



La figura del administrador de hecho y su incidencia en sede concursal

Autor/a

Ana Armijo Pliego

Asociada Senior de Garrigues, Departamento Procesal de Málaga

***REVISTA LEX
MERCATORIA.***

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº6 | Año 2017

Artículo nº 2

Páginas 9-13

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

1. Introducción.

El artículo 133 de la LSA (Ley 26/2003, de 17 de julio) introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la figura del administrador de hecho al regular –por primera vez- un régimen de responsabilidad para quienes ejercitan el facultadas de gestión y control sin ostentar formalmente el cargo de administrador social, actuaran como tal; si

bien, el texto legal no introdujo una definición de dicho concepto.

Es de destacar que, con carácter previo a la promulgación de la indicada Ley, la jurisprudencia ya había admitido la responsabilidad del denominado administrador de hecho –sentencia del Tribunal Supremo 828/2001, de 24 de septiembre-, al derivar la responsabilidad patrimonial por deudas de una

mercantil a un tercero que había actuado como administrador de la misma sin ostentar formalmente tal cargo.

Ahora bien, la primera definición de esta figura la encontramos en la LSC (en la modificación operada mediante Ley 31/2014, de 3 de diciembre) en la que se estableció, en el apartado 3o del artículo 236, que “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”.

Tomando como base el artículo 236.3 de la LSC y la jurisprudencia más reciente, analizaremos los rasgos que caracterizan la administración de hecho, si bien, debemos adelantar que es una cuestión de índole fáctica y que, para su valoración, habrá de estarse al caso concreto, y continuaremos exponiendo su incidencia en sede concursal.

2. La administración de hecho.

El vacío legal en la configuración del administrador de hecho comenzó a superarse con la reforma de la LSC de diciembre de 2014, mediante la que, como hemos adelantado, se introdujo dicho concepto y, con posterioridad, ha terminado de perfilarse en diversas sentencias de nuestros Tribunales.

Ahora bien, antes de la introducción del indicado concepto en nuestro ordenamiento jurídico, y ante la problemática suscitada al respecto, la jurisprudencia ya se había encargado de definirlo, configurando a los administradores de hecho como “quienes, sin

ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de estos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición” –a modo de ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo 261/2007 de 14 de marzo ó 721/2012 de 4 de diciembre-. Es decir, se venía denominando al administrador de hecho a aquel que, de forma efectiva –y continuada-, desempeñaba las funciones propias del órgano de administración sin sujeción a las directrices establecidas por dicho órgano.

Tras la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de una definición legal de la figura del administrador de hecho, el Tribunal Supremo, en su sentencia 421/2015 de 22 de julio, vino a completar dicha definición determinando que “la noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se configura en torno a tres elementos caracterizadores: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder

autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad”.

Por su parte, la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid –en su sentencia 51/2016, de 9 de febrero- definió al administrador de hecho “como aquel sujeto que, careciendo de un nombramiento regular, ejerce, de forma directa, continuada e independiente, sin oposición de la sociedad, una actividad positiva de dirección idéntica o equivalente a la del administrador de la sociedad formalmente instituido”.

A tenor de lo resuelto por nuestros Tribunales, en la actualidad, las notas características de la administración de hecho podrían sistematizarse del siguiente modo:

Inexistencia de un nombramiento formal para desarrollar la labor de administrador social, por tanto, un administrador de hecho no podrá ser, a su vez, de derecho. □ El administrador de hecho se caracterizará por tener plena autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, de forma que pueda entenderse que dicho administrador de hecho, al margen de un nombramiento formal o regular, está ejercitando en la práctica cotidiana las funciones del poder efectivo de administración y gobierno.

La sociedad asumirá los actos del administrador de hecho como vinculantes para ella y, por tanto, como expresión de la voluntad social.

La habitualidad en el ejercicio de dichas funciones, permanencia o continuidad que excluya una intervención puntual en la gestión de la sociedad.

En definitiva, el administrador de hecho es aquel que –sin que exista un nombramiento

formal a tal efecto- asume las mismas funciones que un administrador de derecho y, en consecuencia, toma decisiones relevantes para la sociedad sin sometimiento a terceras personas.

3. La incidencia de la figura de la administración de hecho en sede concursal.

La imputación de la administración de hecho a un tercero en sede concursal conlleva una serie de consecuencias para este, ya que (i) en todo caso, se subordinarán los créditos titularidad de este tercero frente al deudor concursado; y (ii) en el supuesto de que concurren los presupuestos establecidos a tal efecto en la Ley Concursal, podrá verse afectado por la declaración de culpabilidad del concurso.

1.- El artículo 92.5 de la Concursal en relación con el 93.2.2o del indicado cuerpo legal sanciona al administrador de hecho con la subordinación de los créditos de su titularidad frente a la deudora concursada.

La problemática en estos supuestos la encontramos –como ya hemos adelantado- en delimitar si, efectivamente, las actuaciones realizadas por el tercero implican que haya actuado como administrador de hecho, lo que es una cuestión de índole fáctica y dependerá de la actividad probatoria que se despliegue por quien le imputa dicha actuación.

Sin perjuicio de la amplia casuística que se puede plantear, nuestros Juzgados y Tribunales ya han tenido ocasión de pronunciarse en relación con determinados presupuestos de hecho en los que se pretendía imputar a un tercero la condición de

administrador de facto respecto de una mercantil en situación de concurso de acreedores y, por ende, subordinar los créditos de su titularidad frente al concursado.

A modo de ejemplo, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 829/2016, de 27 de julio, en la que se resolvió que una entidad financiera que fiscalizó los pagos de un préstamo promotor con objeto de finalizar una promoción de viviendas no había actuado como administrador de hecho respecto de la entidad concursada y, por ende, no procedía la subordinación de sus créditos –en un supuesto de hecho similar, la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga, en su sentencia 400/2016, de 7 de julio, se pronunció en idénticos términos-. Y, para llegar a dicha conclusión, la Sala determinó que un control de pagos no conlleva la transformación de la entidad financiera en un administrador de facto por cuanto que no se acreditó que la Comisión ejecutiva de dicha entidad (i) impartiera instrucciones sobre la contabilidad o sobre la formulación de las cuentas anuales; (ii) interviniera en la selección o gestión de compradores; (iii) condicionara de forma sistemática las decisiones de los órganos sociales; ni (iv) realizara funciones de gestión o administración.

Por tanto, y sin perjuicio de los diversos presupuestos de hecho que pueden concurrir, hasta la fecha, la jurisprudencia mantiene un criterio restrictivo y prudente a la hora de imputar la administración de hecho a un tercero.

2.- Otra de las consecuencias que, en el seno de un concurso, puede conllevar la atribución de la administración de hecho a un tercero sería que este se viera vinculado por

una eventual calificación culpable del concurso, ya que los artículos 172 y 172 bis de la Ley Concursal incluyen, entre las personas afectas por la declaración culpabilidad, a quienes hayan actuado como tal. Si bien, esta responsabilidad concursal vendrá supeditada, en todo caso, a que concurren los presupuestos previstos en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal y que, a su vez, estos sean imputables al administrador de facto.

La problemática que encontramos en la sección de calificación para la imputación de responsabilidad al denominado administrador de hecho es doble, por cuanto que, en primer lugar, hay que determinar si, efectivamente, este tercero ha actuado como tal administrador de hecho y, una vez acreditada dicha circunstancia, habrá de relacionarla con los actos u omisiones (supuestos presuntivos "*iuris et de iure*" o "*iuris tantum*") por los que se ha calificado el concurso como culpable; ya que, puede suceder, que las causas de culpabilidad no le sean imputables. En efecto, parte de las conductas que dan lugar a la calificación culpable del concurso traen causa del incumplimiento de obligaciones legalmente impuestas al administrador de derecho (incumplimientos sustanciales en la llevanza de la contabilidad, incumplimiento en el deber de solicitar la declaración de concurso o el incumplimiento de la obligación de formular, auditar y depositar las cuentas) respecto de las que el administrador de hecho, al menos, formalmente, carece de legitimación.

Numerosa jurisprudencia ha analizado de forma conjunta la administración de hecho y su relevancia a efectos de calificación, si bien, debemos adelantar que la jurisprudencia se ha venido pronunciando en sentido contradictorio.

La figura del administrador de hecho y su incidencia en sede concursal

Así, la Audiencia Provincial de Córdoba, en su sentencia 123/2009, de 29 de junio, tras imputar la administración de hecho a un tercero, eximió de responsabilidad al mismo por considerar que la causa de culpabilidad - falta de formalización de las cuentas anuales-, no le era atribuible, ya que dicha obligación correspondía al administrador de derecho. No obstante, la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia 180/2015 de 9 de julio, tras considerar probada la actuación como administrador de hecho de un tercero, extendió la declaración de culpabilidad a éste por considerarle responsable de la existencia de grandes irregularidades en la contabilidad del deudor concursado.

Esta dicotomía parece haber sido superada a raíz de una de las últimas sentencias del Tribunal Supremo en esta materia –421/2015, de 22 de julio- en la que se abogó por imputar al administrador de hecho las responsabilidades derivadas de la existencia de irregularidades contables y del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (obligaciones que, en principio, pueden considerarse que corresponden al administrador de derecho). A tenor de todo lo expuesto, la conclusión que podemos alcanzar es que toda la problemática relativa a la administración de hecho remite a cuestiones fácticas y que, para su resolución, habrá de estarse a la circunstancias del caso concreto.