

CIRCULAR 2/2016

– SOCIETARIO –

LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DE HECHO: ALGUNAS CONSIDERACIONES PRÁCTICAS INQUIETANTES

La responsabilidad del administrador es uno de esos temas recurrentes en la práctica societaria y en la literatura jurídicas que, - es comprensible -, preocupa a los administradores de las sociedades mercantiles y ocupa a sus asesores, tanto en el plano preventivo, - qué debo hacer para no incurrir en esa responsabilidad -, como en el reactivo,- cómo me defiendo frente a una reclamación o cómo logro que un administrador desleal o negligente responda por sus desmanes -. Esa lógica preocupación, bien pasiva (soy demandado) bien activa (quiero exigir la responsabilidad), no debería sin embargo agotarse cuando se deja de ocupar formalmente el cargo de administrador. Dicho de otro modo, uno no debería estar tranquilo si no ostenta como tal el cargo de administrador pero en la práctica y de un modo efectivo es el que “manda” en la empresa, es decir, es su administrador de hecho. La última reforma general de la Ley de Sociedades de Capital, introducida por medio de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, aclaró y amplió el ámbito de esta figura, pero, más allá de la dicción legal, surgen en la práctica supuestos bastante frecuentes, y nos atrevemos a decir que poco considerados, en los que se plantea su aplicabilidad.

I. ¿QUÉ DECÍA Y QUÉ DICE AHORA LA LEY?

La redacción ya derogada del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital equiparaba la responsabilidad del administrador de derecho y del de hecho, pero no aclaraba qué debía entenderse por el segundo, limitándose a señalar que:

“Los administradores de derecho o de hecho como tales, 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.”

Tras la reforma se le da un mayor protagonismo a esta figura y se le dedica un apartado de nuevo cuño, el número 3 del precepto citado, que, literalmente, dispone:

“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.”

Así, lo que nuestros Tribunales¹ habían entendido, ante la ausencia de una definición legal de administrador de hecho, como aquellos que “sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades”; tras la reforma del año 2014 se aclara y se concreta, distinguiéndose dos supuestos:

- Los **administradores de hecho propiamente dichos**, es decir, el concepto tradicional mencionado, en el que se actúa frente a terceros como administrador sin serlo formalmente.
- Los **administradores ocultos o en la sombra**, entendiendo por tales aquellos bajo cuyas instrucciones actúan los administradores, es decir, justamente lo contrario, no aparecer externamente como administrador pero

¹ Valga por todas, por las múltiples citas que en la misma se contienen a pronunciamientos previos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012.

ejercer el cargo “de puertas adentro”.

II. ¿CUÁNDO NOS ENCONTRAREMOS ANTE UN ADMINISTRADOR DE HECHO?

Básicamente nos encontraremos ante esta figura cuando alguien ejerza de forma efectiva funciones propias de la administración de una sociedad y no se den en él los presupuestos formales necesarios por la legislación para poder hacerlo (nombramiento por la junta general, formalización del acuerdo y de su aceptación, inscripción en el Registro Mercantil y publicidad a través del Boletín Oficial del Registro Mercantil). Ello nos lleva a establecer una serie de elementos que nuestros Tribunales consideran que deben estar presentes para identificar y, en su caso, poder imputar responsabilidad a un administrador de hecho:

1. El desempeño de las tareas correspondientes al cargo de administrador, que habitualmente estarán más centradas en la gestión del negocio social².
2. El ejercicio de una actividad de gestión real y efectiva que ponga de manifiesto una verdadera participación en la administración de la sociedad.
3. La realización de una actividad de gestión que pueda considerarse permanente o continuada en el tiempo y no esporádica u ocasional.
4. Una actuación independiente o autónoma, no sometida a órdenes o instrucciones de otros sujetos u órganos sociales, gozando de iniciativa propia y poder suficiente para poder influir de manera determinante en la gestión de la compañía al mismo nivel o por encima de los administradores de derecho.
5. El conocimiento y consentimiento de la propia sociedad administrada, que no hace nada para impedir ni poner fin a la situación de la administración de hecho, que tolera y acepta como actos de la propia compañía.

² Las actividades de organización social relativas al funcionamiento de la compañía, tales como convocatorias de juntas, formulación de cuentas, ejecución o impugnación de

III. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS:

Sin embargo, como señalábamos al inicio, más allá de exponer las novedades de la reforma legal, vamos a plantear, con la experiencia que nos da el tener cierta perspectiva temporal, - la reforma entró en vigor en diciembre de 2014 -, una serie de cuestiones prácticas de frecuente aparición, que a buen seguro van o pueden generar cierta inquietud a los lectores de esta Circular:

a) ¿Puede llegar a considerarse administrador de hecho al socio mayoritario que impone un acuerdo social por el que se imparten instrucciones a los administradores para la realización de un acto o negocio?

La respuesta no puede ser más que afirmativa, es decir, sí puede llegar considerarse administrador de hecho a este socio de control. Ahora bien, para ello se requiere además, como vienen exigiendo nuestros Tribunales y señalábamos anteriormente, probar que el accionista o socio en cuestión:

- Ha ejercido una actividad positiva de gestión, no meras recomendaciones, que ponga de manifiesto una verdadera participación en la administración de la sociedad equivalente a la de los administradores, a quienes sustituye o con quienes colabora en un plano de igualdad (injerencia cualitativa).
- Ha realizado una cantidad de actos de administración suficientes que permitan mantener una sistemática intromisión en la gestión (injerencia cuantitativa).

b) ¿Puede tener la consideración de administrador de hecho la matriz de un grupo de sociedades que tiene el control y dominio de todas las filiales?

Nuevamente la respuesta es afirmativa: sí, se trata de una situación de claro riesgo en la que la matriz de un grupo puede llegar a considerarse administrador de hecho y responder por la gestión de su filial.

acuerdos sociales,... más difícilmente van a poder ser desarrolladas por el administrador de hecho al carecer de un nombramiento formalmente válido.

Ahora bien, ello no siempre es así, pues debe quedar acreditado por quien reclame que la toma de decisiones respecto del ejercicio de facultades de gestión y representación, - no las propias de la junta general que podría desarrollar normalmente la matriz -, la ha adoptado la sociedad dominante sin que los administradores de la filial hayan podido o querido interferir en ella

c) ¿Puede considerarse administrador de hecho al director general de una sociedad?

Desde luego ostentar ese cargo constituye una situación de riesgo, pues frecuentemente bajo esta figura se oculta un verdadero administrador de hecho. Sin embargo, será preciso analizar cada caso concreto para determinar el grado de autonomía del alto directivo. Así, si lo que hace es reportar periódicamente y las decisiones de calado requieren la aprobación de un tercero, sea o no el administrador de derecho, no concurre la nota de autonomía en la gestión que constituye presupuesto para considerarlo administrador de hecho.

De todos modos debemos hacer un inciso sobre esta figura, pues el apartado 4 del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, introducido como novedad en la ya citada reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, dispone que:

“Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella.”

En este caso, al margen de las consideraciones anteriores sobre la administración de hecho, la norma presume tras la reforma que, a efectos de responsabilidad, concurre la condición de administrador en el más alto directivo de la sociedad siempre y cuando: (1) el órgano de administración sea un consejo y, (2) no se haya nombrado consejero delegado.

d) ¿Y un apoderado general?

El mero hecho de ser apoderado con facultades generales amplias es un indicio de hallarnos ante una administración de hecho, por lo que esa sola circunstancia entraña en sí misma un riesgo.

Ahora bien, no es suficiente con ese indicio meramente formal, precisándose que concurren el resto de notas para apreciar esta figura, básicamente la autonomía en la toma de decisiones de gestión y el ejercicio efectivo y habitual de las más altas facultades representativas de la compañía.

Nótese que las previsiones del apartado 4 del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital que mencionábamos en el apartado c) precedente son plenamente aplicables al apoderado general, pues la norma se refiere a quien *“tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad”, “cualquiera que sea su denominación”*.

e) ¿Cabe que concorra esta figura en un acreedor respecto de la sociedad deudora?

No resulta extraño, de hecho ha sido algo bastante habitual en los últimos años, que en determinadas sociedades en crisis los acreedores con mayor exposición impongan determinados requisitos y ejerzan un estrecho control sobre la sociedad deudora a fin de mantener la financiación. Tal situación puede derivar en el ejercicio de auténticas facultades de gestión, aunque sea por control de la misma, entrañando en ese caso la posición del acreedor un claro riesgo de ser considerado un administrador de hecho.

Tal es así, que la propia Ley Concursal en su artículo 93.2.2º protege frente a este riesgo a los acreedores que hayan capitalizado a la sociedad deudora en determinadas circunstancias y considera que no *“tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición.”*

No nos encontramos pues ante un supuesto meramente teórico, pues la propia Ley Concursal contempla expresamente este riesgo y lo neutraliza siempre y cuando concurren unas muy concretas circunstancias y se cumplan unos estrictos requisitos legales. En todos los demás casos, que suelen ser los más abundantes en la práctica, el acreedor “controlador” puede verse expuesto al mismo régimen de responsabilidad

que el administrador de la sociedad deudora "controlada".

f) ¿Es posible que se considere administrador de hecho a una empresa franquiciadora respecto de sus franquiciados?

Aun no siendo un supuesto que suele darse en la práctica judicial, en aquellos sistemas de franquicia en los que el franquiciador ejerce un control absoluto y permanente sobre el negocio del franquiciado, debiendo someterse a su aprobación aspectos de la gestión propios de la administración de la sociedad dependiente y afectando con ello a su propia autonomía empresarial, pueden darse las notas que permitirían defender la existencia de una administración de hecho y, por ende, derivar la correspondiente responsabilidad al franquiciador.

g) Si el administrador de hecho es responsable, ¿queda exonerado el administrador de derecho?

Claramente no. El administrador de derecho que no ejerce sus funciones y permite que otro las desarrolle por él responde por ese solo hecho, que en sí mismo entraña una clara negligencia.

IV. DOS SITUACIONES Y DOS TIPOS DE RECOMENDACIONES

Con carácter general son dos las situaciones que pueden darse, aunque lógicamente los matices y particularidades del caso concreto son inagotables:

Situación 1:

Nuestro interés es vernos resarcidos patrimonialmente por la actuación negligente de un administrador, bien por ser socios de la sociedad que gestiona, bien por ser terceros que se relacionan con la misma (acreedores insatisfechos suele ser el caso más frecuente).

En este supuesto nuestro principal riesgo, al margen de la viabilidad de la propia acción judicial y de disponer de los correspondientes medios de prueba, es que el administrador causante del daño sea o devenga insolvente (en ocasiones esa insolvencia es deliberada al

nombrar como administrador a personas sin patrimonio).

Pues bien, no deberíamos conformarnos y darnos por vencidos y, entre otras posibilidades, sería muy recomendable verificar si la gestión real y efectiva del negocio está siendo desarrollada de forma permanente por otra persona. De ser así habrá que valorar si conviene y es viable dirigirse contra ella para exigirle responsabilidad como administrador de hecho.

Situación 2:

Tenemos cierta participación en la gestión del negocio de una sociedad, - por ser un alto directivo, un apoderado general, un socio mayoritario, un administrador de su matriz, un acreedor importante,...- , pero no somos administradores de la misma.

En este caso, si queremos estar tranquilos y no vernos afectados por una eventual exigencia de responsabilidad, convendría ponderar nuestra posición y rol en la empresa, pues podríamos estar incursos en una situación de claro riesgo si tras el correspondiente análisis jurídico se concluye que podemos ser considerados administrador de hecho. Además, no pensemos que ese riesgo potencial quedaría cubierto por la póliza de responsabilidad que la sociedad pueda haber contratado para sus administradores, pues las aseguradoras no cubren estas situaciones irregulares. Podemos por tanto encontrarnos en una situación incluso peor que la de los propios administradores de derecho.

El contenido de esta circular es meramente informativo y no pretende constituir asesoramiento jurídico alguno. Si pretende recibir tal asesoramiento, póngase en contacto con nosotros a través del correo electrónico alenta@alenta.com. Si no desea recibir más circulares de nuestro despacho, envíe un mensaje en tal sentido a la dirección de correo electrónico indicada.