142 del 9 de noviembre del 2015
	Almacenes Yep S.A. contra Promotora de Construcciones Inmobiliarias (Proinmob) S.A.S. y Juan Carlos Lopera Yepes. Sentencia n.º 800-43 de 5 de junio del 2017
	Un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la operación de la sociedad en la que ejercen sus funciones, omitiendo el procedimiento contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.
Loyalty Marketing Services S.A.S., Sentencia n.º 800-29 del 14 de mayo de 2014	
Sucesión de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. en liquidación. Sentencia n.º 800-52 del 1º de septiembre de 2014	
Morocota Gold S.A.S. contra Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara Sentencia n.º 800-85 del 8 de julio de 2015.	
Ángela María Azuero Figueroa y María Teresa Figueroa Clausen contra El Puente S.A. Sentencia n.º 800-102 de 4 de agosto del 2015	
Ángela María Azuero Figueroa y Carmen Lucía Figueroa de Pinzón contra El Puente S.A. Sentencia n.º. 800-116 de 4 de septiembre del 2015	
Un mismo sujeto es administrador de dos compañías que contratan entre sí omitiendo el procedimiento contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.	Jorge Eduardo Terreros Wilches contra Rafael Uribe Toro, Sentencia n.º 800-26 de 13 de abril del 2016
	El Zarzal S.A. contra Arturo Escallón Lloreda y Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Fideicomiso El Zarzal, Sentencia n.º 800-120 de 06 de diciembre del 2017
Cuando un administrador se apropia indebidamente de recursos sociales, mediante operaciones de cualquier	María Virginia Cadena López y Fernando Alfredo Cadena López contra Amira López de Cadena, Miguel Eduardo Cadena López, Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. y MCH S.A.S. Sentencia n.º 800-133 de 15 de octubre del 2015

Asuntos	Referencia
naturaleza	
Conflicto de interés del administrador al participar en operación con un accionista de la sociedad.	Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. Contra Jorge Iván Echeverri y Alfonso Antoñanzas Sentencia n° 800-94 del 3 de octubre de 2017
Analiza infracción al deber de lealtad por actos de competencia	José Gerardo Díaz Ardila y Orlando Jaime Landazábal Contra Ana Yolanda Villamizar Bermúdez, Sentencia n.° 800-35 del 2 de mayo del 2017 Nydia Rocío Cepeda Lemus e Hijos y Cía. S. en C. contra Jorge Alberto Montañez Vásquez Sentencia n.° 800-107 de 30 de octubre de 2017

En dichos casos la Superintendencia de Sociedades obrando en desarrollo de sus facultades de Juez Societario se pronunció sobre la violación al deber de lealtad por actos de competencia, conflictos de interés en la apropiación de recursos sociales, conflictos de interés cuando median intereses afines a los de la sociedad, violación del deber de lealtad por extralimitación de funciones y valoración de perjuicios derivados de operaciones viciadas por conflictos de interés.

En los casos de conflictos de interés, el administrador debe recibir la autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas, orientadas a proteger secretos de la sociedad, el respeto por las oportunidades de negocios de la sociedad y consultar «los mejores intereses de la sociedad»²⁵.

En conclusión, jurisprudencialmente por parte de la Superintendencia de Sociedades, los pronunciamientos en relación con el deber de lealtad relacionado con la infracción al deber del no realizar actos de competencias son escasos, sus decisiones se fundamentan en la norma y el margen de interpretación en los casos estudiados no han tenido desarrollo.

²⁵ Nydia Rocío Cepeda Lemus e Hijos y Cía. S. en C. contra Jorge Alberto Montañez Vásquez.

4.10 La noción de libertad de empresa frente a la separación de patrimonio en la SAS

La constitución política de 1991 en el artículo 333, dispuso: “La actividad y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común”, además “La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial”; incluso, en el artículo 38 declara que en Colombia se “Garantiza el derecho a la libre asociación para el desarrollo de distintas actividades que las personas realizan en sociedad”.

De conformidad con los mandatos de orden constitucional, el mismo tribunal, en Sentencia C-392 de 2007 manifestó que compete al Estado “estimular el desarrollo empresarial, favorecer el desarrollo económico regional, y permitir el desarrollo productivo de los pequeños capitales”, en relación también con la libertad económica y la libre competencia que el constituyente predicó en el artículo 333 del mandato superior.

Sin embargo, la Ley SAS ha sido objeto de demanda de inconstitucionalidad en repetidas ocasiones, y por ello la Corte Constitucional en sentencia C-090 de 2014 revisó la constitucionalidad del artículo 1 de la ley en el cual se dispone “(...) Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.”, el demandante presentó cargo por violación al preámbulo al artículo 1, 2, 25, 53, 333 de la Constitución porque en su juicio “la ley menoscaba la libertad la libertad humana y los derechos de los trabajadores”; al respecto el tribunal señaló lo siguiente:

En ningún caso el modelo de limitación de la responsabilidad previsto para las sociedades por acciones simplificadas expone a los trabajadores al riesgo de hacer inexigibles sus derechos, en tanto que la legislación y la jurisprudencia ha dispuesto para el reclamo de sus acreencias diversos mecanismos legales y jurisprudenciales. Finalmente, permitir el límite de responsabilidad no implica el desconocimiento de los derechos de los empleados, pues (i) en los artículos 42 y 43 de la Ley 1258 de 2008 se consagran dos excepciones a la responsabilidad del aportante, consistentes en la desestimación de la personalidad jurídica –levantamiento del velo societario– y el uso abusivo del voto que ocasionó perjuicios a la compañía, sus socios o terceros –nulidad absoluta e indemnización–, (ii) los trabajadores cuentan con herramientas legales –acción de nulidad, simulación, pauliana y otras–y jurisprudenciales -acción de tutela- en procura de la defensa de sus derechos.

En relación con lo que antecede, la corte expresó que “la separación del patrimonio de la sociedad y de los accionistas obedece a un propósito constitucional consistente en permitir el flujo de capital, la inversión y la estimulación del desarrollo empresarial del país de conformidad con el artículo 333 constitucional”, y en sus consideraciones reiteró que el propósito del legislador fue dotar de una herramienta más ágil y flexible a la empresa y la economía nacional.

En concordancia, la Corte constitucional en Sentencia C-263 de 2011 previendo que en un modelo de economía social de mercado, en el cual las personas pueden desarrollar libremente actividades económicas conforme a su elección discrecional, con o sin ánimo de lucro; se hace necesaria la intervención del Estado para moderar fenómenos como el abuso de la posición dominante, la creación de monopolios restricción de la competencia y barreras de acceso al mercado que se puedan presentar; por esto, aclara que la libertades económicas son de dos tipos: la libertad de empresa y libertad de competencia:

Si bien las libertades económicas no son absolutas, éstas solamente pueden ser restringidas cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación y, en virtud de los principios de igualdad y razonabilidad que rigen la actividad legislativa, cualquier restricción de las libertades económicas debe *(i)* respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, *(ii)* obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señaladas en la Constitución, y *(iii)* responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

4.11 La noción de libertad de competencia

Frente a la libertad de competencia en palabras de la Corte Constitucional en la sentencia se materializa en: “al menos tres prerrogativas *(i)* la posibilidad de concurrir al mercado, *(ii)* la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y *(iii)* la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario”, es decir es la oportunidad cierta de cualquier persona natural o jurídica de llevar al mercado sus bienes y servicios a competir conforme a la calidad, características especiales, precios, interés del consumidor, entre otros factores que se puedan considerar.

Igualmente, la libertad de empresa según la Corte Constitucional en el mismo pronunciamiento, en su núcleo esencial comprende: *(i)* la libertad contractual, *(ii)* el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallen en la misma posición, *(iii)* el derecho a concurrir al mercado o retirarse la libertad de organización y que el Estado no interfiera en asuntos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión, *(iv)* el derecho a la libre iniciativa privada, *(v)* el derecho a la creación de

establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable.

5. Conclusiones

Un accionista de la SAS puede llegar a considerarse administrador de hecho cuando se inmiscuye en actos positivos de gestión, administración y dirección de la sociedad de manera autónoma, determinante o cuando desplace las actuaciones del administrador formal, afectando los intereses sociales.

Frente a la vulneración del deber de lealtad por parte del accionista administrador de hecho se tiene la procedencia de la acción social de responsabilidad en su contra y la posible nulidad de lo actuado, la impugnación de decisiones, reintegro de ganancias, condena a indemnizar perjuicios, multas e inhabilidad para ejercer el comercio sin perjuicio de los efectos penales como lo señala el Decreto 1925 de 2009 compilado en el Decreto 1074 de 2015.

El sobre el continente del deber de lealtad tanto de accionistas, administradores de hecho y administradores formales es el principio de buena fé.

Un efecto del régimen de lealtad de los administradores de hecho al accionista de la sociedad por acciones simplificada en el marco de la libre competencia y la libertad de empresa es la desmotivación en la participación del accionista en las actividades y decisiones de la sociedad toda vez que su concurrencia a estas, pueden en el futuro derivarle responsabilidad patrimonial o imponerle barreras para participar en una empresa que se desarrolle en el mismo mercado.

Como puntos de encuentro del deber de lealtad del administrador y del accionista se identificaron en el presente trabajo: *i)* la sanción al administrador de hecho y *ii)* el régimen de

conflictos de intereses y actos de competencia previsto el artículo 23 de la ley 222 de 1995 numeral 7 y Decreto 1925 de 2009 artículo 4.

Frente al deber de lealtad de los accionistas se concreta en el deber de colaboración y ejercicio de los derechos de asociado, a través de la sanción al no ejercicio de sus derechos legales y estatutarios dispuestos en normas del Código de Comercio y la Ley, ampliándose, con la figura del administrador de hecho introducida en la Ley SAS y especialmente en materia de conflictos de intereses y competencia en el Decreto 1925 de 2009.

De acuerdo al estudio realizado se ha concluido que efectivamente un accionista puede ser declarado administrador de hecho a partir del párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 el accionista puede ser uno de los sujetos más probables de la aplicación del precepto enunciado en las modalidades de: i) administrador oculto o notorio, ii) administrador cesante, iii) socio único o mayoritario.

En ese sentido la figura del administrador de hecho en términos de Francisco Reyes fue desarrollada con el ánimo de regular sobre todo al accionista de la Sociedad por Acciones Simplificadas, pues es un sujeto proclive a ser declarado administrador de hecho, teniendo en cuenta el contexto colombiano de sociedades pequeñas, y familiares donde no se tiene una diferenciación de órganos responsables, por lo que los asociados desarrollan indistintamente funciones de gestión, administración y dirección, conforme a la vocación y flexibilidad de este tipo societario.

Sobre dicha posición no se concuerda ante los resultados del presente trabajo porque los efectos de su aplicación pueden generar más conflictos que soluciones y es incoherente con la flexibilidad societaria que se pretende promover porque la figura del administrador de hecho supone una sociedad estructurada en su funcionamiento interno. Y ocurre que en la Sociedad por

Acciones Simplificada particularmente los accionistas en ánimo de cooperación y desarrollo de la empresa participan en actividades que materializan el verbo rector “inmiscuirse” en “las actividades positivas de gestión, administración y dirección de la sociedad”, cuando formalmente no detentan la calidad de administradores y no le han sido asignadas estas funciones.

La Superintendencia de Sociedades estima que para hablarse de un administrador de hecho es necesario además de las características definidas para el sujeto y verbo rector, efectos en los “intereses de la sociedad, los asociados o terceros”. Sobre las actividades, deben ser autónomas, es decir, que no se trate de respuesta a ordenes de un órgano social de dirección. Y finalmente, que, ante la coexistencia del administrador de hecho con el administrador formal, este último podría perder su autonomía porque las acciones o incidencia de este en su gestión son determinantes.

Frente a los alcances del deber de lealtad del accionista debe recordarse que este es un desarrollo del principio de buena fe por el cual, se establecen unos parámetros de conducta de las partes del contrato que facilite la ejecución de las obligaciones contenidas en él, este conjunto de deberes también se puede comprender en el deber de colaboración, con el ejercicio de los derechos sociales que le asisten a cada asociado, que son más que los meros derechos políticos y económicos especificados por la ley y los estatutos, también, unos deberes complementarios que correspondan a alcanzar el objetivo final de la asociación, es así como el límite se encuentra cuando en su acción se impida que se hagan efectivos los derechos de los demás socios.

De otra parte, el alcance del deber de lealtad del accionista que desarrolla actividades de gestión, administración o dirección es más riguroso pues límite de la actuación está en la afectación del interés social, entrando en el ámbito de funciones especialmente reguladas; es decir, entra al ámbito de la responsabilidad del administrador societario.

En consecuencia, el contenido del deber de lealtad a ese accionista como “administrador hecho” presume la ética profesional y la conducta recta, honesta, discreta e incondicional de la persona a quien se confía la administración y la protección de los bienes tangibles e intangibles de la sociedad. Esto se desprende del párrafo del artículo 27 de la ley 1258 de 2008, de los deberes generales y específicos señalados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y la interpretación de la Superintendencia de sociedades en sus pronunciamientos y decisiones.

Es decir , la cooperación, la contribución, los aportes, el auxilio, la ayuda y la concurrencia del accionista no deben llegar a una incidencia determinante en el administrador de la sociedad, no pueden suplantarle, no deben desconocer la organización, las funciones y las facultades para cada uno de los órganos de la sociedad previstos en la Ley y los estatutos sociales, no deben imponerse sobre la voluntad de la Junta Directiva ni la Asamblea de accionistas y, sus actuaciones deben realizarse con apego a la Buena fe en equilibrio con el interés social. De lo contrario, sus actuaciones se juzgarán y tendrán los efectos del rigor de la responsabilidad de los administradores como lo dispone el párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, la Ley 222 de 1995 artículos 23 y 24 y artículo 200 del Código de Comercio.

Se encuentra que en la aplicación de sanción al administrador de hecho hay un primer punto de encuentro del deber de lealtad de los administradores y los accionistas con el propósito de proteger a la sociedad de actuaciones que impliquen conflictos de interés por si o interpuesta persona y actos de competencia que afecten los intereses de la sociedad, ante la posibilidad de la declaración de administrador de hecho al accionista (párrafo artículo 27 de la Ley 1258 de 2008) y la aplicación del régimen de responsabilidad.

Y, un segundo punto de encuentro de la lealtad del accionista y el administrador lo señala el artículo 4 del decreto 1925 de 2009 cuando dispone que “los socios que hayan autorizado

expresamente la realización de un acto respecto del cual exista conflicto de interés o competencia con la sociedad, que perjudique los intereses de la sociedad, serán responsables solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que ocasionen a esta, a los socios y a terceros”.

Es así, que el deber de lealtad de los accionistas, conforme a tales interpretaciones tiene en común la protección de la sociedad ante los conflictos de intereses y actos de competencia, y no es necesario ser administrador de hecho para que se extienda la responsabilidad derivada de su incumplimiento. De aquí también se desprende que ante la aplicación del decreto 1925 de 2009 se quebranta la idea de la limitación de la responsabilidad de los accionistas ante el monto de sus aportes y también, en caso de la aplicación del procedimiento del numeral 7 de la ley 222 de 1995, la posibilidad de la votación afirmativa de una oportunidad de negocio es inviable para el accionista.

Planteados los puntos de encuentro del deber de lealtad del administrador societario y el accionista en la legitimidad de la autonomía de la voluntad privada, la buena fe , el interés de la sociedad , los socios o terceros y la protección de bienes tangibles e intangibles ante actuaciones que impliquen conflictos de interés y actos competencia, también, se identifica que los efectos de este régimen puede inhibir el ánimo de cooperación de los accionistas, la percepción de que la SAS realmente no es un modelo flexible y a mediano o largo plazo conflictivo, la imposición de barreras para acceder al mercado, la regulación favorable a los grupos de poder y monopolistas y la transgresión a postulados constitucionales como la libertad de empresa, la libertad de competencia y el interés general ante el privilegio de intereses societarios.

En línea de tiempo se observa que a partir de la Ley 222 de 1995 se inició con la regulación de la responsabilidad de los administradores y la acción social de responsabilidad en su contra cuando afecte los intereses sociales con sus actuaciones. posteriormente, el decreto 1925 de 2009

extiende la responsabilidad a los administradores y accionistas en materia de conflictos de interés y actos de competencia. Seguidamente, el Código General del Proceso en 2012 en el artículo 24 le asigna funciones judiciales en materia mercantil a la Superintendencia de sociedades, organismo técnico, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y, finalmente, la Ley SAS introduce la figura del administrador de hecho al ordenamiento jurídico colombiano.

El anterior desarrollo normativo evidencia un patrón de limitación de acceso al mercado de los asociados, un propósito de apego y sujeción al interés de una empresa, haciendo rígida la participación de los actores en ella, lo cual no ha sido evaluado en los distintos ámbitos de impacto de interés colectivo y social del país.

Queda la preocupación en cuanto a la aplicación del régimen de responsabilidad especial de los administradores a los accionistas de las sociedades por acciones simplificadas, ya que no hay no existen criterios específicos para estos sujetos que tengan en cuenta sus condiciones en el mercado y las dinámicas económicas del país, razón de ello, es que en gran medida del desarrollo del derecho societario atiende a la protección del accionista y como consecuencia se motiva la participación del mismo en el mercado pues con ellos se alcanza el desarrollo del mismo y se dinamiza.

En el caso en que el accionista que desarrolle actividades que se enmarquen en una actividad positiva de gestión, administración o dirección en la sociedad, y desee participar en una actividad económica afín a las actividades económicas desarrolladas por la sociedad, se arriesga a que se inicie un proceso judicial, donde la institución jurídica del administrador de hecho podría convertirse en una barrera de mercado.

Finalmente, se deja constancia de que lo que se percibe es la necesidad de caracterizar el régimen de responsabilidad del administrador de hecho para el accionista porque su aplicación

supone la participación en una sociedad estructuralmente definida. Maxime cuando la sociedad por acciones simplificada se caracteriza por no exigir una estructura formal en donde se designen de forma específica las funciones de gestión administración o dirección, si no que en estas se han desarrollado indistintamente como es común en las sociedades de familia. Además, se deben ponderar los intereses en juego, con el propósito y la sanción del Decreto 1925 de 2009 ante la posible afectación a los postulados constitucionales de libertad de empresa, libertad de competencia e intereses colectivos.

Referencias Bibliográficas

- Amaya Prieto, J. P. (2014). Abuso del derecho en materia societaria: Opresión de accionistas y políticas de repartición de utilidades en Colombia (Universidad de los Andes). Recuperado de <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/17101>
- Charry Rozo, Juan Pablo. (2010). El abuso del derecho en Colombia y sus alcances y perspectivas en la normatividad societaria. Universidad de los Andes. Recuperado de <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/19171>
- Colombia, Corte Constitucional. (23 de mayo de 2007) Sentencia C-392 de 2007. [MP HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO]
- Colombia, Corte Constitucional. (19 de febrero de 2014) Sentencia C-090 de 2014. [MP MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO]
- Colombia, Corte Constitucional. (6 de abril de 2011) Sentencia C-263 de 2011. [MP JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB]
- Colombia. Congreso de la Republica. Ley 1258 (5, diciembre, 2008). Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diario Oficial, Bogotá, 2008, No. 47.194. Art. 27, 22. Disponible en <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34130&dt=S>
- Colombia. Congreso de la Republica. Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial, Bogotá, 2012, No. 48.489, Art. 24. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

- Colombia. Congreso de la República. Ley 222 (20, diciembre, 1995). Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial, Bogotá, 1995, No. 42.156. Art. 23, 24, 25. Disponible en <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=6739>
- Colombia. Presidente de la República. Decreto 1925 (29, mayo, 2009). Por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y demás normas concordantes, en lo relativo a conflicto de interés y competencia con la sociedad por parte de los administradores de la sociedad. Diario Oficial, Bogotá, 2009, No. 47364. Art. 4 y 5 <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?dt=S&i=36306>
- Colombia. Presidente de la República. Decreto 410 (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial, Bogotá, 1971, No. 33.339, Art. 22 y 200. Disponible en <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Normal.jsp?i=41102>
- Córdoba Acosta, P, A. (2014). El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores: Universidad Externado de Colombia.
- Cubillos Garzón, C. E. (2008). Deberes en los actos de gestión al interior de una persona jurídica. Revista Mercatoria 7(2), 1-39. Recuperado:<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2043/1830>
- Garrido, José María. (2015). Reflexiones sobre el tratamiento de los conflictos de interés de los administradores en el derecho societario. Superintendencia de sociedades, 10, (52). <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Revistas/2015/revista%20su persociedades%20junta%20directiva.pdf>

- Gaviria, J. A. (2017). Una crítica al régimen sobre conflictos de intereses en el derecho societario colombiano. *Revista de Derecho Privado* (32), 317-350. Recuperado: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2043/1830>
- Hernández Martínez, W. D. (2012). Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la Sociedad por Acciones Simplificada. *Estudios Socio-Jurídicos*, 14(2), 243 – 288. Retrieved from <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/2066>
- Gil Echeverry, J.H. (2015). *La especial Responsabilidad del administrador societario*: Editorial Legis.
- González Benjumea, O.H. (2018) *El Administrador de Hecho en el Derecho Societario Colombiano*: Editorial UNAULA.
- Martínez Neira, N, H. (2010). *Catedra de derecho contractual societario: regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios*: Legis.
- Martínez, W. D. H. (2012). Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 14(2), 241-288. Recuperado: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/2066>
- Medellín León, S. (2017). *Abuso del derecho de voto de mayorías: Lecciones para la aplicación del régimen a opresión de minoritarios en Colombia (Tesis pregrado (abogado),: Universidad de los Andes)*. Recuperado de <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/18919>

- Mercado Ángel, J. Á. (2016). Acciones societarias en las sociedades por acciones simplificadas para mitigar los problemas de agencia entre accionistas mayoritarios y accionistas minoritarios (Tesis Especialista en derecho Comercial, Pontificia Universidad Javeriana). Recuperado de <http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/38891>
- Morgestein Sánchez, W. I. (2011). El Concepto de Interés Social y su Impacto en el Derecho de Sociedades Colombiano. *Revista E-Mercatoria*, 10(2 SE-Artículos), 1–21. Retrieved from <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3046>
- Narváez García, J, I. (2009). *Teoría General de las Sociedades*: Editorial Legis.
- Polanía Tello, N. (2012). Responsabilidad por violación de la buena fe en la sociedad por acciones simplificada. *Revista de Derecho Privado*, (26), 52. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n23/n23a11.pdf>
- Reyes Villamizar, F. (2006). *Derecho Societario Tomo I*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Reyes Villamizar, F. (2018). *SAS Sociedad por Acciones Simplificada*. Bogotá: Editorial Legis.
- Sabogal, L. F. (2017). El deber de lealtad y los conflictos de intereses de los administradores de sociedades (Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho). Recuperado de <https://eprints.ucm.es/41090/1/T38345.pdf>
- Solarte Rodríguez, Arturo. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Universitas*, (108), 36. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/825/82510807.pdf>
- Superintendencia de Sociedades. Libro de Pronunciamientos administrativos 2017. https://www.supersociedades.gov.co/prensa/Documentos_publicaciones/2017/Libro%20Pronunciamientos%20Administrativos.pdf

- Superintendencia de Sociedades. Oficio 2220-001672 (8, enero, 2014). Referencia: honorarios del representante legal. Disponible en http://www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/doct/ss_1672_14.pdf
- Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 800-107 de 30 de octubre de 2017 (Nydia Rocío Cepeda Lemus e Hijos y Cía. S. en C. contra Jorge Alberto Montañez Vásquez). https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_Nydia_30_10_2017.pdf
- Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 800-251 del 2 de octubre de 2017 (Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. contra Jorge Iván Echeverri y Alfonso Antoñanzas). https://supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/jurisprudencia_asistente_virtual/MD_RespID290.pdf
- Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 800-26 de abril 12 de 2016 (Ángela María Azuero Figueroa y María Teresa Figueroa Clausen contra El Puente S.A). http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_449fa347bbb041c3a7b45114dc1091af
- Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 801-007 de julio 9 de 2013 (SAC Estructuras Metálicas S.A. contra José Daniel Correa Senior y otros.) https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_Sac_09_07_2013.pdf
- Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 801-054 de 1° de septiembre de 2014 (Sucesores de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda., en Liquidación). https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/jurisprudencia_asistente_virtual/MD_ResID296.pdf

- Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 801-076 de mayo 14 de 2014 (Natalia Ávila contra Loyalty Marketing Services S.A.S.) [https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Documents/Ultimas%20sentencias/regimen%20de%20administradores/Sentencia%20No.%20800-29%20\(14-may-2014\).pdf](https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Documents/Ultimas%20sentencias/regimen%20de%20administradores/Sentencia%20No.%20800-29%20(14-may-2014).pdf)
- Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 801-084 de julio 8 de 2015 (Morocota Gold S.A.S. contra Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara). https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_Morocota_08_07_2015.pdf
- Tamayo Cardona, V. (2018). Acción social de responsabilidad: Efectividad en la defensa de los derechos de los accionistas minoritarios frente al abuso de los accionistas mayoritarios. *Universitas Estudiantes*, No. 18 (Julio-diciembre 2018). Recuperado de <http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/43789>
- Yañez Torres, G. J., & Puentes Espinosa, L. M. (2017). El deber de lealtad del accionista controlante en las sociedades cerradas en Colombia (Especialización derecho comercial). Recuperado de <http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/41599>
- Veiga Copo, A., & e-libro, C. (2014). Responsabilidad de administradores SAS deberes legales, pérdidas, insolvencia y aseguramiento. Editorial Universidad del Rosario.
- Velandia Castro, Mauricio. (2011). Derecho de la competencia y del consumo: competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección del consumidor. Universidad Externado de Colombia