

JUAN LUIS PULIDO BEGINES
(Dir.)

**RESPONSABILIDAD
DE LOS ADMINISTRADORES
DE LAS SOCIEDADES
DE CAPITAL**

Prefacio de
Vicente Morató Sánchez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS.....	9
PREFACIO, <i>por Vicente Morató</i>	11
ASPECTOS ESENCIALES DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL, <i>por Al- fonso Martínez-Echevarría Dueñas e Ibai A. Puente González</i>	15
LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRA- DORES SOCIALES, <i>por Amanda Cohen Benchetrit</i>	33
LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD: FUNDAMENTO Y EJERCICIO POR LA SOCIEDAD, <i>por Achim Puetz</i>	79
LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD: LEGITIMACIÓN DE LA MI- NORÍA Y DE LOS ACREEDORES, <i>por Miguel Ruiz Muñoz</i>	137
LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LAS DEUDAS Y OBLIGACIONES SOCIALES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL, <i>por Manuel Alba Fernández</i>	177
LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR INFRACCIÓN DEL DEBER DE LEALTAD (ART. 227.2 LSC), <i>por Alberto Emparanza So- bejano</i>	211
RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR NO PROMOVER LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD EN CASO DE PÉRDIDAS GRAVES, <i>por Luis Miranda Serrano</i>	235
LA ADMINISTRACIÓN SOCIAL EN LA ESFERA DE LAS RELACIONES LA- BORALES. REFLEXIONES SOBRE SU RESPONSABILIDAD LABORAL, <i>por Francisco Carmona Pozas</i>	285

	<u>Pág.</u>
EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL, <i>por María Jesús Guerrero Lebrón</i>	323
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES, <i>por Juan María Terradillos Basoco</i>	347
LA RESPONSABILIDAD DE LOS LIQUIDADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL, <i>por María José Morillas Jarillo</i>	389
ESTUDIO SOBRE LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SU COORDINACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS DEL ART. 172.2.3 Y CON LAS ACCIONES SOCIETARIAS, <i>por Margarita Viñuelas Sanz</i>	431
LA RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DE LOS ADMINISTRADORES, <i>por Alfonso Sanz Clavijo</i>	473

PREFACIO

Resulta indubitado el prestigio profesional asociado a las posiciones ejecutivas de alta dirección, ya se corresponda con la designación como miembro del consejo de administración de una sociedad, bien con el desempeño de las funciones de la dirección general de una compañía.

En Estados Unidos, el sueño de todos los estudiantes universitarios de *business* pasa por conseguir algún día alcanzar la presidencia ejecutiva de una sociedad, visualizándose a sí mismos como perfectos ejecutivos que crean riqueza y atesoran dólares como recompensa por todo lo que han aportado con su gestión empresarial a la Sociedad. Quizá no con tanta intensidad como en el país anglosajón de cultura calvinista, también en España universidades de prestigio y escuelas de negocio, que incluyen en sus programas orientaciones para la alta dirección, embelesan a sus alumnos con escenarios futuros profesionalmente más que apetecibles. Y tiene su explicación, pues participar en la gestión de una sociedad como miembro del consejo de administración, o mejor todavía como consejero delegado, o incluso como director general, es especialmente atractivo y estimulante.

En la fórmula anterior, nadie parece tener en cuenta la contrapartida de la responsabilidad que a lo largo de los años ha ido creciendo y ampliándose hasta convertir la profesión de dirección y gestión profesional de empresas en una ocupación de alto riesgo, que ha provocado una profusa colección de publicaciones sobre esta materia.

La primera impresión sobre una obra relativa al régimen jurídico de la responsabilidad de los administradores bien podría ser la dificultad de diferenciarla de otras tantas que hay disponibles en el mercado. Y es cierto que resulta difícil encontrar esa característica especial que la separe de tantos contenidos publicados sobre esta materia, por lo que mayor ha sido el reto de configurar este volumen en el que no se ha renunciado a dotarlo de novedades que lo singularicen de lo ya publicado.

En primer lugar, se ha realizado un importante esfuerzo por combinar lo que en esencia no parece tan fácil de conciliar, como es dotar a la obra de una profundidad jurídica propia del rigor académico, junto con la adición de un enfoque más ajustado a lo que precisa el mundo de la realidad empresarial en el que cada día se desenvuelven los ejecutivos de empresa. En la combi-

nación de estos dos factores, y principalmente en la aportación de esa capa de practicidad y realidad del mundo empresarial, es donde reside el principal motivo por el que *Martínez-Echevarría Abogados* toma la decisión de impulsar este proyecto. Se decidió desde un primer momento que el contenido de este manual debía ser escrito por catedráticos y profesores titulares de universidad, pues no cabe duda de que, al hacerlo así, se ponía al servicio de los lectores una mayor garantía de solvencia jurídica, rigor técnico y método de análisis académico. Desde ese punto de partida, quedaba pendiente procurar que ese acento de rigor universitario no alejara la obra de la utilidad práctica que busca su lector objetivo, que es el empresario y el directivo profesional de empresa.

No es labor fácil la de unir dos mundos tan separados, como son la solvencia y la profundidad, con el aligeramiento teórico que exige la practicidad. Para ello, ha sido de indiscutible valor la aportación realizada por el director y coordinador de la publicación, el catedrático de Derecho mercantil, Juan Luis PULIDO BEGINES, quien a sus muchos años de docencia, investigación y publicaciones, une la pertenencia activa al Consejo Académico del despacho profesional *Martínez-Echevarría Abogados*, desde el que ha tenido la oportunidad de enfrentarse a multitud de casos reales en los que empresarios y directivos de todo tipo de sectores, tamaños y tipologías de empresas, han requerido los servicios de asesoramiento jurídico o incluso de tutela judicial. No puede haber mejor combinación, para que el asesoramiento realizado a un empresario sea del máximo valor, que la que resulta de aunar la profundidad académica con el ejercicio profesional de la profesión de abogado. Este ha sido el principal objetivo perseguido y este ha sido el éxito que se ha alcanzado gracias a la tarea desarrollada por el director y coordinador de la publicación, quien cuenta con todos los requisitos necesarios para ello.

Si la primera premisa con la que se ha concebido esta obra ha sido, como ya se ha explicado, la de conciliar profundidad teórica y simplicidad práctica, es el momento ahora de reflexionar sobre el segundo pilar en el que se ha apoyado. Y es la pluralidad de materias o de distintas naturalezas de disciplinas jurídicas involucradas y analizadas. Si bien decíamos al comienzo que son muchas las publicaciones disponibles que han investigado sobre la responsabilidad de los administradores, no es menos cierto que faltan —entre ese interminable océano de libros y artículos de revistas especializadas— aquellas que, analizando la responsabilidad de los administradores, lo hagan con un enfoque tan amplio —y de forma conjunta— como ocurre en este caso. Y vuelve esta segunda premisa a ser coherente con el propósito primario buscado que no podía ser otro sino el de aportar valor a una labor, la desarrollada por el administrador, por el directivo profesional, que no está exenta de riesgos y responsabilidades crecientes y quizá excesivos.

En este sentido, se ha analizado la problemática de la responsabilidad de los administradores en situaciones de crisis empresariales, que es objeto de mayor atención y regulación de la que generalmente consideran los directivos. Se destaca en la obra la preocupación internacional por estas situaciones. En Europa se regulan por Directiva las obligaciones de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente. E incluso en el ámbito de Naciones Unidas se ha aprobado un texto relativo a las obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el periodo cercano a la

insolvencia. En lo que se refiere al régimen normativo nacional se observará la necesidad de la interpretación jurisprudencial para cuestiones de tanto interés como la determinación del momento en el que se entiende producida la causa de disolución, de suma importancia para determinar los efectos de un posible cumplimiento tardío en la solicitud de declaración de concurso de acreedores.

Se aborda la responsabilidad tributaria de los administradores como cuestión de alta complejidad que alcanza supuestos de solidaridad y subsidiariedad cuya delimitación no es sencilla, incluso para los profesionales del Derecho, debido a la redacción de los preceptos que los regulan, haciendo imprescindible acudir a la interpretación jurisprudencial. Resulta de extraordinario valor el conocimiento detallado de su funcionamiento, pues no es ajeno el hecho de que no siempre la Administración Tributaria observa en su primera actuación los derechos y garantías de aquellos a quienes pretende derivar responsabilidad tributaria.

También se ha prestado una especial atención a la acción social de responsabilidad de los administradores ejercida por la sociedad, para detallar con exactitud qué daños causados con ocasión del ejercicio de las funciones de administrador son susceptibles de ser reclamados por esta vía, con idea de que los lectores sepan aislar bien aquellas situaciones tan comunes en las que se exige responsabilidad solo por desavenencias internas de socios que se intercambian en las funciones de administración, desvirtuando así el propósito de esta acción.

No ha quedado preterida la responsabilidad laboral del órgano de administración, quizá la disciplina jurídica más ausente en publicaciones sobre responsabilidad de administradores y directivos. El sobradamente conocido carácter tuitivo del Derecho laboral alarga dramáticamente el alcance de la responsabilidad de los ejecutivos a campos muy amplios, no solo sobre obligaciones reguladas en el Estatuto de los trabajadores, sino a materias de Seguridad Social, derecho de representación de los trabajadores, libertad sindical y prevención de riesgos laborales, sin olvidar todo lo que resulta de la propia regulación añadida que suponen los Convenios Colectivos de Trabajo.

Extraordinariamente importante es el análisis de la responsabilidad penal, donde destaca una interpretación amplia y extensiva del concepto de administrador de hecho, superando la más restrictiva interpretación típicamente mercantilista que surgió con el Código Penal de 1995 que venía a reconocer únicamente como administrador de hecho a aquel cuyo nombramiento estaba afectado por la nota de nulidad.

Si bien el régimen jurídico de la responsabilidad de los liquidadores de empresas ha quedado ensombrecido por el de los administradores, no se ha seguido esa tendencia en esta obra, en la que se analiza detalladamente la responsabilidad de los liquidadores de empresas y la problemática que resulta de la pobre regulación y excesiva remisión al régimen general de la responsabilidad de los administradores.

Desde el comienzo de este prefacio se ha venido repitiendo que ha sido un objetivo la búsqueda de un enfoque conciliado entre la profundidad técnico-jurídica y la visión práctica; no habría sido posible —para hacerlo verdad— la omisión de un análisis como el que se realiza del seguro de responsabilidad

civil o *D&O* en su denominación anglosajona, que responde a los términos *Directors and Officers*.

El ejecutivo profesional, ya sea desarrollando la posición de consejero delegado, miembro del Consejo de Administración de una sociedad de capital, o incluso como director general, responde habitualmente al perfil de un profesional de máxima especialización en la gestión empresarial y la dirección de sociedades. La formación que específicamente le prepara para estas posiciones ejecutivas no contempla por regla general la formación jurídica, tan necesaria para conocer y evitar los riesgos vinculados a estas profesiones del mundo del *management*. Hemos reunido un contenido jurídico que viene a suplir esa frecuente falta de preparación concreta. Sin embargo, solo cumpliremos nuestro propósito si esta obra termina resultando de ayuda efectiva a empresarios, consejeros y altos cargos directivos, quienes aportan un altísimo valor a la prosperidad de nuestra sociedad, y no deberían quedar desamparados por expuestos a responsabilidades que podrían haberse evitado con un mejor conocimiento de la regulación vigente y su interpretación jurisprudencial.

Vicente MORATÓ SÁNCHEZ
Socio Director
Martínez-Echevarría Abogados

ASPECTOS ESENCIALES DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Alfonso MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA*

Ibai A. PUENTE GONZÁLEZ**

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS DEBERES Y OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADORES: PRESUPUESTO DE SU RESPONSABILIDAD: 2.1. Los deberes de los administradores: 2.1.1. Deber de diligencia. 2.1.2. Deber de lealtad. 2.2. Culpabilidad. 2.3. Daño y relación de causalidad. 2.4. Dos casos de especial relevancia en el ámbito de la responsabilidad de los administradores: 2.4.1. La responsabilidad de los administradores en el contexto de un grupo de sociedades. 2.4.2. El caso particular de la responsabilidad de los administradores por incumplimiento de sus obligaciones en caso de concurrencia de una causa de disolución.—3. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES: 3.1. Las leyes mercantiles del siglo XIX. 3.2. La Ley de Sociedades Anónimas de 1951. 3.3. La Ley de Sociedades Anónimas de 1989. 3.4. La reforma de 2003. 3.5. En nuestros días. Una mención jurisprudencial.—4. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES: 4.1. Administrador de hecho. 4.2. Director general. 4.3. Apoderado.

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital se ha configurado tradicionalmente a lo largo de la historia del Derecho mercantil como una responsabilidad civil, subjetiva o por culpa, tendente a la indemnización del daño patrimonial causado a la sociedad, a los socios o a los terceros¹. Conforme la regulación del régimen de responsabilidad de los administradores ha ido avanzando, se han ido incorporando matices, pero la configuración de su régimen de responsabilidad ha permanecido inalterada.

* Socio de Martínez-Echevarría Abogados. Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad CEU San Pablo. Director de la Cátedra de Derecho de los Mercados Financieros.

** Abogado. Profesor de Derecho Mercantil, Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF). Coordinador de la Cátedra de Derecho de los Mercados Financieros.

¹ J. QUIJANO GONZÁLEZ, «Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del Consejo de Administración (arts. 236.1 y 2 LSC)», *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 591-613.

El propósito de este estudio es, en primer lugar, examinar de un modo breve y a la luz de la más reciente doctrina y jurisprudencia los deberes y obligaciones de los administradores, entendidos, en caso de considerarse incumplidos, como presupuesto de la exigibilidad de su responsabilidad; en segundo lugar, hacer un repaso histórico a lo largo de la evolución del régimen de la responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital en el Derecho mercantil español; y, por último, mencionar algunas cuestiones referentes al ámbito subjetivo de la responsabilidad de los administradores.

2. LOS DEBERES Y OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADORES: PRESUPUESTO DE SU RESPONSABILIDAD

El régimen configurador de la responsabilidad de los administradores se articula en torno a tres principios básicos: la contravención de los deberes que la ley y, en su caso, los estatutos sociales atribuyen a los administradores; la culpabilidad y el daño y la relación causa-efecto (arts. 236 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital —en adelante, LSC—). Esta configuración no ha variado con el paso del tiempo, ni con las sucesivas reformas legislativas en la materia.

2.1. Los deberes de los administradores

En Derecho español, la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital deriva directamente de la ley, principalmente la LSC, y de los estatutos de la sociedad.

Hace algunos años, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, introdujo en el Derecho español la denominada *business judgment rule*^{2,3}, rebautizada en nuestro ordenamiento jurídico bajo el nombre de «protección de la discrecionalidad empresarial» (art. 226 LSC). Inspirada e importada del Derecho estadounidense⁴, esta regla busca establecer límites al ámbito de control que los juzgados y tribunales puedan ostentar sobre los administradores en la toma de decisiones estratégicas y de negocio.

Las distintas normas que han regulado en las últimas décadas la responsabilidad de los administradores han dado lugar a que el número de deberes impuesto a los administradores experimente una aparente ampliación y re-

² C. GUERRERO TREVIANO, *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital: la incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*, Madrid, Civitas, 2014.

³ La regla tiene un objetivo bien claro desde el punto de vista de los presupuestos de la responsabilidad: delimitar una zona exenta cuando pueda entenderse que una determinada decisión está amparada por la discrecionalidad empresarial, que implica la asunción razonable de los riesgos que tales decisiones comportan, sin que quepa alegar falta de diligencia. Así, no cabrá exigir responsabilidad por daño en la medida en que se entiende que, cumplidos determinados requisitos (básicamente, buena fe, inexistencia de conflicto de interés, información suficiente y cumplimiento de proceso debido), el estándar de diligencia del ordenado empresario ha quedado cumplido.

⁴ *Gimbel v. Signal Cos.*, 316 A.2d 599, 608 (Del. Ch. 1974).

ducción. Aparente, pues, en definitiva, estos deberes, cualquiera que haya sido su formulación, siempre han podido reconducirse a dos: el *deber de diligencia* y el *deber de lealtad*. Esos deberes son la concreción de la pauta de comportamiento exigido por el Derecho mercantil al administrador, al cual se le pide que actúe como un *ordenado empresario* deber de diligencia y un *representante leal* deber de lealtad. Estos deberes son el correlato en el ámbito mercantil del concepto jurídico indeterminado *buen padre de familia* propio del Derecho civil. A su vez, ambos patrones de conducta son sendas concreciones en sus respectivos ámbitos del principio general de la *buena fe*. El art. 127.1 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA de 1989), establecía en su primera redacción con un enunciado claro y sencillo que los «administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal». 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 anónimas cotizadas, multiplicó el número de deberes exigibles a los administradores, insertando a estos efectos en la LSA de 1989 los nuevos arts. 127 a 127 *quater*. En ellos se regulan los deberes de diligencia⁵, información⁶, fidelidad⁷, lealtad⁸ y secreto⁹. Posteriormente, la LSC vuelve a enunciar los deberes de los administradores reduciéndolos a dos, diligencia y lealtad, pero mantiene en su articulado disposiciones relativas al comportamiento de los administradores que son concreción de esos dos deberes. Así, además de regular la LSC los aspectos fundamentales del deber de diligencia y del deber de lealtad en sus arts. 225 y 227, respectivamente, se ocupa en el art. 228 de las que llama «obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad», donde encontramos, entre otras, sin ser elevadas a la condición de *deber típico*, la de *guardar secreto* o la de *evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés*. El art. 229 de la LSC regula con detalle esta última obligación y, aunque en su rúbrica aparece la expresión: «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», ya no cabe catalogarlo como deber autónomo, sino como concreción del deber de lealtad¹⁰. Los arts. 230 y 231 de la LSC regulan extensamente más cuestiones que detallan las obligaciones de los administradores derivadas de su deber de lealtad¹¹. En consecuencia, estas reformas legislativas relativas a los deberes de los administradores de las sociedades de capital han dado lugar a un viaje de ida y vuelta, que nos trae a la estación de origen con un bagaje consistente en el mismo número de deberes con el que habíamos partido, si bien con un contenido más rico y detallado.

⁵ Art. 127.1 LSA de 1989.

⁶ Art. 127.2 LSA de 1989.

⁷ Art. 127 *bis* LSA de 1989.

⁸ Art. 127 *ter* LSA de 1989.

⁹ Art. 127 *quater* LSA de 1989.

¹⁰ Tal como lo ha catalogado el art. 228.e) de la LSC, al cual remite el propio art. 229.1 de la LSC.

¹¹ Para una explicación detallada sobre los deberes generales de los administradores y los específicos en que los primeros se concretan, véase J. O. LLEBOT MAJÓ, «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 21-63.

2.1.1. *Deber de diligencia*

Los administradores deben desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal (art. 225 LSC). Este deber se configura, por tanto, como una pauta de conducta y una fuente general de obligaciones, que conlleva un deber de vigilancia activa y continuada por parte del administrador (incluyendo el deber de supervisión de aquellas facultades que hubiesen delegado).

En aplicación de la *business judgement rule*, la discrecionalidad de las decisiones empresariales adoptadas por los administradores con un mínimo estándar de diligencia queda protegida, de forma que los jueces puedan revisar actuaciones de los administradores en función de los resultados alcanzados.

Sin embargo, esta protección desaparece cuando alguno de los administradores o personas vinculadas a ellos tuviesen algún interés personal en la operación (aunque no hubiese participado en la decisión precisamente por ese motivo); en estos supuestos, el juez podrá entrar a evaluar la corrección de las decisiones empresariales desde la perspectiva del cumplimiento de los deberes de diligencia de los administradores.

Además del precepto legal en virtud del cual se establece el deber general de diligencia, resulta de obligada mención como fuente de desarrollo y concreción de este deber los estatutos de las sociedades y el reglamento del consejo, especialmente en el caso de las sociedades cotizadas. Estos textos pueden llegar incluso a cualificar el deber de diligencia del administrador añadiendo deberes específicos.

De igual forma, el deber de diligencia se ha desarrollado al amparo del llamado *soft law* y la cada vez mayor influencia de los códigos de buen gobierno. En España, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (en adelante, CBGSC), incluye diversas recomendaciones para el contenido del deber de diligencia (p. ej., en relación con la dedicación o la información de los consejeros, la frecuencia de reuniones del consejo y la evaluación periódica de su funcionamiento, las funciones del presidente y del secretario, el papel de la comisión ejecutiva y de las comisiones especializadas, etc.). Ya en el «Informe sobre el Consejo de Administración» que acompaña al Código de Buen Gobierno de 1998 se observaba que «el carácter altamente abstracto o genérico de esta norma de conducta [en alusión al deber del consejero de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario] hace recomendable, en nuestra opinión, que las reglas de funcionamiento interno de la compañía recojan con detalle las principales obligaciones que dimanan de los deberes generales de diligencia y de lealtad, con el fin de estimular que los consejeros tomen conciencia de los compromisos que contraen al asumir el cargo y de facilitar la valoración de su actuación»¹². Por supuesto, si las recomendaciones del CBGSC se trasladan a cláusulas estatutarias o a normas reglamentarias de la sociedad devendrán en normas de conducta de

¹² Informe de la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades (Comisión Olivencia), 26 de febrero de 1998, p. 46 (accesible en <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf>).

los administradores y eventual fuente de ilicitud por su infracción, en tanto presupuesto material de responsabilidad¹³.

2.1.2. *Deber de lealtad*

El deber de lealtad se regula en el art. 227 de la LSC. Este deber incluye la obligación del administrador de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Algunas de las conductas prohibidas son, entre otras, las siguientes:

- a) Obtener ventajas o remuneraciones asociadas al ejercicio del cargo de administrador y abonadas por terceros extraños a la sociedad.
- b) Influir en la realización de operaciones privadas utilizando el nombre de la sociedad.
- c) Hacer uso de información confidencial para uso privado.
- d) Desarrollar actividades que entrañen competencia efectiva con la sociedad.

Por estar muy relacionado con el deber de lealtad, destacamos aquí que la junta general deberá aprobar cualquier transacción que un administrador (o persona vinculada) realice en nombre de la sociedad si su valor es superior al 10 por 100 de los activos sociales.

Sin entrar en detalle en el alcance de la enumeración legal, llama la atención la polivalencia con la que el legislador ha configurado sistemáticamente el deber de lealtad en relación con el conflicto de interés: por un lado, encontramos el deber de abstención [art. 228.c) LSC], salvo en los acuerdos que afecten al administrador en su condición de tal (designación, revocación, y otros de análogo significado, quizá la propia exigencia de responsabilidad); debiera precederle el deber de comunicar las situaciones de conflicto, directo o indirecto, propias o de persona vinculada, que aparece en el art. 229.3 de la LSC; por otro lado, se establece como deber diferenciado el de «adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto» [art. 228.e) LSC], que dejaría vacíos a los demás, porque, si se evita el conflicto, no será necesario comunicarlo ni abstenerse; pero, además, el deber de evitar el conflicto se despliega en otro conjunto particular de prohibiciones en el art. 229 de la LSC, que son precisamente las que venían constituyendo la casuística de la deslealtad antes de la reforma de la Ley 31/2014; e incluso en alguna de las nuevas obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad late de manera más remota el conflicto de interés, como puede ocurrir en el «desempeño de sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal, con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones con terceros», recogido en la letra d) del art. 228 de la LSC¹⁴.

En definitiva, mientras que el art. 228 de la LSC establece ciertas obligaciones básicas o sustantivas derivadas del deber de lealtad, el art. 229 de la

¹³ L. HERNANDO CEBRIÁ, *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

¹⁴ J. QUIJANO GONZÁLEZ, «Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del Consejo de Administración (arts. 236.1 y 2 LSC)», *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 591-613.

LSC recoge diversos deberes de carácter instrumental. Los administradores pueden verse dispensados del cumplimiento de estos últimos «en ciertos casos singulares» (ex art. 230.2 LSC). En tal caso, será la junta general o el órgano de administración, siempre que sus miembros se reputen independientes, los legitimados para autorizar al administrador solicitante de la dispensa a llevar a cabo la operación en que concurre el conflicto de interés (p. ej., aprovechar una oportunidad de negocio o realizar una operación con la sociedad)¹⁵.

Es destacable la obligación de guardar secreto que se impone a los administradores. Aun después de cesar en su cargo, los administradores deben guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial que conozcan como consecuencia del ejercicio de su cargo.

Este deber, aunque incluido en el art. 228.b) de la LSC como una concreción de las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, ha sido en ocasiones tratado de manera independiente y como un deber separado de aquel¹⁶.

2.2. Culpabilidad

La última redacción del art. 236.1 de la LSC, introducida por la Ley 31/2014, añade la mención expresa a la culpabilidad, utilizando la clásica fórmula «siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa». Pese a lo anterior, doctrina y jurisprudencia lo venían aceptando sin mayor discusión, y nunca se defendió que la responsabilidad de los administradores presentara caracteres o debiera deslizarse hacia alguna modalidad de responsabilidad objetiva, ni de responsabilidad por resultado.

Otro aspecto al que merece la pena dedicar unas líneas es a la opción escogida por el legislador a los efectos de distribuir la carga de la prueba de la culpabilidad. El art. 236 de la LSC establece una presunción *iuris tantum* de culpabilidad, que invierte la carga de la prueba en contra de los administradores, si el acto (o la omisión) es contrario a la ley o a los estatutos sociales (y por extensión a los reglamentos). Por el contrario, la inversión de la carga de la prueba no será de aplicación cuando la ilicitud proceda de una infracción de los deberes inherentes al desempeño del cargo. En este último supuesto, quien exige la responsabilidad será quien deba probar el incumplimiento a título de dolo o de culpa.

La doctrina ha visto en lo anterior un deseo por parte del legislador de querer «marcar una frontera por razón de la índole de la infracción: el incumplimiento de la ley o de los estatutos presume una conducta dolosa o negligente, que hay que contrarrestar con la prueba en contrario de la falta de culpabilidad, de modo que al actor corresponde probar el acto ilícito, ilegal

¹⁵ J. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Los deberes de conducta de los administradores. Deber de diligencia y deber de lealtad», *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 68.

¹⁶ Fue tipificado como un deber específico en el art. 127 *quater* de la LSA de 1989.

Previamente, antes de la reforma ejercida por la Ley 26/2003, ya era contemplado por el art. 127.2 de la LSA de 1989 sin conferirle la condición de un deber individualmente tipificado, pero disponiendo claramente que los administradores «deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones».

o antiestatutario, y el nexo causal con el daño, y al demandado la ausencia de dolo o de culpa en cualquiera de sus grados; mientras que si se pretende alegar infracción de deberes, de diligencia o de lealtad indistintamente, el actor debe probarlo todo (el acto ilícito, la culpa, el daño y la relación de causalidad)¹⁷.

2.3. Daño y relación de causalidad

La acción u omisión ilícita y culpable debe causar un daño patrimonial para que resulte procedente exigir la responsabilidad de los administradores.

La prueba fáctica de la relación causa-efecto, su evaluación para fijar la cuantía indemnizable o los criterios que llevan a considerar tanto el daño emergente como el lucro cesante, deberán resolverse mediante la aplicación del Derecho común. Lo mismo sucederá con las cuestiones habituales que suscita el nexo causal; estas deben ser reconducidas a las reglas del Derecho general de daños y la llamada «teoría de la causa»¹⁸.

Con carácter general, y una vez repasados los tres presupuestos materiales de la responsabilidad de los administradores, es de especial importancia apuntar que el hecho de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general no exonerará de responsabilidad a los administradores.

2.4. Dos casos de especial relevancia en el ámbito de la responsabilidad de los administradores

2.4.1. La responsabilidad de los administradores en el contexto de un grupo de sociedades

Huelga decir que la gestión de los administradores debe perseguir el interés de la sociedad. Sin embargo, esta regla queda distorsionada en los grupos de sociedades por la existencia de un interés adicional y diferente a los intereses de las sociedades individuales: el interés del grupo.

Este interés del grupo puede justificar que la sociedad dominante se inmiscuya en la gestión de las sociedades dominadas y obligue a los administradores de estas últimas a ejecutar decisiones beneficiosas para el grupo, pero que en ocasiones pueden resultar lesivas para la sociedad dominada.

Aunque la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación contiene un régimen específico de responsabilidad de los administradores para este tipo de situaciones, a día de hoy no existe ninguna previsión legislativa al respecto.

El régimen de responsabilidad propuesto en los arts. 291.10 y ss. de la Propuesta de Código Mercantil establece que, en caso de que exista un perjuicio a la sociedad dependiente por ejecución de instrucciones de la socie-

¹⁷ J. QUIJANO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 591-613.

¹⁸ *Ibid.*

dad dominante, esta deberá compensar a la primera en el plazo de un año. En caso de que la compensación no sea adecuada, la sociedad dominante y sus administradores responderán solidariamente del perjuicio causado. Los administradores de la sociedad dependiente también responderán solidariamente a menos que prueben que han cumplido con el deber de información, que la compensación era adecuada y posible y que la ejecución de las instrucciones no ha puesto en riesgo la solvencia de la sociedad.

De acuerdo con el régimen jurídico existente a día de hoy, sería posible plantear la acción social —y, en su caso, la acción individual— de responsabilidad contra los administradores de la sociedad dominante (o los directivos de esta que emitan las instrucciones que haya de seguir la filial) o incluso contra la propia sociedad dominante. La base para ello residiría en la consideración de tales personas como «administradores de hecho» (y, en el caso de la sociedad dominante, como «administrador persona jurídica de hecho») de la sociedad filial (véase apdo. 4.1 *infra*, sobre el administrador de hecho).

2.4.2. *El caso particular de la responsabilidad de los administradores por incumplimiento de sus obligaciones en caso de concurrencia de una causa de disolución*

El art. 367 de la LSC establece un supuesto específico de responsabilidad de los administradores en relación con la concurrencia de causas de disolución que precisan de la intervención de la junta general para resultar efectivas. En particular, en virtud del referido precepto, los administradores responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de una causa legal de disolución, cuando:

a) Incumplan la obligación de convocar la junta general en el plazo de dos meses (a contar desde que los administradores conocieron o debieron haber conocido la concurrencia de la causa de disolución) para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución.

b) No soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar: i) desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando esta no se haya constituido, o ii) desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

En la doctrina y la jurisprudencia, de manera prevalecte, se ha entendido que este supuesto de responsabilidad tiene una naturaleza jurídica cuasi objetiva, ya que consiste en la imposición de una sanción por incumplimiento de deberes específicos, y no requiere, por tanto, la prueba del daño ni de la concurrencia del resto de presupuestos para la responsabilidad civil, sino simplemente de los hechos sancionados en la norma.

Con todo, este planteamiento fue objeto de una importante revisión por dos Sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo para unificación de doctrina de 28 de abril de 2006, si bien no ha sido seguida de manera uniforme por el Tribunal Supremo con posterioridad¹⁹. El Tribunal

¹⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de octubre de 2013, sostiene que no basta intentar salvar a la sociedad para eximir de su responsabilidad solidaria al administrador por incumplimiento del deber de promover la disolución o por cumplimiento tardío. No se

Supremo apuntó que la responsabilidad de que se trata puede presentarse como un supuesto de responsabilidad extracontractual que requeriría la aplicación de las reglas y técnicas de la responsabilidad civil, y por tanto, sería posible la exoneración de los administradores que demostraran la realización de una acción significativa para evitar el daño, o que se encuentren en la imposibilidad de evitarlo.

En cualquier caso, conviene destacar los siguientes aspectos en relación con su régimen jurídico:

— La solidaridad es entre los propios administradores y la sociedad, por lo que: i) el pago hecho por la sociedad extingue la obligación, y ii) el pago hecho por los administradores otorga una acción de regreso contra la sociedad por la totalidad de la obligación y contra los restantes administradores en la parte que les corresponda.

— La solicitud en plazo de la declaración de concurso por los administradores desactiva la responsabilidad por falta de disolución de la sociedad.

— La responsabilidad de los administradores deberá obviarse en el supuesto de que, en los plazos contemplados: i) un tercer interesado solicite la disolución judicial de la sociedad, o ii) desaparezca o se remueva la causa de disolución de la sociedad (es decir, se ejecuten medidas de restitución patrimonial).

— La responsabilidad afecta a los administradores de Derecho y a los administradores de hecho que integren el órgano de administración el día del vencimiento del plazo para el cumplimiento de los correspondientes deberes.

— La responsabilidad es exclusivamente por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución. No obstante, el art. 367.2 de la LSC establece que las obligaciones reclamadas por los acreedores se presumirán posteriores salvo prueba en contrario por parte de los administradores; en caso de cumplimiento tardío, la responsabilidad por las obligaciones sociales se circunscribe a aquellas nacidas entre el día del vencimiento del plazo para el cumplimiento de los correspondientes deberes y el día de cumplimiento tardío.

— La responsabilidad de los administradores no podrá exigirse si hubieran transcurrido cuatro años desde el momento de su cese como administradores.

3. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES²⁰

3.1. Las leyes mercantiles del siglo XIX

Las distintas leyes mercantiles promulgadas a lo largo del siglo XIX, que confluyen en el Código de Comercio de 1885, consideraban a los administra-

exige la existencia de relación de causalidad entre el daño y el comportamiento del administrador; sino que la imputación objetiva a este de la responsabilidad por las deudas de la sociedad se realiza *ope legis*.

²⁰ Este apartado constituye un brevísimo resumen del magnífico trabajo de Miguel Cano de Miguel sobre la evolución histórica de la responsabilidad de los administradores y su reclamación ante los tribunales de justicia. Véase M. CANO DE MIGUEL, «La evolución histórica de la

dores como mandatarios de la sociedad. En consecuencia, esta era la única que tenía legitimación activa para ejercitar las acciones contra los administradores por las actuaciones realizadas en su gestión.

3.2. La Ley de Sociedades Anónimas de 1951

Esta ley introdujo en materia de responsabilidad de los administradores la teoría orgánica de la representación, de tal forma que los administradores pasaron de ser considerados meros mandatarios a actuar frente a terceros como un órgano de la sociedad.

La Ley de 1951, influida parcialmente por la *Aktiengesetz* de 1937, delimita la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores sociales al daño causado con malicia, abuso de las facultades o negligencia grave²¹ (art. 79).

Asimismo, la Ley de 1951 establecía un «espacio de franquicia o de exención de responsabilidad» en virtud del cual el administrador «no será fuente de abusos, ni hará peligrar la buena marcha de las sociedades. Servirá, por el contrario, para mantener en todos los casos la pureza administrativa que es norma y blasón de la gran mayoría de las empresas españolas»²².

3.3. La Ley de Sociedades Anónimas de 1989

Mediante la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades, se traspusieron al Derecho español las Directivas comunitarias vigentes en materia de sociedades mercantiles. Ese mismo año se promulga el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, lo que supuso una modificación sustancial en el régimen de la responsabilidad del administrador social. Mientras que anteriormente el administrador respondía frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave, los administradores pasan a responder «frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo» (art. 133 LSA de 1989). De esta forma, el régimen de responsabilidad de los administradores se agrava notablemente al incluirse, como determinantes de la responsabilidad del administrador, los supuestos de culpa leve o levísima (STS 14/2018, de 12 de enero, Rec. 751/2015). También se establecía la atribución del daño causado a los administradores de manera solidaria, sentando las bases para el régimen de responsabilidad actual.

responsabilidad de los administradores y su reclamación ante los tribunales de justicia», *Diario La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 8329, 2014, pp. 11-16.

²¹ A. MUÑOZ PAREDES, *La responsabilidad de los administradores societarios*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 14.

²² J. QUIJANO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 591-613.