

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>7</b>
<b>2. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ADMINISTRADOR DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: EL CONTEXTO ANTERIOR A LA REFORMA .....</b>	<b>9</b>
2.1 EL ADMINISTRADOR DE HECHO PREVIO A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL: LA SITUACIÓN ANTERIOR Y POSTERIOR A LA SANCIÓN DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL .....	11
2.2 LA SITUACIÓN DEL ADMINISTRADOR DE HECHO CON LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL: UN GIRO CONCEPTUAL A LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR FÁCTICO .....	15
<b>3. LA DOCTRINA DEL ADMINISTRADOR DE HECHO COMO BASE NECESARIA DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD SOCIETARIA .....</b>	<b>19</b>
3.1 LA DOCTRINA DEL FACTOR NOTORIO COMO JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DE HECHO .....	19
a. <i>La actuación del factor notorio en el giro externo de las sociedades mercantiles</i> .....	20
b. <i>La actuación del factor notorio en el giro interno de las sociedades mercantiles</i> .....	22
3.2 EL LEVANTAMIENTO DEL VELO COMO MECANISMO DE DETECCIÓN DEL ADMINISTRADOR DE HECHO .....	24
3.3 LA DOCTRINA DEL ADMINISTRADOR DE HECHO .....	25
<b>4. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DE HECHO .....</b>	<b>29</b>
4.1 LOS REQUISITOS PARA LA IMPUTACIÓN: UN BREVE APUNTE AL CONTENIDO DE LA REFORMA DEL ART. 236 LSC .....	29
a. <i>La conducta de la persona como administradora de hecho</i> .....	29
b. <i>Las modalidades de administrador de hecho</i> .....	30
4.2 ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA CONDUCTA DE UNA PERSONA COMO INDICIO DEL ADMINISTRADOR DE HECHO .....	32
4.2.1 <i>La falta de formalidades en el nombramiento</i> .....	33
a. <i>La administración de hecho sobrevenida</i> .....	34
b. <i>La administración de hecho por defectos en el nombramiento ab origine</i> ..	35
4.2.2 <i>Actividad positiva de gestión</i> .....	36
4.2.3 <i>Actividad independiente</i> .....	45
4.2.4 <i>De manera continuada</i> .....	46
4.2.5 <i>Consentida por la sociedad</i> .....	48
4.3 CONCLUSIONES SOBRE EL PRESENTE APARTADO.....	49

<b>5. EL ADMINISTRADOR DE HECHO NOTORIO U OCULTO: LA GESTIÓN DIRECTA E INDIRECTA COMO PRETEXTO DE LA ADMINISTRACIÓN FÁCTICA .....</b>	<b>51</b>
5.1 ELEMENTOS DEFINIDORES .....	51
5.2 LA ADMINISTRACIÓN OCULTA: SUPUESTOS DIVERSOS.....	52
5.2.1 <i>El apoderado general como administrador de hecho: cuestiones prácticas</i> .....	53
a. El apoderado general administrador de hecho en el ordenamiento societario.....	53
b. El apoderado general en la Ley Concursal.....	55
5.2.2 <i>El socio administrador de hecho</i> .....	57
5.2.3 <i>La sociedad matriz como administrador de hecho: unidad de gestión vs gestión efectiva</i> .....	58
5.2.4 <i>El acreedor administrador de hecho: el papel de las entidades de crédito en la gestión societaria</i> .....	61
5.2.5 <i>Vinculación contractual como situación de administración fáctica: la persona jurídica administradora</i> .....	63
a. El management agreement y los asesores de la sociedad.....	64
b. El contrato de distribución en exclusiva, concesión y franquicia: breve apunte .....	66
5.2.6 <i>El representante de la persona jurídica administradora como administrador de hecho</i> .....	66
5.2.7 <i>La administración pública como administrador de hecho</i> .....	71
a. La empresa pública como administradora de hecho.....	73
b. La Administración como administradora de hecho.....	77
<b>6. LA PRUEBA DEL ADMINISTRADOR DE HECHO .....</b>	<b>79</b>
<b>7. CONCLUSIONES .....</b>	<b>85</b>
<b>8. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>89</b>
<b>9. LISTADO DE RESOLUCIONES CITADAS .....</b>	<b>93</b>

## ABREVIATURAS

ADCo	Anuario de Derecho Concursal
AP	Audiencia Provincial
art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCo	Código de Comercio
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CP	Código Penal
DGRN	Dirección General de Registradores y del Notariado
FJ	Fundamento Jurídico
GmbHR	GmbH-Rundschau
HMRC	Her Majesty's Revenue and Customs
JBL	Journal of Business Law
JM	Juzgado de lo Mercantil
JPII	Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
LC	Ley Concursal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGT	Ley General Tributaria
LMV	Ley del Mercado de Valores
LOFAGE	Ley Orgánica de Funcionamiento de la Administración General del Estado
LPAP	Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
R-	Resolución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal

RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDN	Revista de Derecho de los Negocios
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
REJ	Revista de Estudios Jurídicos
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
S-	Sentencia
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

## **1. Introducción**

El presente estudio tiene por finalidad analizar el concepto de administrador de hecho a partir de la reforma introducida por la Ley 31/2014, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo<sup>1</sup> y, en concreto, a la reforma del art. 236 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital<sup>2</sup>, que parece dar un giro a una cuestión que durante décadas ha tenido que ser resuelta por la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada, y lo hace mediante la nueva formulación del apartado tercero del art. 236.3 LSC.

Como objetivo fundamental de este estudio se pretende: a) proponer un concepto de administrador de hecho en base al propuesto por el legislador estatal, analizando la situación de éste en el ordenamiento jurídico español y en la doctrina estatal, partiendo de algunos conceptos desarrollados ampliamente -si bien de forma dispar en algunos casos-, para configurar dicho concepto; b) formar una serie de supuestos habituales de administración de hecho, como la situación de los apoderados generales, acreedores o la administración; c) estudiar la problemática probatoria del administrador de hecho, proponiendo mecanismos que ayuden a conformar y rehuir tal condición en un procedimiento judicial y; d) analizar la precisión de la reforma del administrador de hecho en la legislación societaria respecto de la jurisprudencia y doctrina anteriores y posteriores a la reforma de la LSC.

---

<sup>1</sup> BOE, núm. 293, de 4 de diciembre de 2014, páginas 99793 a 99826.

<sup>2</sup> BOE, núm. 161, de 03 de julio de 2010.



## 2. Antecedentes y evolución del concepto de administrador de hecho en el ordenamiento jurídico español: el contexto anterior a la reforma

La problemática sobre la noción de *administrador de hecho* en el Derecho de sociedades no es reciente, sino que se remonta -al menos en el ordenamiento jurídico español- a tiempos pretéritos en los que el alcance de esta institución no era el que comprende en la actualidad<sup>3</sup>, si bien no escapaba en otros ordenamientos como el anglosajón -conocido como *de facto director*<sup>4</sup>-; el alemán -bajo la denominación de *faktischer Geschäftsführer*<sup>5</sup>-; o el francés -*dirigeant de fait*<sup>6</sup>-, suponiendo en no pocas ocasiones una actuación fraudulenta por personas que deseaban escapar de la responsabilidad que les sería aplicable en su condición de administrador<sup>7</sup>.

La realidad pone de manifiesto que el legislador no tomó en consideración la administración fáctica sino hasta la reforma del Código Penal de 1995 mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre<sup>8</sup>, en la que por primera vez se reguló de forma expresa la responsabilidad penal de los administradores de hecho y, desde este punto de partida, otras normas del ordenamiento reconocieron igual responsabilidad en sus correspondientes ámbito y, entre ellas: a) la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria<sup>9</sup> (art. 43.1, b) LGT); c) Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal<sup>10</sup> (entre otros, arts. 48, 93, 164, 172.2 y 172 bis LC<sup>11</sup>); d) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores<sup>12</sup> (art. 95 LMV), si bien todas estas son anteriores a la Ley 26/2003, de 17 de julio<sup>13</sup>, se reconoció al administrador de hecho como sujeto de responsabilidad en el

---

<sup>3</sup> SAIGÍ LOZANO, Miriam. “Aproximación jurídica a la figura y régimen de responsabilidad del administrador de hecho” en *RJC*, nº 4, 2005, págs. 1057-1086.

<sup>4</sup> NOONAN, Chris y WATSON, Susan. “Examining company directors through the lens of de facto directorship” en *JBL*, nº7, 2008, pg. 588.

<sup>5</sup> BÖGE, Axel. “Zur Beendigung der faktischen Geschäftsführung” en *GmbHR*, nº. 21, 2014, pg. 1121-1127.

<sup>6</sup> *CA Paris 3e ch. B, 2 mai 2003* en *Revue des sociétés: journal des sociétés*, nº 3, 2003, pg. 574.

<sup>7</sup> Condena a un administrador de hecho que solicitó el concurso tras la entrada en vigor de la LC. Disponible en El Economista: <http://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/2951669/03/11/Condena-a-un-administrador-de-hecho-que-solicito-el-concurso-un-mes-despues-de-la-entrada-en-vigor-de-la-Ley-Concursal-.html#.Kku8Bd072LtB2Ph> Consulta: 26 de junio de 2015.

<sup>8</sup> BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

<sup>9</sup> BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003, páginas 44987 a 45065.

<sup>10</sup> BOE núm. 164, de 10 de julio 2003.

<sup>11</sup> MORALES BARCELÓ, Judith. *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*. Tirant lo Blanch, Valencia (2013), pg. 270.

<sup>12</sup> BOE núm. 181, de 29 de julio de 1988.

<sup>13</sup> Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto

plano societario<sup>14</sup> que reguló el administrador fáctico en los arts. 127 ter<sup>15</sup> y 133.2<sup>16</sup> del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas<sup>17</sup>.

Ninguna de estas normas tuvo la consideración de intentar definir y acotar el alcance de los administradores de hecho para que pudiera tomarse en consideración algún criterio por el que reconocerlo en algún supuesto, pero la Ley 31/2014 ha considerado atender a el concepto de administrador de hecho mediante la siguiente y nueva redacción del art. 236 LSC:

*“La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”.*

Esta modificación supone una novedad exigida por un amplio sector doctrinal, en el que se reclamaba la inclusión de un concepto de administrador de hecho que respondiese a la demanda formulada<sup>18</sup>, mas debe analizarse el contenido de la reforma y su

---

Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. BOE núm. 171, de 18 de julio de 2003, páginas 28046 a 28052.

<sup>14</sup> LATORRE CHINER, Nuria. *“El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA”* en RDM, nº 253, 2004, pg. 854.

<sup>15</sup> Relativo a los deberes de lealtad de los administradores, entiende la actuación de éstos en interés de la sociedad, prohibiendo una gestión societaria a favor de terceros a los que el apartado quinto del mismo artículo de la derogada LSA consideraba personas vinculadas a la persona jurídica a “los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica” y que encuentra su transposición en los artículos 227 LSC (relativo a la prohibición de uso de la condición de administrador para provecho propio o de personas vinculadas a éste) y 231 LSC (sobre las personas vinculadas a la persona jurídica, bien persona física o jurídica).

<sup>16</sup> El texto literal del art. 133.2 LSA: *“El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta Ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador”.*

<sup>17</sup> BOE, núm. 310, de 27 de diciembre de 1989, páginas 40012 a 40034.

<sup>18</sup> Y no sólo de la doctrina mercantil nacional: LATORRE CHINER, Nuria. *El administrador de hecho en las sociedades de capital*. Comares, Granada (2003), pg. 50, sino también en el ámbito comparado: FLEISCHER, Holger. *“Zur GmbHrechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers”* en *GmbHR*, nº7, 2011, pg. 353, sino que se extiende a otros sectores doctrinales como el tributario o el penal: en el tributario en cuanto no hay un concepto definido: MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo. *Los supuestos de responsabilidad en la LGT*. Aranzadi, Cizur Menor (2007), pg. 243. En el ordenamiento comparado se pide igualmente una delimitación legal del concepto de administrador de hecho. En esta dirección, respecto la doctrina comparada alemana: FLEISCHER, Holger. *“Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit....”*, ob. cit., pg. 345, donde se hace eco del reconocimiento legal de la figura del

adecuación con el desarrollo del concepto de administrador de hecho que durante décadas se ha conformado, atendiendo a sus precedentes inmediatos en el ordenamiento societario español, ya desde la precedente regulación dual del administrador de hecho de las sociedades de capital mediante las precedentes normas societarias, pues no fue hasta el año 2003, con la Ley de Transparencia y como bien apunta LATORRE, supone un gran avance al reconocer la responsabilidad personal de los administradores de hecho por primera vez en el ordenamiento mercantil<sup>19</sup>, pues se aseguraba una tutela de los intereses de los socios y terceros por los daños causados por la persona que ejercía -si bien de facto- las funciones propias del administrador societario mediante la responsabilidad ilimitada *ex art. 1911 del Código Civil*<sup>20</sup>, equipando el régimen de responsabilidad del administrador de hecho al de derecho, dado que hasta entonces toda actuación carecía de un reconocimiento legal expreso por el cual imputar responsabilidad a quien -sin ser formalmente administrador societario- actuase como tal<sup>21</sup>, mas se continuaba sin tener una definición expresa del concepto de administrador de hecho.

Toda esta situación debe ser contextualizada partiendo de la situación precedente a la reciente reforma de la Ley de Sociedades de Capital, de forma que se pueda fundamentar la necesidad de reconocer la doctrina del administrador de hecho, entre otras cuestiones a resolver en el presente trabajo.

### **2.1 El administrador de hecho previo a la reforma del Código Penal: La situación anterior y posterior a la sanción del Reglamento del Registro Mercantil**

Durante el transcurso de los años la evolución doctrinal que ha recaído en el administrador de hecho ha provocado una diversidad de opiniones respecto a su

---

administrador de hecho en otros ordenamientos comparados como el que aquí se analiza, destacando la falta de mención alguna en la ley de sociedades de responsabilidad alemana (GmbHG). De igual modo en el Reino Unido: LIAN YAP, Ji. “De facto directors and corporate directorships” en *JBL*, n.º. 7, 2012, pg. 584, en el que en el ordenamiento societario británico (la Companies Act 2006) hay una sola remisión expresa al administrador oculto o *shadow director* (art. 251 Companies Act 2006), mas no del administrador de hecho, que será tratada en un apartado específico del presente estudio.

<sup>19</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “El concepto de...”, ob. cit., pg. 859.

<sup>20</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<sup>21</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. *El administrador de hecho en las sociedades de capital*. Aranzadi, Cizur Menor (2003), pg. 30.

concepto y alcance, siendo en no pocos casos definido de una forma un tanto imprecisa, como pone de manifiesto la RDGRN de 24 de junio de 1968<sup>22</sup>, pionera por apreciar una forma de administración fáctica en España, aunque lo hizo por entender que el administrador con cargo caducado seguía ejerciendo las funciones de administración, dirección en la que la misma DGRN se pronunció en numerosas resoluciones anteriores a la introducción del término “administrador de hecho” realizada por la mencionada Ley 26/2003 como, entre otras, la RDGRN de 4 de junio de 1998<sup>23</sup>. Todo ello en los límites que posteriormente fueron reconocidos con la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Anónimas (en concreto, la regulación expresa de la prórroga legal *ex art.* 126.3 LSA), por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil<sup>24</sup>, momento en que se reconocen una potestades especiales de actuación posteriores al transcurso del plazo por el que los administradores societarios fueron nombrados -es decir- el plazo máximo de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio en que caducase el cargo de administrador (art. 145 RRM<sup>25</sup>).

Este criterio doctrinal debe ser entendido como una posible forma de manifestación fáctica, mas no la única, pues otras resoluciones de la DGRN abrían la puerta a un concepto más amplio de administrador de hecho -aunque de forma poco contundente- como el expuesto por la RDGRN de 18 de junio de 1979<sup>26</sup> y posteriormente reproducidos en otras resoluciones judiciales (v. SAP de Barcelona, de 25 de enero de 1995<sup>27</sup>). De interés resulta la SAP de Tarragona, de 25 de febrero de 2000<sup>28</sup>, que se

---

<sup>22</sup> JUSTE MENCIA, Javier. “En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad (Nota a las SSTs de 26 mayo de 1998 [RJ 1998 4004] y 7 junio de 1999 [RJ 1999 509] y de la AP de Valencia de 27 de septiembre de 1999)” en *RdS*, nº 14, 2000, pg. 451.

<sup>23</sup> RJ 1998\6583, FJ. 2. La presente resolución a la que se remite otra de la misma DGRN de 13 mayo 1998 (RJ 1998\4123, FJ. 2º), sobre la inadmisión la inscripción en el Registro Mercantil de un acuerdo adoptado por la Junta General convocada por los administradores con cargo caducado. Sobre esta, la exposición de hechos de dicha resolución recoge la fundamentación por la que se inadmite la inscripción, distinguiéndose dos supuestos: a) el criterio formalista de la administración fáctica adoptada hasta ese momento por la DGRN (se remite, de nuevo, al art. 145 RRM) y; b) el cese de la administración fáctica una vez pasada esa propina legal, a lo que se refiere la resolución como “ausencia de administradores” pasado ese plazo de vigencia adicional del cargo de administrador. La DGRN, finalmente, admite el recurso de la sociedad ante la inadmisión del acuerdo por -entre otras razones- la prevalencia de la conservación de la sociedad a defectos formales.

<sup>24</sup>BOE, núm. 184, de 31 de julio de 1996, páginas 23574 a 23636.

<sup>25</sup> En suma, un reconocimiento legal de la expresión de administradores de hecho a aquellos que, con cargo caducado, convocan Junta con posterioridad a la caducidad del cargo.

<sup>26</sup> RJ 1979\2595, FJ. 2º.

<sup>27</sup> AC 1995\190, FJ. 1º y 2º, por el que se puede interpretar sin mayores complicaciones, que el hecho de que el cargo se encuentra caducado por transcurso del plazo de vigencia del cargo al concepto de administrador de hecho acuñado por la DGRN, como se ha observado hasta ahora como concepto

remite a otras resoluciones de la DGRN o del Tribunal Supremo ya mencionadas, aunque va más allá, apuntando que ha de admitirse la actuación de los administradores de hecho con cargo caducado si dicha actuación ha de permitir la subsistencia de la sociedad y, como indica, si la prórroga extraordinaria del plazo de vigencia del cargo de administrador puede favorecer a la sociedad, debe ser igualmente favorable a los acreedores de la sociedad.

Esta resolución, indirectamente, parece estar remitiéndose a un principio revelador y de gran importancia en relación a la vinculación de los hechos objeto de aprobación en Junta General cuando la correspondiente convocatoria -cuyo deber les es atribuido conforme al art. 166 LSC<sup>29</sup>- se hubiese realizado por los administradores cuyo cargo estaba caducado y que fundamenta la ampliación de sus facultades aun cuando, en el ámbito interno de la sociedad, han cesado sus deberes como tal por transcurso del plazo previsto para el cargo -estatutario o legal<sup>30</sup>- bajo la siguiente premisa: se configura el principio de conservación, si más no en sede societaria, como el fundamento por el que se antepone el correcto funcionamiento y preservación de la actividad societaria a las situaciones de acefalia<sup>31</sup> que la sociedad -de admitir una interpretación restrictiva de la caducidad de los cargos de administrador- podrían derivar de la falta de un órgano de

---

restrictivo del mismo. El supuesto de hecho es la impugnación de una Junta General convocada por un administrador cuyo cargo había caducado pasado el plazo previsto en el art. 145 RRM en el que se acordó el aumento de capital social, cuestión que es objeto de demanda y resuelta tanto en primera como en segunda instancia a favor de la admisibilidad del acuerdo, aun cuando convocada por un administrador cuyo cargo se encuentra caducado.

<sup>28</sup> AC 2000\857, FJ. 4º.

<sup>29</sup> El tenor literal del artículo referenciado -cuyo título es “la convocatoria de la Junta”- es evidente, pues exige a los administradores la convocatoria de la Junta General, bien de oficio o a instancia del socio minoritario *ex art.* 168 LSC (referencia doctrinal), y todo ello sin perjuicio de la convocatoria judicial incoada a instancia de un socio en las condiciones expuestas en el art. 169 LSC (referencia doctrinal).

<sup>30</sup> Sin hacer mayor mención de la duración del cargo de administrador, es preciso recordar que su duración varía en función del tipo societario, para cuyo caso y desde la LSA y la LSRL ya existía el régimen legal vigente del art. 221 LSC. En esta dirección, el límite máximo de seis años en sociedades anónimas operaba con anterioridad a la vigencia de la LSC (art. 126.2 LSA) y un plazo *ex lege* de carácter indefinido para las sociedades de responsabilidad limitada (art. 60 LSRL), sin menoscabo de previsión en contrario en los estatutos, como apunta HERRERO MORA, Guillermo. “Estudio del nuevo régimen de los órganos sociales en la ley de responsabilidad limitada de 1995” en *RDCI*, núm. 632, 1996, pg. 57.

<sup>31</sup> La acefalia, recuérdese, es una de las causas legales de disolución de la sociedad de capital, conforme a las disposiciones del art. 363 LSC, a pesar de que en la práctica la mera renuncia o caducidad sin nombramiento de nuevos administradores no parece haber supuesto causa de disolución por sí misma, pues el reconocimiento de la figura del administrador de hecho, sea en el concepto actual o el anterior, permite la conservación de la sociedad aun faltando la vigencia en el cargo (STS de 23 de febrero de 2012 [RJ 2012\5288], FJ. 5º). Dicha afirmación puede encontrar fundamento, a su vez, en la facultad reservada a los socios de instar judicialmente la convocatoria de Junta en estos supuestos: FRAJEDAS RUEDA, Olga María. “Paralización de los órganos sociales: supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión” en *CDC*, nº 57, 2012, pg. 188.

gestión como el que supone el órgano de administración societario<sup>32</sup>. En este sentido, son numerosos los pronunciamientos -algunos ya mencionados- en los que se admite este principio de conservación como pretexto a la actuación del administrador con cargo caducado (v., entre otras: RDGRN de 13 de mayo de 1998<sup>33</sup> y STS de 9 diciembre de 2010<sup>34</sup>).

Pero a pesar de estas interpretaciones que ofrecía la DGRN y cierta jurisprudencia menor, la falta de regulación dejaba sin respuesta otros supuestos que el ordenamiento no preveía y, por ende, excluía la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores de derecho a los de hecho, consecuencia del todo indeseable por el legislador -en cuanto que ni tan siquiera se habían planteado las cuestiones principales de este estudio- y que no son otras que la imputación de responsabilidad al administrador de hecho y, en suma, qué es un administrador de hecho, si más no hasta la reforma del Código Penal, todo ello a pesar de que los tribunales -como se aprecia en alguna resolución judicial- no son ajenos a la problemática generada por los hechos de responsabilidad de los actos realizados por el administrador de hecho y dan indicios por los que debe admitirse la administración de hecho.

Hasta la aprobación del Código Penal de 1995, la doctrina del administrador de hecho responde a un *criterio formalista*<sup>35</sup>, dirigido a comprender al administrador de hecho como aquel cuyo nombramiento es defectuoso (v. RDGRN 24 marzo 2010<sup>36</sup>), o bien cuyo cargo ha devenido caducado pero se mantiene en tal posición (v. SAP de Guipúzcoa, de 30 junio 1998<sup>37</sup>). En estos casos, la doctrina viene a reconocerles como *administradores de hecho notorios*, pues los terceros tienen la convicción de estar

---

<sup>32</sup> HERNANDO CEBRIÁ, Luis. “La posición jurídica del administrador con cargo caducado” en *CDC*, nº 58, 2012, pg. 220.

<sup>33</sup> RJ 1998\4123, FJ 2º.

<sup>34</sup> RJ 2011\291, FJ. 5º.

<sup>35</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 88. En esta dirección, mismo criterio parece entender la doctrina comparada al comprender la noción de “administrador con nombramiento defectuoso, pues se pueden incluir ciertos casos como por ejemplo: personas sobre las que recae incompatibilidad legal ex art. 213 LSC; administradores designados por un órgano al que no le corresponde conforme al art. 214 LSC o; cuando el nombramiento acordado por la Junta se haya adoptado incumpliendo los deberes de convocatoria, faltando de noticia algún socio (por errores de notificación y publicidad de la convocatoria, entre otros). BÖGE, Axel. “*Zur Beendigung...*”, ob. cit., pg. 1122.

<sup>36</sup> RJ 2010\1492, FJ. 2º.

<sup>37</sup> AC 1998\8008, FJ. 1º. En suma, la existencia de una investidura o nombramiento siquiera irregular que fundamente una relación entre la sociedad y el administrador fáctico. LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 88.

dirigiéndose al administrador de derecho de la sociedad cuando en realidad no lo son por alguno de los motivos expuestos<sup>38</sup>.

## **2.2 La situación del administrador de hecho con la reforma del Código Penal: un giro conceptual a la figura del administrador fáctico**

Es por ello que un hito determinante en el devenir de la doctrina del administrador de hecho se produce -como se ha advertido en la introducción del presente estudio- con el reconocimiento de dicho estamento en el art. 31 CP, que fue la primera norma que reguló la responsabilidad del administrador de hecho<sup>39</sup>. Obedecía -como se indica en el apartado anterior- a la necesidad de prevenir el uso fraudulento de las normas penales para eludir la correspondiente responsabilidad derivada de la comisión de un delito<sup>40</sup>, situación que hasta entonces se podía plantear con observancia de la regulación inmediatamente anterior al respecto de la responsabilidad de los representantes de la persona jurídica.

Sin profundizar demasiado en el alcance del concepto de administrador de hecho en el Código Penal, la transformación definitiva del mismo concepto en el plano societario sufre una profunda reestructuración, abandonando un *criterio formalista* para adoptar un *criterio material o funcional*<sup>41</sup> del concepto de administrador de hecho del que parte la doctrina penalista y basado en el *poder de gestión*<sup>42</sup>, por el cual se prioriza la situación de control efectiva de una persona sobre un órgano de administración societario -con independencia de los motivos que fundamentan esa situación de control- en contraposición a la falta de las debidas formalidades en el nombramiento como

---

<sup>38</sup> PERDICES HUETOS, Antonio. *Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran* en Revista de Derecho de Sociedades, nº18, 2001, pg. 284.

<sup>39</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 42.

<sup>40</sup> GARCÍA CAVERO, Pueyo. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*. J. M. Bosch, Barcelona (1999), pg. 25.

<sup>41</sup> BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Centro de Estudios Ramón Areces (2001), pg.103. La definición incorporada en éste libro considera como administradores de hecho a “*quién accede al ejercicio del dominio sobre la estructura social en la que se protege el bien jurídico, con el reconocimiento, al menos fáctico, de la entidad*”. ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana. “Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo” en *RdS*, nº29, 2007, pg. 27.

<sup>42</sup> ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana. “*Relación de grupo y administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 26.

elemento necesario para la imputación de responsabilidad propia de los administradores<sup>43</sup>.

Es lo que se reconoce como el *poder de gestión* del administrador de hecho, cuya aparición surge a partir del cambio que produce la vigencia del Código Penal de 1995, suponiendo un cambio de razonamiento en la doctrina mercantilista que ofrece sobre las situaciones de administración fáctica, extendiéndolas a otros supuestos que el criterio formal de administrador de hecho no podía abastecer<sup>44</sup>, pues se trata -en todo caso- de supuestos en los cuáles la persona que ejerce la administración societaria de hecho lo hace -ocultando o no su apariencia real en el giro de la sociedad- de forma directa o indirecta<sup>45</sup>.

Piénsese el siguiente supuesto<sup>46</sup>: la sociedad A, S.A., sociedad cuyo objeto social es la venta de bebidas refrigerantes, es la proveedora principal de la sociedad B, S.L. La sociedad A, S.A., y la sociedad B, S.L., tienen un administrador único como órgano de administración –señora C y señor D respectivamente-, quienes a su vez han apoderado a la señora E y al señor F para la realización de las operaciones de compraventa (entrega y pago a cuenta de la sociedad), respectivamente.

O bien en este otro, partiendo del supuesto anterior<sup>47</sup>: el administrador único de la sociedad B -el señor D- es el hijo del apoderado general -el señor F-, quien a su vez es socio fundador de la sociedad y con quien siempre ha contratado y gestionado la sociedad A, S.A., por ser éste, hasta hace tres años, el administrador único de la sociedad B, S.L.

En ambos casos, el órgano de administración de la sociedad B, S.L., ante la situación de pérdidas que se desprende del contenido de las cuentas anuales de los últimos dos años, no puede hacer frente a sus obligaciones inmediatas, adeudando a la sociedad A, S.A. la cantidad de 20.000€, por lo que la sociedad A, S.A., plantea la posibilidad de

---

<sup>43</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Administradores de hecho y de derecho ante la reforma del Código Penal” en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 142, 2009, pg. 21.

<sup>44</sup> Siguiendo el criterio formalista es posible que los supuestos en los que no hay nombramiento o lo hay pero bajo otro título, queden fuera del alcance de la doctrina del administrador de hecho. MORALES BARCELÓ, Judith. “*La responsabilidad de los administradores ...*”, ob. cit., pg. 277.

<sup>45</sup> PERDICES HUETOS, Antonio. “*Significado actual del administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 281.

<sup>46</sup> Caso análogo extraído de la STS de 30 julio de 2001 [RJ 2001\6632].

<sup>47</sup> Caso análogo de la STSJ de C. Valenciana, de 9 junio de 2009 [AS 2009\2755].

considerar al señor F como responsable el administrador de hecho de la sociedad ante el ejercicio de una acción individual de responsabilidad por los motivos expuestos en el art. 363.1, e) LSC<sup>48</sup>.

Este último supuesto ha sido objeto de tratamiento jurisprudencial en múltiples ocasiones y será estudiado en un apartado en concreto, pero sirve para poner de manifiesto un caso concreto: el criterio del *poder de gestión* admitiría el planteamiento de la aplicación de la doctrina del administrador de hecho, en cuanto lo que se cuestiona es la calidad de la actuación de aquella persona que, sin estar legalmente nombrada para ello, aparenta ejercer las funciones de administrador con otro título -o incluso falta de título-<sup>49</sup>. Esta posibilidad queda excluida bajo el criterio formalista, porque este sí presume un nombramiento a título de administrador de la sociedad -si bien defectuoso- por el que se genera la apariencia frente a terceros de ser el administrador de derecho, pero no es este el supuesto de hecho enunciado en los supuestos anteriores.

Es por ello que la vinculación del administrador de hecho al término *poder de gestión* deviene de vital importancia para los fundamentos expuestos en relación a la introducción del administrador fáctico en el Código Penal, como se ha observado.

---

<sup>48</sup> Esto es, por no instar la liquidación y disolución de la sociedad en tiempo y forma. Como caso análogo, SAP de Toledo, de 3 febrero [JUR 2015\72451], FJ. 2º.

<sup>49</sup> LOZANO SAIGÍ, Miriam. “*Aproximación jurídica a la figura ...*”, ob. cit., pg. 1064.



### **3. La doctrina del administrador de hecho como base necesaria de imputación de responsabilidad societaria**

Y ante todo lo hasta ahora expuesto -es decir, el administrador de hecho partiendo de una base funcional- tampoco acaba de determinar el fundamento por el que atribuir responsabilidad al administrador de hecho, pues sólo se ha tratado de delimitar su extensión. En suma, existen tres doctrinas sobre las que construir una base por la que se puede hacer responsable a un administrador de hecho por la mala gestión de la sociedad -aun sin título- y sobre las cuales intentar proteger a los afectados por las actuaciones de éstos: por un lado, la doctrina del factor notorio; por otro, el levantamiento del velo y; finalmente, la doctrina del administrador de hecho, que a grandes rasgos se ha venido introduciendo a lo largo de este estudio, pero se acabará de perfilar en el siguiente apartado.

#### **3.1 La doctrina del factor notorio como justificación de la responsabilidad del administrador de hecho**

No es esquivo -ni lo ha sido históricamente- que una persona pueda encargarse de los negocios de un tercero. En este sentido y en normativa vigente, el Código de Comercio<sup>50</sup>, concretamente en los arts. 281 y siguientes CCo, en los que se encuentra regulada la figura del factor -en concreto, el art. 283 CCo- comprendido como la persona auxiliar del comerciante por cuya cuenta actúa (v. SAP de Madrid, de 3 noviembre de 2010<sup>51</sup>) -equiparando al factor mercantil con el apoderado general<sup>52</sup> en calidad de representante voluntario<sup>53</sup>, en contraposición al representante orgánico (que corresponde, en sede societaria, al órgano de administración)- si bien la terminología propia del Código de Comercio debe hacer entender el concepto de *comerciante* no tanto a la sociedad en sí sino a la persona que tiene potestad para delegar funciones de

---

<sup>50</sup> Real decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. BOE, núm. 289, de 16 de octubre de 1885.

<sup>51</sup> AC 2010\2078, FJ. 2º. En esta dirección, para acreditar la delegación de facultades se probó el apoderamiento que el órgano de administración societario efectuó de forma expresa mediante la práctica de la prueba documental y del interrogatorio de las partes, de las cuales se concluyó que bastaron para determinar tal delegación al factor mercantil.

<sup>52</sup> CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier, “Los auxiliares del empresario y la representación mercantil” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J.; DÍAZ MORENO, Alberto (Coords.). *Lecciones de derecho mercantil* (17ª edición). Tecnos, Madrid (2014), pg. 119.

<sup>53</sup> PERALTA LÓPEZ, Miguel. *La representación orgánica y voluntaria en las sociedades de capital (delimitación y concurrencia)* en Revista de estudios jurídicos, nº 7, 2006, págs. 225-226.

gestión propias del giro empresarial con mayor o menor extensión<sup>54</sup>

En concreto, el factor notorio es un representante dependiente del empresario con un poder tácito *ex art.* 286 CCo, para cuya interpretación se recurre al art. 283 CCo, relativo al factor<sup>55</sup>. Ahora bien, en un contexto actual (ello es, interpretando históricamente la norma enunciada), debemos discutir qué es empresario a los efectos de este artículo. Trasladado a la Ley de Sociedades de Capital vigente y en un marco meramente legal, que el factor actúe en nombre y representación de la empresa no conlleva *per se* la condición de administrador -cuyo nombramiento y cese depende exclusivamente de la Junta General<sup>56</sup>- sino que el nombramiento de un factor suele derivar de una delegación -independientemente de la forma en que esta se produzca- de las funciones de gestión encomendadas al órgano de administración de una sociedad conforme a lo dispuesto en el art. 210 LSC.

Ello nos conduce, inequívocamente, a la institución del director general o apoderado, el cual actuará en función del poder concedido a este y dentro de los límites del mismo, así como observando los límites en la delegación de facultades. En concreto, el factor notorio actúa en el giro y tráfico de la sociedad (v. STS de 19 de junio de 1981<sup>57</sup>), pero surge una duda partiendo de esta última afirmación: ¿qué influencia tiene un factor notorio en la gestión de la sociedad? En este sentido es imprescindible deslindar dos ámbitos de actuación del factor: a) la actuación en el giro externo de la sociedad y; b) la actuación en el giro interno de la sociedad.

#### ***a. La actuación del factor notorio en el giro externo de las sociedades mercantiles***

---

<sup>54</sup> Sobre los elementos distintivos de la representación legal y voluntaria: PÉREZ RAMOS, Óscar. “El administrador mancomunado nombrado apoderado general de la sociedad” en *CDC*, nº50, 2009, pg. 166., que confirma lo considerado en numerosas resoluciones de la DGRN (entre ellas, v. RDGRN de 27 febrero 2003 [RJ 2003\3053], FJ. 3º).

<sup>55</sup> JUSTE MENCÍA, Javier. *29 DE OCTUBRE DE 2001*: “Factor notorio, gerente y director general. Operaciones dentro del giro o tráfico de la empresa. Error en la inscripción por estimar al representante como Consejero Delegado. El artículo 1.713 del Código Civil no encuentra su aplicación en el ámbito mercantil” en *CCJC*, nº 59, 2002, pg. 531.

<sup>56</sup> ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “Art. 233” en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel; BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. (Dir.). *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. Aranzadi, Cizur Menor (2011), pg. 1677.

<sup>57</sup> RJ 1981\2530, FJ. 4º.

La buena fe ante terceros ha sido definida por la doctrina mercantil como el principio de apariencia jurídica del factor notorio y que emana del art. 286 CCo, configurando la doctrina el mismo principio como una forma de protección de los terceros contratantes de buena fe con éste, pero aplicará en los supuestos en los que se aprecien los requisitos de la doctrina del factor notorio y cuyo elemento esencial para la garantía de los terceros es la apariencia jurídica en detrimento del apoderamiento expreso y su contenido<sup>58</sup>.

En repetidas ocasiones la jurisprudencia ha reconocido un principio relativo a la defensa de los terceros de buena fe contratantes con el factor notorio y denominado *principio de apariencia jurídica* por el que el factor notorio vincula a la sociedad por los actos jurídicos celebrados por terceros con él, bajo los requisitos de la doctrina jurisprudencial (entre otros: STS de 2 de abril de 2004<sup>59</sup>; SAP de las Islas Baleares, de 22 de abril de 2014<sup>60</sup>) basado en cuatro puntos sobre los que deberá analizarse la vinculación de los actos del factor notorio con la sociedad y que comprenden:

- 1) la apariencia del factor notorio como representante de comercio, aun cuando no exprese que contrate en nombre de éste;
- 2) el origen de esa apariencia, que sea procedente e imputable al *dominus negotii* - es decir, del empresario- que concediese un poder de representación tácito a este factor bajo el cual el factor actúa;
- 3) el conocimiento y confianza del tercero de la condición de factor notorio en el momento de contratar con él, de forma que el tercero resulte convencido de estar contratando con la sociedad<sup>61</sup> y;
- 4) la realización de un acto oneroso, en expresión literal de la sentencia, referida a la necesidad de un acto jurídico de carácter patrimonial que pueda justificar una ulterior exigencia de responsabilidad, si fuera el caso.

De este análisis casuístico es posible determinar la existencia de un factor notorio, mas no la de un administrador de hecho pues las competencias del administrador societario

---

<sup>58</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil, tomo VIII*. Tirant lo Blanch, Valencia (2013), pg. 11685.

<sup>59</sup> RJ 2004\2073, FJ. 2º.

<sup>60</sup> AC 2014\807. FJ. 2º.

<sup>61</sup> Se remarca por la doctrina que dicho conocimiento vinculado a la notoriedad no debe ser ni tan siquiera comunicada al tercero contratante, pues éste es capaz de saber a quién representa. JUSTE MENCÍA, Javier. "29 de octubre de 2001...", ob. cit., pg. 535.

no parecen ser subsumibles a una mera facultad de gestión externa, sino que determinan la vida de la sociedad en toda su extensión, a fin de alcanzar el objeto social (SAP de Navarra, de 19 de octubre de 1999<sup>62</sup>). Así pues: *¿Se puede reputar a un administrador sin título válido a los efectos de la normativa societaria como factor notorio, teniendo en cuenta las consideraciones analizadas hasta este punto?* La respuesta puede sugerir ciertas dudas y de hecho no debería resultar problemática la admisión de este hecho en la medida que el apoderamiento general denota una asunción total de la gestión externa común en ambas instituciones jurídicas, previo análisis probatorio indiciario<sup>63</sup> que, bajo interpretación doctrinal, permita apreciar una asunción fáctica del poder de esa gestión externa, pero no así las facultades de gestión internas.

***b. La actuación del factor notorio en el giro interno de las sociedades mercantiles***

La redacción del art. 286 CCo es sin duda el principal obstáculo para comprender como aplicable la doctrina del factor notorio como régimen substitutivo a la hasta hace poco tiempo ausencia de regulación en materia de administradores de hecho y responde a la característica esencial de éste: como se ha observado hasta ahora, la actuación externa del factor notorio *ex art. 286 CCo* no puede ponerse en duda si concurren los requisitos analizados en el punto precedente. Más dudas suscita su actuación en la gestión interna de la sociedad, y es que compartiendo el criterio de LATORRE no es posible determinar el régimen de responsabilidad del administrador de hecho en base a las disposiciones del factor notorio por no compartir las características distintivas, de las que distinguimos la gestión que el administrador de hecho asume tanto en la esfera interna de la sociedad, así como de cara a terceros, asumiendo las funciones externas de gestión del giro económico y jurídico de la sociedad<sup>64</sup>, pues la doctrina del factor notorio no incluye los actos de gestión internos. Es por ello que el régimen de responsabilidad del factor notorio -si bien es en realidad un régimen de vinculación de los actos que celebre el factor con terceros- no regula la responsabilidad que éste pueda tener por incurrir en alguna contravención con una obligación de gestión, como por ejemplo el deber de

---

<sup>62</sup> AC 1999\9004, FJ. 2º.

<sup>63</sup> En esta línea y entre otros “MARTÍNEZ SANZ, Fernando. “Los administradores responsables” en BELTRÁN, Emilio y ROJO, Ángel (Coords.). *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 4ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia (2011), pg. 62, refiriéndose a la determinación de existencia de un administrador de hecho.

<sup>64</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 24.

convocar Junta en supuestos de concurrencia de legal de causa de disolución, etc., cuya consideración debe responder a actos de gestión interna para los cuales la regulación del Código de Comercio no ofrece ninguna solución, sino que -al menos en el ámbito societario- son competencia del órgano de administración designado a tales efectos conforme al art. 233 LSC<sup>65</sup>.

La lectura de este artículo no ofrece dudas en cuanto a la competencia del órgano de administración para dirigir y responder del funcionamiento en sentido estricto de la sociedad y su objeto social. Surge la duda del papel que un factor notorio puede llegar a desempeñar en la sociedad cuya representación está conferida a estos. Sin embargo, la reciente jurisprudencia relacionada con la doctrina del factor notorio y la apariencia jurídica creada por éste y -por lo tanto- el carácter vinculante a la sociedad del contrato celebrado entre un tercero y éste no resuelve una cuestión determinante y reiterada: la responsabilidad del factor notorio en la gestión de la sociedad. Por ello, y en concordancia por lo argumentado por LATORRE<sup>66</sup>, es necesario otro fundamento por el que reputar la responsabilidad del administrador de hecho. La doctrina del factor notorio y la aplicación del régimen del mismo en las situaciones de administración fáctica de las sociedades de capital colisionan entre sí -a pesar de tener la apariencia jurídica como elemento en común- por los que identificar ciertos caracteres configuradores del administrador de hecho, siendo el régimen de aplicación alternativo del factor una solución incompleta -pues lo único que resuelve la doctrina del factor notorio en contraposición al administrador de hecho es la vinculación y protección de los contratos frente a terceros de buena fe- y en discordia con el hecho relevante: la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores de derecho a los de hecho.

Así pues y como conclusión preliminar, no se obtiene una respuesta al régimen de responsabilidad del administrador de hecho partiendo de la doctrina del factor notorio, pero sí dos elementos en común: a) la apariencia jurídica como elemento vinculante con otras personas contratantes con él y; b) la protección de los terceros contratantes con aquel que aparenta actuar en nombre de la sociedad

---

<sup>65</sup> EMBID IRUJO, José Miguel. “La responsabilidad de los Administradores de la Sociedad Anónima tras la Ley de Transparencia” en *RCDI*, nº 685, 2004, pg. 2394.

<sup>66</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*Los administradores de hecho...*”, ob. cit., pg. 24.

### 3.2 El levantamiento del velo como mecanismo de detección del administrador de hecho

La doctrina del levantamiento del velo societario -conocida en el *common law* como *lifting the corporate veil*<sup>67</sup>- es una doctrina de origen jurisprudencial a la que tanto jueces nacionales como del entorno jurídico comparado recurren cuando el uso de la persona jurídica se hace con fines fraudulentos o como una mera farsa, mero conducto o máscara<sup>68</sup> tras la que se pretenden esconder los hechos reales de una persona -bien directamente, por medio de un testaferrero o incluso con la creación de un grupo ficticio (v. STS de 1 febrero de 2008<sup>69</sup>)- lesionando los derechos de otros socios o terceros infringiendo los principios de la buena fe negocial (v. STS de 2 octubre de 2000<sup>70</sup>) mediante el abuso de derecho del art. 7 CC (v. SAP de Málaga, de 20 septiembre de 2002<sup>71</sup>).

Así, dos son los elementos básicos de la doctrina del levantamiento del velo societario: a) el uso ficticio de la persona jurídica y; b) no bastando con el mero uso ficticio de la personalidad jurídica, un uso abusivo de la persona jurídica que derive en daños y perjuicios a un tercero<sup>72</sup>. Mas es preciso analizar la vinculación entre ambas doctrinas- así como sus diferencias, y en este sentido -como apunta LATORRE- ambas doctrinas van encaminadas a impedir que un hecho amparado en una legitimidad de carácter legal (por ejemplo, constituir una sociedad) o en la ausencia de una norma por la que responder si se administra sin cumplir las formalidades legales de nombramiento (eso es, la administración de hecho de una sociedad como exención de responsabilidad)

---

<sup>67</sup> CHENG-HAN, Tan. “Veil piercing: a fresh star” en *JBL*, nº. 1, 2015, pg. 20-36.

<sup>68</sup> Según doctrina nacional: GÓMEZ PORRÚA, José Manuel. “DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. Aplicación de la doctrina del velo a la utilización de varias sociedades para eludir responsabilidades frente a terceros: STS de 1 de febrero de 2008” en *DN*, nº 19, Nº 217, 2008, pág. 28 (URV); según doctrina comparada: CHENG-HAN, Tan. “*Veil piercing...*”, ob. cit., pg. 530.

<sup>69</sup> RJ 2008\198, FJ. 4º. El supuesto de hecho comprende una confusión de patrimonio y personalidad, pues no se sabe con certeza cuándo actúa el socio único como socio y cuándo como persona física ajena a la actividad societaria.

<sup>70</sup> Sobre el concepto de buena fe en el cumplimiento de obligaciones contractuales: RJ 2000\8131 , FJ. 5: “la buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico”.

<sup>71</sup> JUR 2002\12902, FJ. 3º. Por abuso de derecho: “el ejercicio de un derecho aparentemente justificado; un daño causado a otra persona a consecuencia de esa actuación jurisdiccional, y una inmoralidad en el actuar por hacerlo a sabiendas de la injusticia o falta de razón de fondo en la reclamación formulada”.

<sup>72</sup> MENESES VADILLO, Alfredo. “Doctrina del levantamiento del velo: precisiones sobre la ficción y el fin fraudulento en atención a la empresa familiar” en *CDC*, nº 36, 2001, pg. 234.

puedan quedar impunes<sup>73</sup>. Asimismo, y DÍAZ ECHEGARAY pone de manifiesto una distinción clara entre ambos conceptos, destacando que la finalidad última del levantamiento del velo es -en sí- descubrir quién está detrás de una acción en fraude de ley mediante la constitución de una sociedad, que puede o no esconder al administrador de hecho<sup>74</sup>, mientras que LATORRE afirma que la finalidad de la doctrina del administrador de hecho es hacer responsable a la persona que, de hecho, administra la sociedad por los daños causados por él a socios, acreedores y terceros<sup>75</sup>.

Supuestos habituales del uso de la doctrina del levantamiento del velo son casos -entre otros, pues no se trata de una lista cerrada (v. STS de 13 de diciembre de 1996<sup>76</sup>)- los que se produce una confusión entre el patrimonio societario y los titulares del mismo (lo que se conoce como confusión de patrimonios y personalidades) o el uso abusivo de la personalidad jurídica, pero es deseable detenerse en la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en la averiguación de la administración de hecho. Por el momento, basta con mencionar que la doctrina del levantamiento del velo y la doctrina del administrador de hecho tienen un punto característico y diferenciador entre sí, de forma que mientras la primera pretende penetrar en el *substratum* en la persona jurídica, la segunda solamente trata de averiguar quién está detrás de la dirección societaria<sup>77</sup>, aunque se pueda afirmar que a veces se ha recurrido de forma excesiva a la doctrina del levantamiento del velo con la mera intención de averiguar esto último (v. SAP de Palencia, de 18 de noviembre de 1999<sup>78</sup>).

### 3.3 La doctrina del administrador de hecho

No es menos cierto que el concepto de administrador de hecho, en términos meramente

---

<sup>73</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 27.

<sup>74</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 144-145.

<sup>75</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 28.

<sup>76</sup> RJ 1996\9016, FJ. 2º.

<sup>77</sup> SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín. *La acción individual de responsabilidad: su significación en el sistema de responsabilidad de los administradores sociales. Estudio jurisprudencial*. Tirant lo Blanch, Valencia (2009), pg. 411.

<sup>78</sup> AC 1999\2352, FJ. 2º. Se hace uso de la técnica del levantamiento del velo societario para determinar la administración fáctica de una sociedad en liquidación partiendo de la idea común a ambas instituciones -el abuso de derecho- sin tener en cuenta el carácter residual del levantamiento del velo ni que en este supuesto no se trata de un abuso de la persona jurídica (v. SAP de Salamanca, de 22 de junio de 2009 [AC 2009\1717], FJ.6º) sino de un abuso de derecho en relación con el régimen de responsabilidad propio de los administradores, por lo que la doctrina del administrador de hecho bastaría para determinar quién es el responsable de los daños causados por el administrador, siquiera de hecho, de la sociedad.

jurídicos, pueda resultar contradictorio. Por lo menos, si entendemos como administrador de Derecho a aquel que lo es con cumplimiento de los requisitos formales exigidos por la ley, dado que una eventual interpretación *a contrario sensu* supondría desvirtuar la finalidad del riguroso sistema de formalidades para el nombramiento de estos. Pero no es menos cierto que no reconocer a los administradores de hecho, como se ha mencionado anteriormente, podría suponer un recurso corriente en la práctica para eludir tal responsabilidad, como apuntan DÍAZ ECHEGARAY<sup>79</sup>, por lo que el Derecho no puede dejar de lado una situación como la que se presenta con el administrador de hecho.

Es por ello que se cuestiona si estamos en realidad ante un administrador de hecho o si, en la medida que el ordenamiento jurídico-privado reconoce al administrador de hecho como sujeto responsable, está reconociendo, ni que sea tácitamente, una situación de Derecho, pero a la que le faltan los requisitos formales exigidos por la ley.

La necesidad de una doctrina del administrador de hecho, ello es, la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores de derecho a los de hecho, deviene, hasta antes de la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas indicada anteriormente, una necesidad en aras a evitar la exclusión del régimen de responsabilidad de los administradores y los efectos que ello podía conllevar, como se ha expuesto hasta el momento.

Las doctrinas del factor notorio y del levantamiento del velo han podido resolver -en parte- ciertos aspectos identificadores de los administradores de hecho (como se ha observado, la protección de los terceros contratantes de buena fe en la gestión externa y la garantía de protección ante el uso abusivo de la persona jurídica), pero no resuelven la cuestión relativa el régimen de responsabilidad aplicable. Por ello, ha partido con ventaja la doctrina del administrador de hecho en la doctrina mayoritaria, razón por la que se acabó admitiendo, a partir del año 2003, la responsabilidad del administrador de hecho de forma expresa en diferentes normas del ordenamiento jurídico español, como se ha apuntado a lo largo de este estudio.

---

<sup>79</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “*El administrador...*”, ob. cit., p.32.

Como conclusión preliminar, basta decir que el administrador de hecho -observado desde una perspectiva funcionalista- puede revestir diferentes formas de presentarse ante terceros o incluso no hacerlo o hacerlo bajo otra apariencia<sup>80</sup>. En este sentido, la clasificación que se puede hacer, partiendo del esquema planteado por PERDICES HUETOS y que se reproduce en este estudio por su carácter clarificador<sup>81</sup>, puede comprender diversas modalidades y que se clasifican bajo dos criterios: a) la apariencia del administrador de hecho ante terceros, cuyo criterio corresponde a la manifestación de la administración fáctica y; b) la realidad subjetiva del administrador de hecho, es decir, cual es la condición que conduce a la persona a administrar una sociedad cuando no ha sido nombrado para ello.

Esta última clasificación incluye diversos supuestos, desde ser el socio mayoritario de la sociedad hasta ser el acreedor principal de esta, pasando por entidades de crédito o -en clave de relaciones de grupo- el control de la sociedad matriz ejerciendo una influencia decisiva en la gestión efectiva de los administradores de derecho<sup>82</sup>. Sin querer acotar una enumeración específica y cerrada -pues la cuestión de la administración de hecho incluye multitud de supuestos- los casos más relevantes a los efectos serán tratados en los siguientes apartados, no sin antes analizar los requisitos negativos y positivos que debe reunir toda persona que, de hecho, administra una sociedad.

---

<sup>80</sup> GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada. “La responsabilidad concursal del administrador de hecho: a propósito del auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Granada, de 30 de septiembre de 2011” en *RDCP*, nº 16, 2012, pg. 254.

<sup>81</sup> PERDICES HUETOS, Antonio. “Significado actual del administrador de hecho...”, ob. cit., pg. 287.

<sup>82</sup> SAIGÍ LOZANO, Miriam. “Aproximación jurídica a la figura y régimen...”, ob. cit., pg. 1064.



#### **4. La imputación de responsabilidad del administrador de hecho**

##### **4.1 Los requisitos para la imputación: un breve apunte al contenido de la reforma del art. 236 LSC**

Resuelta la necesidad de considerar al administrador de hecho como sujeto responsable en el ámbito mercantil, una cuestión imprescindible para poder reputar a una persona como administradora de hecho de una sociedad es, precisamente, conocer los requisitos por los que se le atribuye tal consideración. Dicha consideración es de base jurisprudencial y doctrinal, pues no hay norma que defina los criterios específicos por los cuales se reputa la conducta de una persona como la necesaria para tal consideración -y es que la reforma del art. 236 LSC tampoco ha hecho mención alguna al respecto de la actuación de la persona para que pueda ser considerada responsable como gerente fáctico- pues del artículo reformado solamente se extraen:

##### ***a. La conducta de la persona como administradora de hecho***

La conducta del administrador de hecho reviste, en si, dos modalidades si se atiende a la redacción del art. 236 LSC: “... ***A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe ... las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad***”.

Se puede extraer, a simple vista, que la administración fáctica puede ser ejercida de forma directa (... *la persona que en la realidad del tráfico desempeñe ... las funciones propias de administrador*) como de forma indirecta, (*como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad*”).

La primera de las opciones -*la actuación directa*- supone que el administrador de hecho actúe directamente ante terceros, más allá de si lo hace alegando ser el administrador de derecho de la sociedad cuando no lo es –supuesto típico del administrador de hecho notorio” bien ocultando su condición de administrador de hecho mediante la alegación de otro título -como es el caso de los administradores de hecho ocultos-<sup>83</sup> .

---

<sup>83</sup> Ver apartado 5.1.

La otra opción *-la actuación indirecta-* es que actúe por medio de una persona interpuesta -como es el caso de los administradores de hecho ocultos en la sombra o *shadow directors-* cuya función se ejerce por un tercero, quien obedece las órdenes de gestión de los que realmente están tras la administración societaria, sin presentarse ante terceros y con los criterios específicos de esta forma de gestión indirecta, en la que se dedicará un apartado específico.

En suma, la redacción del art. 236 viene a confirmar lo que gran parte de la doctrina ha considerado hasta el momento por lo que corresponde a la forma en la que se gestiona de hecho una sociedad<sup>84</sup>.

#### ***b. Las modalidades de administrador de hecho***

Del mismo modo que se aprecian las posibles conductas de administrador de hecho en el nuevo art. 236 LSC, para el caso concreto de los *administradores de hecho notorios* - es decir, aquellos que se presentan en el tráfico jurídico sobre como puede presentarse una persona en el tráfico jurídico siendo administradora de hecho, el modo en que esta puede hacerlo es doble, pues por una parte existe la posibilidad de que el administrador de hecho se presente ante terceros admitiendo su condición de administrador cuando:

- 1) recaer sobre él un nombramiento nulo;
- 2) el cargo por el que fue válidamente nombrado ha caducado o bien ese administrador ha sido removido del cargo o;
- 3) careciendo de título

actúa ante terceros comportándose como un verdadero administrador, independientemente de si manifiesta tal condición o no ante estos. En algunos casos y a criterio de la mayoría de la doctrina, nos referimos a la actuación de hecho notoria - cuando el tercero tiene la creencia de contratar con el verdadero administrador de la sociedad pero bien al contrario, lo es pero de hecho, pues carece de formalidades en mayor o menor grado.

---

<sup>84</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 46-47.

Supuestos distintos son los que se enuncian en el mismo artículo y que responden a la actuación sin título o mediante persona interpuesta, lo que se conoce en la doctrina como administrador de hecho oculto u indirecto, pues en estos casos el tercero desconoce que a la persona que ejerce las funciones de administración, sino que tiene la convicción de que esa persona es o bien otra o esa misma, desconociendo que tras esa persona sobre la que recae la administración de hecho, hay otra que obedece las órdenes de gestión de quien de forma fáctica controla la gestión societaria.

En todos estos supuestos, el elemento común es la falta de formalidad mediante la cual se administra la sociedad en un elenco de posibilidades muy variado, pues los terceros contratan con él sin saber que éste no es ni el administrador de derecho, como tampoco el representante de la sociedad por el título otro al que dice responder en la sociedad, sino que en todos estos casos se trata de determinar quién es el verdadero administrador de la sociedad.

En los siguientes apartados se tratarán todas estas modalidades, pero resulta de vital trascendencia para la plena comprensión del administrador de hecho como persona sujeta a responsabilidad en el ámbito mercantil examinar el concepto “*funciones propias de administrador*” que el legislador español ha tenido presente para delimitar la figura de administrador fáctico, cuyo estudio ha sido abarcado en numerosos artículos doctrinales y no menos resoluciones judiciales y en las que se detiene el Juez para determinar tal condición. En este sentido, la doctrina ha resuelto, de forma mayoritaria, que la actuación del administrador de hecho debe englobar una “*actuación positiva de gestión societaria ejercida de forma independiente y constante*” (v. SJM de Madrid, de 3 de junio de 2014<sup>85</sup>; SJM de Bilbao, de 17 de junio de 2013<sup>86</sup>), si bien es cierto que para que ello devenga eficaz, un requisito a menudo olvidado por la doctrina es que dicha actuación este consentida por la sociedad, pues de lo contrario no podría hablarse de administración de hecho, pues la sociedad se opone a los actos realizados por aquel que, no habiendo sido investido como administrador, actúa como tal<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> AC 2014\1430, FJ. 1º.

<sup>86</sup> JUR 2013\297587, FJ. 2º.

<sup>87</sup> LATORRE CHINER, N. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 75 .

## 4.2 Elementos configuradores de la conducta de una persona como indicio del administrador de hecho

Son numerosas las definiciones que la doctrina y jurisprudencia plantean del concepto funcionalista de administrador de hecho –que cabe recordar- ha sido el que ha acabado imponiéndose en la práctica-, desde una perspectiva nacional como de derecho comparado, pues se acierta afirmando que el administrador de hecho es aquel quien, careciendo de formalidades de nombramiento realiza actividades de gestión de forma continuada, autónoma e independiente, como pone de manifiesto numerosa doctrina, si bien con matices, pues algunos no consideran necesario el consentimiento de la sociedad, con las siguientes definiciones:

- “... quienes de forma efectiva gestionan o administran la sociedad, con independencia de que lo hagan de directa o indirectamente<sup>88</sup>”;
- *retomando a la actividad de gestión: aquel que realiza una actividad positiva de dirección de la sociedad en plena independencia y autonomía<sup>89</sup>*;
- “... quien, sin haber sido formalmente nombrados o sin constar como tales en el registro mercantil, ocupa efectivamente la posición del administrador con la conformidad de la sociedad<sup>90</sup>”;
- “... aquel que realiza las funciones y ejercita el poder propio de los administradores de iure sin serlo, por no haber sido nombrado con las formalidades exigidas, por haber caducado su cargo o incluso sin haber sido nombrados a tales efectos<sup>91</sup>”;
- “... aquel que ocupa la posición del administrador bajo cualquier denominación<sup>92</sup>”;
- “... todo sujeto que ostente de manera continuada y sistemática el poder de decisión de la sociedad en los términos en que éste viene atribuido por ley al

---

<sup>88</sup> MORALES BARCELÓ, Judith. “La responsabilidad de los administradores...”, ob. cit., pg. 280.

<sup>89</sup> CA Paris 3e ch. B, 2 mai 2003 en *Revue des sociétés: journal des sociétés*, nº 3, 2003, pg. 574.

<sup>90</sup> BÖGE, Axel. “Zur Beendigung...”, ob. cit., pg. 1123.

<sup>91</sup> NOONAN, Chris y WATSON, Susan. “Examining company directors...”, ob. cit., pg. 588.

<sup>92</sup> LIAN YAP, Ji. “De facto directors...”, ob. cit., pg. 586. Esta definición es la que ofrece el art. 250 de la *Companies Act 2006* y plantea, según el autor, ciertos problemas de ambigüedad, en cuanto no sé sabe si se refiere a la falta de formalidad o, bien al contrario, cuando ha sido nombrado formalmente como administrador pero en el giro económico usa otra denominación como “jefe ejecutivo”.

*órgano de administración sin haber sido regularmente investido del correspondiente poder*<sup>93</sup>”;

- “... una persona que, sin haber sido nombrada administradora o asumiendo mayores funciones que las propias de su situación jurídica real, administra y ... representa a la sociedad, sin superior jerárquico real”<sup>94</sup>.

De todo lo expuesto se deduce la falta de un concepto unitario de administrador de hecho<sup>95</sup>, por lo que se aprecia mejor la condición de administrador de hecho atendiendo a los rasgos definidores de tal condición y que ahora se analizarán, partiendo de unos requisitos negativos -la falta de formalidades- y positivos -actividad positiva de gestión, independiente, continuada y consentida por la sociedad- de la condición de administrador de facto<sup>96</sup>.

#### **4.2.1 La falta de formalidades en el nombramiento**

Se ha advertido con anterioridad que el elemento configurador -si más no uno de ellos- es la falta de formalidad alguna en la situación de administración fáctica, como evidencia no sólo numerosa doctrina<sup>97</sup> sino la propia definición de la reforma del art. 236 LSC, con la expresión “*tendrá la consideración de administrador de hecho... la persona que ... sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título...*”, cuya interpretación puede dar lugar a un amplio repertorio de supuestos que la doctrina ya había previsto<sup>98</sup>, y que se tratan en este apartado, teniendo en cuenta que hay supuestos

---

<sup>93</sup> ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana. “*Relación de grupo y administrador de hecho ...*”, ob. cit., pg. 27.

<sup>94</sup> JUSTE MENCÍA, Javier. “*En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad...*”, ob. cit., pg. 452. La definición a la que recurre el autor no ha sido transcrita en su tenor literal, pues el contexto de la definición propuesta es relativa al administrador de hecho amparado en un poder general bajo el cual oculta su condición de administrador, pero es ilustrativa de un modo prácticamente idéntico del concepto de administrador de hecho.

<sup>95</sup> EMBID IRUJO, José Miguel. *La responsabilidad de los Administradores de la Sociedad Anónima...*, ob. cit., pg. 2388.

<sup>96</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 37. No aprecia como requisito positivo el consentimiento, aspecto que se abordará en el apartado específico a dicha cuestión.

<sup>97</sup> Se advierte por un amplio sector doctrinal, de hecho unánime, que la falta de formalidad se trata del requisito negativo del administrador de hecho. En este sentido: LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 82; DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 36; DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. “*El administrador de hecho como eventual sujeto responsable de la calificación culpable del concurso*” en *RDM*, nº 273, 2009, pg. 1022.

<sup>98</sup> Incluso la doctrina comparada no esquivada esta situación: BÖGE, Axel. “*Zur Beendigung...*”, ob. cit., pg. 1122, enunciando los supuestos de inhabilitación (*Amtsunfähigkeit*) o se refiere a supuestos en los que se infringen las formalidades debidas para su debido nombramiento, como los casos en los que el

en los que la situación derivado de un defecto *ab origine* y otros en los que hay una continuación en la gestión transcurrida la vigencia del cargo -por caducidad o cese- o incluso con anterioridad -por nombramiento posterior a la asunción fáctica de la gestión societaria-<sup>99</sup>.

**a. La administración de hecho sobrevenida**

- 1) el administrador de derecho con cargo caducado que continúa en la gestión con posterioridad<sup>100</sup> (v. STS de 14 de abril de 2009<sup>101</sup>; STS de 11 marzo de 2010<sup>102</sup>);
- 2) el administrador cesado o renunciante cuya gestión perdura con posterioridad (v. SAP de Zaragoza, de 16 de abril de 2014<sup>103</sup>; STS de 26 de mayo de 2003<sup>104</sup>);
- 3) el administrador de hecho nombrado administrador de derecho con posterioridad a la asunción fáctica de la gestión (v. STS de 14 de marzo de 2011<sup>105</sup>);

En estos supuestos lo relevante, como exponen las sentencias citadas, no es el motivo que justifica el cese en la actividad o la falta de un nombramiento previo, sino que se trata de hacer responsable a la persona que, con anterioridad o posterioridad continúe ejerciendo las funciones de gestión en la forma que se ha expuesto hasta el momento, cuya relevancia pueda despertar respecto al cómputo del *dies a quo* en el ejercicio de acciones de responsabilidad y cuya referencia deviene, precisamente, de la continuación

---

nombramiento ha sido decidido por un órgano falto de competencia (póngase por supuesto una decisión del órgano de administración en supuestos diferentes a la cooptación) o cuando se ha acordado el nombramiento infringiendo las formalidades de convocatoria, de modo que el acuerdo se adoptó con desconocimiento de alguno de los socios. Así mismo: DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. “*El administrador de hecho como eventual...*”, ob. cit., pg. 1025; DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 117-118.

<sup>99</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 101-102.

<sup>100</sup> Sin querer entrar en un debate doctrinal sobre la naturaleza del administrador una vez caducado su cargo, el criterio mayoritario es que la continuación de las funciones pasado el período de propina legal *ex art. 222 LSC* supone la administración de hecho de la sociedad, mientras que en el plazo de extensión de la vigencia del cargo supone la continuación de la sociedad como administradores, pero de derecho. HERNANDO CEBRIÀ, Luis. “La posición jurídica del administrador con cargo caducado” en *CDC*, nº 58, 2012, pg. 226. El hecho determinante es, en suma, la aplicación del régimen de responsabilidad, pues de ello dependerá la prueba que deba alegar el perjudicado por las acciones negligentes del administrador, siendo un efecto relevante en la actuación de la parte. En supuesto de administrador con cargo caducado deberá probar la culpa y el nexa causal; por el contrario, en casos de responsabilidad del administrador de hecho, además, la concurrencia de los elementos de imputación de responsabilidad del administrador de hecho, con la dificultad probatoria que pueda implicar.

<sup>101</sup> RJ 2009\2897, FJ. 3º.

<sup>102</sup> RJ 2010\2341, FJ. 3º.

<sup>103</sup> JUR 2014\133246, FJ. 11º.

<sup>104</sup> RJ 2003\3926, FJ. 3º.

<sup>105</sup> RJ 2011\2775, FJ. 2º.

de la administración<sup>106</sup>, por lo que el criterio de imputación de responsabilidad tiene como cómputo inicial el de la generación del daño por aquel que actuase como administrador<sup>107</sup>. En adición, el criterio jurisprudencial adoptado por la mayoría de tribunales respecto al administrador con cargo caducado es el de considerar que mantiene su régimen de responsabilidad como administrador de derecho en cuanto no conste acuerdo en el que se nombre a un nuevo administrador<sup>108</sup>, sin menoscabo de que el nombramiento tenga un mero efecto formal y la continuación en la gestión sea llevada, de hecho, por el anterior administrador.

***b. La administración de hecho por defectos en el nombramiento ab origine***

- 4) el administrador de derecho sobre cuyo nombramiento recae causa de nulidad o anulabilidad, referido a defectos en la convocatoria de la Junta o al nombramiento de un administrador contraviniendo disposiciones estatutarias - art. 204.2 LSC con remisión a los deberes de publicidad de la Junta del art. 173 LSC (v. SAP de Madrid, de 21 de junio de 2012<sup>109</sup>) o de competencia en la

---

<sup>106</sup> De las sentencias enumeradas en los supuestos de cese y caducidad devienen de gran importancia para esta cuestión, pues en ambos casos –con especial importancia en la caducidad del nombramiento- se consideró que, si bien la caducidad –entendida pasado el plazo legal de extensión de la vigencia del art. 145 RRM y 222 LSC al que se ha hecho referencia en la introducción a la problemática del administrador de hecho como sujeto responsable- determina la finalización formal de la actividad, la falta de certificación registral en la que conste el cese efectivo no exime al administrador de sus obligaciones, como a su vez la constancia de un cese no es motivo suficiente para excluir la responsabilidad del administrador de hecho si este, a pesar de su cese, continúa la gestión societaria como lo había estado haciendo hasta ese momento.

<sup>107</sup> ESCUELA JUDICIAL. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid (2000), pg. 53. A pesar de la discusión doctrinal que ha existido sobre el plazo para el ejercicio de la responsabilidad de los administradores -bien en sede extracontractual o entendiéndose que, tratándose de regulación mercantil, no aplicaban las normas de derecho civil sino las del Código de Comercio (art. 949 CCo)-. PICÓ I JUNOY, Joan: “Aspectos procesales de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles” en *RJC*, nº 4, 2006, pg. 1020. Esta discrepancia doctrinal ha sido resuelta con la reforma de la Ley de Sociedades de Capital, pues el art. 241 bis ha establecido un plazo de cuatro años desde que -al menos eso parece indicar - se conoce la producción del daño, pues hasta entonces no surge el derecho a reclamar, por inexistente, pues no hay concurrencia de un daño en el tercero que habilite a éste para interponer cualesquiera acciones tendentes a restituir la situación anterior a la producción del daño. En este mismo sentido: VÁZQUEZ CUETO, José Carlos. “La inscripción del cese de los administradores y el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad” en *RCDI*, nº 743, 2014, pg. 1072, pues en algunos casos el conocimiento del daño no se produce hasta después del cese del administrador, por lo que no se trata de un retraso en el cómputo del *dies a quo*, sino del momento de inicio efectivo.

<sup>108</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, José María. *La prescripción de las acciones de responsabilidad en La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 4ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia (2011), pg. 714.

<sup>109</sup> AC 2012\1128, FJ. 5º. En resumen, la violación de los derechos de información se causará siempre que, contraviniendo el régimen habitual seguido por la administración societaria -entendiéndose que hay un régimen estatutario alternativo usado de forma habitual-, el amparo en los sistemas formales de

convocatoria del art. 166 LSC (v. STS de 14 marzo de 1998<sup>110</sup>), pues es posible que los estatutos exijan la condición de socio para administrar<sup>111</sup>;

- 5) el administrador debidamente nombrado sobre el que recae una prohibición legal de administrar bienes ajenos conforme al art. 213 LSC<sup>112</sup> junto a las de competencia *ex* art. 230 LSC (v. STS de 9 septiembre de 1998<sup>113</sup>) o causa de inhabilitación o incompatibilidad según los arts. 13 y 14 CCo.

Los defectos formales o prohibiciones formales tienen un alcance limitado, pues la continuación de la gestión sin remover el defecto, aun cuando deba hacerse por imperativo legal, no afectan a la situación del administrador salvo en su condición, pues no lo será de derecho sino de hecho<sup>114</sup>.

#### **4.2.2 Actividad positiva de gestión**

No ha sido definido con claridad qué debe entenderse por actividad de gestión a los efectos del art. 236 LSC, mas debe interpretarse por ello –en primer lugar- qué alcance tiene la actividad de gestión que una persona puede de facto realizar, máxime cuando carece de competencia para ello, pues es responsabilidad del órgano de administración legalmente constituido<sup>115</sup>. No obstante, la doctrina se ha encargado de determinar qué actividades debe realizar y cómo debe realizarlas una persona para poder ser considerada administradora de hecho, distinguiendo:

- a) *Actividades de gestión jurídica, económica y de contenido económico-financiero*, que comprenden las necesarias para poder realizar el objeto social<sup>116</sup>, de entre las que se pueden destacar, entre otras, la emisión de pagarés para el

---

publicación del anuncio mediante los que se altera el régimen de comunicación habitual produzca en el socio el desconocimiento de la convocatoria, de forma que el administrador incurre en mala fe y abuso de derecho.

<sup>110</sup> RJ 2005\2235, FJ. 3º.

<sup>111</sup> SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª edición. Aranzadi, Cizur Menor (2007), pg. 93, cuya fecha indica el art. 123.2 de la precedente Ley de Sociedades Anónimas y actual art. 212.2 LSC.

<sup>112</sup> Sobre las causas de prohibición: VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Ley de Sociedades de Capital: Doctrina y Jurisprudencia*. La Ley, Madrid (2010), pg. 369-370.

<sup>113</sup> RJ 1998\6608, FJ. 1º.

<sup>114</sup> MORALES BARCELÓ, Judith. “*La responsabilidad de los administradores...*”, ob. cit., pg. 285.

<sup>115</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 63.

<sup>116</sup> MORALES BARCELÓ, Judith. “*La responsabilidad de los administradores...*”, ob. cit., pg. 281.

pago a acreedores (STS de 7 mayo de 2012<sup>117</sup>) o la celebración de contratos (SAP de Sevilla, de 25 julio de 2005<sup>118</sup>). En todo caso, lo realmente relevante en este tipo de actividades es la falta de impedimento legal para que un tercero – bien en forma de apoderado o bien como alto personal directivo- puedan ejercerlas en nombre del órgano de administración, pues en suma se trata de actividades que pueden ser delegadas.

- b) *Actividades de gestión societaria*, encaminadas a organizar la sociedad internamente, como por ejemplo la llevanza de los libros contables (SAP de Álava, de 27 de noviembre de 2007<sup>119</sup>, la formulación de las cuentas anuales (SAP de Zaragoza, de 10 de octubre de 2004<sup>120</sup>) o promover la disolución de la sociedad en concurrencia de causa legal mediante la convocatoria de junta (STS de 4 diciembre de 2013<sup>121</sup>). Estas, a diferencia de las anteriores, son competencia exclusiva del órgano de administración, pues así les es atribuido *ex lege*, como por ejemplo en el listado del art. 249 bis LSC.

Durante años se ha planteado la cuestión relativa a este segundo tipo de acciones y si en supuestos en los que se aprecia un caso de administración fáctica, si esta puede llegar a ser admitida por el Juez por la mera contravención de las normas relativas a la actividad interna de gestión, pues al menos de *lege lata* corresponden en exclusiva al órgano de administración. En este sentido y teniendo en cuenta el contexto temporal con el que LATORRE propone esta cuestión, se aventura a afirmar que, si bien hasta entonces sólo se había condenado a administradores de hecho por intervenir en actividades de gestión externa comprometiendo seriamente el patrimonio social, las resoluciones judiciales futuras admitirían esa administración fáctica por interferir en el funcionamiento interno, mediante la realización de actividades de orden interno. Lo que sí afirma LATORRE es que, en cualquier caso, el mero hecho de que haya prohibiciones legales por las que toda persona al órgano de administración no pueda ejercer dichas actividades de organización social no obsta a que el administrador de hecho se entrometa –si bien

---

<sup>117</sup> RJ 2012\6110, FJ. 3º.

<sup>118</sup> JUR 2006\38275, FJ. 3º.

<sup>119</sup> AC 2008\115, FJ. 2º.

<sup>120</sup> AC 1994\1895, FJ. 2º.

<sup>121</sup> RJ 2014\1835, FJ. 6º.

indebidamente- en tales funciones, por lo que se prefiere un *criterio real* en la actividad de esa persona a quien se pretende considerar administradora de hecho<sup>122</sup>.

Sobre todo es trascendente la actividad del administrador de hecho en contraposición a la imputación de responsabilidad que se hace a los administradores de derecho, pues estos pueden responder tanto por omisión de sus deberes -convocar juntas cuando sea preceptivo o realizar los acuerdos adoptados por la propia junta (v., entre otras, STS de 10 de noviembre de 2010<sup>123</sup>)- como, en su caso, por acciones que resulten en un daño a la sociedad y/o a terceros por haber incumplido con sus deberes -a saber, la actuación con la diligencia de un buen empresario y en favor de la sociedad, cuyo caso práctico suele ser la contravención de la prohibición de competencia impuesta a los administradores *ex art. 230 LSC* (v. STS de 7 de noviembre 1986<sup>124</sup>) como expone el art. 236.1 LSC.

Revisando la cuestión planteada por LATORRE ha de considerarse tal previsión como una cuestión todavía polémica, sin perjuicio de la STS de 4 de diciembre de 2012<sup>125</sup>, pues la jurisprudencia no ha tenido por determinante la actuación efectiva en el plano interno de la sociedad -pues excluye la posibilidad de que el administrador de hecho sea el responsable por la no realización de actividades que corresponden al órgano de administración legalmente designado- sino que se ha remitido a un criterio relativo a la *influencia*<sup>126</sup> que el tercero administrador de hecho ha ejercido en el órgano de administración o si bien ha prescindido de él para tomar decisiones, por lo que esta afirmación puede verse apoyada en numerosas resoluciones judiciales en las que se ha admitido una injerencia en las funciones internas y externas, mas no sobre aquellas que

---

<sup>122</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 64.

<sup>123</sup> RJ 2011\1304, FJ. 5º.

<sup>124</sup> RJ 1986\6215, FJ. 2º.

<sup>125</sup> RJ 2013\240, FJ. 6º. Lo que no excluye esta resolución es la coexistencia de administradores de derecho y de hecho, pero en términos generales se atribuye la responsabilidad de estos hechos al administrador de derecho, que es a quien le corresponde ejecutarlos. De hecho, se trata de un supuesto de responsabilidad conjunta que sucede con frecuencia en los supuestos de un administrador de derecho y un apoderado general que hace las veces de administrador de hecho, como ya se argumentó en la STS de 7 junio de 1999 [RJ 1999\4730], FJ. 3º.

<sup>126</sup> Sobre la influencia de la actividad se ha pronunciado un amplio sector doctrinal nacional y comparado. Entre nosotros, v. PÉREZ MILLÁN, David. “La subordinación de créditos y los pactos de socios” en *RDCP* nº 18, 2013, pg. 154. En la doctrina comparada, especialmente alemana, destaca FLEISCHER, Holger. “*Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit...*”, ob. cit., pg. 341-342, quien habla de una influencia duradera en la gestión societaria asumida *de facto* como elemento definidor, por encima de la exteriorización de sus actos.

corresponden indubitadamente al órgano de administración formal<sup>127</sup> (v. SAP de Barcelona, de 9 de enero de 2015<sup>128</sup>). Sobre el grado de influencia cabe destacar que para que una actividad positiva repute como tal, debe ir encaminada a ser una acción de gestión efectiva, quedando fuera del alcance de actividad positiva toda actuación destinada a formular consejos de gestión o análogos<sup>129</sup>.

Lo importante, atendiendo al contenido del FJ. 4º de la STS de 4 de diciembre de 2012, en consideración de las predicciones mencionadas por esta autora, es que se excluye la injerencia del administrador de hecho en aquellas funciones en las que se reserva de *lege lata* su competencia al administrador formal, sin menoscabo de la posible injerencia en otros aspectos que el administrador de hecho. Así pues, la determinación de la administración de hecho requiere, como se ha visto, de una actividad positiva por la que se asuman las funciones de administración para, posteriormente, ser sujeto responsable a los efectos del art. 236 LSC. Asumido este estadio y teniendo en cuenta esa necesidad de conducta activa como requisito previo para la asunción de la gestión fáctica de la sociedad, dado que mientras los administradores de derecho pueden ser responsables por omitir sus deberes, como se ha observado, la dificultad para apreciar un indicio de administración fáctica consistente en una actividad omisiva, máxime cuando ni tan siquiera le corresponde, hace necesaria la concurrencia de un hecho positivo que justifique la injerencia del tercero administrador fáctico en el devenir de la sociedad<sup>130</sup>, es necesario esclarecer dos ámbitos en la atribución de responsabilidad al

---

<sup>127</sup> MORALES BARCELÓ, Judith. “*La responsabilidad de los administradores...*”, ob. cit., pg. 281. EMBID IRUJO, José Miguel. *La responsabilidad de los Administradores de la Sociedad Anónima...*”, ob. cit., pg. 2407.

<sup>128</sup> JUR 2015\11394, FJ. 5º y 6º. Es de las primeras sentencias en reconocer la reforma del art. 236 LSC por lo que refiere a los administradores de hecho y lo hace de una forma un tanto extensiva, contraria al régimen jurisprudencial de concurrencia de culpas por coexistencia de órganos de administración, considerando que el administrador de hecho era plenamente responsable de los daños causados por no promover la disolución de la sociedad en concurrencia de pérdidas *ex* art. 363.1,e) LSC, cuando en principio el deber de convocatoria de Junta a tales efectos corresponde a los administradores formales, quienes no actuaban en el giro económico y administrativo, pues eran meros hombres de paja desentendidos por completo de la gestión de la sociedad.

<sup>129</sup> PÉREZ MILLÁN, David. “*La subordinación de créditos...*”, ob. cit., pg. 154. Del mismo modo la doctrina alemana: FLEISCHER, Holger. “*Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit...*”, ob. cit., pg. 342, cuyo criterio va dirigido a considerar como elemento constitutivo, uno de ellos si más no, mediante la influencia interna en la intervención del administrador fáctico y no su exteriorización y a pesar de la opinión discrepante de algún autor alemán, que considera como revelador de la administración fáctica la exteriorización hacia terceros de la asunción efectiva de la dirección societaria, así como haber sido asumida como tal por estos terceros. BÖGE, Axel. “*Zur Beendigung...*”, ob. cit., pg. 1125.

<sup>130</sup> MORALES BARCELÓ, Judith. “*La responsabilidad de los administradores...*”, ob. cit., pg. 282. Es necesario remarcar que el deber de abstención que tienen los socios no administradores y terceros en la

administrador de hecho: a) la responsabilidad por hechos u omisiones y la extensión al administrador de hecho y; b) la coexistencia del administrador de hecho y de derecho en el régimen de responsabilidad.

Por lo que refiere a la responsabilidad por acción u omisión, especialmente tras la reforma del art. 236 LSC, el inciso con el que inicia el apartado tercero contiene la palabra *igualmente* puede dar lugar a malas interpretaciones del precepto -como puede indicar la mencionada SAP de Barcelona, de 9 de enero de 2015<sup>131</sup>-, pues que el legislador se refiera a la responsabilidad del administrador de hecho bajo un paralelismo con la regulación del administrador de derecho -es decir, un mismo régimen de responsabilidad a formas de administración con elementos distintivos- no requiere necesariamente que la actividad que realicen ambos sea idéntica -al menos a los efectos de la identificación del administrador de hecho, pues hemos observado que hay ciertas actividades reservadas legalmente al administrador de derecho- o incluso que sea excluyente precisamente por estas razones, pues el hecho de que un administrador de hecho asuma por completo la gestión societaria -tanto en el plano de actividades de gestión externas e internas-

De especial interés resuelta esta última cuestión, dado que la posible coexistencia de administradores de derecho y de hecho, especialmente en casos en los que el administrador de derecho está planteado como un mero *hombre de paja* tras el que se esconde otra persona, quien administra de hecho la sociedad. La referida STS de 4 de diciembre de 2012, continuando el planteamiento de LATORRE sobre la admisión de

---

gestión societaria no puede verse vulnerado por una omisión, pues es su deber. Es por ello que se exige, como se ha expuesto, una actividad positiva.

<sup>131</sup> JUR 2015\11394, FJ. 3º, cuya expresión literal en contraposición a la interpretación del conjunto de la motivación de la resolución indica no distinguir el ámbito de actuación, sino que lo lleva a un plano real -criterio que ha de tenerse en cuenta como se ha indicado-, sin considerar la obligación del administrador formal, aunque sea un nombramiento vacío de contenido, no le exime de sus obligaciones como administrador, criterio que no parece tener en cuenta esta resolución judicial, sobre todo si se tiene presente que el Tribunal Supremo ya consideró la coexistencia de administradores de derecho y de hecho y los efectos sobre la responsabilidad de ambos, de carácter solidario. Por estos motivos debe considerarse que la resolución judicial ha interpretado, erróneamente, el término “igualmente”, pues si bien es cierto que no puede eximir de responsabilidad la falta de formalidades, no es menos cierto que el administrador de derecho, fuese como fuese, está obligado a soportar las consecuencias que, por acción u omisión contraviniendo un deber legal como el presente, causen un daño, en especial si se compara con la definición de administrador de hecho creado por la doctrina judicial de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 10 de septiembre de 2008 [AC 2008\2288], FJ. 6º, por la que se condena a órgano de administración formal y nominal en el marco del concurso de acreedores, aun cuando la causa de determinación de la culpabilidad sólo pudiera ser atribuible a los de derecho (mala llevanza de la contabilidad).

que el administrador de hecho pueda asumir funciones que corresponden de forma incuestionable al órgano de administración, puso de manifiesto tal posibilidad, pero atribuyendo la responsabilidad tanto al administrador de derecho como al de hecho, bajo el pretexto considerado por otras resoluciones posteriores –e incluso anteriores- por las que si bien el administrador de hecho es el ejecutante final de dichos actos, no es menos cierto que el administrador de derecho es quien, finalmente, ha tolerado los mismo, razón por la que no escapa a la posible responsabilidad si de la actuación del administrador de hecho y la omisión del de derecho se causan daños a la sociedad o a terceros, precisamente por ser este el que ostenta la representación societaria en cualquier caso<sup>132</sup>, a pesar de ser esta una cuestión no exenta de discusión, pues no hay unidad, a tenor de lo apuntado hasta ahora, en determinar si la responsabilidad debe ser atribuida en exclusiva al administrador de derecho, al de hecho o si, por contrario, debe imputarse tanto al formal como al nominal. No son pocas las sentencias contradictorias por las que se excluye como responsables a los administradores de derecho, a los de hecho o se imputa a ambos y sucede con base a argumentos diversos.

a) *La responsabilidad única del administrador de derecho*

Es la línea doctrinal que parece seguir *stricto sensu* la STS 04-12-2012, pues atribuye de forma inexcusable la responsabilidad al administrador de hecho, aun cuando convergen tanto administradores formales y nominales. Despierta ciertas dudas que esta sea la interpretación que se pueda extraer de dicha fundamentación jurídica en relación a la coexistencia de administradores de iure y de facto, pues ello haría prácticamente imposible la incardinación de supuestos bajo los cuáles el administrador de hecho sería responsable, pues siempre se escudaría en la existencia de un deber legal encomendado a aquel que ha sido debidamente nombrado y eso es, como se ha observado, lo que se trata de evitar: el fundamento de la doctrina del administrador de hecho no es otro que no dejar impunes los daños causados por aquel que, de forma oficiosa, asume funciones de gestión, máxime cuando el nombramiento del administrador de derecho se encuentra vacío de contenido y es meramente formal<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> RJ 2013\2405, FJ. 6º.

<sup>133</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El concepto de administrador...*”, ob. cit., pg. 857.

En especial, la distinción de supuestos en sede concursal formulada en la SJM de Madrid, de 16 de julio de 2013<sup>134</sup>, plantea la siguiente premisa basándose en dos factores: a) la actuación del administrador como mero hombre de paja o participando conjuntamente en la gestión, para cuyo caso también debe distinguirse entre supuestos de gestión externa –cuya realización puede llevarse a cabo tanto por el administrador como por un tercero- o de gestión interna reservada en exclusiva a los administradores de derecho<sup>135</sup>. Bien es cierto que este supuesto puede no ser suficiente para determinar el grado de responsabilidad en el ámbito societario, pero al menos da indicios de que, aun cuando se repunte la conducta del administrador de hecho como cómplice del responsable del concurso culpable –el administrador de derecho-, se reconoce, indirectamente, un grado de responsabilidad suficiente como para considerar que el administrador de hecho pueda responder de forma conjunta con el administrador de hecho cuando se causen daños.

*b) La responsabilidad única del administrador de hecho*

Atendiendo al contenido del FJ. 4º STS 04-12-2012, se llega a admitir la responsabilidad del administrador de hecho y la exoneración del de derecho cuando el de derecho ha sido nombrado a meros efectos formales, pues este ni tan siquiera ha participado en la gestión social, pues el mencionado fundamento jurídico trata supuestos en que el nombramiento del administrador formal es un mecanismo por el que eludir la responsabilidad mediante una actividad fraudulenta en fraude de ley y abuso de derecho, administrando -en su totalidad y de forma oculta- el administrador de hecho. Algunas resoluciones han estimado que esta disposición jurisprudencial va encaminada a exonerar al administrador meramente formal por los motivos expuestos en este

---

<sup>134</sup> AC 2013\1652, FJ. 2º.

<sup>135</sup> MUÑOZ PAREDES, Alfonso. “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal” en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso. *Tratado Judicial de la Insolvencia, Tomo II*. Aranzadi, Cizur Menor (2012), pg. 607-642. Hay ciertas presunciones reguladas en la ley concursal que pueden ser cumplidas o bien de forma indistinta por parte del administrador de derecho o de hecho, como un tercero -como el incumplimiento del convenio por causa imputable al deudor o el alzamiento de viene-, por lo que no habrá mayor problema en considerar a ambos como responsables. Sin embargo, otras –sobre todo las relativas a la llevanza de los libros contables- son responsabilidad exclusiva del administrador de derecho, por lo que debe plantearse el marco de actuación de éste último para determinar el grado de participación del administrador de hecho en el agravamiento de la insolvencia.

apartado (v. SAP de la Rioja, de 30 de diciembre de 2014<sup>136</sup>), pero lo han hecho con carácter excepcional, pues la regla ordinaria es la atribución de responsabilidad conjunta entre administrador formal y nominal.

c) *La responsabilidad solidaria del administrador de derecho y administrador de hecho*

En otros supuestos se plantea el escenario advertido por cierto sector de la doctrina judicial -incluso con anterioridad a la STS 04-12-2012 (v. SAP de Barcelona, de 14 de febrero de 2007<sup>137</sup>)- sobre la inadmisión de causa de exoneración de responsabilidad la presencia de un administrador de derecho -o por ser éste un mero *testaferro*, por su condición de mero administrador formal- como por ejemplo en la SJM de Barcelona, de 26 de febrero de 2015<sup>138</sup>, fundamentándose, aunque implícitamente, en el hecho de ser administrador a los solos efectos formales no excluye el cumplimiento de las obligaciones de aquella persona que ostenta el cargo de administrador<sup>139</sup>, pues no puede suponer la exoneración de aquel que ha sido designado como *hombre de paja*, como apunta la SJM de Alicante, de 22 de enero de 2015<sup>140</sup>, al afirmar que el cargo de administrador no obedece a un *reconocimiento honorífico*, sino que conlleva la asunción de unas obligaciones por cuyo incumplimiento –en este caso omisivo- comporta la imputación de responsabilidad civil (v. Auto del JM de Madrid, de 30

---

<sup>136</sup> JUR 2015\69463, FJ. 2º. El caso, sin embargo, no es un supuesto al uso, pues el administrador formal es una persona a la que se le detecta una patología esquizofrénica que le priva del uso de sus facultades, por lo que es justificable, en aras a la buena fe, que responda el administrador de hecho de forma exclusiva, pues se ha utilizado de manera deliberada la condición de incapacidad de esa persona para esquivar el régimen de responsabilidad de los administradores de derecho toda vez que éste ni tan siquiera es capaz de realizar actividades de gestión de forma autónoma. En el presente caso esta persona no ha realizado ni una sola actividad de gestión como administrador de derecho, lo que tal vez permite una atribución en exclusiva de la responsabilidad al administrador nominal.

<sup>137</sup> JUR 2007\244975, FJ. 2º.

<sup>138</sup> AC 2015\349, FJ. 3º. Caso en sede concursal que, aunque ni se aprecie una administración fáctica por falta probatoria, no deja de ser de interés el apunte que el juez *a quo* plantea y que no es el otro que el que se expone en el presente apartado, con la siguiente expresión: “*Ha pretendido su defensa letrada la exoneración de responsabilidad alegando su condición de "testaferro, siendo los verdaderos administradores de hecho los Sres. Cosme y Hugo... es necesario enfatizar que el administrador de derecho responde del cumplimiento de sus obligaciones, entre ellas la de formular la contabilidad y gestionar los pagos, por lo que no concurre causa de exoneración alguna, siendo imputable al afectado las conductas descritas"*”.

<sup>139</sup> AC 2015\349, FJ. 3º.

<sup>140</sup> JUR 2015\91318, FJ. 5º.

marzo 2012<sup>141</sup>; SAP de Córdoba, de 15 de noviembre de 2012<sup>142</sup>; SAP de Vizcaya, de 19 de julio de 2013<sup>143</sup>; SJPII de Ávila, de 3 diciembre de 2013<sup>144</sup>; SAP de Barcelona, de 5 de febrero de 2014<sup>145</sup>).

En el mismo sentido, la misma LATORRE se remite al régimen de responsabilidad ordinario de los administradores sociales de derecho al que nos hemos referido, pues estos omiten sus obligaciones en detrimento del gestor ajeno<sup>146</sup>, configurando una responsabilidad *in ommittendo*, pues el mero hecho de que ese tercero se inmiscuya en la gestión societaria no le exonera de responsabilidad, ni tan siquiera cuando haya tolerado tal injerencia<sup>147</sup> y se condena solidariamente, pese a la redacción del art. 237 LSC, cuyo contenido parece comprender –en primera instancia- exclusivamente a los miembros del órgano de administración de derecho, pues sólo estos pueden adoptar acuerdos con las formalidades exigidas según el ordenamiento societario, se extiende a los que hayan causado el daño, y aquí es dónde puede intervenir el administrador de hecho, máxime cuando el art. 236.3 LSC extiende el mismo régimen de responsabilidad de los administradores de derecho a los de hecho y por el que deben responder solidariamente (v. SAP de Zaragoza, de 30 marzo de 2015<sup>148</sup>).

En cualquier caso, y en coherencia con lo expuesto hasta ahora, bastará con que la acción positiva de gestión se realice de forma directa o mediante persona interpuesta, por lo que no se excluye la posibilidad de que la actuación del administrador de hecho se efectúe mediante persona interpuesta<sup>149</sup>, siempre y cuando se trate, como se indica, de una acción positiva. En el primer supuesto, el contemplado hasta ahora, comprende

---

<sup>141</sup> AC 2012\400, FJ. 3º. Resolución judicial en el contexto del embargo preventivo de bienes de los administradores en el marco del concurso, por la que se decreta el mismo contra los administradores de derecho y, a su vez, al administrador de hecho.

<sup>142</sup> JUR 2014\13520, FJ. 6º.

<sup>143</sup> AC 2014\746, FJ. .

<sup>144</sup> AC 2013\1872, FJ. 2º

<sup>145</sup> AC 2014\780, FJ. 19º.

<sup>146</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 189. Lo justifica en la obligación de actuar de los administradores de derecho con diligencia y lealtad exigidas por la Ley, que en este caso responde a las de los arts. 225 (diligencia) y 227 y 228 (lealtad) LSC.

<sup>147</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 78; DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 39, pues se justifica la responsabilidad por omisión en el sentido del resto de la doctrina, pues se configura la responsabilidad *in ommittendo* cuando una persona que, estando obligada a actuar por ley, no lo hace causando un daño con dolo o culpa, sin menoscabo de las causas de exoneración propias del art. 237 LSC (desconocimiento del hecho lesivo; acción con la diligencia debida dirigida a evitar el daño o; adopción de acuerdo en contra de esa decisión).

<sup>148</sup> JUR 2015\112789, FJ. 3º.

<sup>149</sup> PERDICES HUETOS, Antonio. “*Significado actual del administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 282. LOZANO SAIGÍ, Miriam. “*Aproximación jurídica a la figura ...*”, ob. cit., pg. 1062.

una actuación directa en el ejercicio de la administración fáctica; el segundo, una actuación indirecta y oculta por la que un tercero opera con el tercero vinculado con el concepto de administrador oculto o *shadow director*<sup>150</sup>, quién desconoce la realidad de la relación jurídica entre ese tercero y aquel que, no siendo administrador, da instrucciones concisas de cómo gestionar la sociedad, siendo el administrador de derecho un mero intermediario mediante el cual se pretende exonerar cualquier tipo de responsabilidad en el ámbito mercantil<sup>151</sup>. Sobre el concepto de administrador oculto se ahondará más adelante, por lo que ahora sólo se ha pretendido comprender qué tipo de actividad positiva puede llevar una persona a cabo para poder ser reputada administradora fáctica.

En definitiva, hasta el momento podemos afirmar que el administrador de hecho es aquella persona que, careciendo de título o con título nulo o distinto al de administrador, ejerce una actividad de gestión con la suficiente influencia en la gestión societaria, de forma que sus actos involucran a la sociedad.

#### **4.2.3 Actividad independiente**

Esta actividad positiva e influyente de gestión ha de realizarse de forma independiente, que debe entenderse desde la perspectiva de la autonomía en la toma de decisiones<sup>152</sup>. Así, las funciones que realiza un apoderado o factor<sup>153</sup> o el personal asalariado (v. SAP de Madrid, de 21 marzo de 2014<sup>154</sup>) no pueden, por si solas, derivar en una actuación

---

<sup>150</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 46.

<sup>151</sup> NOONAN, Chris y WATSON, Susan. “The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?” en *JBL*, nº 8, 2006, pg. 767.

<sup>152</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 42. También en la doctrina alemana se apunta a esta posibilidad, de forma que los miembros dependientes o subordinados (*Nachgeordnete Unternehmensangehörige*) de la sociedad no son, per se, administradores de hecho, pues carecen de tal autonomía y se caracterizan por la dependencia jerárquica y la subordinación. FLEISCHER, Holger. “*Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit...*”, ob. cit., pg. 344. También en este sentido: NOONAN, Chris y WATSON, Susan. “*Examining company directors...*”, ob. cit., pg. 611, más allá de la referencia a la influencia como requisito determinante en la actividad de gestión, destaca la afirmación relativa a la actuación sin supervisión como otro elemento de clave en la determinación de un supuesto de administración fáctica.

<sup>153</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 71

<sup>154</sup> AC 2014\476, FJ. 2º. Se deduce la falta de condición de administradores de hecho a los gerentes de la sociedad, cuya condición en la sociedad está vinculada a un contrato laboral de alta dirección, tras la práctica de la prueba documental en el que firmaban contratos con expresiones estipuladas contractualmente que incitaban a considerar a los demandados como administradores de hecho (entre otras: “...los actuales gestores de la empresa (comparecientes en este acto)...”; “actuales responsables de CLASIVER, S.A.”, u otras formas análogas), pero no revela como elemento suficiente de la consideración de administrador de hecho por la falta de autonomía, justificada en las delimitadas funciones que los

propia del administrador de hecho, pues en ellas reviste claramente la falta de autonomía en la toma de decisiones, pues se encuentran subordinadas a la voluntad de una persona, quien las contrata a tales efectos, sin perjuicio de la situación real que se trate de esconder tras la relación de dependencia de hecho, así como tampoco la mera existencia de dependencia conlleva la consideración automática de aquella persona como administradora de hecho<sup>155</sup>, pues es frecuente encontrar casos en los que los administradores delegan parte de sus funciones a un apoderado en las que se pone de manifiesto tal relación de dependencia (v. STS de 30 de julio de 2001<sup>156</sup>; SAP de Málaga, de 6 de noviembre de 2013<sup>157</sup>), como también lo son los supuestos de apoderamiento realizados con la finalidad de esconder la gerencia fáctica realizada por el apoderado (v. SAP de León, de 25 de abril de 2014<sup>158</sup>).

En sede societaria, se llega a admitir que el acto de apoderamiento o la contratación del trabajador puedan ser realizados, por supuesto por el administrador de derecho, pues a él le corresponde la gestión societaria y la realización del objeto social, pero también al administrador de hecho (v. SAP de Barcelona, de 5 febrero de 2014<sup>159</sup>).

Pero todo ello requiere, como se viene afirmando hasta ahora, una falta de subordinación a las directrices de una persona que determine la actuación, sino que rige la propia voluntad de aquel que, de hecho, administra en las mismas condiciones que el administrador de derecho (Auto de la AP de Barcelona, de 18 septiembre de 2009<sup>160</sup>; ).

#### **4.2.4 De manera continuada**

---

demandados tenían en relación con la sociedad y el vínculo de dependencia respecto de los administradores de derecho.

<sup>155</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 71.

<sup>156</sup> RJ 2001\6632, FJ. 2º.

<sup>157</sup> JUR 2014\102027, FJ. 2º.

<sup>158</sup> JUR 2014\15883, FJ. 3º.

<sup>159</sup> AC 2014\780, FJ. 19º. La resolución mencionada considera válido el apoderamiento hecho por el administrador de hecho a un tercero, quien era familiar del administrador de derecho anterior, de forma que este ejecutaba ciertas acciones en nombre de la sociedad y, en concreto, a voluntad del administrador de hecho, pues este reunía todas las condiciones para reputar administrador de hecho y, en la medida que puede realizar ciertas actividades de gestión, nada impide para que pueda delegarlas a un tercero mediante apoderamiento.

<sup>160</sup> AC 2009\2227, FJ. 3º.

Aparenta ser una cuestión solventada por la doctrina y numerosas resoluciones judiciales (v. SAP de Lugo, de 26 de enero de 2012<sup>161</sup>), pero algún autor ha planteado que en sede concursal pueda tratarse de una actuación esporádica en sede concursal –en concreto, en la calificación del concurso<sup>162</sup>–, mas dicha afirmación parece responder al hecho de que se culpabiliza a aquél que, en la realización de un hecho, agrava el estado de insolvencia, pero a menudo se ha resuelto lo contrario, pues la determinación de la existencia de un supuesto de administración fáctica parece requerir de una habitualidad en la conducta positiva e independiente de esa persona, de forma que un acto esporádico de gestión por sí sólo no puede aparejar dicha condición sino, en todo caso, la de cómplice en la agravación de la insolvencia<sup>163</sup>.

Son numerosas las resoluciones judiciales que, de forma prácticamente unánime, dan apoyo a la formulación de la continuidad en la gestión fáctica como requisito esencial de un supuesto de administración *de facto* incluso -contraviniendo la opción que planteaba algún sector doctrinal- en resoluciones dictadas en la sección de calificación del concurso, de forma que una mera actuación esporádica no bastaría para determinar la asunción fáctica de la administración societaria (v. Auto de la AP de Vizcaya, de 17 julio de 2008<sup>164</sup>; SAP de Barcelona, de 23 abril de 2015<sup>165</sup>) actuación puntual está justificada por la condición de socio mayoritario y conocimiento de las cuestiones de negocio relativas a la contraparte.

---

<sup>161</sup> JUR 2012\64150, FJ. 1º.

<sup>162</sup> GARCÍA-CRUCES, José Antonio. *La calificación del concurso*. Aranzadi, Cizur Menor (2004), pg. 127.

<sup>163</sup> Sobre el concepto de cómplice en el ámbito concursal y los efectos de tal condición: GÓNZALEZ CABRERA, Inmaculada. “La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172 bis del proyecto de reforma de la ley concursal” en *RDCP*, nº 15, 2011, pg. 359, cuyas notas son la cooperación necesaria en la realización de actos cuya consecuencia deriva en la calificación culpable del concurso.

<sup>164</sup> JUR 2008\389652, FJ. 3º. El supuesto de hecho implicaba una sociedad familiar en la que ostentaba el cargo de administración el socio mayoritario (79% del Capital Social), cuyo otro socio era la hija del socio mayoritario y que ejercía las funciones de apoderada. En sede concursal se pretendió reputar a la apoderada como administradora de hecho por haber cobrado un talón, planteamiento que se admitió en primera instancia mas no en segunda instancia por carecer de los elementos configuradores del administrador de hecho y, particularmente, de la continuidad en la asunción de la gestión.

<sup>165</sup> JUR 2015\138390, FJ. 4º. Estima la falta de condición de administrador de hecho del apelante, pues está justificada la actuación del socio mayoritario en la celebración de un contrato por varios motivos: a) su condición de antiguo administrador societario, que comporta que conozca los quehaceres de la negociación con la contraparte y; b) en relación al primero, la facilidad para concluir el contrato que deriva de su experiencia y; c) el carácter esporádico de la intervención del socio mayoritario, pues no consta cualquier otra operación de gestión societaria que la enunciada.

#### 4.2.5 Consentida por la sociedad

Se trata de un elemento configurador de la noción de administrador de hecho<sup>166</sup> que ha sido frecuentemente obviado por la doctrina pues la definición que se ha venido desarrollando de forma mayoritaria –incluso en la jurisprudencia reciente- parece no exigir como un requisito determinante para la constitución de la administración fáctica<sup>167</sup>, la tolerancia o consentimiento de los socios –pues son, en definitiva, quienes configuran la voluntad social- pues asumiendo la gestión societaria *de facto* se admite la imputación y vinculación de los hechos realizados por el administrador de hecho con la sociedad<sup>168</sup>, por lo que es preciso determinar el punto en que la sociedad se ha opuesto a una mera usurpación de la gestión societaria por parte de un tercero conocido como *extraneus*, quién gestiona sin consentimiento de la sociedad y también cuándo existe una tolerancia a la gestión fáctica, de forma que la sociedad pueda quedar vinculada por los actos celebrados por éste. En esta dirección se puede interpretar que hay consentimiento cuando no hay un acto de oposición siempre que de esa oposición

---

<sup>166</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 74. Parece recurrir a criterios definidos por la doctrina comparada y, en particular, de la jurisprudencia alemana para definir al administrador de hecho como “*aquel que sin nombramiento formal o inscripción en el Registro Mercantil (Handelsregister) asume de hecho la función de un administrador societario con el consentimiento de los socios*” (*wer, ohne förmlich dazu bestellt oder im Handelsregister eingetragen zu sein, im Einverständnis der Gesellschafter die Stellung eines Geschäftsführers tatsächlich einnimmt*), en base a la resolución del alto tribunal bávaro (*Bayerisches Oberstes Landesgericht*) a la que recurre BÖGE, Axel. “*Zur Beendigung...*”, ob. cit., pg. 1123. En Derecho anglosajón, se muestra partidario del consentimiento como parte del concepto DE LACY, John. “The concept of company director” en *JBL*, nº3, 2006, pg. 270, de la consideración extensiva del concepto de administrador, pues es partidario de considerar como administrador -en interpretación del art. 250 *Companies Act* del Reino Unido- a la persona que, con el consentimiento de la sociedad, ocupe la posición del administrador societario. Así mismo: PERDICES HUETOS, Antonio. “*Significado actual del administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 281-282; RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel. “El representante del administrador persona jurídica” en *RDBB*, nº 128, pg. 2012, pg. 46; FUENTES NAHARRO, Mónica. “Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades” en SEMINARIO HARVARD-COMPLUTENSE DE DERECHO MERCANTIL. *Gobierno corporativo y crisis empresariales*. Marcial Pons, Madrid (2006), pg. 301. También de forma implícita: DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *La calificación del concurso de acreedores*. Tirant lo Blanch, Valencia (2009), pg. 124, cuando se admite como administradora de hecho a la sociedad gerenciente o *manager* en base a un contrato de gerencia, sólo cuando la sociedad gerenciada considere vinculante la actuación con injerencia en la gestión social del gerenciente.

<sup>167</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 74. Varios son los autores que no tienen en cuenta el consentimiento o la tolerancia a la administración de hecho. Como por ejemplo: DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 36, sólo tiene en cuenta el ejercicio independiente y continuado la actividad positiva de gestión careciendo de la condición de administrador de derecho; GARCÍA CRUCES, José Antonio, “*La calificación...*”, ob. cit., pg. 127, que más allá de la mencionada innecesariedad en la continuidad de la actividad societaria de hecho, tampoco exige el consentimiento de los socios; DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. “*El administrador de hecho como eventual...*”, ob. cit., pg. 1022, en el sentido de DÍAZ ECHEGARAY.

<sup>168</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 77.

resulte un acuerdo en junta que niegue la condición de administrador del *extraneus*<sup>169</sup> y restituya en su posición a los administradores de derecho<sup>170</sup>, pues en definitiva se acepta la actuación del administrador fáctico por tolerancia de los socios y de los administradores, pues estos pierden competencias *de facto* frente al administrador de hecho, quien las asume<sup>171</sup>.

Pero con todo es factible asumir que tanto el legislador como el enjuiciador dan por supuesta una conducta del administrador de hecho consentida por parte de la sociedad, pues de muchas resoluciones judiciales se extrae, a pesar de una falta de expresión específica sobre esta cuestión, que la sociedad ha tolerado las actuaciones realizadas por el administrador de hecho, como es el caso de la SAP de Madrid, de 26 noviembre de 2010<sup>172</sup>.

### 4.3 Conclusiones sobre el presente apartado

Así pues, y en la línea de la mayoría de la doctrina, debe entenderse que el administrador de hecho es aquel sujeto que, sin cumplir con las formalidades y requisitos debidos para ser administrador de derecho, ejerce, de forma directa o indirecta, continuada y con autonomía, actividades positivas de gestión determinadamente influyentes en el devenir de una sociedad que no impide su intervención.

---

<sup>169</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 78.

<sup>170</sup> PERDICES HUETOS, Antonio. “*Significado actual del administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 282. Apunta, como supuesto práctico, que existe tolerancia cuando se reparten dividendos o se celebran juntas sin oposición a la gestión fáctica o, de haberla, ésta no se traduce en un acuerdo de remoción del administrador de hecho en la sede societaria.

<sup>171</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 77.

<sup>172</sup> JUR 2011\63761, FJ. 2º. Operaba una situación de consentimiento en la medida que la actuación del administrador de derecho y el de hecho era consensuada entre ambos de forma reiterada.



## 5. El administrador de hecho notorio u oculto: la gestión directa e indirecta como pretexto de la administración fáctica

### 5.1 Elementos definidores

El apartado anterior ha tratado como puede actuar un administrador de hecho y en este pretexto cabe recordar que la ejecución de los actos de administración puede realizarse directamente o indirectamente. Pero no es, en suma, todo el aspecto que cabe destacar de la actuación del administrador de hecho, pues la distinción entre notorio y oculto o indirecto responde a si el *extraneus* hace constar a los terceros su condición de administrador societario o si, por el contrario, se escuda en otra posición distinta a la de administrador –lo que responde al concepto de administrador oculto de actuación directa- o bien no se muestra en el tráfico empresarial, siendo otros los que aparecen, como meros administradores formales, en la gestión de la sociedad -concepto definidor del administrador oculto en la sombra o de actuación indirecta-<sup>173</sup>.

Mucho se ha discutido acerca de la inclusión o no en el concepto de administrador de hecho en los supuestos de actuación indirecta<sup>174</sup>, pues algunos autores se han pronunciado en contra de su inclusión, tratándolos como un fenómeno separado del concepto de administrador de hecho<sup>175</sup>, pero la doctrina no lo ha estimado como requisito fundamental en la configuración del administrador de hecho, sino una mera distinción en las modalidades de actuación del administrador de hecho y por la que se ha decantado el legislador español<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> GARCÍA-CRUCES, José Antonio. “La calificación...”, ob. cit., pg. 126-129. PERDICES HUETOS, Antonio. “Significado actual de administrador de hecho...”, ob. cit., pg. 282. GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*. Marcial Pons, Madrid (2002), pg. 183.

<sup>174</sup> MARTÍNEZ SANZ, Fernando. “Los administradores responsables” en BELTRÁN, Emilio y ROJO, Ángel. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles, 4ª edición*. Tirant lo Blanch (Valencia), 2011, pg. 74.

<sup>175</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “El administrador de hecho...”, ob. cit., pg. 152, se muestra contraria a una admisión de la administración oculta en la sombra como modalidad de la administración de hecho, pues el administrador de hecho, según su punto de vista, ha de actuar en la dirección societaria en primera persona, descartando la autoría mediata, si bien se ha de hacer responsable a aquel que eluda bajo la gestión societaria en la sombra del mismo modo que se haría con el administrador de hecho.

<sup>176</sup> Así se desprenden dos modalidades de gestión fáctica del art. 236.3 LSC contemplados en el apartado segundo del capítulo 4º de este estudio. En este sentido: ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana. “Relación de grupo y administrador de hecho ...”, ob. cit., pg. 26.

Interesa detenerse en la evolución doctrinal que envuelve el administrador de hecho oculto y, en particular, del administrador oculto indirecto<sup>177</sup>, es decir, aquel que gestiona la sociedad mediante persona interpuesta, quien a su vez recibe órdenes de gestión explícitas del administrador de hecho -lo que en inglés se conoce como *shadow director* y cuya regulación remonta al art. 251 *Companies Act 2006*- configurada a partir del caso *Re Hydrodan (Corby), Ltd.*<sup>178</sup>, como la persona que dicta instrucciones u órdenes bajo las que los administradores de derecho habitualmente actúan<sup>179</sup>, pero para poder hablar de gestión indirecta será necesario, en base a la definición ofrecida, que concurren los requisitos considerados por DÍAZ ECHEGARAY<sup>180</sup>:

- a) La formulación de órdenes de gestión por parte de un tercero realizadas de forma sistemática (el administrador oculto), por lo que no bastará, en concordancia con lo analizado hasta ahora, de intervenciones esporádicas ni meros consejos de dirección como criterio de imputación de responsabilidad;
- b) Dirigidas al órgano de administración debidamente designado;
- c) Cuya actuación obedezca, precisamente, a las órdenes recibidas de la persona que, en la sombra, administra.

Sin ahondar demasiado en la cuestión sobre si se trata o no de un verdadero administrador de hecho o si, por el contrario, es una tipología distinta, la reforma introducida por la Ley 31/2014 en el art. 236 LSC se ha decantado por una interpretación extensiva del administradora de hecho –entendida como la admisión del administrador que actúa directamente o indirectamente- al reconocer esta forma de gestión societaria, considerando, igual que el legislador británico, que las instrucciones de gestión son susceptibles para la atribución de la condición de administrador de hecho.

## 5.2 La administración oculta: supuestos diversos

---

<sup>177</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 138-139

<sup>178</sup> Se hace eco gran parte de la doctrina, pues la definición que ofrece sobre el administrador de hecho y el administrador oculta es reveladora: LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 73. PERDICES HUETOS, Antonio. “*Significado actual del administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 278.

<sup>179</sup> Es la traducción del contenido del art. 251 de la *Companies Act 2006*, cuyo tenor literal es el siguiente: “*In the Companies Acts “shadow director”, in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act*”.

<sup>180</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 138-139.

En cualquier caso, la gestión *de facto* oculta responde perfectamente a lo que se tiene en consideración como supuestos de administración fáctica sin nombramiento tales como el socio de control, el socio único de la sociedad unipersonal, los apoderados generales o la gestión indirecta en los grupos sociales expuestos en este orden en la SJM de Palma de Mallorca, de 5 de diciembre de 2008<sup>181</sup>, que si bien no son todos los supuestos posibles, son los más frecuentes en la práctica. Otros casos de administración fáctica oculta pueden ser las entidades de crédito, la persona jurídica administradora, el representante de la persona jurídica administradora o, en último término, la administración pública<sup>182</sup>.

En este punto del presente estudio se pretende ahondar en la cuestión relativa a los administradores ocultos, bien cuando actúa directamente o bien por persona interpuesta, partiendo de una serie de supuestos prácticos en los que concurren alguna de estas cuestiones.

### ***5.2.1 El apoderado general como administrador de hecho: cuestiones prácticas***

#### ***a. El apoderado general administrador de hecho en el ordenamiento societario***

Sin ánimo de reiterar cuestiones tratadas en el apartado correspondiente a la independencia como elemento definidor de la administración fáctica, es necesario retomar algunas cuestiones relativas a un supuesto muy habitual en la práctica que constituye administración societaria fáctica, como lo es el apoderado general administrador de hecho<sup>183</sup>. El apoderamiento en abuso de derecho -eso es, falseando la situación real que yace tras éste- un mecanismo más por el cual se trata de eludir la responsabilidad de los administradores, siguiendo la línea causal que fundamenta la existencia de administradores de hecho en el giro societario, otorgando amplios poderes a una persona que, tras la falta de título, ejerce ciertas funciones de administrador<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> AC 2008\361, FJ. 5º.

<sup>182</sup> DÍAZ MARTINEZ, Manuel. “*La calificación del concurso...*”, ob. cit., pg. 124.

<sup>183</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 136.

<sup>184</sup> JUSTE MENCIA, Javier. “*En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores ...*”, ob. cit., pg. 444-445.

Se viene admitiendo que un apoderado general, por su mera condición, no puede ser considerado automáticamente administrador de hecho<sup>185</sup>, pues sus funciones se limitan a realizar parte del objeto social que el órgano de administración le ha delegado mediante un poder (v. SAP de Málaga, de 6 noviembre de 2013<sup>186</sup>; SJM de Alicante, de 30 junio de 2011<sup>187</sup>). Así, tras la condición de apoderado suelen esconderse situaciones diversas como: el socio mayoritario de la sociedad (v. SAP de las Islas Baleares, de 17 enero de 2003<sup>188</sup>) o, si más no, con cierto poder de representación en la sociedad (v. SAP de Zaragoza, de 16 de abril de 2014<sup>189</sup>), así como supuestos típicos en empresas familiares en las que algunos de los padres es socio originario y anterior miembro del órgano de administración en detrimento de alguno de sus hijo, a los que coloca en el órgano de administración, si bien bajo su supervisión mediante un apoderamiento a favor del padre, que es quien realiza efectivamente las actividades de gestión (v. SAP de Valencia, de 31 de enero de 2007<sup>190</sup>).

Pero se trata, en todo caso, de situaciones tipo en las que el mero hecho de que concurren estas condiciones en el apoderamiento no es condición bastante para considerar a esa persona como administradora de hecho (v. STS 8 de febrero de 2008<sup>191</sup>), pues es normal en la práctica societaria la delegación de facultades a directores generales, apoderados o trabajadores (v. SAP de Barcelona, de 5 de febrero de 2014<sup>192</sup>), sino que para ello deberá probarse su condición como titular -único o de

---

<sup>185</sup> MARTÍNEZ SANZ, Fernando. “Los administradores responsables” en BELTRÁN, Emilio y ROJO, Ángel. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 4ª edición. Tirant lo Blanch (Valencia), 2011, pg. 77.

<sup>186</sup> JUR 2014\102027, FJ. 3º.

<sup>187</sup> JUR 2014\240412, FJ. 6º.

<sup>188</sup> JUR 2003\153720, FJ. 3º. Se trata de dos socios a partes iguales que utilizan a un administrador meramente formal con residencia en Argelia y, tras éste, dos apoderamientos amplios respectivos a cada uno de los socios con una intención claramente fraudulenta que no es tenida en consideración en primera instancia, mas sí, con buen criterio, en apelación.

<sup>189</sup> JUR 2014\133246, FJ. 11º. Unión de patrimonios familiares que conforman una sociedad limitada en la que los señores García ostentaban el 21% del capital social. El señor García había sido administrador de la sociedad durante 30 años, cediendo el cargo a su hija. No había una distinción real entre la función de gerente y la de administrador, pues no era posible deslindar la franja que separa una de la otra. En otras palabras, no era posible determinar cuándo se actuaba con la dependencia propia de un apoderado y cuándo con autonomía.

<sup>190</sup> AC 2007\1456, FJ. 2º. Sociedad mercantil constituida a partes iguales por los padres del ahora administrador, quién sigue dependiendo económicamente de éstos. El vínculo determinante es la relación de parentesco, sumado a unos poderes generales cuya amplitud es tal que alcanza las funciones de administrador con total independencia, siendo el administrador de hecho un “administrador pantalla” tras el que se esconde el padre, quien de hecho administra.

<sup>191</sup> RJ 2008\2664, FJ. 5º.

<sup>192</sup> AC 2014\780, FJ. 19º. La sentencia remarca la importancia e insuficiencia de la condición de apoderado o director general a los efectos de responsabilidad a título de administrador de hecho, como

forma conjunta- de la gestión fáctica en base a los requisitos generales del administrador de hecho, con especial relevancia en la independencia como referencia diferencial entre el mero apoderado de aquel que, aparentando tal condición, ejerce en realidad actividades de gestión societaria con autonomía y continuidad<sup>193</sup>, toda vez que -como se ha apuntado en el apartado relativo a la problemática relativa a la asunción de funciones reservadas *ex lege* al administrador de derecho- el apoderado realiza unas funciones concretas en el giro empresarial por expresa delegación del órgano de administración<sup>194</sup>.

### ***b. El apoderado general en la Ley Concursal***

En sede concursal son numerosas las referencias legales en las que el apoderado general - a partir de la Ley 38/2011, 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal<sup>195</sup>- responde de igual forma que los administradores, sean de derecho o de hecho, como por ejemplo en los artículos 48 *ter* LC -relativo al embargo preventivo de bienes y derechos sobre los administradores como medida cautelar- o el 172 *bis* LC -sobre la calificación del concurso-, cuestión que no ha estado exenta de críticas, pues adoptar el embargo preventivo o incluso responsabilizar total o parcialmente al apoderado general, cuando este apoderado ejerce las funciones por las que se le otorgó poder y no actúa como administrador de hecho, parece desmesurado<sup>196</sup>, toda vez que la gran mayoría de resoluciones judiciales de condena relativas a la responsabilidad

---

sigue: “Puesto que en el seno de la sociedad es frecuente la delegación y jerarquización de funciones relacionadas con la gestión, y también con la representación, debe deslindarse la figura del administrador de hecho, por lo menos en el plano teórico, de los representantes voluntarios, los gerentes, directores generales, apoderados, etc., aunque, en la práctica, en ocasiones, no es descartable que bajo la apariencia de un cargo técnico o de un apoderamiento voluntario se oculta, en realidad, el verdadero administrador. En todo caso, para la atribución de tal calificación no es suficiente con constatar que una persona cuenta con poderes otorgados por la sociedad para llevar a cabo actos de administración y representación”, entendiéndose que deben ser analizados los presupuestos necesarios para la atribución de responsabilidad al apoderado general - administrador de hecho.

<sup>193</sup> Remisión al apartado 4.3. A su vez: DÍEZ ECHEGARAY, José Luís. “El administrador...”, ob. cit., pg. 83-84.

<sup>194</sup> MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M<sup>a</sup> del Pilar. “Límites y eficacia del apoderamiento otorgado por el administrador de una sociedad. Estudio de la doctrina jurisprudencial a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2012” en *RdS*, ISSN 1134-7686, N<sup>o</sup> 40, 2013, pg. 392.

<sup>195</sup> BOE, núm. 245, de 11 de octubre de 2011, páginas 106745 a 106801 (57 págs.).

<sup>196</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. “Comentarios al artículo 48 *ter* de la Ley Concursal: el embargo de bienes y derechos de administrador y liquidadores de derecho o de hecho” en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume, SALA REIXACHS, Alberto, MACHADO PLAZAS, José y VILA FLORENA, Pau (Coords). *Proceso concursal*. Bosch, Hospitalet de Llobregat (2013), pg. 317.

concurzal del apoderado general no lo son por su mera condición sino por tratarse de administradores de hecho (v. SAP de A Coruña, de 7 diciembre de 2012<sup>197</sup>).

Todo ello no excluye que parte de la doctrina se muestre partidaria de la inclusión del apoderado general como responsable en la calificación del concurso, aun cuando sobre él no recaiga la condición de administrador de hecho<sup>198</sup>, mas debe considerarse que si el legislador, antes de la reforma, solo consideraba al apoderado general como posible cómplice del concurso culpable en el art. 166 LC, es difícil comprender motivos otros la voluntad de encontrar la tutela del crédito mediante la ampliación a la consideración de que dicha reforma -la inclusión de los apoderados como sujetos responsables del concurso- se hizo pensando en el supuesto típico de administración fáctica -el apoderado como administrador de hecho- y no en una atribución directa de la responsabilidad a los apoderados, como considera MORALEJO<sup>199</sup> y a lo que parece adherirse la SJM de Vigo, de 17 de septiembre de 2013<sup>200</sup> o la SAP de Lleida, de 14 de junio de 2012<sup>201</sup>.

Estos pronunciamientos aventuran una voluntad del legislador que, ciertamente, no viene considerada de forma explícita en la exposición de motivos, considerando que la nueva regulación proveniente de la Ley 38/2011 estableció mediante el art. 172 bis LC, no hace más que recoger un supuesto típico de administración fáctica - el que aquí se enuncia- y que, en todo caso, se trata de invertir la carga de la prueba mediante una presunción legal que, como cualquier otra, admite y debe admitir prueba

---

<sup>197</sup> JUR 2013\40901, FJ. 3º.

<sup>198</sup> MUÑOZ PAREDES, Alfonso. “*La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal*” en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso. *Tratado Judicial de la Insolvencia, Tomo II*. Aranzadi, Cizur Menor (2012), pg. 678-679, refiriéndose a la posible de condenar como responsable de la calificación culpable del concurso al apoderado no administrador de hecho cuando realiza conductas que no están reservadas a los administradores (se entienden como estas las conductas del art. 164.2,1º a 3º y art.165.1º y 3º LC: falta de llevanza o llevanza inexacta y grave de la contabilidad o la falta de depósito de las cuentas en el Registro Mercantil; incumplimiento imputable a la sociedad concursada o, en definitiva; no haber solicitado la declaración del concurso, pues son tareas destinadas al administrador societario, mas no al apoderado), como por ejemplo el alzamiento total o parcial de bienes, la salida fraudulenta de patrimonio o simulación de situación patrimonial en los dos años anteriores a la declaración del concurso, así como la falta de colaboración con el juez y el administrador concursal. También partidaria de esta opción: LATORRE CHINER, Nuria. *El apoderado general en la Ley concursal* en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: nº. 19, 2013, pg. 80.

<sup>199</sup> MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio. “*El ámbito subjetivo del concurso culpable: concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación*” en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. *Insolvencia y responsabilidad*. Aranzadi, Cizur Menor (2012), pg. 79.

<sup>200</sup> AC 2013\1387, FJ. 5º.

<sup>201</sup> JUR 2012/302402, FJ. 5º.

en contrario. Y es que ciertamente eso puede deducirse de la exposición de motivos de la Ley 38/2011 -concretamente en el apartado octavo- cuando se hace referencia a la reforma de la responsabilidad por la liquidación deficitaria mediante el siguiente enunciado: “... *precisar el régimen jurídico de algunos aspectos del concurso. ... y la denominada responsabilidad concursal por el déficit de la liquidación, que se mantiene, aunque con importantes precisiones en su régimen jurídico que tratan de resolver los principales problemas que la aplicación ha suscitado en nuestros tribunales*”, aunque también puede considerarse lo contrario, pues no resulta sencillo aventurar si la dificultad suscitada en los tribunales hace referencia al supuesto del apoderado-administrador de hecho o bien a otros supuestos como el hecho de no poder reputar al apoderado, quien ha causado con dolo o culpa un empeoramiento en la situación patrimonial del deudor, agravando su insolvencia, pero parece arriesgado afirmar que la reforma ha pretendido crear una presunción a título de administrador de hecho en el apoderado general como indican estas resoluciones judiciales, sino que se está ampliando el número de sujetos responsables por la declaración culpable del concurso y por el déficit en la liquidación del mismo, aunque en definitiva se trate de una cuestión aún por resolver.

### ***5.2.2 El socio administrador de hecho***

Ocurre con frecuencia que las sociedades puedan estar organizadas de forma que un socio pueda ostentar una mayoría considerable en el seno societario, siendo titular del mayor número de participaciones con voto de la sociedad, lo que le faculta -en principio en interés de la sociedad- para adoptar decisiones prácticamente de forma unánime en la mayoría de casos<sup>202</sup>. En contraposición a esa situación orgánica en la sociedad mercantil, tampoco es menos frecuente que los socios de control se interpongan en la administración societaria en defensa de sus intereses como socio, excediéndose en su límite de intervención en la gestión sin escudarse en otra posición orgánica de la sociedad como pueda ser la contemplada en el apartado anterior, si bien es cierto que poca doctrina se ha pronunciado al respecto, simplemente considerando este supuesto

---

<sup>202</sup> HERNANDO CEBRIÀ. Luís. *Del socio de control al socio tirano y al abuso de la mayoría en las sociedades de capital* en Revista de Derecho de Sociedades, nº37, 2011, pg. 178.

como un caso probable<sup>203</sup>, bien en una sociedad pluripersonal o unipersonal, en la que el socio mayoritario o único adquieren la condición de administradores de hecho<sup>204</sup>.

La mera condición de socio mayoritario o de control no es pretexto suficiente para considerar a ésta como administrador de hecho, pues es necesario reunir los requisitos exigidos para tal condición<sup>205</sup>, fenómeno que ocurre a menudo vinculado con otras formas de administración fáctica, como el apoderado o gerente administrador de hecho, o bien mediante persona interpuesta, como recoge la SJM de Palma de Mallorca, de 5 de diciembre de 2007<sup>206</sup>, que el socio mayoritario, en condición de tal, tenga una posición privilegiada para determinar el destino societario, por ejemplo mediante la adopción de acuerdos en Junta en los que el resto de socios ha votado en contra, no sería suficiente para considerarlo administrador de hecho, pues lo relevante a estos efectos es la asunción del poder de gestión que recae en los administradores sociales<sup>207</sup>.

### ***5.2.3 La sociedad matriz como administrador de hecho: unidad de gestión vs gestión efectiva***

En el tráfico económico se dan, no con poca frecuencia, situaciones en que la organización societaria se realiza a través de grupos de sociedades, que son uniones sin personalidad jurídica propia, sino que vienen atribuidas a cada miembro del grupo<sup>208</sup>, para cuyo concepto debe aplicarse lo dispuesto en el art. 42 CCo, donde se regula el grupo de sociedades, definido como aquella situación en la que una sociedad (sociedad dominante – matriz) ostenta, directa o indirectamente, el control de otra sociedad (sociedad dominada - filial) con la que conforma el grupo, si bien no es la intención del presente estudio examinar la cuestión de los grupos, sino el régimen de responsabilidad de la sociedad dominante respecto de la sociedad dominada, mecanismo utilizado en no pocas ocasiones de forma fraudulenta para eludir la responsabilidad de la sociedad

---

<sup>203</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. “*El administrador de hecho como eventual...*”, ob. cit., pg. 1022.

<sup>204</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 131.

<sup>205</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 78.

<sup>206</sup> AC 2008\361, FJ. 6º.

<sup>207</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 131.

<sup>208</sup> ESTEBAN RAMOS, Luisa María. “El presupuesto subjetivo del concurso” en *RDCP*, nº 10, 2009, pg. 183.

dominante<sup>209</sup>, para lo que se ha recurrido, en numerosas ocasiones y con mayor frecuencia de la deseada, a la técnica del levantamiento del velo<sup>210</sup>.

Para ello es no obstante necesario destacar una serie de notas definidoras de las relaciones de grupo, pues su dirección se caracteriza por un principio de unidad de gestión o decisión que emana de la sociedad dominante y basado en el seguimiento de unas guías de gestión por las que se vincula el grupo de sociedades<sup>211</sup>. Lo difícil en estos supuestos, como se puede imaginar, es alcanzar un supuesto de administración fáctica en contraposición con la legítima gestión unitaria que engloba y fundamenta el concepto de grupo de sociedades, así como delimitar cuando es el administrador de la sociedad dominante el administrador de hecho<sup>212</sup> y cuando la propia sociedad dominante, sirviéndose tanto del administrador del grupo como del administrador de la filial, pues las consecuencias de que lo sea uno u otro son bien distintas<sup>213</sup>.

Ciertamente, y a falta de un régimen específico de responsabilidad en sede de grupo<sup>214</sup>, trata de incardinarse la misma mediante dos sistemas no excluyentes: la doctrina del administrador de hecho y la extensión del concepto de administrador<sup>215</sup>, pues mientras la primera trata de justificar la aplicación del régimen de responsabilidad de la sociedad matriz por determinar su política de gestión, justificado en el papel que el administrador del grupo tiene en el devenir de las sociedades dominadas<sup>216</sup>, la realidad de la sociedad matriz administradora de hecho, aunque solventa parcialmente el problema de la responsabilidad de la sociedad matriz, conlleva con una serie de inconvenientes de apreciación respecto de la extensión de la doctrina del administrador de hecho a las empresas de grupo, precisamente por la dificultad probatoria inherente a situaciones en

---

<sup>209</sup> TERREROS, Gonzalo. *Grupos de sociedades y concurso de acreedores en ADCo*, nº 18, 2009, pg. 281.

<sup>210</sup> FUENTES NAHARRO, Mónica. “Una aproximación al concepto de administrador de hecho...”, *ob. cit.*, pg. 290.

<sup>211</sup> TERREROS, Gonzalo. “Grupos de sociedades...”, *ob. cit.*, pg. 248. ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana. “Relación de grupo y administrador de hecho ...”, *ob. cit.*, pg. 26.

<sup>212</sup> DÍAZ MARTINEZ, Manuel. “La calificación del concurso...”, *ob. cit.*, pg. 124.

<sup>213</sup> GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la sociedad matriz...*, *ob. cit.*, pg. 184-186.

<sup>214</sup> GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*. Comares, Granada (2001), pg. 397.

<sup>215</sup> RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa y CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. “Responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades” en *RDN*, nº 164, 2004, pg. 18-19. GIRGADO PERANDONES, Pablo. “La empresa de grupo...”, *ob. cit.*, pg. 398-404.

<sup>216</sup> RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa y CANDELARIO MACÍAS. “Responsabilidad de los administradores en los grupos ...”, *ob. cit.*, pg. 19.

las que no sólo se trata de administración de hecho oculta, sino que en muchos casos se hará en la sombra, no apareciendo ante terceros y dictando órdenes de gestión a los administradores de derecho de la sociedad dominada.

Los problemas de la doctrina del administrador de hecho en sociedades de grupo comporta, pues, los siguientes problemas:

- a) La atribución de la condición de administrador de hecho a la sociedad dominante o al órgano de administrador de la sociedad dominante y;
- b) La prueba de la administración indirecta, que se tratará en el último apartado de este trabajo, pero se avanza una mayor complejidad que en los casos de administración de hecho notoria, pues no sólo se debe demostrar la actuación positiva de gestión, sino además la identidad de los administradores de la sociedad dominada –sean de derecho o de hecho- y la actuación continuada en obediencia a las órdenes que emanan del administrador oculto<sup>217</sup>.

Basta observar que en sede de grupos societarios es necesaria una mayor injerencia en la gestión, pues se presume cierto grado de influencia en la gestión, de forma que, conforme al criterio de cierta doctrina<sup>218</sup>, no sería suficiente pretexto para considerar a la sociedad matriz o al órgano de administración de este -según el caso- la injerencia inherente a la relación de grupo, sino que distorsione la base de gestión del grupo<sup>219</sup>, pasando de una unidad de gestión del administrador del grupo a una gestión efectiva por parte de este de todo el grupo societario, incluyendo la administración de las sociedades dominadas<sup>220</sup>, siempre en función del nivel de centralización a que se somete la filial, mayor o menor<sup>221</sup> (v. Auto del JM de Bilbao, de 12 de julio de 2007<sup>222</sup>). Lo mismo cabría decir en la situación del administrador de la sociedad dominante, pues su condición como administrador de grupo comporta la asunción de funciones de dirección específicas al grupo, por lo que no bastará con una mera orden de actuación sin conocimiento de la sociedad dominante, sino que deberá suponer, además, una

---

<sup>217</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 129.

<sup>218</sup> ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana. Ob. cit., pg. 26.

<sup>219</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 85.

<sup>220</sup> ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana. Ob. cit., pg. 26.

<sup>221</sup> GIRGADO PERANDONES, Pablo. “*La responsabilidad de la sociedad matriz...*”, ob. cit., pg. 184.

<sup>222</sup> AC 2007/1688, FJ. 3º.

injerencia indebida en la gestión de las sociedades dominadas, de forma que se asuma la gestión de la sociedad<sup>223</sup>.

#### **5.2.4 El acreedor administrador de hecho: el papel de las entidades de crédito en la gestión societaria**

También es reconocida la situación por la que un acreedor administra de facto una sociedad por la relación derivada del negocio jurídico que les vincula y de la expectativa en la satisfacción del crédito que recae en el acreedor, por cuya mera condición no es bastante para la imputación de responsabilidad<sup>224</sup>, pero de especial relevancia a la regulación del art. 93.2.2º LC introducida por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial<sup>225</sup>, pues reconoce una posibilidad que se aventuraba con el estudio del anteproyecto de Ley Concursal, y no es otra que la de que un acreedor pueda ser administrador de hecho<sup>226</sup>.

La dificultad, en cualquier caso y en un simil con la situación del socio administrador de hecho, recae en la frontera entre los actos inherentes al derecho que el acreedor ostenta contra la sociedad deudora y la extralimitación del acreedor en dichas facultades, hasta el punto de determinar la voluntad social, por lo que deberá demostrarse la asunción del poder de gestión para imputarles responsabilidad, en la tónica observada hasta ahora para la determinación de un supuesto de administración fáctica (v. SJM de Oviedo, de 15 de diciembre de 2006<sup>227</sup>).

---

<sup>223</sup> HERNANDO CEBRIÁ, Luis. “¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo” en *RDM*, nº280, 2011, pg. 157.

<sup>224</sup> FLEISCHER, Holger. “Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit...”, ob. cit., pg. 344. Remarca la dificultad de determinar cuando se produce una injerencia efectiva en la organización interna de la sociedad por parte de la entidad de crédito, determinando su destino, en contraposición con los derechos que ésta ostenta como acreedora, poniendo como muestra los siguientes supuestos: los deberes de inspección e información como muestra del derecho a la tutela de su crédito no constituyen una situación de administración fáctica, mientras que la injerencia en la sociedad cuando se interviene en las oportunidades de negocios de la sociedad deudora, créditos de la cual son gestionados por la entidad de crédito, quien dirige la actuación con los acreedores de la sociedad deudora, modificando condiciones y actuando de forma libre.

<sup>225</sup> BOE, núm. 58, de 8 de marzo de 2014, páginas 21944 a 21964 (21 págs.).

<sup>226</sup> ROJO, Ángel. *La reforma de la legislación concursal*. Marcial Pons, Madrid (2003), pg. 242. Se aventuraba y con acierto el autor al admitir una administración fáctica por parte de las entidades de crédito en sede concursal, siendo esta de aplicación restrictiva por parte de los tribunales.

<sup>227</sup> JUR 2007\368568, FJ. 2º. Es uno de los pocos supuestos en los que se pone de manifiesto el requisito de la tolerancia o el consentimiento de la sociedad en la asunción de la gestión social por parte de una persona ajena al órgano de administración, el cual había cesado tácitamente a favor del acreedor, quien

Especial importancia en sede concursal tiene la relevancia de acreedor administrador de hecho, en tanto que el art. 93.2.2º LC hace una mención especial por la que se pretende excluir del concepto de administrador de hecho al acreedor mayoritario -entendido el acreedor mayoritario como aquel que cumpla las exigencias de la Ley Concursal- que llegó a un acuerdo de refinanciación - si bien la regulación originaria de la Ley 4/2014 fue modificada por la -si bien se amplió el abanico de supuestos en que podía incurrir tal condición con el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social<sup>228</sup>, a los convenios concursales y acuerdos extrajudiciales de pagos- no será considerada, salvo prueba en contrario, administradora de hecho. Se conforma así una presunción *iuris tantum* -si bien de escasa relevancia aunque fundamentada en dar seguridad a las entidades de crédito para alcanzar acuerdos alternativos a la liquidación concursal<sup>229</sup>- pues no se está añadiendo nada nuevo, en cuanto que la condición de administrador de hecho requiere la aportación de prueba por parte de aquel que pretenda demostrar tal condición en el acreedor y, en general, en cualquier persona sobre la que recaiga dicha situación, sea en sede societaria o concursal, como expone el caso que ahora se plantea (v. SAP de Vizcaya, de 4 diciembre de 2013<sup>230</sup>).

Una especial atención merece el papel de las entidades de crédito en la administración *de facto* de las sociedades mercantiles, partiendo de lo anunciado hasta ahora. Igual que sucede con el socio, el acreedor ostenta una posición jurídica bajo la que exigirá el cumplimiento de la obligación que fundamenta la relación entre la sociedad y la entidad de crédito, en resumen, una posición de control, mas no absoluta ni equitativa respecto a

---

gestionaba los pagos a proveedores de la sociedad deudora, tanto los que le beneficiaban como los propios de la sociedad contra la que tenía un crédito

<sup>228</sup> BOE, núm. 51, de 28 de febrero de 2015, páginas 19058 a 19101 (44 págs.).

<sup>229</sup> Así lo expone la exposición de motivos de la Ley 4/2014, configurando la reforma como mecanismo para evitar la liquidación concursal y centrado “...en la mejora del marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación, por constituir una de las áreas estratégicamente más relevantes en la medida en que, fruto del consenso entre el deudor y sus acreedores, pretenden la maximización del valor de los activos, evitando el concurso de la entidad, y la reducción o aplazamiento de los pasivos”, que debe ponerse en relación, a falta de pronunciamiento específico sobre esta cuestión, con el interesante criterio doctrinal dirigido a aplicar de forma restrictiva la doctrina del administrador de hecho a agentes económicos tales como las entidades de crédito, por el temor a una desincentivación a la actividad bancaria cuyos efectos, en tiempos de crisis como el actual, pueden ser desconcertantes, por lo que tal responsabilidad-sanción sólo debe aplicarse cuando de la actuación de la entidad de crédito o del acreedor se ha perjudicado la situación patrimonial del deudor de forma grave. DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 114.

<sup>230</sup> JUR 2007\368568, FJ. 2º.

la posición que ostentaría la entidad de crédito acreedora en la sociedad<sup>231</sup>. Dicho control permite a la entidad configurar su actuación en aras a la protección necesaria al cumplimiento de su derecho crediticio, pero ello no supone una posible injerencia en la gestión social, en cuanto se trata de compeler a la sociedad para que cumpla con sus obligaciones<sup>232</sup> (v. SJM de Madrid, de 3 de junio de 2014<sup>233</sup>), a lo que debe replicar que tendrá la consideración de administrador de hecho cuando se entrometa en los cauces exigidos para el administrador de hecho, en especial con la influencia interna en la gestión societaria, traducida en la injerencia causante de perjuicios para la sociedad mediante la alteración de las condiciones del crédito existente entre estos, la cancelación de pólizas y el mantenimiento de otras con total libertad por parte de la entidad de crédito, lo que pone de manifiesto una actuación de mala fe de la entidad de crédito (SJM de Málaga, de 7 de abril de 2011<sup>234</sup>).

Así, más allá de la necesidad de las facultades de las que el acreedor dispone para tutelar la buena fortuna de su crédito, es determinante la efectiva injerencia en la estructura interna de la sociedad por parte del acreedor como elemento de atribución de la condición de administrador de hecho.

#### ***5.2.5 Vinculación contractual como situación de administración fáctica: la persona jurídica administradora***

Son diversas las formas en que una sociedad puede articular su funcionamiento o incluso constituirse, pues bien puede encargar a una sociedad parte de la gestión societaria -posiblemente amparándose en la dificultad de esa función para personas no especializadas en ese sector- o bien por constituir una sociedad con una base contractual precedente, como suele anteceder en supuestos en los que la constitución societaria responde a una vinculación contractual anterior con una sociedad concesionaria o franquiciadora<sup>235</sup>, o incluso el papel del asesor societario como administrador de hecho<sup>236</sup>. En definitiva, se admite la posibilidad de que una persona jurídica también sea sujeto susceptible de imputación de responsabilidad como administrador de hecho, si

<sup>231</sup> PÉREZ MILLÁN, David. “La subordinación de créditos...”, ob. cit., pg. 157.

<sup>232</sup> LOZANO SAIGÍ, Miriam. “Aproximación jurídica a la figura ...”, ob. cit., pg. 1067.

<sup>233</sup> AC 2014\1430, FJ. 1º.

<sup>234</sup> AC 2011\1917, FJ. 1º.

<sup>235</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “El administrador...”, ob. cit., pg. 114-116.

<sup>236</sup> FLEISCHER, Holger. “Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit...”, ob. cit., pg. 344-345.

bien no debe confundirse esta situación con la expuesta anteriormente relativa al representante del administrador persona jurídica, pues en este caso se imputa directamente dicha condición a la sociedad gerente, asesora o distribuidora<sup>237</sup>

**a. El management agreement y los asesores de la sociedad**

La primera de estas modalidades versa sobre el modelo de administración dual, en el que un órgano de administración se encarga de encomendar parte de la gestión de la sociedad, por motivos diversos, a una sociedad especializada en la gestión de sociedades mediante el contrato de gerencia o gestión, en términos anglosajones, *management agreement*, cuyo alcance dependerá de lo que las partes acuerden. El contrato de *management agreement* versa, a grandes rasgos, en la delegación de actos que comprenden el núcleo principal del objeto social de la sociedad, en condición de gerenciada, encomendada a una sociedad especializada en la gestión societaria, en calidad de gerenciente<sup>238</sup>.

Podríamos aventurar que se trata de otra modalidad de delegación de las facultades del órgano de administración y equiparar el régimen de responsabilidad de los apoderados o directores generales como administradores de hecho a esta modalidad, pues carece el gerenciente de una autonomía plena en la gestión societaria, siendo las actividades de gestión delegadas indicadas por la sociedad gerencia, quien supervisa su gestión, debiendo rendir cuentas periódicamente<sup>239</sup>, pero para ello, como en el caso comentado, es necesaria una injerencia determinante en la posición orgánica de la sociedad, de forma que el mero hecho de haber confiado ciertos elementos de gestión a la gerenciente no es elemento bastante para la imputación de responsabilidad (v. Auto de la AP de Barcelona, de 31 de enero de 2006<sup>240</sup>). Así, en la práctica jurídica se han dado algunos supuestos en los que se ha planteado la posibilidad de imputar responsabilidades al gerenciente como administrador de hecho en base a las funciones que realizaba en base a la estipulación contractual:

---

<sup>237</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. 98-100.

<sup>238</sup> ECHAIZ MORENO, Daniel. *Bases para la moderna concepción del Derecho Empresarial*. Editorial Académica Española (2011), pg. 318.

<sup>239</sup> ECHAIZ MORENO, Daniel. “*Bases para la moderna concepción ...*”, ob. cit., pg. 330-333.

<sup>240</sup> JUR 2009\176679, FJ. 2º. Mismo criterio el seguido por DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 103.

- a) SAP de Valencia, de 14 octubre de 2010<sup>241</sup>, relativo a la delegación en la gestión de un establecimiento hotelero, en la que se desestima la falta de condición de administrador de hecho de la gerenciente por estar sometida al control de la gestión de la sociedad gerenciada;
- b) SJM de Murcia, de 29 abril de 2010<sup>242</sup>, caso idéntico al anterior, en el que en base contractual se acuerdo un ámbito de actuación en la gestión del gerenciente muy amplio<sup>243</sup>, que supone el eclipse del órgano de administración en detrimento de la sociedad gerenciente, quien efectivamente administra.

Misma suerte debe correr el asesor de la sociedad -piénsese en un abogado o en un asesor financiero-, pues a veces se pretende considerar a éste como administrador de hecho cuando, vinculación contractual mediante, un tercero -ajeno o no a la sociedad- realiza ciertas actividades de gestión de la sociedad, basándose el demandante como hecho revelador la amplitud de facultades delegadas a estos, como se planteó en el caso resuelto por la SJM de Santander, de 18 de octubre de 2006<sup>244</sup>, en el que el prestador de los servicios tiene amplias funciones en la gestión societaria, mas solamente en la esfera de los actos de gestión, pues de los actos de gobierno se encargaba la administradora de derecho de la sociedad y de los de gestión el gerenciente asesor supervisados por el órgano de administración contratante.

De estas afirmaciones se puede concluir con que el asesor de la sociedad, en la vertiente estricta en base a un arrendamiento de servicios, bien en base a un contrato de gerencia,

---

<sup>241</sup> JUR 2011\43176, FJ.1º.

<sup>242</sup> AC 2010\1021, FJ. 4º.

<sup>243</sup> Entre ellas, las siguientes: a) ejercicio del poder de dirección frente al personal laboral de la concursada, al que podía contratar y despedir, dirigirlo en todos los aspectos, fijarle salario y las condiciones de trabajo; b) el manejo de los fondos y cuentas bancarias asociadas con la explotación del complejo hotelero; c) nombrar y destituir a Director General de la concursada; d) gerenciar el hotel y sus instalaciones auxiliares; e) arrendar u otorgar concesiones sobre los locales y espacios hoteleros; f) dictar la política comercial del establecimiento; g) la llevanza del giro y tráfico del establecimiento h) contraer deudas y obligaciones con terceros en nombre de la sociedad, como mandataria de ésta y; i) teneduría y llevanza de los libros de contabilidad. En una relación común de *management*, la gerenciente suele centrarse, como en el caso de las siguientes resoluciones judiciales, en algunos aspectos concretos de la gestión societaria como la asistencia técnica en la administración societaria (SAP de las Islas Baleares, de 20 de marzo de 2014 [JUR 2014\118680], FJ. 1º; STSJ del País Vasco, de 15 enero de 1999 [JT 1999\630, FJ. 2º.], hasta la gestión y explotación en sentido amplio (STS de 30 abril de 2015 [RJ 2015\1721], FJ. 2º.).

<sup>244</sup> AC 2007\1752, FJ. 6º. El contrato, aunque las partes lo consideren un arrendamiento de servicios, parece esconder otro tipo contractual como es el referenciado hasta ahora, pero resulta de interés como se plantea la posición jurídica del asesor a los efectos de responsabilidad societaria y los requisitos que debe reunir, y en especial la falta de dependencia respecto a la sociedad contratante.

puede regir un sistema de responsabilidad similar al de los directores generales y apoderados precisamente por la concurrencia de supuestos idénticos: la injerencia determinante en la organización interna de la sociedad en total autonomía, pues supuestos contrarios, algunos apreciados y otros ya resueltos por la doctrina.

***b. El contrato de distribución en exclusiva, concesión y franquicia: breve apunte***

Siguiendo una línea argumental similar a la observada en los contratos de *management*, es posible incardinar situaciones de administración fáctica a contratos basados en la dependencia de un distribuidor del que depende la recepción de bienes objeto de venta, en especial en aquellos supuestos en los que el franquiciado u concesionario reciben productos que están obligados a adquirir -previo pago- a la compañía franquiciadora o distribuidora, pudiendo suponer una mala gestión de la sociedad no deseada por el concesionario u franquiciado y, por ende, una intromisión en la forma de gestión la sociedad<sup>245</sup>.

El efecto determinante del franquiciador o distribuidor como administrador de hecho es doble, como se puede apreciar en la STS de 7 mayo de 2007<sup>246</sup>: por un lado, la gestión indirecta, pues se dan órdenes de gestión al franquiciado o concesionario para que éstos las lleven a cabo; por otro y vinculado con el primero, la influencia interna en la administración societaria como elemento definidor de la asunción fáctica de la sociedad<sup>247</sup>.

***5.2.6 El representante de la persona jurídica administradora como administrador de hecho***

Otra modalidad que ha traído problemas en cuanto a conducta fraudulenta se refiere es la siguiente: una sociedad (sociedad A, S.L.U.), generalmente la matriz, constituye otra sociedad fruto de una operación financiera orquestada por ésta (sociedad B, S.L.)

---

<sup>245</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 115-116.

<sup>246</sup> RJ 2007\3405, FJ. 4º. La sociedad franquiciadora paga los suministros a la sociedad proveedora de la franquiciada en su lugar, consideración que el Juez ha tenido por suficiente para imputar responsabilidad a la franquiciadora como administrador de hecho.

<sup>247</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 116.

-piénsese en un caso de escisión parcial o de constitución de una nueva sociedad participada mayoritariamente por la sociedad matriz- y en la que se nombra administrador a la sociedad C, S.L., una sociedad con un capital social irrisorio - el mínimo legal- y prácticamente insolvente -situación de pérdidas en los últimos años-, cuya participación mayoritaria corresponde a los hijos del socio mayoritario de la sociedad A, todos en situación de dependencia económica. Como representante de la sociedad C se nombra al padre de los socios, es decir, el socio mayoritario de las sociedades A, S.L.U. y B, S.L.

El mero planteamiento del caso ya plantea serias dudas de transparencia y esto es lo que se trata de resolver en este apartado, el papel del representante de la persona jurídica administradora como posible objeto de responsabilidad por la calidad de administrador de hecho, pero ciertamente no hay demasiados problemas en imputar responsabilidad al representante de la persona jurídica en supuestos como el planteado, pues la relación entre sociedades y patrimonios convergentes en cada una de ellas proporciona unos indicios razonables de responsabilidad por administrador de hecho a la persona que, amparándose en una forma legal de administrar, trata de evitar el régimen de responsabilidad propio de los administradores de derecho.

Ha sido una cuestión discutida en otros países, en los que se ha llegado a plantear la necesidad de prohibir la administración a las personas jurídicas, mas esa no es la opción del legislador español, pues reconoce tal posibilidad desde la vigencia del RRM -concretamente en el art. 143 RRM- y posteriormente tras la sanción de la Ley 25/2011<sup>248</sup>, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas -que introduce el art. 212 *bis* LSC, donde se regula la persona jurídica administradora- partidario del mantenimiento de esta modalidad de gestión, especialmente si se tiene en cuenta que, pudiendo haber optado por esta opción, se ha modificado el art. 236 LSC añadiendo un apartado específico a la responsabilidad de la administración realizada por persona jurídica, hecho que viene a reafirmar la postura del legislador, partidario de tal opción.

---

<sup>248</sup> BOE, núm. 184, de 2 de agosto de 2011, páginas 87462 a 87477 (16 págs.).

Aprovechando tal referencia, un debate abierto durante muchos años era el relativo al régimen de responsabilidad que debía incurrir en el representante de la persona jurídica que, de hecho, administraba la sociedad con autonomía de la sociedad administradora, pues se abogaba por múltiples opciones a las que no se va a entrar, pero si es necesario remarcar que la reforma del art. 236 LSC ha comportado el fin de un debate doctrinal en el que se exigía, con frecuencia, extender el régimen de responsabilidad a los representantes de la persona jurídica mediante un sistema de responsabilidad solidaria entre la persona jurídica administradora y el representante de esta<sup>249</sup>, petición que ha sido atendida por el legislador en la sanción de la Ley 31/2014<sup>250</sup>, sin perjuicio de las causas de exoneración que puedan dar lugar en sede societaria y que el representante de la persona jurídica, en la medida que la nueva redacción del art. 236.5 LSC le equipara en deberes y obligaciones al administrador de derecho, puede alegar las mismas causas de exoneración<sup>251</sup> que éste último y cuya prueba deberá acreditar, debido a la inversión de la carga de la prueba ex art. 236.2 LSC.

Se ha mantenido por la doctrina que el representante de la persona jurídica administradora es un estadio más cercano a la administración de derecho que a la de hecho<sup>252</sup>, criterio que parece compartirse con la reforma del art. 236 LSC, en especial por considerar que hay un formalismo que debe ser respetado en el momento de nombrar como administradora a una persona jurídica que no es otro que la designación de una persona física como representante, siquiera sin ser administradora y sí

---

<sup>249</sup> MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *Los administradores responsables* en BELTRÁN, Emilio y ROJO, Ángel. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 4ª edición. Tirant lo Blanch (Valencia), 2011, pg. 81, previendo otras posibilidades de atribución de responsabilidad al representante de la persona jurídica

<sup>250</sup> En particular, con esta redacción: “*La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador*”.

<sup>251</sup> Cuestión polémica hasta ahora, sin duda, han sido las opiniones respecto a la exoneración del representante de la persona jurídica administradora, en cuanto las posturas eran tendientes a entender que el hecho de obedecer órdenes por parte del representante es causa de exoneración total: MARTÍNEZ SANZ, Fernando. “Los administradores responsables” en BELTRÁN, Emilio y ROJO, Ángel. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 4ª edición. Tirant lo Blanch (Valencia), 2011, pg. 81; o parcial, en solidaridad con la persona jurídica administrada, solución que parece responder mejor a la lógica expuesta hasta ahora respecto de la responsabilidad del órgano de administración y de la sociedad respecto de la actuación del administrador de hecho, en cuanto la sociedad, en este caso, está obligada a vigilar las actuaciones de aquel que la representa y por cuya omisión ha de responder también la sociedad: RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel. “La responsabilidad del representante del administrador persona jurídica en el concurso culpable” en *ADCo*, nº 30, 2013, pg. 176.

<sup>252</sup> RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel. “*El representante del administrador...*”, ob. cit., pg. 47.

representante, ese formalismo la vincula a la sociedad y a terceros, pues ha de constar simultáneamente con el nombramiento de la persona jurídica administradora por mandato del art. 236 LSC -sobre la obligación de designación- y 143 RRM -sobre la inadmisión de la inscripción de la sociedad en tanto no conste la designación de representante realizada por el administrador persona jurídica designado (v. RDGRN de 11 marzo 1991<sup>253</sup>)-, reiterando la falta de cualquier formalismo como elemento identificador de la administración fáctica, aun cuando podría entenderse, a su vez, que la falta de institución como administrador de derecho del representante fuese, precisamente, la muestra de un supuesto de administración fáctica, criterio que no es compartido en este estudio por las razones expuestas.

Caso distinto es que una sociedad administradora se haya constituido como pantalla para eludir la responsabilidad del representante de la misma, quien *de facto* dirige la sociedad. La cuestión principal, sin embargo, es poder atribuir la condición de administrador de hecho a la persona que representa a la persona jurídica administradora, existiendo un caso referente en el ordenamiento comparado -concretamente el anglosajón con el caso *Paycheck*- que puede servir de referencia para entender cuándo aplicar el levantamiento del velo y cuándo la doctrina del administrador de hecho en estos supuestos, si bien advirtiendo que no es una cuestión simple y no exenta de problemas prácticos, en cuanto la actividad fraudulenta es latente en muchos de los supuestos.

El caso *Paycheck* se puede estructurar, a grandes rasgos, del siguiente modo<sup>254</sup>: la sociedad *Paycheck Services*, constituida y administrada por el señora y la señora *Holland*, decide estructurar su sociedad mediante un holding formado por 42 sociedades participadas por trabajadores -quienes carecen de representación política en la sociedad, pues sus participaciones carecen de voto- y ellos mismos -quienes conforman la voluntad de cada una de las sociedades- mediante otra sociedad participada por ellos (*Paycheck Services Trustee, Ltd*). Cada una de estas 42 sociedades está administrada

---

<sup>253</sup> RJ 1991\2534, FJ. 3º, que indica dichos extremos en el sentido de que no puede dejarse a la voluntad de la sociedad administrada la decisión de designar al representante del órgano de administración persona jurídica, sino que ese deber recae, precisamente, en el órgano de administración de la sociedad nombrada administradora.

<sup>254</sup> LUCAS MARTÍN, Elisa Pilar. “Una reciente revisión del concepto de "administrador de hecho" en el Derecho Británico” en *RDBB*, nº 122, 2011, pg. 260-261.

por una persona jurídica constituida por los señores *Holland (Paycheck Directors)*, cuyo secretario es también otra sociedad idéntica a la anterior (*Paycheck Secretarial*).

Tras este supuesto, ciertamente complejo, se esconde la voluntad de obtener ventajas fiscales (en concreto, un tipo impositivo menor al ordinario de haberse constituido como sociedad única) trató de identificar a los señores *Holland* como administradores de hecho por no haber procedido a la disolución y liquidación del holding, pues la entidad fiscalizadora británica (HMRC<sup>255</sup>), si bien había admitido inicialmente la legalidad de dicha relación de grupo, posteriormente se hizo atrás e instó a su disolución, actuación que no sólo no se produjo sino que el órgano de administración accedió al reparto de dividendos, por lo que la HMRC los considera administradores de hecho de todas las sociedades escindidas de la matriz. La resolución del caso en el Reino Unido acabó por desestimar la condición de administradores de hecho de los señores *Holland*, solución criticada por la doctrina comparada pues a la luz de los hechos era evidente al menos se podría haber argumentado la condición de administradores de hecho de estas personas y que tal resolución supondría una puerta abierta al uso de personas jurídicas como administradores de sociedades para eximir de responsabilidad a los administradores en el Reino Unido<sup>256</sup>.

Cómo se resolvería un supuesto similar en base al ordenamiento jurídico español es una cuestión de difícil respuesta, pues el caso, si bien se presume fraudulento, también suscita dudas en si tal actuación es susceptible de considerarse en fraude de ley, pues nada impide constituir semejante entramado, aun cuando por complejo sea de difícil comprensión. La cuestión esencial es, sin duda, si el uso de la persona jurídica obedece a razones fraudulentas o si, por el contrario, el entramado empresarial es suficientemente autónomo en su funcionamiento, pero por el contrario trata de esconderse la condición de administradores de hecho de los socios de la sociedad matriz: de entenderse el fin fraudulento del entramado empresarial, la técnica a aplicar es el levantamiento del velo como sistema de atribución de responsabilidad a los

---

<sup>255</sup> *Her Majesty's Revenue & Customs* (HMRC) es el equivalente británico a la Administración Estatal de la Agencia Tributaria española.

<sup>256</sup> LIAN YAP, Ji. "De facto directors and corporate directorships" en *JBL*, nº. 7, 2012, pg. 580, apuntando que esta modalidad de gestión societaria ha sido prohibida en países como Australia, Canadá, Nueva Zelanda o Malasia, mientras en otros países como Singapur o Hong Kong o ha sido parcialmente prohibida o se ha planteado su prohibición.

señores *Holland*<sup>257</sup>; por el contrario, la existencia de dudas sobre su fin fraudulento puede llevar a intentar aplicar la doctrina del administrador de hecho, por cuanto de forma oculta se pretende administrar sociedades tras el amparo de una sociedad administradora cuya dirección y destino viene predeterminada por las directrices de los socios de la sociedad matriz, pero para ello deberá demostrarse la existencia de una actividad positiva de gestión, autónoma, independiente y consentida por la sociedad administrada de forma fáctica<sup>258</sup>.

Sin ánimo de resolver este caso y aunque de la exposición del caso se pueda estimar un uso fraudulento de la persona jurídica como mecanismo para eludir obligaciones legales que comporte el levantamiento del velo societario, la frontera entre una y otra ha sido determinada en este sentido, pues la ausencia de fraude en el uso de la persona jurídica no afecta a otros supuestos en los que sólo trata de ocultarse al administrador efectivo de la sociedad tras la mampara jurídica que supone la constitución de una sociedad que hace la veces de administradora de derecho de otra sociedad, normalmente con el indicio de una participación mayoritaria del representante en la sociedad matriz de la que emana el administrador persona jurídica.

### **5.2.7 La administración pública como administrador de hecho**

La intervención del sector público en la vida empresarial y económica no es un hecho que escape al conocimiento del ciudadano medio, y a pesar del contexto económico actual, el abandono paulatino de estas prácticas<sup>259</sup> y del debate sobre la utilidad de este mecanismo<sup>260</sup>, es un hecho incuestionable que el Estado -entendido aquí como toda forma de gobierno, sea de base estatal, autonómica o local- participa en el fomento de la actividad económica, cuestión que puede traducirse en una gestión directa -como prestataria de los servicios públicos- o en una gestión indirecta -a través de otros organismos regulados en el ordenamiento administrativo-.

---

<sup>257</sup> HERNANDO CEBRIÁ, Luis. “¿Sociedad dominante administradora de hecho?...”, ob. cit., pg. 166.

<sup>258</sup> RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel. “El representante del administrador...”, ob. cit., pg. 45-46.

<sup>259</sup> Noticia sobre la supresión de empresas públicas. Disponible en Europa Press: <http://www.europapress.es/illes-balears/noticia-baleares-eliminado-104-entes-empresas-publicas-2012-112-mas-previsto-20150203111603.html> Consulta: 15 de julio de 2015.

<sup>260</sup> Sobre la rentabilidad de las empresas públicas. Disponible en El Confidencial: [http://www.elconfidencial.com/economia/2012-04-05/las-empresas-publicas-adif-renfe-aena-puertos-acumulan-60-000-millones-de-deuda\\_248681/](http://www.elconfidencial.com/economia/2012-04-05/las-empresas-publicas-adif-renfe-aena-puertos-acumulan-60-000-millones-de-deuda_248681/) Consulta: 18 de julio de 2015.

Cuando se menciona a la administración pública como administradora de hecho, se hace referencia a la posible imputación de responsabilidad a sociedades públicas y entidades públicas empresariales (en adelante se hará mención de forma indistinta a unas u otras, si es preciso, con la referencia “*empresas públicas*”), una vez superado el debate relativo a la capacidad de la persona jurídico-privada como sujeto susceptible de ser considerado administrador de hecho<sup>261</sup>, también debe admitirse el debate sobre esta cuestión en personas jurídico-públicas de configuración privada -empresas públicas- comprendiendo por tales las definidas por el art. 53 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado<sup>262</sup> o las sociedades estatales y las reguladas según lo dispuesto en el art. 166.1, c) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas<sup>263</sup>, configurando sociedades mercantiles públicas aquellas cuyo capital esté, íntegramente o mayoritariamente -es decir, representando por lo menos un 51% del capital social-, en manos de la administración pública o, por el contrario, de capital mixto pero con el capital mayoritario titularidad del ente administrativo correspondiente -ya sean de creación por un ente estatal, autonómico o local<sup>264</sup>-, y se configuran como sociedades sujetas a Derecho privado *ex art. 53.1 LOFAGE*<sup>265</sup>.

Es una opción contemplada por diversos autores<sup>266</sup> y recurrida con frecuencia por los administradores de las empresas públicas que quieren eximir su responsabilidad alegando una influencia determinante en su gestión por parte de la administración pública<sup>267</sup>, si bien no muy consolidada, pues a la dificultad inherente de la prueba del

---

<sup>261</sup> Véase apartado 5.2.5.

<sup>262</sup> BOE, núm. 90, de 15 de abril de 1997.

<sup>263</sup> BOE, núm. 264, de 4 de noviembre de 2003, páginas 38924 a 38967 (44 págs.)

<sup>264</sup> Sin ánimo de extender demasiado el régimen jurídico de las empresas públicas, dedica una especial atención a esta cuestión: BERMEJO VERA, José. “El sector público económico” en BERMEJO MORA, José (Dir.). *Derecho Administrativo, parte especial (7ª edición)*. Aranzadi, Cizur Menor (2009), pg. 961-981.

<sup>265</sup> Para resumir la cuestión, las empresas públicas son empresa regidas, con particularidades, por las entidades públicas empresariales son organismos dependientes de la administración (Art. 43.1 y 43.3 LOFAGE) cuya finalidad es la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público de los que se puede obtener una contraprestación -en definitiva, que pueden ser comercializados-; las sociedades mercantiles públicas, por el contrario, no basan su relación en la dependencia con ésta, pero es quien ostenta, directa o indirectamente, la mayoría del capital social. BERMEJO MORA, José (Dir.). “*Derecho Administrativo...*”, *ob. cit.*, pg. 973-975.

<sup>266</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “*El administrador...*”, *ob. cit.*, pg. 104-106; DÍAZ MARTINEZ, Manuel. “*La calificación del concurso...*”, *ob. cit.*, pg. 124.

<sup>267</sup> MUÑOZ GIL, Carlos. “Responsabilidad de los administradores de hecho y de derecho de las sociedades públicas” en *Diario La Ley*, nº4, 2014, pg. 1147.

administrador de hecho deben añadirse ciertas normas de funcionamiento especial de las empresas públicas, pues se les permite un mayor grado de injerencia por parte del legislador<sup>268</sup>, facultad traducida en el deber conforme a ejemplos como los previstos en el art. 53.2 LOFAGE o en el art. 178 LPAP, en los cuales se limitan facultades a los órganos societarios en detrimento de la Ley, provisiones estatutarias o potestades administrativas, así como una injerencia justificada por razones de urgencia<sup>269</sup>, lo que viene a reconocer la posibilidad de que los gobiernos de las administración estatal, autonómica o local, si bien puntualmente, puedan inmiscuirse en el quehacer de las empresas cuando concurren causas justificadoras<sup>270</sup>, lo que no es menester para que se puedan plantear supuestos en los cuáles pueda incurrir: a) la empresa pública como administradora de hecho o; b) la Administración como administradora de hecho

#### ***a. La empresa pública como administradora de hecho***

El primer supuesto es el más habitual en la escasa doctrina jurisprudencial, en cuanto una entidad pública empresarial -sea recordado, aquel organismo participado íntegramente por la administración pública cuya regulación está sujeta a derecho privado, gestionado de forma autónoma por su órgano de administración pero encuadradas en el organigrama de la administración pública- es la que se encarga de gestionar ciertos ámbitos de sociedades de relativa importancia en el sector financiero.

El caso más sonado puede ser el planteado en el artículo de VÁZQUEZ LÉPINETTE<sup>271</sup>, repasando el contenido de la SAP de Vizcaya, de 17 de septiembre de 2013<sup>272</sup>, en el que se plantea, en sede concursal, la subordinación de los créditos de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (en adelante, SEPI) y de COFIVACASA, S.A.U, sociedad participada íntegramente por la SEPI por la injerencia indebida en la gestión societaria de la concursada BABCOCK POWER ESPAÑA, S.A (en adelante, BPE), por lo que es necesario reconstruir la relación de control -pues el

---

<sup>268</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 104.

<sup>269</sup> Puede apreciarse una causa de exención de la responsabilidad en estos casos en el art. 179 LPAP y que resulta indiciaria de algún supuesto legal de administración fáctica. En este sentido: MUÑOZ GIL, Carlos. “*Responsabilidad de los administradores de hecho y de derecho...*”, ob. cit., pg. 1148.

<sup>270</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 104.

<sup>271</sup> VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás. “Calificación concursal subordinada del administrador de hecho. Especial referencia a las administraciones públicas (comentario a la SAP Vizcaya de 17 de septiembre de 2013)” en *RDCP*, n.º. 20, 2014, pg. 323-326.

<sup>272</sup> JUR 2014\149338, FJ. 2º.

caso contiene otras cuestiones irrelevantes a estos efectos- para poder determinar en base a que forma de administrador de hecho puede encajar la actuación de la empresa pública en este supuesto, siendo criticable la estructura en la que la SAP de Vizcaya, de 17 de septiembre de 2013, los expone.

- En el año 1997, la sociedad BABCOCK WILCOX ESPAÑOLA, S.A. (en adelante, BWE) era una sociedad pública cuyo capital social era ostentado en su totalidad por la SEPI, que tenía por finalidad última privatizarla;
- En la fase de preparación de la privatización, a principios de 2001 (22/02/2001), la SEPI llega a un acuerdo socio-laboral con los sindicatos representativos (Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores) cuyo objetivo era garantizar la estabilidad del empleo de los trabajadores de BWE que pasaban a la posteriormente escindida BME;
- Meses más tarde (03/10/2001) se hace efectiva la escisión de BWE, creando una nueva sociedad denominada BABCOCK MONTAJES SA (en adelante, BME) y vendió todas sus participaciones en BME a la sociedad BABCOCK BORSIG ESPAÑA (en adelante BBE) al grupo alemán BABCOCK BORSIG POWER (en adelante, BBP);

De esta operación de escisión resulta que SEPI mantiene su participación absoluta en BWE, mientras que de las acciones de la sociedad escindida BBE se hace cargo BBP.

- BBE pasa a formar parte del grupo alemán BBP, cambiando su denominación por BABCOCK POWER ESPAÑA, S.A. (en adelante, BPE);
- En la segregación y posterior adquisición del total de participaciones de BME se mantiene en vigor el acuerdo socio-laboral firmado por la SEPI;
- Un año después de su adquisición (finales de 2002), el grupo alemán BBP es declarado en quiebra, arrastrando a BPE y se inicia un procedimiento de venta que deriva en de la misma por el grupo austriaco A-TEC;
- En los meses anteriores al acuerdo de compraventa (19/12/2003), se suscribe un nuevo acuerdo regulador de las obligaciones de todas las partes intervinientes:

- a) BPE como transmitente;
- b) BWE como sociedad vinculada a BPE;

- c) A-TEC como adquirente y;
- d) La SEPI como garante de las condiciones laborales de los trabajadores del grupo BWE.

- En junio de 2006, la SEPI transmite el paquete de acciones que tenía en BWE a la sociedad Comercial Financiera Vasco Castellana, S.A. (en adelante, COFIVACASA), que a su vez es participada en su totalidad por la SEPI;
- A fecha de 19 de diciembre de 2008, se suscribe entre BPE y la SEPI, COFIVACASA y A-TEC un acuerdo de medidas complementarias respecto del acuerdo de 19 de diciembre de 2003, en el que se imponen una serie de medidas restrictivas a la gestión social de BPE<sup>273</sup> que deberán ser supervisadas por las otras partes acordantes y que comporta una limitación exhaustiva de las competencias del órgano de administración de BPE y cuya vigencia debería haberse extendido durante tres años a contar desde la fecha del acuerdo;
- En septiembre de 2010, COFIVACASA absorbe a la sociedad BWE, de la que ya era titular de un número considerable de acciones transmitidas en 2006 por la SEPI;
- Meses después, a finales de 2010, el órgano de administración de BPE solicita la declaración voluntaria del concurso.

Presentado el supuesto de hecho de la mejor manera posible, se puede destacar que la sociedad BPE tenía un único socio (A-TEC), estaba fuertemente ligada a la SEPI y a COFIVACASA respecto de los acuerdos alcanzados tanto antes como después de la adquisición de BPE por parte de A-TEC y que ni la SEPI ni COFIVACASA son socios de BPE desde 2003, como resultado de la escisión parcial.

---

<sup>273</sup> VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás. “*Calificación concursal subordinada del administrador de hecho ...*”, ob. cit., pg. 323-324. En particular, las siguientes: 1) Destinar los fondos que aporten SEPI y BWE a las finalidades previstas; 2) No distribuir dividendos y no realizar operaciones que impliquen gastos o desembolsos no correspondientes a operaciones comerciales; 3) Mantener la plantilla de trabajadores fijos; 4) No transmitir participaciones del capital social que impliquen pérdida de posición del Grupo A-TEC y AEE como socio mayoritario y de control de BPE; 5) Autorización previa para inicial cualquier proceso de fusión, escisión, cesión global de activos y pasivos; 6) Mantenimiento de fondos propios y patrimonio neto de la compañía; 7) Mantener la sede social y el centro productivo en España; 8) Prestar el soporte financiero necesario para el desarrollo de su actividad industrial; 9) Proporcional el soporte de las redes comerciales y de compras del Grupo A-TEC; 10) Realizar inversiones previstas por importe de 9,3 millones de euros; 11) Prohibición de transmisiones y gravámenes de bienes inmuebles sin autorización previa el SEPI, y 12) Aportar información al SEPI.

Así pues, la determinación de la condición de administrador de hecho puede plantearse no desde la perspectiva del socio de control o mayoritario, como confirma el Juez de Apelación en la SAP de Vizcaya, de 17 de septiembre de 2013<sup>274</sup>, sino en base al papel que la SEPI y COFIVASA/BWE ejercen como controladoras de la sociedad, en un paralelismo latente con los casos contemplados en el apartado de la persona jurídico-privada administradora de hecho<sup>275</sup>, pues no es sólo la injerencia debida -en este caso por disposición legal- sino por el exceso en la misma en cumplimiento con los requisitos ordinarios para la aplicación de la doctrina del administrador de hecho -actividad positiva, continuada, autónoma y consentida de gestión-, de forma que desvirtúa el papel del órgano de administración de la sociedad, en este caso concursada, razón por la que debe considerarse el planteamiento del Juez en apelación como acertado.

Algún autor de la doctrina administrativista ha tratado de explicar el fenómeno del administrador de hecho en el ámbito de las empresas públicas, intentando englobar una serie de supuestos tipo perfectamente admisibles en la relación que las empresas públicas pueden tener en sociedades intervenidas por esta de algún modo u otro, pero no debe escapar que si se aprecian relaciones de administrador de hecho basadas en el control efectivo de la sociedad – es decir, el socio de control, sea en sociedades individualmente entendidas o en relación de grupo- o en la ocultación de la condición de administrador por medio de apoderamientos<sup>276</sup>, no lo es menos que puedan plantearse otras situaciones como la del presente caso, en la que se subordina el crédito concursal de ambas sociedades por su injerencia en las funciones de gestión pero con una vinculación contractual –entiéndase aquí los acuerdo alcanzados- que acercan el supuesto al de la persona jurídica administradora de hecho en base a una relación asimilable, con las salvedades del caso, a la de los contratos de gerencia o *management* vistos en el capítulo correspondiente a esta cuestión<sup>277</sup>.

En cualquier caso, lo que se pretende es, hasta ahora, hacer extensible la responsabilidad en sede de administrador de hecho a las empresas públicas, pues en la

---

<sup>274</sup> JUR 2014\149338, FJ. 3º.

<sup>275</sup> Apartado 5.2.5.

<sup>276</sup> ALMONACID LAMELAS, Víctor. “Las sociedades municipales: régimen jurídico” en ALMONACID LAMELAS, Víctor. *Entidades públicas y privadas vinculadas a la administración local*. Bosch, Barcelona (2008), pg. 389-398.

<sup>277</sup> Véase apartado 5.2.6., a. del presente estudio.

medida que son empresas sujetas, en todo caso y con las excepciones vistas, al Derecho privado, nada exime, por tanto, a que sean consideradas como administrador de hecho.

***b. La Administración como administradora de hecho***

Situación distinta a la planteada es la que plantea DÍAZ ECHEGARAY y con la que se ha iniciado este apartado: los órganos de gobierno estatales, locales y autonómicos como administradores de hecho.

La cuestión no es pacífica, pues se advierte del reiterado abuso de poder de los órganos de gobierno de los cuales depende o está participada mayoritariamente la empresa pública<sup>278</sup>, por lo que se pretende imputar responsabilidad a la administración -en particular a los representantes de la misma- normalmente por ostentar una posición de control como socio mayoritario, a lo que debe retomarse lo examinado hasta ahora en el apartado del socio de control, si bien confirmando, en la medida que se admitió a trámite -y se desestimó tanto en primera instancia (V. SJM de Palma de Mallorca, de 13 de noviembre de 2013<sup>279</sup>) como en segunda (V. SAP de las Islas Baleares, de 28 de octubre de 2014<sup>280</sup>)-, en sede concursal, demanda en la que se exigía -entre otras cosas- responsabilidad al *Consell Insular de Mallorca* por considerar la demandante que era administradora de hecho -si bien oculto e indirecto- de la sociedad concursada, puede también admitirse que es posible la estimación de una demanda en esta dirección dado que:

---

<sup>278</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 105.

<sup>279</sup> AC 2013\2281, FJ. 11º. El informe del administrador concursal concluye que el *Consell Insular de Mallorca* es administrador de hecho por, entre otras razones: ser socio único de la sociedad; la celebración de Junta en la sede del *Consell Insular de Mallorca*; aportar dinero a la sociedad mediante subvenciones o; ordenar el cese de la actividad económica. La resolución de este apartado es contundente, pues se desestiman todos los motivos alegados por no ser justificable la mera condición de socio único o, sobre todo, la decisión -a juicio de la administración concursal unilateral y aun siendo el socio único- de decretar la disolución y liquidación, si se extrapola a una situación idéntica en sociedades privadas, comportaría la atribución automática de los socios como administradores de hecho, cuando en realidad deciden finalizar una actividad que no les reporta rédito alguno. Concluye el juez, en la necesidad de desplazar la capacidad de decisión de los administradores de derecho a los de hecho como fundamento revelador de la administración de hecho, como en el caso de la administración oculta indirecta o *shadow directorship*.

<sup>280</sup> JUR 2014\277868, FJ. 9º. Comparte íntegramente los argumentos del juez *a quo* expuestos anteriormente.

- a) el Derecho Privado rige el funcionamiento de las empresas públicas, lo que comporta que si se constituyen como sociedades de capital, les sea de aplicación el texto societario vigente;
- b) en consecuencia, el régimen de responsabilidad de la LSC y;
- c) en particular, las disposiciones del administrador de hecho, siempre que concurren en ella los requisitos necesarios para la apreciación de tal condición,

si bien responderán, en todo caso, los representantes del órgano de gobierno de las entidades públicas a las que representen, pues como afirma MUÑOZ GIL, la Administración como tal es un ente abstracto que no puede actuar por sí solo<sup>281</sup>.

---

<sup>281</sup> MUÑOZ GIL, Carlos. *Responsabilidad de los administradores de hecho y de derecho...*, *ob. cit.*, pg. 1147.

## 6. La prueba del administrador de hecho

Si bien resulta sencilla la prueba del administrador de derecho -pues tal condición constará en la certificación que la parte demandante puede solicitar al Registro Mercantil *ex art. 77 RRM-* la prueba del administrador de hecho, por el contrario, reviste tras de sí mayores complicaciones, dado que es necesario probar la condición de administrador de hecho, sin que medie inversión de la carga de la prueba -como sucede, por el contrario, con la responsabilidad de los administradores de derecho en la causación de un daño en infracción de un deber legal o estatutario según el precedente art. 133.3 LSA<sup>282</sup> o el actual art. 236.1, *in fine* LSC<sup>283</sup>-, así, siguiendo las normas del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil<sup>284</sup> (v. SAP de Barcelona, de 24 de enero de 2005<sup>285</sup>), y en segundo lugar por la dificultad inherente de demostrar hechos de los que, en ocasiones, no devienen automáticamente en prueba concluyente<sup>286</sup>.

Es lo que se extrae de todas las disposiciones reguladoras de responsabilidad del administrador de hecho -a falta de norma que presuma la condición de administrador de hecho-, por las cuales dicha condición deberá ser probada para poder ser sujeto responsable en el ámbito mercantil, e incluso en un supuesto particular del art. 93.2.2º LC observado anteriormente<sup>287</sup>, en el que se trata de imponer un mecanismo de inversión de la carga de la prueba, cuando en realidad lo que se hace es exigir la prueba de dicha condición sin alterar las normas de la carga probatoria *ex art. 217 LEC*, si bien, como toda presunción legal, podrá ser atacada en contrario por la parte interesada

---

<sup>282</sup> STS de 18 de enero de 2000 [RJ 2000\69], FJ. 4º.

<sup>283</sup> La redacción del art. 236.1 LSC no ofrece dudas en cuanto al alcance de la inversión de la carga de la prueba, sobre la culpabilidad de los hechos que causaren un daño: *“Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales”*. En esta dirección: SAP de Vizcaya, de 25 de junio de 1998 [AC 1998\1216], FJ. 2º.

<sup>284</sup> BOE, núm. 7, de 8 de enero de 2000.

<sup>285</sup> JUR 2005\118840, FJ.2º. LATORRE CHINER, Nuria. *“El administrador de hecho...”*, ob. cit., pg. 184. En sentencias anteriores a la LEC 1/2000 se hace referencia, como norma equivalente al ahora vigente art. 217 LEC anterior, al art. 1214 CC, pero se parte del mismo principio: corresponde a la parte del deber de probar aquello que se alega, como apunta ABEL LLUCH, Xavier. *La carga de la prueba*. Bosch, Barcelona (2012), pg. 372.

<sup>286</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. *“El administrador...”*, ob. cit., pg. 190-191. De igual modo en la doctrina comparada: DE LACY, John. *“The concept of...”*, ob. cit., pg. 272-273.

<sup>287</sup> Véase apartado 5.2.1, b) del presente estudio.

mediante contraprueba<sup>288</sup>, entendiendo como prueba cualquiera de los mecanismos reconocidos en el art. 299 LEC<sup>289</sup>. Precisamente, la presunción es el mecanismo de comprobación por excelencia en situaciones de administración fáctica, como pone de manifiesto (v., entre otras, SAP de Barcelona, de 5 de febrero de 2014<sup>290</sup>; SJM de Santander, de 18 de octubre de 2006<sup>291</sup>).

De todo ello resulta de especial interés poner de manifiesto la dificultad de la prueba del administrador de hecho<sup>292</sup>, que estriba -como se puede plantear- en demostrar una situación que carece de cualesquiera formalidades o incluso de hechos reveladores<sup>293</sup>. Por tanto, la primera cuestión que se plantea la doctrina es cómo poder alcanzar una prueba de indicios que revele dicha condición, pues sin distinciones en cuanto a la naturaleza probatoria del administrador de hecho, las soluciones ofrecidas por los tribunales del entorno jurídico europeo han sido dispares, pues en algunos casos se ha entendido que la realización de un número de actividades determinantes en la gestión societaria es indicio bastante, de entre las que destacan, como es el caso alemán<sup>294</sup>, en el que la sentencia del *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, de 20 de febrero de 1997, estableció como indicio revelador la realización de seis de estos ocho actividades:

- Determinación de la política societaria;
- Determinación de la organización societaria;
- Contratación y despido de trabajadores;
- Planificación de las relaciones societarias con los socios;

---

<sup>288</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración: parte general*, 5ª ed. Colex, Madrid (2014), pg. 508.

<sup>289</sup> Los medios de prueba enumerados por la LEC son: la prueba documental (art. 317-334 LEC), el interrogatorio de partes (art. 301-316 LEC) y de terceros (art. 360-381 LEC), el reconocimiento judicial (art. 353-359 LEC), la prueba pericial (art. 335-352 LEC), la reproducción de palabra, sonido e imagen (art. 382-384 LEC) y, en especial, las presunciones (art. 385-386 LEC)

<sup>290</sup> AC 2014\780, FJ. 19º.

<sup>291</sup> AC 2007\1752, FJ. 6º.

<sup>292</sup> LATORRE CHINER, Nuria. “*El administrador de hecho...*”, ob. cit., pg. DE LACY, John. “*The concept of...*”, ob. cit., pg. 272.

<sup>293</sup> DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. “*El administrador...*”, ob. cit., pg. 194.

<sup>294</sup> BÖGE, Axel. “*Zur Beendigung...*”, ob. cit., pg. 1123-1124. No es una cuestión pacífica el criterio expuesto por la Sentencia del *Bayerisches Oberstes Landesgericht* de Baviera, de 20 de febrero de 2007 que ni por el autor ahora referenciado ni por FLEISCHER, Holger, “*Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit...*”, ob. cit., pg. 342, quien señala a otros autores que se muestran igualmente críticos con este criterio de imputación, siendo algunos partidarios de una influencia interna y de la aparición ante terceros, mas de acuerdo en no ser necesario cumplir un número mínimo de hechos reveladores como si de prueba tasada se tratase, sino que bastaría con ciertos hechos determinantes para que se apreciase supuesto de administración *de facto*.

- Negociar con acreedores;
- Pagos de remuneraciones debidas al administrador;
- Decisiones en ámbito tributario y;
- Llevanza de los libros (contables y no contables).

En la doctrina anglosajona se ha tendido a recurrir a la casuística en cada supuesto, examinando los elementos de conducta de aquel a quien se pretende hacer responsable a título de administrador de hecho, en base a un supuesto apuntado por DE LACY, en un caso de apoderado con amplios poderes y titular del cincuenta por cien del capital social, que reconoce haber actuado como administrador pues de lo contrario la prosperidad societaria se veía condenada al fracaso<sup>295</sup>.

Pues bien, el fundamento del juzgador alemán ofrece un listado de actividades que pueden ser realizadas del administrador de hecho -y se advierte, de nuevo, que no compartido por un sector importante de la doctrina-, el criterio de mínimos apuntado anteriormente no ha sido seguido de forma estricta por el juzgador español, optando por el modelo anglosajón, que parece haber calado con mayor efectividad en la práctica de los tribunales y que ha sido seguido en la medida que la mayoría de resoluciones han fundamentado su admisión o inadmisión como tales en atención a hechos reveladores puntuales resumidos por LATORRE<sup>296</sup>: los amplios poderes conferidos a una persona en un apoderamiento<sup>297</sup>; en algunas ocasiones han sido las declaraciones -incluso fuera de un procedimiento judicial- de los propios demandados<sup>298</sup> o de los testigos a los que se ha citado judicialmente para someterse a interrogatorio<sup>299</sup>, que por lo general son trabajadores o terceros contratantes con la sociedad-; en otras, relaciones

<sup>295</sup> DE LACY, John. *"The concept of..."*, ob. cit., pg. 273.

<sup>296</sup> LATORRE CHINER, Nuria. *"El administrador de hecho..."*, ob. cit., pg. 79-80.

<sup>297</sup> SAP de Lleida, de 14 de junio de 2012 [JUR 2012\302402], FJ.5º. En concreto, los amplios poderes conferidos comprendían desde la representación de la sociedad, hasta enajenar, adquirir y administrar bienes inmuebles, valores mobiliarios o constituir gravámenes sobre los bienes societarios. En definitiva, el ejercicio de una influencia determinante en el devenir societario.

<sup>298</sup> GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada. *"La responsabilidad concursal del administrador de hecho: a propósito del auto..."*, ob. cit., pg. 256. En el auto se estima como indicio relevante la emisión de un comunicado de prensa en el que el demandado, sin ser administrador de derecho de la sociedad, a sus hijos.

<sup>299</sup> SAP de Madrid, de 26 de noviembre de 2012 [JUR 2011\63761], FJ. 2º. Se trata de un caso peculiar, en el que el administrador de derecho, durante la vigencia del cargo, muestra síntomas patológicos esporádicos de drogodependencia y alcoholismo y que sirven de base para interponer recurso, junto a la circunstancia, desmentida por la declaración de los testigos -trabajadores de la sociedad- de que ni el administrador de derecho cesó en su actividad -a pesar de su aparentemente reprobable estado de salud- ni que los apoderados generales no se extralimitarán en sus funciones, pues bien al contrario, dirigían todos las esferas de la sociedad conjuntamente con el administrador de derecho.

convencionales en las que se pactan condiciones de la prestación de servicios que exceden del auxilio en la gestión, como en los casos de contratos de gerencia<sup>300</sup>; también, a veces relacionado con el apoderamiento amplio y las relaciones de parentesco, el nombramiento de administradores con escasos recursos económicos<sup>301</sup>; dejadez en la gestión de los administradores de derecho -situación típica del testaferrero<sup>302</sup>-; control del personal asalariado, así como la contratación, despido y modificación del régimen laboral de los trabajadores<sup>303</sup>, entre otros ya mencionados en los apartados sobre la tipología de administradores de hecho.

Pero los casos de mayor dificultad en materia probatoria son, sin duda, los supuestos de administración oculta indirecta, pues el indicio de prueba requerirá un añadido que puede no ser necesario en casos de actuación directa, en el que la parte pueda apoyar su base jurídica en la exteriorización de su conducta, supuesto que es difícil alcanzar una prueba concluyente si no se aporta indicio bastante por el que el juez, mediante presunción, pueda considerar que la actuación del tercero es título suficiente para la imputación de responsabilidad a los efectos de administrador de hecho. Podría apuntarse que el mismo éxito que en los casos expuestos ha tenido el interrogatorio de los administradores de derecho pueda ser una medida efectiva, pues a estos, por regla general, es a quienes menos interesa la desestimación de un supuesto como el que se expone, precisamente por las consecuencias jurídicas que supondría para el administrador de derecho -recuérdese, la responsabilidad personal e ilimitada, presente y futura, del art. 1911 CC por los daños causados en sede societaria o concursal-, pasando de ser el único responsable a serlo de forma conjunta -en función del criterio doctrinal predominante- con el administrador fáctico, a veces demostrada mediante prueba testifical a los administradores de derecho.

Para que el Juez configurar una presunción judicial es imprescindible la aportación de alguno de los indicios recientemente mencionados, pues por sí sola no puede crearse tal presunción (v. SAP de A Coruña, de 7 diciembre de 2012<sup>304</sup>), sino que requiere de hechos probados que conduzcan a una situación de la que, en criterios lógicos y

---

<sup>300</sup> SJM de Murcia, de 29 de abril de 2010 [AC 2010\1021], FJ. 4.

<sup>301</sup> SAP de Valencia, de 31 de enero de 2007 [AC 2007\1456], FJ. 2º.

<sup>302</sup> SAP de la Rioja, de 28 de diciembre de 2012 [AC 2013\628], FJ. 3º.

<sup>303</sup> SAP de Vizcaya, de 17 de septiembre de 2013 [JUR 2014\149338], FJ. 3º.

<sup>304</sup> JUR 2013\40901, FJ. 3º.

razonables, pueda deducirse el hecho presunto, debiendo ser fundamentados en la resolución judicial correspondiente<sup>305</sup>.

A efectos de desvirtuar una presunción judicial, más allá de los aspectos procesales -se ha discutido por la doctrina procesalista sobre la posibilidad de rebatir una presunción judicial en segunda instancia o si, por el contrario, deberían haberse aportado toda prueba encaminada a convencer al Juez de tal falta de presunción judicial<sup>306</sup>-, puede intentar ser rebatida mediante la falta de conexión entre el nexo causal -también denominado enlace entre hechos probados y presuntos- y el hecho presunto, alegando la falta de alguno de los requisitos tipo del administrador de hecho: a menudo son la falta de habitualidad (v. SAP de Barcelona, de 24 de enero de 2005<sup>307</sup>) o de independencia en la toma de decisiones (v. SAP de Barcelona, de 5 de febrero de 2014<sup>308</sup>) o, incluso, pretender alegar el cese en la gestión fáctica, por cuanto dicha circunstancia puede tener unos efectos determinantes, especialmente en el marco de un concurso de acreedores<sup>309</sup>.

Sobre esta última cuestión debe detenerse el análisis de la prueba en la administración de facto, si bien advirtiendo que se trata de una cuestión que, del mismo modo que cuesta demostrar la calidad de administrador fáctico, también lo es la prueba del cese de la administración de hecho, siendo escasos los artículos doctrinales en este sentido, pero apuntando en la dirección tendente a entender tal cese no por el mero abandono de las actuaciones, sino de renuncia exteriorizada y reconocible por los terceros<sup>310</sup>, siendo pocos los supuestos resueltos por los tribunales, pero considerando tal opción como oportuna (v. STS de 29 de diciembre de 2014<sup>311</sup>).

---

<sup>305</sup> MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, María Lourdes. *Régimen jurídico de las presunciones*. Dykinson, Madrid (2008), pg. 117-118.

<sup>306</sup> A favor se muestra LATORRE CHINER, Nuria. "El administrador de hecho...", ob. cit., pg. 81.

<sup>307</sup> JUR 2005\118840, FJ. 2º.

<sup>308</sup> AC 2014\780, FJ. 19º. En este caso también se trata de averiguar si el apoderado general, nombrado por el administrador de hecho de la sociedad, también era administrador fáctico, pero se desestimó tal pretensión por ser su actuación dependiente respecto del administrador de hecho, mientras que el de derecho era un mero testafiero.

<sup>309</sup> En concreto y en atención al contenido de la Ley Concursal: el deber de colaboración con las autoridades judiciales y la administración concursal (art. 42.1 LC); el embargo preventivo de bienes (art. 48 ter LC); la subordinación de créditos de los administradores de hecho en sede concursal (art. 93.2.2º LC); la culpabilidad y responsabilidad del concurso (art. 164 LC y 172 bis LC, respectivamente).

<sup>310</sup> BÖGE, Axel. "Zur Beendigung...", ob. cit., pg. 1126.

<sup>311</sup> RJ\2015\90, FJ. 2º. Se trata de un caso de sociedad matriz que realiza un procedimiento de escisión parcial por razón de especialización de actividades, titularidad que recae en su integridad por la sociedad matriz, quien decide sobre todas las cuestiones de la sociedad escindida hasta su venta -momento efectivo de pérdida del control y gestión de la sociedad escindida-, siendo este plazo inferior a dos años antes de la

---

declaración de la sociedad en concurso para eximirse de responsabilidad por los créditos que la sociedad matriz contra la concursada, según el ya observado art- 93.2.2º LC.

## 7. Conclusiones

La preocupación del legislador por imputar responsabilidad a aquellos que en base a una realidad fáctica administran la sociedad le ha llevado en los últimos años -y pensando en la situación económica actual- a buscar al verdadero responsable como sujeto que, con su actuación, ha generado unos daños objeto de responsabilidad, sea en sede societaria o concursal, traspuesto en una serie de reformas enunciadas en este estudio, afirmación que puede realizarse partiendo de las siguientes conclusiones:

1-. La reforma introducida por la Ley 31/2014 supone la consagración del abandono de la concepción formalista de administrador de hecho que parte, en la doctrina española, desde finales de los años noventa con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, siguiendo un criterio de interpretación basado en el poder de gestión como elemento definidor de la gestión fáctica, en detrimento de las formalidades como presupuesto lógico a la identificación del administrador *de facto*.

2-. A su vez, la interpretación del concepto de administrador de hecho mediante un concepto extensivo, siguiendo la línea doctrinal de los tribunales y parte de los autores, por el que se admite tanto a quien realiza activamente actos de administración -administrador de hecho notorio u oculto- como a aquella persona que imparte órdenes a los administradores de derecho -administrador oculto en la sombra-, haciendo de estos una mera distinción de actuación, siempre que cualquiera de estas actividades sea continuada en el tiempo y adoptada sin subordinación a otra persona, sea mediante la realización efectiva de un acto positivo de gestión o dirigiendo las actividades a realizar por el órgano de administración formal.

3-. La falta de un concepto unitario que impide definir con exactitud el concepto de administrador de hecho, si bien se parte de un concepto similar basado en la influencia interna en la administración societaria como hecho revelador -sea actuando directa o indirectamente-, no hace de la definición ofrecida por el legislador con la reciente reforma un concepto incorrecto -aun cuando se admite la necesidad de un consentimiento de lo administradores de derecho que no parece apreciarse en el nuevo art. 236.3 LSC- sino que en la medida que se reconozca la necesidad de una injerencia en la gestión de carácter relevante bastará para imputar responsabilidad a los

administradores de hecho, injerencia que deberá ser valorada en función de la relación jurídica entre la intervención del tercero con la sociedad y la eficacia de los actos de gestión societaria, supuesto en los que la casuística es muy variada: desde apoderados y representantes de la persona jurídica administradora de derecho, pasando por el socio mayoritario, entidades de crédito con relaciones económicas con la sociedad administrada de facto, acreedores de la sociedad, hasta sociedades de derecho público o personas jurídicas administradoras de hecho. En algunos casos se justificará con mayor extensión su injerencia, por ser la misma la tutela de sus derechos; en otros, será observada con menor rigor y por ello admitida como suficiente para reputar la condición de administrador *de facto*.

4-. La no exoneración del administrador formal como norma general y hecho de extrema importancia en situaciones de este tipo, pues al administrador de derecho le son exigidos por la legislación societaria unos deberes de obligada observación -en particular, los deberes de lealtad y diligencia-, aun por el mero hecho de haber sido nombrado a tales efectos como un simple hombre de paja, incurriendo de igual modo en responsabilidad por omisión o *in omittendo*. Son muy pocos los casos en los que se ha admitido una exoneración de responsabilidad y ciertamente de carácter excepcional -incluso por el reproche del Juez a la situación planteada-, así que se parte de una responsabilidad solidaria entre administradores formales y nominales

5-. La extensión de la responsabilidad al representante de la persona jurídica administradora mediante la adición de un nuevo apartado ha resuelto un debate doctrinal sobre el régimen de responsabilidad por el que imputar a éste representante, por haber sido un recurso habitual para esquivar el régimen de responsabilidad mediante sociedades de escasa solvencia tras la que se esconde el verdadero administrador, como ha resuelto el nuevo art. 236.5 LSC. No se trata de reconocer en este artículo una modalidad adicional y con trato particular de administrador de hecho -si bien puede serlo concurriendo los requisitos exigidos por la doctrina-, sino una de las diversas pero a la que el legislador ha considerado extender responsabilidad al representante de la persona jurídica administradora incluso en supuesto en el que no se aprecie un supuesto

6-. La dificultad probatoria en muchos casos dificulta la identificación de administradores de hecho no supone la alteración de las normas generales del *onus*

*probandi*, debiendo el interesado acreditar cuantas cuestiones puedan suscitar y fundamentar la existencia de un administrador de hecho en una sociedad, pues la condición de administrador fáctico no sólo no se presume por los tribunales sino que se admitirá cuando de las pruebas practicadas se acredite este hecho. Especial importancia, a partir de los hechos alegados y probados, adquieren las presunciones judiciales *ex art. 386 LEC* debido a esta dificultad probatoria, mecanismo mediante el cual el Juez puede estimar que una persona ha actuado como administrador *de facto* y, con ello, responder solidariamente con los administradores de derecho de los daños generados por su actuación.

En definitiva, la reforma del art. 236 LSC ha hecho hincapié en la definición de carácter doctrinal y jurisprudencial mayoritaria que hasta ahora habían definido, si bien con expresiones de diversa tipología, con las notas caracterizadoras del administrador fáctico en clave societaria que, sin duda, deberán poner punto y final a la cuestión relativa al concepto de administrador de hecho en el derecho societario español, pues la configuración ofrecida y regulada actualmente no presenta fallos de técnica legislativa, admitiendo por vía legal una concepción amplia del concepto de administrador fáctico y, a juicio personal, bien definida, dado que admite múltiples supuestos como los expuestos a lo largo de este estudio.



## 8. Bibliografía

- ABEL LLUCH, Xavier. *La carga de la prueba*. Bosch, Barcelona (2012).
- ALMONACID LAMELAS, Víctor. *Entidades públicas y privadas vinculadas a la administración local*. Bosch, Barcelona (2008).
- ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana. *Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo*. Revista de derecho de sociedades, nº29, 2007.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume, SALA REIXACHS, Alberto, MACHADO PLAZAS, José y VILA FLORENA, Pau (Coords.). *Proceso concursal*. Bosch, Hospitalet de Llobregat (2013).
- BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Centro de Estudios Ramón Areces (2001).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil, tomo VIII*. Tirant lo Blanch, Valencia (2013).
- BÖGE, Axel. *Zur Beendigung der faktischen Geschäftsführung en Gmbh-Rundschau*, nº. 21, 2014.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier, *Los auxiliares del empresario y la representación mercantil*. En JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J.; DÍAZ MORENO, Alberto (Coords.). *Lecciones de derecho mercantil* (17ª edición). Tecnos, Madrid (2014).
- CHENG-HAN, Tan. *Veil piercing: a fresh star en Journal of business law*, nº. 1, 2015.
- DE LACY, John. *The concept of company director*. Journal of Business Law, nº3, 2006.
- DÍAZ ECHEGARAY, José Luís. *El administrador de hecho en las sociedades de capital*. Aranzadi, Cizur Menor (2003).
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *El administrador de hecho como eventual sujeto responsable de la calificación culpable del concurso en Revista de derecho mercantil*, nº 273, 2009.
- DÍAZ MARTINEZ, Manuel. *La calificación del concurso de acreedores*. Tirant lo Blanch, Valencia (2009).
- EMBID IRUJO, José Miguel. *La responsabilidad de los Administradores de la Sociedad Anónima tras la Ley de Transparencia en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 685, 2004.
- ESCUELA JUDICIAL. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid (2000).
- ESTEBAN RAMOS, Luisa María. *El presupuesto subjetivo del concurso*. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 10, 2009.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencia, “Art. 233”. En ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel; BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. (Dir.). *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. Aranzadi, Cizur Menor (2011).
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María. *La prescripción de las acciones de responsabilidad*. En *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles, 4ª edición*. Tirant lo Blanch, Valencia (2011).
- FLEISCHER, Holger. “Zur GmbHrechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers” en *Gmbh-Rundschau*, nº7, 2011.

FRAJEDAS RUEDA, Olga María. *Paralización de los órganos sociales: supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión*. Cuadernos de Derecho y Comercio, nº 57, 2012, pg. 188.

FUENTES NAHARRO, Mónica. *Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades* en SEMINARIO HARVARD-COMPLUTENSE DE DERECHO MERCANTIL. *Gobierno corporativo y crisis empresariales*. Marcial Pons, Madrid (2006).

GARCÍA CAVERO, Pueyo. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*. J. M. Bosch, Barcelona (1999).

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. *Insolvencia y responsabilidad*. Aranzadi, Cizur Menor (2012).

GARCÍA-CRUCES, José Antonio. *La calificación del concurso*. Aranzadi, Cizur Menor (2004).

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración: parte general, 5ª edición*. Colex, Madrid (2014).

GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*. Comares, Granada (2001).

GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*. Marcial Pons, Madrid (2002).

GÓMEZ PORRÚA, José Manuel. *DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. Aplicación de la doctrina del velo a la utilización de varias sociedades para eludir responsabilidades frente a terceros: STS de 1 de febrero de 200*. Derecho de los negocios, nº 19, Nº 217, 2008.

GÓNZALEZ CABRERA, Inmaculada. *La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172 bis del proyecto de reforma de la ley concursal* en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 15, 2011.

GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada. *La responsabilidad concursal del administrador de hecho: a propósito del auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Granada, de 30 de septiembre de 2011*. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 16, 2012.

HERNANDO CEBRIÀ, Luis. *¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo*. Revista de Derecho Mercantil, nº280, 2011.

HERNANDO CEBRIÀ, Luis. *“La posición jurídica del administrador con cargo caducado”*. Cuadernos de Derecho y Comercio, nº 58, 2012.

HERNANDO CEBRIÀ, Luis. *La posición jurídica del administrador con cargo caducado*. Cuadernos de Derecho y Comercio, nº 58, 2012.

HERNANDO CEBRIÀ, Luis. *Del socio de control al socio tirano y al abuso de la mayoría en las sociedades de capital*. Revista de Derecho de Sociedades, nº37, 2011.

HERRERO MORA, Guillermo. *Estudio del nuevo régimen de los órganos sociales en la ley de responsabilidad limitada de 1995* en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 632, 1996.

JUSTE MENCÍA, Javier. *29 DE OCTUBRE DE 2001: Factor notorio, gerente y director general. Operaciones dentro del giro o tráfico de la empresa. Error en la inscripción por estimar al representante como Consejero Delegado. El artículo 1.713 del Código Civil no encuentra su aplicación en el ámbito mercantil*. Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, nº 59, 2002.

JUSTÉ MENCIA, Javier. *En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad (Nota a las SSTS de 26 mayo de 1998 [RJ 1998 4004] y 7 junio de 1999 [RJ 1999 509] y de la AP de Valencia de 27 de septiembre de 1999)* en Revista de Derecho de Sociedades, nº 14, 2000.

LATORRE CHINER, Nuria. *El administrador de hecho en las sociedades de capital*. Comares, Granada (2003).

LATORRE CHINER, Nuria. “*El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA*” en Revista de derecho mercantil, nº 253, 2004.

LIAN YAP, Ji. *De facto directors and corporate directorships* en Journal of business law, nº. 7, 2012.

MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo. *Los supuestos de responsabilidad en la LGT*. Aranzadi, Cizur Menor (2007).

MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, María Lourdes. *Régimen jurídico de las presunciones*. Dykinson, Madrid (2008).

MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *Los administradores responsables*”. En BELTRÁN, Emilio y ROJO, Ángel (Coords.). *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles, 4ª edición*. Tirant lo Blanch, Valencia (2011).

MENESES VADILLO, Alfredo. *Doctrina del levantamiento del velo: precisiones sobre la ficción y el fin fraudulento en atención a la empresa familiar* en Cuadernos de derecho y comercio, nº 36, 2001.

MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, Mª del Pilar. *Límites y eficacia del apoderamiento otorgado por el administrador de una sociedad. Estudio de la doctrina jurisprudencial a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2012*. Revista de Derecho de Sociedades, nº 40, 2013.

MORALES BARCELÓ, Judith. *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*. Tirant lo Blanch, Valencia (2013).

MORALES BARCELÓ, Judith. *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*. Tirant lo Blanch, Valencia (2013).

MUÑOZ GIL, Carlos. *Responsabilidad de los administradores de hecho y de derecho de las sociedades públicas* en Diario La Ley, nº4, 2014.

MUÑOZ PAREDES, Alfonso. “*La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal*” en PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso. *Tratado Judicial de la Insolvencia, Tomo II*. Aranzadi, Cizur Menor (2012).

NOONAN, Chris y WATSON, Susan. *The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?* Journal of Business Law, nº 8, 2006.

NOONAN, Chris y WATSON, Susan. *Examining company directors through the lens of de facto directorship*. Journal of Business Law, nº7, 2008.

PERALTA LÓPEZ, Miguel. *La representación orgánica y voluntaria en las sociedades de capital (delimitación y concurrencia)*. Revista de estudios jurídicos, nº 7, 2006.

PERDICES HUETOS, Antonio. *Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran* en Revista de Derecho de Sociedades, nº18, 2001.

PÉREZ MILLÁN, David. *La subordinación de créditos y los pactos de socios*. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 18, 2013.

PÉREZ RAMOS, Óscar. *El administrador mancomunado nombrado apoderado general de la sociedad*. Cuadernos de derecho y comercio, nº50, 2009.

PICÓ I JUNOY, Joan: *Aspectos procesales de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Revista Jurídica de Catalunya, nº 4, 2006.

PRENDES CARRIL, Pedro y MUÑOZ PAREDES, Alfonso. *Tratado Judicial de la Insolvencia, Tomo II*. Aranzadi, Cizur Menor (2012).

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Administradores de hecho y de derecho ante la reforma del Código Penal*. Iuris: Actualidad y práctica del derecho, nº 142, 2009.

Revue des sociétés: journal des sociétés, nº 3, 2003.

RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel. *El representante del administrador persona jurídica*. Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 128.

RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa y CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. *Responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades*. Revista de Derecho de los Negocios, nº 164, 2004.

SAIGÍ LOZANO, Miriam. Aproximación jurídica a la figura y régimen de responsabilidad del administrador de hecho en Revista Jurídica de Catalunya, nº 4, 2005.

SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín. *La acción individual de responsabilidad: su significación en el sistema de responsabilidad de los administradores sociales. Estudio jurisprudencial*. Tirant lo Blanch, Valencia (2009).

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Los administradores en las sociedades de capital, 2ª edición*. Aranzadi, Cizur Menor (2007).

TERREROS, Gonzalo. *Grupos de sociedades y concurso de acreedores*. Anuario de Derecho Concursal, nº 18, 2009.

VÁZQUEZ CUETO, José Carlos. *La inscripción del cese de los administradores y el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 743, 2014.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Ley de Sociedades de Capital: Doctrina y Jurisprudencia*. La Ley, Madrid (2010).

VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás. *Calificación concursal subordinada del administrador de hecho. Especial referencia a las administraciones públicas (comentario a la SAP Vizcaya de 17 de septiembre de 2013)*. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, nº. 20, 2014.

## 9. Listado de resoluciones citadas

RDGRN de 24 de junio de 1968 [RJ 1968\3662].  
RDGRN de 18 de junio de 1979 [RJ 1979\2595].  
STS de 19 de junio de 1981 [RJ 1981\2530].  
STS de 7 de noviembre 1986 [RJ 1986\6215].  
RDGRN de 11 marzo 1991 [RJ 1991\2534].  
Sentencia *Re Hydrodan (Corby), Ltd*, de 17 de diciembre de 1993. [1994] 2 BCLC 180.  
SAP de Barcelona, de 25 de enero de 1995 [AC 1995\190].  
STS de 13 de diciembre de 1996 [RJ 1996\9016].  
Sentencia *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, de 20 de febrero de 1997 [5St RR 159/96].  
STS de 14 marzo de 1998 [RJ 2005\2235].  
RDGRN de 13 de mayo de 1998 [RJ 1998\4123].  
RDGRN de 4 de junio de 1998 [RJ 1998\6583].  
SAP de Guipúzcoa, de 30 junio 1998 [AC 1998\8008].  
STS de 9 septiembre de 1998 [RJ 1998\6608].  
STSJ del País Vasco, de 15 enero de 1999 [JT 1999\630].  
STS de 7 junio de 1999 [RJ 1999\4730].  
SAP de Navarra, de 19 de octubre de 1999 [AC 1999\9004].  
SAP de Palencia, de 18 de noviembre de 1999 [AC 1999\2352].  
SAP de Tarragona, de 25 de febrero de 2000 [AC 2000\857].  
STS de 2 octubre de 2000 [RJ 2000\8131].  
STS de 30 julio de 2001 [RJ 2001\6632].  
SAP de Málaga, de 20 septiembre de 2002 [JUR 2002\12902].  
SAP de las Islas Baleares, de 17 enero de 2003 [JUR 2003\153720].  
RDGRN de 27 febrero 2003 [RJ 2003\3053].  
*Sentencia CA Paris 3e ch. B*, de 2 mayo de 2003.  
STS de 26 de mayo de 2003 [RJ 2003\3926].  
STS de 2 de abril de 2004 [RJ 2004\2073].  
SAP de Zaragoza, de 10 de octubre de 2004 [AC 1994\1895].  
SAP de Barcelona, de 24 de enero de 2005 [JUR 2005\118840].  
SAP de Sevilla, de 25 julio de 2005 [JUR 2006\38275].  
AAP de Barcelona, de 31 de enero de 2006 [JUR 2009\176679].  
SJM de Santander, de 18 de octubre de 2006 [AC 2007\1752].  
SJM de Oviedo, de 15 de diciembre de 2006 [JUR 2007\368568].  
SAP de Valencia, de 31 de enero de 2007 [AC 2007\1456].  
SAP de Barcelona, de 14 de febrero de 2007 [JUR 2007\244975].  
STS de 7 mayo de 2007 [RJ 2007\3405].  
AJM de Bilbao, de 12 de julio de 2007 [AC 2007\1688].  
SAP de Álava, de 27 de noviembre de 2007 [AC 2008\115].  
SJM de Palma de Mallorca, de 5 de diciembre de 2007 [AC 2008\361].

STS de 1 febrero de 2008 [RJ 2008\198].  
STS 8 de febrero de 2008 [RJ 2008\2664].  
AAP de Vizcaya , de 17 julio de 2008 [JUR 2008\389652].  
SAP Zaragoza de 10 de septiembre de 2008 [AC 2008\2288].  
SJM de Palma de Mallorca, de 5 de diciembre de 2008 [AC 2008\361].  
STS de 14 de abril de 2009 [RJ 2009\2897].  
STSJ de C. Valenciana, de 9 junio de 2009 [AS 2009\2755].  
SAP de Salamanca, de 22 de junio de 2009 [AC 2009\1717].  
AAP de Barcelona, de 18 septiembre de 2009 [AC 2009\2227].  
STS de 11 marzo de 2010 [RJ 2010\2341].  
RDGRN 24 marzo 2010 [RJ 2010\1492].  
SJM de Murcia, de 29 abril de 2010 [AC 2010\1021].  
SAP de Valencia, de 14 octubre de 2010 [JUR 2011\43176].  
SAP de Madrid, de 3 noviembre de 2010 [AC 2010\2078].  
STS de 10 de noviembre de 2010 [RJ 2011\1304].  
SAP de Madrid, de 26 noviembre de 2010 [JUR 2011\63761].  
STS de 9 diciembre de 2010 [RJ 2011\291].  
STS de 14 de marzo de 2011 [RJ 2011\2775].  
SJM de Málaga, de 7 de abril de 2011 [AC 2011\1917].  
SJM de Alicante, de 30 junio de 2011 [JUR 2014\240412].  
SAP de Lugo, de 26 enero de 2012 [JUR 2012\64150].  
STS de 23 de febrero de 2012 [RJ 2012\5288].  
Auto del JM de Madrid, de 30 marzo 2012 [AC 2012\400].  
STS de 7 mayo de 2012 [RJ 2012\6110].  
SAP de Lleida, de 14 de junio de 2012 [JUR 2012\302402].  
SAP de Madrid, de 21 de junio de 2012, [AC 2012\1128].  
SAP de Córdoba, de 15 de noviembre de 2012 [JUR 2014\13520].  
SAP de Madrid, de 26 de noviembre de 2012 [JUR 2011\63761].  
STS de 4 de diciembre de 2012 [RJ 2013\240].  
SAP de A Coruña, de 7 diciembre de 2012 [JUR 2013\40901].  
SAP de la Rioja, de 28 de diciembre de 2012 [AC 2013\628].  
SJM de Bilbao, de 17 de junio de 2013 [JUR 2013\297587].  
SJM de Madrid, de 16 de julio de 2013 [AC 2013\1652].  
SAP de Vizcaya, de 19 de julio de 2013 [AC 2014\746].  
SJM de Vigo, de 17 de septiembre de 2013 [AC 2013\1387].  
SAP de Vizcaya, de 17 de septiembre de 2013 [JUR 2014\149338].  
SAP de Málaga, de 6 de noviembre de 2013 [JUR 2014\102027].  
SJM de Palma de Mallorca, de 13 de noviembre de 2013 [AC 2013\2281].  
SJPII de Ávila, de 3 diciembre de 2013 [AC 2013\1872].  
SAP de Vizcaya, de 4 diciembre de 2013 [JUR 2007\368568].  
STS de 4 diciembre de 2013 [RJ 2014\1835].  
SAP de Barcelona, de 5 de febrero de 2014 [AC 2014\780].

SAP de las Islas Baleares, de 20 de marzo de 2014 [JUR 2014\118680].  
SAP de Madrid, de 21 marzo de 2014 [AC 2014\476].  
SAP de Zaragoza, de 16 de abril de 2014 [JUR 2014\133246].  
SAP de las Islas Baleares, de 22 de abril de 2014 [AC 2014\807].  
SAP de León, de 25 de abril de 2014 [JUR 2014\15883].  
SJM de Madrid, de 3 de junio de 2014 [AC 2014\1430].  
SAP de las Islas Baleares, de 28 de octubre de 2014 [JUR 2014\277868].  
STS de 29 de diciembre de 2014 [RJ 2015\90].  
SAP de la Rioja, de 30 de diciembre de 2014 [JUR 2015\69463].  
SAP de Barcelona, de 9 de enero de 2015 [JUR 2015\11394].  
SJM de Alicante, de 22 de enero de 2015 [JUR 2015\91318].  
SAP de Toledo, de 3 febrero [JUR 2015\72451].  
SJM de Barcelona, de 26 de febrero de 2015 [AC 2015\349].  
SAP de Zaragoza, de 30 marzo de 2015 [JUR 2015\112789].  
SAP de Barcelona, de 23 abril de 2015 [JUR 2015\138390].  
STS de 30 abril de 2015 [RJ 2015\1721].