



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

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

Breve enfoque a la responsabilidad Penal de Los administradores y los delitos
societarios

Autor: Paula Barrado de Solís

4º E-1, BL

Derecho Mercantil

Tutor: Daniel Prades Cutillas

Madrid

Junio, 2019

RESUMEN

El presente trabajo trata sobre la responsabilidad ordinaria de los administradores de las sociedades de capital y un breve estudio de la responsabilidad penal. Se analizará la evolución normativa de la responsabilidad de esta figura, los deberes de los administradores, la naturaleza, los sujetos y los elementos de la responsabilidad, la solidaridad de la responsabilidad, las causas de exoneración y las acciones legales que la sociedad, socios y terceros tienen a su disposición para exigir la responsabilidad. Finalmente se analizará la responsabilidad penal de los administradores administradores por actos de criminalidad en la empresa.

Palabras clave: Administrador, deberes, responsabilidad, sociedad de capital, delitos societarios, acción social de responsabilidad, acción individual de responsabilidad

ABSTRACT

This paper deals with the ordinary liability of directors of corporations and a brief study of criminal liability. It will analyse the regulatory evolution of the liability of this figure, the duties of directors, the nature, the subjects and elements of liability, the solidarity of liability, the causes of exoneration and the legal actions that the company, partners and third parties have at their disposal to demand liability. Finally, the criminal liability of the administrators for criminal acts in the company will be analyzed.

Key Words: Director, Duties, Liability, corporations, corporate crimes, social action of responsibility, individual action of responsibility

LISTA DE ABREVIATURAS

LSC	Ley de Sociedades de Capital
TRLSC	Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
LMV	Ley de Mercado de valores
CC	Código Civil
CP	Código Penal
ART	Artículo
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO	7
2. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES	8
3. DEBERES DEL ADMINISTRADOR	11
3.1. Deberes fiduciarios	12
3.1.1. Deber general de Diligencia	12
3.1.2. Deberes específicos de diligencia	12
3.1.2. El deber de lealtad.....	14
3.1.3. Los deberes específicos de lealtad.....	14
4. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINSTRADORES	15
4.1. Naturaleza	16
4.2. LOS ADMINISTRADORES RESPONSABLES. LOS SUJETOS.....	17
4.2.1. Administrador de Derecho	17
4.2.2. Administrador de Hecho	17
4.2.3. Administrador aparente o notorio y administrador oculto	19
4.3. PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES	19
4.3.1. El daño	20
4.3.2. La acción u omisión ilícita	21
4.3.3. Culpa	21
4.3.4. Relación de causalidad.....	22
4.3.5. Carga de la prueba.....	22
4.4. SOLIDARIDAD. CAUSAS DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD	23
5. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD	24
5.1. La sociedad como titular de la acción de responsabilidad.....	26
5.2. La ejecución del acuerdo.	28
5.3. Procedimiento	28
5.4. Contrato de transacción y renuncia.....	29

5.5.	Destitución de los administradores	31
5.6.	Prescripción	31
5.7.	Legitimación Subsidiaria.....	32
5.7.1.	Legitimación de la minoría	33
5.7.2.	Legitimación de los acreedores	34
6.	ACCION INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD	35
6.1.	Naturaleza	35
6.2.	Elementos	37
6.3.	Grupos de casos	37
6.4.	Procedimiento	39
6.4.1.	Acumulación de acciones: acción contra la sociedad y acción individual contra el administrador.	39
7.	LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINSITRADORES.....	40
7.1.	La responsabilidad de los administradores por actos de criminalidad en la empresa: Los delitos societarios	41
7.2.	Tipos delictivos.....	41
7.2.1.	Tipos comunes.....	41
7.2.2.	Tipos especiales.....	42
8.	Conclusión.....	44
9.	BIBLIOGRAFÍA	46

INTRODUCCIÓN

Las sociedades mercantiles son personas jurídicas, principal razón por la que el órgano de administración es una figura necesaria para que la sociedad pueda actuar como tal en el tráfico. El Órgano de Administración tiene como competencia la gestión y representación de la sociedad frente a terceros en los términos establecidos en la Ley de Sociedades de Capital y, en ningún caso estas facultades van a poder ser desempeñadas por otros órganos de la sociedad, por lo tanto, la figura del administrador es imprescindible. Ya que los poderes atribuidos a los administradores son tan relevantes e importantes, resulta lógico que el régimen de responsabilidad al que se someten los administradores sea igual de importante y estricto, pues el futuro de la sociedad, socios y acreedores esta en sus manos.

La responsabilidad del administrador de las sociedades mercantiles es uno de los temas mas importantes y a la vez difíciles del régimen mercantilista. Este, ha sido objeto de numerosas modificaciones y discusiones doctrinales. La responsabilidad del administrador es tan amplia que resulta muy difícil acotarla, pues el administrador puede ser responsable laboralmente, penalmente, civilmente, etc. Es decir, esta sujeto a tantos regímenes de responsabilidad como ordenes jurisdiccionales hay en nuestro derecho. Como no es posible abarcar todos, en este trabajo me voy a centrar en el estudio y desarrollo de la responsabilidad ordinaria de los administradores y a la vez haré una breve mención de los delitos societarios, ya que ambas ramas del derecho me llaman la atención y me parecen interesantes.

En este sentido se va a proceder en primer lugar al estudio de la responsabilidad en el ámbito civil-mercantil, donde se analiza la posición jurídica de los administradores, sus deberes y obligaciones y las acciones judiciales que pueden ejercerse contra ellos y finalmente, se aborda la responsabilidad penal de los administradores por aquellos delitos cometidos en la empresa, también denominados delitos societarios.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL

1. PLANTEAMIENTO

La responsabilidad se define como: “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.”¹ Por lo que su sentido es el de reparar el mal o daño causado ya se haya producido por dolo, culpa o negligencia.

El administrador se podrá ver inmerso en tantos tipos de responsabilidades como ramas del derecho hay, ya que cada rama del derecho acarrea diferentes obligaciones. De esta manera podemos hablar de responsabilidad en el orden publico (responsabilidad administrativa, tributaria, penal) y responsabilidad en el orden privado (responsabilidad civil – Mercantil) Yo voy a proceder al estudio y por lo tanto desarrollo de la segunda de estas, la responsabilidad civil- Mercantil del órgano de administración.

Dentro de esta categoría (responsabilidad civil-mercantil), autores como DANIEL PRADES CUTILLAS² va a diferenciar distintos tipos de regímenes a los que el administrador va a exponerse como consecuencia de su cargo:

En un primer lugar, y el cual será objeto de estudio y análisis del presente trabajo, es el régimen ordinario de responsabilidad, basado en el daño ocasionado al patrimonio de la sociedad, de los socios o de terceras personas por el ejercicio de las funciones inherentes a su cargo. Por otro lado, se expone del mismo modo a un régimen especial, extraordinario o formal, que se fundamenta sobretudo en el incumplimiento del deber que como administrador tiene de disolver la sociedad. Y por último, el régimen propio del proceso concursal.

¹ *Real Academia de la Lengua Española*. (2018). Obtenido de <https://dle.rae.es/?id=WCqQQIf>

² Prades Cutillas, D. “Capítulo I. Presupuestos objetivos” *La responsabilidad del administrador en las Sociedades de Capital. En la jurisprudencia del TS*. Valencia: Tirant lo Blanch. Valencia. 2014. Pág 25 y 26.

La responsabilidad de los administradores esta recogida en el capítulo V del título VI de la Ley de Sociedades de Capital, del art. 236 al 241, y se denomina responsabilidad societaria. Esta responsabilidad tiene como finalidad la de perseguir la indemnización de los daños ocasionados por los administradores al patrimonio de la sociedad, de los socios o de los terceros.

Se dice que es responsabilidad civil-mercantil, ya que del orden civil va a tomar los presupuestos materiales que dan paso a la responsabilidad, y del orden mercantil se recoge las especialidades en materia del ejercicio de las acciones que va a exigir esta responsabilidad. Así, tenemos la acción social en los casos en los que el patrimonio de la sociedad se haya dañado de manera directa o la acción individual donde el perjuicio directo se ha realizado sobre el patrimonio individual de socios y terceros. Los administradores únicamente serán responsables si se produce un daño directamente ocasionado por sus acciones u omisiones y estas han de ser ilícitas y culpables. Es importante recalcar que la obligación de los administradores es una obligación de medios y no de resultados, por lo que el simple deterioro del patrimonio, por ejemplo, no necesariamente va a dar lugar a una acción de responsabilidad contra el administrador.³

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

El régimen español de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital ha sufrido numerosas modificaciones para poder adaptarse a la realidad social.

Leyes mercantiles del siglo XIX

A lo largo del tiempo, el régimen de responsabilidad ha venido evolucionando y sobretodo ha venido endureciéndose con la figura del administrador de la sociedad. El último código de comercio del siglo XIX, imponía un modelo de responsabilidad mínimo. Entendía a los administradores como mandatarios de la sociedad y únicamente podrían ejercitar acciones contra ellos la sociedad. Este código, contenía numerosas

³ Quintano, J. “La Responsabilidad de los administradores: supuestos y caracteres” . En VV.AA, *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Thomson Reuters. Pamplona. 2011. Pág. 1691 y 1692 .

lagunas sobre este aspecto y esta deficiencia dio lugar a las posteriores leyes societarias de 1951 y 1953 para una mayor seguridad jurídica. ⁴

Las leyes societarias de 1951 y 1953

Estas leyes, fueron bastante importantes en el proceso de modernización del régimen de responsabilidad, ya que, aunque no siendo suficiente la modificación, colmaron la laguna de responsabilidad de los administradores. Los administradores dejaron de considerarse mandatarios al servicio de la sociedad y pasaron a ser representantes de la sociedad frente a terceros. El criterio de imputación de responsabilidad que estas leyes establecía era la del daño causado con malicia, abuso de las facultades o negligencia grave (nada de culpa leve o levísima), además, la carga probatoria correspondía a la parte que reclamaba la responsabilidad, por eso muchas de las demandas interpuestas durante este periodo fueron desestimadas. ⁵ La regulación de esta materia comportó muchas críticas debido a postura laxa o benigna hacia esta entidad. Gran parte de la doctrina consideraban que el régimen de responsabilidad era “extraordinariamente benevolente”⁶

A partir de estas leyes se comienzan a regular las acciones de responsabilidad frente a los administradores para exigir la reconstrucción del patrimonio dañado a consecuencia de la actuación de estos. Además legitimaba tanto a los socios como a los terceros entablar una acción extracontractual en los casos en los que su patrimonio hubiese sido dañado de manera directa (Lo que hoy en día se conoce como acción individual de responsabilidad, que estudiaremos más adelante).

⁴ Cano de Miguel, M. . La evolución histórica de la responsabilidad de los administradores y su reclamación ante los tribunales de justicia. *Diario La LEY*. 2014. Ref. 3408/2014

⁵ Sánchez Calero, F. “Capítulo X. La responsabilidad de los administradores por deudas sociales” En Ortiz del Valle, M. C. Los administradores de la sociedad de capital. Thomson Reuters. 2007. pág 407.

⁶ Sánchez Calero, F. Vol. IV, Administradores, arts. 123 a 143 en Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas (LA LEY 3308/1989). 1994, pág. 238. Citado en Cano de Miguel, M. (2014). “La evolución histórica de la responsabilidad de los administradores y su reclamación ante los tribunales de justicia”. LA LEY, 3408/2014

Es en La ley de Sociedades de responsabilidad limitada (en lo sucesivo LSRL) de 1953 donde por primera vez se va a recoger la solidaridad de la responsabilidad de los administradores

Las leyes societarias de 1989 y 1995

El 22 de diciembre de 1989 se aprobó el texto refundido de la ley de Sociedades Anónimas y, más tarde, el 23 de marzo de 1995 se aprueba la Ley 2/1995 de las Sociedades de Responsabilidad limitada, estas leyes supusieron una de las reformas mas extensas de nuestro ordenamiento jurídico en lo que se refiere a la responsabilidad de los administradores, cuyas bases, hoy en día siguen siendo de aplicación.⁷

Cabe destacar, la supresión de «malicia, abuso de facultades o negligencia grave» de la actuación del administrador por la siguiente redacción “*los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley, los estatutos o los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo*”⁸

Estas leyes, recogían los requisitos para que se pudiera dar lugar a la exigencia de la responsabilidad a los administradores:

- Que se haya producido un acto lesivo y contra la sociedad
- Que por acto u omisión los administradores incumplan las obligaciones establecidas en la ley o en los estatutos;
- Y, que el daño producido sea causado por el acto ilícito (nexo causal)

Estos mismos requisitos, que analizaremos más adelante, los podemos apreciar en el artículo 236.1 de la actual ley de sociedades de capital:

⁷ Fernández de la Gándara, El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas. Madrid. Ref: LA LEY 3308/1989

“Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.”

En la actualidad, se ha optado por incluir una enumeración completa de los deberes del administrador siendo esto consecuencia de la ley 26/2003 por la que se modifican la LMV y la LSA con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, si bien es cierto, esto es aplicable hoy en día a los administradores de cualquier sociedad de capital. Los administradores responderán, como dice el art. 236 por los daños causados por actos u omisiones... realizados incumpliendo el conjunto de deberes inherentes al cargo de administrador. Pero ¿Cuáles son estos deberes?

3. DEBERES DEL ADMINISTRADOR

Es importante el estudio de los deberes de los administradores ya que estos sirven para mejorar el funcionamiento del sistema de responsabilidad de los administradores de la sociedad. Así, los deberes nos servirán para establecer cuales son las obligaciones debidas del cargo ya que, si se incumplen comportando daños jurídicamente imputables al administrador, estos serán responsables de sus actos.

Dentro de la categoría de deberes, nosotros nos centraremos en los denominados deberes fiduciarios, pues, como consecuencia del cargo, los administradores van a estar obligados al cumplimiento de los deberes fiduciarios y los deberes legales. Los deberes legales, no forman parte del estudio de este proyecto, aun así, se dividen en deber de convocatoria de la junta general; deber de solicitud de disolución judicial y deber de solicitud de concurso de acreedores. El incumplimiento de estos últimos va a dar lugar a la que anteriormente hemos denominado responsabilidad extraordinaria.

Para hablar de los deberes nos centraremos en la clasificación que realiza JOSÉ ORIOL LLEBOT⁹:

3.1. Deberes fiduciarios

El deber general de diligencia y el deber de lealtad constituyen los deberes fiduciarios generales. Los deberes generales de diligencia y lealtad vienen tipificados en los artículos 225 y 227 de la LSC y en términos generales van a considerarse un instrumento mediante el cual el administrador va a desempeñar su cargo en aras de la consecución, en todo caso, del interés social.

3.1.1. Deber general de Diligencia

El deber general de diligencia se encuentra recogido en el art 225.1 de la LSC bajo el modelo de conducta del “ordenado empresario”. Integra el contrato de administración concluido entre los administradores y la sociedad, por lo tanto es un deber que se obliga a satisfacer únicamente frente a la sociedad. Este deber no exige el cumplimiento de una determinada conducta sino que se desempeñe el cargo con un modelo de conducta que define al empresario. La función de este deber consiste en incentivar a los administradores a que se esfuercen en el desarrollo de los cargos de gestión y administración de la sociedad, función que se satisface por el efecto disuasorio que lleva consigo la infracción este deber, ya que se verán obligados a indemnizar por los daños que sus actos u omisiones causen a la sociedad (art 236.1 LSC)

3.1.2. Deberes específicos de diligencia

Las características de estos deberes específicos con los generales esta en el carácter abstracto del modelo de conducta del deber general, ya que estos van a especificar algunas conductas relativas al cargo del administrador de la sociedad.

⁹ Oriol Llebot, J. “Capítulo 1. Los deberes y la responsabilidad de los administradores”. En VV.AA, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles (6ª edición)* 2016. *Versión digital*. Ref: TOL 1.820.710. ed: Tirant lo Blanch. Disponible en: <http://www.tirantonline.com>

El deber de cumplimiento normativo

Este deber esta contenido en el art 225.1 de la LSC y la finalidad reside en que la obligación que tienen los administradores de garantizar que la sociedad cumpla con las normas, ya sean normas penales, laborales, tributarias, etc.

El deber de dedicación adecuada

Por deber de dedicación adecuada (integrado en el art. 225.2 LSC) se entiende como la realización de todas las actividades precisas para la consecución del objeto fin social, siempre anteponiendo el interés social al privado.

El deber de adoptar las medidas precisas

El administrador debe actuar adoptando las medidas precisas para asegurar una buena dirección y control, de tal manera que adopte medidas para asegurar que las actividades de la empresa son las idóneas para la consecución del fin social además de comprobar que estas actividades se despliegan con esa finalidad.

El deber de información

No solo el deber de recabar la información necesaria para el adecuado desempeño de sus funciones sino que también se les reconoce expresamente a los Administradores el derecho a esa información. La adecuada información es el presupuesto de una actuación diligente ya que el conocimiento podrá impulsar a los administradores a tomar medidas en cada caso concreto.

El deber de independencia

Para poder explicar el deber de independencia derivado del deber de diligencia, primero debemos tener en cuenta que dentro de la sociedad el administrador se va a ver inmerso en cuestiones algo controvertidas, puesto que muchas veces las decisiones estratégicas y de negocio propias del ámbito empresarial van a plantear problemas de conflictos de interés (propios del deber de lealtad), por lo tanto este deber sirve para enjuiciar este tipo de conductas. La razón por la que se reconoce este deber como uno de los deberes de diligencia y no solo de lealtad es por que este, no solo permite enjuiciar aquellos que tengan un interés privado, si no aquellos que no afectados de manera directa debieran haber impedido esta situación (generadora de un daño a la sociedad) y no lo hicieron.

3.1.2. El deber de lealtad

Tipificado en el art 227.1 de la LSC, este deber es el segundo deber fiduciario de carácter general y comprende un modelo de conducta de un “fiel representante”. El deber de lealtad engloba todas aquellas situaciones de conflicto de intereses entre la sociedad y el administrador

3.1.3. Los deberes específicos de lealtad

Al igual que con el deber de diligencia nos vamos a encontrar con deber general de lealtad y deberes específicos, mientras que el primero tiene como finalidad cubrir lagunas del contrato con el modelo de conducta que ha de seguir de “fiel representante”, los segundos tratan conductas específicas a seguir por el administrador

Deber de secreto

El Art. 228. B) establece este deber que consiste en guardar secreto con respecto a toda aquella información a las que los administradores hayan tenido acceso de carácter confidencial que conozcan como consecuencia de su cargo, obligando a los administradores actuales de la misma manera que a los anteriores e incluso a personas jurídicas (en cuyo caso guardarán secreto la persona física que ostente la representación). Según la jurisprudencia, las conductas que suponen una violación a este deber son las de comunicación confidencial a terceros y la divulgación de la información confidencial, que supone hacer pública esta información consecuencia que no obligatoriamente pasa en el primer caso.

Deber de Abstención

El deber de abstención, tipificado en el art. 228 C) LSC entra en juego cuando el administrador se encuentra en una situación de conflicto de interés. Este deber obliga a los administradores a abstenerse al momento de ejercer votos en adopción de acuerdos, participar en la deliberación de aquellos asuntos que entren en conflicto, etc.

La abstención administrativa es un deber del titular o miembro del órgano administrativo de no intervenir en el procedimiento por concurrir algunas de las causas previstas en la Ley como medio de garantizar la imparcialidad y la legalidad administrativa.

La obligación de evitar conflictos de interés

Obligación básica de todo administrador es la de evitar entrar en conflicto de interés con la sociedad adoptando las precauciones necesarias. En relación con esta obligación el art. 229.1 LSC dicta una serie de actos o actividades prohibidas para los administradores¹⁰:

- Realizar transacciones con la sociedad, salvo en los casos de operaciones ordinarias de condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia;
- Explotar la posición del administrador para influir indebidamente en la realización de actuaciones privadas;
- Utilizar activos sociales con fines privados;
- Aprovechar oportunidades de negocio;
- Obtener ventajas de terceros distintos de la sociedad ligado a la condición de administrador;
- Realizar actividades por cuenta propia que lleven a hacer competencia a la sociedad.

4. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINSTRADORES

La conducta activa u omisiva de los administradores, va a repercutir necesariamente en los socios/accionistas, en la propia sociedad y en los terceros que se relacionen con ella. como se ha dicho anteriormente los administradores van a ostentar el poder de gestión y administración sobre la sociedad, de tal manera que los socios se desentenderán de este asunto encomendándose a los órganos de administración.

Los administradores responderán del cumplimiento de los deberes anteriormente expuestos. El régimen de responsabilidad se puede decir que es un régimen de carácter preventivo, pues ejercerá determinada presión sobre los administradores para que estos cumplan con los deberes y en caso contrario, reparar el daño causado si se hubiese causado un perjuicio. La responsabilidad de los administradores puede ser, o bien interna,

¹⁰ Portellano, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la inoperatividad y la dispensa [arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC]”, en Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada, Tomo II, 2016, Navarra, pág. 459 y ss. Citado en Chamorro Domínguez, M. d. “Deber de abstención del socio-administrador y del administrador en situaciones de conflicto de interés en relación con el deber de lealtad en las sociedades de capital”. Madrid. 2018 : Wolter Kluwer. LA LEY 15415/2018

donde estos responderán frente a los socios y la propia sociedad o bien externa donde lo harán frente a terceros cuyos intereses se hayan visto dañados.¹¹

4.1. Naturaleza

Las notas características de la responsabilidad a la que pueden incurrir los administradores por el daño causado a la sociedad, socios y terceros como consecuencia del ejercicio de su cargo son las siguientes:

En primer lugar, se trata de una responsabilidad **legal** pues tanto las obligaciones como las consecuencias en el caso de incumplimiento de las primeras van a venir provistas en la ley. Los estatutos en ningún caso podrán establecer cláusulas de exoneración ni limitar la responsabilidad por debajo de los umbrales legales. Es una responsabilidad **personal**, en cuanto que la responsabilidad va a ser exigida a la persona física o jurídica y no al órgano de administración como conjunto. Se trata a su vez de una responsabilidad **orgánica**, pues únicamente le será exigible esta responsabilidad al administrador que esté actuando como tal, en el ejercicio de sus funciones. Y, en ningún caso, será aplicable en los supuestos donde el administrador cause un perjuicio, pero por actos realizados fuera del ejercicio del administrador de la sociedad. Es **Solidaria**, ya que el daño causado se presume realizado por todos los miembros del órgano de la administración (salvo prueba en contrario). De esta manera se puede interponer demanda contra cualquiera de ellos solicitando la indemnización correspondiente, ahora bien, estos posteriormente podrán reclamar la cuantía que corresponda. Es **resarcitoria y patrimonial**, por que, una vez causado el daño, los administradores responsables tendrán que repararlo de manera que restituya económicamente a la víctima de este daño. Es una **responsabilidad subjetiva o por culpa**, lo que significa que el daño es elemento necesario para que se pueda exigir la responsabilidad.¹²

¹¹ Uría Menéndez. (2015). Guía práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil. pág. 17. obtenido en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia_UM.pdf?id=5679

¹² VV.AA. Responsabilidad. En *Memento Practico. Administradores y colectivos*. Francis Lefebvre. Madrid. 2004-2005. págs. 3015-3020.

4.2. LOS ADMINISTRADORES RESPONSABLES. LOS SUJETOS

Es conveniente, determinar quienes son los sujetos a los cuales se les va a atribuir la responsabilidad prevista en la LSC, diferenciando entre administrador de derecho, de hecho o administrador oculto

4.2.1. Administrador de Derecho

Los administradores de derecho serán aquellas personas que han sido nombradas por los socios, han aceptado dicho cargo estando plenamente vigente en sus facultades y debidamente inscrito y publicado en el Registro Mercantil correspondiente.¹³

4.2.2. Administrador de Hecho

En la anterior regulación, mas concretamente en los artículos 133 de la LSA, 69 de la LSR y 236 LSCL, ya extintos, venían extendiendo la responsabilidad del administrador, al administrador de hecho. Sin embargo, ninguno de los preceptos aportaba una definición a la figura del administrador de hecho, solo afirmaba que los administradores de hecho responderían de la misma manera que el administrador de derecho.¹⁴ Para poder encontrar la definición, se debía recurrir a los preceptos legales del Código Penal, más concretamente en los que regulan los delitos societarios (art. 290 a 297) o bien, a las manifestaciones de los tribunales donde la definición del administrador de hecho estaba aceptada por la jurisprudencia, tanto penal¹⁵ como Civil¹⁶

¹³ CORTÉS & PÉREZ Auditores y Asesores Asociados, S.L. (2 de Marzo de 2012). Obtenido de El administrador de derecho y el de hecho en las sociedades de capital: <http://cortesyperez.blogspot.com/2012/03/el-administrador-de-derecho-y-el-de.html>.

¹⁴ Zurita Vicioso, J. M. “La responsabilidad de los administradores (The responsibility of the directors)”. En Revista internacional de doctrina y jurisprudencia, 2015. Obtenido de: <https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2015-09/LA%20RESPONSABILIDAD%20DE%20LOS%20ADMINISTRADORES..pdf>

¹⁵ Sección primera de la Sala de lo penal del tribunal supremo: Sentencia núm. 606/2010, de 25 de junio (RJ 2010/7169); Sentencia 816/2006, de 26 de Junio (RJ 2006/7317); citado en Zurita Vicioso, J. M. Op. Cit. La responsabilidad de los administradores . *Revista Internacional...*

¹⁶ Sentencia del Juzgado de lo mercantil núm.1 de Las Palmas de Gran Canaria, núm 136/2011, de 18 de Julio (JUR 2011/275524) citado en Zurita Vicioso, J. M. (2015). Op. Cit. La responsabilidad de los administradores . *Revista Internacional...*

Las notas definitorias del administrador de hecho, según unificada jurisprudencia ¹⁷ se pueden resumir en las siguientes:

- Autonomía o falta de sumisión a un órgano de administración de la sociedad, de tal manera que esta persona se entienda que esta ejerciendo en la practica habitual las funciones inherentes al cargo de administrador al margen de un nombramiento formal y siendo los actos de esta persona asumidas por la propia sociedad.
- Habitualidad en el ejercicio de las funciones
- Calidad en el ejercicio de las funciones.

En la actualidad, la ley 31/2014¹⁸, establece una definición de la figura del Administrador de hecho. El art. 236.3 señala:

“La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”.

Así mismo el apartado 4º del precepto continua de esta manera:

“Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella”.

¹⁷ Sentencia de la Audiencia provincial de La Coruña, Sección cuarta, num 312/ 2011, de 6 de julio (JUR 2011/319319)

¹⁸ Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Es muy frecuente que, en las sociedades, el administrador o consejo de administración deleguen sus facultades otorgando poderes de representación a otras personas¹⁹. Dependiendo del grado de representación que se le haya otorgado a la persona, podrá ser considerado o no administrador de hecho y por lo tanto susceptible o no de incurrir en la misma responsabilidad que la figura del administrador de derecho. Así mismo, el art.236.5 de la ley 31/2014, anteriormente citado indica los supuestos en los que el administrador de derecho sea una persona jurídica, atribuyéndole la responsabilidad en la que esta incurriera a aquella persona que ejerciese las funciones propias del administrador.

4.2.3. Administrador aparente o notorio y administrador oculto

El administrador aparente o notorio es aquella persona interpuesta intencionadamente que actúa en el tráfico como administrador de hecho frente a terceros pero que en la práctica no lo es, ya que será el administrador oculto el que, amparado por la figura del administrador aparente o notorio, tome las decisiones propias del cargo y administre realmente la sociedad sin quedar sometido al régimen de la responsabilidad que tienen los administradores. Se entiende según dice ALBERTO ALONSO UREBA²⁰ que el tratamiento del administrador oculto se habrá de hacer equiparando su actuación a la del fraude de ley y no a la figura del administrador de hecho, ya que, lo que se intenta eludir con esta figura es la responsabilidad propia del cargo.

4.3. PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Los elementos que tienen que darse para que concurra la responsabilidad de los administradores van a venir dados por el siguiente precepto:

¹⁹Sebastián Quetglas, R. Tema 8. El órgano de administración de las sociedades de capital . En Ibañez Jiménez, J. *Fundamentos de Derecho Empresarial Tomo II (Derecho de Sociedades)*. 3ª ed. Civitas. Madrid. 2015. Págs 179- 185.

²⁰ Zurita Vicioso, J. La responsabilidad de los administradores (The responsibility of the directors), *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*. 2015. Obtenido en: <https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2015-09/LA%20RESPONSABILIDAD%20DE%20LOS%20ADMINISTRADORES..pdf>

Art. 236.1 TRLSC:

“Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.

La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.”

La responsabilidad de los administradores se equipará a la responsabilidad civil indemnizatoria y esta se origina con la producción de un daño ligado a un acto u omisión ilícito y culpable de la persona responsable. Para la clasificación de los elementos nos basaremos en la que hace JESÚS QUINTANO²¹:

4.3.1. El daño

“El daño, es aquel perjuicio causado a una persona o cosa como consecuencia de un evento determinado.”²²

El daño que recae sobre el patrimonio social puede derivar en una acción social de responsabilidad contra los administradores por aquellos que tengan un interés legítimo, cuando se reclama esta responsabilidad lo hacen teniendo en cuenta la totalidad del daño y en interés de la sociedad. El daño articular y directo sobre el patrimonio personal (art 241 LSC) habilita el ejercicio de la acción individual. Cabe la posibilidad que ambos supuestos se den a la vez.

Para determinar la existencia y extensión del daño, hay que basarse en la doctrina general de la responsabilidad civil por daños y perjuicios, por lo tanto habrá que tener en

²¹ Quintano, J. Los presupuestos materiales . En VV.AA, *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Thomson Reuters, Pamplona, 2011. Pg 1695 y 1698.

²² *Daño*. (Visitado a día 6 de Junio de 2019). Obtenido de Enciclopedia jurídica: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/daño/daño.htm>

consideración tanto el daño emergente (el valor del bien o cosa que ha sufrido el daño) como el lucro cesante (las ganancias dejadas de obtener a consecuencia de la producción del daño), así también si hubiera mediado dolo culpa o intención.

4.3.2. La acción u omisión ilícita

El daño, tiene que ser el resultado de una acción u omisión ilícita de los administradores. Pero ellos van a responder del daño, siempre y cuando haya sido causado por actos contrarios a la ley o a los estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

Los actos **contrarios a la ley** quieren decir actos contrarios a toda norma jurídica, ley, decreto, etc. Además de actos contrarios a las obligaciones que la ley establece, este supuesto va a castigar también cuando los administradores se extralimiten de sus competencias.

Los actos **contrarios a los estatutos**. La sociedad en los estatutos puede establecer obligaciones complementarias a las impuestas por la ley y en el caso de incumplimiento los administradores incurrirían en responsabilidad de la misma manera.

Actos realizados **incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo**. Este ultimo supuesto es bastante controvertido y esto se debe a la dificultad de establecer el incumplimiento de estos. Como se ha explicado antes, los deberes fiduciarios establecidos en los art. 225 a 232 LSC, se pueden dividir en dos grandes deberes: el deber de diligencia, que en todo caso resulta ser mas flexible ya que se fundamenta en una manera de actuar genérica que es la del “ordenado empresario” por ello mismo es mas difícil determinar cuando una acción u omisión resulta ilícita por el incumplimiento de este. En el caso del deber de lealtad, resulta más fácil su determinación porque la ley expresamente establece una serie de prohibiciones que el administrador en ningún caso podrá incumplir.

4.3.3. Culpa

Los preceptos 1089, 1101 y 1902 del Código Civil serán de aplicación al delimitar la culpa también para la figura del administrador de la sociedad. Esto quiere decir que no estará obligado a reparar el daño si la persona que hubiese incurrido en responsabilidad por la causación de un daño hubiera obrado con la diligencia debida.

La exigencia de culpabilidad implica la voluntariedad de su conducta, siendo excluidos aquellos supuestos donde falte la voluntariedad o esta estuviera viciada.

Este tema, es objeto de mucha controversia, pues existen diferentes puntos de vista. Hay autores para los que los supuestos de responsabilidad son al margen de toda culpa. El daño procedente de actos contrarios a la ley o a los estatutos es resarcible por tratarse de una responsabilidad tipificada y la culpa se da por el incumplimiento. Sin embargo la mayoría de la doctrina entiende que al actuar contra la ley o estatutos se está actuando sin la diligencia debida.

4.3.4. Relación de causalidad

El acto del administrador deberá ser la causa de un resultado dañoso. Es necesario recurrir a la teoría general de la responsabilidad por culpa ya que por ejemplo se excluirían los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor al no haber precisamente una causalidad. El daño tiene que ser consecuencia necesaria de la actuación u omisión del administrador.

4.3.5. Carga de la prueba

Todos los elementos anteriormente citados, van a tener que ser probados en el proceso. En todo caso, ya sea por incumplimiento de la ley, por incumplimiento de los estatutos o por haber incumplido los deberes inherentes al cargo la prueba le va a corresponder al demandante, ya sean socios o terceros. Ahora bien, como veremos mas adelante, en los casos en los que el órgano de administración este integrado por dos o más miembros, el demandante solo tendrá que probar que el órgano en su conjunto es responsable de los actos ilícitos y se invertirá la carga de la prueba para todos aquellos miembros que pretendan exonerarse.²³

²³ VV.AA. La carga de la Prueba. En VV.AA, *Memento Práctico. Administradores y directivos*). Madrid: Francis Lefebvre. Madrid. 2004- 2005. Pág 254 y 255

4.4. SOLIDARIDAD. CAUSAS DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

El carácter solidario de la responsabilidad viene tipificado en el art. 237 LSC, este fue introducido por primera vez en nuestra legislación con la ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1953. Las sociedades mercantiles, pueden adoptar distintas formas de administración y representación habiendo cabida, por supuesto, la administración pluripersonal. Cuando esto ocurra, se podrá aplicar la figura de la responsabilidad solidaria. Del art. 237 LSC se deduce que los administradores que integren el órgano de administración van a responder de manera solidaria ante cualquier acuerdo o acto lesivo que hubiere causado un perjuicio. Lo anterior, se dará siempre, salvo que prueben que no han intervenido en la adopción y ejecución, que desconocían de su existencia o que conociéndola hicieron todo lo posible para evitar el daño o, que se opusieran expresamente al acuerdo.²⁴

A todos los administradores, por igual, se les exige el cumplimiento de los deberes y obligaciones inherentes a su cargo, de esta manera, la ley viene a presumir que todos han participado en el acto o acuerdo que ha ocasionado el perjuicio y por lo tanto a todos le es imputable la responsabilidad. El carácter solidario de la responsabilidad del órgano de administración va a facultar al legitimado activo a dirigirse contra un miembro, varios o todos a la vez²⁵

Contra la presunción de culpabilidad, se puede argumentar prueba en contrario. De esta manera, los administradores podrán quedar exonerados siempre que concurran los requisitos impuestos en la ley y siempre que prueben la concurrencia de estos. Este supuesto, parece lógico, ya que en un órgano de administración que puede estar compuesto por más de un miembro, puede existir discrepancias, opiniones y puntos de

²⁴ Artículo 237 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital: *“Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”*.

²⁵ Quintano, J. “La responsabilidad Solidaria”. En VV.AA, *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Thomson Reuters. Pamplona. 2011. Pág 1700 y 1701.

vista diferentes. El artículo 237 además de señalar el carácter solidario de la responsabilidad va a venir a delimitar también las causas de exoneración.

En primer lugar y como hemos dicho antes, mediará responsabilidad salvo que se pruebe que no han intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo. Pero, ¿cómo es posible que se de esta situación? El administrador puede no estar presente en la reunión donde se adopta el acuerdo lesivo y por lo tanto en ese momento desconozca su existencia. La mayoría de la doctrina opina que el desconocimiento deberá ser tanto anterior a la reunión como posterior y que por lo tanto la responsabilidad se extinguirá al no haber tomado parte ni en la adopción del acuerdo ni en su posterior ejecución pues de otra manera estaría ratificándolo²⁶

La segunda causa de exoneración también recogida en el citado artículo exige que aun habiendo conocido la existencia del acuerdo lesivo, hubiese hecho todo lo posible para evitar que se produjera el daño.

Por ultimo, la oposición expresa por parte del miembro del órgano de administración al acuerdo lesivo. Esta oposición expresa es sin embargo una exigencia mínima, pero no suficiente. Si no que para que pudiese darse la exoneración deberá motivar su oposición, dejando constancia de los motivos por los que el considera que el acuerdo es lesivo, perjudicial. De esta manera, los restantes miembros podrán valorar los motivos aportados por el miembro disidente.²⁷

5. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

La acción social, tipificada en el art. 238 de la LSC, es uno de los instrumentos que existen para exigir la responsabilidad de los administradores por los daños que causen sus acciones. Lo que busca esta acción en concreto es la reparación del daño realizado al patrimonio de la sociedad y la legitimación principal la va a ostentar en todo caso la sociedad. Pero, hay que tener claro que esta legitimidad no es exclusiva ni es excluyente, ya que, como veremos mas adelante puede darse el caso en los que la legitimación para ejercer la acción la ostenten los socios o los acreedores.

²⁶ Broseta pont, M. Capítulo 17. Los órganos de las sociedades de capital. En Sanz Martínez, F. Manual de derecho mercantil. Tecnos. Madrid. 2018. Págs. 511 y 512

²⁷ Prades, Cutillas, D. “Capítulo II. Régimen general: La responsabilidad ordinaria o causal.” *La responsabilidad del administrador en las Sociedades de Capital*. Tirant lo blanch. Valencia. 2014. Pág. 154-157

La finalidad de esta acción es indemnizatoria, y siempre encaminada a reparar el daño causado en el patrimonio de la sociedad como consecuencia de la actuación de los administradores en el ejercicio de su cargo.²⁸

Este daño sufrido en el patrimonio va a repercutir de manera indirecta en el patrimonio de los socios y de los acreedores, ya sea porque disminuye el valor de las acciones o por que disminuye la garantía de los créditos. Por esta razón, hemos explicado antes que la legitimación de esta acción no es exclusiva de la sociedad, ya que, los socios y los acreedores van a tener también el derecho de exigir su ejecución. Es lo que se denomina un sistema de legitimación sucesiva o en cascada y esta previsto en nuestro ordenamiento jurídico desde la LSA de 1951 . En estos casos, el socio o los acreedores se subroga en la posición de la sociedad para ejercerla, siempre, en interés de ella. La finalidad de esta acción, no va ser otra que no sea la de reparar el patrimonio de la sociedad, sea quien sea quien haya ejercido su derecho al exigir la ejecución de la acción. Esto es así, siempre que el daño sufrido en el patrimonio de los acreedores y los socios sea indirecto, ya que, si fuera directo, estos gozan de la llamada acción individual de responsabilidad del art. 241, que como se acaba de explicar, la diferencia sería que el perjuicio sufrido en el patrimonio de estos es de carácter directo. El perjuicio directo sobre el patrimonio del individuo puede en ocasiones tener el mismo resultado que cuando se daña el patrimonio de la sociedad, como por ejemplo la disminución del valor de las acciones, sin embargo, este daño tiene que ser directo y no tratarse de un perjuicio en el patrimonio social para poder ejercer la acción individual de responsabilidad. Ahora bien, hay supuestos en los que concurren causas que, de paso al ejercicio de ambas acciones, pues el patrimonio de la sociedad y el de los socios y acreedores pueden verse perfectamente perjudicados de manera directa por la misma actuación del administrador.²⁹

²⁸ VV.AA. La acción social de responsabilidad, (2004-2005). En *Memento Practico. Administradores y colectivos*. Francis Lefebvre. Madrid. 2004- 2005. Págs 3140 -3145

²⁹ Quintano, J. La acción social. En VV.AA, *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Thomson Reuters. Pamplona. 2011. Págs. 1708 – 1710.

5.1. La sociedad como titular de la acción de responsabilidad

La competencia de la junta general

ART. 238.1: *“La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio, aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo.”*

Como bien viene establecido en el precepto anterior, el presupuesto para que poder llevar a cabo el ejercicio de esta acción es el acuerdo de la junta general. Esta regla ha venido siguiéndose en los ordenamientos de Europa occidental y se justifica en que son los socios los que de manera indirecta ven afectados su patrimonio y por lo tanto es lógico que puedan decidir sobre la indemnización. Esto constituye una manera de ejercer control indirecto sobre los administradores.³⁰

La junta puede ser ordinaria, extraordinaria, convocada o universal. La propuesta podrá realizarse por cualquier socio, presente o representado, siempre que haya acudido a la reunión y se podrá solicitar en cualquier momento de la junta general. La solicitud para la adopción del acuerdo no tiene por que estar incluida en el orden del día. Esto ultimo se hace sobretodo a efectos de evitar posibles bloqueos o maniobras dilatorias por parte de los administradores que ejercen el cargo, ya que son estos los responsables de confeccionar el orden del día.³¹ Esta característica, es excepcional y va a obligar al presidente de la junta general a someter la propuesta a votación. En el caso de negativa injustificada por parte de este ultimo, sin entrar en las consecuencias que esto pueda acarrear para el presidente, no va a poder asimilarse a un supuesto que, de pie a abrir la

³⁰ Rodríguez Artigas, F. & Marín de la Bárcena, F. Capítulo IV. La acción social de responsabilidad, Coor. Guerra Martín, G. *La Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*. La Ley. Madrid. 2011. Pág 167.

³¹ Lara, R. Capítulo 3. La acción social de responsabilidad. En VV.AA, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles (6ª ed) Versión digital*. Ref: TOL 1.820.712. ed: Tirant lo Blanch. Madrid. 2019. Disponible en: <http://www.tirantonline.com>

legitimación subsidiaria para ejercitar la acción, si no que los interesados en que esta se ejecute deberán requerir la convocatoria e incluir este aspecto en el orden del día³²

En el caso en el que este asunto no se hallare en el orden del día, es importante resaltar que los acuerdos solo podrán ser positivos, es decir, que ha de llegarse al acuerdo de entablar la demanda contra los administradores para la exigencia de responsabilidad.³³ Si se diera la situación en la que la votación fuera contraria a al ejercicio de la acción social de responsabilidad, este acuerdo sería nulo según el Art. 173 TRLSC.³⁴

Mayoría necesaria para la adopción del acuerdo

Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción del acuerdo. Ahora bien, esta mayoría ordinaria va a ser entendida de manera diferente según nos encontremos ante una sociedad anónima o una sociedad limitada.

Por mayoría ordinaria en las sociedades de responsabilidad limitada según el art. 198 de la LSC Se va a entender como:

“los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. No se computarán los votos en blanco”

Por votos válidamente emitidos, no se computaran ni las abstenciones ni los votos nulos, pero si los votos en blanco, por que aun que no se tengan en cuenta para adoptar o no la ejecución de la acción de responsabilidad, es decir, no tienen carácter decisorio sobre el fondo del asunto, si que van a ser tenidos en cuenta para el cumplimiento de la obligación de representación de al menos un tercio de los votos.³⁵

³² Juste Mencía, J., “legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social” en VV.AA, La responsabilidad de los administradores, dir. A. Rojo- E. Beltrán, (pág. 129) Ed. Tirant lo Blanch, Madrid 2005, Pág. 129.

³³ Velasco, G. E. Capítulo 4. La acción social de responsabilidad. En VV.AA, *La Responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2016. Pág 168.

³⁴ El art. 173 TRLSC Establece la regla general de la publicación previa a las juntas de los asuntos que se vayan a tratar en ellas.

³⁵ Lara, R. Capítulo 3. La acción social de responsabilidad. En VV.AA, Op. Cit. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles (6ª ed) Versión digital*. Ref: TOL 1.820.712. ed: Tirant lo Blanch. Madrid. 2019. Disponible en: <http://www.tirantonline.com>

Por mayoría ordinaria en las sociedades anónimas, se entenderá según el art 201 LSC como:

“los votos de los accionistas presentes o representados en la junta, entendiéndose adoptado un acuerdo cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado.”

En esta redacción se opta por la mayoría simple a la hora de llevar a cabo o no la acción social de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad .

5.2. La ejecución del acuerdo.

Una vez autorizado por la junta general el ejercicio de la acción de responsabilidad, la ejecución de esta podrá llevarse a cabo por:

- Los administradores que no hayan sido afectados por la acción de responsabilidad, por tratarse de supuestos en los que la acción fuese en contra de algunos y no todos los administradores miembros de un órgano de administración.
- Los administradores nuevos, tras la cesación de los administradores responsables.
- La junta también tiene la potestad de designar a un apoderado o apoderados especiales para la ejecución de este acuerdo. Incluso podrá encargar la ejecución a accionistas en particular siempre que hubiesen votado a favor de la ejecución del acuerdo.

5.3. Procedimiento

El procedimiento para hacer efectiva la acción social de responsabilidad se ejecuta mediante demanda ante juzgado competente. Habrá que tener en cuenta lo que dice el artículo 86. 2 ter, apartado a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya redacción es la siguiente:

“2. Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:

a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas

cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.”

Por lo que las demandas que tengan por objeto la acción social e responsabilidad, al estar al amparo de la normativa mercantil, se sustanciarán en los juzgados de lo mercantil.

Con respecto al plazo de ejecución de la acción, no se establece nada en concreto, sin embargo, teniendo en cuenta el art. 239.1 TRLSC, a partir del cual se legitima a la minoría para la exigencia de ejecución de la acción, se podría deducir que se tiene como plazo un mes para llevarse a cabo.

5.4. Contrato de transacción y renuncia

ART. 238.2 LSC, del acuerdo de transacción y renuncia:

“En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social.”

La transacción y la renuncia son facultades encomendadas al mismo órgano competente de adoptar el acuerdo de la acción de responsabilidad, y se llevará a cabo con los mismos requisitos que la acción, es decir con la mayoría ordinaria. Como bien dice el precepto, estos acuerdos no podrán adoptarse si mas del 5% del capital social se negare a ello.

¿En que consiste el contrato de transacción y el contrato de renuncia?

Como bien dice su nombre, el contrato de renuncia es un acuerdo por el que se renuncia, valga la redundancia, a la ejecución de la acción social de responsabilidad. Para llevar a cabo la renuncia es imprescindible que se haya votado a favor de la ejecución de la acción y por lo tanto se renuncie posteriormente a seguir el procedimiento.

La renuncia va a implicar la pérdida del derecho a la indemnización, y en todo caso el acuerdo deberá ser expreso, esto quiere decir que ni la inactividad ni el acuerdo positivo van a resultar en acuerdo de renuncia ni van a extinguir el derecho a indemnización.³⁶

Los accionistas que ostenten al menos un 5 % del capital social van a poder ejercer el derecho de veto sobre estos acuerdos siempre que no estén de acuerdo con llevarlos a cabo.³⁷

La transacción, según el Código Civil, es un contrato que tiene como finalidad la de evitar la provocación de un pleito o poner fin a uno comenzado, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa. (ART. 1809 CC). Es decir, la transacción implica una compensación por parte del administrador.

Va a ser posible la renuncia o transacción parcial, dirigidos solo a alguno de los administradores del consejo de administración, no dejando de existir el derecho a veto de la minoría.

Cuestión discutida doctrinalmente ha sido la del momento en el que se debe ejercer el derecho de renuncia o transacción. El artículo 238.2 LSC, establece que se podrá realizar en “cualquier momento”, y por lo tanto, es fácil argumentar que este acuerdo pueda llevarse a cabo por ejemplo en la misma junta donde se decide sobre la acción social de responsabilidad, ahora si, siempre deberá estar incluido en el orden del día.³⁸ A pesar, de lo que establece expresamente el precepto, gran parte de la doctrina, considera que para poder ejercer estas acciones deberá existir un acuerdo previo y positivo sobre la acción social de responsabilidad. Pero, si tenemos en cuenta que uno de los efectos de ejecutar la acción de responsabilidad es la de destitución de los administradores y, que siguiendo el artículo 238.3 de la LSC la transacción comportaría el mismo desenlace sobre esta figura, resultaría un tanto innecesario tal precisión si fuera obligatoria la ejecución del acuerdo para poder llevar a cabo el de transacción. Por todo esto, la decisión a la que se ha llegado por parte de este sector es que la destitución que comporta la transacción se

³⁶ VV.AA. Contrato de transacción y renuncia. En *Memento Practico. Administradores y colectivos*. Francis Lefebvre. Madrid. 2004- 2005. Págs. 265 y 266

³⁷ Artigas, F. R., & de la Bárcena, F. M. Capítulo IV. La acción social de responsabilidad . Coor. G. Guerra Martín, G. *La Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*. La Ley. Madrid. 2011. Págs. 171- 172.

³⁸ Lara, R. Capítulo 3. La acción social de responsabilidad. En VV.AA, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles (6ª ed) Versión digital*. Ref: TOL 1.820.712. ed: Tirant lo Blanch. Madrid. 2019. Disponible en: <http://www.tirantonline.com>

llevará a cabo en los supuestos en los que los administradores no hubieran sido destituidos de su cargo al momento de aprobar el acuerdo de exigencia de responsabilidad.³⁹

Para finalizar, he de concretar que en todo caso los socios deberán ser informados de los comportamientos que se le imputan al administrador, así como la cantidad indemnizatoria a la que se renuncia con el contrato.

5.5. Destitución de los administradores

El acuerdo de la junta general a promover la acción social al igual que el acuerdo de transigirla, supone una rotura en la confianza entre los administradores y la sociedad. Por lo que, se entiende que uno de los efectos de la acción social de responsabilidad sea el de la destitución de los administradores. La destitución solo será aplicable a aquellos administradores afectados tanto por la acción de responsabilidad como por el acuerdo de transacción. La destitución en todo caso se dará con el acuerdo positivo, esto quiere decir que si se acuerda no exigir la responsabilidad a los administradores, aun que pudiesen reclamarla subsidiariamente la minoría o los acreedores, no estaremos ante un supuesto de destitución. Por ultimo, en la misma junta donde se decide sobre la destitución o no del administrador, los socios podrán, es más, sería lo conveniente, nombrar a nuevos administradores.⁴⁰

5.6. Prescripción

Hasta hace relativamente poco, el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones venía dado por el obsoleto art. 949 del Código de Comercio, que establecía lo siguiente:

“La acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los 4 años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración”

El plazo de prescripción comenzaba a contar a partir de la producción del daño o a partir de su exteriorización o conocimiento, el problema radicaba en aquellos administradores

³⁹ Garrilles/Olivencia, *comentario a la ley de sociedades anónimas*. Vol. II, 3 ed., pág.179, Madrid, 1976.

⁴⁰ Quijano, J. Capítulo. IX. La acción social Y la acción individual de responsabilidad . En F. S. Calero, *Los administradores en las sociedades de Capital*. Civitas. Madrid. 2005. Págs. 358- 262.

que hubiesen causado un daño, pero que de este se hubiera tenido conocimiento una vez producido el cese del cargo. La mayoría de la doctrina interpretaba que el computo empezaría a partir del conocimiento del daño, ya que, si fuera a partir del cese, el computo del plazo de prescripción se iniciaría antes de la producción del daño.⁴¹

Sin embargo la modificación normativa introducida por la ley 31/2014, en su 241 Bis de la LSC, va a poner fin a este debate:

“La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse.”

Aquí, ya se establece claramente que el computo del plazo de prescripción va a empezar a contar desde el día en que se hubiera podido ejercitar la acción.

5.7. Legitimación Subsidiaria.

Como se ha dicho antes, la legitimación para llevar a cabo la acción de responsabilidad social, la ostentará la sociedad, y se ejecutará siempre que exista acuerdo positivo de la junta General. La minoría y los acreedores van a poder ejercer la legitimación, en su caso extraordinaria, ante la inactividad de la sociedad. La legitimación subsidiaria de estas figuras va a darles el derecho de obtener una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del asunto, es decir sobre la responsabilidad e indemnización del patrimonio social. Una vez interpuesta la demanda por alguno de estos grupos, el asunto quedará efecto a la litispendencia y por lo tanto, la sociedad no va a poder en ningún caso renunciar o transigir al derecho de indemnización. La sentencia que recaiga sobre este asunto, sea de condena o absolutoria, va a afectar a la sociedad, pues establecerá la existencia o no de una indemnización y la cuantía con eficacia de cosa juzgada, así, el resto de legitimados verán agotados su derecho.⁴²

⁴¹ Suarez- llanos, L. La responsabilidad de los administradores de sociedad anónima. En introducción al Derecho Mercantil. Civitas. Madrid. 2007. páginas 930 y ss

⁴² Rodríguez Artigas, F. & Marín de la Bárcena, F. Capítulo IV. La acción social de responsabilidad en *La Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*. La Ley. Madrid. 2011. Pág 153- 197.

5.7.1. Legitimación de la minoría

El derecho de la minoría a exigir el ejercicio de la acción social de responsabilidad, podría ejercitarse de dos maneras:

La primera, solicitando convocatoria de junta general para decidir sobre la acción de responsabilidad contra los administradores

La segunda esta recogida en el apartado 1 del art. 239 LSC:

“Podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad.”

El derecho a promover la acción se le va a atribuir a socios que individual o conjuntamente representen al menos el 5% de la sociedad, muchas veces el 5% de la sociedad supone una cifra excesiva si la cuantía de la cifra de capital es considerable, por lo que hace un tiempo se planteó un sistema de porcentaje, siempre decreciente, en función de esta cifra.⁴³

Según la mayor parte de la doctrina científica, el porcentaje que se va a tener en cuenta es el que exista en el momento de la demanda, y no será necesaria su conservación durante todo el procedimiento. Además, no van a quedar excluidos los socios titulares de acciones o participaciones sin voto, por el principio de igualdad de trato.⁴⁴

Supuestos de ejercicio

El socio o los socios minoritarios podrán ejercer su derecho, en el caso de concurrir los siguientes supuestos recogidos en el art. 239 LSC:

- El incumplimiento por parte del administrador en el cargo, de convocar la junta general.

⁴³ Rodríguez Artigas, F. & Quijano González, J. Q. Los organos de la sociedad anonima: junta general y administradores. En VV.AA, *El nuevo derecho de sociedades de capital*. Trivium. Madrid. 1989. Pág 147.

⁴⁴ Quintano, J. Legitimación subsidiaria de la minoría. En VV.AA, Op. Cit. *Comentario de la ley...* Thomson Reuters. Pamplona. 2011. Pág. 1717.

- En el caso en el que la sociedad, no ejecute la acción social de responsabilidad habiendo pasado un mes desde su aprobación
- Cuando, habiéndose convocado junta y habiéndose sometido el acuerdo a votación, esta hubiere sido contraria a su ejecución.

Con la reforma de la ley 31/2014, de 3 de diciembre, se va a dar un supuesto, donde la legitimación de los socios no va a ser subsidiaria, si no directa y es que cuando la actuación se fundamente en el quebranto del deber de lealtad, los socios podrán ejercitarla sin necesidad de acuerdo en junta.

5.7.2. Legitimación de los acreedores

El artículo 240 LSC, legitima a los acreedores a promover el ejercicio de la acción social de la siguiente manera:

“Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.”

De este precepto se deducen dos requisitos para el ejercicio de la legitimación: que la acción no haya sido entablada ni por la sociedad ni por los socios; y que el patrimonio social sea insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

Ya no solo legitima a los acreedores la inactividad de los legitimados preferentes (En primer lugar, la sociedad y después los socios), si no que por ejemplo, la adopción de un acuerdo de renuncia o de transacción por parte de la junta y que el derecho de veto de la minoría no se lleve a cabo, va a dar lugar a que los acreedores puedan ejercer la acción y exigir responsabilidad a los socios⁴⁵. Es verdad que los acreedores no cuentan con ningún medio que permita activar las legitimaciones previas y por lo tanto resulta complicado establecer el momento cuando la pasividad de los legitimarios preferentes ha concurrido. Para dar solución a este problema, se establece que, en aquellos casos notorios de daño sobre el patrimonio, donde haya transcurrido un tiempo moderado y ni los socios ni la

⁴⁵ Polo Sánchez, A., *Los administradores y el consejo de administración...*, pág. 1433 citado a su vez en Berrocal Lanzarot, A. I. *La responsabilidad civil de los administradores sociales*. Madrid, 2010. Ref: LA LEY 9757/2010.

sociedad hayan iniciado los tramites para llevar a cabo la exigencia de la responsabilidad a los administradores, los acreedores podrán estimar falta de ejercicio de la acción por parte de aquellos y dar pie a la legitimación subsidiaria que ostentan.⁴⁶ En cuanto la insuficiencia de patrimonio social para la satisfacción de los créditos, se entiende como una insuficiencia en su conjunto, y no individual dirigida a la satisfacción del crédito del acreedor que la ejecuta. La insuficiencia no se manifiesta de una simple dificultad, mora o retraso de la sociedad en la liquidación de los créditos que tiene con los acreedores, más bien se trata de una situación de desbalance que hace imposible la satisfacción de los créditos de manera segura.⁴⁷

La finalidad de la ejecución de la acción por parte del acreedor es la de conservar la capacidad del patrimonio, para que no solo aquel que entable la acción pueda ver asegurado sus créditos si no todos los acreedores de la sociedad, ya que como se ha dicho en numerosas ocasiones la acción social es aquella que tiene como finalidad la restauración del patrimonio de la sociedad y no el de los socios o terceros de manera individual.

6. ACCION INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD

La acción individual de responsabilidad, recogida en el art. 241 del TRLSC, va a exigir responsabilidad a los administradores en el caso de que el patrimonio de los socios y terceros haya sido perjudicado de manera directa y como consecuencia del ejercicio del cargo de administrador - Es decir, llevando a cabo las diferentes funciones inherentes al cargo -⁴⁸. La principal distinción de la acción individual con la acción social es que en la primera se busca la restauración del patrimonio particular de los individuos legitimados, y en la segunda, como bien se ha dicho antes, se busca reparar el patrimonio de la sociedad.

6.1. Naturaleza

⁴⁶ Quintano, J. Legitimación subsidiaria de la minoría. En VV.AA, Op. Cit. *Comentario de la ley...* Thomson Reuters. Pamplona. 2011 . Pág 1724.

⁴⁷ Quintano, J. Legitimación subsidiaria de la minoría. En VV.AA, Op. Cit. *Comentario de la ley...* Thomson Reuters. Pamplona. 2011. Pág. 1725 y 1726.

⁴⁸ Sala de lo civil del Tribunal Supremo, sentencia num. 206/2003 de 10 de marzo de 2003.

La naturaleza de la acción individual de responsabilidad viene a ser una de las cuestiones más controvertidas de esta figura. Hay opiniones doctrinales tendentes a considerar que la acción individual es en todo caso contractual⁴⁹, otros a considerarla en todo caso extracontractual⁵⁰ y muchos otros la calificaran de contractual o extracontractual según sea el socio o un tercero quien ejerza la acción⁵¹. Esto es importante a efectos de prescripción ya que dependiendo del caso contaríamos con el plazo de 1 año o de 4 años.

En más de una ocasión, el TS se ha venido pronunciando sobre la contractualidad y extracontractualidad de la acción individual a efectos de solucionar el problema con el plazo de prescripción. En primer lugar, en la sentencia de 21 de mayo de 1992, el Tribunal Supremo calificó la acción individual de extracontractual, ya que consideraba que no existía vínculo contractual entre las partes, solo el principio general de no dañar a nadie (*Neminem laedere*). En 1995, El Tribunal Supremo en la sentencia con fecha de 22 de junio, declaró de aplicación el plazo de 4 años para la prescripción (del art. 949 del Código de Comercio), ya que se trataba relaciones con terceros consideradas contractuales. Ahora bien, Sentencia relevante va a ser la del 20 de junio de 2001, donde no se va a centrar en la naturaleza del contrato si no en fijar un plazo de prescripción expresamente para la acciones tanto individual como social, recogido en el art 241 bis LSC⁵²:

“La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse.”

La cuestión fue generalmente aceptada y de esta manera se vio solventada la problemática sobre la prescripción.

Pues bien, con respecto a este tema, se ha venido discutiendo el por que, la prescripción de la acción individual la recoge la LSC, puesto que se trata de una acción individual y

⁴⁹ Majo, J.-O. L. El sistema de responsabilidad de los administradores. En *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*. Civitas. Madrid. 1996. Pág. 49 y ss.

⁵⁰ Rubio, J. *Curso de derecho de las Sociedades Anónimas*. Derecho Financiero. Madrid. 1967. Citado en Esteban Velasco, G. Capítulo 5. La acción individual de responsabilidad. Dir. Rojo, A. Y Beltrán E. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital* (pág. 197 - 219). Valencia: Tirant Lo Blanch. Valencia. 2016. Pág 197- 219.

⁵¹ Garrillos/Olivencia, en Op. Cit. *comentario a la ley...* . Vol. II, 3 ed., p.197, Madrid, 1976.

⁵² Esteban Velasco, G. Capítulo 5. La acción individual de responsabilidad. En VV.AA, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles (6ª ed) Versión digital*. Ref: TOL 1.820.713. ed: Tirant lo Blanch. Madrid. 2016. Disponible en: <http://www.tirantonline.com>

no por el mero hecho de estar regulada en la LSC es criterio suficiente para fundamentar su carácter mercantil a la hora de establecer un plazo de prescripción. Habremos de considerar, la acción individual como una acción extracontractual “reservada”, y, al no estar creada por la LSC aplicar el plazo civil y no el mercantil, siendo este de 1 año.⁵³

6.2. Elementos

Los elementos para la concurrencia de este tipo de acción no son otros que los comunes a cualquier tipo de responsabilidad. Es decir, Para que se pueda exigir la responsabilidad, debe existir una acción u omisión, siempre y cuando ocurra en el ejercicio de su cargo, debe ser antijurídica y culpable y haber generado un daño, en este caso en el patrimonio de los terceros, socios y accionistas. En relación con la antijurídica, siempre que se trate de un supuesto de responsabilidad por el ejercicio de su cargo, no le será imputable siempre que haya actuado con la diligencia exigida, es decir cumpliendo con los deberes que le son atribuidos como consecuencia de su cargo. Por lo tanto, únicamente incurrirá en un supuesto de responsabilidad si el administrador incumpliera los deberes establecidos por la ley y los estatutos.⁵⁴

6.3. Grupos de casos

Para poder determinar cuales son los grupos de supuestos mas relevantes en los que se aprecia la existencia de responsabilidad susceptible de acción individual, vamos a tener en cuenta quienes son los sujetos que ejercen dicha acción, es decir, si es ejercida por los socios o si es ejercida por terceros, y en este ultimo caso, atenderemos al criterio de vinculación o no con la sociedad. El criterio de ordenación que voy a seguir es el de GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO⁵⁵, y vamos a diferenciar cuatro grupos de casos:

⁵³ Prades, Cutillas, D. “Capítulo II. Régimen general: La responsabilidad ordinaria o causal.” *La responsabilidad del administrador en las Sociedades de Capital*. Tirant lo blanch. Valencia. 2014. Págs. 212- 215.

⁵⁴ Roncero Sanchez, A. Capitulo V. La acción individual de responsabilidad . En VV.AA, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*. La Ley. Madrid. 2011. Pág. 209 y 210.

⁵⁵ Esteban Velasco, G. E. La acción individual de responsabilidad. En A. B. Campuzano, *La Responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2016. Págs. 221 -272.

La lesión de intereses de terceros que no están en previa relación jurídica con la empresa (“ilícitos de empresa”).

El desarrollo de la actividad empresarial en muchas ocasiones puede causar daños a terceros que nada tengan que ver con la empresa, este es el caso, por ejemplo, de daños medioambientales o daños a la salud. Es una responsabilidad en la que el administrador va a incurrir siempre que su actuación haya sido negligente. Esto quiere decir que, habiendo podido evitar la causación del daño, (en el marco del ejercicio de sus funciones) el administrador no lo hizo. Un ejemplo de este tipo de responsabilidad lo encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Enero de 2004 por la cual se condena a dos administradores por conducta negligente (junto con la sociedad) por los daños sufridos por un niño que accedió a una mina sin vigilancia ni señal alguna.

La lesión de intereses por intromisión ilícita en las relaciones societarias del socio con la sociedad.

En este apartado se incluyen los casos en los que los actos de los administradores repercuten directamente de manera negativa en los derechos de los socios, privándoles de su condición de socio o perjudicando el valor de su participación societaria. Por ejemplo, impidiendo el ejercicio de su derecho de voto o no entregando los certificados o documentos que como socio le corresponden.

La responsabilidad por informaciones falsas o incorrectas

Este supuesto, normalmente suele derivar del incumplimiento del deber de informar o de la infracción de los deberes de cuidado de información emitida, propios del deber de diligencia debida de los administradores en el ejercicio del cargo. Cuando infringiendo el deber de informar se produzcan daños a los socios o terceros, y, cuando la sociedad este en una situación de dificultad y los administradores se resisten a divulgar la actual situación o la “disfrazan” dañando de igual manera el patrimonio de los socios o terceros, aquella persona en el ejercicio del cargo incurrirá en responsabilidad frente a aquellas personas perjudicadas.

La intromisión lesiva en la fase de ejecución de las relaciones existentes entre la sociedad y terceros acreedores

En este tipo de casos, se plantea la dificultad de identificar la causalidad entre el daño sufrido en el patrimonio de terceros acreedores y la acción ilícita imputable al

administrador. Siguiendo el principio de relatividad del contrato (que establece que el contrato despliega sus efectos entre las partes contratantes), los daños derivados por el incumplimiento genérico del contrato no le serán en ningún caso reprochables al administrador, siempre y cuando el incumplimiento o el daño no derive de una infracción de los deberes inherentes a su cargo. Esto quiere decir que en ningún caso esta acción podrá ser utilizada para obtener el pago de una deuda que la sociedad debiera liquidar, si no para la reparación del patrimonio del tercero que ha sido directamente perjudicado por la actuación ilícita del administrador. Los grupos principales de casos en los que esta acción se ha planteado por terceros acreedores son dos: En lo que respecta al endeudamiento progresivo de la sociedad aun conociendo su situación de insolvencia y en los supuestos de desaparición de la sociedad, cuando el administrador no adopta las medidas convenientes para el cumplimiento de las obligaciones sociales⁵⁶.

6.4. Procedimiento

Los aspectos mas controvertidos y que más discusión doctrinal han comportado con respecto al procedimiento de la acción individual de responsabilidad son: la acumulación de acciones y la prescripción de la acción. La prescripción de la acción la hemos tratado anteriormente en la naturaleza de la acción individual y por lo tanto, recordar que, aun que sigue habiendo discusión doctrinal sobre si la acción es de naturaleza contractual o extracontractual, la prescripción esta fijada en 4 años según el art. 241 Bis LSC.

6.4.1. Acumulación de acciones: acción contra la sociedad y acción individual contra el administrador.

Siguiendo la facultad que otorga la legislación procesal, es muy frecuente que se de el planteamiento del ejercicio de la acción individual junto a otras acciones que por objeto tengan la querrela contra la sociedad o los mismos administradores. La única controversia que ha supuesto la acumulación de acciones tiene que ver con los ordenes jurisdiccionales competentes en el caso en el que se ejercite una acción de naturaleza mercantil como es

⁵⁶ Cerda Albero, F., Responsabilidad civil de los administradores sociales: ¿Solos ante el peligro? Un análisis jurisprudencial (1999-2000), *Indret*,1, 2001. Citado en: Roncero Sanchez, A.Capitulo V. La acción individual de responsabilidad . Coord.Guerra Martin, G , Op. Cit. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*. La Ley. Madrid. 2011. Pág 217.

el ejemplo de la acción individual de responsabilidad con otra de naturaleza civil como puede ser una acción de reclamación de cantidad por parte de los acreedores. En la opinión de ANTONIO RONCERO SANCHEZ, en el caso de admitirse la acumulación de acciones en un proceso: “deberá hacerse a favor de los juzgados de lo Mercantil, en la medida que entendemos preferible que la jurisdicción especializada conozca del ejercicio de una acción derivada de una relación sometida a la jurisdicción ordinaria cuando la misma se vincule a una acción derivada de una relación sometida a aquella que lo contrario”.⁵⁷

7. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES

Hasta hace relativamente poco, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se regía por el principio de “*societas delinquere non potest*”, que establecía que las personas jurídicas no podían delinquir. Sin embargo, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo una gran modificación al código penal, y es que a partir de esta, el principio de “*societas delinquere non potest*”, dejaría de ser de utilidad pues se le atribuyó responsabilidad penal a la persona jurídica. Aun que el CP sigue estimando que solo serán las personas físicas quienes puedan cometer los delitos, la novedad radica en que a las personas jurídicas también se les impondrá una pena. Que a las sociedades se les haya atribuido responsabilidad penal no significa que se vaya a eximir de responsabilidad a los administradores, pues el órgano de administración tiene que ser garante y prevenir la comisión de los delitos que pueda cometer la persona jurídica.⁵⁸

La responsabilidad penal del administrador se puede clasificar en dos tipos: la responsabilidad de los administradores por actos de criminalidad de la empresa que son, aquellos delitos cometidos por la persona física a través de una persona jurídica, y por otro lado, la responsabilidad de los administradores por delitos en la empresa, conocidos

⁵⁷ Roncero Sanchez, A. Capítulo V. La acción individual de responsabilidad. Coord. Guerra Martín, G. *Op. Cit. La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*. La Ley. Madrid. 2011. Pág 219 y 220.

⁵⁸ Jiménez-Gusi, R., “La irresponsabilidad penal del 'Compliance Officer': a vueltas con el Proyecto de Ley de reforma del Código Penal”, Aranzadi. Pamplona. 2014.

también como delitos societarios.⁵⁹ Este último apartado va a ser el que analicemos brevemente en este proyecto.

7.1. La responsabilidad de los administradores por actos de criminalidad en la empresa: Los delitos societarios

Con “criminalidad en la empresa”, nos referimos a aquellos delitos que ocurren en el ámbito interno de esta, contra los intereses de la sociedad, los socios, trabajadores, etc. Estos delitos, no fueron introducidos en el CP hasta el año 1995, y la criminalidad en la empresa solo iba a poder castigarse siempre que los comportamientos se pudieran comprender en los tipos penales patrimoniales y en las falsedades. La regulación de estos delitos esta comprendida en el Título XIII, capítulo XIII, art. 290 y siguientes del CP. El art. 290 CP va a considerar sujetos activos de este tipo de delitos a los administradores de derecho y de hecho.

7.2. Tipos delictivos

7.2.1. Tipos comunes

La imposición de acuerdos abusivos (Art. 291 CP)

Aquellos que ostenten una posición mayoritaria en el órgano de administración o en la junta general de accionistas, serán castigados con pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, si llegasen a adoptar acuerdos abusivos, con animo de lucro propio o ajeno, comportasen un perjuicio a los demás socios y además no reportasen beneficio a la propia sociedad.

Los acuerdos lesivos adoptados por una mayoría ficticia (Art. 292 CP)

Aquellos acuerdos adoptados por mayoría ficticia que perjudiquen a la sociedad o a alguno de los socios, van a ser castigados con la misma pena que en el art. 291 CP. Como ejemplo, tenemos la sentencia de la audiencia provincial de Barcelona del 27 de

⁵⁹ Silva Sánchez, J.M., Pastor Muñoz, N., Montaner Fernández, R., (2011) Capítulo XXIII. La responsabilidad penal de los administradores. En VV.AA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (pág. 900). Madrid: La Ley. 2011. Pág. 900.

septiembre de 2002⁶⁰, donde no se convoca a uno de los socios para poder adoptar un acuerdo que de haber estado presente este socio en la junta no se hubiera adoptado.

7.2.2. Tipos especiales

Las falsedades en documentos relativos a la situación jurídica o económica de la sociedad (Art. 290)

Este artículo va a castigar con pena de prisión de uno a tres años o multa de seis a doce meses, a todos aquellos administradores de una sociedad que falseen las cuentas anuales u otros documentos que por finalidad tengan la de reflejar el estado de la sociedad (situación jurídica o económica) y que de esta manera se cause un perjuicio a alguno de los socios, la sociedad o a un tercero.

La vulneración de derechos de participación de los socios (Art. 293 CP)

Los administradores que sin causa alguna nieguen o impidan a un socio sus derechos de información, participación, control o suscripción preferente de acciones, que por derecho le son atribuidos, el CP les castigará con una pena de multa de seis a doce meses.

Para este tipo de conductas los socios, hasta 1995, únicamente podían ampararse en las acciones anteriormente estudiadas, la acción social de responsabilidad si la vulneración de la participación de los socios hubiese dañado el patrimonio de la sociedad y en el caso de perjuicio en el patrimonio individual del socio, la acción individual de responsabilidad.⁶¹

La obstaculización de la labor inspectora o supervisora de la Administración (Art. 294 CP)

Este precepto castiga a los administradores que impidan o nieguen el ejercicio del control estatal, con la pena de prisión de seis a tres años o multa de doce a veinticuatro meses. Este artículo no actuará sobre todas las sociedades si no sobre aquellas que actúen en mercados sujetos a supervisión administrativa (entidades de crédito, aseguradoras..).

⁶⁰ Sección 6.^a, SAP Barcelona, LA LEY 158195/2002 de 27 de septiembre de 2002

⁶¹ Silva Sánchez, J.M., Pastor Muñoz, N., Montaner Fernández, R., (2011). Capítulo XXIII. La responsabilidad penal de los administradores. En VV.AA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (pág. 926). Madrid: La Ley.

La finalidad de este delito será la de reforzar las funciones estatales, pues este delito no atenta contra el patrimonio de la sociedad como los anteriores si no que pretende castigar la desobediencia del administrador.⁶²

La deslealtad en la gestión del patrimonio ajeno (ART. 295 CP)

Este artículo castiga a los administradores que dispongan de manera fraudulenta los bienes de la sociedad o que contraigan obligaciones en nombre de ella y que el resultado de esta actividad causase un perjuicio económico directo a socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administrasen. La pena impuesta es de seis a cuatro años de prisión o multa del tanto al triplo obtenido. Este delito se diferencia con el resto porque no solo los administradores van a ser posibles sujetos activos de este, si no que también lo pueden ser socios que ostenten ciertas facultades de disposición sobre la empresa (sin que ostenten el dominio necesario para ser considerados administradores de hecho).⁶³

⁶² Fernández Teruelo, J.G., Los delitos societarios en el Código Penal español, Dykinson, Madrid, 1998, Pág. 282

⁶³ Martínez-Buján Pérez, C., Derecho penal económico y de la empresa, parte especial, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, Pág. 471. Citado en Silva Sánchez, J.M., Pastor Muñoz, N., Montaner Fernández, R. Capítulo XXIII. La responsabilidad penal de los administradores. En VV.AA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*. La Ley. Madrid. 2011. Pág. 934.

8. Conclusión

El órgano de administración de una sociedad es una figura que ostenta los poderes de gestión y control de esta, es por ello, que el régimen de responsabilidad al que esté sujeto se puede considerar un régimen estricto, aunque para ello hayan sido necesarias numerosas modificaciones a lo largo del tiempo. El régimen de responsabilidad de los administradores tiene una finalidad importante y es la facultad que le va a atribuir a la sociedad, los socios o terceros de ejercer un control sobre la administración, que, de no ser así, el administrador no estaría sujeto a ninguno.

La ley, impone a los administradores una serie de deberes, que deberán cumplir durante el ejercicio de su cargo, e incluso una vez cesados (deber de secreto). Estos deberes se basan en obligaciones de hacer o no hacer y su incumplimiento va a dar lugar a la responsabilidad.

En los casos en los que los administradores, siempre durante el ejercicio del cargo, incumplan la ley, los estatutos o los deberes, van a responder por sus actuaciones ilícitas frente a la sociedad, los socios y terceros. La sociedad, los socios y terceros van a contar con dos instrumentos principales para exigir la responsabilidad a los administradores: la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad.

La acción social de responsabilidad será aplicable siempre y cuando la actuación ilícita del administrador perjudique de manera directa el patrimonio de la sociedad, y será esta quien vaya a ostentar la legitimación principal, siguiéndoles subsidiariamente los socios y después los acreedores, que en todo caso reclamarán la restauración del patrimonio de la sociedad y no el suyo propio. La acción individual de responsabilidad se podrá ejecutar siempre que el perjuicio directo por la actuación de los administradores sea sobre el patrimonio individual de socios y terceros que serán los que ostenten la legitimación para adoptar esta acción.

Con lo que respecta a la responsabilidad penal hemos de señalar que todos los delitos societarios vienen a proteger el patrimonio social, el de los socios e incluso el patrimonio de terceros y aquel administrador de hecho o de derecho que obrare de manera fraudulenta causando un perjuicio tipificado en el código penal será castigado según lo que este último disponga, siempre que concurren los elementos de culpa o dolo, acción u omisión por parte del administrador, un daño y una relación de causalidad entre todos ellos.

9. BIBLIOGRAFÍA

INSTRUMENTOS DOCTRINALES

Arroyo, I., & Embid, J.M. Comentario a la ley de sociedades anónimas Vol. II, 3 ed., Tecnos, Madrid, 1976.

Berrocal Lanzarot, A. I. (2010). *La responsabilidad civil de los administradores sociales*. Madrid, LA LEY 9757/2010.

Cano de Miguel , M. (2014). La evolución histórica de la responsabilidad de los administradores y su reclamación ante los tribunales de justicia. *Diario La LEY*, 3408/2014

Chamorro Domínguez, M. d. (2018). *Deber de abstención del socio-administrador y del administrador en situaciones de conflicto de interés en relación con el deber de lealtad en las sociedades de capital*. Madrid: Wolter Kluwer. LA LEY 15415/2018

Fernández de la Gándara, «El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas (LA LEY 3308/1989)

Fernández Teruelo, J.G., Los delitos societarios en el Código Penal español, Dykinson, Madrid, 1998.

Juste Mencía, J., “legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social” en VV. AA, *La responsabilidad de los administradores*, dir. A. Rojo- E. Beltrán, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid 2005.

Majo, J.-O. L. (1996). El sistema de responsabilidad de los administradores. En *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (pág. 49 y ss). Madrid: Civitas.

Prades Cutillas, D. (2014). *La responsabilidad del administrador en las Sociedades de Capital* . Valencia: Tirant lo blanch .

Sanchez Calero, F. *Los administradores en las sociedades de Capital* (2007). Madrid : Thomson Civitas.

- Capitulo X. La responsabilidad de los administradores por deudas sociales”

VV.AA. *La Responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Esteban Velasco, G. E. (2016). Capitulo 5. La acción individual de responsabilidad. VV.AA, *La Responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Esteban Velasco, G. (2016). Capitulo 4. La acción social de responsabilidad. En VV.AA, *La Responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (pág. 168). Valencia: Tirant Lo Blanch

VV.AA, *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Pamplona (2011), Thomson Reuters.

VV.AA, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*. Madrid (2011): La Ley.

- Rodriguez Artigas, F. & Marín de la Bárcena, F. (2011). Capítulo IV. La acción social de responsabilidad .
- Roncero Sanchez, A. Capitulo V. La acción individual de responsabilidad . En VV.AA, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*. Madrid: La Ley.
- Silva Sánchez, J.M., Pastor Muñoz, N., Montaner Fernández, R. Capítulo XXIII. La responsabilidad penal de los administradores.

VV.AA, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (6ª ed) *Versión digital*. ed: Tirant lo Blanch. Madrid. Disponible en: <http://www.tirantonline.com>

- Oriol Llebot, J. (2016). Capítulo 1. Los deberes y la responsabilidad de los administradores. *Versión digital*. Ref: TOL 1.820.710. ed: Tirant lo Blanch. Disponible en: <http://www.tirantonline.com>

- Lara, R. (2019). Capitulo 3. La acción social de responsabilidad. *Versión digital*. Ref: TOL 1.820.712. ed: Tirant lo Blanch. Madrid. Disponible en: <http://www.tirantonline.com>
- Velasco, G. E. (2016). Capitulo 5. La acción individual de responsabilidad. *Versión digital*. Ref: TOL 1.820.713. ed: Tirant lo Blanch. Madrid. Disponible en: <http://www.tirantonline.com>

VV.AA. *La Responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Esteban Velasco, G. E. (2016). Capitulo 5. La acción individual de responsabilidad. VV.AA, *La Responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Esteban Velasco, G. (2016). Capitulo 4. La acción social de responsabilidad. En VV.AA, *La Responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (pág. 168). Valencia: Tirant Lo Blanch

VV.AA. *Memento Practico. Administradores y colectivos*. (2004) Madrid: Francis Lefebvre.

INSTRUMENTOS JURISPRUDENCIALES

Audiencia Provincial de La Coruña:

- Sección 4.^a, SAP La coruña, num 312/ 2011, de 6 de julio de 2011

Audiencia provincial de Barcelona:

- Sección 6.^a, SAP Barcelona, de 27 de septiembre de 2002

Tribunal Supremo:

- STS (sala de lo civil), sentencia num. 206/2003 de 10 de marzo de 2003.
- STS (Sala de lo Penal) Sentencia 816/2006, de 26 de Junio (RJ 2006/7317);

- STS (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 606/2010, de 25 de junio (RJ 2010/7169);

Juzgado de lo mercantil de las palmas de gran canaria:

- Sentencia del Juzgado de lo mercantil núm.1 de Las Palmas de Gran Canaria, núm 136/2011, de 18 de Julio

LINKS DE INTERNET

CORTÉS & PÉREZ Auditores y Asesores Asociados, S.L. (2 de Marzo de 2012). Obtenido de El administrador de derecho y el de hecho en las sociedades de capital: <http://cortesperez.blogspot.com/2012/03/el-administrador-de-derecho-y-el-de.html>.

Daño. (Visitado a día 30 de Marzo de 2019). Obtenido de Enciclopedia jurídica: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/daño/daño.htm>

Real Academia de la Lengua Española. (2018). Obtenido de <https://dle.rae.es/?id=WCqQQIf>

Uría Menéndez. (2015). Guía práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil. pág. 17. obtenido en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia_UM.pdf?id=5679

Zurita Vicioso, J. M. (2015). La responsabilidad de los administradores (The responsibility of the directors), Revista internacional de doctrina y jurisprudencia. Obtenido de: <https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2015-09/LA%20RESPONSABILIDAD%20DE%20LOS%20ADMINISTRADORES..pdf>