

EL ADMINISTRADOR DE HECHO EN LA #LEYEMPRENDEUY: ¿DE FACTO DIRECTOR O SHADOW DIRECTOR?

Pedro Bellocq

SUMARIO:

La ponencia analiza el concepto de administrador de hecho de la #LeyEmprendeUY a partir de la figura del *de facto director* y del *shadow director* del derecho anglosajón. La interrogante que se propone contestar es si la noción del administrador de hecho coincide o no con la figura del *de facto director* o del *shadow director*. El trabajo concluye que el concepto de administrador de hecho de la #LeyEmprendeUY es una suerte de síntesis de los desarrollos del derecho anglosajón, comprendiendo a ambas figuras. A su vez, para determinar si la conducta de un sujeto puede calificarse como la de un administrador de hecho, se propone tomar como referencia las pautas legales y jurisprudenciales del derecho inglés, que resultan compatibles con nuestro texto normativo.



I. Introducción

El 10 de abril de 2019, la Cámara de Representantes de Uruguay votó por unanimidad el Proyecto de Promoción de Emprendimientos (en adelante, #LeyEmprendeUY), cuyo Título II regula a las sociedades por acciones simplificadas como un nuevo tipo societario.

El art. 31 de la #LeyEmprendeUY regula expresamente a la figura del administrador de hecho y ofrece un concepto legal, lo que representa una novedad normativa para el derecho societario uruguayo. En efecto, si bien la normativa

concurzal¹ y de mercado de valores² reconocen esta figura, la Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060, promulgada el 4 de setiembre de 1989, no contiene una norma específicamente dedicada al administrador de hecho³. No obstante, desde hace ya varios años la doctrina nacional⁴ reconoció la figura del administrador de hecho, noción a la que recurre un reciente fallo de la Suprema Corte de Justicia⁵, para llamar a responsabilidad a un sujeto.

¹ En la nómina de personas especialmente relacionadas con el deudor concursado, y por tanto cuyo crédito se considera subordinado, se incluye expresamente al administrador de hecho (art. 112.2 lit. a de la Ley N° 18.387). También se menciona al administrador de hecho dentro del elenco de sujetos que pudieron haber generado o agravado la situación de insolvencia, lo que amerita la calificación del concurso como culpable, y en cuyo caso se le aplican las sanciones previstas en la ley (arts. 192 y 201 de la Ley N° 18.387).

² Extiende el régimen de responsabilidad a las personas físicas o jurídicas beneficiarias reales de parte del patrimonio social bajo cuya dirección o instrucciones suelen actuar los directores (art. 82 de la Ley N° 18.627).

³ Sin embargo, cuando la Ley de Sociedades Comerciales regula los efectos de las nulidades no subsanables, dispone que la nulidad de la sociedad implicará que los fundadores, socios, administradores y quienes actúen como tales en la gestión social, responderán solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados (art. 28). BLENGIO, ha señalado que la expresión “quienes actúen como tales en la gestión social” es una clara referencia a la figura del administrador de hecho. Cfr. BLENGIO, Juan, “La cuestión de la administración de facto en materia societaria. I”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXXVI, FCU, Montevideo, 2006, pg. 554.

⁴ PÉREZ IDIARTEGARAY, Saúl, “Algunos aspectos de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas”, *Revista de Derecho Comercial, de la Empresa y la Integración*, N° 4/2004, Montevideo, 2004, pg. 115 y ss; MILLER, Alejandro, *Sociedades anónimas, Directorio – Síndico*, Amalio Fernández, Montevideo, 2005, pg. 49 y ss; BLENGIO, Juan, “La cuestión de la administración de facto en materia societaria. I”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXXVI, FCU, Montevideo, 2006, pg. 547 y ss; LARRAÑAGA, Luis, “Responsabilidad del administrador de hecho en el agrupamiento de sociedades”, *Responsabilidad de administradores y socios de sociedades comerciales*, FCU, Montevideo, 2006, pg. 311 y ss; RODRIGUEZ OLIVERA, Nuri, *Responsabilidad de los administradores y directores de sociedades anónimas*, La Ley Uruguay, Montevideo 2011, pg. 72 y ss; OLIVERA, Ricardo, “Responsabilidad del administrador societario”, *Ley de Sociedades Comerciales, Estudios a los 25 años de su Vigencia*, Tomo II, La Ley, Montevideo, 2015, pg. 930 a 933; LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos, “Administradores de hecho”, http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseSociedadesAdministradoresHecho.htm#_ftnref31, acceso el 30 de mayo de 2019, entre otros.

⁵ Sent. 563/2017 de 08/05/2017, Suprema Corte de Justicia, Base de Jurisprudencia Nacional, <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=151973>, acceso el 30 de mayo de 2019. Cabe aclarar que en dicho caso, la persona física codemandada fue responsabilizada por múltiples fundamentos, entre los que se menciona la figura del administrador de hecho.

La figura del administrador de hecho surgió y se desarrolló primero en el derecho anglosajón y luego fue recogido por países de tradición continental. En puridad, en el derecho anglosajón, se distingue la figura del administrador de hecho (*de facto director*) del administrador en la sombra (*shadow director*), aunque ambas tienen el mismo sustrato: extender el régimen de responsabilidad a sujetos que formalmente no son administradores –por no haber sido designados de acuerdo al procedimiento legal- pero en la práctica actúan como tales.

El objeto de esta ponencia es determinar si el concepto de administrador de hecho de la #LeyEmprendeUY coincide o no con la noción del *de facto director* o del *shadow director* del derecho anglosajón. Para ello, en primer lugar, el trabajo analiza la noción del *de facto director*. En segundo lugar, estudia la noción del *shadow director*. En tercer lugar, profundiza en el concepto de administrador de hecho en la LeyEmprendeUY y concluye que abarca tanto la noción del *de facto director* como la noción del *shadow director*. Se aclara que el estudio es realizado a partir de los desarrollos del derecho inglés exclusivamente.

II. El *de facto director*

En el derecho inglés, y de acuerdo al concepto dado en el caso *Kaytech International Plc.* (1999), el *de facto director* es una persona que no ha sido formalmente designada como director –y por tanto no es un *de jure director*- pero sin embargo, ha actuado como tal en la medida en que ha asumido abiertamente un papel directivo en la conducción de los asuntos de la empresa ⁶.

Los jueces de dicho país han encontrado cierta dificultad para definir un test adecuado para determinar cuándo la conducta de un sujeto puede revestir la calificación de un *de facto director*.

En este sentido, es interesante la sentencia del caso *Gemma Ltd v Davies* (2008) ⁷, que hace un repaso de la jurisprudencia moderna en la materia, de la cual extrae las siguientes pautas:

a. Para determinar que una persona fue un administrador de hecho de una compañía, es necesario probar que desarrolló funciones que sólo podían ser desarrolladas por un director (Cfr. *Re Hydrodam Corby Ltd.* (1994)) ⁸.

⁶ Cfr. DIGNAM, Alan y LOWRY, John, *Company Law*, Oxford Press, 7ª ed., Oxford, 2012, pg. 297.

⁷ Cfr. DIGNAM, Alan y LOWRY, John, Ob. Cit. pg. 299.

⁸ Cfr. DIGNAM, Alan y LOWRY, John, Ob. Cit. pg. 298.

b. No es determinante el hecho de que un sujeto se presente como director, aunque puede ser un indicio fuerte para concluir que esa persona actuó como administrador de hecho (Cfr. *Secretary of State for Trade and Industry v Hollier* (2006))⁹.

c. Presentarse como director no es una condición suficiente. Lo que importa no es cómo se llama a sí mismo sino cómo actuó (Cfr. *Re Mea Corporation Ltd.* (2007))¹⁰.

d. Es necesario que la persona en cuestión haya participado en la dirección de la compañía en igualdad de condiciones con los otros directores y no en una posición de subordinación (Cfr. *Secretary of State for Trade and Industry v Hollier* (2006))¹¹.

e. Se debe acreditar que la persona imputada asumió el estatus y las funciones de un director y que ejerció una influencia real en el gobierno corporativo de la compañía (Cfr. *Re Kaytech International Plc.* (1999))¹².

f. Si no está claro si los actos de un sujeto refieren a un director o a otro tipo de relación, la persona en cuestión tiene derecho al beneficio de la duda (Cfr. *Re Richborough Furniture Ltd.* (1996)), pero a la vez, el tribunal debe ser cuidadoso y no forzar los hechos en defensa de esta pauta (Cfr. *Re Kaytech International Plc.* (1999))¹³.

En suma, en el derecho inglés, la calificación de un sujeto como *de facto director* requiere un análisis fáctico profundo del que pueda extraerse la conclusión de que si bien no fue designado como director, en los hechos se comportó abiertamente como tal y, por tanto, debe ser responsabilizado.

III. El *shadow director*

A diferencia de la noción del *de facto director* que es un desarrollo jurisprudencial, el derecho inglés ofrece un concepto legal de *shadow director*.

Así es que se define al *shadow director* como aquella persona que por medio de sus directivas e instrucciones, los directores están acostumbrados a actuar (art. 251.1 de la Companies Act 2006).

⁹ Cfr. DIGNAM, Alan y LOWRY, John, Ob. Cit. pgs. 298 y 299.

¹⁰ Cfr. DIGNAM, Alan y LOWRY, John, Ob. Cit. pg. 299.

¹¹ Cfr. DIGNAM, Alan y LOWRY, John, Ob. Cit. pg. 299.

¹² Cfr. DIGNAM, Alan y LOWRY, John, Ob. Cit. pgs. 298-300.

¹³ Cfr. DIGNAM, Alan y LOWRY, John, Ob. Cit. pgs. 297-300.

Como enseñan DIGNAM y LOWRY al analizar el concepto, en el caso del *shadow director*, el sujeto busca eludir los deberes y responsabilidades de los directores, permaneciendo en la penumbra e instruyendo y dirigiendo la acción de los miembros del directorio¹⁴.

La propia norma legal aclara que una persona no debe ser considerada como un *shadow director* por la sola razón de que los directores actúen sobre la base de un consejo dado por él en su condición de asesor profesional (art. 251.2 de la Companies Act 2006).

No obstante, la jurisprudencia ha señalado que si la conducta del asesor va más allá del consejo profesional y supone un control de las decisiones de la empresa, puede ser calificado como un *shadow director* (Cfr. *Re Tasbian Ltd.* (1993))¹⁵.

La norma también precisa que una entidad no debe considerarse como un *shadow director* de ninguna de sus compañías subsidiarias por el sólo motivo de que los directores de la subsidiaria estén acostumbrados a actuar de acuerdo con sus directivas o instrucciones (art. 251.3 de la Companies Act 2006).

Los accionistas controlantes parecen ser quienes están más expuestos a ser calificados como *shadow directors*. Pero la jurisprudencia también ha puntualizado que por el mero hecho de controlar a un director, no lleva al accionista controlante a ser calificado como *shadow director* sino que debe acreditarse que ejerció control sobre todo o, al menos, sobre la mayoría del directorio de la subsidiaria (Cfr. *Re Lo-line Electric Motors Ltd.* (1998); *Re Unisoft Group Ltd.* (1993))¹⁶.

Para comprender el alcance de la noción del *shadow director*, vale la pena hacer mención al caso *Re Hydrodam Ltd.* (1994), donde el punto medular era determinar si dos directores de la matriz podían ser calificados como *shadow directors* de la subsidiaria y, por tanto, responsabilizados en los términos de la normativa concursal. La sentencia concluyó que su accionar no supuso la actuación como *shadow directors*. En efecto, afirmó que ser director de la matriz no es suficiente sino que debe acreditarse que los sujetos personalmente dirigieron e instruyeron la actuación del directorio de la subsidiaria¹⁷.

En el mismo caso, analizando la definición legal del art. 251.1 de la Companies Act 2016, el juez dispuso que debían cumplirse cuatro situaciones para calificar a un sujeto como *shadow director*. Primero, que los *de jure* y *de facto*

¹⁴ Cfr. DIGNAM, Alan y LOWRY, John, Ob. Cit. pgs. 300-302.

¹⁵ Cfr. DIGNAM, Alan y LOWRY, John, Ob. Cit. pg. 301.

¹⁶ Cfr. DIGNAM, Alan y LOWRY, John, Ob. Cit. pg. 301.

¹⁷ Cfr. DIGNAM, Alan y LOWRY, John, Ob. Cit. pg. 301.

directors deben ser identificables. Segundo, que la persona en cuestión debe haber instruido a tales directores en cómo actuar con relación a los asuntos de la compañía. Tercero, que los directores efectivamente hayan actuado de acuerdo a las instrucciones recibidas por el presunto *shadow director*. Por último, que los directores estén acostumbrados a actuar de esta forma. El juez concluyó que el patrón de conducta debe mostrar que los directores no ejercen ninguna discrecionalidad, sino que actúan de acuerdo a las directivas de otros¹⁸.

En definitiva, en el derecho inglés, el *shadow director* corresponde a un sujeto que permanece en la sombra para eludir los deberes y responsabilidades de los directores, pero sin embargo dirige la actuación del órgano de administración de la empresa.

Como puede advertirse, el *shadow director* se distingue del *de facto director* por el hecho de que el primero busca evadir los deberes permaneciendo en la sombra, mientras que el segundo no busca ocultar su influencia, sino que la ejerce descaradamente. El *de facto director* actúa por sí mismo, mientras que el *shadow director* actúa por medio de los directores, que hacen lo que aquél les indica.

IV. El administrador de hecho en la #LeyEmprendeUY

El proyecto de ley, que a mayo de 2019 cuenta con media sanción, dispone que las personas físicas o jurídicas que, sin ser administradores o representantes legales de la sociedad actúen o desempeñen de hecho, en forma estable y permanente, una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades aplicables a los administradores o al representante legal (art. 31 de la #LeyEmprendeUY).

Parecería que la fuente de esta norma es el art. 27 de la Ley Modelo sobre SAS de la OEA, aunque tiene leves diferencias¹⁹.

Como veremos a continuación, la noción del administrador de hecho de la #LeyEmprendeUY puede abarcar tanto al *de facto director* como al *shadow director* del derecho anglosajón.

¹⁸ Cfr. DIGNAM, Alan y LOWRY, John, Ob. Cit. pg. 301.

¹⁹ La norma de la Ley Modelo sobre SAS de la OEA dice así: “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”. A su vez, esta norma se corresponde y tiene idéntica redacción al art. 27 de la Ley de Colombia sobre SAS N° 1258.

En primer lugar, la norma dice que la figura del administrador de hecho no se limita a las personas físicas, sino que puede aplicarse a personas jurídicas.

Del análisis realizado en los apartados II y III del presente trabajo, podría inferirse que la figura del *de facto director* resulta más aplicable a personas físicas, mientras que la figura del *shadow director* es más propia de las personas jurídicas (matriz controlante), aunque no necesariamente. Lo cierto es que la norma nacional prevé la posibilidad de que el administrador de hecho sea tanto una persona física como jurídica.

En segundo lugar, la norma establece que el administrador de hecho es un sujeto que formalmente no reviste la calidad de administrador. Esta nota también es compartida tanto por el *de facto director* como por el *shadow director* del derecho anglosajón. En efecto, como vimos en los apartados anteriores, ambas figuras apuntan a extender la responsabilidad a sujetos que no fueron formalmente designados como administradores.

En tercer lugar, para calificar a un sujeto como administrador de hecho, hay que acreditar que en los hechos –valga la redundancia– desarrolló una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad. Por tanto, no basta con tener la posibilidad de ejercer una influencia, sino que hay que ejercerla efectivamente.

Una primera lectura de la norma podría dar a entender que la calificación de administrador de hecho se limita al sujeto que desarrolla en primera persona una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la empresa, lo cual es propio del *de facto director* del derecho anglosajón.

Pero una lectura más detenida parece descartar esa limitación, por cuanto la norma no excluye la posibilidad que esa injerencia, sea desarrollada por intermedio de otro sujeto, lo cual es propio del *shadow director*.

En definitiva, el texto normativo no dice cómo debe materializarse esa influencia directriz: si de forma directa (lo cual característico del *de facto director*) o de forma indirecta (lo cual es característico del *shadow director*), por lo que entendemos que podría abarcar ambas nociones.

Ahora bien, debe quedar claro que no cualquier intervención realizada por sujetos que no son administradores amerita la calificación de administrador de hecho. Por ejemplo, si bien los gerentes desarrollan una actividad positiva de gestión, administración e incluso dirección de la empresa, lo hacen desde su legítima condición de gerentes. Algo similar puede decirse de los asesores externos o consultores.

Como enseña Reyes Villamizar, la conducta que amerita la calificación de administrador de hecho debe suponer trascender las funciones legítimas y asumir una verdadera intromisión en los asuntos de la sociedad²⁰.

Para desentrañar qué actuación amerita la calificación de administrador de hecho, parece muy conveniente acudir a las pautas legales y jurisprudenciales del derecho inglés, que resultan esclarecedores y compatibles con nuestro texto normativo.

También resulta válida la advertencia del maestro colombiano cuando dice que la jurisprudencia deberá ser muy cuidadosa para discernir entre el legítimo ejercicio del poder de las mayorías y la figura del administrador de hecho. En tal sentido, se ha afirmado que “el poder de definir el sentido de las decisiones de la asamblea no es característico de la calidad de administrador de facto. El control que un asociado mayoritario (aun extremadamente mayoritario) ejerce sobre la sociedad en razón de las facultades que por ministerio de la ley o los estatutos se le otorgan al accionista, no es suficiente para caracterizar la dirección de facto”²¹.

En cuarto lugar, la norma agrega que la intervención del sujeto en la sociedad, debe ser estable y permanente, lo cual es una exigencia tanto para el *de facto director* como para el *shadow director* del derecho anglosajón.

Por tanto, no corresponde calificar como administradores de hecho a sujetos que realizan intervenciones puntuales y aisladas, aunque sean trascendentes, por cuanto la norma exige que la actuación sea sostenida en el tiempo. ¿Cuánto tiempo se requiere? Será una cuestión que los jueces habrán de apreciar discrecionalmente caso a caso.

Como puede apreciarse, el concepto normativo de administrador de hecho de la #LeyEmprendeUY comprende tanto al *de facto director* como al *shadow director* del derecho anglosajón.

Dejando atrás el alcance del concepto de administrador de hecho, queremos hacer una mención final a la consecuencia que se deriva de la calificación de un sujeto en tal condición. En tal sentido, la norma establece que el sujeto que es hallado como administrador de hecho, incurrirá en las mismas responsabilidades aplicables a los administradores o al representante legal. Por tanto, si la actua-

²⁰ Y pensando en una hipótesis que encuadraría dentro de la figura del *shadow director*, agrega que el “control de los hilos” de la administración, que se hace tras bambalinas y que implica una pérdida de autonomía de los administradores formalmente designados, es la que caracteriza al administrador de hecho. Cfr. REYES VILLAMIZAR, Francisco, *La sociedad por acciones simplificada*, Legis, 4ª ed., Bogotá, 2018, pg. 181.

²¹ VIDAL, Sominiqne, *Droit des Sociétés*, Paris, 5ª ed, L.G.D.J, 2006, pg. 217, citado por REYES VILLAMIZAR, Francisco, Ob. Cit. pg. 180.

ción del administrador de hecho afectó el patrimonio social, será pasible de una *acción social de responsabilidad* mientras que si su actuación lesionó el patrimonio individual de accionistas o terceros, será pasible de una *acción individual de responsabilidad*.

Simplemente apuntamos que si la responsabilidad emerge de una acción social de responsabilidad, el administrador de hecho responderá de forma solidaria con el o los *administradores de derecho*, es decir con los administradores formalmente designados. En efecto, la calificación de un sujeto como administrador de hecho, no excluye la responsabilidad que le cabe a los administradores de derecho. Los administradores de derecho no pueden eludir su responsabilidad alegando que en la práctica cedieron el ejercicio efectivo de la administración a favor del administrador de hecho²². Y si se halla a más de un sujeto como administrador de hecho, todos responderán solidariamente.

También precisamos que el administrador de hecho no podrá beneficiarse de los mecanismos de exoneración y extinción de responsabilidad, que entendemos que están reservados para los administradores legitimamente designados.

Por último y no por ello menos importante, conviene recordar que para responsabilizar al administrador de hecho, habrá que acreditar los cuatro elementos atributivos de la responsabilidad: ilicitud, culpabilidad, daño y nexos causal.

V. Conclusiones

En el derecho anglosajón, se distinguen las nociones del *de facto director* y del *shadow director*, aunque ambas apuntan a extender la responsabilidad a sujetos que si bien no fueron formalmente designados como administradores, en la práctica intervinieron decisivamente en la administración de la empresa.

En el derecho inglés, el *shadow director* se distingue del *de facto director* por el hecho de que el primero busca eludir los deberes propios de los directores permaneciendo en lo oculto, mientras que el segundo no busca esconder su injerencia, sino que la ejerce abiertamente.

La #LeyEmprendeUY regula expresamente la figura del administrador de hecho, lo cual es un avance para nuestro derecho societario.

El concepto legal del administrador de hecho de la #LeyEmprendeUY es una suerte de síntesis de la noción del *de facto director* y del *shadow director* del derecho anglosajón, comprendiendo a ambas figuras.

²² Cfr. REYES VILLAMIZAR, Francisco, Ob. Cit. pg. 180.

Para determinar cuándo la conducta de un sujeto puede calificarse como la de un administrador de hecho, caso a caso habrá que hacer un profundo análisis fáctico. Para ello, parece aconsejable tener como referencia las pautas legales y jurisprudenciales del derecho inglés, que resultan compatibles con nuestro texto normativo.