

---

## Acerca de la responsabilidad de los Administradores *de facto* frente a la sociedad y a los accionistas

1. – El Administrador *de facto* ejerce las funciones de gestión de una sociedad de capital, esto es, adopta decisiones y realiza actos de gestión en nombre y representación de dicha sociedad, sin haber sido investido a raíz de una decisión, jurídicamente existente, de conformidad con la legislación y del Estatuto.

La categoría de las decisiones inexistentes, junto con la de las decisiones inválidas en sentido lato (esto es, nulas o anulables), viene admitiéndose desde hace tiempo por la jurisprudencia dominante por razones tanto de legitimidad como de mérito <sup>(1)</sup>.

La doctrina predominante ha admitido, asimismo, dicha categoría <sup>(2)</sup>, hecha salvedad de algunas voces críticas que se levantaron en pasado al respecto <sup>(3)</sup>.

---

Fuente: «Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali», 2001, Parte I - Doctrina.

<sup>(1)</sup> La categoría de la inexistencia se ha asimilado sin suscitar ulteriores oposiciones o críticas: Véanse las SSTs italiano núm. 403, Sala de lo Civil, de 14 de enero de 1993; la núm. 11609, de 4 de diciembre de 1990; la núm. 1768, de 15 de marzo de 1980; la núm. 2009, de 1 de abril de 1982; la núm. 989, de 11 de marzo de 1977, y la núm. 511, de 4 de marzo de 1963. Para un análisis de las decisiones por razones de mérito: QUINTARELLI, *Le deliberazioni assembleari inesistenti di società per azioni*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1984, I, págs. 1158 y ss.

<sup>(2)</sup> En doctrina: L. FARENGA, «*La deliberazione di società come atto a struttura procedimentale e la teoria giuridica della inesistenza*» y bibliografías citadas; TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milán, 1957, págs. 451 y ss.; GIANNATTASIO, *Ancora sulla inesistenza giuridica delle deliberazioni assembleari*, en *Giustizia civile*, 1966, I, p. 490; ASCARELLI,

La decisión inexistente concurre, por definición común, «cuando falta algún elemento constitutivo de la hipótesis o modelo procedimental de formación de la decisión, hasta el punto de impedir comenzar o causar la interrupción del proceso legal necesario, con el resultado de determinar un modelo casuístico aparente no subsumible en la categoría jurídica de las decisiones debido a su inadecuación estructural o funcional con respecto del modelo normativo»<sup>(4)</sup>.

El caso reiterado en la jurisprudencia italiana guarda relación con una decisión plenaria, si bien podría estar igualmente relacionada con cualquier otra decisión colegiada, como es el caso del nombramiento del Comité Ejecutivo, por parte del Consejo de Administración.

Se han considerado ejemplos de decisiones plenarios inexistentes, entre otras, aquellas «adoptadas por un órgano desprovisto de facultad decisoria»<sup>(5)</sup>, «aquellas adoptadas por una Junta convocada por un órgano no legitimado»<sup>(6)</sup>, «por un Consejo de Administración convocado irregularmente»<sup>(7)</sup> o «por una Junta reunida en una sede distinta de la mencionada en la notificación de convocatoria»<sup>(8)</sup>, o bien

---

*Inesistenza e nullità*, en *Rivista di diritto processuale*, 1946, p. 61; RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità degli amministratori*, Milán, 1969, 81; BORGIOLO, en *Giurisprudenza commerciale*, 1981, II, 699; FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori*, Milán, 1987, p. 489; G. COTTINO, *Diritto Commerciale*, I, Padova, 1993.

<sup>(3)</sup> FERRI, *Le società in Trattato di diritto civile del Vassalli*, Turín, 1987, págs. 635 y ss.; MIGNOLI, *In tema di nullità e annullabilità delle delibere assembleari*, en *Rivista delle società*, 1948, I, 432; COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 1987, p. 429.

<sup>(4)</sup> A este respecto, véanse las siguientes sentencias, entre otras muchas: SSTS italiano, Sala de lo Civil, de 14 de enero de 1993; la núm. 11609, Sala de lo Civil, de 4 de diciembre de 1990, y la núm. 1768, de 15 de marzo de 1986, en *Giurisprudenza commerciale*, 1987, II, págs. 83 y ss.; véase también FERRO-LUZZI, en *Contratti associativi*, Milán, 1976, págs. 134 y ss., entre otros.

<sup>(5)</sup> STS italiano núm. 2542, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 1960, en *Giurisprudenza italiana*, 1961, I, 1, c. 420.

<sup>(6)</sup> Sentencia del Tribunal de Apelación de Brescia de 1 de diciembre de 1965, en *Giustizia civile*, 1966, p. 1208.

<sup>(7)</sup> Sentencia del Tribunal de Apelación de Milán, de 23 de julio de 1957, en *Repertorio generale annuale della giurisprudenza italiana*, 1958, *Società* p. 90; STJ de Roma, de 10 de febrero de 1962, en *Diritto fallimentare*, 1962, II, 694; STJ de Trani, de 27 de marzo de 1979, en *Giurisprudenza commerciale*, 1980, II, 997; STJ de Roma, de 13 de julio de 1990, en *Rivista di diritto commerciale*, 1991, II, 197.

<sup>(8)</sup> STS italiano núm. 403, Sala de lo Civil, de 14 de enero de 1993, en *Rivista di diritto commerciale*, 1993, II, 202.

«cuando no se haya alcanzado el quórum necesario para su constitución»<sup>(9)</sup>, «cuando no se realice la votación»<sup>(10)</sup>, «cuando no se haya alcanzado el quórum previsto para una votación»<sup>(11)</sup>, «cuando los votos se expresen de forma no homogénea»<sup>(12)</sup> o «en caso de no redactarse el acta de la Junta»<sup>(13)</sup>.

Una decisión inexistente de nombramiento de los administradores determina la inexistencia en cadena de las Juntas y decisiones siguientes al haber sido convocadas por administradores *de facto* y no de derecho, es decir, produce un efecto «dominó».

Se diferencia de la categoría anterior el caso en que subsistan defectos o irregularidades de procedimiento, lo que comporta la nulidad o la anulación de la decisión plenaria.

En este último supuesto, al producir la anulación sus efectos tan sólo *ex nunc*, cabe considerar el estatus *de iure* del administrador hasta el momento de la anulación.

También será distinto el caso en que el nombramiento del administrador deba considerarse nulo *ex art.* 2379 del CC italiano, puesto que forma el objeto de una declaración de reconocimiento que opera *ex tunc*.

En cualquier caso, la decisión plenaria inexistente no puede ser objeto de validación.

Otro tipo distinto de Administrador *de facto* con respecto al mencionado anteriormente es aquel en el que las decisiones las adopta una persona ajena que interfiere en la actividad de gestión administrativa con el consentimiento de, en sustitución de o en colaboración con el Administrador *de iure*.

---

<sup>(9)</sup> STS italiano núm. 133, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 1987, en *Giurisprudenza italiana*, 1987, I, 1, 1724; STJ de Milán, de 24 de septiembre de 1990, en *Rivista di diritto commerciale*, 1991, II, p. 243.

<sup>(10)</sup> STS italiano núm. 2542, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 1960, en *Giurisprudenza italiana*, 1961, I, 1, 420.

<sup>(11)</sup> SSTS italiano núm. 511, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 1961, en *Diritto fallimentare*, 1961, II, 783, y la núm. 45, Sala de lo Civil, de 4 de enero de 1966, en *Il Foro italiano*, 1967, I, c. 827; STJ de Perugia, de 22 de abril de 1983, en *Società*, 1984, 1335.

<sup>(12)</sup> Se trata del caso en que la Junta esté llamada a manifestar los votos a favor mediante una votación a mano alzada, y los votos en contra y abstentidos mediante la tarjeta electoral.

<sup>(13)</sup> STS italiano núm. 2286, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 1956, en *Rivista di diritto commerciale*, 1958, II, p. 4.

2. – La jurisprudencia penal italiana equipara la figura del Administrador *de facto* al Administrador de derecho, de ahí que éste se encuentre plenamente sujeto a las prohibiciones y a las sanciones previstas por el Derecho penal en lo referente a las actuaciones por parte de ambos <sup>(14)</sup>.

Una solución distinta conduciría a considerar que la actividad penalmente ilícita del administrador *de facto* no constituiría delito por falta de investidura en el cargo, a diferencia de lo que ocurre en el caso del Administrador *de iure*, resultando el primero injustamente exonerado de toda responsabilidad penal.

La jurisprudencia predominante vincula al Administrador *de facto* al contenido esencial de la legislación penal y considera acertadamente que, en el ámbito del Derecho penal, la responsabilidad radica en la efectiva gestión de la sociedad, que prevalece sobre el aspecto formal de la asunción del cargo.

El Derecho penal tipifica las actuaciones delictivas individuales no ya en función del título en cuyo cumplimiento se ejerce la actividad de gestión, sino «en base a la constatación factual de que dicha actividad se ejerce efectivamente en la práctica».

La misma afirmación se extiende a los casos de delitos societarios y en materia concursal, tales como la quiebra, las falsas comunicaciones societarias y el conflicto de intereses, entre otros.

La sociedad perjudicada puede constituirse en parte civil contra el Administrador *de facto* por los diversos delitos societarios y en materia concursal, sin necesidad de una decisión

---

<sup>(14)</sup> STS italiano, Sala de lo Penal, de 14 de mayo de 1993, demandado Delle Fave; STS italiano, Sala de lo Penal, de 29 de diciembre de 1972, demandado Zito, en *Giustizia penale*, 1973, II, 591; STS italiano, Sala de lo Penal, de 5 de diciembre de 1966, demandado Savoldo, en *Diritto fallimentare*, 1967, II, 974; STS italiano, Sala de lo Penal, de 8 de mayo de 1964, demandado Esposito, en *Repertorio del Foro italiano*, 1965, voz *Società*, núms. 220, 223; STS italiano, Sala de lo Penal, de 1 de julio de 1963, demandado De Angelis, en *Repertorio del Foro italiano*, 1964, 246. En doctrina: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. I reati fallimentari*, Milán, 1959, p. 109; ZUCCALÁ, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1954, p. 53; CONTI - BRUTI LIBERATI, *Il diritto penale nelle società commerciali*, Milán, 1971, p. 119; C. PEDRAZZI, *Gestione di impresa e responsabilità penale*, en *Società*, 1962, p. 220; F. BONELLI, *La responsabilità dell'amministratore di fatto*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1984, p. 107; M. ABBIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milán, 1998, págs. 200 y ss.

---

previa plenaria, para interponer una acción de responsabilidad contra el Administrador *de facto*.

También el accionista puede constituirse en parte civil, ya sea subrogándose en la posición de la sociedad o por cuenta propia en calidad de sujeto individualmente perjudicado, dado que el art. 2395 del CC italiano le garantiza el enjuiciamiento de la responsabilidad por culpa aquiliana.

**3.** – La doctrina y la jurisprudencia someten igualmente al administrador *de facto* a la responsabilidad civil aquiliana prevista para el Administrador de derecho con motivaciones análogas a las de la responsabilidad penal.

Dichas responsabilidades se remiten a la motivación según la cual, de no ser así, el Administrador *de facto* se beneficiaría de una protección de intereses contraria al sistema jurídico por incurrir en actos de mala gestión dolosos y culposos, mientras que quedarían desprotegidos los actos del socio o del tercero acreedor.

La doctrina y la jurisprudencia han llamado principalmente la atención acerca de los daños ocasionados por el administrador *de facto* en los que concurre la culpa aquiliana.

No obstante, ni una ni otra han afrontado conjuntamente el problema de los daños causados por culpa o negligencia, ya sea contractual o extracontractual.

Las opiniones vigentes, según el autor de estas líneas, no parecen adecuadas para un problema que requiere un análisis exhaustivo y complejo de sus multiformes aspectos.

Otro tema es el que guarda relación con el problema de la legitimación del sujeto perjudicado de cara a incoar una acción contra el Administrador *de facto*.

Comenzaremos, pues, hablando de la responsabilidad civil aquiliana del administrador de derecho, tema del que extraeremos una analogía para contribuir a resolver el problema de su aplicación al administrador *de facto*.

La infracción penal causada por el antedicho administrador, como ya hemos señalado, da lugar a una responsabilidad aquiliana por los daños civiles sufridos por la sociedad y por el socio.

Por lo general, se admite también el ejercicio individual por parte del socio de la acción contemplada en el art. 2395 del CC italiano para exigir el resarcimiento de los daños que haya sufrido directamente, que no son el reflejo de aquellos provocados al patrimonio societario por culpa aquiliana <sup>(15)</sup>.

El autor de estas líneas considera esta interpretación excesivamente restrictiva por dos tipos de motivos.

En primer lugar, parece carecer de fundamento la limitación de la acción del socio *ex art.* 2395 del CC italiano únicamente a los daños causados por el Administrador por culpa aquiliana.

En general, dicha limitación se sustenta en la fórmula legislativa que hace referencia al socio «directamente perjudicado» por la actuación de los administradores, por lo que se limita el daño resarcible al daño directo y se excluye el daño por repercusión en el patrimonio social y, en definitiva, el daño soportado por la participación societaria del socio individual, aun siendo consecuencia de una actividad dolosa y culposa.

Esta interpretación reduce la acción individual incoable *ex art.* 2395 del CC italiano a una hipótesis absolutamente marginal.

En opinión del autor, dicha interpretación no parece justificada por la expresión «daño directo» empleada en el art. 2395 del CC italiano.

La fórmula se limita a afirmar que entre la conducta dolosa y culposa del administrador y el daño debe existir un nexo causal directo, tal y como establecen los arts. 1223 y 2056 del CC italiano, esto es, indica una relación de univocidad lógica, mientras que el término inmediato denota una consecuencialidad histórica <sup>(16)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> SSTS italiano núm. 6493, Sala de lo Civil, de 19 de diciembre de 1985; la núm. 2685, Sala de lo Civil, de 2 de junio de 1989, en *Giurisprudenza italiana*, 1989, I, 1; la núm. 6469, Sala de lo Civil, de 3 de noviembre de 1983, en *Diritto fallimentare*, 1984, II, p. 250; la núm. 2850, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 1996, en *Società*, 1996, 1397; la núm. 2934, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 1997, y la núm. 6519, Sala de lo Civil, de 3 de julio de 1998. A este respecto, véanse, entre otros: FERRI, *Le Società*, Turín, 1985, p. 686; G. MINERVINI, *Gli amministratori di S.p.A.*, Padova, 1969.

<sup>(16)</sup> G. VALCAVI, *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile*, en *Rivista di diritto civile*, 1995, II, 481; Id. *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile*,

---

El autor no cree que del adjetivo «directo» pueda servir de base para restringir la esfera de los distintos tipos de daños resarcibles del socio a los daños ajenos a su participación societaria, si bien este hecho representa igualmente una consecuencia directa que recae en el ámbito de aplicación del art. 2043 del CC italiano.

No obstante, ello no quiere decir que no haya que adoptar las precauciones pertinentes para constatar la responsabilidad aquiliana de un administrador de derecho, tutelado por la presunción de legitimidad de su actuación.

Como ya he señalado, es discutible el perjuicio sufrido por el accionista individual en función de su participación en el capital social no esté protegido, aun siendo reflejo del daño causado al patrimonio social con motivo de una actuación de mala gestión, conducta que se traduce en actos ilícitos aquilianos por parte del administrador de derecho.

La mencionada interpretación resulta insuficiente, por un lado, en cuanto lleva a excluir de la responsabilidad aquiliana del administrador el perjuicio o daño sufrido en la participación societaria, aun cuando los actos ilícitos constituyan un delito.

Por el contrario, es indiscutible que el accionista podrá acogerse a su derecho al resarcimiento del daño específico sufrido en su participación individual, aun cuando ésta sea la repercusión del daño sufrido por la sociedad.

Todo lo anterior hace referencia al administrador de derecho.

El tema de la responsabilidad aquiliana del administrador *de facto* es, por el contrario, distinto y mucho más extenso.

El administrador *de facto* no goza de la presunción de legitimidad de su labor, por lo que no puede decirse que ésta esté encaminada a promover el interés de la sociedad, de ahí que recaiga sobre él la responsabilidad de resarcir el perjuicio sufrido por la sociedad y por los socios con motivo de su comportamiento doloso o culposo desde la perspectiva aquiliana.

El hecho de que exista un administrador *de facto* y no uno *de iure* implica que el daño causado por su comportamiento al patrimonio social y a la participación accionaria individual estarían condenados de otra forma a no ser indemnizados debido a

la ausencia del órgano societario legítimo que debe determinar dicho resarcimiento y, por otro, a la errónea interpretación encaminada a excluir la participación accionarial del ámbito de aplicación del art. 2395 del CC italiano.

Así pues, el socio tiene derecho a interponer demanda directamente contra el administrador *de facto* con arreglo al art. 2395 del CC italiano en virtud del perjuicio que haya sufrido debido a la actuación dolosa o culposa que genera la responsabilidad aquiliana de los administradores *de iure* y, a mayor razón, de los administradores *de facto*, aun cuando el daño dependa de aquel sufrido por el patrimonio social.

Cabe admitir, asimismo, que no se excluye de la acción individual el ulterior objetivo de exigir el resarcimiento del daño causado por el administrador *de facto* también al patrimonio de la sociedad, al menos subrogándose a la posición de la misma.

4. – Pasemos ahora a trazar un esquema de las características de la responsabilidad civil no aquiliana de los administradores de una sociedad de capital frente a los socios y a los acreedores.

La disciplina concerniente a los administradores de derecho aparece regulada en el art. 2392 del CC italiano, que prescribe el deber de cumplir los deberes y obligaciones exigibles legalmente y en base al acto constitutivo con la diligencia del mandatario o, lo que es lo mismo, la del buen padre de familia, y establece que deberán responder solidariamente de los daños causados.

El marco normativo aparece regulado igualmente en el art. 1711, según el que las consecuencias de una actuación que exceda los límites del mandato recaerán sobre el mandatario, y en el art. 1712, que establece que éste deberá, en cualquier caso, «informar de la ejecución al mandante sin retraso».

Los administradores de derecho, en el marco de la esfera discrecional de las decisiones de su competencia, gozan de libertad decisional no susceptible de la censura de un juez.

La responsabilidad de los administradores por daños responde a un paradigma objetivo según el cual la carga de la prueba del dolo o de la culpa grave recae sobre los socios, mientras que los



administradores demandados deberán presentar la contraprueba de la normalidad.

La responsabilidad por daños, de origen contractual se limita a los daños ordinariamente previsibles, conforme al art. 1225 del CC italiano.

El art. 2393 del CC italiano o el art. 2409 del CPC italiano establecen que la aprobación de la acción de responsabilidad está supeditada a una decisión plenaria de la sociedad.

No obstante, un enfoque predominante tanto en la doctrina <sup>(17)</sup> como en la jurisprudencia <sup>(18)</sup>, pese a la oposición de una opinión minoritaria, excluye que el socio individual pueda llevar a cabo la acción por culpa y daños —*ex art. 2395 del CC italiano*— a título de responsabilidad contractual en relación con los daños sufridos por su participación social <sup>(19)</sup>.

Examinemos a continuación la distinta disciplina de la responsabilidad de los administradores *de facto*, ajena a la violación del principio del *neminem ledere*, y comparémosla con la responsabilidad contractual de los administradores de derecho, *ex art. 2392 del CC italiano*.

El autor de estas líneas considera que no es configurable una responsabilidad contractual de los administradores *de facto* frente a la sociedad y a los socios por analogía con la responsabilidad de los administradores de derecho, sino que lo es tan sólo la responsabilidad no contractual, aun cuando no coincida y se diferencie de la responsabilidad aquiliana, que se reduce a la simple violación de la prohibición del *neminem ledere*.

En efecto, el administrador *de facto* no está vinculado a la sociedad por una relación orgánica y no se puede hipotizar que

---

<sup>(17)</sup> RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità degli amministratori*, cit. p. 93; MINERVINI, *Gli amministratori*, págs. 363 y ss.; COTTINO, *ob. cit.*, I, p. 676.

<sup>(18)</sup> SSTs italiano núm. 4817, Sala de lo Civil, de 3 de agosto de 1988; la núm. 14, Sala de lo Civil, de 6 de enero de 1982; la núm. 5011, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 1977, y la núm. 327, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 1974; STJ de Milán, de 31 de enero de 1983, en *Società*, 1984, 323; STJ de Milán, de 28 de enero de 1980, en *Giurisprudenza commerciale*, 1981, II, p. 699.

<sup>(19)</sup> FRÈ, *Società per azioni*, págs. 503 y ss.; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milán, 1985.

---

sea titular de los derechos y obligaciones del mandatario, de los que deberá responder por culpa contractual.

Ello se deduce del art. 1711 del CC italiano, que contempla que las consecuencias de los actos que exceden los límites del mandato recaen sobre el mandatario, debiendo responder de dichos actos por cuenta propia.

A mayor razón, cabe llegar a la misma conclusión en caso de no existir ni tan siquiera un mandato, como en el caso de los administradores *de facto*, quienes, precisamente por esa razón, no resultan investidos por una decisión plenaria jurídicamente existente.

Debido a ello, no es posible configurar una responsabilidad contractual del administrador *de facto* desde el punto de vista de las denominadas relaciones contractuales de hecho, que «asumirían relevancia jurídica, con independencia de la existencia del correspondiente negocio».

No nos sumamos a la idea de la existencia de una categoría de este tipo, ya que dicha tesis se basa en una petición de principio y es del todo genérica.

Recientemente se ha intentado superar el obstáculo de la falta de investidura del administrador *de facto* en el cargo mediante la remisión al art. 1173 *in fine* del CC italiano, en cuyo contenido se refleja la arbitrariedad de una integración inadmisibile ajena al legislador.

La norma indica entre las fuentes de las obligaciones, además de los negocios contractuales y de los actos ilícitos, «cualquier otro hecho idóneo para producirlas de conformidad con el ordenamiento jurídico», y se argumenta que ello legitimaría una supuesta categoría general de las relaciones contractuales de hecho.

Dicha teoría resulta inadmisibile en cuanto la redacción del art. 1173 del CC italiano, ante la ausencia de una norma específica del ordenamiento, no permite una opinión de esta índole.

Más recientemente, una sentencia aislada en materia de legitimidad de la que diferimos <sup>(20)</sup> se ha remitido a la institución

---

<sup>(20)</sup> A este respecto, véase la STS italiano núm. 1925, Sala de lo Civil, de 6 de marzo de 1999; Presidente: Cantillo - Juez ponente: Marziale, *Dirittoe pratica della società*, en *Il Sole 24 ore* de 8 de noviembre de 1999, núm. 20, con apostilla de A. Manzini.

de la gestión de los asuntos y negocios ajenos para intentar justificar la responsabilidad del administrador *de facto* desde el punto de vista contractual, si bien dicha analogía resulta errónea.

La equiparación entre gestión de negocios ajenos y la relación del administrador de hecho de la sociedad es inadmisibles, en la medida en que la *utilis gestio* requiere la imposibilidad del *dominus* de velar por sus intereses y su desconocimiento de los actos del gestor de negocios.

Ello concierne al caso en que la actividad del gestor de negocios tenga por objeto una o varias operaciones individuales determinadas, si bien no es éste el caso del administrador de hecho, cuya actividad se caracteriza no ya por actos individuales de mediación en la gestión, sino que debe prolongarse durante un período de tiempo significativo llevando a cabo reiteradamente actos típicos del administrador de una sociedad <sup>(21)</sup>.

Cabe desestimar la arbitrariedad de los límites de una institución especial y residual como la *utilitas gestio* para inferir la justificación general de toda una categoría aparte o independiente de la mencionada institución.

En cualquier caso, una conclusión de este tipo contrasta con la disciplina específica de la institución de la buena gestión.

En efecto, la *utilis gestor* –presumiendo que lo haya sido– responde directamente de las consecuencias derivadas de sus actos y de las obligaciones en caso de actuar contraviniendo la prohibición de la parte interesada, conforme a lo dispuesto en el art. 2031.2.º del CC italiano.

Cabe considerar que el administrador *de facto* opera contra el consentimiento de la sociedad y de los socios interesados al actuar sin un mandato, ya que el consentimiento y la autorización deben manifestarse expresamente conforme a las normas estatutarias y civilistas, condiciones necesarias para la existencia del procedimiento y de las decisiones, no pudiendo presumirse arbitrariamente dicho consentimiento.

Por otra parte, presumiendo una explícita prohibición de las partes interesadas como resultado de las consecuencias

---

<sup>(21)</sup> A. MANZINI, *Commento* a la STS italiano núm. 1925, Sala de lo Civil, de 6 de marzo de 1999, en *Dirittoe pratica delle società*, cit., págs. 47 y ss.

---

previstas en el art. 2031.2.º del CC italiano, podría bastar que el socio accionista, ya actúe o no en subrogación de la sociedad, envíe en cualquier momento un simple requerimiento dirigido al Administrador de hecho instándole a desistir de la actividad de gestión o una demanda judicial de inspección legal, que cabe prever como contingencias de ordinaria administración.

De ello se deduce también que la remisión a la *utilis gestio* no justifica la existencia de una situación de responsabilidad contractual entre la sociedad y el Administrador *de facto*.

La calificación de *falsus procurator* corresponde más bien al Administrador *de facto*, a quien justo una reciente sentencia atribuye una responsabilidad por daños causados por culpa no contractual, si bien no restrictivamente aquiliana.

Precisamente de la exclusión de la responsabilidad contractual entre Administradores *de facto*, sociedad, socios y acreedores interesados, se infiere que los daños no son resarcibles dentro de los límites de la previsibilidad, tal y como establece el art. 1225 del CC italiano.

Asimismo, de ello depende el hecho de que el administrador *de facto* no goce de una esfera discrecional de actividad sobre la base del paradigma de normalidad que dejaría presumir su exactitud, salvo la carga de la prueba inversa por parte de la sociedad y de los socios.

No obstante, el juez competente puede censurar dicha actividad, aun cuando se lleve a cabo dentro de los límites de la normalidad.

Para concluir, no se considera posible extender la responsabilidad contractual contemplada en los arts. 2392, 1710 y 1225 del CC italiano a los administradores de hecho por analogía con los administradores de derecho.

La opinión contraria, que infiere la responsabilidad contractual del administrador *de facto* de la *utilis gestio* o de la *fictio* de un presunto mandato análogo al del administrador *de iure*, ignorando, por otra parte, el art. 1708 y sus implicaciones, se reduce a negar y contradecir la categoría autónoma de las decisiones plenarias inexistentes con respecto de las decisiones únicamente inválidas defendida por la opinión predominante, al tiempo que acaba exonerando al administrador *de facto* de las amplias consecuencias resarcitorias de sus actos.

---

Es evidente que la decisión inexistente no produce como efecto la responsabilidad contractual del administrador de hecho, sino que determina la responsabilidad no contractual, aun no coincidiendo y diferenciándose de la responsabilidad aquiliana.

5. – Examinemos ahora la lógica y el alcance de la responsabilidad civil del administrador de hecho frente a la sociedad, a los socios y a los acreedores.

Como ya hemos dicho antes, el art. 1708 del CC italiano establece que recaen sobre el administrador de una sociedad las consecuencias de su actuación cuando excede los límites del mandato.

Por analogía, el art. 2031.2.º del CC italiano insta al *utilis gestor* a responder de su conducta en caso de emprender o continuar la propia actividad, pese a la prohibición de la parte interesada.

Hemos visto que estas normas justifican, a mayor razón, el principio en base al cual el administrador que actúa sin un mandato jurídicamente existente debe responder ilimitadamente de las consecuencias de sus decisiones o de los propios actos.

Este principio es una manifestación de la regla general según la cual, quien actúa lo hace bajo su propia responsabilidad. Todo esto se aplica incondicionalmente al administrador de hecho.

Un planteamiento como el anterior es el único coherente con el sistema que desalienta iniciativas de sustitución arbitraria por parte de sujetos no legitimados que contradicen la disciplina actual inspirada en el respeto de una rigurosa legalidad y de los intereses de los inversores, como es el caso de las sociedades con acciones cotizadas en los mercados oficiales que se rigen por las normas que protegen y defienden los derechos de la minoría a través de organismos públicos de supervisión, tales como la CONSOB.

La conclusión alcanzada que establece que el administrador de hecho actúa bajo su propia responsabilidad es también una regla de reajuste de los intereses que ve, por un lado, la obligación de la sociedad de sufrir las consecuencias de los actos de los administradores de hecho debido al principio de apariencia,

que protege a quien contrae una obligación frente a aquellos en buena fe y, por otro, el derecho de dicha sociedad a incoar una acción de responsabilidad contra el administrador de hecho por las consecuencias que le son imputables.

En cualquier caso, este último debe proteger a la sociedad y a los socios de las pérdidas y debe garantizarles una obligación de resultado, es decir, un resultado provechoso y no una simple obligación de medios, como el administrador de derecho.

El error de la opinión que adapta la responsabilidad civil del administrador de hecho al esquema de la responsabilidad contractual de los administradores de derecho radica en el hecho de suponer la *fictio* de un mandato con antelación sin tener en cuenta que estos últimos, en caso de actuar excediendo los límites del mandato, necesitan la ratificación de la parte interesada en concepto de revalidación *ex art.* 2032 del CC italiano, hecho que, de acuerdo con los principios generales, ni siquiera se considera hipotizable en lo que respecta a los administradores de hecho .

A mayor razón, una equiparación entre administrador de hecho y de derecho no puede sustentarse en las tesis de la jurisprudencia penal, en la medida en que la responsabilidad penal protege y defiende el interés público en prevenir la alerta social y en condenar al reo.

Por último, la jurisprudencia rechaza la posibilidad de que el administrador de hecho esté subordinado a la responsabilidad contractual *ex art.* 2392 del CC italiano ya que considera que la responsabilidad del *falsus procurator* es de carácter extracontractual <sup>(22)</sup>.

**6.** – Veamos ahora quién puede actuar para obtener una sentencia de responsabilidad del administrador de hecho y qué formalidades hay que observar.

Es evidente que tanto la sociedad como los socios *utendo iuribus* de la misma tendrán legitimación para hacerlo .

---

<sup>(22)</sup> En lo referente a la responsabilidad extracontractual del *falsus procurator*: SSTS italiano núm. 12969, Sala de lo Civil, de 19 de septiembre de 2000, y la núm. 6488, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 1997.

Por el contrario, no será necesaria una decisión plenaria previa de aprobación de la acción de responsabilidad, tal y como prevén los arts. 2393 y 2409.5.º del CC italiano, en el caso en que los actos de *mala gestio* sean obra del administrador de derecho.

La necesidad de una decisión semejante está íntimamente asociada a la presunción de legitimidad de la actuación de este último, a diferencia de los que sucede en el caso del administrador de hecho.

Ello se deduce de la redacción del art. 2393.3.º del CC italiano, según el cual la decisión plenaria tiene como efecto la inmediata revocación de los administradores de derecho, si bien dicha circunstancia carece de sentido en relación con el administrador de hecho.

Los socios están legitimados para emprender acciones individuales contra el administrador de hecho, quien deberá responder de sus actos si bien puede acogerse a la protección contemplada en el art. 2395 del CC italiano.

Se trata de una norma absolutamente excepcional que se sirve del interés del accionista para lograr el objetivo de proteger también el de la sociedad en defensa de la legalidad de sus actos.

La función subrogatoria opera *in re ipsa*, sin necesidad de que el socio recurra a la declaración formal de actuar en subrogación.

A este respecto, el autor se remite a una lejana sentencia del Tribunal de Justicia de Milán, de 15 de octubre de 1987 (Presidente: Baldi - Juez ponente: Quadraro, publicada en *Giurisprudenza italiana*, 1988, I, 2, 418), que afirmó terminantemente que «una decisión inexistente también puede ser impugnada individualmente por cada socio interesado en la defensa de la legalidad de los actos societarios».

Una significativa nota de redacción añadió: «si un acto o hecho jurídico no existe, no forma parte del ordenamiento. No opera el *tam quam non esset*, sino simplemente el *non est*. Es bueno para el interés general del sistema y, en consecuencia, el de todos, también con arreglo al art. 100 del CPC italiano, la supresión de la apariencia engañosa que impida que un simple reflejo se confunda con una realidad inexistente, de ahí que esté

---

legitimado cualquier sujeto, cualquier socio, para emprender una acción pertinente, pudiendo tan sólo el propósito de pura artimaña o mala fe representar un límite a la iniciativa en este sentido».

La opinión contraria, como la de aquellos que confunden a los administradores de hecho con los de derecho, negaría y convertiría en superflua la premisa sobre la «inexistencia de decisiones plenarios», que acabarían por identificarse con las decisiones simplemente anulables.

La subversión del principio de derecho en virtud del cual la decisión inexistente no es susceptible de revalidación alguna, quedaría ilegítimamente superada por el aforismo «*lo hecho, hecho está*».