

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
MASTER UNIVERSITARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL
Campus Puerta de Toledo
Curso 2018-2019

ASIGNATURA

Responsabilidad de los gestores de patrimonios ajenos: responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital

Miguel Ruiz Muñoz (miguel.ruiz@uc3m.es)
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid

PROGRAMA-GUION

- I. Introducción: sistemática del régimen jurídico
- II. Origen de la responsabilidad: las competencias de los administradores. La delegación de facultades
- III. Supuesto especial: las instrucciones de la Junta General a los administradores y su repercusión en la responsabilidad
- IV. Sujetos responsables: administrador de derecho, administrador de hecho, administrador de la sociedad dominante, administrador persona jurídica, administrador cesado y director general
- V. Los deberes de los administradores: régimen general
- VI. Presupuestos de la responsabilidad
- VII. Solidaridad y exoneración de la responsabilidad
- VIII. Acción social de responsabilidad
- IX. Acción individual de responsabilidad
- X. Responsabilidad de los administradores por deudas sociales (Derecho de sociedades y Derecho concursal)
- XI. Algunos aspectos sobre la cobertura asegurativa y la reforma de la LSC de 2014
- XII. Responsabilidad social corporativa y administradores
- XIII. Jurisprudencia seleccionada
- XIV. Breve apunte bibliográfico

I. Introducción: sistemática del régimen jurídico

-cuestión previa: Reforma de la LSC por la Ley 31/2014 (BOE, 4.12.2014)

-preceptos relevantes **modificados** o **nuevos** en relación a la respons. adms.: arts. 225, 226, 227, 228, 229, 230, 232, 236, 239, 241 bis, 249, 249 bis, 529 ter, 529 duodecimos, entre otros.

-Nuevo CBGSC de febrero de 2015 (CNMV)

-precepto básico: art. 236 LSC (modificado): presupuestos de la responsabilidad

1. administrador de derecho y de hecho
2. responsab. frente a (sociedad, socios y acreedores)
3. presupuestos:
 - daño
 - ilicitud: ley, estatutos y deberes (diligencia y lealtad)
 - intervención de dolo o culpa
 - nexo de causalidad
4. No exonera de responsabilidad la intervención de la J.G.
5. Administradores de hecho y sujetos equiparados

-art. 237 LSC: responsabilidad solidaria y exoneración

- org. adm.: unipersonal o pluripersonal
- resp. solidaria
- exoneración: tres supuestos

-art. 238 LSC: acción social de responsabilidad (daño a la sociedad)

- la sociedad: la J.G.

-art. 239 LSC (**modificado**): acción social (1ª subsidiariedad)

- los socios de manera subsidiaria (la minoría: 5% capital, art. 168 LSC)
- acción directa caso de infracción del deber de lealtad

-art. 240 LSC: acción social (2ª subsidiariedad)

- los acreedores
- caso de patrimonio insuficiente para pagar sus créditos

-art. 241 LSC: acción individual (daño a socios o terceros)

- lesión directa

-art. 241 bis (**nuevo**): prescripción de las acciones de responsabilidad

- cuatro años

-Deberes generales de los administradores: arts. 225, 226 y 227 (**modificados**)

- diligencia: 225 y 226
- lealtad: 227 (interés social)

-Deberes particulares de los administradores: deberes de lealtad (arts. 228, 229, 230 y 232) (**modificados**)

- guardar secreto, etc.
- situaciones de conflictos de interés
- régimen de imperatividad y dispensa
- acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad

- Supuestos especiales de responsabilidad de los administradores: la responsabilidad por deudas sociales
 - responsabilidad por la no promoción de la disolución: art. 367 LSC
 - responsabilidad concursal: art. 172 bis LC (**modificado** por la RD-L 4/2014 y Ley 17/2014)

II. Origen de la responsabilidad: las competencias de los administradores. La delegación de facultades

- el artículo 209 LSC: competencias del órgano de administración
 - gestión, y
 - representación

1) reparto de competencias con la J.G.

- normas específicas: impulsión de la vida social (Og. Adm.)
 - competencia J.G. : art. 160 y 511 bis
- gestión:
 - Administradores, y
 - J.G. (art. 161 LSC) (**modificado**)
- representación (arts. 233 y 234 LSC)
 - exclusividad del órgano de administración

2) competencias de los administradores en la gestión:

-principio general: **todos los actos necesarios para desarrollar y alcanzar el objeto y el fin social** (art. 209 en relación con los arts. 225, 226, 227 y ss., 233, 234 y 236 LSC)

-cl. estatutaria frecuente: “todos los asuntos no atribuidos por la ley o los estatutos a la J.G.”

-objeto social y fin común social (distinción):

- objeto social: actividad empresarial
 - fin próximo: carácter instrumental
- fin común social: **finalidad lucrativa** o bien otra finalidad (la causa contractual)
 - fin último
 - distinción lucro objetivo y lucro subjetivo
 - lucro subjetivo: reparto de beneficios: arts. 1665 CC y 116 CCo (no necesariamente: polémica)
 - fin último: **interés social** (vid. más adelante deber de lealtad: art. 227)

-actos de administración ordinaria y extraordinaria:

-ordinaria:

-extraordinaria (hipotecas, filiales, inmobiliarias, etc.)

-exclusiones:

-competencias de la J.G: arts. 160 y 511 bis LSC (**modificado y nuevo**, respectivamente)

-las competencias implícitas J.G.: jurisprudencia alemana

-SSTS, 28.9.2006 y 8.2.2007

-CUBG de 2006: recomendación 3

-actos de administración extraordinaria

-afectación de derechos básicos de los socios:

-transformaciones no tipificadas

-grandes operaciones

-transferencia de control

-formación de un grupo

-liquidación de hecho:

-STS, 695/2015, 11.12.2015 (interés social y grupos) (vista)

-Nueva regulación sobre disposición de **activos esenciales**:

-art. 160 f) (y 511 bis) LSC (competencia de la junta)

-problemática sobre la naturaleza de la intervención de la junta: ¿requisito de validez o límite al poder de representación de los administradores?

-art. 160.f) LSC (tutela de los socios): requisito de validez ?

-aplicación analógica del art. 234 (y 161) LSC (tutela de los terceros): eficacia interna frente a los terceros de buena fe (no les afecta)?

-solución correcta (requisito de validez): carácter decisorio de la intervención de la junta según el art. 160.f) (y 511 bis) LSC

i) inaplicabilidad del art. 234 (y 161) LSC: argumento *ex art. 9, 1ª Directiva de Sociedades de 1968* (luego, art. 10, Directiva 2009/101/CE; y hoy art. 9.1 Directiva 2017/1132), principio de especialidad, oponibilidad a terceros - de buena fe- de los límites legales sobre atribución de competencias a otros órganos)

ii) protección más fuerte al socio (criterio de política jurídica acogido en la reforma de 2014: reforzamiento de la JG)

-consecuencias:

-los terceros (de buena fe) soportan la carga de verificar la regla de competencia a favor de la junta
-protección de terceros: acción individual de responsabilidad de los administradores (art. 241 LSC).

-actuación notarial y registral: legalidad del negocio, suficiencia de las facultades representativas (notario) y control de legalidad (registrador)

-parece que procede verificar en fase de documentación pública e inscripción que la operación se ha adoptado por el **órgano competente** (declaración formal del representante de activo no esencial, o bien certificación del acuerdo de la junta)

-No obstante, va implícito en la decisión sobre el órgano competente por el órgano de administración. El deber de diligencia le obliga a realizar un informe sobre las operaciones relevantes

-límite a las competencias de gestión de los administradores:
representación

-el objeto social: art. 234.1 LSC

-actos extraños al objeto social: actos contrarios

-actos liquidatorios

-actos modificativos de hecho del objeto social

-actos incompatibles con la finalidad social (lucro subjetivo: reparto de beneficios):

-actos gratuitos: donaciones (vid. SAP Madrid, sec. 28ª, de 11 de noviembre de 2011)

-no son gratuitos:

-política razonable de relaciones públicas

-¿políticas de **RSC/RSE?**:
aspecto reputacional

-No obstante, salvedad: art. 234.2 LSC (cfr. art. 1259 CC)

-actos extraños al objeto social, y

-terceros de buena fe: seguridad jurídica, protección del tráfico (inoponibilidad)

-salvo límites legales (pr. de especialidad: art. 10 Directiva 2009/101; antes art. 9 1ª Directiva Sociedades de 1968): oponibles incluso a terceros de buena fe

-ejs.: competencias de otros órganos (JG)

-Gestión y **RSC/RSE**: art. 529 ter.1.a) y CBGSC: principio 24 y recoms. 12, 54 y 55 (sociedades cotizadas)

-actos de doble motivación: compatibilidad del interés de los socios y las políticas de RSC/RSE

-en principio no hay problema

-cl. estatutaria a favor de la RSC/RSE

-respeto o consideración de los stakeholders

-límite: principio de economía de mercado

-supervivencia de la empresa, y

-derecho al beneficio del socio (arts. 273.1 y 348 bis)

-No cl. estatutaria sobre RSC/RSE:

-es discutible en el Derecho español

-Gestión y delegación: especialmente caso de las grandes empresas

-órgano de adm. y delegación: gestión y supervisión (art. 249 LSC, **modificado**, y arts. 249 bis y 529 ter, **nuevos**)

-categorías de consejeros: art. 529 duodecies (**nuevo**) (antes art. 8 de la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo)

-consejeros ejecutivos

-consejeros no ejecutivos (administradores en su condición de tales: arts. 217.2 y 249 **modificados**)

-dominicales (10% art. 155 LSC y 5% 53 LMV en RD 1362/2007)

-independientes

-otros externos

-consejeros ejecutivos (consejero delegado): gestión (art. 249: delegación de facultades del c. de adm.)

-consejeros no ejecutivos: supervisión (arts. 249 bis y 529 ter: facultades indelegables)

-derecho-deber de información (art. 225.3 **modificado**)

-delegación interna:

-en principio, sólo efectos internos

-delegación a terceros: alto directivo (gerente)

-posible administrador de hecho (art. 236.3 y 4 **nuevo**)

-Delegación y responsabilidad:

-art. 225: funciones atribuidas y naturaleza del cargo

-presidente, vicepresidente, secretario, miembro de comisión (auditoría, nombramiento y retribuciones, etc.), consejero sin cargo (administrador en su condición de tal)

III. Supuesto especial: las instrucciones de la J.G. a los administradores y su repercusión en la responsabilidad

-art. 161 LSC: *salvo disposición contraria de los estatutos, la J.G. de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones....., sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234.*

-norma dispositiva

-asuntos de gestión: autorización o instrucciones

-asuntos de cierta importancia (vid. *infra*)

-acuerdo: mayoría ordinaria (art. 198 LSC) o reforzada (art. 200 LSC)

-supuestos particulares (no en el 161 LSC)

-autorización por iniciativa de los administradores (art. 236.2 LSC):

-supuesto sospechoso

-autorización según cl. estatutaria:

-art. 160. j) LSC (*otros asuntos*)

-supuesto del art. 161 LSC (sin reserva previa): SRL y SA

-justificación inicial: sólo a SRL tipo seudopersonalista

-socios implicados en la gestión

-exclusión (antes) de la SA cerrada (crítica)

-límites a la injerencia de la J.G. en la gestión:

-no vaciar de contenido al órgano de administración

-sólo asuntos concretos de especial importancia

-inadecuación funcional de la J.G. para la gestión ordinaria

-exigencias de una ordenada y correcta gestión (arts. 225 y 227 LSC)

-alcance de las instrucciones o autorizaciones de la J.G.:

i) respecto a la vinculación de la sociedad: art. 234.2 LSC

-eficacia interna: limitaciones voluntarias (art. 10 Directiva 2009/101)

-resp. adms. (daños)

-protección del tercero de buena fe

-no las limitaciones legales

ii) respecto a la responsabilidad de los administradores: ¿exonera de responsabilidad a los administradores?:

-conflicto normativo: art. 161 *versus* art. 236.2 LSC (análisis ponderado)

-deber relativo de ejecución de los acuerdos

-ineficacia exonerativa de los acuerdos

-justificación art. 236.2 : problemas de información de la J.G.

-Derecho comparado: Derecho alemán

- no resp. frente a la sociedad (art. 93.4 LSA alemana)
- fundamento: doctrina de los actos propios (pr. buena fe)

-En **conclusión**: poder/deber de no ejecución de los acuerdos lesivos para el interés social que los expongan a responsabilidad (causa legítima de desviación):

- pero no por meras razones de oportunidad
- sino, sólo control de legalidad y de administración diligente y leal (arts. 225 y 227 LSC):

i) deber adms. ejecutar instr. JG

ii) excepcionalmente, No:

- acuerdos nulos o anulables (impugnables: art. 204 LSC)

- falta información JG provocada por Adms.

- aparición de hechos nuevos (riesgo sobrevenido)

iii) cuestión difícil: ¿qué sucede con los actos que perjudiquen al patrimonio social?

- efecto exoneratorio: acuerdo sin margen para los adms.

- doctrina actos propios: no la sociedad o la mayoría (sí, minoría y acreedores)

- No obstante, el art. 236.2 LSC amplía el poder/deber de resistencia a la ejecución de acuerdos JG en situaciones de peligro para el patrimonio social (garantía acreedores sociales)

- STS, 25.6.2012 (retr. tóxicas)

iii) ¿Qué sucede con las sociedades cotizadas?

-art. 161 LSC **modificado**

- posible disposición en contrario de los estatutos

- Justificación:

- solución a problemas de agencia

- tendencia a reforzar el papel de la Junta

- Inconvenientes: soc. capital disperso

- problemas de información y debate

IV. Sujetos responsables: administrador de derecho, administrador de hecho, administrador de la sociedad dominante, administrador persona jurídica, administrador cesado y director general

-el nuevo art. 236, 3,4 y 5 LSC: administrador de hecho

- diferente tipología de administrador de hecho
- consejero delegado de hecho
- el representante persona física de la administradora persona jurídica

V. Los deberes generales de los administradores: diligencia y lealtad

-arts. 225 a 232, **modificados** salvo el 231

-art. 225 LSC: *deber de diligente administración*

-diligencia de un ordenado empresario y deber de informarse

-art. 227 LSC: *deber de lealtad (representante leal)*

-defensa del interés social: mejor interés de la sociedad

A) DEBER DE DILIGENCIA DE UN ORDENADO EMPRESARIO:
deber general de buena fe (art. 1104 CC): art. 225

-cuestión previa: ¿carácter dispositivo de la resp. por falta de diligencia?:

-art. 230.1 *a sensu contrario* **modificado**

-rechazo:

-imperatividad tradicional (art. 6.2 CC: ilicitud de pactos que afectan a terceros): STS, 30.9.1997

-¿se podría eliminar?: no

-arts. 1911 y 1107 CC

-¿resp. sólo por dolo y culpa grave?

-en realidad ya está con la BJR que disculpa el error

1) deber de atención

-distinción entre ejecutivos (gestión: delegación) y no ejecutivos (supervisión: indelegables)

-naturaleza del cargo y funciones atribuidas

2) deber de profesionalidad

-deber de diligencia superior al hombre medio:

-conocimiento de deberes y obligaciones propios del cargo (ley, estatutos, reglamentos sociales, sector de actividad, etc.): ATS, sala 1ª, 2.2.2010 (SAP Navarra, 31.7.2008)

-y, deber de conocimientos, experiencia y capacidades para las funciones delegadas o asignadas

-posible recurso de buena fe a expertos: informes

-doble criterio objetivo y subjetivo: Derecho inglés

-criterio objetivo: la empresa en cuestión y su entorno (análisis comparativo empresas similares)

-criterio subjetivo: lo que se espera de un gestor con su cualificación

3) deber de prudencia: el riesgo empresarial (BJR)

-art. 226 (protección de la discrecionalidad empresarial)
modificado

- máxima empresarial: a mayor riesgo mayores beneficios
- obligación de medios, no de resultados: el administrador no asume el riesgo de empresa
- amplio margen de discrecionalidad por razones de eficiencia: el buen juicio empresarial (*business judgment rule*)
 - nuevos mercados
 - nuevos productos
 - innovación en la organización, producción o distribución
- prudencia: valoración de los riesgos
 - informarse razonablemente (informes de expertos) y cumplir formalidades
 - fundamentar las decisiones en criterios racionales
- requisitos de la BJR: art. 226
 - 1) decisiones estratégicas y de negocio sujetas a la discrecionalidad empresarial
 - 2) actuación de buena fe: sin interés personal
 - 3) actuación con información suficiente
 - 4) procedimiento de decisión adecuado
 - 5) exclusiones: art. 226.2

4) deber de vigilancia

-deber de supervisión (consejo de administración respecto a los consejeros ejecutivos):

- i) control de la diligencia de los consejeros ejecutivos
 - deber de oposición a su continuación, y
 - deber de evitar el daño a la sociedad
 - ii) intervención en los conflictos de intereses
 - iii) Evaluación del desempeño del consejo de adm.: art. 529 nonies (**nuevo**)
 - sociedades cotizadas
 - informe anual del cons. adm. y sus comisiones
- derecho-deber del administrador de estar informado: art. 225.3
- derecho de información del administrador: carácter instrumental
 - deber de solicitar a la sociedad cuanta información sea necesaria
 - posible sistema de control de la información

B) DEBER DE LEALTAD: actuación en el mejor interés de la sociedad en caso de conflicto de intereses (arts. 227 y ss. **modificados**):

1) comportamiento del administrador como un representante leal

i) prohibición de actuar interesadamente

-el administrador actúa por cuenta e interés de su principal que es la sociedad (art. 1720 CC)

-obligaciones básicas deber de lealtad: art. 228 **modificado**

ii) obligación comunicar todo conflicto a la sociedad: deber de fidelidad

-deber de evitar situaciones de conflicto de interés: art. 229 **modificado**

-No obstante posible autorización (art. 230 **modificado**): org. de adm. o J.G.: independencia, justificación, respeto del interés social y carácter individualizado

-art. 230: imperatividad y dispensa

iii) sanciones

-penal (arts. 252, 285, 286 bis, 295 CP)

-revocación del cargo (arts. 224 y 230 LSC)

-responsabilidad civil (art. 236 LSC)

-acciones de enriquecimiento injusto (art. 227.2 **modificado**)

-ineficacia del acto (art. 1259 CC)

-a salvo la tutela del tercero de buena fe (art. 234)

2) en el mejor interés de la sociedad:

-diferentes visiones del interés social:

-**visión contractual**: interés de los socios (fin común social: causa del contrato de sociedad)

-**visión institucional**: interés de la empresa en sí (otros intereses: trabajadores, acreedores, clientes, etc.)

-intento de solución de los conflictos entre mayoría y minoría

-la RSCRSE: recuperación de la visión institucional

-interpretación del art. 227 LSC:

-lealtad y causa del negocio (fin común social: interés social): interés de la sociedad

-lealtad del administrador con la causa del contrato de sociedad (esto es, con su principal, y no con los intereses de otros sujetos): **la finalidad lucrativa** (interés de los socios)

-Ahora bien, sin perjuicio del cumplimiento de las leyes y de los estatutos: otros intereses

-las leyes: protección de los empleados, proveedores, clientes, consumidores, acreedores e

- intereses públicos de todo tipo (medioambientales, urbanísticos, etc).
- los estatutos: completan la visión del interés social por los propios socios
 - posible vía de entrada de la RSC/RSE
 - principio 9 y recomendación 12 del CBGSC

VI. Presupuestos de la responsabilidad de los administradores sociales

-art. 236 LSC **modificado**: presupuestos de la responsabilidad, la intervención de la J.G. y sujetos responsables (los administradores)

1) Características generales:

- responsabilidad societaria: responsabilidad civil especial (art. 1902 CC)
- responsabilidad subjetiva o por culpa: art. 236.1
 - no es una resp. objetiva
 - obligación de medios no de resultados
 - sin perjuicio de las especialidades:
 - diligencia profesional
 - solidaridad
 - presunción de culpa e inversión de la carga de la prueba exoneratoria
- responsabilidad por daños:
 - no responsabilidad por deudas
 - no obstante, excepciones (arts. 367 LSC y 172 bis LC)
- responsabilidad legal o imperativa:
 - no cabe su modificación (estatutaria, por reglamento interno, contrato o acuerdo de la J.G.)
- responsabilidad asegurable: seguro de resp. civil (D&O)

2) Sujetos activos y pasivos de la responsabilidad:

- sujetos activos: la sociedad, los socios, los acreedores y los terceros
- sujetos pasivos: los administradores de derecho y de hecho (art. 236.2,3,4 **nuevo**)
 - no en principio los directores general o altos directivos
- casos problemáticos:
 - caso administrador persona jurídica: la persona física representante resp. solidaria (art. 236.5 **nuevo**)
 - pero también resp. solidaria de la per.jurídica
 - excepciones: violación de instrucciones o notoria deslealtad
 - posible aplicación del “legal compliance”**
 - administradores cesados no inscritos en el RM:
 - la inscripción no tiene carácter constitutivo

- los administradores de hecho: categoría genérica
 - concepto legal: persona que en la realidad del tráfico desempeña las funciones propias de administrador (art. 236.3 **nuevo**)
 - nombramiento con algún vicio
 - nombramiento no inscrito
 - nombramiento caducado
 - personas que intervienen en el or. de adm.
 - personas extrañas al or. de adm.: administrador en la sombra (art. 236.3 *in fine* **nuevo**):
 - el socio único
 - el socio mayoritario
 - el miembro de la familia en la sociedad familiar
 - el administrador de la sociedad dominante
- responsabilidad solidaria de todos: administradores de derecho y de hecho

3) Los presupuestos (materiales) legales: daño, acto lícito y culpable y nexos de causalidad

- cuestiones previas:
 - i) conexión responsabilidad-deberes
 - ii) relación responsabilidad-tipología societaria (soc. cotizada)
 - iii) preceptos no modificados (arts. 236.2 y 237 LSC), pero afectados por la reforma
- el daño**: daño a la sociedad (a socios o terceros)
 - no daño a los intereses particulares de socios o terceros (art. 241 LSC):
 - no obstante, posible daño simultáneo
 - realidad del daño
 - daño emergente y lucro cesante
 - posibles daños morales
- acto ilícito y culpable**:
 - la ilicitud:
 - acción u omisión indebida (ilícita): ley, estatutos, reglamentos internos (Junta y Consejo), deberes y acuerdos de la Junta:
 - distinción entre acuerdos (org. colegiados) y decisiones (miembros individuales)
 - importantes cambios respecto a los deberes fiduciarios (diligencia y lealtad) (arts. 225 a 232 LSC): distinto tratamiento

-sistema de contrapesos:

-diligencia *versus* BJR (arts. 225 *versus* 226)

-lealtad *versus* dispensa selectiva (arts. 227-229 *versus* 230)

-deber de **diligencia**: ordenado empresario

-naturaleza del cargo y funciones (gestión o supervisión)

-dedicación adecuada

-medidas precisas buena dirección y control

-derecho/deber de informarse

-doble criterio objetivo y subjetivo: Derecho inglés (visto)

-BJR (discrecionalidad empresarial)

-sociedades cotizadas (CBGSC): recomendaciones

-carga de la prueba: no hay criterio en la LSC

-en principio se puede entender lo siguiente:

-demandante: el daño y nexo causalidad (e indicio ilicitud)

-demandado (administrador): art. 217.7 LEC (proximidad a la materia probatoria)

-estándar de diligencia y requisitos BJR art. 226 LSC)

-pero, presunción de la buena fe

-Pero, hay que ver lo que sucede con la culpabilidad (vid. *infra*)

-deber de **lealtad**: arts. 227-232 LSC

-cláusula general (art. 227)

-deber imperativo (art. 230)

-acción social directa por la minoría (art. 239)

-anulación de actos y contratos (art. 232 y 234.2)

-obligaciones básicas y cl. abierta (art. 228 y 229)

-deberes y dispensa (art. 230)

-la culpabilidad: mención expresa: dolo o culpa (art. 236.1)

-derecho común de resp. civil por daños:

-resp. por culpa (en sentido amplio)

-oblig. de medios (no de resultados)

-exclusión de resp.: fuerza mayor o caso fortuito

-culpa o dolo:

-dolo: intencionalidad/voluntariedad

-culpa: grave o leve (negligencia)

-culpa in comittendo, in omitendo, in vigilando,
in eligendo, in instruendo

-carga de la prueba:

-actos contrarios a la ley y estatutos (y reglamentos)

-presunción de la culpa: art.236.1.II (inversión
carga prob.)

-carga prob.:

-actor/demandante:

-acto ilícito, ilegal o antiestatutario

-nexo causal con el daño

-adm./demandado:

-ausencia de dolo o de culpa

-infracción deberes: regla general (art. 217 LEC)

-como consecuencia de lo anterior: presunción
de la culpa (art. 236.1.II)

-carga prob.: actor/demandante

-debe probar todo: acto ilícito, culpa, daño y
nexo de causalidad

-**dudas**: ilicitud (antijuricidad) y
culpabilidad se superponen de manera
indisociable

-son muy difíciles de distinguir respecto
a la gestión diligente:

-¿será suficiente con un indicio de
prueba de la ilicitud o de la culpa, y dar
paso a las pruebas del demandado? O
¿deberá aplicar el juez en estos casos
la doctrina del *onus probandi* y absolver
al demandado?

-carga prob.: adm./demandado:

-requisitos discrecionalidad (art. 226)

-supuestos dispensa (art. 230)

-nexo causal: efectivo y probado

-aplicación de la “teoría de la adecuación de la causa”

i) origen del daño y la contribución del administrador

-culpa exclusiva del perjudicado

-escasa relevancia de la actuación del administrador

ii) conurrencia de causas subjetivas u objetivas:

-subjetivas:

-anteriores administradores

-intervención de otros órganos (JG): arts.
161/236.2 (vid. supra)

-objetivas: situación previa de la empresa

4) No exoneración por la intervención de la J.G.:

- la gestión y representación es tarea del org. de adm.
- la norma no descarta las posibles competencias de gestión de la J.G.
- posible efecto moderador de la responsabilidad de los administradores:
 - caso de competencia compartida
 - ejecución sin margen de decisión
- fin del precepto: utilización abusiva de la J.G. por parte de los administradores con fines exoneratorios

VII. Solidaridad y exoneración de la responsabilidad: art. 237 LSC

- Previo: precepto no modificado (art. 237 LSC)
 - Pero, consecuencias de la reforma
- Antes de la reforma: LSA 1951 y 1989
 - planteamiento tradicional (**modelo unitario**)
 - relación simétrica entre colegialidad y
 - presunción de participación
 - imputación a todos: ilicitud y culpa, y
 - solidaridad
 - límites: causas exoneración
 - evolución hacia el nuevo modelo: LSA 2003, LSC 2010 y Códigos Buen Gobierno Corporativo
 - cierta diferenciación entre consejeros:
 - dirección y supervisión
 - delegación de facultades (comisiones especializadas)
 - tipología de consejeros: ejecutivos y externos, dominicales, independientes, etc.
 - especialmente: soc. cotizadas
- Después de la reforma: L. 31/2014
 - Nuevo modelo de Cons. Administración (modelo plural)**
 - Duplicidad de regímenes jurídicos:
 - reg. general soc. de capital (a todas)
 - reg. soc. cotizadas
 - consecuencias jurídicas: ámbitos afectados
 - presupuesto de la ilicitud: deberes fiduciarios específicos
 - extensión de la solidaridad
 - causas de exoneración
 - Aspectos más relevantes en la reforma sobre rep. Adms. y sus consecuencias sobre la responsabilidad:
 - i) diferenciación de las posiciones internas de los consejeros (según estructura organizativa): funciones y respons. (art. 217.3: remuneraciones);

consejeros como tales (art. 217.3); cons. delegados o funciones ejecutivas (art. 249.3: contrato) y naturaleza del cargo y funciones (art. 225):

-consecuencias jurídicas:

-nivel de diligencia

-respon. solidaria o individual

-ámbitos de solidaridad diferenciados

-posible extensión por incumplimientos de supervisión

-acomodación de la exoneración individual (y del derecho de repetición)

ii) consolidación papel supervisor del consejo en pleno:

-delegación y facultades indelegables: art. 249 bis, especialmente, apartados a y b

-soc. cotizadas:

-obligatoriedad Cons. Administración, art. 529 bis (y su reglamento: art. 528)

-más facultades indelegables: art. 529 ter

-acentuación de algunos deberes (asistencia, información, evaluación anual)

-precisión en la función de cargos personales (presidente, secretario, categorías de consejeros)

-régimen comisiones internas (auditoria, nombramientos y retribuciones)

-peculiaridades sistema retributivo (consejeros como tales y consejeros ejecutivos)

-Informes anuales GC y Remuneraciones

1) Justificación de la solidaridad:

i) caso de órgano pluripersonal y funcionamiento conjunto

-no administrador único o adms solidarios

-caso típico: consejo de administración

ii) solidaridad y colegialidad del org. de adm.:

- voluntad del órgano no de los miembros

-doble presunción:

-todos han participado: imputabilidad

-y culpa colectiva

-posible reversión de las presunciones

-inversión de la carga de la prueba

-pero admisión de la prueba en contrario

-exoneración

2) Alcance de la solidaridad:

- i) responsabilidad por el acuerdo
 - no por la ejecución
- ii) en principio a todos los miembros del org. de adm.:
 - dominicales, ejecutivos, no ejecutivos, independientes, con cargo o sin cargo alguno
- iii) no obstante, el desdoblamiento del org. de adm.: la delegación de funciones: gestión y supervisión
 - órgano de gestión: alcance de la solidaridad
 - órgano de supervisión: sólo caso de *culpa in vigilando* o *in eligendo*
- iv) excepciones a la solidaridad: comportamiento lesivo individualizable
 - cargo internos unipersonales del Consejo de Adm.
- v) solidaridad y derecho interno de repetición:
 - graduación de la culpa
 - si no es posible lo anterior, mancomunidad

3) Causas de exoneración:

- inversión de la carga de la prueba
- causas:
 - no intervenir,
 - hacer lo conveniente para evitar el daño
 - oponerse expresamente

i) **No intervenir:**

- No intervenir y además desconocer
- doble nivel de intervención: acuerdo y ejecución
- supuestos de exoneración:
 - administrador que ya no pertenece al or. de adm.
 - casos más complejos:
 - consejeros no ejecutivos no informados por los ejecutivos
 - administrador ausente: ausencia a la reunión del org. de adm. donde se adopto el acuerdo lesivo:
 - ausencia justificada y
 - deber de informarse (art. 225.3 LSC)
 - dimisión de administrador: valorar las circunstancias

ii) **Hacer lo conveniente para evitar el daño:**

- conocimiento del acuerdo y
- de su efecto perjudicial o probabilidad de daño
- ¿qué es lo conveniente?
 - posible
 - oportuno y efectivo:
 - advertencias
 - petición de nuevos informes

- petición de nueva reunión del C.A.
- impugnación del acuerdo (art. 251 LSC **modificado**): STS, 22.12.1999

iii) **Oponerse expresamente:**

- “al menos”: ¿otras iniciativas?
- no es una exigencia mínima, son tres supuestos distintos
- supuesto objetivo:
 - voto en contra y
 - que conste en acta
 - no obstante, podría no constar en acta (certificación del secretario o presidente)

VIII. Acción social de responsabilidad

-arts. 238, 239 y 240 LSC

-acción social:

- daño social
- legitimación

-ejercicio de la acción social:

- acuerdo de la junta
- destitución de los administradores

-la aprobación de las cuentas no libera de responsabilidad

-supuestos típicos:

-nuevo art. 239 LSC: acción social por los socios

- acción directa
- reembolso de gastos necesarios por la sociedad

IX. Acción individual de responsabilidad

-art. 241 LSC

-Presupuestos:

- actos ilícitos
- daño directo
- y razonable nexo causal

-Supuesto especial de responsabilidad extracontractual: art. 1902 CC

- superación de la Teoría orgánica (sólo responde la sociedad)

-Grupos de casos:

X. Responsabilidad de los administradores por deudas sociales (Derecho de sociedades y Derecho concursal)

1) Introducción: deudas, insolvencia y responsabilidad

- Derecho de sociedades: art. 367 LSC
- Derecho concursal: art. 172 bis LC

- Derecho comparado:
 - modelo básico de referencia el Derecho inglés
 - wrongful trading* (sec. 214 IA 1986)
 - remisión a D. Brunet

2) Responsabilidad por deudas en el Derecho de sociedades:

- art. 367 LSC: origen y evolución
 - situaciones de pérdidas graves: Derecho europeo (2ª Directiva)
 - función preventiva y preconcursal
- Deberes legales:
 - convocatoria de la junta
 - solicitud de la disolución judicial
 - solicitud de concurso
- naturaleza de la sanción: carácter sancionador
- el momento de las pérdidas: dos meses desde....
- ámbito objetivo de la sanción: obligaciones posteriores a la causa de disolución
- ámbito subjetivo: administradores de derecho y de hecho
- responsabilidad solidaria

3) La responsabilidad concursal de los administradores

- art. 172 bis LC
- función de la responsabilidad: indemnizatoria y sancionadora
- naturaleza jurídica de la responsabilidad:
 - responsabilidad sanción (pena): preexistencia de un régimen indemnizatorio (art. 172.2.3º LC y 48 *quarter* LC)
 - automatismo de la responsabilidad (concurso culpable)
 - carga de la prueba: el administrador demandado (causas de inimputabilidad)
- resp. indemnizatoria (daño): “podrá”
 - necesidad del nexo causal entre la conducta y el daño
 - carga de la prueba: el actor (nexo de causalidad entre la conducta (calificada como culpable) y el daño por la insatisfacción de los créditos)
- calificación culpable y responsabilidad: dos categorías jurídicas diferentes
- Presupuestos de la responsabilidad concursal:

- perspectiva sancionadora:
 - 1) calificación del concurso culpable y apertura de la liquidación
 - 2) insuficiencia de la masa activa
 - 3) persona afectada por la calificación del concurso
- perspectiva indemnizatoria:
 - 4) nexo de causalidad entre la conducta ilícita y el daño
- presupuestos del concurso culpable: art. 164 y 165 LC
 - la insolvencia: generación o agravación
 - actuación dolosa o con culpa grave
 - nexo de causalidad: “hubiera mediado” (art. 164.1 LC)

XI. Algunos aspectos sobre la cobertura asegurativa y la reforma de la LSC de 2014

- Objeto del seguro: riesgo cubierto (RCA/D&O)
 - resp. civil propiamente dicha: daño patrimonial por acciones u omisiones negligentes de los administradores sociales
 - “actos de gestión negligente” (en las pólizas)
 - defensa jurídica
 - reembolso de gastos
- sólo nos ocupamos de lo primero
- naturaleza retributiva del pago de la prima por la sociedad:
 - art. 249.4 LSC
- diversidad de administradores: ejecutivos y no ejecutivos
- ¿carácter dispositivo de la resp. por falta de diligencia?
- ¿posible reducción del riesgo con la BJR?
- deberes de diligencia y de lealtad
- acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad: arts. 232 y 234.2 LSC:
 - anulación de actos y contratos:
 - terceros de buena fe y prohibiciones legales
- presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad: art. 236.3, 4 y 5 LSC:

XII. Responsabilidad social corporativa y administradores: una visión crítica

- ética empresarial y RSC/RSE

- los negocios y el interés frente a la moral y el desinterés
- la moral no es un buen instrumento para gobernar la empresa
- la ética empresarial acaba siendo una fuente de confusión para todos
- la difícil integración de la RSC por la vía del interés social

XIII. Jurisprudencia seleccionada

-SAP Madrid, 11.11.2011: Facultades de los administradores sociales. Donación de consejo de administración y Responsabilidad social Corporativa.

STS, 215.6.2012: Responsabilidad de administradores sociales por remuneraciones tóxicas

-STS, 8.4.2013: El interés jurídico de los socios no se agota en la legitimación para la acción social de responsabilidad, sino que alcanza a la acción de nulidad de la enajenación de bienes de la sociedad.

-STS, 20.6.2013: acción individual de responsabilidad, daño directo del socio.

-SAP Madrid, 20.9.2013: requisitos para exigir responsabilidad a los administradores sociales: acción individual de responsabilidad. Daño directo

-Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, 15-12-2014: Acción social de responsabilidad. No procede porque se produzca una desviación entre el presupuesto y los resultados. Carga de la prueba del daño.

-RDGRN, 20.1.2015: Donación por una sociedad limitada. Fin común y libertad de disposición. Capacidad general de la sociedad. Carácter neutro de la donación respecto al fin lucrativo.

-STS, 18.4.2016: acción individual de responsabilidad. No cabe cualquier incumplimiento contractual de la sociedad. Es necesario verificar un incumplimiento donde la conducta del administrador sea la causa del daño y este daño sea directo, y no indirecto como consecuencia de la insolvencia de la sociedad.

-STS, 13.7.2016: Acción individual de responsabilidad. Corresponde al administrador de la sociedad deudora justificar que la disolución y liquidación ordenada de la sociedad, no hubiera servido para pagar los créditos de la demandante por insuficiencia de activo. Carga de la prueba. Principio de facilidad probatoria del administrador.

-STS, 1ª, 24.5.2017: continuidad de la personalidad jurídica a pesar de la cancelación registral.

-STS, 1ª, 1.3.2018: representante del administrador persona jurídica.

XIV. Breve apunte bibliográfico

- AAVV, Introducción al Derecho de sociedades de capital, dir. JM Embid Irujo, Madrid, 2013.
- AAVV, Insolvencia y responsabilidad, Ed. Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2012.
- AAVV, Derecho de sociedades (dir. C. Alonso Ledesma), 3ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2017.
- AAVV, Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores (dir. A. Martínez-Echevarría), Ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Pamplona, 2015.
- AAVV, Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo y los derechos de los socios (Dir. A. Emparanza Sobejano), Ed. M. Pons, Madrid, 2016.
- AAVV, Comentarios de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas (Coor. J. Juste Mencía), Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- AAVV, Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada, 2 v., Dir. Rodríguez Artigas *et alli*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- AAVV, Tratado de Sociedades de Capital. Comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital, 2 v., Aranzadi, Pamplona, 2017.
- AAVV, Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo (dir. Vázquez Albert/Calavia Molinero), Revista Jurídica de Cataluña, Aranzadi, Navarra, 2015.
- AAVV, Estudios sobre órganos sociales: Junta general y administración. Homenaje a los profesores Rodríguez Artigas y Esteban Velasco. Thomson Reuters/Aranzadi, 2 v., Navarra, 2017.
- AAVV, Estudios sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital a la luz de sus recientes reformas legislativas y pronunciamientos judiciales, (Dir. Díaz Moreno/Vázquez Cueto), Thomson Reuters/Aranzadi, Navarra, 2018.
- AAVV, Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital (Dir. González Fernández/Cohen Benchetrit), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Alfaro, J., "Comentario art. 225. Deber general de diligencia", en AAVV, Comentarios de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas (Coor. J. Juste Mencía), Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 313 ss.
- Alfaro, J., "Comentario art. 226. Protección de la discrecionalidad empresarial", en AAVV, Comentarios de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas (Coor. J. Juste Mencía), Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 325 ss.
- Alejos Garmendia, B., Los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores de las empresas, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- Alonso Espinosa, F., La responsabilidad de los administradores, Cizur Menor, 2007.
- Brunet, D., "La protección de los acreedores y la responsabilidad de los administradores en el Derecho inglés", DN, 250-251, 2011, p. 7-24.
- Esteban Velasco, G., "Distribución de competencias entre la junta general y el órgano de administración, en particular las nuevas facultades de la junta sobre activos esenciales", en AAVV, Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada, 2 v., dir. Rodríguez Artigas *et alli*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2016, I, p. 29-87.
- Esteban Velasco, G., "Acuerdos de la junta general de socios de la sociedad limitada en asuntos de gestión y responsabilidad de los administradores", RdS, 18, 2002, p. 217 ss.
- Gross Brown, S., "Deberes de administradores en el derecho comparado: el deber de diligencia y el *business judgment rule*", RdS, 37, 2011, p. 307 ss.
- Guerrero Trevijano, C., El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la *business judgment rule* al ordenamiento español, Ed. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

- Hernando Cebriá, L., El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La regla del –buen- juicio empresarial. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- Hernando Cebriá, L., “Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1”, en AAVV, Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital (coord. L. Hernando Cebriá), Bosch, Barcelona, 2015, p. 137-186.
- Hernando Mendivil, J., “La business judgment rule”, RDM, 299, enero-marzo, 2016, p. 313 ss.
- Juste Mencía, J., “Comentario artículo 227. Deber de lealtad”, en AAVV, Comentarios de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas (Coor. J. Juste Mencía), Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 361-376.
- Juste Mencía, J., “Comentario artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, en AAVV, Comentarios de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas (Coor. J. Juste Mencía), Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 443 ss.
- Latorre Chiner, N. “Acción individual de responsabilidad por incumplimiento de los deberes de liquidación. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 13 de julio de 2015”, RDM, 303, enero-marzo 2017, p. 297 ss.
- Morillas Jarillo, M.J., Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital, La Ley, Madrid, 2002.
- Llebot, Los deberes de los administradores de la sociedad anónima, Madrid, 1996.
- Machado Plazas, M., Pérdida de capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales, Madrid, 1997.
- Malagón Ruiz, P., Conflictos societarios. Supuestos diversos, Ed. fe d'erratas, Madrid, 2013.
- Marín de la Barcena, La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital, Madrid, 2005.
- Morales Barceló, J., La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- Paz-Ares, C., La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, RdS, 20, 2003, p. 67 ss.
- Prades Cutillas, D., La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital. En la jurisprudencia del TS, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2014.
- Quijano, J., La responsabilidad de los administradores, Valladolid, 1985.
- Quijano González, J. “La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la Ley concursal”, RDCP, 18, 2013, p. 51-66.
- Quijano González, J., “Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones”, RDCP, 9, 2009, p. 19-48
- Quijano González, J., “Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del consejo de administración”, RDM, 296, abril-junio, 2015, p. 135 ss.; y en AAVV, Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada, 2 v., Dir. Rodríguez Artigas *et alii*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2016, II, p. 591 ss.
- Recamán Graña, E., Deberes y responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en crisis, Thomson Reuters/Aranzadi, 45, monografías RdS, Navarra, 2016.
- Rojo/Beltrán (dirs.), Comentario de la Ley concursal, Ed. Civitas/Thomson, Madrid, 2004.
- Rojo/Beltrán (dirs.), La responsabilidad de los administradores, 5ª ed., 2013.
- Rojo/Beltrán (dirs.), Comentario a la Ley de sociedades de capital, 2 v., Cizur Menor, 2011.
- Ruiz Muñoz, M., “Fundamento y naturaleza jurídica de las responsabilidad de los administradores del art. 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): análisis contractual-representativo”, RDM, 244, 2002, p. 469-568.
- Ruiz Muñoz, M., “Administradores y deudas sociales: Derecho de sociedades versus Derecho concursal”, DN, 194, 2006, p. 5-24.

- Ruiz Muñoz, M., "Un apunte crítico sobre la Responsabilidad Social Corporativa (RSC/RSE)", RdS, 38, enero-junio, 2012, p. 155-197.
- Ruiz Muñoz, M., "Los negocios y el interés frente a la moral y el desinterés. Una visión a contracorriente de la ética empresarial", Revista de Fomento social, 272, octubre-diciembre, 2013, p. 461-492.
- Ruiz Muñoz, M., "La retribución de los administradores y altos cargos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control (La modificación de la LSC por la Ley 31/2014 y el ALCM)", en AAVV, Libro Homenaje al prof. Dr. Rafael Illescas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015, p. 860-893.
- Ruiz Muñoz, M., "Nuevo régimen jurídico sobre la retribución de los administradores de las sociedades de capital", RdS, 46, enero-junio 2016, p. 53-130.
- Sánchez Calero, F., Los administradores en las sociedades de capital, Cizur Menor, 2ª ed., 2007.
- Serrano Cañas, J.M., "La incorporación de la BJR al Derecho español: el proyectado artículo 226 de la Ley de sociedades de Capital", La Ley Mercantil, 6, 2014.
- Verdú Cañete, M.J., La responsabilidad del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores, Ed. La Ley, Madrid, 2008.
- Viñuelas Sanz, M., Responsabilidad por obligaciones sociales y responsabilidad concursal. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2011.
- Vizcaíno Garrido, P., El interés social como fin de la actividad gestora de los administradores de las sociedades en crisis: acreedores frente a socios, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Monografías RdS nº 44, Cizur Menor, 2014,
- Vizcaíno Garrido/Ruiz Muñoz, "La responsabilidad concursal de los administradores sociales en el sector inmobiliario", en AAVV, Afección del derecho concursal en el sector inmobiliario, dir. Garbayo/Soria, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 21-65.
- Vizcaíno Garrido/Ruiz Muñoz, "Crisis económica y responsabilidad concursal de los administradores sociales a la luz de las últimas resoluciones judiciales", Anuario de Derecho Concursal, 36, septiembre-diciembre 2015, p. 197 ss.