

¿POR FIN UN CONCEPTO UNÍVOCO DE «ADMINISTRADOR DE HECHO» EN DERECHO PENAL Y DERECHO SOCIETARIO?

ESTEBAN ASTARLOA

Abogado*

¿Por fin un concepto unívoco de «administrador de hecho» en Derecho penal y Derecho societario?

El administrador de hecho de una sociedad mercantil puede tener responsabilidad civil administrativa y hasta penal, y así se ha ocupado de determinarlo expresamente el legislador español. Sin embargo, no se ha ocupado de definir qué ha de entenderse por tal, y han tenido que ser los tribunales, penales y civiles, los que, partiendo además de posiciones divergentes, han acabado coincidiendo en sus elementos definidores. Ha habido que esperar varios años.

Is there finally a clear definition of the concept of «de facto director» under criminal and corporate law?

According to Spanish law, a de facto director of a company may be held civilly, administratively and even criminally liable. However, the concept of de facto director is not defined by law. Civil and criminal case law, starting from divergent notions, has ultimately coincided in defining the elements of the term, but we have had to wait several years.

Cuando conocí de la posibilidad de participar en el presente número especial en homenaje a Juan Luis Iglesias no dudé. Me vino a la cabeza de inmediato la que constituyó mi última entrevista antes de entrar a formar parte del Despacho hace ya 22 años, y cómo fui conociendo después que detrás de un excepcional jurista se encontraba además un grandísimo amante de la música y una persona genial, capaz de trabajar todo lo trabajable cuando había que trabajar, y de divertirse en compañía de familia y amigos cuando lo que tocaba era divertirse. Y no dudé tampoco de cuál podía ser la materia objeto de estudio en mi humilde contribución a ese merecido homenaje de los que hemos aprendido profesional y vitalmente de Juan Luis teniéndolo más cerca, plantas arriba, plantas abajo. El tema no podía alejarse mucho de la «Administración y Delegación de facultades en la Sociedad Anónima»¹ que constituyó su tesis doctoral bajo la dirección de nada menos que D. Aurelio, eso sí, ahora desde el enfoque que en la práctica me es más próximo, como es el jurídico penal.

Estudió entonces Juan Luis con profundidad y rigor, y de manera tan completa como clara gracias al profesor que siempre llevó dentro, la organización de la actividad administradora en Derecho español, las diferencias entre gestión y representación, la representación orgánica y la representación

voluntaria, la titularidad del órgano, y fundamentalmente la estructura de la delegación de facultades en el Derecho español. Y el recuerdo de todo ello me dio pie para pensar si lo que entonces había podido aprender de la tesis de Juan Luis podía ser útil años después para ayudarme a comprender a qué pretendía referirse el legislador penal cuando de manera novedosa introdujo en 1995 en nuestro Derecho positivo el concepto de administrador de hecho, como algo distinto, y opuesto, al administrador de derecho. Como es sabido, la mención al administrador de hecho se introdujo en el Código Penal a través de la *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre* tanto dentro de los delitos societarios (arts. 290, 293, 294 y 295) como del artículo 31 que recoge la cláusula de transferencia de responsabilidad penal en los delitos especiales propios, modificando la dicción del artículo 15 bis introducido en el Código Penal de 1973 a través de la reforma por *Ley Orgánica 8/1983, de 25 de julio*.

Dieciséis años han transcurrido desde que ese concepto novedoso, el administrador de hecho, fuese introducido en el Código Penal, y desde entonces hemos ido asistiendo, con alguna que otra vacilación, a una aproximación progresiva entre el Derecho penal y otras disciplinas. Si bien tal aproximación no fue tan clara inicialmente, desde luego siempre fue deseable por algo tan sencillo, aunque a veces al parecer tan difícil, como mantener y garantizar la seguridad jurídica y la interpretación integradora de las normas de nuestro ordenamiento. Sin duda ha colaborado a esa convergencia e interpretación armonizadora del concepto administrador de hecho, la introducción de tal figura en otras normas de nuestro ordenamiento ajenas al Derecho penal, y

* Del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

¹ J. L. Iglesias Prada: *Administración y Delegación de facultades en la Sociedad Anónima*, Madrid, 1971.

en el ámbito judicial las diversas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que en los últimos años han venido a perfilar de una manera más concreta qué ha de entenderse por administrador de hecho de una sociedad, señaladamente la sentencia dictada el pasado año por la Sección Primera de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sentencia núm. 606/2010 de 25 de junio (RJ 2010/7169), ponente L. Varela. Pero también los tribunales civiles.

1 · EL CÓDIGO PENAL DE 1995. SUS PRIMERAS INTERPRETACIONES

Si se revisa el ingente trabajo doctrinal en torno al Código Penal, la denominada «constitución negativa» introducida por el legislador español en 1995, no es difícil encontrar dos posiciones aparentemente antagónicas y diferenciadas sobre el concepto de administrador de hecho al que se referían tanto los novedosos delitos societarios de los artículos 290, 293, 294 y 295 como el artículo 31 del Código: (a) los autores que entendían que el Derecho penal no podía estar al margen del concepto mercantil de administrador de hecho, y que tal concepto mercantil se encontraba más próximo a la comparación con el administrador de derecho que por «circunstancia patológica» no podía ser considerado como tal administrador de derecho. Es decir, si administrador de derecho era aquella persona física o jurídica que reunía las condiciones de nombramiento y aceptación conforme a las exigencias del Derecho mercantil, debía entenderse por administrador de hecho aquel que no llegaba a ostentar el cargo de forma legítima, bien porque su nombramiento estaba viciado, bien porque incurrió en alguna causa de incapacidad o inhabilitación, o bien porque caducó su cargo²; y (b) por otro lado, aquellos, más numerosos entre los penalistas favorables a la autonomía del Derecho penal, que propugnaban, frente a la tesis anterior, un concepto más amplio, más material que formal, que entendía por administrador de hecho cualquier persona que ejerciera «*realmente las funciones de gestión o administración de la sociedad o quien de facto maneja sus riendas, realizando funciones ejecutivas propias de un administrador*»³.

² Entre los partidarios de esta concepción o postura restringida pueden citarse J. García de Entrerría: *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*. Madrid, 1996, pág. 46, o C. Suárez González, en los *Comentarios al Código Penal* dirigidos por Gonzalo Rodríguez Mourullo. Madrid, 1997.

³ Tal es la definición de J. J. García Pérez: «La responsabilidad

Pronto podría comprobarse que los juzgados y tribunales del orden penal se inclinaban por la segunda de las posiciones, poniendo más el acento no tanto en la administración más o menos formal sino en el desempeño real de las funciones de administración, en el «dominio del hecho»⁴.

Por otro lado, como se verá en el apartado siguiente, no era del todo cierto que el concepto societario o mercantil de administrador de hecho, si es que podía hablarse de la existencia de tal concepto entonces, fuese tan restringido o limitado exclusivamente a esos supuestos patológicos. Si bien es cierto que en un primer momento podía sostenerse que el administrador de hecho venía a asimilarse a un administrador con cargo caducado⁵, los tribunales civiles también empezaron a reconocer explícitamente la doctrina del administrador de hecho tal como se entiende en la actualidad, más próxima a la acuñada por el Derecho penal⁶.

Puede concluirse pues que tanto nuestros tribunales civiles como penales iniciaron, quizás sin saberlo entonces, un viaje hacia la convergencia entre el Derecho societario y el Derecho penal.

2 · EL ADMINISTRADOR DE HECHO EN LAS NORMAS NO PENALES

Sin duda puede afirmarse que el año 2003 fue especialmente importante a los efectos que analizamos. En 2003 se publicó por la Dra. Latorre Chiner su estudio sobre *El administrador de hecho en la*

penal de los administradores de sociedades por impedimento o negativa del ejercicio de los derechos del socio y del ejercicio de la actuación supervisora e inspectora de la administración», en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 1999, págs. 160-161.

⁴ Por ejemplo, *Sentencias del Tribunal Supremo, 1940/2000, de 18 de diciembre (RJ 2000/10664)*: interesa el verdadero «dominador del hecho»; *Sentencia del Tribunal Supremo 1027/2003, de 14 de julio (RJ 2003/6033)*: hay que estar no al carácter meramente formal del administrador, sino al actuar concreto de cada uno los hechos delictivos; o *Sentencia del Tribunal Supremo 336/2004, de 15 de julio (RJ 2004/5627)*: la responsabilidad criminal se atribuye por la intervención efectiva en los hechos, no por la titularidad formal que pudiera existir en la ostentación del cargo en la empresa.

⁵ *RDGRN de 24 de junio de 1968* y las posteriores que reiteran su contenido.

⁶ Así *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 27 de septiembre de 1999 (AC 2523/1999)*, *Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 18 de noviembre de 1999 (AC 2352/1999)*, *Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 17 de enero de 2000 (AC 304/2000)*, e incluso, *Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001 (RJ 7489/2001)*.

*sociedades de capital*⁷. El estudio sirve para proporcionar orden y claridad en la figura del administrador de hecho, y ello partiendo de la paradoja de que el estatuto jurídico y el régimen de responsabilidad de los administradores de hecho ha de efectuarse desde la constatación de que el administrador de hecho es opuesto al de derecho, y por tanto carece de su legitimación, es un administrador irregular. Más aún, el administrador de hecho carece por definición de alguna de las facultades atribuidas a los administradores de derecho como formular cuentas o convocar junta general. Creo que puede decirse, sin mucha equivocación, que el trabajo de la doctora Latorre abordaba con detenimiento muchos de los conceptos o elementos diferenciadores que han sido después plasmados en distintas resoluciones judiciales. Nos referimos por ejemplo a conceptos como los de habitualidad y profesionalidad en la gestión real por el administrador de hecho, o a la intensidad cualitativa y cuantitativa de la gestión, o a la actividad autónoma e independiente del administrador de hecho frente al de derecho (estos últimos no muy lejanos tampoco de aquellos que nos llegaban por ejemplo del derecho francés, como pionero entre los derechos más próximos en la búsqueda de una definición del administrador de hecho).

Pero además de lo anterior, el legislador pareció querer unirse a la tarea de dar algo más de forma (y transcendencia) a la figura del administrador de hecho. Así la *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, introdujo la equivalencia entre los administradores de hecho y de derecho en sus artículos 164.1 y 172.3 en materia de calificación del concurso y régimen de responsabilidad concursal para los administradores, o en el artículo 48.3 relativo al régimen cautelar del embargo. En todos y cada uno de los preceptos citados se mencionan conjuntamente los administradores de derecho y de hecho.

Se hace especialmente destacable que en la Memoria que acompaña al Proyecto de Ley Concursal se decía que *«se sobreentiende que el concepto de administrador de hecho es el acuñado por la doctrina y jurisprudencia penal (incluyendo en su caso 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 línea del art. 260 del Código Penal que habla de personas que actúen*

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».

La intención del legislador no podía ser más evidente, se consideraba oportuno aproximar el concepto concursal de «administración de hecho» al acuñado por la doctrina y jurisprudencia penal. Aquel que, como decíamos, hacía especial hincapié en el efectivo «dominio del hecho». A la anterior norma se añade además la *Ley 26/2003, de 17 de julio*, conocida como Ley de Transparencia, que viene a modificar tanto la Ley del Mercado de Valores como la Ley de Sociedades Anónimas, dando una nueva redacción al artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, de nuevo en sede de responsabilidad⁸.

Y por último, y también en 2003 se promulgó la *Ley General Tributaria 58/2003 de 17 de diciembre* que en su artículo 43.1.b. establecía que serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas que se encuentren pendientes en el momento del cese.

Es claro que el legislador español optaba por introducir abiertamente el concepto de administrador de hecho en nuestro ordenamiento. Y ello con carácter general, y no solo de la mano del Derecho penal. En todo caso cierto es, y hacemos nuestra la crítica permanente de la Dra. Latorre en su estudio, que no obstante la clara y manifestada intención del legislador, este en ningún momento optó por aclarar qué habría de entenderse por administrador de hecho. Sin duda podía haberlo efectuado, máxime conociendo la existencia de las distintas posiciones, y una tendencia ya más clara en los tribuna-

⁸ Artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas: *«El que actúa 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»*.

Ya el artículo 95 de la Ley de Mercado de Valores tras su nueva redacción en la Ley 37/1998 de 16 de noviembre, mencionaba no exactamente al administrador de hecho, pero sí a quienes ostentasen de hecho o de derecho cargos de administración o dirección de las personas físicas y entidades a las que resulta de aplicación los preceptos de la Ley del Mercado de Valores. Se decía entonces que si tales personas infringían las normas del ordenamiento de disciplina del Mercado de Valores, incurrirían en responsabilidad administrativa sancionable.

⁷ N. Latorre Chiner: *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada, 2003.

les penales, pero también en los civiles. Parece que el legislador seguía confiando en que los tribunales serían capaces de realizar esa tarea de convergencia e integración que se depositaba en sus manos. Comprobamos a continuación si ha sido así.

3 · PASOS HACIA UNA DEFINICIÓN DEFINITIVA DE ADMINISTRADOR DE HECHO POR NUESTROS TRIBUNALES DEL ORDEN PENAL Y CIVIL

3.1 · Orden penal

Analizamos a continuación el tránsito jurisprudencial habido en los últimos años hasta la que puede considerarse definición definitiva, o al menos definitiva determinación de los elementos diferenciadores de los administradores de hecho frente a los de derecho por nuestros tribunales penales. Y para ello revisamos en primer lugar diversas sentencias dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo entre 2006 y 2010. Como advertíamos al inicio, es la *Sentencia de la Sección Primera de la Sala Segunda de 25 de junio de 2010* la que trata de dar respuesta completa a las distintas dudas que puedan haber existido sobre la figura del administrador de hecho, el viaje iniciado para deslindar el Derecho penal del Derecho societario, o la utilización en términos absolutos del concepto del dominio del hecho. Como veremos, la sentencia es concluyente: «*La excesiva laxitud en la asignación del rol de administrador de hecho puede acabar por diluir la naturaleza misma del delito especial propio*». En definitiva, no cualquier decisión de hecho en la actuación de la persona jurídica puede conllevar sin más que quien la realiza sea considerado administrador de hecho. Pero veamos los distintos pasos dados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en estos últimos años.

Sentencia 816/2006, de 26 de julio, RJ 2006/7317. Afirma la Sala Segunda del Tribunal Supremo que «*por administradores de derecho*» se entiende en cada sociedad los que administran en virtud de un título jurídicamente válido, y en la sociedad anónima los nombrados por la junta general (art. 123 LSA). O, en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la sociedad inscrita en el Registro Mercantil. Los de «hecho» serán todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de con-

ceptos extra-penales, es administrador de hecho toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y quien de hecho manda o gobierna desde la sombra.

Como puede comprobarse, se trata de una definición omnicomprensiva, desde los supuestos societarios que hemos denominado patológicos, a los administradores que ostentan el dominio de hecho, pero también a los denominados administradores ocultos o en la sombra. Empleando la terminología de la Dra. Fernández Bautista⁹ se entendería incluido en el término administrador de hecho no solo el administrador de hecho notorio, sino también el administrador de hecho oculto (tanto el que actúa bajo otra apariencia, como el que permanece en la sombra).

STS 59/2007, de 26 de enero, RJ 2007/1586. Dice la sentencia «*El concepto de administrador de derecho no presenta especiales problemas. Por tal ha de entenderse a quien tiene efectuado el nombramiento como tal administrador de acuerdo a las normas legales que rigen la respectiva modalidad societaria. Mayores problemas plantea la inteligencia de lo que deba entenderse por administrador de hecho. Una concepción restringida incluiría en su entendimiento el concepto puramente mercantil del término, es decir, aquel que pudiendo ser administrador de derecho no pueda, todavía, serlo por no reunir las condiciones de nombramiento, por falta de aceptación o de inscripción registral o de mantenimiento y prórroga del mandato, o supuestos de formación social a los que se alude en preceptos del ordenamiento mercantil. Esta acepción supondría una subordinación del ordenamiento penal al mercantil sin base legal que lo permitiera y dejaría al margen del derecho penal situaciones fácticas del mundo negocial en el que intervienen personas con funciones reales de administración formalmente no señaladas en sus respectivas normas de funcionamiento. Es por ello que la doctrina ha optado por una interpretación que permite integrar en su comprensión a las situaciones de ejercicio real de las funciones de administración dando preferencia a la realidad económica y negocial frente a la realidad registral, de manera que puedan solventarse a través de esta concepción los supuestos de autoría mediata o de la inducción y cubrirse lagunas de punibilidad aprovechando las formalidades previstas en el ordena-*

⁹ S. Fernández Bautista: *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría*, Valencia, 2007.

miento para la administración de la sociedad». Como puede comprobarse, aún en 2007 el Tribunal Supremo considera oportuno reivindicar la «insubordinación» del ordenamiento penal al mercantil. Y sigue la sentencia: «Así, desde esta perspectiva será administrador de hecho quien sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo en los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figure como su administrador (...). Por lo tanto, en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía ni al entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección».

Y concluye la sentencia transcribiendo una parte de la sentencia de instancia que confirma y que añade un matiz muy importante. Dice la sentencia: «En la fundamentación de la sentencia se explica, correctamente, que el administrador de hecho debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión». Mencionábamos antes el término habitualidad en palabra empleada por la Dra. Latorre, el Tribunal Supremo habla de permanencia. Pero más relevante aún es esa referencia expresa a la no sujeción a esferas superiores de aprobación o decisión. Como pronto veremos en la *Sentencia de 25 de junio de 2010*, el administrador de hecho coexiste con una administración de derecho, formal. Y esa sujeción o no entre uno y otro, o en su caso, el concierto del supuesto administrador de hecho con esferas superiores de aprobación o decisión, serán fundamentales a la hora de establecer la existencia de un administrador de hecho, o de incluso un administrador de hecho que pueda considerarse coautor o partícipe de un administrador de derecho. La autonomía o independencia del administrador de hecho frente al administrador de derecho será un elemento determinante.

Sentencia del Tribunal Supremo 480/2009, de 22 de mayo, RJ 2010/662. Asunto conocido como Caso Ekin. La sentencia va examinando la existencia de distintos responsables de sociedades, realizando un resumen de la jurisprudencia existente hasta la fecha al mismo tiempo que de la legislación societaria. Sin embargo, la complejidad de la trama no permite llegar a mayores conclusiones de las sentencias

anteriores que cita. Lo mismo puede decirse de otra sentencia dictada el mismo año también por el Tribunal Supremo, Sala Segunda, conocida como Caso Gescartera, *Sentencia del Tribunal Supremo 986/2009, de 13 de octubre, RJ 2009/5991* que analiza determinados casos de llevanza de hecho de gestión y administración, sin entrar en mayores consideraciones dogmáticas.

Y por último, la anticipada *Sentencia del Tribunal Supremo 606/2010, de 25 de junio*, en la que el Tribunal Supremo analiza en casación la condena a determinadas personas que no eran administradores de derecho pero sí habían sido condenadas en la instancia como administradores de hecho por delito contra la Hacienda de la Comunidad Europea.

La sentencia llega a la conclusión de que los directivos condenados en calidad de administradores de hecho no podían serlo en tal concepto, como autores, sin perjuicio de poder serlo como cooperadores necesarios. En concreto el fundamento jurídico séptimo de la sentencia analiza precisamente cómo «los recurrentes no pueden ser autores del delito de defraudación tributaria por cuanto no les alcanza la transferencia establecida en el art. 31 del Código Penal».

El fundamento analiza en primer lugar cómo la cláusula de transferencia de responsabilidad desde la persona jurídica al administrador de hecho o de derecho debe respetar los exigibles criterios de imputación o atribución de responsabilidad penal, siendo inaceptable una responsabilidad objetiva por el cargo. Como dice la sentencia: «a) ni basta ser administrador para recibir la transferencia de esa responsabilidad y, b) ni siquiera es necesario ser formalmente administrador para poder recibirlas». Es decir, ser administrador de una persona jurídica solo le convierte en autor posible, pero para poder ser efectivamente responsable debe satisfacer el criterio de atribución de responsabilidad penal.

Tras esta consideración inicial, la sentencia elabora ya una primera definición posible del concepto de administrador de hecho. La transferencia operada por el artículo 31 del Código Penal viene a evitar el riesgo de impunidad de «quienes eludiendo la investidura formal, deciden de hecho la actuación de la persona jurídica, bien en ausencia de administradores formales, bien porque existiendo éstos, influyen decisivamente sobre los mismos».

La sentencia en todo caso es tajante, el respeto debido al principio de legalidad obliga a «erradicar extensiones del ámbito subjetivo más allá del sentido

del texto legal. No solamente del penal, que no precisa demasiado, sino del mercantil». De hecho, afirma la sentencia que «no resulta razonable que en el ámbito penal se adopte una interpretación más laxa de la que rige en el ámbito tributario».

Y como ya decíamos antes, «como advierte algún sector doctrinal, las exigencias preventivas del ‘moderno’ derecho penal para sancionar estas conductas no deben hacernos renunciar a criterios de formalización de la respuesta jurídica que son propios del derecho penal. La excesiva laxitud en la asignación del rol de ‘administrador de hecho’ puede acabar por diluir la naturaleza misma del delito especial propio».

Dicho lo anterior, el siguiente paso de la sentencia es establecer las pautas dirigidas a delimitar el concepto de administrador de hecho. En primer lugar se refiere a aquellos que habiendo ostentado formalmente el cargo, son privados de este por nulidad de la designación o finalización del mandato si, de hecho, sigue ejerciendo las mismas atribuciones. Y de otro lado, pasando desde el ya conocido concepto restringido al más amplio, pueden ser tenidos por administradores de hecho los que actúan como tales, sin previo nombramiento o designación, «si su actuación como tales administradores, además, se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo». Como ya anticipábamos, la permanencia en el tiempo y la autonomía o independencia pasan a ser pautas exigidas por el Tribunal Supremo sin ningún género de dudas.

Completa esta afirmación la sentencia con otra bien importante, y que en definitiva acabará siendo el argumento fundamental para la estimación de este motivo casacional: «Obstará a dicha consideración la existencia de administradores formales que efectivamente desempeñan su función con autoridad sobre los gestores», lo que no excluye la eventual concurrencia de responsabilidades si ambos, administradores de derecho y de hecho, actúan en colaboración sin jerarquía en su relación.

Por todo ello, se hace preciso en todos los casos comprobar la existencia o no de permanencia en la gestión, y de manera especial, la existencia efectiva de tal autonomía o independencia, o por el contrario subordinación de los alegados administradores de hecho a los de derecho. Para ello se hace preciso conocer la concreta organización interna de la persona jurídica en cuestión.

Recordando el Real Decreto 1382/1985 que regula la alta dirección, la sentencia parte del hecho de

que los directivos de la empresa son dependientes de los órganos de la persona jurídica, ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa pero limitadas por los criterios e instrucciones directos emanados de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad. En el caso enjuiciado, las personas jurídicas disponían en su organización, además de un consejo de administración, de una comisión ejecutiva y de un comité de dirección. Concluye la sentencia que la estructura refleja la inequívoca dependencia de los directivos respecto del consejo de administración y de la comisión ejecutiva, lo que le lleva a afirmar que no podía existir equiparación en autonomía y atribuciones entre los administradores y los directivos.

La palabra «autonomía» se menciona en distintas ocasiones, quizás la más relevante cuando se afirma que la suscripción de determinadas declaraciones de producción o destino de lo sobreproducido y salidas de almacén por parte de los directivos no implica necesariamente autonomía respecto a las decisiones de las que tales actos son mera ejecución.

Cuestión distinta, y posiblemente merezca un trabajo en profundidad distinto, es la valoración que la sentencia realiza de la conducta de los directivos, no para considerarles administradores de hecho, pero sí para condenarles como partícipes.

3.2 · Orden civil

No podemos concluir el trabajo sin confrontar el contenido de las anteriores resoluciones mencionadas, dictadas en el orden penal, con las dictadas en parecidas fechas en el orden civil.

A este fin analizamos con toda intención, el auto núm. 155/2009 de 18 de septiembre de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona (AC 2009/2227), como decisión anterior a la STS de 26 de junio de 2010 de la Sala Segunda pero sobre todo cuatro sentencias de diversas Audiencias, posteriores a tal STS de la de 26 de junio de 2010.

En la primera resolución citada, la Audiencia Provincial de Barcelona analiza si al ostentar el cargo de administrador único una sociedad, la persona física designada por esta para desempeñar el cargo en su representación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil, puede ostentar o no la condición de administrador de hecho. Al margen de que la sentencia

anticipa la posible existencia de un fraude de ley si se pretendiese que la persona física designada por la persona jurídica administradora no puede ser considerada administradora de derecho pero tampoco administradora de hecho, la sentencia llega a la conclusión de que efectivamente tal persona física puede ser considerada administradora de hecho en el caso enjuiciado porque es «*quien realmente ha ejercido las funciones del poder efectivo de gestión y gobierno de los asuntos sociales, propias del cargo de administrador, de modo continuado, con autonomía y falta de subordinación*». Como puede comprobarse, los elementos diferenciadores manejados son prácticamente idénticos a los expuestos en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2010.

Y revisamos finalmente diversas resoluciones también del orden civil, todas ellas posteriores a la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2010 a la que tantas veces hemos hecho referencia:

Sentencia de la AP de La Rioja 504/2010, de 27 de diciembre, (AC 2011/802). La sentencia analiza diversas cuestiones de interés, haciendo referencia además a otras sentencias anteriores de las Audiencias Provinciales de La Coruña y de Asturias¹⁰. En primer lugar, constata la sentencia la importancia de la prueba de presunciones para poder afirmar la existencia de un auténtico y verdadero administrador, como instrumento hábil de acreditamiento de hechos con transcendencia procesal, como resulta de lo dispuesto en el artículo 1215 del C. Civil. En segundo lugar, analiza la sentencia la figura del apoderado que puede llegar a ser considerado administrador de hecho. Afirma la sentencia que resulta un problema jurídico delicado y que la jurisprudencia es remisa a hacer tal identificación, derivando la responsabilidad hacia los administradores de derecho. Sin embargo cuando «*el aparentemente mero apoderado es materialmente quien toma las decisiones en la sociedad, ejerciendo en realidad un poder de dirección y gestión similar al que ordinariamente incumbe a un administrador, de manera constante e independiente, sin subordinación real al administrador y con consentimiento, si quiere implícito, de la sociedad, también estaremos ante un administrador de hecho*».

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja 1/2011, de 5 de enero (AC 2011/240). Esta sentencia cita una anterior de la Audiencia Provincial de Pontevedra¹¹, de hecho la transcribe en el sentido siguiente: ante la falta de un concepto legal de la figura del administrador de hecho, se hace preciso recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia en busca de su delimitación. Recuerda así que administrador de hecho sería quien desempeñe de manera efectiva su función «*mediante el control de hecho de la gestión social, bien ejerciendo sobre los administradores formales una influencia decisiva bien llegando a sustituirles, ya actuando de manera oculta o en la sombra, ya mostrándose ante terceros con la apariencia jurídica de un administrador formal*».

Y en cuanto a los elementos caracterizadores del administrador de hecho resalta dicha sentencia, transcribiendo la de la Audiencia de Pontevedra lo siguiente: «*(i) una efectiva intervención en la dirección, administración y gestión de la sociedad; (ii) que dicha actividad directiva y de gestión se ejerza con total independencia o autonomía de decisión; y (iii) que el desempeño de las funciones propias del cargo de administrador lo sea de un modo permanente o constante*».

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Cuarta, núm. 312/2011, de 6 de julio (JUR 2011/319319). Nos dice la sentencia que las «*notas definitivas del administrador de hecho son las siguientes: (a) elemento esencial es la autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que esa persona, al margen de un nombramiento formal o regular, está ejercitando en la práctica cotidiana las funciones del poder efectivo de gestión, administración y gobierno de que se trate, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y por tanto, como expresión de la voluntad social; (b) la habitualidad en el ejercicio de tales funciones, permanencia o continuidad que excluyen una intervención puntual en la gestión de la sociedad; y (c) cierta calidad en el ejercicio de dichas funciones, con exclusión de este concepto a aquellos cuya actuación se quede en la esfera previa a la decisión, lo que no es sino consecuencia del requisito de la autonomía de decisión*».

Comprobamos que además del requisito de la autonomía o falta de subordinación y la habitualidad, la sentencia analiza específicamente el concepto de

¹⁰ *Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Cuarta de 26 de junio de 2009 (AC 2009/1742) y Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Sexta de 10 de marzo de 2003 (Prov. 2003/187520)*.

¹¹ *Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 624/2009, de 17 de diciembre (JUR 2010/68550)*.

calidad en el ejercicio de la función. Y para ello, de manera semejante al razonamiento seguido por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de junio de 2010, la Audiencia de La Coruña se detiene en la figura de los apoderados. La condición de administrador de hecho no abarca en principio a los apoderados cuando actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de estos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones sino la actuación en la condición de administrador¹². Sin embargo, sí cabe la equiparación del apoderado o factor mercantil al administrador de hecho cuando la prueba acredita un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento a 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, pero también en otros casos 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.

Y por último, merece especial cita la reciente *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de las Palmas de Gran Canaria (Sentencia 136/2011 de 18 de julio -JUR 2011/275524-)*.

La sentencia resulta de gran interés por cuanto, con base en argumentos prácticamente idénticos a los que se han expuesto con anterioridad, analiza las figuras de los administradores notorios, de los administradores ocultos, de los apoderados, y del socio único mayoritario. Sobre este último afirma la sentencia que «*la sociedad dominante no podrá considerarse como administrador de hecho de la sociedad filial concursada cuando la actuación de su administrador o administradores no haya sido realizada por cuen-*

ta y en interés de la sociedad dominante, sino en su propio y exclusivo interés, cuando las instrucciones o directrices recibidas por la sociedad concursada no tienen un carácter ‘orgánico’ pues no han sido adoptadas respetando las exigencias de procedimiento y competencia que disciplinan la actuación de los órganos societarios y no pueden por tanto considerarse propiamente como la voluntad de la sociedad dominante, en cuyo caso serán estas personas físicas y no la sociedad dominante, quienes tendrán la consideración de administradores de hecho de la sociedad filial concursada».

La sentencia enjuicia un supuesto de responsabilidad de los administradores en la pieza de calificación de un concurso. Y llega a la conclusión de que la existencia de una apoderada y de una sociedad dominante, junto a un administrador de derecho único, no conlleva necesariamente la consideración de administrador de hecho ni de la apoderada ni de la sociedad dominante. Ni como responsable a título de autor, ni siquiera como cómplice. De nuevo, nos encontramos ante un supuesto de autoría y participación examinado en el ámbito mercantil pero que maneja conceptos idénticos, o prácticamente idénticos a los manejados por el derecho penal en materia de autoría y participación.

En conclusión, las resoluciones judiciales mencionadas evidencian que, al menos a día de hoy, parecen superadas las distintas posiciones contrarias en cuanto a qué debía interpretarse en nuestro Derecho por administrador de hecho. Y que tanto en nuestro Derecho societario como en nuestro Derecho penal podemos acudir a los mismos elementos diferenciadores que en definitiva serán tenidos en cuenta por nuestros tribunales a la hora de determinar la responsabilidad civil, administrativa o penal de los administradores de hecho.

¹² La *Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña* cita las sentencias anteriores del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998, 7 de junio de 1999, 7 de mayo de 2007 y 8 de febrero de 2008.