

ADMINISTRADORES DE HECHO Y CONCURSO:

DA MIHI FACTUM, DABO TIBI IUS

D. LEOPOLDO JOSÉ PORFIRIO CARPIO

SUMARIO: I. Preliminar. II. Los administradores de hecho y la Ley Concursal de 2003: supuestos y presupuestos. 1. Introducción 2. Supuestos. 2.1. Derechos fundamentales del concursado persona jurídica. 2.2. Solicitud de declaración de concurso. 2.3. Deber de colaboración. 2.4. Acciones de responsabilidad ejercidas por el órgano de administración concursal. 2.5. Embargo de bienes y derechos. 2.6. Administrador concursal. 2.7. Créditos subordinados. 2.8. Concurso culpable. 2.9. Complicidad. 2.10. Responsabilidad por el déficit concursal. 2.11. Indemnización de daños y perjuicios. 2.12. Inhabilitación. III. Recapitulación y conclusiones.

I. PRELIMINAR.

Desde el 19 de julio de 2003, fecha de entrada en vigor de la 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 Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades cotizadas* -Ley más y mejor conocida por Ley de Transparencia, en adelante LT¹-, todo acercamiento al estudio y a la reflexión de cualquier institución jurídica o de materia legal relacionada con los administradores sociales ha de partir necesariamente de una atenta y adecuada meditación sistemática que tenga presente una correcta inteligencia de lo que se podría denominar, quizá impropia, el "*estatuto jurídico de los administradores de hecho*".

¹ B.O.E. núm. 171, de 18 de julio de 2003.

Y ello es así porque tan importante es el estudio del haz de derechos y deberes correspondientes a los *administradores de derecho*, entendiendo como tales aquéllos que ejercen las funciones propias del cargo tras su nombramiento conforme al respeto de los requisitos materiales (vigencia del cargo, incompatibilidades, prohibiciones...) y formales (nombramiento y publicidad) -esto es, los administradores con nombramiento válido y vigente- como el correspondiente a los sujetos que, sin título válido o con título válido pero ya caducado, ejercen en la práctica las actividades características del órgano de administración societaria.

La mención a la LT es ineluctable porque su artículo segundo², número 6 dió nueva redacción al artículo 133 LSA para incluir a los administradores de hecho como sujetos pasivos del ejercicio de una acción societaria de responsabilidad. A su tenor, - art. 133 LSA-:" 2. *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*".

Posteriormente, el 1 de septiembre de 2010 entró en vigor el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital -LSC-3, cuya disposición derogatoria única -Derogación de normas- derogó el citado Real Decreto 1546/1989, de 22 de diciembre. La nueva dicción del precepto de la LSA -133.2- es la siguiente: "Artículo 236. Presupuestos de la *responsabilidad*. 1. *Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán*

² Con la rúbrica "Modificación del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre".

³ Vid. B.O.E núm. 161 de 3 de julio de 2010,

personalmente 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".

Al margen y más allá de otras consideraciones⁴, podría concluirse que se introduce en nuestro Ordenamiento Jurídico la figura del administrador de hecho, pero no se la define, no se da su concepto; su primigenio refrendo legal en la LT exclusivamente se realizó con la única finalidad de extender el régimen de responsabilidad de los administradores de derecho de las sociedades capitalistas (anónimas -cotizadas o no- y limitadas) a los de hecho.

Mas dicho lo anterior es necesario realizar una matización: prior tempore, potior iure. En efecto, el refrendo legal de la figura conocida, ya legalmente como administrador de hecho, es un mérito que ha de ser atribuido, merecida y legítimamente, a la Ley 22/2003, de, 9 de julio, Concursal (LC)⁵. En efecto, en varios de sus preceptos, que serán convenientemente espigados, se levanta acta de legalidad a esta figura del administrador de hecho, aun cuando su prolongada *vacatio* (1-IX-2004) posibilitó que la extensión de la responsabilidad societaria a los administradores de hecho estuviese plenamente vigente desde el 19 de julio de 2003 y, por tanto, antes de la "incidencia concursal" de las actividades de aquéllos.

Como decimos, nuestro Ordenamiento Jurídico carece de un concepto legal de administrador de hecho, circunstancia que ha de ser valorada desde una perspectiva dual: una primera ciertamente favorable porque permite identificar situaciones reales

⁴ Véanse, "INFORME ALDAMA", Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, Madrid, 8 de enero de 2003 (www.nebrija.com), "INFORME OLIVENCIA", "Informe de la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades (El Gobierno de las Sociedades Cotizadas), Madrid, 26 de febrero de 1998 (www.nebrija.com) e INFORME CONTHE", "Informe del Grupo Especial de trabajo sobre buen gobierno de la sociedades cotizadas", Madrid, 19 de mayo de 2006 (www.iconsejeros.com).

⁵ B.O.E. núm. 164, de 10-VII.

de administración para, posteriormente someterlas, en su caso, al régimen de deberes y responsabilidades propio de los administradores de derecho sin el inconveniente de tener que ajustarse al "corsé" de las formalidades; y otra segunda desfavorable porque nunca se sabrá a ciencia cierta cuando se está en presencia de un verdadero administrador de hecho ante la ausencia de "rasgos legales definitorios" lo que, indudablemente, acarrea ciertos inconvenientes de certeza jurídica.

En esta línea se ha llegado a manifestar con gran precisión que "(S)i es verdad que, desde un punto de vista tradicional no se considera tarea del legislador definir los conceptos contemplados en las normas, no es menos cierto que el reconocimiento normativo del administrador de hecho, de manera plural y, a la vez, en el vacío, por lo que a su significado conceptual se refiere, entraña numerosos riesgos. Sobre todo en una época en la que, por influencia de la técnica legislativa anglosajona y también por razones de seguridad jurídica, se abunda, quizá, en exceso, en la recepción normativa de un concreto significado para cada figura regulada"⁶.

Esta pulsión entre múltiple presencia administradores de hecho y ausencia de un concepto legal permite, está permitiendo, diversas interpretaciones doctrinales. Para ser coherente con lo que posteriormente manifestaré no me detendré en analizar los numerosos estudios realizados sobre la administración de hecho; simplemente me limitaré a señalar que la carencia de un concepto legal de administrador de hecho admite y consiente, tal como sucede en otros casos similares en el seno de nuestro Derecho, una doble interpretación: una primera restrictiva, en virtud de la cual, y conforme a lo señalado en el Informe Aldama, sería administrador de hecho aquella persona que, en la realidad del tráfico económico, desarrolla las actividades propias de los administradores de derecho sin título o con título nulo o extinguido; y otra segunda,

⁶ Así, EMBID IRUJO, J. M. "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la ley de transparencia", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 685, 2004, pp. 2379-2413, especialmente, p. 2395.

extensa que incluiría una amplia tipología: administradores ocultos, administrador de sociedad dominante⁷, directores generales, representante persona física del administrador persona jurídica, administrador cesado, socio único de sociedades unipersonales, apoderados generales, socios de control...⁸.

Ante esta situación la doctrina ha señalado que nos encontramos frente a una figura de "perfiles confusos"⁹ o "poco claros"¹⁰.

A mi juicio, la interpretación que se compadece más con la finalidad esencial del concurso¹¹, esto es, con la satisfacción de los acreedores, es la interpretación extensiva ya que permite la ampliación del círculo de personas que podrán ser calificadas como administradores de hecho según la actividad que efectivamente desarrollen¹².

⁷ A mi juicio no hay traba legal alguna que impida a una persona jurídica ser considerada y calificada como administrador de hecho de otra. Ello requiere, aplicando un criterio funcional que posteriormente y, en su caso, facilite la prueba de "la presencia del elemento de influencia dominante de la primera sobre la segunda propia de las estructuras jerárquicas, así como que los actos de gestión llevados a cabo por la dominada obedezcan a instrucciones imperativas emanadas de la matriz" Vid. Auto AP Asturias, 1-II-2008 y STS 24-IX-2001. Vid. también las consideraciones realizadas por MAIRATA LAVIÑA. J. "Administradores de hecho en la Ley Concursal", Diario La Ley, Núm. 7332, Sección Tribuna, 1 de febrero de 2010, Ref. D-32, pp. 1-5

⁸ Sobre estas personas y otras, véanse, entre otros, DÍAZ ECHEGARAY, J. L. "El Administrador de Hecho...", cit. 78-87; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. "Comentario al artículo 172 de la Ley Concursal" en "Comentario a la Ley Concursal" (Directores, Ángel Rojo y Emilio Beltrán), Thomson-Civitas, Madrid, 2004, Tomo II, pp. 2574-2602, especialmente, pp. 2585-2587; LATORRE CHINER, N. "El administrador de hecho...", cit. pp. 55-152; MARTÍNEZ SANZ, F. "Ámbito subjetivo de la responsabilidad" en "La responsabilidad de los administradores (Directores, Ángel Rojo y Emilio Beltrán)", Tirant Lo blanch, Valencia, 2005, pp. 55-81, especialmente, pp. 70-81 y PERDICES HUETOS, A. B. "Significado actual de los <<administradores de hecho>>: los que administran de hecho y los que de hecho administran (A propósito de la STS de 24 de septiembre 2001 (RJ 2001, 7489), Revista de Derecho de Sociedades", 2002-1, pp. 277-287, especialmente, pp. 278-286.

Recientemente, se ha aportado una nueva y original clasificación que menciona e incluye a las siguientes personas como administradores de hecho: administrador oportunista, designado no inscrito, administrador notorio simple, apoderados generales (administrador notorio apoderado, administrador oculto apoderado), socio único, grupos de sociedades, administrador del administrador, administrador oculto parasitario, administrador abstencionista o aparente (administrador bausán, administrador florero, administrador testafarro, administrador estafermo, administrador matrioshka, administrador demediado) vid- PRADES CUTILLAS, D. "Administradores de hecho: tipologías no tan encubiertas", Diario La Ley Núm.. 7168, Sección Doctrina, 6 de mayo de 2009, Ref. D-160, pp. 9-17. Véase también AAP Asturias 1-II-2008.

⁹ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. "Los administradores en las sociedades de capital", Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 292.

¹⁰ MORILLAS JARILLO, M^a. J. "El concurso de las sociedades", Iustel, Madrid, 2004, p. 379.

¹¹ Vid. Exposición de Motivos LC, II, 4º párrafo.

¹² De ese concepto -ausente a lo largo de la LC -vid. al respecto las consideraciones de ALCOVER GARAU, G. "La calificación del concurso" en "Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal" (Directores: García Villaverde, Alonso Ureba y Pulgar Ezquerro), Madrid, Dilex, 2002, pp. 239-261, especialmente, p. 250.- y en otros textos legislativos -el Derecho Penal quiso y pretendió que el concepto de administrador de hecho lo ofreciera el Derecho Mercantil.; no se consiguió; véase. al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA Y LORENZO-VELÁZQUEZ, J. "Los delitos societarios. Un enfoque mercantil", Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 1996-, significativamente en la LSA, en la LSC y en la LT- sí puede encontrarse un cierto atisbo en la Memoria que acompañaba al Proyecto de Ley Concursal. Y así, señalaba: "*En la regla general (art. 163.1) se sobreentiende que el concepto de administrador de hecho es el acuñado por la doctrina y jurisprudencia penal (incluyendo en su caso a directivos y a todos aquellos que tengan un poder efectivo de gestión, aunque carezcan de facultades de representación de la sociedad o empresa deudora; en la*

Dentro de estas ideas preliminares quiero expresar claramente lo que no se pretende realizar ni conseguir con este trabajo: no es un estudio monográfico de la figura del administrador de hecho¹³, diferenciándolo de otras figuras afines, incluido el administrador de derecho; este esfuerzo intelectual ha sido ya acometido por la doctrina con resultados altamente satisfactorios¹⁴; tampoco se analizará, desde el punto de vista doctrinal, los rasgos configuradores del administrador de hecho; finalmente, el régimen jurídico del administrador de hecho en otros sectores de nuestro Ordenamiento Jurídico -tributario, penal, mercado de valores...- no va ser objeto de investigación¹⁵. Nuestro propósito es más limitado y humilde: se partirá de un hecho incontestable: a partir del año 2003 (ámbito societario) y del año 2004 (esfera concursal) se ha dado carta legal de reconocimiento a la existencia en el tráfico jurídico-económico del administrador de hecho y ello acarrea y supone, por lo que aquí interesa, algunos "problemas concursales" que deben ser analizados¹⁶.

*línea del art. 260 C.P. que habla de personas que actúan por él) y no tanto el mercantil (el de la DGRN) que usa esta expresión para referirse a los administradores cuyo nombramiento es nulo o se encuentra caducado"*¹².

Ese intento de ofrecer un concepto de administrador de hecho fue, atinada y certeramente, objeto de críticas; sin entrar en ellas, paso a transcribir la siguiente reflexión que comparto: " (...) De la referencia conceptual (...) cabe destacar, a nuestro juicio, un único acierto y algunas inexactitudes. El acierto lo conforma la mención al <<poder efectivo de gestión>> como elemento esencial del concepto de administrador de hecho. Los errores son, de un lado, la alusión al concepto acuñado por la doctrina y jurisprudencia penales, que no existe., y la limitación del concepto mercantil al manido caso de la caducidad del cargo (...) "- vid. LATORRE CHINER, N. "El administrador de hecho en las sociedades...", cit.49. Vid. también STS 14-IV-2009.

¹³ Estudio que, para ser profundo, requeriría un mayor número de páginas.

¹⁴ Vid. entre otros, DÍAZ ECHEGARAY, J. L. "Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital..." ,cit y "El Administrador de Hecho de las Sociedades", Aranzadi Editorial, Cizur Menor (Navarra), 2002; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. "El administrador de hecho y de derecho", Tirant lo Blanch, Valencia, 2007 y LATORRE CHINER, N. "El administrador de hecho en las sociedades...", cit. 49 y s.

¹⁵ Cfr., por todos, sobre esta materia, LATORRE CHINER, N. "El administrador de hecho en las sociedades...", cit. pp. 160-170.

¹⁶ Mas dicho lo anterior, no me resisto, sin embargo, a realizar unas breves consideraciones en relación con el apoderado general. La razón de ello estriba en la siguiente consideración: cada vez que es mencionado en la LC se hace para distinguirlo del administrador de hecho. El apoderado -o apoderado general- como representante voluntario del concursado aparece mencionado, salvo error u omisión, en siete artículos de la LC: 42.2, 93.2.2º, 117.2, 118.2, 165.2º, 166 y 184.7. **Item** más: incluso en los artículos 93.2.2º y 166, la LC distingue claramente entre administradores de hecho y apoderados generales ya que aparecen expresamente sendas expresiones; además, los supuestos de hecho tipificados en los artículos 93.2.2º, 165.2 y 166, que pueden dar lugar a la imposición de ciertas sanciones y prohibiciones, diferencian de nuevo de manera diáfana entre estas dos figuras.

Con ello quiero expresar que, **ad limine**, para la LC es difícil subsumir, hasta hacerlas identificar, las figuras del administrador de hecho y del apoderado. Cuestión distinta es que en la práctica pueda demostrarse que el apoderado general de una empresa- vid. art. 93.2.2º LC-, además de ser su representante voluntario, desarrolla realmente actividades encuadrables en el elenco correspondiente a las de un administrador de hecho - y, también, de derecho; la SAP Zaragoza 10-IX-2008 considera que:"(...) Tampoco el apoderado con amplias potestades de gestión se convierte por ello,

Más interés presenta para facilitar el análisis de las relaciones jurídicas derivadas de la presencia y actuación de los administradores de hecho en el concurso de la persona jurídica concursada, el escudriñamiento de la ya abundante y consolidada jurisprudencia emanada de nuestros Tribunales con relación a esta figura. Análisis jurisprudencial que, ante la ausencia de un concepto jurídico, se considera imprescindible para eliminar, o al menos, paliar la incertidumbre sobre los concretos perfiles y caracteres del administrador de hecho. La concreción de la figura desde una perspectiva jurisprudencial redundará, según pienso, en beneficio del "interés del concurso", sustanciado, esencialmente, en la satisfacción de los acreedores.

i) Tribunal Supremo

1. Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo la cualidad de administradores de hecho la tienen quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, esto es, disfruten de poderes de decisión de la sociedad, concretando en ellos los poderes de un administrador de derecho¹⁷. En este sentido, la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador sin observar

sin más, en un administrador de hecho. Sólo cuando el abuso de esos poderes en contra de las directrices del órgano de administración de la empresa, constituya a dichos apoderados en auténticos rectores de la vida social, se puede hablar de administrador de hecho" (...). Esta línea la STS 14-marzo-2007 (...). El administrador de hecho realiza funciones de dirección o decisorios y no meramente de cumplimiento de aquéllas. Hay administrador de hecho cuando usa fraudulentamente del apoderamiento adoptando decisiones autónomas que exceden de sus poderes o que contradicen abiertamente las directrices del órgano nominal de administración social (...). Aparece, pues, aquí un dominio autónomo de los mecanismos societarios que exceden del de un apoderado general y que -además tienen incidencia directa en el devenir de la situación de la sociedad (...)"-.

Con todo lo expuesto puede llegarse a la siguiente conclusión: **prima facie**, dentro de una interpretación, incluso extensa, del concepto de administrador de hecho no tiene cabida la figura del apoderado general, a no ser que el tráfico jurídico-económico ponga de manifiesto la identidad de funciones realmente desarrolladas por ambos- vid. SJM Barcelona 31-V-2006-.

¹⁷ STS 26-I-2007.

las formalidades esenciales que la Ley o los estatutos sociales exigen para adquirir tal condición¹⁸. Por tanto, administrador de hecho es la persona que, en realidad, manda en la empresa, ejerciendo los actos de administración, de obligación de la empresa (firmando cheques y pagarés)¹⁹ aunque formalmente sean realizados por otra persona que figura como su administrador²⁰.

2. No abarca, en principio, la condición de administrador de hecho a los apoderados²¹, siempre y cuando actúen regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos. En esta línea, los apoderados al no constituir órgano de la sociedad y al estar sus relaciones con la misma y con terceros regidas por las normas del mandato, no pueden ser considerados, *ab initio*, administradores de hecho²².

3. Mas la equiparación del apoderado o factor mercantil²³ al administrador de hecho es factible en aquellos supuestos en que la prueba acredite tal condición en su actuación²⁴. En este sentido, es necesario que se lleve a cabo prueba suficiente, directa o indiciaria, acreditativa de ostentar y actuar con la condición de administrador de hecho²⁵, extremo que es más evidente cuando la sociedad carezca de un efectivo administrador legalmente nombrado, ya que no resulta posible la existencia de una

¹⁸ Así STS 8-II-2008.

¹⁹ STS 26-V-2003; vid. también S del Juzgado de lo Mercantil (Córdoba) de 14-IV-2005 donde se afirma: "(...) lo que se desprende tanto de la documental obrante en autos como de la testifical practicada en el acto de juicio es que quien administra, formalmente y de hecho, y lleva la voz cantante en la sociedad es el Sr. (...): contrata con las empresas (...) que suministran la materia prima, suscribe las declaraciones relativas a aduanas e impuestos especiales, suscribe y presenta las declaraciones de IVA, deposita las cuentas en el Registro Mercantil, comparece ante los Juzgados en nombre de la sociedad (...) y se encarga de la reclamación de créditos que tiene la sociedad contra deudores...").

²⁰ Así STS 26-I-2007

²¹ Vid. SSTS 26-V-1988, 7-VI-1999, 30-VII-2001 y 8-II-2008.

²² STS 30-VII-2001.

²³ Vid. sobre el factor notorio, entre otras, las siguientes SSTS: 30-IX-1990, 19-VI-1981, 5-IV-1982, 5-VII-1984, 7-V-1993...

²⁴ Ello ocurre "(...) paradigmáticamente cuando se advierte un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento en favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia personas insolventes, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes, pero puede ocurrir también en otros supuestos de análoga naturaleza, como cuando frente al que se presenta como administrador formal sin funciones efectivas aparece un apoderado como verdadero, real y efectivo administrador social..." vid. SSTS 23-III-2006 y 26-II-2008.

²⁵ Vid. STS 26-V-1988; de su lado, la STS 7-VI-1999 resuelve una **litis** donde aparece un coadministrador de facto.

sociedad anónima que opere sin los órganos sociales previstos con carácter imperativo en la LSA²⁶. Por tanto, cualquiera que sea la persona figurante como administrador en la inscripción registral, el sujeto que, por contar la confianza de los otros socios, venía administrando la sociedad (realizando cobros y pagos, por cuenta de la sociedad con disponibilidad de sus cuentas bancarias) y de ello se deriva que pueda ser calificado como administrador de hecho²⁷.

4. Si los apoderados se limitan al ejercicio de sus funciones mediante una única actuación, de ello no podrá deducirse una actuación continuada requisito exigible para que se esté en presencia de un auténtico administrador de hecho²⁸.

5. Aquella persona que, no habiendo sido nombrada para el cargo de administrador, de hecho lo ejerza de forma encubierta y al amparo de unos poderes no inscritos en el Registro Mercantil será calificado como un administrador de hecho, es decir, de real administrador²⁹.

6. Para el Tribunal Supremo también tiene la consideración de administrador de hecho aquella sociedad anónima que, siendo socio único de otra asumía realmente de esta forma su gestión social³⁰.

7. Específicamente en materia de sociedades anónimas, se admite por la Jurisprudencia que Consejos de Administración que han rebasado su período de dirección puedan convocar juntas generales, entre otras razones por la necesidad social de regularizar los órganos de las sociedades y acomodarlos a la legalidad estricta³¹. En esta línea, conforme a una constante doctrina emanada por la Dirección General de los

²⁶ Véanse SSTs 24-IX-2001 y 22-III-2004.

²⁷ STS 4-V-1994.

²⁸ STS 8-II-2008.

²⁹ Vid. STS 7-V-2007.

³⁰ Vid. STS 24-IX-1991; vid. un comentario de ésta en PERDICES HUETOS, A.B. "Significado actual...", cit. pp. 277-287.

³¹ STSS 22-X-1974, 3-III-1977 y 27-X-1997. Concretamente la de 3-III-1977 considera que: "(...) es válida la convocatoria a Junta General de accionistas efectuada por el administrador de una sociedad anónima que continuó en el ejercicio de sus funciones aun después de transcurrido el plazo de duración de su cargo, en tanto no se efectivamente sustituido en éste por los consejeros nuevamente designados (...)".

Registros y del Notariado³², según la cual en atención al riesgo que para la sociedad implica un riguroso automatismo en el cese de los administradores una vez transcurrido el plazo por el que fueron nombrados, dando lugar a una situación de acefalía e inoperancia, unido al principio de conservación de la empresa, se permitiría la válida actuación de los administradores con cargo caducado. Para esta doctrina, dicho administrador podría ser calificado como administrador de hecho, y ello a los exclusivos efectos de proceder a la convocatoria de la junta general de accionistas.

8. Si el Tribunal de Instancia concluye que bajo la apariencia de apoderado o de factor mercantil se esconde el auténtico administrador de la sociedad, puede extender a éste los efectos perjudiciales de las normas relativas a la responsabilidad de los administradores de derecho. Para ello es necesario que de las pruebas practicadas se extraiga lógicamente tal conclusión³³.

ii) *Audiencias provinciales*

1. Con la expresión "administrador de hecho", tanto en la Ley de Sociedades Anónimas como en la Ley Concursal, "(...) el legislador ha querido incluir hasta su agotamiento cualquier posibilidad de intervención o injerencia en la administración de la sociedad por parte de quien no ostente formalmente el cargo, extendiendo la responsabilidad al autor de la misma sea cual sea su vínculo o relación con la sociedad en que interviene (...). Adaptando esta concepción a la finalidad concreta del concurso, lo determinante será establecer como probado que una actuación concreta, o una serie

³² Véanse RRDGRN 15-II-1999,4-VI-1998, 13-V-1998, 25-IV-1994, 7-XII-1993,11-VI-1992, 25-IV-1991, 12-V-1978, 30-V-1974, 24-V-1974 y 24-VI-1968(punto de partida de la doctrina señalada). Vid un estudio de alguna de estas resoluciones en OLIVARES JAMES, J. M. "En torno a los administradores de hecho en la sociedad anónima", Anales de la Academia Matritense del Notariado", Tomo XXI, 1978, pp. 267-333, especialmente, pp. 300-319.

³³ STS 26-V-1998.

continuada de ellas, del administrador o liquidador de hecho, dolosa o culposa, ha generado o agravado la situación de insolvencia³⁴.

2. La doctrina mercantilista exige "que la actuación del extraños suponga el ejercicio positivo de una labor de dirección, administración o gestión en la persona jurídica de que se trate, intervención que además debe revestir una importancia relativa en el ámbito de los negocios sociales pues no serían suficientes a tal fin actuaciones de escasa importancia para la compañía. A ello se le añaden las exigencias de una total autonomía decisional, sustituyendo o colaborando con los administradores formalmente designados, pero nunca de forma subordinada a ellos, así como la necesidad de que la actuación sea constante y continuada y no esporádica u ocasional"³⁵.

3. El administrador de hecho sustituye a los administradores legales o ejerce sobre ellos una influencia decisiva, de forma tal que rige de **facto** el destino de la sociedad, convirtiéndose en su verdadero rector; no es suficiente que se ejerciten funciones propias de un apoderado, tales como gestiones bancarias, con proveedores, pagos o cobros; son los datos de hecho los que determinarán si administraba o no y para ello será preciso averiguar: la participación efectiva en la gestión y administración de la sociedad; que la actuación ejercitada sea de dirección y desarrollo de la actividad empresarial; la presencia de una total y plena autonomía de decisión, sin subordinación a instrucciones de tercero, es decir, señalando sin injerencias la política empresarial a seguir y todo lo anterior de una manera constante, no sólo a través de hechos aislados esporádicos³⁶.

³⁴ Vid. SAP Córdoba 29-VI-2009.

³⁵ Vid. SSAP 1-II-2008 (Oviedo) y 17-VII-2008 (Vizcaya)

³⁶ Véanse SSAP Vizcaya 17-VII-2008, Zaragoza 19-III-2008, Barcelona 7-VI-2004.

4. No es descartable la condena de los apoderados o factores generales o singulares si se produce una prueba plena de su condición de administradores reales de la sociedad, en contraposición con la apariencia registral; en tal caso se puede hablar de “administrador-falso apoderado”³⁷. Esta construcción acude a la doctrina del “levantamiento del velo” que permite penetrar el substrato personal de las sociedades capitalistas para evitar los abusos provocados por determinadas interdependencias³⁸.

5. Si no se es simplemente uno de los encargados de gestionar la vida económica de la sociedad como apoderado de ésta, se puede estar en presencia de quien realmente dirige la marcha societaria como administrador de hecho³⁹.

6. Según se afirma, la mejor prueba “de quien efectiva y realmente dirigía y se hallaba detrás de la entidad (...) la hallamos (...) en que ya cuando había sido cesado como administrador y formalmente sólo se trataba de un accionista minoritario, continuaba siendo la persona autorizada para disponer de los fondos de la entidad y operar a través de las cuentas corrientes cuya titularidad éste ostentaba (...)”⁴⁰.

7. Se suele “definir al administrador de hecho por contraposición al de derecho, es decir, será administrador de hecho quien no esté nombrado formalmente para el desempeño de tales funciones, pero de “facto” las ejerza. Será del comportamiento del sujeto en relación con la sociedad de donde pueda extraerse o inducirse su cualidad de administrador de hecho. Ahora bien, el que se determine a través de la prueba practicada que a la gestión de la sociedad (...) han concurrido administradores de hecho,

³⁷ En esta misma línea, la SAP La Coruña 17-I-2000 manifiesta que: “(...) la realidad jurídica nos demuestra cómo, en numerosas ocasiones, se oculta, de forma fraudulenta o simulada, la condición real de administrador que ostenta un socio de la entidad, que de facto ejerce tan esencial función social llevando la gestión interna de dichas entidades (...)”.

³⁸ Vid. SSAP Teruel 22-XII- 1998, Zaragoza 28-XI-2000 y Madrid 4-X-2007; sobre la doctrina del “levantamiento del velo”, véanse entre otras las siguientes SSTs: 28-V-1984, 3-VI-1991, 20-VI-1991,16-III-1992, 8-IV-1996, 31-XI-1996, 25-II-1997, 15-X-1997... . De otro lado, y como es constante doctrina jurisprudencial, la institución del “levantamiento del velo” deberá tener siempre un carácter excepcional; por ello se pregona jurisdiccionalmente una aplicación “prudencial y según los casos”.

³⁹ Así SAP Valencia 27-IX-1999.

⁴⁰ Vid. SAP Palencia 18-XI-1998.

no supone necesariamente que se excluya de responsabilidad al administrador de derecho, pues podrá suceder que ambos concurren con su negligencia a la situación de la sociedad”⁴¹.

Pues bien, efectuada una sucinta revisión de las sentencias que, bajo mi criterio, resultan más clarividentes a la hora de fundamentar y detectar la presencia y la actuación del administrador de hecho, se está en condiciones de explicitar sus rasgos definidores: ejercicio efectivo de tareas de dirección y administración; plena autonomía decisional en sustitución o colaboración con los administradores de derecho y actividad constante y continuada en el tiempo. En definitiva, para la jurisprudencia, por encima de elucubraciones más o menos teóricas, administrador de hecho será aquella persona que *lleve la voz cantante en la sociedad*⁴².

II. EL ADMINISTRADOR DE HECHO Y LA LEY CONCURSAL DE 2003: SUPUESTOS Y PRESUPUESTOS

1. Introducción

Una vez delimitados, en la realidad del tráfico económico-jurídico, los perfiles o contornos jurídicos de lo que es o puede ser un administrador de hecho -o, al menos, de lo que no es o no puede ser-, se está en condiciones de arrostrar la tarea de indagar la repercusión de esta figura en la esfera concursal, no sin antes advertir que la cohesión interna y las costuras externas de nuestro Ordenamiento Jurídico exigen unos idénticos parámetros configuradores que puedan ser aplicados y trasladados a todos los ámbitos jurídicos. En otros términos, aquellas características que concurren en un administrador de hecho en la esfera societaria deben coincidir y repetirse en la parcela concursal: no

⁴¹ Véase SSAP Córdoba 12-I-2007 y 29-VI-2009; vid. también SAP Zaragoza 21-XI-2002.

⁴² Vid. SJM Córdoba 14-IV-2005.

hay un "concepto" -no puede haberlo- de administrador de hecho societario distinto y distante de su "concepto" concursal.

Pero antes hay que realizar una precisión: como se comprobará de inmediato, la referencia al administrador de hecho aparece expresamente recogida en la dicción legal de algunas preceptos, mientras que en otros la LC simplemente se refiere, genéricamente, a los *administradores de la persona jurídica concursada*. El atento jurista podría preguntarse si la ausencia de la mención expresa al administrador de hecho faculta para que, siempre y en todo caso, cuando la LC se refiera al administrador, sin más especificaciones, se pueda realizar una interpretación extensa, en cierto modo analógica, que incluya tanto a los derecho cuanto a los de hecho.

Es cierto que, según constante y arraigada doctrina casacional, "resulta improcedente estar a la analogía de un precepto cuando del mismo se derive pérdida de derechos"⁴³, pero no es éste el supuesto de hecho aquí considerado. A mi juicio, siempre que se realice la misma actividad, todos los que, de **facto** o de derecho, administren y gestionen la sociedad deberán someterse a la misma disciplina jurídica con independencia de ciertas formalidades.

¡Misma función, idéntico régimen jurídico! Ésta parece ser la lógica del Legislador, al menos del concursal.

2. Supuestos.

Las menciones legales a los administradores de hecho en las leyes concursales españolas están muy desperdigadas a lo largo de los dos textos legislativos. Ello requiere utilizar, si se acepta la expresión, "ojos transversales y atentos" que permitan detectar la presencia del administrador de hecho en la dicción legal de numerosos preceptos.

⁴³ Así STS 5-X-1963.

Es ésta la finalidad primordial del presente estudio: dónde se menciona, por qué se menciona y cuál es la trascendencia jurídica en sede concursal de la mención del administrador de hecho. Pasemos, por tanto, al estudio de los distintos supuestos.

2.1. Derechos fundamentales del concursado persona jurídica

El artículo 1.2 de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁴, prescribe en su artículo primero-*Efectos del concurso sobre derechos fundamentales del concursado*-que: "*1. Desde la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso necesario, a instancias del legitimado para instarlo, o desde la declaración de concurso, de oficio o a instancia de cualquier interesado, y tanto en los casos de suspensión como en los de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, el juez podrá acordar en cualquier estado del procedimiento las siguientes medidas*"

1ª. La intervención de las comunicaciones del deudor, con la garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso,

2ª. El deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio. Si el deudor incumpliera este deber o existieran razones fundadas para tener que pudiera incumplirlo, el juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias, incluido el arresto domiciliario.

3ª. La entrada en el domicilio del deudor y su registro".

Pues bien, en caso de concurso de persona jurídica, estas rigurosas y extraordinarias medidas "(...) podrán acordarse también respecto de todos o alguno de sus administradores o liquidadores, tanto de quienes lo sean en el momento de la

⁴⁴ Vid. B.O.E. núm. 164, de 10-VII.

solicitud de declaración de concurso como de los que hubieran sido dentro de los dos años anteriores"⁴⁵. También, pues, a los administradores de hecho.

La imposición de estas limitaciones, en las que no podemos entrar con detenimiento, que afectan a derechos fundamentales, exige previa audiencia del Ministerio Fiscal y una rigurosa motivación judicial; el auto judicial deberá estar, consecuentemente, motivado⁴⁶; en dicha motivación se contendrá la idoneidad de la medida, el resultado perseguido y la duración de ésta.

En todo caso, las medidas limitativas deberán cumplir con las exigencias de la STC 178/1985, de 19 de diciembre que, resumidamente, son las siguientes⁴⁷:

1ª) Si el artículo 1335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se interpreta como una habilitación al Juez para que motivadamente pueda adoptar la medida de restricción de libertad para proteger los bienes que la justifiquen, puede considerarse compatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24. 2 Constitución de 1978)⁴⁸.

2ª) El artículo 17.1 Constitución de 1978 no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no susceptible de restricciones. Lo que ocurre es que sólo la Ley puede establecer los casos y la forma en que la restricción o privación de libertad es posible, reserva de Ley que por la excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan, aun previstas en la ley, restricciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación⁴⁹.

⁴⁵ Vid. artículo primero.2 Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio.

⁴⁶ Vid. arts. 1.3 LORC y 9.3, 24.1 y 120.3 Constitución de 1978; vid. también art. 248,3º LOPJ.

⁴⁷ La legislación a la sazón vigente la constituía la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Ello no es óbice, entiendo, para que la doctrina constitucional emanada de dicha sentencia, puede ser aplicada, **mutatis mutandi**, en la actualidad.

⁴⁸ Vid. Fundamento Jurídico 2. **in fine**.

⁴⁹ Fundamento Jurídico 3. **in fine**.

3ª) El arresto carcelario es incompatible con el artículo 17.1 Constitución de 1978, pero no lo es la restricción de libertad que supone el arresto del quebrado en su propio domicilio por el tiempo indispensable para asegurar la finalidad del proceso de quiebra⁵⁰.

4ª) Por tanto, la duración de la privación de libertad en que consiste el arresto del quebrado deber ser, tan sólo, la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con que se ha decretado, y lograda esta finalidad, resultaría contrario al artículo 17.1 de la Constitución la privación de libertad⁵¹y

5ª) El artículo 1340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene una regla, a cuyo tenor, acabada la ocupación de bienes del quebrado, y el examen de sus libros, papeles y documentos concernientes al tráfico del quebrado, procede la soltura, alzamiento del arresto o concesión de salvoconducto. No podrá decirse que la tal medida privativa de libertad es de duración indefinida y, por esto, que es atentativa, por esta indefinición de la duración, a los que dispone el artículo 17.1 de la Constitución de 1978⁵².

La imposición por parte del Juez del concurso de las medidas contenidas en el artículo primero, apartado 2 de la Ley Orgánica 8/2003, tiene que respetar un límite infranqueable, cual es el de la proporcionalidad razonable entre el derecho a la libertad y su restricción en esos casos concretos⁵³; esa proporcionalidad permite que no se vulnere, en su caso, la presunción de inocencia de los administradores de hecho.

⁵⁰ Véase Fundamento Jurídico 3, **in fine**.

⁵¹ Vid. Fundamento Jurídico 4.

⁵² Fundamento Jurídico 4, **in fine**.

⁵³ Vid. sobre la STC 178/1985, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. "Pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre instituciones y cuestiones concursales" en "Estudios sobre la Ley Concursal (Libro homenaje a Manuel Olivencia)", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, Tomo I, Madrid, 2005, pp. 315-355, especialmente, pp. 335-337

2.2. Solicitud de declaración de concurso

Según disciplina el artículo 3.1, *in fine*, LC, "*Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud (de la declaración de concurso) el órgano de administración (...)*". De otro lado, el artículo 165.1º LC establece como uno de los supuestos donde se presume la existencia de dolo o culpa grave- salvo prueba en contrario- el hecho de que el administrador de la persona jurídica hubiese incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso.

A su vez, dicho incumplimiento -de este deber legal de solicitar el concurso- podría ser objeto de sanción con la presunción de la existencia de dolo o culpa grave en la generación o en la agravación del estado de insolvencia; si la presunción no se desvirtúa, el concurso se calificará como culpable⁵⁴.

Si el deudor es una persona jurídica el acuerdo o la decisión de solicitar la declaración de concurso es competencia legalmente atribuida al órgano de administración y ello sin previo acuerdo habilitador emanado de la junta de socios⁵⁵.

Retengamos lo subrayado: ciñéndonos a las sociedades capitalistas⁵⁶, la estructura del órgano al que se confíe la administración deberá determinar si se atribuye a un administrador único, a varios administradores que actúen solidariamente, a dos administradores que actúen conjuntamente o a un Consejo de Administración⁵⁷; comoquiera que el deber de solicitar la declaración del concurso no recae sobre los

⁵⁴ Vid. art. 164.1 LC.

⁵⁵ Véanse al respecto las consideraciones realizadas por ROJO FERNÁNDEZ-RÍO. A. "Comentario al artículo 3 de la ley Concursal" en "Comentario a la Ley Concursal" (Directores, Ángel Rojo y Emilio Beltrán), Thomson-Civitas, Madrid, 2004, Tomo I, pp. 194-224., pp. 203-206; en p. 203 afirma: "(...) Ciertamente, la competencia del órgano de administración de una sociedad de capital para solicitar la declaración judicial de concurso de la propia sociedad puede ponerse en duda a la vista de la modificación introducida por la Ley Concursal de algunas de las normas contenidas en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (...) que, en un redacción compleja y confusa, parecen trasladar esa competencia desde el órgano de administración hasta la junta de socios. Pero la interpretación literal de estas normas modificadas -que milita a favor de la competencia de la junta para decidir la presentación de la solicitud de concurso- debe decaer frente al hecho de que, en el articulado de la Ley Concursal (que es donde propiamente debe tratarse la materia), la regla de la competencia de los administradores (...) no tiene excepción alguna (...)"

⁵⁶ Véanse arts. 23,e) , 210 y 252 LSC.

⁵⁷ Art. 124 Reglamento del Registro Mercantil.

administradores *uti singuli* sino, antes al contrario, sobre el órgano de administración en cuanto tal órgano, cuando se haya adoptado la forma de "administrador único" como modo de configuración del "órgano de administración" de la sociedad, resulta evidente que la solicitud de declaración de concurso es decisión⁵⁸ -y competencia- única y exclusivamente del titular de ese órgano.

¿*Quid juris* cuando la persona designada cumpliendo las prescripciones legales como administrador único tiene el cargo caducado? ¿Estará legitimada para solicitar la declaración de concurso? ¿deberá hacerlo? Es evidente que estaríamos en presencia, siguiendo la doctrina emanada desde hace más de cuarenta años por la Dirección General de los Registros y del Notariado⁵⁹, de un administrador con cargo caducado que, en aras de evitar la acefalía de la sociedad, se le reconoció capacidad para convocar la junta general con el fin del nombramiento de nuevos administradores, siendo, desde este punto de vista, considerado por la doctrina registral como un administrador de hecho.

Según mi criterio, el administrador único -titular del órgano de administración unipersonal- de un concursado persona jurídica con cargo caducado pero no aún formalmente cesado⁶⁰ será competente para la solicitar la declaración judicial de concurso porque tiene un "interés legítimo" que se sustancia en el propósito de evitar que sobre él recaiga - o se derive- el ejercicio de una acción concursal de responsabilidad con fundamento en la aplicación conjunta de los artículos 164, 165, 166 y 172.3 LC. A tal fin, es de aplicación el contenido del artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a cuyo tenor: "Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e

⁵⁸ Los restantes modos de configuración del órgano de administración requieren el acuerdo.

⁵⁹ Vid RDGRN 24-VI-1968.

⁶⁰ Véase art. 147 RRM.

intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión"⁶¹.

2.3. Deber de colaboración

El artículo 42 LC *-Colaboración e información del deudor-* prescribe que: *1. El deudor tiene el deber de comparecer personalmente ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso. Cuando el deudor sea persona jurídica, estos deberes incumbirán a sus administradores o liquidadores y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. 2. Los deberes a que se refiere el apartado anterior alcanzarán también a los apoderados del deudor y a quienes lo hayan sido dentro del período señalado*".

Como se aprecia en la dicción legal del precepto, está ausente la referencia expresa a los "administradores de hecho" y dicha omisión podría plantear si ese triple deber de comparecer, colaborar e informar se extiende o no a éstos. La doctrina está dividida en este punto⁶², señalándose, de un lado, que el "ensanchamiento" de este deber a los administradores de hecho es incontestable ya que los administradores de hecho son los que realmente gestionan y administran la sociedad y ese deber la LC lo hace recaer simplemente sobre "los administradores", sin más especificaciones, mientras

⁶¹ Vid. también art. 11 LOPJ.

⁶² Se muestran partidarios de la extensión, QUINTANA CARLO, I. "El estatuto de los administradores de la sociedad durante el concurso" en "Las Claves de la Ley Concursal, (Quintana Carlo, I., Bonet Navarro, Á. y García-Cruces González, J. A., Directores), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2005, pp. 527-544, especialmente, p. 535 y s y MARTÍNEZ FLOREZ, A. "Comentario al artículo 42 de la Ley Concursal" en "Comentario a la Ley Concursal" (Directores, Ángel Rojo y Emilio Beltrán), Thomson-Civitas, Madrid, 2004, Tomo I, pp. 868-886, especialmente, p. 879 y s; en contra MORILLAS JARILLO, M^a. J. "El concurso de las sociedades... cit", 381 y s.

que de otro se manifiesta que "dada la índole sancionadora de muchos de estos preceptos, no parece que quepa la interpretación extensiva"⁶³.

A mi juicio, y ello para ser coherente con lo antes manifestado, parece que no admite duda razonable que, de igual modo, a los administradores de hecho les incumbe el cumplimiento de estos deberes de colaboración -entendidos en sentido amplio- con los órganos del concurso. Este aserto tiene en consideración los dos siguientes extremos⁶⁴:

1º) Si los deberes explicitados en el artículo 42.1 LC alcanzan también a los apoderados del deudor -y a quienes lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso- y el apoderado, *stricto sensu*, no está facultado legalmente para administrar la sociedad, parece de todo punto de vista lógico que aquellas personas que de *facto* realizan funciones de administrar y gestionar deban cumplir también con ese deber⁶⁵.

2º) En sede de calificación del concurso⁶⁶, se presume la existencia de dolo o culpa grave -presunción *iuris tantum*- si el administrador del concursado persona jurídica hubiese incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y con la administración concursal⁶⁷. Si la sentencia declarara el concurso como culpable, el artículo 172.3 LC podría condenar a los administradores de hecho de la persona jurídica concursada y declarada culpable a la responsabilidad por el "déficit concursal". En esta situación, "no tendría sentido que los administradores de hecho pudieran verse afectados

⁶³ Así, MORILLAS JARILLO, M^a. J. "El concurso de las sociedades...", cit. p. 380.

⁶⁴ Véanse también las ideas expresadas por QUINTANA CARLO, I. "El estatuto de los administradores de la sociedad durante el concurso...", cit. p. 535 y s y MARTÍNEZ FLOREZ, A. "Comentario al artículo 42 de la Ley Concursal...", cit. p. 879.

⁶⁵ Se ha señalado que: "(...) en cuanto al contenido y cumplimiento de estos deberes, habrá que modularlos en función de las facultades patrimoniales que conserve la sociedad declarada en concurso conforme a lo que dispone el artículo 40 LCon. No es lo mismo el supuesto de un administrador social que tiene intervenidas sus facultades que el de quien las tiene suspendidas; su deber de colaboración será distinto"; vid. QUINTANA CARLO, I. "El estatuto de los administradores de la sociedad durante el concurso...", cit. p. 535 y s.

⁶⁶ Vid. Título VI LC.

⁶⁷ Vid. art. 165, 2º LC.

por la calificación del concurso (con los consiguientes efectos sancionatorios que ello supone) y que, en cambio, no se vieran obligados por estos deberes que no tienen una finalidad sancionatoria, sino únicamente la de contribuir a alcanzar los fines del concurso"⁶⁸.

Según mi criterio, para considerar sujeto activo del cumplimiento del deber de colaboración e información al administrador de hecho del concursado persona jurídica ni siquiera se exige realizar una interpretación analógica ni extensiva del concepto de administrador -de derecho- sino que es suficiente estar a la letra del precepto y percatarse que los administradores de hecho se caracterizan precisamente por eso, porque administran o han administrado -"hayan desempeñado el cargo", en la dicción legal- dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

2.4. Acciones de responsabilidad ejercidas por el órgano de administración concursal

El artículo 48.2 LC-*Efectos sobre el deudor persona jurídica*-disciplina que: " 2. *Sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios*".

En consecuencia, el órgano de administración concursal está legitimado para entablar una acción social de responsabilidad durante la tramitación del concurso contra los administradores de hecho para reclamarles la eventual reparación de los daños ocasionados al patrimonio de la persona jurídica concursada -daños en la masa activa del concurso- debido a su actuación o conducta ilícita⁶⁹.

⁶⁸ Véase MARTÍNEZ FLOREZ, A. "Comentario al artículo 42 de la Ley Concursal..." cit. p. 879.

⁶⁹ A juicio de la doctrina -vid. QUINTANA CARLO, I. "El Estatuto de los administradores...", cit. p. 542- la existencia de esta acción no "(...) parece necesaria porque ya contamos con el artículo 54.1 LCon que permite a la administración concursal ejercitar todas las acciones que fueren necesarias

2.5. Embargo de bienes y derechos

Conforme a lo prescrito en el apartado 3 del artículo 48 LC: *"Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito".*⁷⁰

La propia Exposición de Motivos de la LC señala que el embargo de bienes y derechos de los administradores es el "(...) efecto más severo que la ley establece (...)"⁷¹. Se está, pues, en presencia de una medida cautelar especial⁷² en el sentido de que podrá acordarse de oficio por el Juez del concurso; la medida consistirá en cubrir el déficit concursal ex artículo 172.3 LC.

El artículo 48.3 LC⁷³ debe ponerse en relación con el artículo 164 LC que disciplina los títulos de imputación de culpabilidad y también con el 172.3º LC que regula la responsabilidad de los administradores -de derecho y de hecho- por el déficit concursal.

Esta técnica cautelar de garantía "(...) incardina el embargo preventivo dentro de las medidas cautelares, pues pretende garantizar la efectividad del eventual pronunciamiento de condena de la pieza de calificación del concurso, pero que se rige

en defensa del patrimonio del deudor. Por supuesto, el procedimiento para el ejercicio de estas acciones no sería el incidental regulado en los arts. 192 a 196 LCon, sino que sería el declarativo ordinario correspondiente sin que les afectase para nada la formación de la sección de calificación".

⁷⁰ En este sentido, se ha dicho que "(...) es necesario que los indicios para tal previsión sean serios, fundados (...)"; AJM Núm.1, Bilbao, 12-VII-2007.

⁷¹ Vid. III, párrafo 6º

⁷² Véase art. 721.2 LEC.

⁷³ Vid. un análisis del precepto en BELTRÁN SÁNCHEZ, E. "Comentario al artículo 48 de la Ley Concursal" en "Comentario a la Ley Concursal" (Directores, Ángel Rojo y Emilio Beltrán), Thomson-Civitas, Madrid, 2004, Tomo I, pp.960-988.

por requisitos específicos y genéricos. Unos son propios de esta medida, como es la posibilidad de acordarla de oficio, lo que no es posible según el régimen general de la LECiv (...), con la lógica consecuencia de la no necesidad de caución propia del régimen general (art. 728.3 LECiv), sin que sea preciso esperar al informe de la calificación del concurso del artículo 169.1 LC y ni siquiera a la apertura de la sección de calificación (arts. 163 y 167 LC); y otros animan la adopción de cualquier medida cautelar, como el peligro en la mora y la apariencia de buen derecho (art. 728 LEC), que se entienden ya subsumidos en la especial situación que describe el artículo 48.3, es decir, una fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas; o la admisión de la posibilidad de caución sustitutoria, aunque restringida por el legislador a un aval de entidad de crédito⁷⁴.

El peligro por la demora procesal (*periculum in mora*) justifica que el embargo puede decretarse por el Juez desde la declaración del concurso de la persona jurídica, esto es, en cualquier momento de la tramitación del procedimiento concursal.

En relación con la apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) es preciso la insuficiencia de la masa activa para satisfacer todas las deudas y la concurrencia de fundados indicios de que el concurso puede ser declarado culpable. Ello procede ex artículo 164.1 LC cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave, en caso de persona jurídica, de sus administradores de derecho o de hecho⁷⁵.

Consecuentemente el precepto está vinculando la responsabilidad concursal con la observancia del deber de diligencia que ha de cumplir el administrador -de derecho o de hecho- en el ejercicio efectivo de las actividades inherentes a su cargo,

⁷⁴ Vid. AAP Barcelona, 30-III-2006. Véanse también, AJM Barcelona 18-II-2005, AJM Barcelona 5-V-2005 y AJM Cádiz 5-V-2006.

⁷⁵ Vid. AAP Islas Baleares 10-IV-2007.

independientemente, por tanto, de la observancia de los requisitos legalmente establecidos para el nombramiento de dichos administradores⁷⁶.

Como decimos, la redacción del artículo 48.3 LC otorga al Juez concursal, de manera ciertamente discrecional, la posibilidad de establecer, como medida cautelar, el embargo de bienes y derechos de los administradores de la persona jurídica deudora. Con ello se pretende garantizar la efectividad de la sentencia de calificación -en fase de liquidación- en su eventual pronunciamiento prescrito en el artículo 172.3º LC a cuyo tenor se podrá condenar a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.

Resumidamente los requisitos de la medida cautelar, algunos de ellos dependientes de la motivada discrecionalidad del Juez del concurso, son⁷⁷:

1) Que se haya dictado auto declaratorio del concurso, instante que constituye el inicio de la posibilidad de adoptar la medida.

2) Que se de la fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable⁷⁸.

3) Que se de la fundada posibilidad de que la masa activa no sea suficiente para pagar las deudas⁷⁹.

⁷⁶ De otra parte, la eventual declaración de la responsabilidad concursal de los administradores "sólo es posible si la apertura de la pieza de calificación obedece a la apertura de la liquidación, de forma que se excluye cualquier pronunciamiento sobre dicha responsabilidad en la sentencia en los casos de convenio, cualquiera que fuera el acuerdo alcanzado, sea éste más o menos gravoso (..)"; así AAP Barcelona 30-III-2006.

⁷⁷ Véase AAP Tarragona 21-II-2006.

⁷⁸ Lo que implica que el Juez del concurso deba fundamentar adecuadamente la referida posibilidad; ello viene a restringir, parcialmente, su libre arbitrio en consonancia con el carácter restrictivo y especial de la medida.

⁷⁹ Lo que implica que la responsabilidad que trata de garantizarse es de naturaleza subsidiaria. En este sentido la fundamentación judicial deberá abarcar la culpabilidad del concurso y la insuficiencia de la masa activa.

4) Que las personas contra quienes se dicte la medida cautelar de embargo sean administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, del concursado, o lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración judicial de concurso.

En definitiva, a los efectos de este estudio, el artículo 48.3 LC, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 172.3º LC, "en cuanto que medida instrumental la primera encaminada a asegurar la responsabilidad concursal exigida en la segunda"⁸⁰, extiende su ámbito subjetivo de aplicación tanto a los administradores de hecho vigentes en sus actuaciones en el momento de declaración de concurso cuanto a los que hubiesen tenido y ejercido esa condición dentro de los dos años anteriores a esta declaración.

El precepto garantiza, en última instancia, la responsabilidad de los administradores de hecho fijando como medida cautelar el embargo de sus bienes y derechos que, a solicitud de ellos, podrá ser sustituido por aval de entidad de crédito⁸¹.

Una postrera consideración: el Juez del concurso no se ve compelido a embargar la totalidad de los bienes de todos los administradores de hecho, es decir, "no tendrá por qué embargar los bienes de todos los administradores y/o liquidadores ni deberá hacerlo en la misma cuantía"⁸².

2.6. Administrador concursal

Según dispone el artículo 28.3 LC el "*(...) nombramiento del administrador concursal acreedor no podrá recaer en persona especialmente relacionada con el deudor (...)*"; si bien es cierto que el precepto establece esta incompatibilidad sólo expresamente en relación con el administrador concursal acreedor, no admite duda razonable que también los administradores técnicos son incompatibles para el ejercicio

⁸⁰ Vid. AAP Asturias 1-II-2008.

⁸¹ Dicho aval es una caución sustitutoria regulada en los arts. 746 y 747 LEC.

⁸² Así BELTRÁN SÁNCHEZ, E. "Comentario al artículo 48 de la Ley Concursal...", cit. p. 979; el Juez del concurso deberá "(...) fundamentar la consideración del sujeto cuyos bienes sean embargados como administrador de hecho, a cuyo fin deberá valorar todo lo actuado en el procedimiento(...), vid. op. cit. p.979.

del cargo de administrador concursal si están "especialmente relacionados con el concursado".

Por lo que respecta al análisis de la expresión "*especialmente relacionados con el deudor*", hay que acudir al artículo 93 LC donde se explicitan las "personas especialmente relacionadas con el concursado"; en su apartado 2. 2º se prescribe que se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: "(...) *Los administradores, de derecho o de hecho, (...) así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso*".

Como señalo el artículo 28.3 LC acota el supuesto de hecho a la designación del *administrador concursal acreedor* y no en relación con los restantes *administradores técnicos-profesionales*. De otro lado, este precepto, a pesar de que carece de una remisión expresa, ha de conectarse, según mi criterio, con el contenido del artículo 93 LC.

De la aplicación conjunta de ambos preceptos se deduciría, **prima facie**, que cuando el concursado fuera una persona jurídica no podría ser nombrado administrador concursal un determinado tipo de administrador societario.

He afirmado que en el texto del artículo 28.3 LC no hay una remisión expresa al artículo 93 LC, tal como sí sucede en el apartados 4 y 5 del precepto. En este sentido, la ausencia de remisión al artículo 93 LC para valorar la vinculación personal entre administrador concursal y concursado admitiría una doble interpretación: o ha sido un olvido del Legislador, o bien es una concesión, otra más, al poder discrecional del Juez del concurso, quien, caso por caso, deberá apreciar si se da efectivamente esa "especial relación".

A mi juicio, la interpretación correcta es la primera y, así, parece obligada la remisión al artículo 93 LC donde se explicita la lista de personas que legalmente se

consideran especialmente relacionadas con el concursado: el Juez del concurso verá limitada su discrecionalidad por la definición legal inserta en el artículo 93 LC⁸³.

Con ello quiero manifestar que quien desempeñe o haya desempeñado el cargo de administrador de hecho del deudor persona jurídica dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, es, en todo caso, una "persona especialmente con el concursado" y, por tanto, incompatible para ejercer el cargo de administrador concursal. Que el artículo 28.3 LC carezca de una remisión expresa al artículo 93 LC no puede dejar la espita abierta a interpretaciones claramente contrarias a uno de los principios del órgano de administración concursal, su actuación objetiva e independiente en "interés del concurso".

Por otra parte, esta expresión legal ("persona especialmente relacionada con el deudor") no admite prueba en contrario. Lo explico: si se es o se ha sido administrador de hecho de la persona jurídica, se está dentro de la categoría legal de la persona especialmente relacionada con el deudor y, en consecuencia, este hecho supone una causa de incompatibilidad para ser nombrado administrador concursal.

En este sentido corrobora la interpretación por mí realizada la sentencia de 14 de julio de 2006 del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao núm. 1; dicha resolución judicial ha señalado, con ocasión de la pretensión de la parte actora de realizar una interpretación restrictiva y no automática del artículo 93 LC, que: "(...) No es admisible tampoco la pretensión de que al utilizar la norma la expresión 'se consideran personas especialmente relacionadas...', haya de hacerse un ejercicio de reflexión sobre el caso concreto, dada la significación que la Real Academia Española da al verbo considerar. Aunque en una primera acepción consista en 'pensar, meditar, reflexionar algo con atención y cuidado', y en la tercera 'juzgar, estimar', el tiempo verbal utilizado, su

⁸³ Vid. al respecto las consideraciones realizadas por TIRADO MARTÍ, I. "Los administradores concursales", Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2005, pp. 441-443

ubicación en un texto legal, y la falta de previsión de excepción (...) permiten concluir que el legislador quiso establecer un supuesto de aplicación automática, sin permitir prueba en contrario (...)".

En consecuencia, el nombramiento de administrador concursal, cualquiera que sea su naturaleza técnica o no, no podrá recaer en persona especialmente relacionada con el concursado, en este caso en un administrador de hecho.

2.7. Créditos subordinados

También la figura del administrador de hecho tiene relevancia e incidencia en sede de clasificación de los créditos. En este punto y conforme a lo proclamado en la Exposición de Motivos LC, "(L)a regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias del concurso (...). Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas"⁸⁴.

Los créditos titulados por los administradores de hecho del concursado persona jurídica, -así como quienes lo hubiesen sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso- se califican como créditos subordinados. Dichos administradores de hecho se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado⁸⁵.

Por lo demás, los créditos subordinados se configuran como una de las excepciones negativas que la LC admite a la regla general antes mencionada de la **par conditio creditorum**. Estos créditos subordinados -nueva categoría introducida por la

⁸⁴ Vid. la Exposición de Motivos LC -V, párrafo 1°.

⁸⁵ Véanse arts. 92.5° y 93.2.2° LC.

LC- "merecen quedar postergados tras los ordinarios por la condición personal de sus titulares (personas especialmente relacionadas con el concursado)"⁸⁶.

2.8. Concurso culpable

El artículo 164.1 LC disciplina que: *"1. El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso, de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho"*⁸⁷.

Los requisitos para que proceda la declaración de concurso culpable en relación con los administradores de hecho son los siguientes⁸⁸:

1º) Comportamiento activo u omisivo de los administradores de hecho de la persona jurídica deudora⁸⁹.

2º) Generación o agravación del estado de insolvencia.

3º) Que sea imputable a los administradores de hecho a título de dolo o culpa grave, quedando excluida la culpa leve y

4º) Que se establezca un nexo causal entre la conducta del administrador de hecho afectado por la calificación y la generación o agravación del estado de insolvencia⁹⁰.

⁸⁶ Vid. Exposición de Motivos LC V, párrafo 3º.

⁸⁷ Vid. en relación con las presunciones de dolo o culpa grave y su incidencia en el administrador de hecho lo señalado **supra** a propósito del deber de colaboración (art. 42 LC); véase también SAP Las Palmas, 6-III-2009.

⁸⁸ Vid. SJM Madrid 16-II-2006.

⁸⁹ Véase art. 164.2 a propósito de la comisión u omisión de los determinados hechos de calificación del concurso de acreedores como culpable.

⁹⁰ Al respecto, se ha manifestado que: "(...) para que pueda ser considerado persona afectada por la calificación de culpabilidad del concurso, habrá que considerar probado que actuó como administrador de hecho, con posterioridad al 1 de septiembre de 2004, en relación con los supuestos por los que se califica el concurso como tal; a saber: a) incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad, ex artículo 164.2.1 de la Ley Concursal; b) inexactitud grave en la aportación documental a la que está obligada el deudor, a tenor del artículo 164.2.2 de la misma Ley; c) incumplimiento del deber de declaración del concurso (artículo 165.1º de la ley Concursal); d) incumplimientos contables (artículo 165.3º de la misma Ley) (...)". Así, SAP Córdoba 29-VI-2009; vid. también SAP La Coruña 13-X-2008.

2.9. Complicidad

Se considerarán cómplices las personas que "*con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable*"- art. 166 LC-.

Con esta dicción legal el precepto declara cómplice⁹¹ a la persona que con dolo o culpa grave hubiese cooperado con el administrador de hecho de la persona jurídica concursada a la realización de un acto que haya fundado la calificación como culpable del concurso de acreedores⁹². Se exige, en consecuencia, que el tercero tenga clara conciencia de causar un perjuicio efectivo y evidente a los legítimos derechos e intereses de los acreedores.

El supuesto de hecho contemplado en el artículo 166 LC regula la complicidad que podría ser calificada como *pasiva* del administrador de hecho. Con esta aseveración quiero decir que el precepto señala cómplice a la persona que con dolo o culpa grave coopera con el administrador de hecho a la ejecución de un acto que fundamente la calificación de culpabilidad de concurso. El artículo considera cómplice al tercero cuando y porque colabora con el administrador de hecho que ya previamente ha sido declarado -por la sentencia que califique el concurso como culpable- como persona afectada por la calificación de culpabilidad⁹³.

⁹¹ Para el Derecho Penal, son cómplices -ex art. 29 Código Penal- "(...) los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución de hecho con actos anteriores o simultáneos".

⁹² Al respecto se ha considerado que, en atención al "(...) realismo de que hace gala la Ley, este precepto acoge ciertas precisiones para el supuesto de complicidad en el concurso culpable cuando el deudor fuera una persona jurídica. Así, y en los supuestos en que una persona jurídica fuere calificada como concursado, merece igual consideración como cómplice el tercero que colaborara con los administradores o liquidadores, sean de hecho o de derecho, que hubieran llevado a cabo, con el dolo o la culpa grave exigidos, aquellos actos que por su incidencia en la causación o agravamiento del estado de insolvencia desencadenan la calificación del concurso como culpable"; así, GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A. "Comentario al artículo 166 de la Ley Concursal" en "Comentario a la Ley Concursal...", cit. Tomo II, pp. 2540-2544, especialmente, p. 2542

⁹³ Vid. art. 172.2, 1º LC.

La jurisprudencia ya ha tenido ocasión de pronunciarse, parcialmente, sobre el contenido y el alcance del artículo 166 LC⁹⁴; un resumen de ella podría ser el siguiente:

1º) Se pone de relieve, primeramente, la absoluta independencia entre los órdenes penal y civil en este ámbito de aplicación del Derecho.

2º) Se afirma que debe rehuirse de una interpretación del concepto de *complicidad concursal* asimilándolo sin más a su concepto penal.

3º) Se manifiesta que sólo con especial cuidado y gran atención sería lícito trasladar el concepto complicidad penal a este campo mercantil del concurso, dado que la doctrina jurisprudencial pone también de relieve que el "concepto de complicidad concursal es claramente más amplio que el penal, pues las conductas que no responden al concepto penal estrictamente considerado de la complicidad que encierren comportamientos propios del encubrimiento no repugnan al concepto homólogo de la complicidad, que se fundamenta sobre todo en la idea de cooperación, de cualquier clase que sea, que es la conducta propia esencial de la definición, debiéndose incluir en la misma cualquier supuesto en que se agrave, incluso por mero ocultamiento, la realidad de la situación patrimonial y financiera del deudor, sin que ello pueda en modo alguno prejuzgar en absoluto la calificación de la conducta de los mismos como hecho típicamente punible, pues la primera despliega sus efectos sólo en el ámbito estrictamente privado, que son razonamientos que justifican aún con mayor razón la necesidad de incardinar la conducta descrita (...) en aquel artículo 166 de la Ley Concursal (...)" ⁹⁵.

⁹⁴ Vid. SAP Zaragoza 8-X-2007.

⁹⁵ Véase Fundamento de Derecho segundo, **in fine**, SAP Zaragoza 8-X-2007.

2.10. Responsabilidad por el déficit concursal

Según estatuye el artículo 172.3º LC -artículo calificado como *complejo* por la SJM núm. 5 de Madrid de 16 de febrero de 2006- LC: "*Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa*".

Por tanto, tal como afirma la SJM de Madrid de 16-II-2006, para que proceda la condena al pago de los créditos no satisfechos en sede de liquidación de la masa activa, han de concurrir los presupuestos legalmente exigidos para valorar "la procedencia subjetiva y cuantitativa de la condena a la cobertura del déficit", a saber: concurso de persona jurídica, que se abra la sección como consecuencia de la apertura de la liquidación, que el concurso merezca la calificación de culpable y que exista insuficiencia de la masa activa para satisfacer íntegramente los créditos de los acreedores concursales.

Ya hemos tenido ocasión de señalar que la primera norma que dió carta de naturaleza legal a la figura del "administrador de hecho" fue la LC, más comoquiera que su entrada en vigor se defirió hasta el 1 de septiembre de 2004, fue la LT -que entró en vigor el 19 de julio de 2003- la que por mor de la modificación producida en el artículo 133.2 LSA -actual 236.1 LSC- extendió legalmente, por primera vez, la responsabilidad societaria a los que "actuaran como administradores de hecho". Esta coincidencia temporal en el año 2003 del reconocimiento del administrador de hecho junto con el de derecho -definido por el artículo 133.2, in fine, LSA, como quien formalmente ostente con arreglo a la LSA la condición de administrador- requiere una inicial precisión: la

disciplina jurídica de la responsabilidad establecida en el artículo 133 LSA, tras su reforma por la LT, se ceñía a quienes fueran administradores- de hecho o de derecho- de sociedades capitalistas, esto es, sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones; frente a ello, el régimen de responsabilidad concursal ex artículo 172.3 LC se aplicaba sobre aquellas personas que administraban de hecho o de derecho la persona jurídica declarada en concurso y, en consecuencia, el contenido del precepto regía, además de en las anteriores, también en las sociedades mercantiles personalistas (regular colectiva, comanditaria simple), en las sociedades civiles, en las cooperativas, en las sociedades de garantía recíproca y en las agrupaciones de interés económico; y también en las fundaciones y asociaciones en cuanto personas jurídicas revestidas con formas no societarias. En conclusión: el artículo 172.3 LC extendió el ámbito concursal de aplicación a un círculo más amplio de administradores⁹⁶.

La sección de calificación tiene por objeto la declaración del concurso de acreedores como culpable o fortuito; exclusivamente en el primer caso, la sentencia deberá identificar o determinar las personas afectadas por dicha calificación de culpabilidad y, en su caso, también a los cómplices; finalmente, la sentencia deberá pronunciarse en relación con los efectos personales y patrimoniales previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 172 LC.

Conforme a la opción legislativa adoptada, el precepto carece, tal como se ha venido señalando en otros apartados del trabajo, de un concepto o definición sobre quien sea "administrador de hecho"; mas, sin embargo, el 172.2.1º, *in fine*, LC prescribe que: *"Si alguna de las personas afectadas (por la calificación) lo fuera como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora, la sentencia deberá*

⁹⁶ Ello origina problemas de transversalidad entre ambos sectores del ordenamiento Jurídico (societario y concursal) sobre todo en este tema del régimen de responsabilidad de administradores. Vid. al respecto, las ideas expresadas por QUINTANA CARLO, I. "El Estatuto...", cit. p. 529

*motivar la atribución de esa condición*⁹⁷. Esta circunstancia supone, a juicio de la doctrina, "una gran aportación desde el punto de vista de la seguridad jurídica"⁹⁸, pero, de igual modo, pienso en la incertidumbre que supone estar siempre al albur de lo que puedan decidir los tribunales acerca de la real presencia de un administrador de hecho.

Por lo demás, y en puridad, tal exigencia legal es innecesaria por redundante: en efecto, conforme al contenido de los artículos 248.3º LOPJ y 120.3º de la Constitución, todas las sentencias habrán de motivarse... también las concursales⁹⁹.

Por lo que a nuestro estudio interesa, de la dicción legal del precepto se concluye que también sobre los administradores de hecho recaerán los efectos jurídicos que se deriven de la calificación culpable del concurso. Por ello, y a pesar de que la LC no exprese claramente quiénes pueden ser las personas afectadas por la calificación de culpabilidad, una interpretación sistemática y teleológica de los artículos 164.1 y 172. 2, 1º y 3º LC faculta para deducir que cuando se declare en concurso a una persona jurídica las únicas personas que pueden verse afectadas por la calificación de culpabilidad serán sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho¹⁰⁰.

El apartado 3 del artículo 172 LC, -no se olvide ubicado en sede de calificación del concurso- regula un nuevo supuesto de responsabilidad, en este caso, concursal de los administradores de las personas jurídicas concursadas. Dicho apartado plantea importantes problemas que requerirían su estudio pormenorizado: pienso en el tema de la coordinación entre la responsabilidad societaria y concursal, en el fundamento y en

⁹⁷ Según se afirma, "(N)o basta, pues, una justificación genérica sobre tal cualidad (...)" ; así GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A. "Comentario al artículo 172 de la Ley Concursal" en "Comentario a la Ley Concursal...", cit. p. 2581.

⁹⁸ Así, LATORRE CHINER, N. "El administrador de hecho...", cit. p. 48.

⁹⁹ El art. 248.3 LOPJ prescribe que: "Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último el fallo. Serán firmadas por el Juez, Magistrado o Magistrados que las dicten". De su lado, el art. 120. 3º C-78 señala: "Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública"; vid. sobre este precepto, entre otras, las SSTC 1/1991 de 14-I, 13/1996, de 21-I, 24/1996, de 13-II, 46/1996, de 25-III y 71/1996, 24-IV-.

¹⁰⁰ Vid. también, con otros argumentos adicionales y fundamentados, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. "Comentario al artículo 172 LC" en "Comentario a la Ley Concursal...", cit. pp 2580-2582.; vid. también SJM 16-II-2006 (Fundamento Jurídico sexto).

los presupuestos de la responsabilidad, problemas sobre el régimen de la responsabilidad concursal y, en última instancia, sobre la misma naturaleza jurídica de esta nueva responsabilidad concursal (si se está en presencia de una responsabilidad ex lege con finalidad sancionadora o delante de una responsabilidad por daños de naturaleza indemnizatoria)¹⁰¹.

De todos ellos, el relativo a la coordinación de sendas responsabilidades es el que, quizá, ha merecido una atención preferente en la doctrina¹⁰² y el que exige una pronta solución legislativa que evite resoluciones judiciales ciertamente dispares. En este

¹⁰¹ Parece que actualmente las posturas doctrinales y jurisprudenciales abogan por defender la naturaleza sancionadora de esta responsabilidad concursal, aun cuando sigue siendo una cuestión no totalmente pacífica ni en los Tribunales ni en la doctrina. Vid., a modo de ejemplo, SAP Madrid 5-II-2008.

¹⁰² Como se puede comprobar en esta nota, la doctrina se ha ocupado y preocupado sobre el alcance, el contenido y la aplicación práctica del artículo 172.3 LC en numerosos trabajos. Sin ánimo de ser exhaustivos, tratan especialmente de este tema: ALCOVER GARAU, G. "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales ex art. 262.5 y los procedimientos concursales", *Revista de Sociedades*, núm. 8, 1997-8, pp. 265- 271; ALCOVER GARAU, G. "La doble reforma de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 4, 2006, pp. 81-90; ALONSO UREBA, A. "La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (El art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad concursal de los administradores)" en "Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal" (Directores: García Villaverde, Alonso Ureba y Pulgar Ezquerro), *Dilex*, Madrid, 2002, pp. 263-313; ALONSO UREBA, A. "La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (El art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad concursal de los administradores)" en "Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley Concursal y de la Ley Orgánica para la reforma concursal" (Dirección: García Villaverde, R., Alonso Ureba, A. y Pulgar Ezquerro, J.), Madrid, 2003, pp. 505-576; BELTRÁN SÁNCHEZ, E. "La responsabilidad por las deudas sociales" en "La responsabilidad de los administradores" (Dirección: Rojo, Á. y Beltrán, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; BLASCO GASCÓ, F. "Responsabilidad concursal y embargo de bienes de los administradores", Valencia, Tirant lo Blanch, 2007; DÍAZ ECHEGARAY, J. L. "Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital...", cit.; EMBID IRUJO, J. M. "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima...", cit. 2379-2413; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. "La responsabilidad concursal" en "La responsabilidad de los administradores, (Directores, Ángel Rojo y Emilio Beltrán)", Tirant Lo blanch, Valencia, 2005., pp. 261-306 y "Comentario al artículo 172 LC" en "Comentario a la Ley Concursal...", cit. Tomo II, pp. 2574-2602, especialmente, pp. 2594-2602; MARTÍNEZ SANZ, F. "Ámbito subjetivo de la responsabilidad...", cit pp. 55-81; MUÑOZ MENDO, P. "Responsabilidad y cese de los administradores de las sociedades mercantiles", *Diario La Ley*, N.º. 7132, Sección Dossier, 11 de marzo 2009; PAZ-ARES, C. "La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo", *Revista de Sociedades*, núm. 20, 2003, pp. 67-109; QUIJANO GONZÁLEZ, J. "Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N.º. 10, Sección Estudios, Primer Semestre 2009, pp.19-48; QUIJANO GONZÁLEZ, J. "La responsabilidad de los administradores concursales" en "Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde", Marcial Pons, Madrid, 2007, Tomo III, pp. 2073-2100; RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P. "De nuevo sobre la retroactividad de la Ley 19/2005, en cuanto limita la responsabilidad de los administradores a las deudas nacidas tras la causa de disolución o concurso", *Diario La Ley*, N.º. 7145, Sección Doctrina, 30 de marzo de 2009; SEQUEIRA MARTÍN, A., SACRISTÁN BERGIA, F. y MUÑOZ GARCÍA, A. "La responsabilidad de las sociedades anónimas en situaciones de crisis económica (La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, de 16 de febrero de 2006 como pretexto)", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 5, 2006, pp. 199-228 VÁZQUEZ ALBERT, D. "El concurso de las personas jurídicas: la responsabilidad de los administradores sociales", *Revista Jurídica de Cataluña*, 2004-4, pp. 87-107 y VICENT CHULIÁ, F. "La responsabilidad de los administradores en el concurso", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2006-4, pp. 15-64.

sentido se transcribe, por su clarividencia, el siguiente párrafo: “ (...) la nueva Ley no ha tenido en cuenta que la responsabilidad por las deudas sociales que la LSA y LSL imponen sobre los administradores de las sociedades de capital en los supuestos de pérdidas cualificadas cumple una función <<preconcursoal>> que, necesariamente, debe armonizarse con las soluciones puramente <<concursoales>> en vigor desde el 1 de septiembre de 2004. El problema es de convivencia de ambas responsabilidades: la derivada de los arts. 262.5 LSA y 105 LSRL y la que ahora establece el artículo 172.3 LCon. Sobre todo porque si la acción se ejercita por la vía del art. 262.5 LSA no hay posibilidad de regreso, ya que la acción no tiene una finalidad indemnizatoria sino sancionadora. Por tanto el administrador que paga no va a poder repetir luego o regresar contra la sociedad posteriormente”¹⁰³.

Una vez motivada, conforme a las pruebas obtenidas, la atribución de la condición de administrador de hecho¹⁰⁴ de la persona jurídica concursada, la “condena a la cobertura del déficit se impone, cuando procede, además de las consecuencias previstas en el artículo 172.2 de la Ley Concursal, por lo que dicha responsabilidad es compatible y se acumula a la responsabilidad por daños prevista en el último inciso del artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, que ordena indemnizar los daños y perjuicios causados.

En consecuencia, si en virtud de la indemnización prevista en el artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, la masa activa se resarce de los daños y perjuicios causados por los administradores, la denominada responsabilidad concursal se impone no para resarcir los

¹⁰³ Vid. QUINTANA CARLO, I. “El Estatuto de los Administradores Sociales durante el concurso...”, cit. p. 542. Sigue manifestando el autor que: “(...) parece llegado el momento, si no derogar las normas que establecen la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales, sí de reconducirlas a lo que debieron haber sido desde el principio; de esta manera no habría esos problemas de solapamiento que hacen la aplicación de esta ley más difícil de lo que ya es. La oportunidad para ello nos la ofrece la propia Ley en su Disposición adicional tercera, conforme a la cual el Gobierno deberá remitir al Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley de modificación de las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, <<a fin de adecuarlas a esta Ley>>. Quiero pensar que uno de los extremos de esta adecuación, no el único, por supuesto, será la reforma de los arts. 262.5 y 105, respectivamente, de dichas leyes. Lástima que, sin embargo, la norma haya olvidado establecer un plazo para el cumplimiento de esta obligación”.

¹⁰⁴ A propósito de la calificación de administrador de hecho cuando la extensión recae sobre una persona jurídica, vid. lo expuesto por GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A. “Comentario al artículo 172 de la Ley Concursal” en “Comentario a la Ley Concursal...”, cit. p. 2581.

daños y perjuicios causados, que ya han sido indemnizados, sino como una sanción que la Ley reserva al supuesto que estima de mayor reproche como es la liquidación con insuficiencia patrimonial para satisfacer íntegramente a los acreedores"¹⁰⁵.

Una ulterior reflexión: según pienso, aquellas entidades de créditos y financieras que realmente actúan asesorando y gestionando, de algún modo, a sociedades y empresas con problemas de solvencia y liquidez también podrán verse sometidas al ejercicio de esta acción de responsabilidad por el déficit concursal si una resolución judicial las considerase administradoras de hecho¹⁰⁶ al entenderlas incluidas en la expresión "*persona especialmente relacionada con el deudor*"¹⁰⁷.

2.11. Indemnización de daños y perjuicios

Según la redacción del artículo 172.2.3º LC la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, como pronunciamiento: "*La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados*".

No es dudoso afirmar que si a los administradores de hecho se les declarase personas afectadas por la calificación de culpabilidad¹⁰⁸ se verían sometidos a lo explicitado en el precepto.

A propósito de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados que recae sobre el administrador de hecho se ha manifestado que "(...) A pesar de la

¹⁰⁵ Así SJM Madrid 16-II-2006 (Fundamento Jurídico Décimo).

¹⁰⁶ Desde otra perspectiva, vid. sobre este tema, SANTOS, V. "El Banco de hecho" en "Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues", Tomo III, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 255-273, especialmente, pp. 263-273.

¹⁰⁷ De igual modo, vid. GARRIDO GARCÍA, J. Mª. "Comentario al artículo 93 de la Ley Concursal" en "Comentario a la Ley Concursal...", cit. Tomo I, pp.1669-1680 especialmente, p. 1678.

¹⁰⁸ Vid. art. 172.2,1º LC.

sencillez y claridad con la que prevé la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados, se plantean algunos problemas interpretativos. Desde luego, se trata de una responsabilidad por daños y dada la compatibilidad de la sección con el ejercicio de la acción social contra los administradores (artículos 134 de la Ley de Sociedades Anónimas... y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada...), como se deduce del artículo 48.2 de la Ley Concursal, que atribuye incluso directamente legitimación a la administración concursal para su ejercicio, compatibilidad que también cabe predicar respecto de la acción individual de responsabilidad (artículos 135 de la Ley de Sociedades Anónimas y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), debe rechazarse que se trate del ejercicio de dichas acciones en sede concursal.

En definitiva, esta responsabilidad por daños y perjuicios, se anuda como efecto o consecuencia de la calificación del concurso culpable, con el objeto de resarcir el patrimonio social, ahora masa activa, de los daños y perjuicios causados por los administradores (...)"¹⁰⁹.

2.12. Inhabilitación

Conforme a lo prescrito en el artículo 173 LC -Sustitución de los inhabilitados-: *"Los administradores y los liquidadores de la persona jurídica concursada que sean inhabilitados cesarán en sus cargos. Si el cese impidiese el funcionamiento del órgano de administración o liquidación, la administración concursal convocará junta o asamblea de socios para el nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados"*.

Está meridianamente diáfano que el contenido de este precepto¹¹⁰ no es, *stricto sensu*, lógicamente aplicable a los administradores de hecho de las personas jurídicas

¹⁰⁹ Véase Fundamento Jurídico Noveno SJM Madrid, 16-II-2006.

¹¹⁰ Vid. también art. 145.3 LC- efectos de la liquidación sobre el concursado persona jurídica-.

concuradas: el administrador de hecho de la persona jurídica nunca podrá ser inhabilitado¹¹¹ y por tanto, no podrá cesar en su cargo de administrador porque ello supondría que había sido previamente nombrado "formalmente administrador de derecho".

III. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.

La lógica de los hechos ha ido estableciendo, a la vez que exigiendo, que "el estatuto jurídico del administrador debe extenderse no sólo a quien ostenta el cargo formalmente -el administrador de derecho-, sino también a quien en la práctica, y en el día a día social, toma las decisiones e impone - o está en situación de imponer- su voluntad a quien ostenta el cargo y figura ante terceros"¹¹².

Si se acepta el juego de palabras, el **hecho** de que el nombramiento del administrador haya de realizarse según lo prescrito en las disposiciones legales, suscita el problema de los **administradores de hecho** cuando personas que, sin haber cumplido con éstas, ejercen de **facto** las funciones propias de los administradores de derecho.

A grandes rasgos podemos hablar de administrador de hecho como aquella persona que desarrolla las actividades que corresponden legal y estatutariamente a los administradores de derecho y no ha sido designada legalmente para tal fin. Desde este punto de vista, los caracteres del administrador de hecho se concretarían en la existencia real del ejercicio de funciones de administración y en la apariencia de legitimidad del título o del nombramiento.

Lo primero que debe manifestarse es la gran variedad de casos que bajo la expresión "administrador de hecho" conoce la práctica. En este sentido, podríamos

¹¹¹ Según estatuye el art. 172.2,2° LC, la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: "2° La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así como para representar a administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio".

¹¹² Véase SAP Córdoba 29-VI-2009.

afirmar que la expresión "administrador de hecho" es, en cierto modo, una locución evanescente ya que se diluye o esfuma en muchos supuestos prácticos. Si buscásemos un elemento vertebrador de todos ellos, se podría aseverar que el administrador de hecho desarrolla las funciones propias de un administrador de derecho, sin estar nombrado conforme a los requisitos legalmente exigidos o con nombramiento válido mas ya caducado.

El administrador de hecho es la persona que, en la realidad económica, actúa y resuelve en lugar del que formalmente debe hacerlo; el contraste se da "entre quien decide y quien ha sido nombrado para decidir"¹¹³ o, en otros términos, la divergencia se produce, como decía BIGIAMI, entre *actuar por medio de otros y actuar bajo el nombre de otros*¹¹⁴.

Es evidente que aquella persona que de manera constante y continuada en el tiempo desarrolla las actividades inherentes al cargo de administrador societario podrá ser calificada, sin dificultades adicionales, de administrador de hecho; será administrador de hecho aquella persona que manda o como se declaraba en la SJM Córdoba de 14-IV-2005 "lleva la voz cantante" de la sociedad; mas tampoco hay que desdeñar "actuaciones aisladas y ocasionales que podrían aparejar para su autor la misma consideración"¹¹⁵ de administrador de hecho¹¹⁶. Todo será cuestión de llegar a probar que con tal única actuación, por ejemplo, se generó o se agravó el estado de insolvencia de la persona jurídica concursada¹¹⁷.

¹¹³ Así, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A "Comentario al artículo 172 de la Ley Concursal" en "Comentario a la Ley Concursal...", cit. p. 2583.

¹¹⁴ Vid. BIGIAMI, W. "Difesa dell' imprenditore occulto", Cedam, Padova, 1962, pp. 91-121, donde el lector encontrará una peculiar polémica con FERRI.

¹¹⁵ Vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A "Comentario al artículo 172 de la Ley Concursal" en "Comentario a la Ley Concursal...", cit. p. 2583.

¹¹⁶ Sin embargo, en supuesto de apoderados, si se "limitan al ejercicio de sus funciones mediante una única actuación, de ello no podrá deducirse una actuación continuada requisito exigible para que se esté en presencia de un auténtico administrador de hecho" (STS 8-II-2008)

¹¹⁷ Véase art. 164.1 LC.

Ante la carencia de un concepto legal de administrador de hecho, toda la problemática de su existencia gira en derredor de temas probatorios: sólo si llega a comprobarse que una persona sin título válido o con título válido pero caducado ha actuado de **facto** como administrador societario, tendrá la consideración de administrador de hecho con las consecuencias legales -concursoales- que se han ido desgranando.

De otro lado, la existencia de un administrador de hecho no implica la exoneración del cumplimiento de los deberes que corresponden al administrador de derecho¹¹⁸; tal y como ha sido manifestado "(...) el que se determine a través de la prueba practicada que a la gestión de la sociedad demandada han concurrido administradores de hecho, no supone necesariamente que se excluya de responsabilidad al administrador de derecho, pues podrá suceder que ambos concurren con su negligencia a la situación de la sociedad (...)"¹¹⁹.

De lo manifestado en el trabajo puede deducirse sin grave dificultad que el "estatuto jurídico" de los administradores de hecho coincide, en sede concursal, con el de los de derecho y que probada la presencia de un administrador de hecho, ambos están sometidos al cumplimiento de los mismos deberes. En este sentido, se ha afirmado con perspicacia que "(...) parece que el legislador ha querido convertir en irrelevantes las diferencias que, por la propia naturaleza de las cosas, cabe observar entre quien ejerce su cargo con un nombramiento válido y quien de hecho, asume idénticas funciones"¹²⁰.

¹¹⁸ Vid. al respecto las consideraciones realizadas por GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. "Comentario al artículo 172 de la Ley Concursal" en "Comentario a la Ley Concursal...", cit. p. 2584.

¹¹⁹ SAP Córdoba 12-I-2007.

¹²⁰ Vid. EMBID IRUJO, J. M. "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la ley de transparencia...", cit. p. 2410.

Existen, por otra parte, ciertos deberes inherentes al cargo de administrador -de derecho- cuyo cumplimiento, dada su naturaleza y configuración, parece que plantearán problemas de aplicación práctica cuando estemos en presencia de administradores de hecho: me refiero a los deberes de diligente administración(art. 225 LSC), de secreto (art. 232 LSC) y de lealtad (art.226 LSC)¹²¹. Tal circunstancia requerirá "llevar a cabo una <<lectura>> de los deberes del administrador (en abstracto) con los <<anteojos>> del administrador de hecho"¹²².

Los administradores de hecho podrán ver embargados, de manera cautelar, todos o partes de sus bienes y derechos en la cuantía que el Juez estime suficiente (48.3 LC)-; su crédito se calificará como crédito subordinado (arts 92.5º en relación con el 93.2.2º LC); no podrá ser nombrados administradores concursales (art. 28.3 en relación con el 93.2.2º LC); con su actuación dolosa o culposa (grave), generadora o agravadora del estado de insolvencia de la persona jurídica concursada propiciaran la calificación culpable del concurso (art. 164.1 LC); podrán coadyuvar a la consideración de cómplices a terceros (art. 166 LC); podrán ser singularmente sancionados en sede de calificación del concurso y responder por el déficit concursal (art. 172.3) LC... En estos supuestos y en otros, el Juez del concurso deberá fundamentar la consideración de la persona como un verdadero administrador de hecho para lo cual habrá de examinar y apreciar todas las circunstancias que se den en el procedimiento concursal en cuestión (art. 172.2,1º, **in fine**, LC).

¹²¹ Vid. al respecto las consideraciones expuestas por EMBID IRUJO, J. M.."La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la ley de transparencia...", cit, pp. 2410-2412 y FONT GALÁN, J. I. " "El derecho de información de los administradores sociales (Fundamentación y disciplina), Eprinsa, Córdoba, 2002, especialmente, pp. 166-169

¹²² Así, nuevamente, EMBID IRUJO, J. M.."La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la ley de transparencia...", cit, p. 2411. Vid. en este punto, las ideas expresadas por GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. "Comentario al artículo 172 de la Ley Concursal" en "Comentario de la Ley Concursal...", cit. p. 2584 y s.

Los administradores de derecho y de hecho han de cumplir con un mismo "estatuto concursal de deberes", siempre y cuando se haya probado la real presencia de éste, calificado como la "<<contrafigura>> del administrador de derecho"¹²³. Administrador de hecho y administrador de derecho son figuras societarias que deben ser engastadas en interés y buen fin del concurso de la persona jurídica.

La fundamentación jurídica de las sentencias emanadas por los Tribunales durante los años que han sido espigados es evidente que no conforma un único concepto de administrador de hecho aplicable a cada supuesto de la realidad, mas funciona en la práctica como una especie de **argumento deus ex máchina** que consiente ir trazando los contornos que permiten diferenciar y discriminar entre aquellos sujetos que "administran de hecho y los que de hecho administran"¹²⁴.

¹²³ Así, EMBID IRUJO, J. M. "La responsabilidad de los administradores...", cit. p. 2396.

¹²⁴ Así, PERDICES HUETOS, A. B. "Significado actual...", cit. p. 277.