



TÍTULO

LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DE HECHO

AUTOR

Daniel Ángel Delgado García

Directora
Tutor
Curso
ISBN

Esta edición electrónica ha sido realizada en 2013

Patricia Benavides

Salvador González

Experto Universitario en Derecho Societario (2012)

978-84-7993-875-8

©

Daniel Ángel Delgado García

©

Universidad Internacional de Andalucía (para esta edición)



Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciadador (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
 - **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
 - **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
-
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
 - *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
 - *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

1.- INTRODUCCION

La figura del administrador societario ha venido siendo objeto de una creciente regulación que proclama la responsabilidad de éste ante hechos que pudieran derivarse perjudiciales para la sociedad que representan, sus socios así como a terceros.

Sin embargo, no ha ocurrido lo mismo con la figura del administrador de hecho, que sin embargo no goza de un estatuto jurídico propio en la regulación actual.

Así pues, no existe una definición unánimemente aceptada de esta figura, y tan sólo la legislación actual recoge someramente la referencia a su existencia a su régimen de responsabilidades. Véase Código Penal, Ley de Sociedades de Capital y Ley General Tributaria entre otras.

La figura del Administrador de hecho es cada vez más relevante en el tráfico mercantil-jurídico y por ello el legislador, paulatinamente, ha ido tomando conciencia de la importancia de esta institución, adaptando la normativa a esta realidad. Cada vez es más frecuente encontrarse a sociedades mercantiles que están realmente regidas por terceros distintos del órgano de administración “formal”, bien sea mediante socios o terceros afines que están en la sombra tomando decisiones que muchas veces ponen en riesgo a la sociedad, a los socios, a terceros y por ende, al propio administrador societario.

Sin embargo parece, como veremos más adelante, que éste no está exento de responsabilidad por la mera existencia de un administrador de hecho, sino que su responsabilidad subsiste pues entre sus deberes está el no permitir la injerencia de terceros en su labor.

No obstante lo comentado anteriormente en cuanto al parco acervo jurídico del que disponemos en la actualidad para tener una idea clara del perfil de esta figura, contamos con una amplia doctrina y nutrida jurisprudencia que han ido dejando sentado los conceptos básicos que definen al administrador de hecho.

Así pues, es cada vez más proclive la cercanía de ambas figuras, administrador societario y el administrador de hecho, siendo hechos diferenciadores de las mismas:

- Falta de legitimidad legal, puesto que el administrador de hecho no ha sido elegido por los órganos sociales, y por tanto, su nombramiento no es objeto de anotación e inscripción en el Registro Mercantil
- Responsabilidad formalmente atenuada por la que se corresponde con el administrador de derecho, aunque ello no debe tomarse en consideración de forma general, sino atendiendo a la casuística que pueda darse en cada caso.

De hecho, puede aseverarse que el administrador de hecho es aquella persona física o jurídica, que desempeña el cargo sin ocuparlo formalmente, que reúne condiciones para poder ser administrador, y que realmente influye y participa en las decisiones que se toman en la vida societaria, bien condicionando las decisiones de los administradores de derecho, o bien incluso sustituyéndoles.

2.- CONCEPTUALIZACION DEL ADMINISTRADOR DE HECHO

Como ya se ha apuntado con anterioridad, el legislador español ha definido la responsabilidad civil, administrativa e incluso penal del administrador de hecho, pero no ha procurado una definición exacta, ni tan siquiera aproximada que concrete sobre quiénes debe aplicarse el régimen de responsabilidades previsto en las distintas leyes. Han tenido que ser, finalmente, los Tribunales los que han acabado por hacer coincidir sus elementos diferenciadores tras varios años de espera.

Fue el Código Penal a través de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre el que introduce por primera vez el término administrador de hecho en nuestro Derecho Positivo, tanto dentro de los delitos societarios (arts. 290, 293, 294 y 295), como en el art. 31 que recoge la cláusula de transferencia de responsabilidades penales en los delitos especiales propios.

Artículo 31.

1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

Artículo 31 bis.

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la

culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente. (...)

Igualmente, en los arts. 290, 293, 294 y 295 se dispone que:

Artículo 290.

Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.

Artículo 293.

Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses.

Artículo 294.

Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.

Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

Artículo 295.

Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

En el año 1995 supuso la inclusión de un concepto novedoso y desde esa fecha hemos ido apreciando a una tendente aproximación entre el Derecho Penal y otras disciplinas en todo lo relativo a este concepto, así pues existen diversas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que han perfilado el concepto del administrador de hecho, y como ejemplo clarificador podemos hacer notar la Sentencia 606/2010 de 25 de mayo (RJ 2010/7169) de la Sección Primera de la Sala de lo Penal del TS, aunque también hay otras sentencias de Tribunales Civiles que han continuado por esta senda.

En relación a la introducción del concepto de administrador de hecho en el Código Penal de 1995, ha habido dos corrientes doctrinales diferenciadas y contrapuestas al respecto de los delitos societarios reproducidos anteriormente. Una de ellas, más proclive a aproximar el concepto mercantilista de Administrador al Código Penal que restringe de algún modo la aplicación de este concepto al administrador societario cuyo cargo se encuentra viciado y que impedía la ostentación del cargo de forma legítima bien por un nombramiento viciado, por alguna causa de incapacidad, por la ausencia de inscripción registral o por caducidad del mismo. Es decir, esta corriente doctrinal considera que el administrador de hecho no puede separarse del concepto mercantil de administrador de derecho.

Por otra parte, otra corriente más numerosa proclive a la autonomía del Derecho Penal, amplía la conceptualización del administrador de hecho a cualquier persona que ejerciera realmente las funciones de gestión o administración de la sociedad, o quien de facto maneja sus riendas, realizando funciones ejecutivas propias de un administrador.

Esta segunda corriente ha sido la que poco a poco se ha ido implantando en nuestra Jurisprudencia poniendo más énfasis en la administración real frente a la formal, es decir, en la circunstancia concreta de la real y efectiva gestión de la sociedad frente al marcado carácter formalista de la primera de las corrientes doctrinales.

Así mismo, los tribunales civiles se han ido acomodando y compartiendo la postura de los tribunales penales, produciéndose una convergencia real entre el Derecho societario y el Derecho Penal.

Fue en el año 2.003 cuando el legislador en el desarrollo de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio introdujo la equivalencia entre los administradores de hecho y de derecho en sus artículos 164.1 y 172.3 –en la sección de calificación de concurso-, así como en el art. 48.3 relativo al régimen cautelar de los embargos.

De hecho, esta introducción legislativa induce a pensar que el legislador introduce en este texto normativo el concepto aceptado hasta entonces por la doctrina penal, pues en la Memoria que acompaña el Proyecto de la citada Ley, incluye en el concepto de administrador de hecho, a directivos y a todos aquellos que tengan un poder efectivo de gestión, aunque carezcan de facultades de representación de la sociedad. Es decir, el legislador concursal se aproxima a la segunda de las corrientes doctrinales que surgieron en torno al Código Penal de 1995, pues no restringe su definición al concepto mercantil de administradores con cargo caducado o nulo, sino que extiende la calificación de administrador de hecho a cualquier tercero que tenga capacidad de gestión y ejecución en la órbita empresarial.

También en el año 2.003 se promulgó la Ley General Tributaria 58/2003 de 17 de diciembre, norma ésta fundamental para mi profesión que se circunscribe en el ámbito del asesoramiento fiscal.

En esta Ley en el art. 43.1.b se establece que los responsables subsidiarios de la deuda tributaria serán los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias que se encontraran pendientes en el momento de su cese.

El problema subyacente es que, si bien el legislador tenía la intención de ir introduciendo la figura del administrador de hecho como responsable complementario del administrador societario, en ningún momento optó por aclarar el concepto en el que giraría esta figura, aunque a estas alturas ya había numerosas posturas al respecto tanto penales como civiles.

2.1.- PASOS HACIA EL CONCEPTO DEFINITIVO

Durante los últimos años ha habido numerosa Jurisprudencia que ha intentado definir el término hasta lo que puede considerarse definición definitiva que los elementos diferenciadores entre el administrador de hecho y el administrador de derecho.

2.1.1. En el Orden Penal:

Para ello, la Sentencia de la Sala Segunda, sección primera de 25 de junio de 2.010 expone “la excesiva laxitud en la asignación del rol de administrador de hecho puede acabar por diluir la naturaleza misma del delito especial propio” pretendiendo dejar claro que no cualquier hecho asumida dentro del tráfico mercantil puede llevar a quien la ha realizado a la consideración de administrador de hecho, sino que requiere otras circunstancias que van a determinar esta calificación.

La Sentencia 816/2006 de 26 de julio RJ 2006/7317 dice que se entiende por administradores de derecho aquellos que administran una sociedad mercantil mediante un título válido, siendo en general estos los que pertenecen al órgano de una mercantil inscrita registralmente.

Sin embargo, los de hecho serán todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad jurídica por razón de nombramiento defectuoso, no inscrito o caducado.

Con esta definición, no sólo se incluye en el término a los administradores patológicamente afectados de un defecto o vicio que impida su legitimación con título válido, sino también a los que realizan hechos notorios, y lo que es más, a los que realizan hechos ocultos, o comúnmente conocidos como administradores en la sombra.

Por otra parte, la Sentencia STS 59/2009 de 26 de enero, RJ 2007/1586 nos informa de las dos corrientes doctrinales expuestas con anterioridad –la restrictiva y mercantilista, y la extensiva.- y nos reconoce que la doctrina ha superado el subordinamiento del orden penal al mercantil, habiendo optado por una interpretación que permite integrar situaciones de ejercicio real de las funciones de administración dado preferencia a la realidad económica y comercial frente a la realidad registral.

Con esta interpretación se superan posibles lagunas de punibilidad para actos realizados por personas terceras al órgano de administración de derecho de la empresa y que pudieran quedar fuera del tipo penal delictivo precisamente por la interpretación restrictiva que impide subsumir el delito cometido como imputable al administrador de hecho, precisamente por no ostentar esta catalogación.

Sigue la Sentencia estableciendo que es el administrador de hecho quien realmente manda en la empresa, ejerciendo en los actos de administración y disposición de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figura como administrador.

Ahora bien, la incardinación del Administrador de hecho implica que debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeto a esferas superiores de aprobación o decisión. Defiende por tanto los conceptos de habitualidad y permanencia en la gestión, además de su independencia con respecto a las decisiones adoptadas. Este extremo tendrá mucha importancia a la hora de establecer la autoría, coautoría o participación del administrador de hecho con respecto al de derecho.

Por otra parte, la Sentencia TS 606/2010 de 25 de junio, analiza la condena a personas que en instancia habían sido imputadas y condenadas como administradores de hecho por delito contra la Hacienda de la Comunidad Europea. En la Sentencia se concluye que los administradores de hecho no podrían haber actuado como autores del delito por no darse la transferencia de responsabilidad establecida en el art. 31 del Código Penal. La motivación es doble, pues ni es suficiente ser administrador para recibir la transferencia de responsabilidad, ni es necesario ser formalmente administrador para poder recibirlas. Esto no es más que el hecho de ser administrador de una sociedad abre la posibilidad de ser autor del delito, pero no la necesidad puesto que debe establecerse la responsabilidad penal. Lo que realmente está aplicando es el principio de legalidad, pues erradica extensiones en el ámbito subjetivo del texto legal.

Hay que tener muy presente, tal y como expone la sentencia, el hecho de que existan o no administradores formales en la sociedad, y el hecho de la jerarquía entre ambos, puesto que la permanencia en el cargo, y la autonomía o independencia son requisitos exigidas por el TS para poder trasladar la responsabilidad.

Esto no excluye posibles concurrencias de responsabilidades si ambos han actuado en colaboración sin jerarquía en su relación.

Este aspecto, por tanto, obliga a analizar la distinta casuística que puede darse en cada organización societaria para poder establecer el régimen de responsabilidades entre ambas figuras.

2.1.2. En el orden civil:

El orden civil ha seguido una línea jurisprudencial similar al orden penal en torno al concepto de administrador de hecho, quizás de alguna manera de un modo obligado ante la ya comentada omisión del legislador civil de abordar una conceptualización de éste a la hora de incluirlo en la legislación civil y administrativa comentada anteriormente.

En el Auto número 155/2009 de 18 de septiembre de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (AC2009/2227) se plantea el hecho de si un administrador persona jurídica el cual designa a una persona física para el desempeño del cargo, puede ésta o no ostentar el cargo de administrador de hecho.

La conclusión a la que llega la referida Sentencia es muy similar a la ya comentada jurisprudencia del orden penal en cuanto a los requisitos para que sea o no considerado administrador de hecho, pues perfila como rasgos más significativos que haya ejercido realmente el poder efectivo de la sociedad, de modo continuado, con autonomía y con ausencia de subordinación.

Por otra parte la Sentencia de la AP de la Rioja 504/2010 de 27 de diciembre (AC 2011/802) promulga la importancia de que las presunciones de que una administrador de hecho está ejerciendo el cargo como tal deben ser probadas, en caso contrario las meras presunciones no podrán conferir a la persona enjuiciada la calidad de administrador de hecho.

Una cuestión importante y de notoria aplicación en la realidad jurídico-mercantil actual, es analizada en esta misma Sentencia, en cuanto a la consideración que pueda darse de administrador de hecho a un apoderado. En este caso, salvo que, una vez más, éste ejerza el cargo de modo que materialmente sea quien tome las decisiones, y con los mismos requisitos comentados anteriormente, podrá considerarse como tal, en casos distintos la responsabilidad de sus actuaciones deberán pasar a ser del administrador de derecho.

A mayor abundamiento inciden en los mismo términos en cuanto a los rasgos diferenciadores y necesarios que acompañan necesariamente al administrador de hecho las Sentencia de la AP de la Rioja 1/2011 de 5 de enero (AC 2011/240) y la de la AP de LA Coruña, sección 4ª, número 312/2011 de 6 de Julio (JUR 2011/319319).

De especial relevancia en este mismo sentido es la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Las Palmas de Gran Canaria (Sentencia 136/2011 de 18 de julio) por cuanto que analiza las figuras de los administradores notorios, de los ocultos, de los apoderados y del socio único mayoritario.

En este sentido, afirma la sentencia que *“la sociedad dominante no podrá considerarse como administrador de hecho de la sociedad filiar concursada cuando la actuación de su administrador o administradores no haya sido realizada por cuenta y en interés de la sociedad dominante, sino en su propio y exclusivo interés, cuando las instrucciones o directrices recibidas por la sociedad concursada no tiene una carácter “orgánico” pues no han sido adoptadas respetando las exigencias de procedimiento y competencias que disciplinan la actuación de los órganos societarios y no pueden por tanto considerarse propiamente como la voluntad de la sociedad dominante, en cuyo caso serán estas personas físicas y no la sociedad dominante, quienes tendrán la consideración de administradores de hecho de la sociedad filial concursada.”*

A modo de colofón, hemos podido observar cómo parece haber quedado superado el problema de establecer los criterios jurídicos que definen al administrador de hecho, y tanto nuestro Derecho societario, administrativo y penal han acudido a los mismos criterios que serán tenidos en cuenta por nuestros Tribunales a la hora de afrontar la responsabilidad de un administrador de hecho.

3.- CUESTIONES DERIVADAS DE LA PRAXIS DIARIA EN TORNO AL ADMINISTRADOR DE HECHO

3.1.- Problema de la responsabilidad conjunta del administrador de hecho y de derecho.

Los administradores de derecho son responsables de los actos realizados por los administradores de hecho ex art. 1903 del CC, pues los segundos son considerados como dependientes, en la medida que son nombrados o mantenidos por aquellos. Por ello, la responsabilidad de los administradores tiene una doble fundamentación en cuanto a la culpa in eligendo y la culpa in vigilando, por cuanto se presume que el administrador de derecho puede siempre supervisar la existencia y las acciones que lleva a cabo el administrado de hecho nombrado o mantenido por él.

Para poder eludir su responsabilidad, el administrador de derecho debería poder acreditar que se opuso al nombramiento del de hecho, o que hizo todo lo conveniente para su remoción. Esta cuestión, en la práctica no es cuestión baladí puesto que para un administrador de derecho que actúa como tal con un mero carácter formalista, o como hombre de paja, no tiene siempre como tarea fácil la acreditación de que quiso remover al administrador de hecho, por lo que su responsabilidad es casi evidente en la mayoría de los casos.

3.2.- Tipo de Responsabilidad de ambos. Diversas posturas.

Aspecto aparte es la clase de responsabilidad que sumen ambos. Según D. Joaquín Tafur Gómez de Lemus, Magistrado de la AP de Cantabria, la responsabilidad no puede otra que solidaria, tanto del administrador de hecho como de los restantes administradores de derecho. Ello tiene una doble causa. La primera es el nombramiento, es decir, la introducción del administrador de hecho en el ámbito de actuación que corresponde a los administradores de derecho, sin la cual el administrador de hecho no podría realizar actos dañosos. La segunda es el acto lesivo ejecutado. La concurrencia de dos causas en la producción de un daño determina la solidaridad de los cocausantes.

Existen posturas distintas en cuanto al régimen de responsabilidad promulgado por la postura anteriormente comentada. En el caso de que los acreedores de una sociedad mercantil, tengan la posibilidad de accionar frente a los administradores de hecho de la misma y contra los miembros de la administración, se entiende que la acción se refiere a la acción individual de responsabilidad, nunca a la acción social.

Partiendo de esta premisa, y dado que la acción individual tiene como objeto el resarcimiento de los daños y perjuicios causados contra el patrimonio del socio o

del tercero, frente a la acción social que tiene por finalidad el resarcimiento de daños y perjuicios causados a la sociedad, la primera de ellas tiene un origen civilista, fuera del ámbito societario, puesto que se fundamenta en la responsabilidad extracontractual por una acción u omisión cometida por los administradores sociales. Basándonos pues en el Derecho Común de daños, no resulta aplicable el principio de la solidaridad (art. 1137 CC), pues estaríamos fuera del la Ley de Sociedades de Capital y su régimen de responsabilidades.

Por tanto, para poder aplicar la LSC por parte de un acreedor societario contra el administrador de hecho, deberá concurrir el hecho de que se accione sólo y exclusivamente contra el mismo en cuanto que es causante de daños en el patrimonio de dicho tercero como consecuencia de una acción culposa o negligente en el ejercicio de su cargo.

En el caso de diversos administradores societarios responsables, estos responden entre sí de forma solidaria frente a terceros. Por ello, el acreedor podría dirigirse frente a quien desee, según el ius variandi del art 1145 CC. Esto, sin embargo, no será aplicable en todo caso, puesto que si el acreedor ejerce una acción de responsabilidad dentro de la LSC deberá demandar exclusivamente a los que considere responsables personalmente del daño causado. Por ello, ser administrador de una sociedad – de hecho o de derecho- es condición necesaria pero no suficiente para determinar la responsabilidad.

Por otra parte, D. Enrique García-Chamón Cervera, Presidente del Tribunal de Marcas, opina que la característica principal de la responsabilidad por daños de los administrador frente a la sociedad, socios o terceros tiene una naturaleza personal, por lo que la misma no se exige al órgano de administración colegiadamente, sino a sus miembros, lo que implica que la misma es una responsabilidad por culpa o subjetiva, por lo que se requiere la concurrencia de daño, culpa y el nexo causal, no tratándose por ende, de una responsabilidad objetiva. Por ello, sólo responderán los administradores que hayan incurrido en culpa.

La solidaridad sería la responsabilidad aplicar entre administradores de hecho y de derecho, con las siguientes puntualizaciones:

- Deberá demostrarse la condición de administrador de hecho.
- Se presume la culpa de todos y cada uno de los miembros del órgano de administración y del administrador de hecho, pudiendo exonerarse solamente mediante las formas previstas en la Ley, es decir, se invierte la carga de la prueba facilitando al demandante la obligación de probar la culpa de cada uno de los administradores que adoptaron el acuerdo lesivo, lo que suele resultar difícil cuando no imposible, habida cuenta de la condición de predominio que estos tienen con respecto a la parte actora al disponer de toda la información necesaria para el procedimiento en la mayoría de los casos.
- No podrán oponer los administradores de derecho alegaciones del tipo de que desconocían las actuaciones del administrador de hecho de que no intervinieron en las mismas, sobre todo cuando ese desconocimiento es

producto de un incumplimiento de una obligación propia o la dejación de un deber de diligencia que les incumbe y que se les presupone.

En definitiva, son variadas las posturas pero parecen decantarse, y a mi entender debe ser así, por la responsabilidad solidaria entre todos y cada uno de los administradores de hecho o de derecho que hayan intervenido en el acto lesivo, entendiéndose que todos intervinieron salvo prueba en contrario que les exonere de culpabilidad. El ejemplo diario podemos observarlo en responsabilidades por deudas societarias, donde los componentes del órgano de administración y los administradores de hecho suelen estar incurso en procedimientos de responsabilidad por no haber tomado las decisiones a que les obliga la LSC en cuanto a acuerdos de disolución y liquidación por pérdidas, ampliaciones de capital o solicitudes de concurso de acreedores, salvo que puedan demostrar que hicieron todo lo posible por evitar la ausencia de decisiones en estas situaciones delicadas.

4.- EL ADMINISTRADOR DE HECHO EN EL AMBITO CONCURSAL

Las obligaciones que el administrador de derecho tiene para con el concurso de acreedores son variopintas, pero hay dos de ellas que cobran especial relevancia en la sección de calificación del concurso y a la hora de su admisión, la obligación de llevanza de la contabilidad y el retraso en la presentación del concurso.

Cabe plantearse si vulneración de la obligación de llevanza de la contabilidad pues derivar responsabilidades al administrador de hecho, puesto que en un principio podría parecer que cabría implicar a administradores formales o societarios y a administradores de hecho, dado que todos participan en la gestión de la sociedad, tal y como se ha repetido en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo a la hora de definir las notas caracterizadoras de los administradores de hecho.

Pues bien, la Sentencia de la sección de lo Mercantil de la AP de Córdoba, de 29 de junio de 2.009 (EDJ 2009/202229) nos razona que la llevanza de la contabilidad es una obligación que legalmente le viene impuesta al administrador de derecho, lo que determina que su incumplimiento sólo debería determinar responsabilidades a estos últimos, siendo tan sólo posible incluir a los administradores de hecho si se acredita –extremo este complicado en la práctica real- que la ausencia de llevanza de contabilidad o la incorrección de la misma ha sido fruto de su decisión. Hay que tener en cuenta que el administrador de hecho no puede dar cumplimiento por sí solo a las obligaciones formales puesto que existen formalidades que sólo puede acometer el administrador societario.

Este extremo hace especialmente complicado que pueda desprenderse una responsabilidad por este aspecto a un administrador de hecho, sobre todo habida cuenta de la dificultad que conlleva la prueba de que ha habido un total desplazamiento de la capacidad de decisión en materia contable de los administradores de derecho al de hecho.

De igual modo podemos concluir en el caso de la falta de veracidad de los documentos aportados en el concurso.

La Sentencia AP de Burgos de 19 de febrero de 2010 (EDJ 2010/47682), en lo relativo al retraso en la presentación del concurso concluye con una argumentación parecida pero con idéntico resultado que la Sentencia anterior cuando dice que *“lo determinante jurídicamente son los hechos que han servido para fundar la calificación del concurso, los relativos a los libros de contabilidad, documentos y justificantes; el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso y el incumplimiento del deber de colaboración, siendo así que el codemandado no es administrador, sino socio y trabajador de la sociedad concursada, por lo que no es la persona obligada a llevar los libros de contabilidad”*.

Por otra parte, el art. 172 de la Ley Concursal exige que para poder determinar personas afectadas por la declaración del concurso como culpable, se produzca una “especial motivación” de la atribución de la condición de administrador de hecho,

lo que implica que la parte demandante de esta situación haya producido una prueba plena de tal extremo.

Sentencias tales como la de SSAP Barcelona de 5 de mayo de 2.008 EDJ 2008/135698, la de la AP de Madrid de 4 de diciembre de 2.009 (EDJ 2009/357674) y otras coinciden en este particular cuando establecen que para poder considerar administrador de hecho a un tercero hace falta una prueba clara y precisa de la condición como tal, y no su mera alegación.

En el caso de la Sentencia de la Sección 1ª de la AP de Asturias de 13 de noviembre de 2.009 (EDJ 2009/297007), se hace referencia a la condición de apoderada de una persona sin que el informe de la Administración Concursal se aborde nada más que la mera condición de apoderada, ni en la celebración de la vista se hubiera practicado prueba alguna encaminada a demostrar que tuviera capacidad de dirección en la toma de decisiones de la sociedad, ni autonomía decisional, ausencia de subordinación y continuidad en el tiempo, por lo que no puede prosperar la pretensión de declararla administradora de hecho.

4.1.-EL ACCIONISTA MAYORITARIO COMO ADMINISTRADOR DE HECHO

Se plantea en este punto la postura de nuestros Tribunales ante la posibilidad de que un accionista o socio mayoritario pueda ser considerado administrador de hecho, sobre todo teniendo en cuenta las ya comúnmente aceptadas reglas para determinar si estamos ante esta figura o no.

Si bien hay un importante número de resoluciones que han considerado al accionista mayoritario como administrador de hecho y con más fuerza dentro del ámbito concursal en su sección de calificación, el criterio jurisprudencial más consolidado confirma una posición restrictiva en este sentido, por lo que cabe afirmar que el sólo hecho de ser accionista mayoritario no lleva aparejado necesariamente la condición de administrador de hecho.

Hay que establecer una clara línea divisoria entre los derechos propios del socio de control sobre su inversión y la injerencia constante, persistente, abusiva e indebida sobre el órgano de administración de la sociedad. Véase la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, de 5 de diciembre de 2.007 (EDJ 2007/285214) en la que se recalca el hecho de que la injerencia del socio mayoritario debe apreciarse como importante para la gestión de la sociedad, sin que pueda equipararse a la mera función de control del socio, ni a sus recomendaciones u opiniones que pueda, en diversos momentos de la vida societaria, transmitir a su órgano de administración.

De hecho, para que pueda considerarse al socio mayoritario administrador de facto, es preciso además que el cargo se ejerza efectivamente, no derivando sin más tal condición del hecho de ser el socio de control.

A mayor abundamiento en este sentido, la Sentencia de 5 de mayo de 2008 de la sección de lo Mercantil de la AP de Barcelona (EDJ 2008/135698) analiza el caso de un socio mayoritario que incluso ostentaba un poder de representación de la empresa, pero que no fue considerado administrador de hecho por ausencia de los rasgos diferenciadores tan repetidos a lo largo de este trabajo.

De hecho, incluso la circunstancia de que un socio mayoritario, precisamente por tal condición, puede influir en la capacidad de decisión social, no es motivo suficiente para catalogarlo como administrador de hecho, puesto que esa posición de poder es inherente a la propia vida y marcha de una sociedad mercantil.

5.- EL ADMINISTRADOR DE HECHO EN LA LEY GENERAL TRIBUTARIA

En las circunstancias económicas desfavorables que vivimos actualmente, el régimen de derivación de responsabilidades por deudas tributarias está cobrando especial candencia en la doctrina, la práctica y la jurisprudencia fiscal.

En la antigua LGT existía el convencimiento de que cuando una disposición legal se refería a los “administradores” se refería exclusivamente al administrador formal debidamente inscrito en el Registro Mercantil, con cargo válidamente constituido.

Sin embargo, el funcionamiento diario hizo ver que la realidad económica y mercantil era bien distinta, pues con cada vez más frecuencia se daban casos de testaferros, y de administradores societarios cuyo papel era prácticamente nulo, estando verdaderamente el administrador de hecho al cargo de las decisiones diarias y con una cierta usurpación del cargo formal. El motivo de estas situaciones son variados, bien para eludir responsabilidades patrimoniales derivadas precisamente de deudas con terceros –entre ellos la Administración-, o por incapacidad del verdadero administrador, entre otros.

La normativa fiscal no ha resultado ajena a este hecho, y mientras que la LGT de 1963 no decía nada al respecto, se ha acercado al expreso reconocimiento normativo que el resto de ordenes jurídicos han ido realizando del a figura del administrador de hecho, siendo la LGT actual una de las manifestaciones significativas de la ampliación del administrador societario responsable con la del administrador de hecho.

No obstante, hay que tener en cuenta que el ámbito fiscal y su regulación es más activo y menos formalista que el resto de órdenes jurídicos, y ya con la antigua LGT de 1963, al referirse al concepto “administrador” sin más, propició que hubiera jurisprudencia y doctrina al respecto que asimilara a los legales y a los fácticos.

No obstante, la siempre amenaza de la posible interpretación restrictiva que hacían los Tribunales de esta figura, tuvo como colofón la nueva normativa que sí reconocía textualmente al administrador de hecho como asimilado al administrador de derecho a los efectos de asunción de responsabilidades tributarias.

Entre estas responsabilidades, nuestra Ley General Tributaria, en su capítulo segundo, sección tercera, dedica los arts. 41 a 43 a establecer el régimen de los responsables tributarios, y entre ellos y a los efectos del presente trabajo, cobra especial relevancia el art 43 que dispone:

ARTÍCULO 43. *Responsables subsidiarios*

1. Serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades:

a) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo a) del apartado 1 del art. 42 de esta ley, los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo éstas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes

tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones. Su responsabilidad también se extenderá a las sanciones.

b) Los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas de éstas que se encuentren pendientes en el momento del cese, siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieran adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago.

(..)

2. Serán responsables subsidiarios de las deudas tributarias derivadas de tributos que deban repercutirse o de cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas obligadas a efectuar la declaración e ingreso de tales deudas cuando, existiendo continuidad en el ejercicio de la actividad, la presentación de autoliquidaciones sin ingreso por tales conceptos tributarios sea reiterativa y pueda acreditarse que dicha presentación no obedece a una intención real de cumplir la obligación **tributaria** objeto de autoliquidación.

Se entenderá que existe reiteración en la presentación de autoliquidaciones cuando en un mismo año natural, de forma sucesiva o discontinua, se hayan presentado sin ingreso la mitad o más de las que corresponderían, con independencia de que se hubiese presentado solicitud de aplazamiento o fraccionamiento y de que la presentación haya sido realizada en plazo o de forma extemporánea.

A estos efectos no se computarán aquellas autoliquidaciones en las que, habiendo existido solicitud de aplazamiento o fraccionamiento, se hubiese dictado resolución de concesión, salvo incumplimiento posterior de los mismos y con independencia del momento de dicho incumplimiento, no computándose, en ningún caso, aquellos que hubiesen sido concedidos con garantía debidamente formalizada.

Se considerará, a efectos de esta responsabilidad, que la presentación de las autoliquidaciones se ha realizado sin ingreso cuando, aun existiendo ingresos parciales en relación con todas o algunas de las autoliquidaciones presentadas, el importe total resultante de tales ingresos durante el año natural señalado en el segundo párrafo no supere el 25 por ciento del sumatorio de las cuotas a ingresar autoliquidadas.

Se presumirá que no existe intención real de cumplimiento de las obligaciones mencionadas en el párrafo primero, cuando se hubiesen satisfecho créditos de titularidad de terceros de vencimiento posterior a la fecha en que las obligaciones tributarias a las que se extiende la responsabilidad establecida en esta disposición se devengaron o resultaron exigibles y no preferentes a los créditos tributarios derivados de estas últimas.

3. Las **leyes** podrán establecer otros supuestos de responsabilidad subsidiaria distintos de los previstos en los apartados anteriores.

4. El procedimiento para declarar y exigir la responsabilidad subsidiaria se regirá por lo dispuesto en el art. 176 de esta **ley**.

Como podemos observar, se repite la sistematización de asimilar la responsabilidad del administrador de derecho a la del administrador de hecho, cayendo nuevamente el legislador en la ausencia de concreción y definición a la hora de perfilar el concepto.

Lo que realmente constituye un problema a los efectos de carga de la prueba por parte de la Administración es determinar quién era el administrador de hecho a la hora de la comisión de la infracción, así como demostrar que concurrían los requisitos para que pudiera considerarse como tal, esto es, la notas de independencia, ausencia de subordinación, habitualidad en el tiempo, y la efectiva gestión y administración de la mercantil. Como puede apreciarse con claridad, no siempre poder acreditar esta circunstancia es sencillo, y menos aún para una

Administración Pública que no tiene, generalmente, un conocimiento cercano de las circunstancias reales de cada una de las empresas.

No obstante, la realidad que se vive día a día en los despachos de los que nos dedicamos al mundo fiscal, es que el procedimiento administrativo favorece sin ningún género de dudas a la Administración.

Se dan numerosos casos en que se inician expedientes de derivación de responsabilidades a supuestos administradores de hecho, con unos argumentos jurídicos insuficientes, una motivación realmente parca en pruebas, pero que realmente inician el procedimiento y ponen en serios aprietos a contribuyentes que se ven obligados efectuar alegaciones que son desestimadas en un alto porcentaje de los casos, y que les obliga a pagar la deuda reclamada o a garantizarla ante la Administración, si quieren poder desempeñar sus actividades profesionales o empresariales con cierta tranquilidad mientras el Tribunal Económico Administrativo resuelve, o se pasa a la vía Jurisdiccional, en la esperanza de que su caso sea valorado con unas mínimas garantías de independencia y objetividad.

Como dice el dicho “para muestra un botón”, la Resolución del TEAC de fecha 11/2/2000 EDD 2000/103428 estima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del TEAR acerca de una responsabilidad derivada a un presunto administrador de hecho por parte de la Administración, por el hecho de ser apoderado de la mercantil infractora.

Lo significativo del caso, para apoyar mi exposición anterior, es que mientras se consiguió que el TEAC emitiría su Resolución, la mercantil sufrió embargos preventivos de inmuebles que posiblemente ralentizaran o dificultaran su actividad, propinando a la empres un daño posiblemente irreparable, no aceptándose en la mayoría de los casos la adopción de medidas de suspensión de la ejecución por este motivo, ante el supuesto riesgo de periculum in mora.

La Resolución aludida dice que el caso planteado es de convivencia de un administrador de derecho junto con un gerente-apoderado con amplias facultades al que la Administración considera responsable por entender que el primero era un simple testaferro del segundo, como resulta –según argumento de la Administración- su situación de insolvencia patrimonial y su residencia en provincia diferente.

El TEAC explica que la figura del apoderado supone necesariamente la existencia de un órgano de administración que confiere el poder, y que debe –precisamente por su condición de administrador- conservar la función de control del apoderado teniendo la facultad de revocación del poder.

No son delegables en apoderados la rendición de cuentas, ni la formulación de las cuentas anuales, por lo que resultan claramente diferenciadas la figura del administrador social y del apoderado, aunque éste sea general, siendo el primero un órgano de la sociedad y el segundo un representante.

De hecho termina la Resolución previniendo a la Administración de que la situación de insolvencia del administrador societario no puede servir de guía necesaria para ir contra el apoderado por el mero hecho de que sí tenga patrimonio, sin que debe ser efectivamente probados que el administrador de hecho lo era realmente.

6.- CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha intentado plasmar cuál ha sido la evolución en los distintos órdenes jurisdiccionales de la figura del administrador de hecho, cómo se ha ido incluyendo el término en los distintos textos legales y cómo ha tenido que ser nuevamente la doctrina y la jurisprudencia la que se haya visto en la obligación de dilucidar de una forma concreta y precisa qué debe entenderse por administrador de hecho y en qué casos puede imputársele alguna responsabilidad.

A modo de resumen, deben concurrir distintas notas para que podamos enmarcar a un tercero, apoderado, accionista o socio mayoritario, dentro de esta figura y que deben ser las siguientes:

- Poder efectivo en la sociedad
- Capacidad de decisión autónoma
- Habitualidad y continuidad en el tiempo.
- Ausencia de subordinación

Por lógica, la aplicación de criterios restrictivos a la hora de establecer tal condición deben prevalecer, derivándose la carga de la prueba de esto extremos al demandante que pretenda responsabilizar a un presunto administrador de hecho, pues de lo contrario, el principio de legalidad y la presunción de inocencia estarían en peligro, sobre todo en órdenes como el penal cuyas consecuencias punitivas son de especial trascendencia para el declarado culpable.

Este extremo parece que haber sido olvidado en la responsabilidad por deudas tributarias por los motivos expuestos en el apartado dedicado a este tema, siendo tan sólo una consideración personal derivada de mi experiencia diaria en este campo.

7.- BIBLIOGRAFIA

- Artículo ¿por fin un concepto unívoco de “administrador de hecho” en derecho penal y derecho societario?. Esteban Astarloa. Abogado. Revista Homenaje al Profesor D. Juan Luis Iglesias Prada / Extraordinario 2011.
- <http://aulavirtual.afige.es/webafige/informacion-sobre-el-administrador-de-hecho>
- Los administradores de la sociedad, obligaciones, deberes, funciones y responsabilidad en el ámbito mercantil. Autor: Fátima Ochoa. El Derecho Editores. Junio 2.009.
- La responsabilidad civil de los administradores de hecho. Autor: Vicente Magro Servet. El Derecho Editores. Revista de Jurisprudencia. Septiembre de 2.006.
- El accionista mayoritario como administrador de hecho; jurisprudencia concursal. Autor: Alejo Gómez Mellado. Boletín de Mercantil El Derecho nº 41. Noviembre de 2.011.
- El administrador de hecho y la responsabilidad por deudas tributarias. Autor: Domingo Carbajo Vasco. Marzo 2.004.
- El ejercicio de la acción de responsabilidad del administrador societario. Autor: Joaquim Martí Martí. Noviembre de 2.006.
- Los delitos societarios en el Código Penal. Autor: José Miguel Martínez Roche. Boletín del ICAM nº 1.1996.