



Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil

URÍA MENÉNDEZ

22 de abril de 2015

ADVERTENCIA

La presente guía tiene una finalidad exclusivamente divulgativa en relación con determinados aspectos de la normativa española sobre los deberes y el régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil. En consecuencia, la información y comentarios que aquí se reflejan son de carácter general y no constituyen asesoramiento jurídico.

La presente Guía está actualizada a 22 de abril de 2015 y URÍA MENÉNDEZ no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
2. DEBERES EXIGIBLES A LOS ADMINISTRADORES	7
2.1 Deber de diligencia	7
2.1.1 <i>Deber de ejercer efectivamente el cargo</i>	8
2.1.2 <i>Deber de vigilancia o supervisión</i>	9
2.1.3 <i>Deber de informarse</i>	10
2.1.4 <i>Protección de la discrecionalidad empresarial</i>	11
2.2 Deber de lealtad	12
2.2.1 <i>Deberes inherentes al deber de lealtad</i>	13
2.2.2 <i>Especial referencia al deber de evitar el conflicto de interés</i>	13
2.2.3 <i>Régimen de dispensa y autorización</i>	16
3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES	17
3.1 Naturaleza	17
3.2 Presupuestos	18
3.3 Sujetos responsables	18
3.3.1 <i>Administrador "de hecho"</i>	19
3.3.2 <i>Representante de la persona jurídica administradora</i>	19
3.4 Efectos	20
3.4.1 <i>Alcance y atribución de la responsabilidad</i>	20
3.4.2 <i>Destitución de los administradores</i>	21

4. ACCIONES DE RESPONSABILIDAD	23
4.1 Acción social de responsabilidad	23
4.2 Acción individual de responsabilidad	24
4.3 Prescripción de las acciones de responsabilidad	24
4.4 Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad	24
5. SUPUESTOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD	25
5.1 Disolución de la sociedad	25
5.1.1 <i>Deberes de los administradores</i>	25
5.1.2 <i>Régimen de responsabilidad</i>	26
5.2 Insolvencia de la sociedad	27
5.2.1 <i>Deber de instar el concurso</i>	27
5.2.2 <i>Comunicación de negociaciones y efectos</i>	28
5.2.3 <i>Responsabilidad de los administradores en la calificación del concurso</i>	28
5.2.4 <i>Relación de la responsabilidad societaria y con la responsabilidad concursal</i>	30
6. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES VERSUS RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTIVOS	31
7. MEDIDAS PARA EVITAR INCURRIR EN RESPONSABILIDAD Y DEFENSA FRENTE A LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD	33

GUÍA PRÁCTICA SOBRE DEBERES Y RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO MERCANTIL

Introducción | 1

Esta guía tiene por objeto analizar y describir, con una orientación fundamentalmente práctica, los deberes y el régimen de responsabilidad en el ámbito mercantil de los administradores de una sociedad de capital española. De este modo, se pretende con la guía ilustrar de manera gráfica cómo deben actuar los administradores para cumplir con sus deberes, proporcionando unas pautas que puedan tenerse en cuenta para el ejercicio de su cargo.

Se abordarán las siguientes cuestiones relacionadas con el cargo de administrador:

- a) los deberes exigibles;
- b) el régimen de responsabilidad civil;
- c) las acciones de responsabilidad;
- d) los supuestos especiales de responsabilidad;
- e) la responsabilidad por la actuación de los directivos; y
- f) los métodos de defensa frente a acciones de responsabilidad.

Para la elaboración de esta guía se ha tenido en cuenta la Ley de Sociedades de Capital (la “Ley”), que ha sido recientemente reformada para la mejora del gobierno corporativo por la ley 31/2014, de 3 de diciembre, las recomendaciones de buen gobierno corporativo, ahora contenidas en el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado por acuerdo del consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 18 de febrero de 2015, en lo que representan de prácticas generalmente aceptadas para el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las sociedades, así como la Ley Concursal por sus indudables implicaciones en relación con los deberes de los administradores de las sociedades y su régimen de responsabilidad.

GUÍA PRÁCTICA SOBRE DEBERES Y RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO MERCANTIL

Deberes exigibles a los administradores | 2

La Ley impone a los administradores que actúen con diligencia y lealtad a la sociedad. Esta exigencia se resuelve mediante normas particulares de conducta que integran en cada caso los deberes generales enunciados.

2.1 Deber de diligencia

Los administradores deben desempeñar el cargo con la diligencia de un “ordenado empresario”. El deber de diligencia se configura en la ley como una pauta de conducta y como una fuente de obligaciones. Los administradores han de cumplir los diferentes deberes impuestos por la ley, por los estatutos y por otras normas internas de conducta de la sociedad, con este nivel de diligencia. Por otro lado, que los administradores hayan de actuar como un ordenado empresario significa que en el ejercicio del cargo les es exigible un modo de proceder acorde con este modelo conducta: están obligados a hacer lo que en cada caso haría un ordenado empresario. Ejercer efectivamente el cargo supone cumplir con otros deberes a los que se hace referencia en esta guía, como son el deber de supervisar o controlar la marcha de los asuntos de la sociedad y el deber de informarse adecuadamente.

El deber de actuar de modo diligente no se configura, sin embargo, de forma abstracta, con independencia de las circunstancias concurrentes. Entre las circunstancias que han de considerarse en la determinación del alcance de este deber, como son, por ejemplo, las características de la sociedad administrada, conviene detenerse ahora principalmente en dos de ellas: (i) la estructura del órgano de administración y el cargo que los administradores tienen en esta estructura y (ii) la función que corresponde al órgano de administración en la sociedad que administran.

- (i) La sociedad puede estar administrada por un órgano de administración con diversas estructuras (administrador único, administradores mancomunados o solidarios y consejo de administración). En la apreciación de la diligencia exigible ha de tenerse en cuenta esta estructura, pues determina significativamente el modo en que han de ejercerse los

deberes propios del cargo. Es diversa la capacidad de actuación de un administrador solidario, que de manera individual cuenta con todas las facultades de administración y representación de la sociedad, que la de un miembro de un consejo de administración, pues la voluntad del consejo de administración se forma mediante acuerdos y, conforme al modelo legal, corresponde al consejo de administración colegiadamente la representación de la sociedad.

Tampoco todos los miembros del consejo de administración pueden ser tratados del mismo modo desde el punto de vista de la conducta que resulta exigible. La complejidad propia de la administración mediante el consejo de administración hace que deba tenerse en cuenta la posición que corresponde a cada miembro en el consejo, el cargo y las funciones que le corresponden. No es extraño que en el consejo se hayan especializado las funciones, ni que se hayan delegado, y existen diferentes cargos para facilitar su organización y funcionamiento. La diligencia exigible a un consejero ejecutivo no puede ser la misma que la exigible a un consejero no ejecutivo, como tampoco es exigible el mismo modo de proceder a quien es presidente del consejo que a quien es vocal.

- (ii) La función que corresponde al órgano de administración del que se es miembro es una apreciación que tiene sentido en caso de que la sociedad esté administrada por un consejo de administración, pues su función en la sociedad puede ser diferente, según el tipo de sociedad administrada.

No suelen ser similares las funciones de los consejos de administración en las sociedades cotizadas que en las sociedades no cotizadas. Los consejos de administración de las sociedades cotizadas, sin perjuicio de las funciones que les corresponden de acuerdo con la Ley, tienen estatutaria o reglamentariamente atribuidas generalmente funciones orientadas de manera principal hacia el control y la supervisión de la gestión realizada por los órganos ejecutivos y por el equipo de dirección de la sociedad. En cambio, en las sociedades no cotizadas los consejos de administración suelen tener funciones más próximas a la gestión ordinaria de la sociedad.

Si la sociedad está administrada de otro modo, por un administrador único o por varios administradores, solidaria o mancomunadamente, los administradores están llamados a cumplir las mismas funciones en la administración de la sociedad.

2.1.1 Deber de ejercer efectivamente el cargo

Los administradores son nombrados para llevar a cabo la efectiva administración y representación de la sociedad. La actuación diligente de los administradores exige una conducta activa por su parte, su decidida implicación en el cumplimiento de las funciones que les corresponden, tanto de gestión, con su diferente alcance (por ejemplo, mediante la elaboración de políticas y estrategias generales, el nombramiento de ejecutivos, o la realización de tareas de gestión ordinaria), como de impulso y otros deberes relacionados con la vida de la sociedad (por ejemplo, la convocatoria de la junta general, la formulación de cuentas anuales, o la preparación y redacción de informes).

En el caso de que la sociedad esté administrada por un consejo de administración el ejercicio efectivo del cargo tiene una especial relevancia, pues únicamente de este modo puede conseguirse que el consejo de administración cumpla efectivamente las funciones que le corresponden. También son mayores entonces los riesgos de que algunos consejeros puedan no prestar suficiente atención en el ejercicio del cargo. Por estas implicaciones

resulta oportuno prestar atención a algunas de las conductas que pueden tenerse como manifestación del ejercicio efectivo del cargo de consejero, sin perjuicio de su necesaria adaptación a situaciones determinadas. El efectivo ejercicio del cargo de consejero supone que los consejeros procuren, entre otras medidas:

- (i) dedicar el tiempo y esfuerzo necesarios para seguir regularmente las cuestiones que plantea la administración de la sociedad;
- (ii) analizar con carácter previo el orden del día de la reunión del consejo que se vaya a celebrar y, si es posible y oportuno, solicitar la inclusión de puntos adicionales;
- (iii) preparar adecuadamente las reuniones del consejo y, en su caso, de los órganos delegados o comisiones en las que participen (por ejemplo, analizando la información proporcionada antes de la reunión y recabando cualquier otra que pudiera ser relevante, solicitando las aclaraciones o formulando las preguntas que consideraren oportunas) con el fin de poder deliberar de manera informada en las reuniones;
- (iv) asistir personalmente, participar y contribuir activamente en las deliberaciones del consejo de administración y, en su caso, en los órganos delegados y comisiones, proponiendo el debate de cuestiones que se consideren relevantes incluso cuando no consten en el orden del día;
- (v) en caso de no poder asistir personalmente a la reunión del consejo, dar instrucciones para el ejercicio de su cargo por representación;
- (vi) solicitar al presidente del consejo la convocatoria del consejo, o promoverla, si fuera el caso junto con otros consejeros, con el fin de tratar asuntos de interés para la administración de la sociedad; y
- (vii) seguir la ejecución de los acuerdos adoptados y verificar su cumplimiento.

2.1.2 Deber de vigilancia o supervisión

El deber de diligencia supone, además, el deber de vigilar la sociedad activa y continuamente. Los administradores deben adoptar las medidas precisas para que sea efectivo el control de la actividad de la sociedad. Este deber corresponde individualmente a los administradores pero su cumplimiento está determinado por la estructura del órgano de administración y las funciones que le corresponden. De esta manera, característicamente los administradores deben supervisar los órganos y las personas en quienes deleguen sus facultades (por ejemplo, en los consejeros delegados o comisiones ejecutivas) y la labor de los directivos. En los supuestos en que el órgano de administración administra efectivamente la sociedad, la vigilancia se referirá fundamentalmente a la actuación de los directivos. En cualquier caso, la vigilancia supone que los administradores tienen el deber de supervisar y controlar que la dirección de la sociedad cumple con los objetivos marcados y respeta el objeto e interés de la sociedad.

La diligencia obliga fundamentalmente entonces a los administradores a conocer las decisiones más relevantes de gestión que se toman y el modo en que se ejecutan los acuerdos o decisiones que se hayan adoptado de forma más general, como políticas o estrategias generales. El ejercicio efectivo del cargo exige entonces la iniciativa de los administradores a tal fin.

La diligencia exige tener en cuenta también los diversos riesgos, financieros y no financieros (como son los operativos, legales, medioambientales o reputacionales) que pueden afectar a la sociedad, y establecer y verificar los sistemas más adecuados para su identificación y tratamiento.

El cumplimiento de esta función de vigilancia o supervisión ha de hacerse compatible con las propias exigencias de la gestión de la sociedad y puede hacer oportuna alguna formalización de su ejercicio, con diversa complejidad según el caso (por ejemplo, estableciendo la forma en que se puede acceder a un establecimiento de la sociedad, o contactar con un directivo). Integra indudablemente la diligencia debida por los administradores la consideración de las medidas más oportunas para que pueda ejercitarse efectivamente la supervisión sin merma de aquellas exigencias.

El cumplimiento de esta función como vocal de un consejo de administración presenta ciertas peculiaridades derivadas de su funcionamiento colegiado. También puede resultar ilustrativo considerar algunas conductas que orienten el modo de proceder de los consejeros, muy relacionadas con el derecho de información al que se hará referencia a continuación. El deber de vigilancia o supervisión supone, de este modo:

- (i) requerir al presidente del consejo para que facilite determinada información sobre la gestión o permita determinadas actuaciones de inspección en la sociedad o sus establecimientos;
- (ii) solicitar al presidente la asistencia al consejo de los consejeros delegados o quienes forman parte de la comisión ejecutiva, así como de los directivos que dependen de ellos y proponer, si fuera el caso, al presidente o al consejo el nombramiento y destitución de los directivos;
- (iii) poner en conocimiento del presidente del consejo, o del consejo, los defectos que se hayan apreciado en los sistemas de control de la sociedad y realizar propuestas de mejora;
- (iv) poner en conocimiento del presidente del consejo, o del consejo, las desviaciones o malas prácticas que se aprecien en la gestión de la sociedad;
- (v) advertir al presidente del consejo, o al consejo, de los riesgos de que tuvieron conocimiento, proponiendo medidas para su adecuado tratamiento.

2.1.3 Deber de informarse

Los administradores tienen el deber de exigir, y el derecho de recibir, la información que sea adecuada y necesaria para poder ejercer su cargo y cumplir sus funciones. Obtener y analizar esa información resulta imprescindible para que la actuación de los administradores sea diligente, pues solo los administradores informados pueden adoptar las medidas y decisiones necesarias para el buen gobierno de la sociedad. Es un derecho y un deber que los administradores tienen con independencia del modo en que esté organizada la administración de la sociedad, aunque esta organización influya sobre la forma en que se ejercita el derecho o se cumple el deber. De manera particular, tratándose de un consejo de administración, la información de los consejeros asegura el cumplimiento de las funciones propias de la colegialidad, pues contribuye a la ponderación de intereses y de puntos de vista mediante la deliberación, y la eficacia en el cumplimiento de las funciones propias

del consejo. Del modo que se ha anticipado, únicamente el administrador adecuadamente informado puede controlar efectivamente la gestión de la sociedad.

El acceso a la información tiene un indudable alcance material. Los administradores tienen el deber y el derecho de pedir, recibir y acceder a la documentación, datos y hechos que están relacionados con la actividad de la sociedad para poder ejercer correctamente su cargo y sus funciones. La información puede reclamarse también en relación con singulares operaciones de gestión.

Por otro lado, deben tenerse en cuenta las implicaciones derivadas de su ejercicio, aspecto en relación con el que es relevante la estructura del órgano de administración. El acceso a la suficiente información presenta una mayor complejidad si la sociedad está administrada por un consejo, que si lo está por un administrador único, o por varios administradores mancomunados o solidarios. Por ejemplo, si la sociedad tiene un consejo de administración, antes de que se celebre una reunión del consejo los administradores deben poder acceder a la información que sea necesaria para poder deliberar y adoptar los acuerdos sobre los asuntos que se vayan a tratar, pues solo de esta forma se podrá participar y contribuir de forma activa e informada en las reuniones del consejo. Pueden solicitar también las aclaraciones oportunas en relación con la deliberación que se desarrolle en la reunión. Por otro lado, el ejercicio de este derecho a estar informado ha de tener en cuenta las características del funcionamiento colegiado del consejo y la singularidad que puede resultar de la especialización o descentralización de funciones en su seno.

El consejero puede entonces dirigirse al presidente o al secretario del consejo para requerir la información que considere oportuna, también en relación con la actuación de los consejeros delegados o ejecutivos.

2.1.4 Protección de la discrecionalidad empresarial

La administración de la sociedad implica una gran discrecionalidad a la hora de tomar decisiones, especialmente si se trata de decisiones de gestión, de carácter estratégico o de negocio. Las decisiones de negocio y de estrategia que adoptan de forma continuada los administradores no son una ciencia exacta, sino que existe incertidumbre acerca de su resultado. Entre diversas alternativas, no siempre es fácil determinar la que resulta mejor desde el punto de vista empresarial en el momento en que se toma la decisión, aunque posteriormente las cosas puedan verse de otro modo. La obligación que asumen los administradores al aceptar el cargo no es la de asegurar el éxito económico y empresarial de la sociedad, sino la de ejercer el cargo y sus funciones cumpliendo en todo momento con la Ley, los estatutos de la sociedad y con la diligencia que les es exigible.

En Estados Unidos se ha desarrollado una regla de protección de la discrecionalidad empresarial conocida como *Business Judgment Rule*. Esta regla implica limitar la responsabilidad de los administradores por las decisiones empresariales que toman y que no resultan ser exitosas para la sociedad. Según los juzgados y tribunales norteamericanos, el fracaso empresarial no puede convertirse en una causa para reclamar daños a los administradores de la sociedad. Como máximo podría dar lugar a la destitución del administrador y, como mínimo, a la disminución de su remuneración. Se ha concluido que los jueces no pueden entrar a valorar si una determinada decisión empresarial es acertada o no, sino que únicamente pueden entrar a valorar cómo se ha tomado la decisión.

El derecho español se ha reformado recientemente con el fin de incorporar una regla de protección de la actuación de los administradores siguiendo el modelo ofrecido por la *Business Judgement Rule*. La protección de la discrecionalidad empresarial se configura, por tanto, como una medida destinada a proteger la facultad de los administradores de tomar decisiones estratégicas y de negocio. De este modo, si las decisiones son tomadas actuando de buena fe, sin interés personal en el asunto que es objeto de decisión, con información suficiente (por ejemplo, con la colaboración de expertos en la materia o conforme a informes periciales) y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado (por ejemplo, estudiando posibles alternativas y analizando la incidencia de la decisión sobre la sociedad), se considera que han sido tomadas de forma diligente. De esta manera, se protege a los administradores a la hora de tomar decisiones estratégicas y de negocio, evitando que sean responsables cuando las decisiones resultan ser infructuosas pero se han tomado de forma diligente.

Ahora bien, la protección de la discrecionalidad empresarial no se aplica a las decisiones tomadas por los administradores que afecten personalmente a otros administradores y a personas vinculadas a ellos. De manera particular, no se aplica esta regla de protección a las decisiones que toman los administradores para autorizar determinadas operaciones en relación con las que los administradores se encuentran en una situación de conflicto de interés.

2.2 Deber de lealtad

El deber de lealtad requiere que el administrador ejerza sus funciones en todo momento en interés de la sociedad. También en este caso su actuación ha de ajustarse a un modelo de conducta ofrecido por el legislador: los administradores deben desempeñar el cargo con la diligencia de un fiel representante; se espera del administrador lo que se esperaría de un representante que actúa con fidelidad a quien representa. El deber de lealtad obliga al administrador a actuar de buena fe y orientado por aquello que resulte más favorable para la sociedad que administra. Esta exigencia se impone al administrador en relación con el cumplimiento de los deberes que implica la administración y representación de la sociedad, cualquiera que sea la estructura del órgano de administración y el cargo o función que pudieran desempeñar en ella los administradores, y con independencia de la función que pudiera corresponder al órgano de administración en la sociedad. Tanto si se trata de un consejo de administración con funciones primordialmente orientadas al control y la supervisión, como si se trata de un consejo que efectivamente administra la sociedad, los administradores tienen los mismos deberes de lealtad en relación con el interés de la sociedad.

Que la lealtad se defina en relación con el interés de la sociedad, que determinan los socios y se refiere a su interés común, permite entender que los administradores hayan de rendir cuentas de su gestión, explicándola. Corresponde a la junta general aprobar la gestión realizada por los administradores como representantes de la sociedad.

Asimismo, es importante tener en cuenta que el deber de lealtad es un deber de orden público, y su regulación tiene carácter imperativo, de manera que no son válidas las disposiciones estatutarias que puedan limitarlo o atemperarlo o resultar contrarias al mismo. Con todo, el deber de lealtad no significa que se impongan a los administradores unas prohibiciones absolutas de conducta. En la naturaleza de los intereses que tratan de protegerse se encuentra el carácter relativo de las prohibiciones establecidas, de manera que resulta posible la dispensa de las prohibiciones por la propia sociedad.

2.2.1 Deberes inherentes al deber de lealtad

Por influencia de los modelos de buen gobierno corporativo, la ley ha ido progresivamente prestando una mayor atención a los deberes de lealtad, formalizando el conjunto de conductas que los integran. Actualmente, el deber de lealtad obliga a los administradores a:

- (i) desempeñar su cargo con la lealtad de un fiel representante, actuando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad;
- (ii) no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas (ya sean concedidas en los estatutos, o por poderes, por ejemplo);
- (iii) no divulgar información, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso al ejercer su cargo, incluso cuando haya dejado de ser administrador, salvo en los casos permitidos por la ley o cuando sean requeridos;
- (iv) no participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada a él tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto; ahora bien, no deben abstenerse en los acuerdos o decisiones que afecten al administrador en su condición de administrador (por ejemplo, su designación o revocación para cargos en el órgano de administración);
- (v) ejercer sus funciones bajo su propia responsabilidad, con libertad de criterio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros; y
- (vi) adoptar medidas para evitar situaciones en las que sus intereses, por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés de la sociedad y con sus deberes respecto de la sociedad.

2.2.2 Especial referencia al deber de evitar el conflicto de interés

(A) Situaciones de conflicto de interés

Evitar las situaciones de conflicto de interés tiene una gran relevancia como deber de conducta derivado del deber de lealtad. No es exagerado decir que, pensando en la actuación con lealtad, constituye el deber de conducta más característico. El conflicto de interés se produce siempre que el administrador se encuentre en una situación en la que sus intereses puedan entrar en conflicto con el interés de la sociedad y, por tanto, no es necesario que sea actual, y se produce con independencia de que del conflicto de intereses pudiera derivarse un perjuicio para la sociedad. Es bastante con que exista la posibilidad de que el administrador no actúe orientado por el interés de la sociedad para realizar un interés diverso, personal, sea por cuenta del propio administrador o por cuenta ajena.

El deber de evitar situaciones de conflicto de interés impone al administrador un deber de conducta que consiste en su abstención, como obligación de no hacer. De manera particular el administrador se obliga a:

- (i) no realizar operaciones con la sociedad; ahora bien, el administrador podrá realizar operaciones ordinarias con la sociedad cuando se realicen en las mismas condiciones que se realizan con los clientes y siempre que no sea necesaria información sobre ellas para expresar la imagen fiel del patrimonio, situación financiera y resultados de la sociedad;

- (ii) no utilizar el nombre de la sociedad o aprovechar su condición de administrador para influir indebidamente en operaciones privadas;
- (iii) no utilizar los activos de la sociedad y la información confidencial de la sociedad, a la que haya tenido acceso en su condición de administrador, para fines privados;
- (iv) no aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad en beneficio propio;
- (v) no obtener ventajas o remuneraciones de terceros, distintos de la sociedad y su grupo, asociadas al desempeño de su cargo como administrador (por ejemplo, el cobro por el administrador de comisiones pagadas por un tercero que contrata con la sociedad), salvo que se trate de atenciones de mera cortesía; y
- (vi) no competir con la sociedad. Este deber recae sobre cualquier actividad a la que se dedique el administrador, ya sea por sí mismo -como empresario- o por cuenta ajena -como administrador, directivo o incluso trabajador de otra sociedad- que suponga una competencia efectiva, ya sea actual o potencial. Podrá existir competencia efectiva aunque la actividad a la que se dedique el administrador no sea del mismo, análogo o complementario género de actividad que el objeto social de la sociedad (si bien es probable que la mayoría de infracciones se produzcan en esos casos).

La actividad desarrollada por un administrador constituirá competencia efectiva cuando se desenvuelva en el específico ámbito temporal y geográfico que, funcionalmente, sea idóneo para dañar los intereses de la sociedad y que, además, tenga carácter relevante.

A su vez, el administrador tiene prohibido realizar actividades que, de cualquier modo, lo sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

(B) Persona vinculada como beneficiaria de actos o actividades prohibidas

Es importante mencionar que el deber de evitar situaciones de conflicto de interés (por ejemplo, no competir con la sociedad) se aplica, además, cuando el beneficiario de los actos o actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador (como puede suceder cuando el administrador realiza operaciones con la sociedad o cuando aprovecha oportunidades de negocio de la misma).

(C) Deber de abstención

Los administradores deben abstenerse, en todo caso, de realizar cualquiera de las actividades mencionadas en el apartado 2.2.2 (A) anterior, salvo que la sociedad se lo autorice a través de la junta general o del órgano de administración, según el caso.

(D) Deber de comunicación y reflejo en la memoria

Este deber alcanza a cualquier situación de conflicto de interés. Además, deben comunicarse las situaciones de conflicto de interés tanto de carácter directo (por ejemplo, cuando el interés del administrador entra en conflicto con el de la sociedad) como de carácter indirecto (por ejemplo, cuando el interés que entra en conflicto con el de la sociedad es el de una persona vinculada al administrador). A través de este deber se pretende dar mayor transparencia a las situaciones de conflicto de interés, facilitar su conocimiento y, por tanto, favorecer un mayor control sobre los administradores.

(i) Actividades a comunicar

Aunque, como se ha anticipado, el deber de comunicación se refiere a cualquier situación de conflicto de interés, conviene destacar ahora, por sus implicaciones para la práctica, aquellas que puedan entrañar una competencia efectiva con la sociedad. El administrador deberá comunicar a la sociedad las siguientes actividades:

- (a) actividades a las que se dedique directamente, por sí mismo o por cuenta ajena (sean o no del mismo, análogo o complementario género de actividad que el objeto social de la sociedad), que le coloquen en una situación de conflicto de interés con la sociedad. Por ejemplo, deberá comunicar: (1) las participaciones en otras sociedades de las que sea titular y que den lugar a un conflicto de interés con la sociedad (lo que incluiría, en todo caso, participaciones de control); y (2) cargos -ya sean mercantiles o laborales- desempeñados por el administrador en otras sociedades y que den lugar a situación de conflicto de interés con la sociedad;
- (b) actividades a las que se dediquen personas vinculadas al administrador, por sí mismas o por cuenta ajena (sean o no del mismo, análogo o complementario género de actividad que el objeto social de la sociedad), que las coloquen en una situación de conflicto de interés con la sociedad. Por ejemplo, deberá comunicar: (1) las participaciones en otras sociedades de las que sea titular la persona vinculada al administrador que den lugar a una situación de conflicto de interés con la sociedad (lo que incluiría, en todo caso, participaciones de control); y (2) cargos -ya sean mercantiles o laborales- desempeñados por la persona vinculada al administrador que den lugar a una situación de conflicto de interés con la sociedad.

Una vez comunicada a la sociedad la actividad que diera lugar a un conflicto de interés, no es necesario que el administrador actualice la información proporcionada, salvo que se produjeran cambios que pudieran alterar su situación de conflicto de interés con la sociedad.

(ii) Destinatario de la comunicación

Si la sociedad está gestionada por un administrador único, se deberá comunicar a la junta general. En cambio, si la sociedad está gestionada por varios administradores, se deberá comunicar al resto de administradores y, si la sociedad está gestionada por un consejo de administración, el consejero en conflicto de interés deberá comunicarlo al consejo, pudiendo enviar la comunicación al presidente del consejo (pues es la persona encargada de recibir notificaciones a la sociedad y quien se encargará de trasladar el contenido de la comunicación a los restantes consejeros).

(iii) Información a reflejar en la memoria anual

Toda situación de conflicto de interés debe aparecer en la memoria que se acompaña a las cuentas anuales de la sociedad. Por lo tanto, la memoria deberá reflejar cualquier tipo de información comunicada por los administradores en relación con actividades que supongan, de forma actual o potencial, una situación de competencia con la sociedad o de conflicto de interés. También se debe incluir en la memoria la información que sea comunicada por los administradores en relación con situaciones de conflicto de interés de personas vinculadas.

2.2.3 Régimen de dispensa y autorización

La ley contempla que en casos singulares se pueda autorizar la realización por parte de un administrador o de una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de tercero. Como regla general, la autorización corresponderá al órgano de administración de la sociedad y, excepcionalmente, a la junta general.

(A) Autorización por el órgano de administración

En los casos en los que no sea necesaria la autorización por la junta general, la autorización se otorgará por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los administradores que la conceden con respecto al administrador que solicite la autorización. Esta regla supone, como principio de actuación, que no pueden intervenir en la decisión de que se trate los administradores que estuvieran afectados por la situación de conflicto. Para autorizarse, habrá que asegurarse que la operación es inocua para el patrimonio social o, en su caso, que la operación cumple con las condiciones necesarias de transparencia y que se realice en condiciones de mercado.

(B) Autorización por la junta general

Será necesario que se autorice por la junta general las siguientes actividades:

- (i) la obtención de una ventaja o remuneración de terceros;
- (ii) transacciones cuyo valor sea superior al 10% de los activos de la sociedad; y
- (iii) la prohibición de no competir con la sociedad (mediante acuerdo expreso y separado), cuando (a) no quepa esperar daño para la sociedad, o (b) se prevea que vaya a generar unos beneficios que compensen el daño.

GUÍA PRÁCTICA SOBRE DEBERES Y RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO MERCANTIL

Régimen de responsabilidad civil de los administradores | 3

Los administradores responden del cumplimiento de los deberes que les corresponden en el ejercicio del cargo. De las diversas formas en que puede darse esta responsabilidad según el régimen jurídico que se aplica -pues puede tener, por ejemplo, un carácter penal o administrativo- interesa centrarnos en esta guía en su dimensión de responsabilidad civil. La responsabilidad civil de los administradores puede ser de dos tipos:

- (i) interna: los administradores responden del incumplimiento de sus deberes ante los socios y ante la propia sociedad; y
- (ii) externa: los administradores responden ante cualquier tercero cuyos intereses hayan sido dañados directamente y, en particular, ante los acreedores de la sociedad.

Para exigir responsabilidad a los administradores, la sociedad, los socios y los terceros pueden ejercitar las acciones de responsabilidad que se analizan en el apartado 4 siguiente.

El régimen de responsabilidad aplicable a los administradores es un régimen preventivo, es decir, su finalidad es incentivar a los administradores a cumplir con sus deberes, fomentar el control de su gestión y que, en caso de causarse un perjuicio a la sociedad, a los socios o a terceros, se repare el daño causado.

3.1 Naturaleza

La responsabilidad en que pueden incurrir los administradores es una responsabilidad:

- (i) legal, pues las obligaciones que deben cumplir y las consecuencias derivadas de su incumplimiento están previstas en la ley;
- (ii) orgánica, porque se exige a una persona física o jurídica que sea administradora de la sociedad;
- (iii) personal, porque se exige a la persona física o jurídica que desempeñe el cargo de administrador y no al órgano de administración;

- (iv) solidaria, porque se basa en una presunción de que el daño causado es debido a la conducta de todos los miembros del órgano de administración (salvo prueba en contrario); por lo tanto, se puede interponer una demanda contra cualquiera de los administradores (por ejemplo, el más solvente), solicitando la indemnización correspondiente, sin perjuicio de que el administrador que pague toda la indemnización pueda reclamar posteriormente al resto de los administradores el importe que corresponda; y
- (v) resarcitoria, porque la responsabilidad de los administradores tiene como finalidad compensar el daño causado a la sociedad, a los socios o a los terceros, según corresponda.

3.2 Presupuestos

La responsabilidad de los administradores nace cuando, de forma intencionada o negligente, realizan un acto ilícito que causa un daño bien directamente a la sociedad, e indirectamente a los socios o a los terceros (por ejemplo, a los acreedores de la sociedad), o bien cuando lesionan directamente los intereses de los socios o terceros.

Para que un administrador pueda ser considerado responsable deben concurrir los siguientes presupuestos en aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil:

- (i) que se produzca un acto u omisión del administrador;
- (ii) que ese acto u omisión sea contrario a la ley, a los estatutos de la sociedad o suponga un incumplimiento de los deberes derivados del cargo de administrador;
- (iii) que ese acto u omisión cause un daño que sea real y evaluable económicamente, bien a la sociedad o bien a los intereses de los socios o de los terceros; el daño causado incluye tanto el daño emergente (disminución real y efectiva experimentada por el patrimonio) como el lucro cesante (beneficio que con alta probabilidad o casi certeza el perjudicado hubiera dejado de obtener);
- (iv) que la conducta del administrador sea intencionada o negligente (se presume, salvo prueba en contrario, que existe negligencia cuando el acto u omisión sea contrario a la ley o a los estatutos de la sociedad); y
- (v) que el daño causado sea consecuencia del acto u omisión del administrador, de manera que pueda relacionarse causalmente con su conducta (se excluyen los daños producidos por causas imprevisibles o que, siendo previsibles, no se pudieran evitar).

3.3 Sujetos responsables

Conviene advertir que toda persona que actúa como administrador de la sociedad está sujeta al régimen de responsabilidad de los administradores. Por lo tanto, serán responsables, siempre y cuando concurren los presupuestos examinados, tanto los administradores “de derecho” como los administradores “de hecho”. Se hacen extensibles a los administradores “de hecho” los deberes que la ley impone a los administradores “de derecho”.

A estos efectos, se consideran administradores “de derecho” los que están inscritos en el Registro Mercantil como administradores de la sociedad, siempre y cuando tengan su cargo vigente. Por otro lado, se consideran administradores “de hecho” los que reúnan las características establecidas en el apartado siguiente.

3.3.1 Administrador “de hecho”

La condición de administrador de hecho está fundamentalmente relacionada con el ejercicio efectivo de funciones de administración de la sociedad. Se trata de una categoría que no siempre se ha definido con precisión y que ha ido modificando su configuración con el tiempo. En un sentido amplio, se puede decir que esta categoría comprendería el conjunto de supuestos en que no se ha producido propiamente el nombramiento por la sociedad de quienes actúan como administradores suyos. Se puede considerar también en un sentido más restringido, frecuente en la práctica, como administradores “de hecho” a los que habiendo sido nombrados ejercen el cargo cuando ya ha caducado o cuando han sido nombrados de forma defectuosa.

También, pueden considerarse como administradores “de hecho” las personas físicas o jurídicas que indican a los administradores de la sociedad cómo tienen que actuar en cada situación, aunque esta calificación no haya sido siempre pacífica. En todo caso, la condición de administrador “de hecho” se tiene que probar por quien la alega.

Dentro de la categoría de administradores “de hecho” se suele distinguir entre:

- (i) Administradores “notorios”: carecen de un título válido para ser administradores, su cargo ha caducado o han sido nombrados de forma defectuosa, pero actúan como si lo fuesen en el día a día de la sociedad, actuando como tales frente a terceros. Es decir:
 - (a) actúan pública y notoriamente en representación de la sociedad;
 - (b) ostentando y ejerciendo las facultades de representación que legalmente corresponden a los administradores;
 - (c) siendo su actuación reconocida o tolerada por los socios; pero
 - (d) no constando como administradores en el Registro Mercantil.
- (ii) Administradores “ocultos”: no actúan como administradores frente a terceros, pues la sociedad cuenta con administradores de derecho, sino que ejercen el cargo sin que puedan ser percibidos externamente como tales (por ejemplo, cuando un socio mayoritario toma las decisiones que luego ejecutan los administradores de una sociedad).

Es de especial importancia mencionar que, en el contexto de los grupos de sociedades, puede existir el riesgo de que la matriz o incluso todos o algunos de sus administradores, sean considerados administradores “de hecho” de la filial. Aunque pueden tenerse en cuenta diversos criterios de interpretación, este riesgo será mayor cuanto mayor sea el grado de integración y centralización empresarial que exista en el grupo y cuanto mayor sea el poder de dirección unitario ejercido por la matriz. Ahora bien, esta cuestión debe ser analizada caso por caso. De cualquier modo, no siempre se puede afirmar que la matriz o sus administradores sean administradores “de hecho” de la filial, pues por naturaleza la matriz debe ejercer siempre un cierto control y supervisión de las actividades de sus sociedades filiales, como competencias propias de la dirección unitaria que ejerce.

3.3.2 Representante de la persona jurídica administradora

Las personas jurídicas pueden ser administradoras de una sociedad y es frecuente que en la administración de las sociedades participen personas jurídicas. Para ello, la persona jurídica

administradora tiene que designar a una persona física que la represente. La persona física deberá reunir los requisitos que establece la ley para los administradores. Asimismo, estará sometida a los mismos deberes que los administradores y responderá solidariamente con la persona jurídica administradora, es decir, que se podrá exigir responsabilidad, indistintamente, tanto a la persona física representante como a la persona jurídica administradora.

Conviene destacar que nunca se exonera de responsabilidad a la persona física representante por el hecho de que actúe siguiendo las instrucciones dadas por la persona jurídica administradora, sin perjuicio, naturalmente, de la relación interna que pueda establecerse entre ellas.

3.4 Efectos

3.4.1 Alcance y atribución de la responsabilidad

Es preciso tener en cuenta la estructura del órgano de administración para determinar la responsabilidad de sus miembros. Conviene recordar que el órgano de administración puede adoptar las siguientes estructuras:

- (i) un administrador único;
- (ii) varios administradores que actúen solidariamente, es decir, que cualquiera de ellos pueda ejercer individualmente su cargo de administrador sin necesidad de actuar conjuntamente con otros administradores;
- (iii) dos administradores (o más, en el caso de sociedades de responsabilidad limitada) que actúen mancomunadamente, es decir, que para ejercer su cargo deben actuar conjuntamente; y
- (iv) un consejo de administración.

La estructura adoptada condiciona indudablemente la actuación de los administradores y, en esta medida, incide sobre el régimen de responsabilidad.

En el caso del administrador único y de los administradores solidarios, su capacidad para actuar individualmente les hace responsables de los daños que puedan serles imputados individualmente. En cambio, en el caso de los administradores mancomunados y en los consejos de administración no siempre es fácil poder individualizar la responsabilidad, pues el daño es consecuencia de un acuerdo o un acto adoptado por varias personas. La ley impone responsabilidad solidaria a todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo. La solidaridad implica, por un lado, que cada administrador está obligado, en caso de que sea requerido, a indemnizar en su totalidad el daño causado; y, por otro lado, que el administrador que haya indemnizado pueda reclamar al resto de administradores el importe que corresponde a cada uno. Esta última acción solo se puede dirigir contra todos los miembros que sean causantes del daño.

De existir un consejo de administración, si no se han delegado permanentemente sus facultades en uno o varios consejeros delegados, los altos directivos de la sociedad estarán sometidos a los mismos deberes y responsabilidades que los administradores de la sociedad, sin perjuicio de que la sociedad pueda interponer contra ellos las acciones derivadas del contrato que mantienen con ella.

3.4.2 Destitución de los administradores

El acuerdo de la junta general por el que se decide interponer una acción social de responsabilidad (tal y como viene definida en el apartado 4.1 siguiente) contra los administradores supone la destitución automática y definitiva de los administradores afectados, aunque se acabe desestimando judicialmente la demanda. Ahora bien, cuando la acción social de responsabilidad se interpone por la minoría del capital social o por los acreedores de la sociedad no se destituye automáticamente a los administradores afectados, sin perjuicio de que se pueda solicitar el cese de los mismos en la junta general por parte de los socios.

GUÍA PRÁCTICA SOBRE DEBERES Y RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO MERCANTIL

Acciones de responsabilidad | 4

La responsabilidad civil de los administradores se puede exigir mediante dos acciones: la acción social y/o la acción individual.

4.1 Acción social de responsabilidad

Para que se pueda interponer una acción social de responsabilidad, los administradores deben haber incumplido sus obligaciones como administradores y, como consecuencia de ello, se debe haber causado un daño a la sociedad.

Se puede interponer una acción social de responsabilidad:

- (i) En primer lugar y preferentemente, por la sociedad, que debe promoverla mediante un acuerdo de la junta general adoptado por mayoría ordinaria (aunque no conste en el orden del día) y que determina automática y definitivamente la destitución de los administradores afectados.
- (ii) En segundo lugar, con carácter subsidiario y considerando que la sociedad puede renunciar a ejercitar la acción, por los socios que, individual o conjuntamente, sean titulares de, al menos, un 5% del capital social (en sociedades no cotizadas) cuando:
 - (a) los administradores no hubiesen convocado la junta general a tal fin;
 - (b) la sociedad no hubiese entablado la acción en el plazo de un mes desde la adopción del acuerdo; o
 - (c) el acuerdo hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad;

Asimismo, cuando la acción se base en la infracción del deber de lealtad por los administradores, los socios que cumplan con los requisitos del primer párrafo de este apartado 4.1 (ii), podrán ejercer directamente la acción, sin necesidad de que se someta la decisión a la junta general.

- (iii) Finalmente y de forma subsidiaria, por los acreedores de la sociedad cuando la acción social no hubiese sido ejercitada por la sociedad ni por sus socios, y el patrimonio de la sociedad resultase insuficiente para la satisfacción de sus créditos. La acción será entablada por los acreedores en nombre propio pero en defensa del interés de la sociedad y, en particular, del patrimonio social, como única garantía de sus créditos.

Como se ha mencionado con anterioridad, el acuerdo de promover la acción o de transigir determina automática y definitivamente la destitución de los administradores afectados.

4.2 Acción individual de responsabilidad

La acción individual de responsabilidad es una acción autónoma de resarcimiento o indemnizatoria de los daños sufridos directamente e individualmente por los socios o por los terceros (por ejemplo, los acreedores de la sociedad) y no por la sociedad, por actos de los administradores. Se exige, por tanto, probar el daño causado a los intereses patrimoniales individuales de los socios o de los terceros.

Estará legitimado para interponer la acción individual cualquier socio o tercero cuyos intereses individuales hubieran sido lesionados y que pudiera probar un daño efectivo, constatado y evaluable que hubiera sido causado como consecuencia de la actuación negligente del administrador.

En este caso, la acción es directa y principal. También se exige que concurren los presupuestos de la responsabilidad: (a) un daño que lesione directamente el interés individual del socio o del tercero, (b) un acto u omisión culpable lesiva del administrador y (c) la relación de causalidad entre ambos. Los socios o terceros que interpongan esta acción deberán probar todo lo anterior.

4.3 Prescripción de las acciones de responsabilidad

Las acciones de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescriben a los cuatro años desde el día en que se puedan ejercitar.

4.4 Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad

Además del ejercicio de las acciones de responsabilidad previstas en este apartado, y por tanto de forma compatible con ellas, se podrán ejercer acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por el administrador en violación de su deber de lealtad.

5.1 Disolución de la sociedad

La ley establece unas causas por las que la sociedad debe disolverse. Asimismo, la ley impone a los administradores una serie de deberes para poner en marcha el procedimiento de disolución de la sociedad cuando concurre una causa legal de disolución. En el caso de que los administradores no cumplan con estos deberes, la ley establece un régimen de responsabilidad en forma de sanción con el fin de proteger los intereses generales, los intereses de los acreedores de la sociedad y la seguridad en el tráfico económico. De esta forma se intenta fomentar que no haya sociedades incursas en causas de disolución sin solucionar esta situación o sin disolverse.

5.1.1 Deberes de los administradores

Los administradores, si concurre una causa legal de disolución, tienen el deber de (a) convocar la junta general en el plazo de dos meses desde que existe esta causa para su remoción o para que se adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o, si fuera el caso, (b) solicitar el concurso de la sociedad. Es importante tener en cuenta que cuando la sociedad es insolvente, los administradores no deben poner en marcha el procedimiento de disolución de la sociedad, sino solicitar el concurso. Ante una situación que revela la concurrencia del presupuesto de insolvencia, la solución debe ser concursal y los administradores tienen entonces el deber de instar el concurso.

El ejercicio diligente del cargo obliga a los administradores a adoptar las medidas oportunas en esta situación, teniendo en cuenta la estructura del órgano de administración. Por ejemplo, si la sociedad tiene un consejo de administración, los consejeros deberían proponer al presidente que se celebre una reunión para acordar la convocatoria de la junta con el fin de que en ella se adopte el acuerdo de remoción de la causa o el de disolución de la sociedad. Los consejeros pueden facilitar al resto de consejeros las evidencias que pudieran tener de esta situación y solicitar las informaciones o aclaraciones que consideren

oportunas sobre la concurrencia de una causa de disolución así como, en su caso, sobre las medidas que pueden adoptarse para evitarla (aunque no conste en el orden del día de la reunión del consejo). Una vez los consejeros presentes en la reunión concocen y determinan que realmente existe la causa de disolución, deberían acordar la convocatoria de la junta general, formulando propuestas de solución si las hubiera. De lo contrario, se aplicaría el régimen de responsabilidad legalmente establecido.

Asimismo y subsidiariamente, cuando no se hubiera constituido la junta general o cuando, habiéndose constituido, no se acuerda la disolución de la sociedad, los administradores tendrán la obligación de solicitar la disolución judicial. De nuevo es relevante la estructura del órgano de administración. Tratándose de un consejo de administración, los consejeros han de promover su convocatoria y la adopción del acuerdo necesario para solicitar la disolución judicial de la sociedad. El plazo para solicitarla es de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando esta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado.

5.1.2 Régimen de responsabilidad

La responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes anteriores implica una sanción a los administradores por incumplir deberes específicos y no requiere, por tanto, la prueba de ningún daño ni la concurrencia del resto de presupuestos que caracterizan el régimen legal de responsabilidad civil de los administradores como ha quedado expuesto. Únicamente se debe probar que se han incumplido los deberes mencionados, aunque su imputación no deje de estar fundada en la culpa.

La sanción que impone la ley a los administradores es la de responder solidariamente, junto con la sociedad, por las deudas que nazcan después de que aparezca la causa de disolución de la sociedad. Es decir, que los acreedores de estas deudas podrían reclamar, indistintamente, el pago de esas deudas a cualquiera de los administradores o a la misma sociedad, siempre y cuando esas deudas hayan llegado a su fecha de vencimiento, sean líquidas y exigibles. En estos casos, las deudas de la sociedad que se reclamen se presumirá que son posteriores a la existencia de la causa de disolución de la sociedad, salvo que los administradores prueben que son de fecha anterior.

Conviene destacar los siguientes aspectos en relación con el régimen de responsabilidad de los administradores en estos casos:

- (i) La responsabilidad solidaria es entre los propios administradores y la sociedad, por lo que si la sociedad acaba pagando se extingue la deuda y, si el pago lo realizan los administradores, estos podrán interponer una acción de reclamación por la totalidad de la deuda pagada contra la sociedad y contra los restantes administradores en la parte que les corresponda.
- (ii) El plazo de dos meses para convocar la junta general se debe contar desde que existe la causa de disolución. Por ejemplo, si la causa de disolución se debe a que las pérdidas han dejado reducido el patrimonio neto en una cantidad inferior a la mitad del capital social, la fecha a partir de la cual se debe contar el plazo de dos meses seguirá siendo la fecha de existencia de la causa de disolución, con independencia del momento en que se formularan las correspondientes cuentas anuales.

-
- (iii) La solicitud en plazo de la declaración de concurso por los administradores desactiva la responsabilidad por falta de disolución de la sociedad.
 - (iv) No nacerá responsabilidad en los administradores cuando, durante los plazos contemplados anteriormente, desaparezca la causa de disolución de la sociedad.
 - (v) La convocatoria de la junta general, la solicitud de disolución judicial o la solicitud de concurso son deberes orgánicos que deben ser cumplidos teniendo en cuenta las reglas de funcionamiento según la estructura propia del órgano.
 - (vi) En caso de que los administradores cumplan tardíamente con los deberes mencionados, únicamente serán responsables por las deudas que nazcan entre el momento en que deberían haber ejercido sus deberes y el día en el que efectivamente cumplen con ellos.

5.2 Insolvencia de la sociedad

La concurrencia del presupuesto objetivo de insolvencia también determina la existencia de deberes particulares de los administradores de la sociedad y de un régimen especial de responsabilidad. Por un lado, porque el deudor, ante una situación de insolvencia actual, tiene el deber de solicitar el concurso, con lo que se pretende la declaración tempestiva del concurso en protección de su patrimonio y del conjunto de acreedores, al ofrecer mayores posibilidades de optar por una solución en el concurso. Por otro lado, porque los administradores pueden tener una responsabilidad especial en la generación o agravamiento de la situación de insolvencia en perjuicio de los acreedores, como efectos estrechamente relacionados con su pasividad ante la concurrencia del presupuesto de insolvencia. Si este fuera el caso, su patrimonio puede resultar embargado desde el primer momento, y lo está siendo en la práctica, para garantizar el pago de los acreedores, como una forma de reintegrar el patrimonio de la sociedad declarada en concurso. Los administradores pueden resultar finalmente condenados, como también está sucediendo, a pagar parte de los créditos que no hubieran sido satisfechos con la liquidación, si se les declara personas afectadas por la sentencia que califica la culpabilidad del concurso.

5.2.1 Deber de instar el concurso

Los administradores tienen el deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubieran conocido o debido conocer la situación de insolvencia actual de la sociedad. A estos efectos, se entiende por insolvencia actual la que existe desde el momento en que la sociedad no puede cumplir puntual y regularmente con sus obligaciones exigibles.

En la valoración de la capacidad de actuación de los administradores debe tenerse en cuenta el modo en que está organizada la administración de la sociedad. Por ejemplo, si la sociedad tiene un consejo de administración, los consejeros deberían proponer al presidente que se celebre una reunión para acordar la solicitud del concurso. En la reunión del consejo (aunque no conste en el orden del día) se debería informar al resto de consejeros, aportando las pruebas que considere convenientes, que la sociedad es insolvente y que procede solicitar el concurso. Los consejeros pueden solicitar las informaciones o aclaraciones que consideren oportunas sobre la concurrencia del presupuesto de insolvencia. Una vez los consejeros conocen y constatan que realmente existe la situación de insolvencia, se debería acordar la solicitud del concurso. Es importante destacar que cuando los consejeros

no cumplen con esta obligación, y no se solicita tempestivamente el concurso, se presume, salvo prueba en contrario, que ha mediado intención o culpa grave en su actuación y, por tanto, se declararía el concurso como culpable con implicaciones para su responsabilidad, según su actuación.

Asimismo, los administradores tienen la facultad de solicitar el concurso cuando la insolvencia es inminente (no actual), es decir, cuando los administradores prevén que la sociedad no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles. Conviene tener en cuenta que el retraso en la solicitud de concurso puede tener en esta situación implicaciones ciertas en relación con la generación del estado de insolvencia. De esta manera se pretende que cuando ya existen signos de que la sociedad puede llegar a ser insolvente, los administradores insten el concurso con el fin de que sean mayores las posibilidades de optar por una solución en el concurso.

5.2.2 Comunicación de negociaciones y efectos

En caso de que la insolvencia sea actual, los administradores podrán, durante el plazo de dos meses mencionado, posponer y, en su caso, evitar la declaración de concurso siempre y cuando comuniquen al juzgado competente que se han iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación (de los expresamente previstos en la Ley Concursal) o para obtener las adhesiones necesarias a una propuesta anticipada de convenio.

Alternativamente y dentro del mismo plazo, los administradores de la sociedad podrían solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos, en cuyo caso será comunicado al juez competente por el registrador o notario que hubiese designado al mediador concursal que intervenga en el acuerdo extrajudicial.

Una vez comunicadas cualesquiera de las negociaciones anteriores (acuerdo de refinanciación, propuesta anticipada de convenio o acuerdo extrajudicial), no es exigible al deudor el deber de solicitar el concurso y los administradores no tendrán, en consecuencia, el deber de solicitar el concurso de la sociedad ni tampoco podrá declararse el concurso a instancia de los acreedores. Estos efectos durarán tres meses. Si transcurrido el plazo de tres meses la situación de insolvencia no ha desaparecido, los administradores deberán solicitar el concurso de la sociedad dentro del mes hábil siguiente, a no ser que haya sido solicitado de forma previa por el mediador concursal (en el caso de que se haya celebrado un acuerdo extrajudicial de pagos).

5.2.3 Responsabilidad de los administradores en la calificación del concurso

Cuando los administradores “de derecho” o “de hecho” (del modo en que se han definido en la guía), de forma intencionada o por culpa grave, causen o agraven la situación de insolvencia de la sociedad, el concurso se calificará como culpable. La ley establece un conjunto de presunciones, con diversa intensidad, sobre supuestos que son reveladores de esa conducta dolosa o gravemente negligente por los administradores.

A modo de ejemplo, y entre otros supuestos, siempre se declarará culpable el concurso:

- (i) cuando se incumpliera de forma sustancial la llevanza de la contabilidad, se lleve una doble contabilidad o se cometiera alguna irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad;

-
- (ii) cuando durante los dos años anteriores a la declaración del concurso salgan de forma fraudulenta bienes o derechos del patrimonio de la sociedad; y
 - (iii) cuando antes de la fecha de declaración del concurso la sociedad realice algún acto con la finalidad de simular una situación patrimonial ficticia.

Asimismo, se presume, salvo prueba en contrario, que los administradores han actuado de forma intencionada o con culpa grave, entre otros supuestos, cuando:

- (i) incumplen con su deber de solicitar el concurso;
- (ii) no colaboran con el juez del concurso o con el administrador concursal; y
- (iii) en alguno de los tres últimos ejercicios previos a la declaración de concurso de la sociedad no formulan las cuentas anuales, no las someten a auditoría (debiendo hacerlo) o, una vez aprobadas, no las depositan en el Registro Mercantil que corresponda.

El hecho de que se califique el concurso como culpable tiene graves consecuencias para los administradores afectados, si se pronuncia en este sentido la sentencia de calificación. Su responsabilidad implicará:

- (i) la inhabilitación para administrar bienes ajenos, así como para representar a cualquier persona, durante un periodo de dos a quince años, conforme a lo que se establezca en la sentencia de calificación del concurso;
- (ii) la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores de la sociedad, así como la obligación a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio de la sociedad; y
- (iii) la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados a la sociedad.

Por otro lado, cuando se acaba abriendo la fase de liquidación de la sociedad, el juez del concurso puede condenar a los administradores afectados a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que los acreedores no acaben cobrando una vez liquidado el activo de la sociedad. La responsabilidad dependerá de si los hechos imputables a los administradores afectados, reveladores de la conducta que ha determinado la calificación de culpabilidad del concurso, han causado o agravado la insolvencia de la sociedad. Además, en los casos en los que haya más de un administrador condenado, la sentencia individualizará la cantidad a pagar por cada uno en función de su grado de participación en los hechos que hubieran causado o agravado el concurso. Esta es una circunstancia que hace relevante también la consideración del modo en que se organiza la administración de la sociedad; en caso de consejo de administración habrá que tener en cuenta la conducta de cada consejero, su grado de participación en la actuación que haya sido tenida en cuenta en relación con la generación o agravación del estado de insolvencia de la sociedad.

Esta responsabilidad puede tener implicaciones para el administrador de la sociedad desde un primer momento como ha sido avanzado. El juez del concurso (de oficio o a solicitud razonada del administrador concursal) puede ordenar el embargo de bienes y derechos de los administradores (“de derecho” o “de hecho”) durante los dos años previos a la fecha de declaración de concurso, cuando exista la posibilidad de que el concurso se acabe calificando como culpable y se condene a los administradores a pagar, total o parcialmente,

el importe mencionado anteriormente. Si se acaba ordenando el embargo del patrimonio de los administradores afectados, el embargo se podría sustituir por un aval de una entidad de crédito.

5.2.4 Relación de la responsabilidad societaria y con la responsabilidad concursal

La declaración de concurso no desplaza completamente el régimen de responsabilidad civil de los administradores, aunque tiene algunas implicaciones sobre su ejercicio. Conviene diferenciar entre el régimen general de responsabilidad civil y el supuesto especial constituido por la responsabilidad que deriva de la concurrencia de una causa de disolución.

Una vez se haya declarado el concurso de la sociedad, únicamente el administrador concursal podrá ejercitar la acción social de responsabilidad. Si la acción social de responsabilidad estuviera en tramitación en el momento en que se declarase el concurso, continuará su tramitación hasta la firmeza de la sentencia. Por excepción a este régimen, se acumularán al procedimiento concursal todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios causados a la sociedad contra los administradores, iniciados con anterioridad al concurso que se encuentren en primera instancia y siempre que no haya finalizado el acto de juicio o vista.

La declaración de concurso no impide el ejercicio de la acción individual contra los administradores ni su continuación si se hubiera interpuesto con anterioridad a la declaración de concurso.

Por otro lado, no se admitirán a trámite las demandas en las que se exija a los administradores responsabilidad por incumplimiento de los deberes que les son exigibles en caso de concurrencia de una causa de disolución. Si estas demandas se interponen con anterioridad a la declaración del concurso de la sociedad y los respectivos procedimientos siguen todavía vigentes, se suspenderá su tramitación hasta que concluya el procedimiento concursal.

GUÍA PRÁCTICA SOBRE DEBERES Y RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO MERCANTIL

Responsabilidad de los administradores *versus* responsabilidad de los directivos | 6

Las sociedades cuentan normalmente con un equipo de dirección al que se encomienda su gestión ordinaria y la ejecución de las políticas y estrategias formuladas por el órgano de administración. Administradores y directivos ocupan posiciones diversas en la organización de la sociedad, y su diferenciación permite identificar también diversas funciones, característicamente relacionadas con el control de los primeros, y la gestión de los segundos, aunque a veces pueden coincidir en una misma persona. De esta diferente posición y funciones se siguen también implicaciones diversas para el régimen de responsabilidad. Para abordar estas relaciones es oportuno distinguir entre el cargo de administrador y el de directivo:

- (i) El administrador está vinculado a la sociedad mediante una relación mercantil, de carácter orgánico, que le otorga facultades para administrar la sociedad y representarla frente a terceros (ya sea de forma individual o colectiva).
- (ii) El directivo está vinculado a la sociedad por un contrato laboral y puede ser un apoderado que, en todo caso, está sometido jerárquicamente al órgano de administración. Además, de su cargo no se derivan facultades de representación de la sociedad, sin perjuicio de los poderes que puedan conferirse.

Como se ha mencionado anteriormente, los administradores tienen el deber de gestionar y de administrar la sociedad para la realización de su fin y han de velar, en todo momento, por su interés. La responsabilidad de los administradores y su deber de diligencia les obliga a responder al elegir, nombrar e instruir a los directivos de la empresa, y/o al supervisar y controlar la gestión y dirección de la empresa por estos, de forma que los requisitos de culpabilidad y nexo causal que deben estar presentes a la hora de determinar la responsabilidad de un administrador se ven cumplidos al atribuir al administrador una conducta culpable y poco diligente en el cumplimiento de sus deberes de control y supervisión de la gestión social.

Es relevante mencionar que los administradores de la sociedad pueden tener, a su vez, la condición de ejecutivos, y asumir específicamente funciones de gestión. La reciente reforma de la legislación mercantil expresamente prevé que se puedan atribuir a un miembro del consejo de

administración funciones ejecutivas. De conformidad con lo dispuesto para las sociedades cotizadas, los consejeros ejecutivos son aquellos que desempeñan funciones de dirección en la sociedad o su grupo. En estos casos, a pesar de tener dicha condición, se les seguirá aplicando el régimen de responsabilidad propio de los administradores aunque, como se ha anticipado, en la valoración de la diligencia exigible habrá que tener en cuenta esta atribución de funciones.

Por otro lado, al directivo se le da un mandato específico en virtud del contrato celebrado en relación con unas competencias y facultades determinadas, debiendo velar por el buen fin de su mandato, sin que se le puedan exigir otros deberes de vigilar y velar por la consecución del fin social y por la protección del interés de la sociedad, más allá del mandato y del ámbito funcional que le ha sido conferido. Se le tendrá que reclamar la responsabilidad civil por la vía contractual.

Cabe en fin la posibilidad de considerar al directivo que ha sido apoderado como administrador "de hecho". Puede ser que el directivo desempeñe frente a terceros la función de administrador de la sociedad, sobre todo cuando el órgano de administración incurre en una cierta pasividad. Del modo que se ha anticipado, para que el directivo pueda responder como administrador es necesario acreditar su actuación como administrador de hecho (no sería suficiente con su condición de apoderado). En defecto de lo anterior, no le serán aplicables al directivo las normas sobre responsabilidad de administradores.

GUÍA PRÁCTICA SOBRE DEBERES Y RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ÁMBITO MERCANTIL

Medidas para evitar incurrir en responsabilidad y defensa frente a las acciones de responsabilidad | 7

De forma general, si no se cumplen los presupuestos de responsabilidad mencionados en el régimen general de responsabilidad civil, no se puede exigir responsabilidad a los administradores. En la medida en que la responsabilidad es imputable al administrador por haber actuado de forma dolosa o negligente, corresponde al administrador la prueba de un modo diligente de proceder en interés de la sociedad. En ejercicio del cargo, los administradores deben tener en cuenta estas implicaciones para adoptar las medidas que sean reveladoras de este modo de actuar diligente, conforme al interés de la sociedad. Como se ha anticipado, la ley presume este modo de proceder diligente en relación con decisiones estratégicas y de negocio si el administrador actúa con información suficiente y con un procedimiento de decisión adecuado.

La capacidad de exoneración de la responsabilidad depende también de la estructura del órgano de administración. Si se trata de administradores únicos o solidarios habrá que atender a su actuación individual para valorar si es posible su exoneración de responsabilidad, por la concurrencia en cada caso de los presupuestos que permiten su afirmación y, singularmente, de su falta de diligencia. Cuando el órgano de administración está formado por administradores mancomunados o por un consejo de administración, el administrador no responde del acuerdo o acto lesivo si es capaz de probar que concurre alguno de los siguientes supuestos:

- (i) No haber intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo o acto lesivo y desconocer su existencia. La falta de intervención en el acuerdo o acto lesivo ha de estar justificada y el desconocimiento se extiende tanto a su propia existencia como a un momento posterior a la adopción y ejecución del acuerdo o acto (no sería suficiente que no hubiera participado en la adopción del correspondiente acuerdo).
- (ii) No haber intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo, y conocer su existencia (por ejemplo, cuando el que el administrador vota en contra del acuerdo o se abstiene). En este caso, el administrador debe:
 - (a) haber hecho todo lo conveniente para evitar el daño (por ejemplo, hacer lo conveniente para evitar su ejecución, o impugnar judicialmente el acuerdo); o

- (b) al menos, haberse opuesto expresamente al acto o acuerdo lesivo (no es bastante con que el administrador haya votado en contra del acuerdo, es necesario que haga constar su oposición expresa).

En ningún caso exonera de responsabilidad el hecho de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general. Por lo tanto, la previa autorización de un acto o acuerdo por la junta general o su posterior ratificación no impedirá que se puedan ejercitar posteriormente acciones de responsabilidad contra los administradores.

22 de abril de 2015

URÍA MENÉNDEZ