

Trabajo Fin de Grado

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: un manual de instrucciones

Autor

Alejandra Bas Alcolea

Director

Ignacio Moralejo Menéndez

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales
Grado en Administración y Dirección de Empresas
2016

Autor del trabajo: Alejandra Bas Alcolea

Director del trabajo: Ignacio Moralejo Menéndez

Título del trabajo: La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: un manual de instrucciones

Titulación: Grado en Administración y Dirección de Empresas

El presente Trabajo de Fin de Grado constituye un sencillo manual de instrucciones, una guía para que quienes se dedican —o quieren dedicarse— a la administración de sociedades de capital en España conozcan, a grandes rasgos, cuáles son sus deberes y cómo deben comportarse para evitar incurrir en responsabilidad dentro del ámbito mercantil. Es decir, busca prevenirlos para que no terminen teniendo que enfrentarse, por desconocimiento, al pago de cuantiosas indemnizaciones o incluso de las deudas contraídas por la propia sociedad administrada, entre otras posibles consecuencias. Por supuesto, también se explicará detalladamente cuáles son dichos supuestos de responsabilidad y cuándo tienen lugar. Empezaremos, no obstante, por hacer una breve exposición acerca del papel del órgano de administración dentro de una sociedad, con especial hincapié en las funciones o competencias desarrolladas por los administradores, en la equiparación entre administradores de hecho y de derecho y en la diferenciación de los administradores respecto de otras figuras (como los apoderados generales y los directivos de la sociedad).

This end-of-degree project aims to be a handy user's guide to those who devote themselves to business administration in Spain —or are willing to do so. For that purpose, what the duties of an administrator are shall be explained, as well as how he or she must behave in order to avoid incurring liability. That is to say, the project intends to prevent the administrators from being held liable for damages and have to pay, as a result, significant compensation, among other possible consequences. Which the cases of liability are and when they take place will be explained in detail too. Nevertheless, we shall start with a brief presentation on the administration body, with a special emphasis on the administrators' competences and responsibilities, the equation between administrators in fact or by right and the distinction between the administrators and other people, such as the general proxy and the managers.

ÍNDICE

Capítulo I. Introducción.....	7
Capítulo II. El órgano de administración.....	9
2.1. Introducción.....	9
2.2. Estructura del órgano de administración.....	9
2.3. Nombramiento de los administradores.....	11
2.4. Administradores, directivos y apoderados generales.....	12
2.5. El administrador de hecho.....	13
2.6. Competencias de los administradores.....	15
2.7. Retribución de los administradores.....	18
2.8. Separación de los administradores.....	19
Capítulo III. Deberes de los administradores.....	20
3.1. Los deberes generales de los administradores.....	20
3.2. Deber de diligencia.....	21
3.2.1. Deber de información.....	23
3.2.2. Deber de vigilancia o de supervisión.....	24
3.2.3. Deber de investigar.....	25
3.3. La <i>business judgment rule</i>	26
3.3.1. Decisiones estratégicas o discrecionales.....	28
3.3.2. Actuación de buena fe, sin interés personal y en interés de la sociedad.....	29
3.3.3. Información suficiente y procedimiento adecuado.....	30
3.4. Deber de lealtad.....	30
3.4.1. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad.....	32
3.4.1.1. Prohibición de abuso en el ejercicio de las facultades de administrar [art. 228.a) LSC].....	32
3.4.1.2. Deber de secreto [art. 228.b) LSC].....	32
3.4.1.3. Deber de abstención en las decisiones o acuerdos sociales respecto de los que el administrador se encuentre en situación de conflicto de interés [art. 228.c) LSC].....	33
3.4.1.4. Deber de actuar con autonomía [art. 228.d) LSC].....	34

3.4.1.5. Deber de adoptar medidas necesarias para evitar conflictos de interés [art. 228.e) LSC].....	35
3.4.2. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés.....	35
3.4.2.1. Transacciones de la sociedad con el administrador [art. 229.1.a) LSC].....	36
3.4.2.2. Utilización del nombre de la sociedad o invocación de la condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas [art. 229.1.b) LSC].....	37
3.4.2.3. Prohibición del uso de los activos sociales para fines privados [art. 229.1.c) LSC].....	37
3.4.2.4. Aprovechamiento de las oportunidades de negocio de la sociedad [art. 229.1.d) LSC].....	37
3.4.2.5. Prohibición de recibir remuneraciones o ventajas de terceros [art. 229.1.e) LSC].....	38
3.4.2.6. Prohibición de competencia [art. 229.1.f) LSC].....	38
3.4.3. Deber de comunicación de las situaciones de conflicto e información en la memoria.....	39
Capítulo IV. La responsabilidad de los administradores.....	40
4.1. Responsabilidad por daños.....	40
4.1.1. Introducción.....	40
4.1.2. La acción social de responsabilidad y la acción individual.....	41
4.1.3. Presupuestos de la responsabilidad por daños.....	42
4.1.4. Acuerdos e instrucciones de la Junta general y posibilidad de exoneración.....	44
4.1.5. Carácter solidario de la responsabilidad y posibilidad de exoneración.....	45
4.2. Responsabilidad por pérdidas.....	47
4.2.1. Los deberes de disolución de la sociedad.....	47
4.2.2. La responsabilidad por pérdidas, con especial referencia al supuesto de causa de disolución por pérdidas graves.....	48
4.2.3. Naturaleza de la responsabilidad y carácter solidario. Posibilidad de exoneración.....	51

4.2.4. Responsabilidad por pérdidas y responsabilidad por daños.....	52
4.3. Responsabilidad concursal.....	53
4.3.1. La situación de insolvencia y los administradores.....	53
4.3.2. La sección de calificación del concurso.....	54
4.3.3. El concurso culpable y sus consecuencias. La responsabilidad concursal.....	55
4.3.4. La responsabilidad concursal, la responsabilidad por daños y la responsabilidad por pérdidas.....	57
Capítulo V. Conclusiones.....	59
Bibliografía.....	62
Anexo I: preceptos legales empleados.....	64

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como finalidad describir, con una orientación eminentemente práctica, los deberes y el régimen de responsabilidad en el ámbito mercantil de los administradores de una sociedad de capital española. Lo que se pretende, en definitiva, es ilustrar de modo gráfico cómo deben actuar los administradores para cumplir con sus deberes, proporcionándoles unas pautas que puedan tener en cuenta para el ejercicio del cargo.

En concreto se abordarán las siguientes cuestiones: en primer lugar, el órgano de administración con carácter general (formas que puede adoptar, competencias de los administradores, quién puede ser administrador, qué son los administradores de hecho, etc.); a continuación, los deberes exigibles a los administradores (diligencia y lealtad), con especial referencia a la *business judgment rule*; y por último, el régimen de responsabilidad civil de los administradores. Para ello se han utilizado principalmente la Ley de Sociedades de Capital (LSC) y la Ley Concursal (LC).

Lo cierto es que el control del órgano de administración es una de las cuestiones a las que el legislador ha dedicado más atención. De hecho, los últimos cambios legislativos han incrementado notablemente el abanico de peligros a los que se enfrenta un administrador. Por ello, incluso la decisión de aceptar el puesto de administrador debe, en su caso, ser largamente meditada.

Aunque en principio los administradores están subordinados a la Junta General¹, esto sólo es totalmente cierto en las sociedades de pocos socios². En las grandes sociedades cotizadas la dispersión de los accionistas y su desinterés por el ejercicio de los derechos políticos, junto al habitual control por los administradores de los mecanismos de delegación de los derechos de voto, determinan generalmente un poder casi absoluto del órgano de administración sobre el proceso de formación de la voluntad social y sobre la marcha de la sociedad. Por esta razón las últimas reformas de la Ley de Sociedades de Capital han ido dirigidas precisamente a solucionar el problema del

¹ Para empezar, la Junta ostenta la competencia para nombrar y destituir a los administradores, a los que además pueden impartir instrucciones. Por otra parte, es necesario que se pronuncie sobre las materias sociales más relevantes (aprobación de cuentas, modificación de estatutos, fusión o disolución, etc.).

² Sociedades cerradas en general, como sociedades limitadas y sociedades anónimas de carácter familiar.

oportunismo y la extracción de beneficios privados o apropiación indebida³. Así pues, el régimen de responsabilidad por infracción del deber de lealtad se ha visto reforzado, como veremos. De hecho, el tratamiento de la negligencia resulta ahora mucho más benigno que el de la deslealtad, sobre todo gracias a la incorporación de la *business judgment rule*.

No obstante, mi motivación para elegir este tema va más allá de lo anterior. En general, puede decirse que la creación de una sociedad de capital evita que el bolsillo de los socios se vea afectado. A diferencia de lo que ocurre con otras organizaciones empresariales, las sociedades de capital cuentan con personalidad jurídica propia, lo que significa que la responsabilidad de los socios está limitada a su aportación al capital social. De las deudas sociales responde la propia sociedad con su propio patrimonio. Entonces, si los socios mismos no responden con su patrimonio privado y personal de las deudas sociales, menos aún deberán hacerlo los administradores de la sociedad (en caso de que fueran personas distintas de los primeros). Sin embargo, esto no es del todo cierto, ya que existen determinados supuestos en los que se establece la responsabilidad de los administradores. Resulta de vital importancia, pues, que quienes se dedican o quieren dedicarse a la administración de sociedades conozcan tales supuestos y cuáles son sus deberes para evitar incurrir en dicha responsabilidad o, de lo contrario, podrían acabar enfrentándose al pago de cantidades nada desdeñables (cuando no a la pérdida del medio de vida por inhabilitación para la administración de bienes ajenos).

³ De acuerdo con Paz Ares, «Las ganancias derivadas de los beneficios privados son tan suculentas que sólo la amenaza creíble de responsabilidad societaria permite conjurar o minimizar el problema». Vid. PAZ ARES, C., «Anatomía del deber de lealtad», en *Actualidad jurídica de Uría Menéndez* 39, enero de 2015, pp. 43-65.

CAPÍTULO II. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

2.1. INTRODUCCIÓN

Las sociedades anónimas y limitadas, que se clasifican como sociedades de capital (art. 1.1 LSC), siguen obligatoriamente un mismo modelo de organización corporativa. Esto es, la Ley de Sociedades de Capital impone la existencia de dos órganos: la Junta General (arts. 159 LSC) y el órgano de administración (art. 209 LSC en relación con art. 23.e) LSC).

La Junta General es el principal órgano conformador de la voluntad social⁴: reúne a todos los socios y por ello se dice que sus acuerdos expresan la voluntad social. Por su parte, el órgano de administración —los administradores— es un órgano ejecutivo, al que los socios confían la gestión de la sociedad y la representación de la misma en sus relaciones con terceros (art. 209 LSC). Para ello goza de cierta independencia, pero debe rendir cuentas a la Junta General⁵.

2.2. ESTRUCTURA DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

Con carácter general, la Ley de Sociedades de Capital no somete al órgano de administración a una estructura rígida y predeterminada, sino que las sociedades pueden optar en sus estatutos entre varias formas alternativas⁶. Concretamente, son las cuatro formas siguientes (art. 210.1 LSC):

- 1) Administrador único, cuando el órgano de administración está formado por una sola persona.
- 2) Varios administradores solidarios, con facultades individuales para ejercitar por sí solos todas las competencias —de gestión y de representación— del órgano de administración. Ahora bien, los estatutos y los acuerdos de Junta pueden delimitar las funciones de gestión que corresponden a cada administrador (con efectos exclusivamente internos). El poder de

⁴ Es decir, se sitúa en la cúspide del organigrama.

⁵ Aunque, como ya se ha hecho notar en el Capítulo I, en el caso de las grandes sociedades cotizadas es el órgano de administración el que realmente controla el proceso de formación de la voluntad, no la Junta de General de Accionistas.

⁶ Como excepción, algunas clases de sociedades anónimas están obligadas a estructurar el órgano de administración como Consejo de Administración (por ejemplo, las sociedades anónimas cotizadas y la sociedad anónima europea).

representación, por el contrario, no se puede limitar: corresponde a cada administrador por separado, de modo que cada uno de ellos podrá vincular a la sociedad actuando individualmente.

- 3) Varios administradores mancomunados con facultades conjuntas⁷. Esto significa que cualquier acto requiere el acuerdo de todos los administradores. De nuevo, los estatutos podrán hacer un reparto de funciones entre los administradores, pero frente a terceros habrán de actuar siempre conjuntamente o no podrán vincular a la sociedad. Es decir, el reparto sólo tiene efectos internos.
- 4) Un Consejo de Administración, integrado por un mínimo de tres miembros. Se trata de un órgano colegiado que adopta sus decisiones por mayoría. El poder de representación de la sociedad se atribuye al propio Consejo, aunque los estatutos podrán atribuir, además, poder de representación a uno o varios de sus miembros —a título individual o conjunto—. El Consejo de Administración es la única de las posibles estructuras del órgano de administración que carece de carácter permanente, lo que significa que sólo puede decidir cuando, tras la oportuna convocatoria, se constituya debidamente y, tras la deliberación, adopte un acuerdo social por mayoría⁸. Por esta razón se permite al Consejo que designe uno o varios consejeros delegados —o incluso una comisión ejecutiva— para que se encarguen de la gestión diaria de la sociedad (art. 249.1 LSC), quedando el Consejo como mero supervisor de dicha gestión. Debemos destacar que el nombramiento de consejeros delegados es meramente potestativo, no obligatorio.

⁷ En la sociedad anónima el número de administradores mancomunados que puede haber está limitado a dos, porque en cuanto sean tres o más deberán constituirse como Consejo de Administración (art. 210.2 LSC).

⁸ Esta configuración legal del Consejo lo convierte en un instrumento de gestión sólo apto para sociedades complejas, y fuerza a que en la práctica las sociedades de estructura más sencilla opten por cualquier otra de las estructuras posibles.

FORMAS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN			
1	2	3	4
Administrador único	Administradores solidarios	Administradores mancomunados	Consejo de Administración
Una sola persona que se encarga de la gestión y la representación de la sociedad	Cada administrador puede ejercer por sí mismo todas las competencias de gestión y representación	Ejercen sus competencias de gestión y representación conjuntamente. Es decir, cualquier acto requiere el acuerdo de todos los administradores.	Órgano colegiado integrado por al menos 3 miembros. No tiene carácter permanente: para adoptar una decisión primero tiene que ser convocado, después constituido, y por último, tiene que deliberar y votar. Por eso se permite la delegación de funciones. Los acuerdos se adoptan por mayoría.

2.3. NOMBRAMIENTO DE LOS ADMINISTRADORES

Los primeros administradores deben ser designados al constituirse la sociedad y además tienen que figurar en la escritura de constitución (art. 22.1.e) LSC). Los nombramientos posteriores serán competencia de la Junta General (art. 214.1 LSC), al igual que las eventuales destituciones⁹. El nombramiento producirá efectos a partir del momento en que el administrador acepte el cargo (art. 214.3 LSC) y deberá inscribirse en el Registro Mercantil en un plazo de 10 días (art. 215 LSC).

Para ser nombrado administrador no se exige ninguna condición especial (el art. 213 LSC se limita a establecer ciertas prohibiciones¹⁰) y ni siquiera es preciso ser socio, salvo que los estatutos de la sociedad prevean lo contrario (art. 212.2 LSC). Es posible incluso nombrar como administrador a una persona jurídica (arts. 212.1 y 212 bis. LSC), como por ejemplo otra sociedad. En tal caso, el administrador persona jurídica debe designar necesariamente a una persona física como representante para el ejercicio de las funciones propias del cargo. Ha de entenderse que este representante, si bien carece de la condición de administrador, no podrá incurrir en ninguna de las

⁹ Ésta es una de las razones por las que se afirma el carácter soberano de la Junta dentro de la sociedad.

¹⁰ Así, no podrán ser administradores: las personas que no posean plena capacidad de obrar (menores e incapacitados judicialmente), las personas inhabilitadas (conforme a la Ley Concursal o como consecuencia de determinadas penas) y las personas que incurren en incompatibilidad (funcionarios y otras personas que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio).

Las personas que carecen de plena capacidad de obrar no tienen permitido ser administradores por una razón obvia: a través de sus declaraciones de voluntad se va a formar la voluntad de la sociedad como persona jurídica, de modo que han de poder emitirlas válidamente. Por otra parte, se impide que las personas inhabilitadas ocupen el cargo de administrador de la sociedad por razones de moralidad y de defensa de la propia sociedad, que justifican que esas personas no deban tener confiado el cuidado de intereses sociales. Por lo que respecta a las personas que incurren en incompatibilidad, la ley prohíbe que sean administradores como garantía de un recto ejercicio de la función pública.

Estas prohibiciones actúan tanto como causa de exclusión del nombramiento como causas de remoción del cargo.

prohibiciones del art. 213 LSC y habrá de actuar con la diligencia y lealtad exigibles al administrador. Además, responderá solidariamente con la persona jurídica administradora¹¹.

Cabe mencionar que en la Sociedad Anónima, el nombramiento tiene carácter temporal y el plazo de duración del cargo (que deben fijar los estatutos y ser igual para todos los administradores) no puede exceder de 6 años, aunque la misma persona puede ser reelegida indefinidamente (art. 221.2 LSC). Así se garantiza que la Junta renueve periódicamente su confianza en quienes ocupan los puestos de administración. Por el contrario, en la sociedad limitada se priman la estabilidad y permanencia en el cargo, de modo que el nombramiento se hace por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado (art. 221.1 LSC).

2.4. ADMINISTRADORES, ALTOS DIRECTIVOS Y APODERADOS GENERALES

Es importante distinguir al administrador de otras figuras cercanas, como los altos directivos de la sociedad y los apoderados generales, ya que el régimen de responsabilidad de aquél es mucho más exigente¹².

Los altos directivos, al igual que los administradores, ocupan puestos de mando, actúan con autonomía y plena responsabilidad y pueden llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de la empresa para el cumplimiento de los objetivos de ésta. Además, también les son aplicables los deberes generales de los administradores¹³. ¿Dónde radica, pues, la diferencia entre unos y otros? La respuesta nos la da el art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección: el alto directivo está sujeto a las instrucciones recibidas del órgano de administración. Es decir, su autonomía y responsabilidad están limitadas, no tiene independencia de criterio.

En cuanto a los apoderados generales, son personas facultadas para actuar en nombre y por cuenta de la sociedad con carácter general. Es decir, pueden celebrar contratos con terceros por cuenta y en nombre de la sociedad que vincularán a ésta. El

¹¹ Así pues, la sociedad administrada contará con dos patrimonios de garantía en caso de sufrir un daño. No obstante, el representante persona física podrá exonerarse cuando, sin participación alguna por su parte, sociedad la administradora infrinja sus deberes y cause un daño a la administrada (por ejemplo, violación del deber de secreto por un consejero de la administradora).

¹² Sin perjuicio de lo que veremos en el apartado 2.5.

¹³ Diligencia y lealtad; *vid.* Capítulo III.

apoderamiento hace referencia, por tanto, a las relaciones de la sociedad con terceros. Ciertamente, los administradores también están facultados para representar a la sociedad frente a terceros, pero, a diferencia de los apoderados, además se ocupan de la gestión de la sociedad. Ésta es la principal diferencia entre ambos.

Cabe mencionar que hoy en día es frecuente el nombramiento de apoderados generales. A efectos prácticos esto no presenta grandes diferencias con el nombramiento de un consejero delegado, pero así las sociedades evitan cumplir con el requisito de mayoría reforzada (2/3) necesaria para la delegación permanente de facultades (art. 249.2 LSC). Sin embargo, como ya hemos explicado, formalmente el apoderamiento se refiere a las relaciones de la sociedad con terceros, mientras que la delegación hace referencia a la gestión de la compañía (así lo entiende la sentencia del Tribunal Supremo de 30-7-2001). Por tanto, un apoderamiento general por parte del Consejo no tiene eficacia de delegación de facultades, que permanecen en el Consejo. Es decir, si al apoderado general no se le han delegado expresamente (y cumpliendo con los requisitos legales del art. 249 LSC) las facultades de gestión, no es un consejero delegado y no puede gestionar la sociedad. Sí que podrá, en cambio, celebrar contratos con terceros por cuenta y en nombre de la sociedad.

ADMINISTRADOR	ALTO DIRECTIVO	APODERADO GENERAL
Se encarga de la gestión de la sociedad y la representa en sus relaciones con terceros	Efectúa una labor de gestión, pero está sujeto a las instrucciones recibidas del órgano de administración	Está facultado para representar a la sociedad en sus relaciones con terceros

2.5. EL ADMINISTRADOR DE HECHO

Antes de continuar, merece la pena que nos detengamos en la figura del administrador de hecho. Se trata de una persona que, sin haber sido formalmente designada como administrador, ejerce de facto las funciones propias del cargo¹⁴. Por ello, el administrador de hecho es tratado por la ley como si fuera un administrador de derecho —formalmente designado—, así que se le aplica el mismo régimen de responsabilidad. Estamos, por tanto, ante una cuestión de la máxima importancia.

¹⁴ Esta definición abarca tanto al que actúa como administrador abiertamente (administrador de hecho aparente) como a aquél que asume el cargo en la sombra (administrador de hecho oculto). Este último no se presenta como administrador frente a terceros, sino que ejerce el poder de decisión internamente.

La calificación de un sujeto como administrador de hecho no es automática y depende de las circunstancias de cada caso. Explicado brevemente, deberá probarse ante el juez que dicho sujeto ejerce, con plena autonomía y de forma habitual, un poder de gestión similar al de los administradores de derecho (en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 8-2-2008). Esto en muchos casos resulta difícil, razón por la cual la jurisprudencia acaba guiándose por indicios¹⁵.

Ahora bien, la Ley de Sociedades de Capital establece un supuesto en el que directamente se presume la existencia de un administrador de hecho, sin necesidad de prueba. Las condiciones para que nazca dicha presunción son: 1) que la sociedad esté gobernada por un Consejo de administración; y 2) que éste no haya delegado sus facultades. Si se cumplen, nace inmediatamente otra presunción: que el administrador de hecho es la «persona con facultades de más alta dirección» de la sociedad (art. 236.4 LSC)¹⁶. Dicha persona deberá cumplir con los deberes propios del administrador y responderá a título de tal, sin que sea necesario probar más que el cumplimiento de las condiciones de la presunción¹⁷.

En relación con lo anterior, no debemos olvidar que, aunque no se cumplan los requisitos de la presunción, el alto directivo también puede ser administrador de hecho. La diferencia es que entonces será necesario presentar pruebas de que ejerce como tal. Asimismo, suelen actuar como administradores de hecho:

- El apoderado general. Por proximidad de funciones, la posición del apoderado general resulta especialmente apta para que, a través de ella, actúe el auténtico administrador. En este sentido, la sentencia del Tribunal

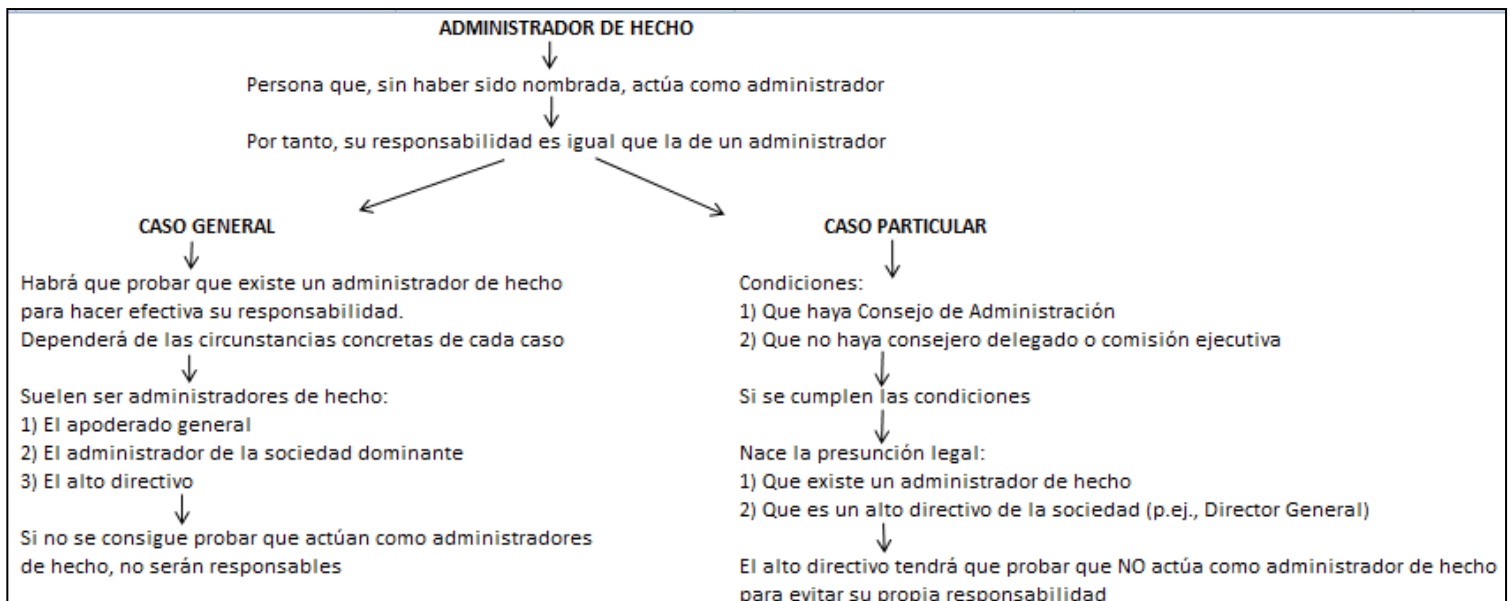
¹⁵ En general, algunos indicios utilizados por la jurisprudencia para determinar la presencia de un administrador de hecho son los siguientes: que el sujeto en cuestión se halle investido de un poder general (con el título de apoderado, gerente, director general...) que le permita actuar en nombre de la sociedad y gestionar a su antojo la marcha de los asuntos sociales; que se trate de sociedades familiares en las que el administrador de hecho se encuentra vinculado con los administradores de derecho por relaciones de parentesco; que exista un fuerte control accionarial por parte de aquél a quien se atribuye la condición de administrador de hecho, etc.

¹⁶ Como ya se ha mencionado en el apartado 2.2, el Consejo de Administración carece de carácter permanente, de modo que no se le puede atribuir la gestión diaria. Debe haber un sujeto que se ocupe de ella con carácter permanente, y por ello se permite que el Consejo de Administración delegue sus competencias en uno o varios consejeros. Sin embargo, la delegación no es obligatoria (art. 249.1 LSC), y en la práctica suele producirse de facto (sin nombramiento expreso) en los principales directivos de la sociedad. De ahí la importancia de esta presunción del art. 236.4 LSC.

¹⁷ Normalmente, la persona encargada de la más alta dirección será el director general de la sociedad u otro alto directivo, aunque también puede tratarse de, por ejemplo, un consejero no delegado. En este último caso, sería excesivo entender que cualquier directivo no consejero está llamado a responder como si fuera administrador, pese a la referencia del art. 236.4 LSC a la «persona con facultades de más alta dirección».

Supremo de 22 de marzo de 2004 incluso llega a señalar que la ausencia de administrador es indicio de la administración fáctica en el apoderado —siempre y cuando no entre en juego primero la presunción del art. 236.4 LSC—.

- El administrador de la sociedad dominante (en el caso de los grupos de sociedades). Para determinar si los administradores de la dominante cumplen los requisitos necesarios para ser considerados administradores de hecho de la dominada, la jurisprudencia atiende a circunstancias como: el grado de integración alcanzado el seno del grupo, el carácter centralizado o descentralizado del mismo, la mayor o menor obligatoriedad de las instrucciones impartidas, etc. La cuestión no es baladí, pues en caso afirmativo, los administradores de la dominante (e incluso la propia dominante) podrían llegar a ser responsables de los daños causados en la sociedad dominada por sus administradores de derecho.



2.6. COMPETENCIAS DE LOS ADMINISTRADORES

Como ya hemos dicho, los administradores se encargan de la representación de la sociedad y de toda la actividad de gestión de la empresa.

Por lo que respecta a la función de representación, se trata de la facultad de actuar en nombre y por cuenta de la sociedad. Es decir, los administradores pueden manifestar la voluntad de la sociedad y vincularla con terceros a través de distintas

operaciones. Esta facultad está atribuida de manera específica y exclusiva al órgano de administración (art. 233 LSC).

Por el contrario, respecto de la facultad de gestión no existe una clara separación entre las funciones del órgano de administración y las de la Junta. En primer lugar porque, pese a que la ley atribuye la gestión a los administradores (art. 209 LSC), también la Junta General tiene conferidas algunas facultades gestoras (en el art. 160 LSC). Y en segundo lugar, porque existen competencias que no están claramente atribuidas a uno u otro órgano. A falta de dicha atribución expresa, resulta de gran utilidad la distinción entre gestión ordinaria y extraordinaria.

La gestión ordinaria comprende todos aquellos actos o decisiones relativos al día a día de la vida de la empresa. Las competencias de los administradores en materia de gestión son precisamente las de gestión ordinaria; atribuir las a la Junta no sólo supondría vaciar de competencias al órgano de administración, sino que además la vida social correría el riesgo de verse paralizada¹⁸. Así pues, existe un ámbito de actuación «autónomo e irreductible» del órgano de administración, el de la gestión ordinaria, donde no pueden darse injerencias de la Junta. De este modo se garantiza la independencia de los administradores respecto de la Junta General¹⁹.

La gestión extraordinaria hace referencia a aquellos actos o decisiones que tienen una especial incidencia sobre la sociedad o que suponen un riesgo significativo para la existencia de la misma²⁰. Por esta razón se permite la intrusión de la Junta en la gestión societaria, siempre que se trate, en principio, de asuntos de gestión extraordinaria.

Aparte de las competencias que el art. 160 LSC le atribuye de modo expreso, la intervención de la Junta en la gestión puede suceder de tres modos distintos²¹:

- Los administradores por iniciativa propia pueden someter a autorización por

¹⁸ Las decisiones de gestión ordinaria requieren ser tomadas con agilidad y eficacia, algo incompatible con la naturaleza no permanente de la Junta General (para que adopte una decisión primero debe ser convocada siguiendo el procedimiento legalmente previsto).

¹⁹ 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*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 142.

²⁰ Por ejemplo, porque tienen consecuencias económicas o jurídicas especialmente trascendentes.

²¹ Por supuesto, siempre que con ello no se provoque el vaciado de las competencias gestoras del órgano de administración.

parte de la Junta cualquier decisión de gestión que consideren oportuna²². Deberán hacer uso de esta posibilidad con criterio, pues el abuso llevaría a un incumplimiento de su deber de gestionar la sociedad²³.

- A través de los estatutos es posible establecer cláusulas que reserven determinados actos de gestión a la previa autorización de la Junta. Normalmente, se tratará de decisiones de gestión extraordinaria²⁴.
- La Junta, por propia iniciativa, puede impartir instrucciones de actuación a los administradores o someter a su previa autorización la realización de determinadas actuaciones por parte de los administradores (art. 161 LSC)²⁵. Los estatutos pueden eliminar ambas posibilidades.

A partir de lo anterior podemos llegar a la siguiente conclusión: al margen de las facultades y deberes que la Ley les encomienda directamente²⁶, los administradores han de entenderse facultados para realizar todos aquellos actos de gestión necesarios para alcanzar el objeto social y que no estén reservados por ley a la Junta General y, en su caso, por las eventuales cláusulas estatutarias o instrucciones de la Junta.

Por último, cabe mencionar que, con el objetivo de generar confianza en los inversores, se ha procedido a la concreción de las facultades gestoras de los administradores a través de códigos de buen gobierno. Se trata de códigos dirigidos exclusivamente a las sociedades cotizadas y que no contienen normas jurídicas ni

²² Ahora bien, como veremos en el Capítulo IV, la autorización o ratificación por la Junta General no exonerará de responsabilidad a los administradores, llegado el caso (art. 236 LSC).

²³ La Junta sería quien realmente adoptara las decisiones de gestión, quedando los administradores como meros ejecutores

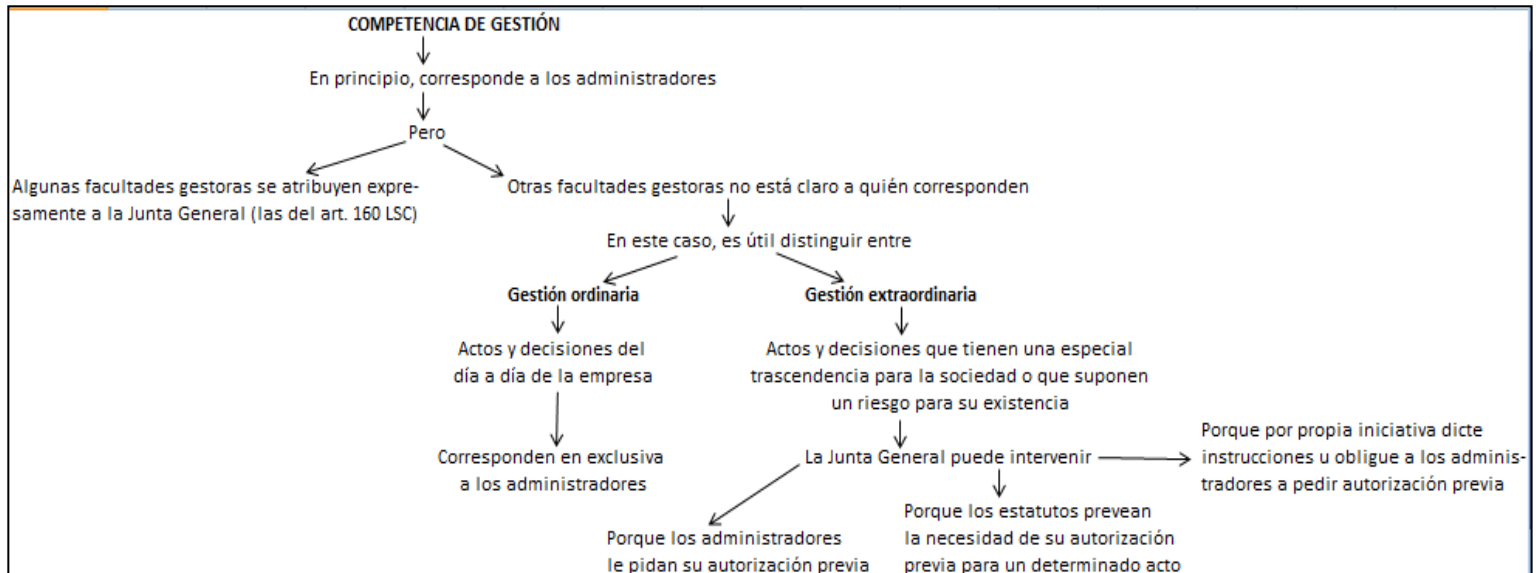
²⁴ Por ejemplo: celebración de contratos de compra, venta o gravamen de inmuebles; solicitud de préstamos no previstos en el plan empresarial; enajenación de bienes afectos al objeto social, etc.

²⁵ En este caso, sin necesidad de que exista una cláusula estatutaria en tal sentido.

²⁶ Se trata de obligaciones relativas a la organización de la sociedad, recogidas en la Ley de Sociedades de Capital y en otras normas. Entre otras, podemos citar la convocatoria de la Junta General o la formulación de las cuentas anuales. En este sentido, también corresponde a los administradores configurar una adecuada estructura interna y garantizar, en la medida de lo posible, su correcto funcionamiento. Esto conecta con el deber general de diligencia, que veremos más adelante, y que impone a los administradores la obligación de adoptar medidas adecuadas para la buena dirección y el control de la sociedad (art. 225.2 *in fine* LSC).

La función organizativa de los administradores cobra especial relevancia cuando el órgano de administración se configura como Consejo de Administración (necesidad de establecer reglas de organización y funcionamiento) y en los casos de delegación de facultades (necesidad de un sistema de control interno eficaz para vigilar el ejercicio de la gestión por los delegados). Desde esta perspectiva, tanto la Ley de Sociedades de Capital como los códigos de buen gobierno establecen una serie de normas y recomendaciones.

imperativas ni dispositivas, sino únicamente recomendaciones²⁷. Tales recomendaciones van encaminadas a garantizar la participación activa de los administradores en la gestión de la sociedad²⁸, y de muchas de ellas se ha hecho eco posteriormente la ley, convirtiéndolas pues en obligaciones (por ejemplo, la supervisión y vigilancia de la gestión que llevan a cabo los delegados y apoderados).



2.7. RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

El cargo de administrador es, en principio, gratuito. Para que los administradores reciban remuneración es necesario que se prevea así en los estatutos (art. 217.1 LSC), que en tal caso deberán determinar también el sistema de remuneración a utilizar (sueldo, dietas, participación en beneficios²⁹, entrega de acciones o de opciones sobre éstas³⁰, etc.). No es preciso que se concrete la cuantía de las retribuciones, pero sí el

²⁷ Es decir, se pueden cumplir o no cumplir. Ahora bien, en caso de no cumplir una recomendación, la sociedad tendrá que explicar el por qué (principio de ‘comply or explain’).

²⁸ Debemos recordar que nos estamos refiriendo a sociedades cotizadas, gobernadas obligatoriamente por un Consejo de administración que con mucha frecuencia procede a delegar sus facultades de modo permanente. Así pues, lo que pretenden los códigos de buen gobierno es que todos los consejeros —no delegados— estén atentos a cómo se lleva a cabo esa función de gestión que ha sido delegada.

²⁹ Para evitar que la participación en los beneficios sociales del administrador pueda anular o limitar de forma excesiva los derechos de los accionistas, la Ley de Sociedades de Capital prevé lo siguiente: a) en las sociedades anónimas, la efectividad de la participación se condiciona al reparto previo de un dividendo mínimo (art. 218.1 LSC); b) en las sociedades limitadas, la participación no puede exceder en ningún caso de un porcentaje máximo de los beneficios repartibles entre los socios (art. 218.2 LSC).

³⁰ Ésta es la polémica fórmula de las ‘stock-options’ (art. 219 LSC). Con el fin de garantizar el control de los accionistas sobre este tipo de retribución, además de la previsión estatutaria se exige la adopción de un acuerdo expreso por la Junta General que precise los extremos más relevantes de su aplicación práctica (número de acciones, precio de ejercicio, plazo de duración, etc.).

procedimiento y las reglas que deban seguirse para su exacta fijación.

2.8. SEPARACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

Por último, en cuanto a la remoción de los administradores, éstos pueden ser separados del cargo en cualquier momento por libre decisión de la Junta General (art. 223.1 LC), esto es, sin necesidad de que ésta alegue causa alguna y sin que la cuestión aparezca siquiera en el orden del día. Esto se justifica por la relación de confianza que debe existir entre el administrador y los socios. En la sociedad anónima no puede limitarse el ejercicio de esta facultad de separación por parte de la Junta vía estatutos, pero en la sociedad limitada sí que se puede exigir una mayoría reforzada para adoptar el acuerdo (art. 223.2 LSC).

Por otra parte, deberán ser destituidos forzosamente, a petición de cualquier socio, los administradores incurso en cualquiera de las prohibiciones del art. 213 LSC o que se encuentren en situación de conflicto de intereses (art. 224 LSC).

CAPÍTULO III. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES

3. 1. LOS DEBERES GENERALES DE LOS ADMINISTRADORES

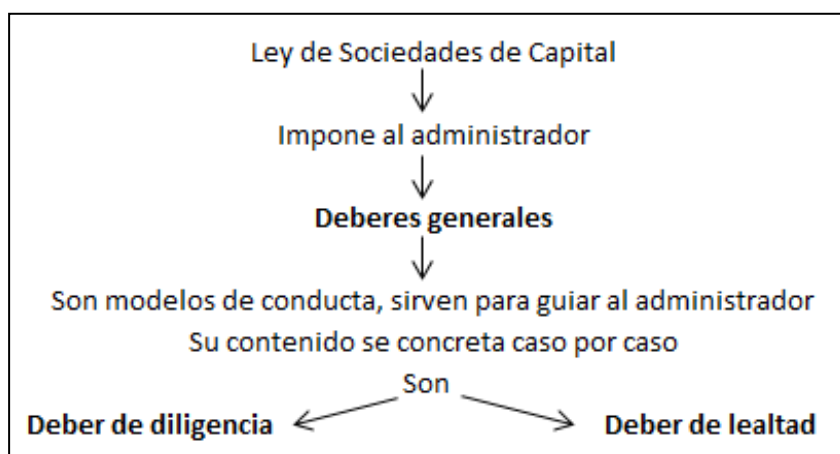
La relación administrador-sociedad es una relación basada en la confianza, pues al fin y al cabo al administrador se le encomienda la gestión y representación de la sociedad. Consecuentemente, la conducta del administrador deberá regirse únicamente por el interés social. Para conseguir esto, el Derecho de sociedades impone a los administradores unos deberes, cuyo incumplimiento genera una responsabilidad. Como veremos, estos deberes no recogen reglas de actuación concretas, sino modelos de conducta para guiar a los administradores en el desempeño de su cargo. Esto es así porque la actividad del administrador es compleja e implica riesgos que en muchos casos no pueden preverse, por lo que hay que darle un amplio margen de libertad en la toma de decisiones. Pretender especificar todas las situaciones a las que puede enfrentarse el administrador y determinar cómo ha de reaccionar a las mismas por anticipado no sólo es imposible, sino que no resulta conveniente, ya que los beneficios previstos serían inferiores a los gastos que ello supondría.

Así pues, cuando hablamos de los deberes generales de los administradores, nos referimos a unos deberes abstractos, cuyo contenido sólo se concretará caso por caso. Su objetivo fundamental es doble: 1) por un lado, garantizar la actuación diligente del administrador; 2) por otro, evitar que, ante eventuales conflictos de interés, el administrador anteponga su propio interés al interés social. Por tanto, los deberes generales limitan la discrecionalidad del administrador en la toma de decisiones. No obstante, en la medida en que el cumplimiento de dichos deberes exonera de responsabilidad a los administradores por las eventuales consecuencias negativas de su gestión, puede decirse que también protegen ese margen de discrecionalidad³¹. En definitiva, tal y como señala Llebot Majó, esta configuración legal de un conjunto de deberes permiten incrementar la confianza en la actividad empresarial del administrador³².

³¹ Así los administradores no se ven cohibidos para asumir nuevos retos empresariales, aunque ello suponga igualmente la asunción de ciertos riesgos.

³² Mejoran el sistema de responsabilidad de los administradores determinando cuáles son las prestaciones debidas por el cargo que ocupan, de modo que si éstas se incumplen y de ese incumplimiento resultan daños jurídicamente imputables a los administradores, entonces serán responsables de los mismos y deberán afrontar las consecuencias. *Vid.* LLEBOT MAJÓ, J. O., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, Rojo *et al.* (dir.), 5ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 23-24.

Con carácter general, la Ley de Sociedades de Capital contempla dos de estos deberes generales de actuación de los administradores. Son los siguientes: el deber de lealtad y el deber de diligencia. La separación entre ambos a veces no es clara en la práctica, puesto que a menudo una actuación negligente encubre la búsqueda del interés personal a costa del interés social (esto es, un comportamiento desleal). Además, como veremos en el apartado dedicado a la *business judgment rule*, la actuación diligente del administrador requiere, entre otras cosas, que no tenga interés personal en la operación de que se trate.



3.2. DEBER DE DILIGENCIA

La diligencia es una obligación de medios, es decir, el administrador se compromete a actuar diligentemente y de este modo es razonable pensar que conseguirá el resultado esperado, pero ello no está asegurado. Por tanto, si la decisión del administrador no produce los resultados esperados, estará exonerado de responsabilidad mientras haya sido diligente al adoptarla³³. Dicho con otras palabras, la diligencia exige al administrador cuidado, esfuerzo y atención al fin perseguido —la consecución más satisfactoria del objeto social—, pero no un resultado determinado. Esto es así porque, como ya hemos explicado, los deberes generales de los administradores no establecen reglas concretas de actuación, sino modelos de conducta.

En particular, el deber de diligencia se remite al modelo de conducta del «ordenado empresario» (art. 225.1 LSC). Debemos entender que la conducta de un «ordenado empresario» es la de aquél que se dedica a la actividad empresarial de manera habitual y, por tanto, cuenta con mayores conocimientos técnicos y aptitudes

³³ Vid. apartado 3.3, referido a la *business judgment rule*.

que cualquier otro sujeto no dedicado a este tipo de actividad. Es decir, el estándar de diligencia debida es la diligencia propia del «empresario medio», que habrá de ser valorada en cada caso concreto atendiendo a diversos factores: el tipo y tamaño de la sociedad³⁴, la situación económica y financiera de la misma, el sector de actividad al que se dedica³⁵, el contexto particular en el que se encuentra la sociedad, la posición del administrador en la estructura societaria³⁶, las competencias específicas que tenga atribuidas cada administrador, etc. En definitiva, hay que determinar cómo actuaría el administrador diligente y prudente de una sociedad de características similares ante las mismas circunstancias.

La diligencia debida es, pues, una diligencia profesional: no se impone a los administradores la diligencia propia del hombre medio, sino la del empresario medio. Se asume cierta profesionalización del cargo. Esto no significa que se exija a los administradores la diligencia del perito o experto (conocimientos y especialización técnica, experiencia...)³⁷. La profesionalidad requerida se limita a exigencias de dedicación, prudencia y razonabilidad en la toma de decisiones. No se le puede pedir al administrador que sea un experto en todos los ámbitos de gestión de la sociedad, sólo ha de ser un experto en la «profesión de administrar»³⁸. En cambio, sí se le exige que, consciente de sus propias limitaciones, se rodee de colaboradores expertos y asesores para la gestión de los asuntos más técnicos. De lo contrario, incurrirá en una falta de diligencia.

Todo lo anterior sin perjuicio de que, en determinados sectores empresariales o tipos societarios, así como en las normas sobre buen gobierno de sociedades, se pueda exigir que quienes vayan a ocupar el cargo de administrador posean ciertos conocimientos técnicos y experiencia en la concreta actividad empresarial. También es posible que los estatutos de la sociedad, sus reglamentos internos o la propia Junta General impongan requisitos de cualificación profesional a la hora de nombrar a los

³⁴ No puede esperarse el mismo grado de diligencia, por ejemplo, de un administrador de una gran sociedad cotizada que de los administradores de una pequeña empresa familiar. Ambos deberán ser diligentes, pero a cada uno se le exige un nivel de diligencia distinto.

³⁵ Por ejemplo, la diligencia será más elevada para los administradores de entidades financieras o aseguradoras, pues al fin y al cabo, gestionan patrimonios ajenos.

³⁶ Esto es, si se trata de consejeros ejecutivos, administradores miembros de una comisión delegada, administradores no ejecutivos, etc.

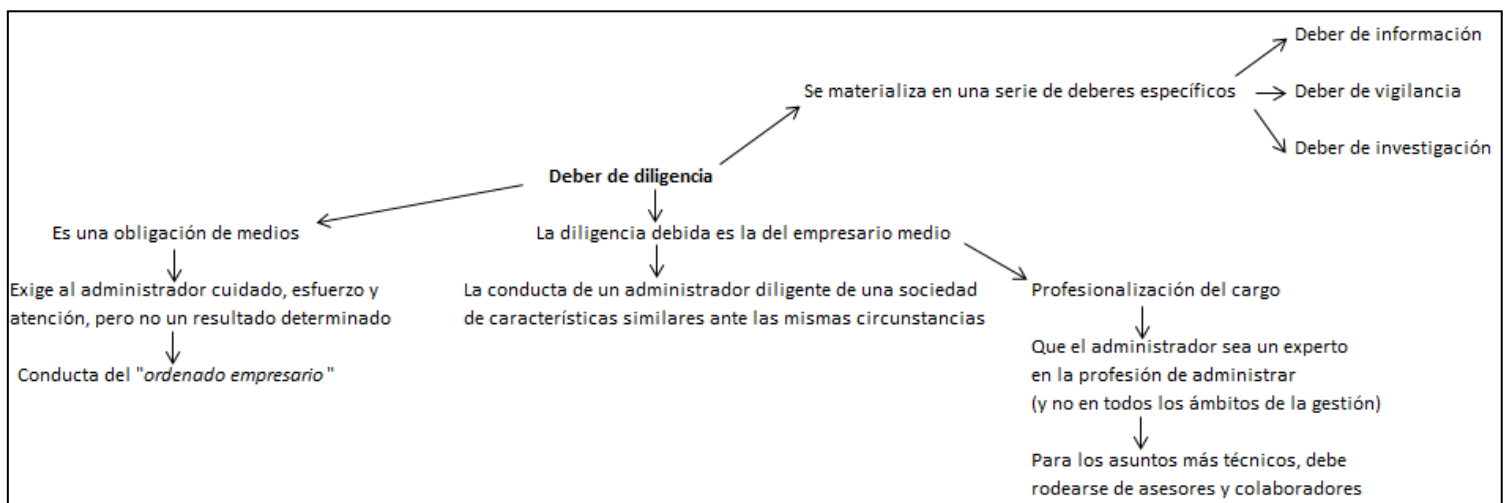
³⁷ La pericia se define como la habilidad técnica requerida para el ejercicio de la actividad diligentemente. Así, por ejemplo, a los médicos se les exigen unos conocimientos científicos y el dominio de técnicas en grado suficiente para que su actuación sea diligente.

³⁸ Vid. GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores... cit.*, p.122.

administradores.

En cuanto al contenido del deber de diligencia, se advierte que éste se materializa a través de una serie de deberes específicos, muchos de los cuales tienen un carácter instrumental en aras de facilitar la actuación diligente del administrador, tanto en la gestión como en la representación de la sociedad. Pero lo que es más importante, la diligencia funciona como cláusula integradora e interpretadora de todas las obligaciones de los administradores. Esto es, determina el modo de cumplir cualquier obligación que corresponda al administrador por razón de su cargo.

Entre los deberes fundamentales que debe cumplir el administrador en aras de hacer realidad el deber de diligencia podemos citar, por su especial importancia, el deber de información de los administradores, así como los deberes de vigilancia o de supervisión y de investigación.



3.2.1. Deber de información

Todo administrador tiene la obligación de estar al corriente de lo que sucede en la sociedad que dirige³⁹. De lo contrario, le sería imposible cumplir con sus obligaciones de manera diligente. No se trata de tener toda la información y a cualquier coste, sino de la que sea suficiente y necesaria o relevante en cada caso para tomar decisiones razonadas (o ejercer una adecuada labor de supervisión)⁴⁰. Dicho con otras palabras, el

³⁹ El administrador ha de conocer cuestiones como la política empresarial que sigue la sociedad para el cumplimiento de sus objetivos, cuáles son dichos objetivos en cada ejercicio y a largo plazo, las cifras de negocio, la situación financiera en general, la estructura empresarial, las políticas de responsabilidad social corporativa, etc.

⁴⁰ Es evidente que la información de que debe disponer un administrador para la gestión ordinaria de la

nivel suficiente de información se valora caso por caso, teniendo en cuenta el contexto o las circunstancias existentes. Por ejemplo, no se pueden exigir ingentes cantidades de información para operaciones que requieren una decisión rápida, así como no se puede pasar por alto la necesidad de un análisis detallado cuando hablemos de operaciones de especial trascendencia (grandes inversiones, fusiones, etc.).

Naturalmente, el deber de información de los administradores presupone la existencia de un derecho a recibir la información necesaria para el desempeño de sus funciones⁴¹. En resumen, lo que existe es un derecho-deber de información de los administradores, orientado a hacer efectiva la actuación diligente (art. 225.3 LSC).

Recuérdese que los administradores no tienen por qué conocer absolutamente todos los aspectos de la gestión y actividad de la sociedad —ello sería imposible—, de modo que para actuar de manera informada habrán de recurrir a las informaciones de expertos y otros colaboradores en aquellos asuntos en que sus propios conocimientos sean insuficientes. A este respecto, el Código Unificado de Buen Gobierno establece que las sociedades deben articular un adecuado sistema de obtención y circulación de la información⁴².

3.2.2. Deber de vigilancia o de supervisión

Este deber no aparece expresamente recogido en la ley, pero los códigos de gobierno corporativo y, lo que es más importante, los tribunales, sí que han entendido que el deber de vigilancia informa el deber de diligencia. Se trata de que los administradores lleven a cabo un control diligente sobre la gestión de la sociedad, algo que adquiere sentido si pensamos en las grandes sociedades de hoy en día. En ellas, el órgano de administración —Consejo de Administración— casi siempre delega sus facultades gestoras en consejeros o comisiones ejecutivas. Como consecuencia, las tradicionales funciones de los administradores —consejeros— de gestionar la sociedad se ven sustituidas por el deber de supervisar la gestión realizada por los consejeros delegados. Es decir, la verdadera función del Consejo de Administración no es otra que

sociedad no es la misma que cuando se trata de operaciones de gran complejidad.

⁴¹ Este derecho adquiere especial importancia en el seno de los Consejos de Administración, donde los administradores miembros ocupan cargos distintos y tienen atribuidas competencias diferenciadas, de manera que sus niveles de información varían de unos a otros (asimetrías informativas). Así se evita la existencia de «consejeros pasivos», que descuidan sus funciones como administradores escudándose en la falta de información.

⁴² *Vid.* capítulo II, apartado 2.6.

el control de la gestión llevada a cabo por los delegados⁴³.

Hay que aclarar que la obligación de vigilancia incumbe a todos los consejeros, tanto si son administradores delegados como si no. De hecho, el deber será más exigente para los consejeros delegados, que no sólo tienen que vigilarse entre sí (en caso de que haya varios), sino también a los directivos de la sociedad⁴⁴. Para ello, deberán establecer sistemas de control interno adecuados. Vemos cómo la ley ha sido consciente del verdadero funcionamiento de las sociedades hoy, en que la gestión diaria queda en gran medida en manos de los directivos.

Todo lo anterior no significa que los administradores deban llevar a cabo una inspección diaria y exhaustiva de las actuaciones de la sociedad, sino simplemente que han de estar continuamente informados de los asuntos societarios a través de la supervisión de los mismos. Para ello, se permite a los administradores confiar en la validez de las informaciones que les proporcionen los delegados (en el caso de los administradores delegantes), los directivos y los trabajadores de la sociedad⁴⁵. En cualquier caso, a la hora de valorar tales informaciones los administradores deberán actuar con diligencia.

3.2.3. Deber de investigar

Al igual que ocurre con el deber de vigilancia o supervisión, el deber de investigar tampoco aparece en la ley. No obstante, su existencia ha sido admitida por la generalidad de juristas españoles, entendido su carácter necesario para una actuación diligente del administrador.

Se trata de un deber puntual, que surge sólo cuando llega al conocimiento de los administradores —por el medio que sea— que existe un riesgo o se ha generado un daño para la sociedad⁴⁶. Si adquieren ese conocimiento a través de las informaciones que les hayan sido suministradas (derecho-deber de información), entonces los administradores deben comprobar la veracidad y suficiencia de las mismas, así como

⁴³ Así lo reconoce el Código Unificado de Buen Gobierno.

⁴⁴ Hay que mencionar que la supervisión de los directivos también será competencia del Consejo de Administración —no sólo de los consejeros delegados— cuando él los hubiera nombrado. Y si no hubiera consejero delegado, el deber de supervisión de los directivos recaería directamente en el Consejo. El deber de supervisión existe, pues, en todo caso.

⁴⁵ No sería posible, ni recomendable, que los administradores tuvieran que obtener toda la información ellos mismos.

⁴⁶ Así pues, no se infringe el deber de diligencia por incumplimiento del deber de investigar cuando no concurran hechos que hagan sospechar que se podrían producir perjuicios para la sociedad.

solicitar todas las informaciones complementarias oportunas. Esto teniendo en cuenta, como ya hemos dicho, que tienen derecho a confiar en las informaciones de los delegados y directivos. En cambio, si los administradores han descubierto una situación potencialmente dañosa a través del ejercicio del deber de vigilancia —o como consecuencia del propio deber de investigar, si se confirma la veracidad de la información recibida—, deberán investigarla a fondo.

Es importante tener en cuenta que, para que el cumplimiento del deber de diligencia sea completo, no basta únicamente con investigar, sino que los administradores deberán hacer todo lo posible para evitar el daño o minimizarlo.

DEBER DE DILIGENCIA		
DEBER DE INFORMACIÓN	DEBER DE VIGILANCIA	DEBER DE INVESTIGAR
1) El administrador debe estar al tanto de lo que sucede en la sociedad 2) Además, antes de tomar una decisión, debe reunir la información que sea necesaria y suficiente para el caso concreto 3) Derecho a recibir información	1) El Consejo de administración debe llevar a cabo un control continuo sobre la gestión de la sociedad que realizan los delegados (y, si no hay, sobre los directivos) 2) Los consejeros delegados, si los hay, deben vigilarse entre sí y a los directivos 3) Necesidad de sistemas de control interno	1) Sólo surge cuando el administrador descubre un riesgo para la sociedad o un daño potencial 2) Tendrá que investigar la situación a fondo y de adoptar las medidas oportunas para evitarlo o minimizarlo
Un administrador diligente tiene que cumplir con estos tres deberes específicos		

3.3. LA BUSINESS JUDGMENT RULE

La *business judgment rule* fue creada por los tribunales norteamericanos a principios del siglo XIX. La incorporación de esta regla a nuestro Derecho (art. 226 LSC) tuvo lugar con la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 3 de diciembre de 2014 (Ley 31/2014).

Se trata de una regla que actúa como *safe harbour*: protege a los administradores de ser condenados por vulneración del deber de diligencia ante resultados empresariales negativos, siempre y cuando la decisión malograda se adoptase cumpliendo determinados requisitos⁴⁷. Dicho de otro modo, la aplicación de la *business judgment rule* exonera a los administradores de responsabilidad por decisiones empresariales infructuosas. Así queda protegida la discrecionalidad gestora de los administradores.

⁴⁷ Esto quiere decir que en realidad los administradores no responden de sus decisiones, sino del proceso de toma de las mismas.

La regla funciona impidiendo a los jueces que revisen la calidad de las decisiones empresariales de los administradores, cuando concurren los requisitos que veremos a continuación. Por tanto, la regla tiene una doble vertiente: por un lado, protege a los administradores de una posible exigencia de responsabilidad; por otro lado, evita la revisión por el juez a posteriori de sus decisiones empresariales.

Hay cuatro razones que justifican la existencia de la *business judgment rule*⁴⁸:

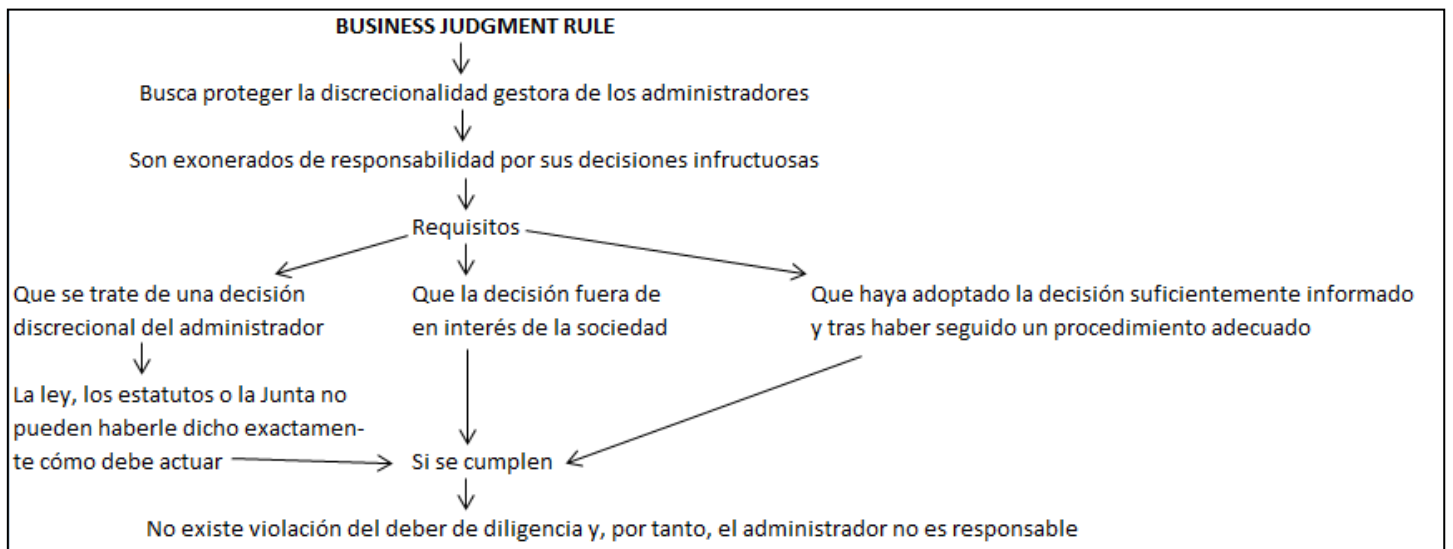
- 1) Las posibles acciones de responsabilidad asustan a los administradores, que saben que, aun haciéndolo todo bien, el resultado de sus decisiones puede ser negativo para la sociedad. Con la *business judgment rule* se evita que las personas más preparadas y capaces rechacen el cargo de administrador por este miedo a la responsabilidad (selección adversa).
- 2) Sin la *business judgment rule*, no habría innovación, pues ésta suele conllevar la asunción de riesgos. Las decisiones de los administradores deben gozar de un cierto margen de libertad, o de lo contrario las empresas jamás emprenderían nuevos retos.
- 3) Los jueces son personas inexpertas en el ámbito empresarial y no deberían entrar a valorar la calidad de las decisiones tomadas por los administradores, en ocasiones muy complejas. Además, una valoración a posteriori no puede reproducir las circunstancias que en un momento dado llevaron al administrador a tomar una decisión u otra⁴⁹. Que el resultado de una decisión sea mejorable o incluso negativo no significa que, cuando ésta se tomó, fuera incorrecta.
- 4) Si se permitiera a los socios someter a revisión cualquier decisión de los administradores, en la práctica la dirección de la sociedad estaría en manos de los socios. Pero los socios no pueden privar a los administradores de sus funciones. Si no están conformes con la gestión de los administradores, no hay ningún problema en que los destituyan y nombren a otros. Lo que no pueden hacer es un uso abusivo de las acciones de responsabilidad en atención a los resultados de la gestión empresarial.

La *business judgment rule* aclara que no hay infracción del deber de diligencia —ni, por tanto, responsabilidad— cuando los daños son consecuencia de una decisión

⁴⁸ Vid. GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores... cit.*, pp. 39-44.

⁴⁹ Con carácter general, los administradores deben decidir rápido y bajo gran presión.

empresarial o discrecional de los administradores, adoptada con la información adecuada y en interés de la sociedad. Si el administrador demandado prueba que se dan estos requisitos, podrá rechazar la reclamación de responsabilidad. Ahora bien, si los requisitos de aplicación de la *business judgment rule* no se cumplen, tampoco surge automáticamente la responsabilidad del administrador. Habrá que examinar primero si el administrador actuó o no como un empresario diligente⁵⁰.



Vamos a centrarnos a continuación en los requisitos de aplicación de la regla.

3.3.1. Decisiones estratégicas o discrecionales

La *business judgment rule* solo cubre decisiones estratégicas, sujetas a la discrecionalidad del administrador. Pueden definirse como todas aquellas decisiones en las que la ley, los estatutos de la sociedad o algún acuerdo de la Junta General no indican al administrador exactamente cómo ha de actuar. O sea, si existen instrucciones concretas, las decisiones del administrador que infrinjan tales instrucciones no están amparadas por la regla si luego se produce un daño. Ello aunque el administrador pueda argumentar que su decisión era mejor para el interés social.

No hay que identificar la existencia de normas legales con la ausencia de discrecionalidad. La mayoría de las normas actúan como límites a la discrecionalidad, pero no la eliminan —no obligan al empresario a adoptar una determinada decisión—. Por tanto, la *business judgment rule* se aplica también a las decisiones que han de ser

⁵⁰ No obstante, es improbable que de este examen resulte que los administradores actuaron diligentemente y, por tanto, no hay responsabilidad.

adoptadas obligatoriamente por los administradores cuando las instrucciones no son completas. Por ejemplo, la ley exige a los administradores que soliciten la declaración del concurso de acreedores si la sociedad no puede hacer frente regularmente al cumplimiento de sus obligaciones (art. 2 de la Ley Concursal), pero son los administradores los que deciden cuándo presentar la solicitud, dentro del plazo legal de dos meses.

Por otra parte, una decisión estratégica puede consistir tanto en una acción como en una omisión, si «no hacer nada» era una de las opciones a disposición del administrador. Asimismo, puede referirse tanto al ejercicio del poder de representación como a la gestión de la sociedad.

Algunos ejemplos de decisiones estratégicas son los siguientes: decisiones de inversión y desinversión (en tecnología, en I+D, en personal...), decisiones relativas a modificaciones estructurales (fusiones, escisiones, fijación del tipo de canje...), decisiones de modificación estatutaria (aumentos de capital, tipo de emisión de las nuevas acciones emitidas...), decisiones de gestión de riesgos, etc.

3.3.2. Actuación de buena fe, sin interés personal y en interés de la sociedad

El administrador debe haber tomado la decisión en interés de la sociedad o, mejor dicho, con la sincera convicción de estar actuando en el mejor interés de la sociedad. Como dice Fleischer, «si ni siquiera el que toma la decisión cree que la decisión es correcta, no merece protección alguna»⁵¹. Pero las decisiones absurdas o claramente inadecuadas⁵² tampoco caben en la *business judgment rule*, aunque el administrador afirme que creía que eran «buenas» para la sociedad. «La *business judgment rule* no ampara la tontuna y el despilfarro del patrimonio social»⁵³. Así pues, la convicción del administrador de estar actuando en interés de la sociedad sólo vale si se alcanza después de un juicio informado y desinteresado.

De lo anterior se deduce que la regla no cubre decisiones adoptadas en conflicto de interés. Si en una decisión el administrador antepone otro interés al interés social, está infringiendo su deber de lealtad y, por tanto, no cabe aplicar la *business judgment*

⁵¹ Citado por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital... cit.*

⁵² Resulta muy difícil que una decisión así pueda tomarse siguiendo un procedimiento adecuado y con la información necesaria. Por ello, inevitablemente hay que sospechar de la existencia de un interés personal del administrador. En estos casos, independientemente de que se pueda probar o no la deslealtad del administrador, éste jamás podrá refugiarse en la *business judgment rule*.

⁵³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Artículo 226...», *cit.*

rule. A este respecto, hay que tener cuidado con las decisiones que pueden parecer tomadas en interés de la sociedad pero que, en el fondo, responden a los intereses de los administradores. Para detectarlas tendremos que comparar el beneficio que recibe el administrador con el beneficio para la sociedad. Si hay una clara desproporción —elevado beneficio particular, escaso beneficio social—, ello es indicio de que: 1) la decisión se tomó conflicto de intereses y 2) el administrador actuó de mala fe.

3.3.3. Información suficiente y procedimiento adecuado

Es necesario que la decisión se haya adoptado con información suficiente y en el marco de un procedimiento adecuado. Es decir, los administradores no pueden alegar la *business judgment rule* si adoptaron la decisión sin información suficiente o sin seguir un procedimiento que asegure la protección del interés social.

Como hemos dicho, la información sólo tiene que ser «suficiente». Queda a la discrecionalidad de los administradores determinar las fuentes y cantidad de la información. Para ello, ponderarán el coste de obtener dicha información y su contribución a la mejora de la calidad de la decisión que vayan a tomar. Al final, lo importante es que el administrador pueda considerar, razonablemente, que adopta una decisión adecuadamente informada

3.4. DEBER DE LEALTAD

Como ya hemos dicho, el deber del administrador es procurar el interés social por encima de cualquier otro interés. Así puede definirse, a grandes rasgos, el contenido del deber de lealtad. La obligación que pesa sobre los administradores de anteponer el interés social al propio o al de terceros se recoge en la ley mediante la remisión al modelo de conducta del «leal representante» (art. 227.1 LSC). De este modo, la ley prohíbe toda conducta que pueda resultar desleal. Sin perjuicio de lo anterior, la Ley de Sociedades de Capital también recoge, con carácter puramente enumerativo, un conjunto de conductas que se reputan desleales (arts. 228 y 229 LSC).

Hemos señalado ya la prioridad del interés social sobre cualesquiera otros intereses. Esos otros intereses pueden ser tanto del administrador como de terceros. En el primer caso, hablamos de un interés directo o personal del administrador. En el segundo caso, nos referimos a un interés indirecto. Cabe destacar a este respecto que empleamos el término «terceros» (personas, físicas o jurídicas, distintas de la sociedad y el administrador) porque es mucho más amplio que el de «personas vinculadas» (por

ejemplo: familiares del administrador persona física, la sociedad dominante del administrador persona jurídica, etc.; *vid.* arts. 231 LSC y 42 CCom.).

El deber de lealtad que pesa sobre los administradores se extiende más allá de los actos que llevan a cabo por cuenta de la sociedad. Es decir, a diferencia de lo que ocurre con el deber de diligencia, los administradores también están obligados a actuar lealmente con la sociedad en los negocios que realicen por cuenta propia o de tercero. Por tanto, hasta el momento de su cese, los administradores deben ser leales siempre, actúen o no en el desempeño del cargo.

Otra diferencia relevante respecto del deber de diligencia es que el deber de lealtad se configura con carácter imperativo (art. 230.1 LSC). No caben cláusulas estatutarias o contractuales que limiten o moderen el alcance del deber de lealtad ni la responsabilidad del administrador que lo infrinja⁵⁴.

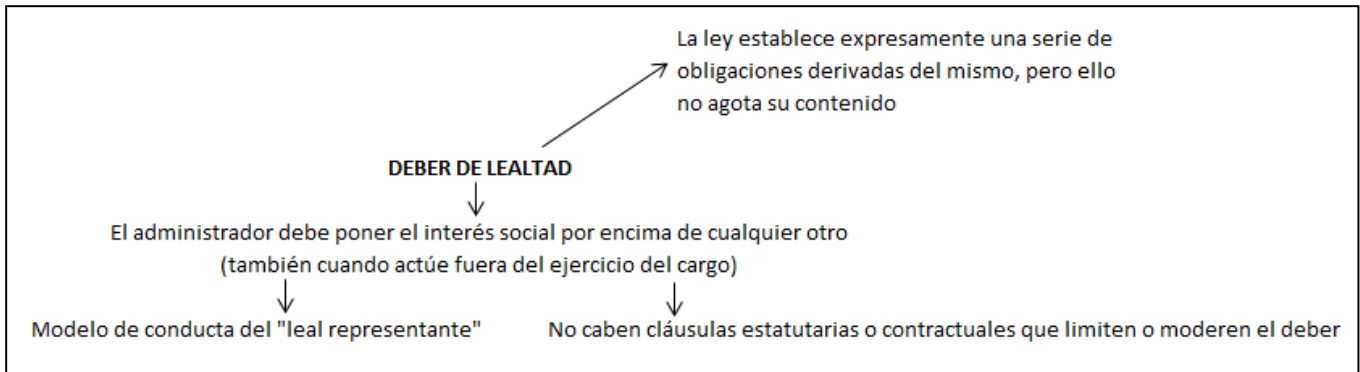
En efecto, la Ley de Sociedades de Capital es más rigurosa con el deber de lealtad que con el deber de diligencia porque la desviación de valor de la esfera social a la esfera individual —consecuencia siempre de la deliberada anteposición de los intereses propios al interés por el que uno tendría que velar— no puede tolerarse bajo ninguna circunstancia⁵⁵. En cambio, no resulta tan reprochable moralmente, ni tan peligrosa para la integridad del patrimonio social, la comisión de errores⁵⁶. De hecho, una responsabilidad por negligencia demasiado rigurosa derivaría en gestiones excesivamente conservadoras, mientras que nada se pierde siendo severo con las

⁵⁴ Sí que caben, como veremos, dispensas concedidas por la sociedad una vez haya constatado que una determinada actuación peligrosa no es contraria al interés social en el caso concreto. Lo contrario podría ser más costoso para la sociedad, ya que se impedirían operaciones potencialmente productivas para la sociedad. No hay que olvidar, en este sentido, que la contratación vinculada en muchos casos crea valor al reducir los costes de transacción. Con carácter general, para conceder una dispensa se exigen tres requisitos: 1) uno de procedimiento, dirigido a asegurar la independencia del órgano que concede la dispensa respecto del administrador afectado; 2) otro de equidad, sea porque la transacción es inocua para el patrimonio social, sea porque se realiza en condiciones de mercado; y 3) un requisito de transparencia (art. 230.2 LSC).

⁵⁵ En el caso particular de las sociedades cotizadas, si no existen mecanismos de control de la deslealtad de los administradores, los inversores —temerosos de ser estafados— estarán dispuestos a pagar un precio muy inferior por las acciones. Esto ahuyentará del mercado a los emisores de acciones honrados, por lo que al final sólo quedarán los emisores más deshonestos.

⁵⁶ El administrador que se comporta negligentemente no suele obtener beneficio de ello, aparte del ahorro de tiempo y esfuerzo. Más bien al contrario, pues si la empresa va mal su reputación se verá afectada, y en último término no sólo perderá su puesto de trabajo sino también futuras oportunidades de empleo. Por tanto, los administradores tienen muchos menos incentivos para ser negligentes que para apropiarse de activos sociales (ganancia particular). Además, las violaciones del deber de lealtad son poco visibles y suelen tener lugar en momentos terminales de la relación de los administradores con la sociedad. Por ello, los mecanismos de mercado (pérdida de reputación, etc.) no sirven para frenarlas. El único remedio eficaz contra los denominados «pelotazos» es el establecimiento de mecanismos de control y una responsabilidad rigurosa ante los tribunales.

conductas desleales, pues sólo lleva a que los administradores sean especialmente puntillosos en sus relaciones con el patrimonio que administran.



3.4.1. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad

3.4.1.1. *Prohibición de abuso en el ejercicio de las facultades de administrar [art. 228.a) LSC].*

Corresponden a los administradores la gestión y representación de la sociedad (art. 209 LSC). Para ello se les reconoce un conjunto de facultades. Ahora bien, el administrador no puede hacer uso de dichas facultades con una finalidad distinta de la salvaguarda del interés social, pues ello constituiría un abuso. No obstante, la prueba de la finalidad con que se llevó a cabo un acto no es nada fácil.

3.4.1.2. *Deber de secreto [art. 228.b) LSC]*

El administrador está obligado a guardar secreto sobre toda la información a la que tenga acceso en el ejercicio del cargo, sea del tipo que sea. Esto es, toda la información privada ha de considerarse sujeta a reserva, con independencia de que internamente se califique como confidencial o no⁵⁷. Sólo se excluye de este deber de secreto la información pública en sentido estricto, así como aquella información privada que sea absolutamente irrelevante e indiscutiblemente inocua para la sociedad. Excepcionalmente, esta obligación se mantiene incluso cuando el administrador deja de serlo.

La infracción del deber de secreto se produce cuando el administrador revela la información a cualquier persona que no sea otro administrador, lo que incluye no sólo a terceros sino también a los socios. Ahora bien, respecto de estos últimos, se ha de

⁵⁷ Así pues, el administrador no podrá excusarse en la ignorancia sobre la confidencialidad de la información en caso de infracción del deber.

permitir cierta flexibilidad, sobre todo si la revelación es necesaria para evitar un daño.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 4 de octubre de 2011: «El deber de confidencialidad no tiene carácter absoluto y no constituye una regla rígida que exija idéntica e indiscriminada reserva frente a todos, de tal forma que admite ser modulado en función de los destinatarios, singularmente cuando se trata de las llamadas operaciones de «tráfico peligroso», en las que el deber de transparencia exige [...] la información puntual y suficientemente detallada a los accionistas, a fin de potenciar el control de las decisiones del órgano de administración, no siempre orientadas a la persecución del interés de la sociedad».

Ya se ha tenido ocasión de apuntar cómo una persona jurídica puede ser nombrada administrador, si bien en este supuesto ha de designarse a una persona física para el ejercicio de las funciones propias del cargo (art. 212 bis. LSC). Cabe recordar, por lo que respecta al representante persona física del administrador persona jurídica, que está sujeto al mismo deber de secreto que los administradores. Una eventual infracción sería imputable al administrador persona jurídica. Naturalmente, no se considera infracción que el representante comunique al administrador la información necesaria para que éste desempeñe su cargo.

Por último, no hay que confundir este deber de secreto con la prohibición de utilización de información en provecho propio (art. 229.1.c) LSC).

3.4.1.3. Deber de abstención en las decisiones o acuerdos sociales respecto de los que el administrador se encuentre en situación de conflicto de interés [art. 228.c) LSC]

Se prohíbe al administrador participar en las decisiones o acuerdos sociales respecto de los que se halle en situación de conflicto. Se trata, de este modo, de evitar que dicha decisión o acuerdo no responda al mejor servicio del interés social. En definitiva, siempre que el administrador pueda tener la tentación de favorecer un interés que no sea el de la sociedad, ha de abstenerse de actuar. En el caso particular de los grupos de sociedades, en los que es habitual que la sociedad dominante nombre administradores en las sociedades dependientes, éstos también deberán abstenerse cuando haya que tomar decisiones que afecten precisamente a la dominante.

El concepto de conflicto de intereses debe entenderse en sentido amplio, lo que incluye tanto conflictos directos como indirectos. Un conflicto directo surge cuando chocan el interés de la sociedad y el interés estrictamente personal del administrador. A este respecto, cabe aclarar que el administrador no se encuentra en conflicto cuando se

trata de decidir sus funciones en la sociedad⁵⁸. Es decir, no hay ninguna razón para que, por ejemplo, un consejero contribuya con su voto a ser designado presidente. El conflicto indirecto, por su parte, se refiere al interés de personas distintas del administrador (que no tienen por qué ser personas vinculadas).

La prohibición de participación impide al administrador en conflicto tanto deliberar como votar sobre la cuestión. Se pretende impedir cualquier tipo de influencia del afectado en la decisión del resto de administradores⁵⁹. Si fueran administradores solidarios no habría problema, ya que cada uno de los no afectados por el conflicto conservaría íntegramente su poder de decisión. Sin embargo, si habláramos de administradores mancomunados, no está claro si el órgano puede funcionar sin la presencia del miembro que se abstiene. Considerando que, al optar por un órgano mancomunado, lo que quiere la sociedad es que la decisión sea fruto del consenso entre todos los administradores, nos inclinamos por pensar que habrá que llamar a decidir a la Junta General sobre la cuestión⁶⁰. Por último, en el supuesto de que el órgano de administración adopte la forma de Consejo de Administración, procede descontar a los administradores en conflicto para computar la mayoría necesaria de cara a la adopción de acuerdos⁶¹. Todo esto sin perjuicio de que la sociedad establezca un régimen de funcionamiento interno para los casos en que la ley impone la abstención (por ejemplo, para evitar dudas de interpretación cuando para determinadas materias se hayan previstos mayorías cualificadas en los estatutos).

3.4.1.4. Deber de actuar con autonomía [art. 228.d) LSC]

En el desempeño de su cargo, el administrador leal debe actuar con autonomía. Esto significa que en ningún caso debe seguir instrucciones de terceros o cumplir pactos que conduzcan a una actuación distinta de la que se derivaría si el administrador sólo

⁵⁸ Como única excepción podemos citar el nombramiento de consejero delegado, pues la decisión sobre la retribución que percibirá como tal sitúa al consejero en un conflicto de interés personal con la sociedad.

⁵⁹ Si se tratara de un administrador único, entonces corresponderá adoptar la decisión a la Junta General. En tal caso, si el administrador fuera además socio, tampoco podría ejercer el voto.

⁶⁰ Vid. JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 228. Obligaciones básicas del deber de lealtad» en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Juste Mencía (coord.), Aranzadi, Navarra, 2015.

⁶¹ No habrá que descontarlos, en cambio, para alcanzar el quórum que permita la válida constitución del Consejo. Esto se debe a que, como consecuencia del deber de diligencia, los administradores asumen la obligación de acudir a las reuniones del Consejo. A ello hay que añadir que normalmente el orden del día de la reunión incluirá más puntos a tratar, no sólo el relativo al conflicto de interés. Por tanto, el administrador en conflicto deberá asistir a la reunión para la válida constitución del órgano y, en el momento en que vaya a debatirse sobre la cuestión que le afecta, ausentarse.

emplease su propio criterio sobre lo que es mejor para la sociedad⁶². Hacerlo no sólo sería un acto desleal en sí mismo, sino que no podría servir para exonerar de responsabilidad al administrador en caso de producirse un daño. Por supuesto, lo anterior no impide que el administrador se valga de opiniones técnicas de terceros. Lo que no puede hacer es limitarse a seguirlas.

No es tercero a estos efectos el conjunto de socios reunidos en la Junta General, que como ya hemos explicado⁶³, pueden impartir instrucciones vinculantes en materia de gestión. Aunque debe advertirse que la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general en ningún caso exonerará de responsabilidad a los administradores (art. 236.2 LSC).

3.4.1.5. Deber de adoptar medidas necesarias para evitar conflictos de interés [art. 228.e) LSC]

El administrador no sólo ha de actuar lealmente cuando tome decisiones por cuenta de la sociedad, también tiene que adoptar medidas para evitar situaciones que puedan entrañar un conflicto de interés. Esto supone una limitación de la libertad personal del administrador, porque afecta a las actuaciones que puede emprender por su cuenta, es decir, cuando no actúa en el desempeño del cargo.

Este deber de adoptar medidas se complementa con el deber de evitar situaciones de conflicto de interés que veremos a continuación (art. 229 LSC). Así, cuando pese a las medidas adoptadas la situación de conflicto se produzca, el administrador deberá en todo caso abstenerse.

3.4.2. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés

La manera más eficaz de impedir que el administrador obtenga beneficios indebidos a costa de la sociedad es prohibiéndole ponerse en una situación de riesgo. Así, la ley establece una lista de situaciones de conflicto de interés que todo administrador debe evitar (art. 229.1 LSC), salvo que la sociedad apruebe concederles una dispensa para el caso concreto (art. 230.2 LSC). Dichas prohibiciones son aplicables en dos supuestos: 1) cuando el beneficiario de una eventual infracción es el propio administrador, o 2) cuando del acto desleal cometido por el administrador se beneficia una persona vinculada al mismo (art. 229.2 LSC).

⁶² Esto incluye cualquier tipo de pacto de sindicación para el voto en el Consejo de Administración, pactos bastante frecuentes en la práctica. En ellos se da a entender que los socios asumen que los administradores actuarán siguiendo las instrucciones de uno o varios socios determinados.

⁶³ *Vid.* Capítulo II, apartado 2.6.

En relación con este último supuesto, se presume que cuando una persona vinculada se beneficia de los actos de la lista del art. 229.1 LSC (transacciones con la sociedad, aprovechamiento de oportunidades de negocio de la sociedad, etc.), lo hace como consecuencia de la actuación del administrador desleal. La presunción deberá ceder cuando en la relación del beneficiario con la sociedad no haya intervenido el administrador.

3.4.2.1. Transacciones de la sociedad con el administrador [art. 229.1.a) LSC]

El administrador no puede realizar ningún tipo de negocio con la sociedad mientras lo sea⁶⁴, con dos excepciones: 1) que haya obtenido la oportuna dispensa para el caso concreto, o 2) que se trate de una operación ordinaria, realizada en condiciones estándar para los clientes de la sociedad y con escasa relevancia contable⁶⁵, en cuyo caso la dispensa no es necesaria. En cualquier otro caso la transacción estará prohibida, aunque se realice en condiciones de mercado.

Podemos distinguir dos supuestos: por un lado, la auto-contratación, cuando el administrador es ambas partes de la transacción (porque representa a la sociedad y, por tanto, contrata consigo mismo); por otro lado, las operaciones con partes vinculadas, cuando la contraparte del administrador que representa a la sociedad en la operación es una persona vinculada a él. En este último supuesto, la abstención del administrador afectado por el conflicto no basta para poder realizar la transacción, también habrá que obtener la dispensa.

La dispensa tendrá que acordarla la Junta General cuando el importe de la transacción sea superior al 10% del valor de los activos sociales. En los demás casos, podrá ser otorgada por el órgano de administración, con la condición de que se garantice la independencia de los administradores que la conceden respecto del administrador dispensado. Por supuesto, la transacción habrá de realizarse con total transparencia y debe ser equitativa (no perjudicial para el patrimonio social o efectuada en condiciones de mercado).

⁶⁴ Los más habituales son: compra o venta de activos sociales, préstamos, compromisos de inversión y otorgamiento de garantías.

⁶⁵ Con carácter general, este último requisito se entiende cumplido si la información sobre la operación no es necesaria para expresar la imagen fiel de la sociedad en las cuentas anuales. Sin embargo, para las sociedades cotizadas son operaciones de escasa relevancia las que no superan el 1% de los ingresos anuales (art. 529 ter h) LSC). La ley incurre aquí en un error de bulto al definir la relevancia remitiéndose al concepto de materialidad contable. Podemos explicarlo con el siguiente ejemplo: una transacción con la sociedad realizada por un consejero por importe de un millón de euros sin duda es muy relevante, pero en una gran empresa quedará por debajo del nivel de materialidad contable definido por el auditor.

3.4.2.2. Utilización del nombre de la sociedad o invocación de la condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas [art. 229.1.b) LSC]

Cuando realice negocios privados (por cuenta propia o ajena), el administrador debe abstenerse de: 1) emplear el nombre y reputación de la sociedad y 2) valerse de su condición de administrador de aquélla. Esto no quiere decir que el administrador no pueda decir cuál es su profesión o vinculación con la sociedad. Lo no puede es valerse de ella, por ejemplo, prometiendo un trato de favor por parte de la sociedad para conseguir mejores condiciones en su negocio privado. La clave está, por tanto, en la finalidad con la que el administrador manifiesta su condición o utiliza el nombre de la sociedad.

3.4.2.3. Prohibición del uso de los activos sociales para fines privados [art. 229.1.c) LSC]

Los activos sociales sólo pueden emplearse para la consecución del interés social, de lo que se sigue que su uso personal por parte del administrador es un acto desleal⁶⁶. Esto se predica respecto de cualquier activo: bienes muebles, inmuebles, intangibles..., incluida la información confidencial de la sociedad. Entonces, se prohíbe el aprovechamiento personal de la información confidencial (art. 229.1.c) LSC), así como su revelación a terceros (art. 228.b) LSC).

No obstante, la Junta General o el órgano de administración⁶⁷ podrán conceder una dispensa al administrador para el uso de ciertos activos sociales (art. 230.2 LSC). De nuevo, será necesario que con ello el patrimonio de la sociedad no se vea perjudicado.

3.4.2.4. Aprovechamiento de las oportunidades de negocio de la sociedad [art. 229.1.d) LSC]

Cuando el administrador descubre una oportunidad de negocio para la sociedad, el deber de lealtad le obliga a ofrecérsela a la sociedad antes de poder aprovecharla él mismo. Es irrelevante que el descubrimiento de la oportunidad lo haga en el ejercicio de su cargo o al margen de él. Ahora bien, una vez cese en el cargo, es libre de aprovechar cualquier oportunidad que se le presente.

⁶⁶ Aunque no se produzca perjuicio alguno a la sociedad o el daño sea poco importante.

⁶⁷ Siempre que los administradores que deciden sobre la dispensa lo hagan con absoluta independencia respecto del administrador al que se le concede.

Se considera que una oportunidad de negocio corresponde a la sociedad si guarda relación con las actividades que entran dentro del objeto social consignado en los estatutos. No obstante, si se trata de una actividad que la sociedad hasta el momento no ha desarrollado, pero respecto de la que los órganos sociales han manifestado interés —con conocimiento del administrador—, también deberá el administrador ofrecerla a la sociedad. El administrador podrá aprovechar, pues, sin necesidad de dispensa, las oportunidades de negocio que no tengan nada que ver con la actividad real de la sociedad ni con proyectos futuros de ésta.

3.4.2.5. Prohibición de recibir remuneraciones o ventajas de terceros [art. 229.1.e) LSC]

La última reforma de la Ley de Sociedades de Capital ha introducido la prohibición de que el administrador perciba cualquier remuneración o ventaja asociada al ejercicio de su cargo, exceptuando las atenciones de mera cortesía y la retribución pactada con la sociedad⁶⁸. Esto independientemente de quién sea el pagador —la propia sociedad, un socio o un tercero ajeno a la misma—. Así se pretende eliminar de raíz los conflictos que pueden surgir cuando el interés del pagador no coincide plenamente con el interés social. En este sentido, adquiere especial relevancia el supuesto en que el pagador fuera un socio: si el interés social entrara en conflicto con el de dicho socio, es probable que el administrador tendiera a favorecer los intereses de quien le paga.

Existe, no obstante, posibilidad de dispensa, que sólo podrá ser acordada por la Junta General (art. 230.2 LSC).

3.4.2.6. Prohibición de competencia [art. 229.1.f) LSC]

Esta prohibición, a diferencia de las anteriores —de carácter ocasional—, tiene carácter estable durante el tiempo. El administrador, mientras lo sea, tiene prohibido competir con la sociedad, sea por cuenta propia o por cuenta un competidor de aquélla en el mercado⁶⁹. Es lógico, pues servir bien a dos lealtades distintas resulta, cuando menos, extremadamente difícil. Fácilmente podría el administrador anteponer el interés competidor al de la sociedad.

Establecer cuáles son las actividades concurrentes prohibidas requiere delimitar

⁶⁸ También se excluyen las retribuciones percibidas de sociedades del grupo al que pertenece la sociedad. Se permite así que los administradores perciban su retribución, no de la sociedad administrada, sino de otra perteneciente al grupo. De este modo, la ley otorga preferencia al «interés de grupo».

⁶⁹ En este supuesto se incluye la actuación por cualquier título (administrador, trabajador...), siempre que se ostente poder de decisión en la organización del competidor.

el mercado de producto, geográfico y temporal en el que actúa la sociedad, algo para lo que a veces se recurre a estudios de mercado. También habrá que plantearse si, aun no habiendo una competencia real, podría llegar a producirse sin demasiado coste para el competidor⁷⁰.

Por lo que respecta a la participación del administrador en el capital de sociedades competidoras, sólo incumple la prohibición si es significativa y le otorga poder de decisión. De lo contrario, ni siquiera es necesaria dispensa. Ahora bien, esto no significa que no pueda llegar a darse un conflicto de interés en operaciones concretas. Como socio, el administrador tendrá interés en la buena marcha de la sociedad competidora, lo que puede influir en las decisiones que tome en el ejercicio de su cargo.

La dispensa solo será posible si no es previsible que se produzca un daño a la sociedad, o se prevé que tal daño va a ser compensado por los beneficios de conceder la dispensa. En todo caso, deberá adoptarla la Junta General mediante acuerdo expreso.

3.4.3. Deber de comunicación de las situaciones de conflicto e información en la memoria

El administrador leal está obligado a informar a la sociedad⁷¹ en cuanto incurra en una situación de conflicto de interés. De esta manera, pueden ponerse en marcha los mecanismos de prevención necesarios o, en su caso, concederse la oportuna dispensa.

A su vez, el órgano de administración está obligado a informar de los conflictos de interés que se le hayan comunicado en la memoria de la sociedad.

⁷⁰ Para ello, habrá que emplear criterios de sustituibilidad.

⁷¹ Concretamente, el destinatario es el órgano de administración, salvo que se trate de un administrador único, en cuyo caso deberá informar a la Junta General. Esto no quiere decir que el órgano de administración sea necesariamente el llamado a decidir sobre la cuestión.

CAPÍTULO IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

En este capítulo trataremos la cuestión de la responsabilidad de los administradores, centrándonos en los tres supuestos más relevantes: la responsabilidad por daños, la responsabilidad por pérdidas y la responsabilidad concursal.

La responsabilidad por daños surge cuando el administrador ha causado un daño patrimonial en el ejercicio del cargo y su finalidad es la reparación del mismo. Es decir, la indemnización que, en su caso, deba satisfacer el administrador irá dirigida a reintegrar el patrimonio dañado.

La responsabilidad por pérdidas surge como consecuencia del incumplimiento de unos deberes legales específicos impuestos al administrador (los de promoción de la disolución de la sociedad). Supone que el administrador pasa a responder de determinadas deudas sociales.

Por último, en el caso de la responsabilidad concursal, el juez puede condenar al administrador a cubrir, total o parcialmente, el déficit concursal de la sociedad. Es decir, el administrador tendrá que abonar la diferencia entre los pasivos y los activos de la sociedad concursada.

4.1. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

4.1.1. Introducción

La responsabilidad por los daños causados por los administradores tiene dos vertientes: por un lado, la responsabilidad por los daños causados al patrimonio de la sociedad; por otro, la responsabilidad por los daños causados directamente en el patrimonio de socios o de terceros (art. 236.1 LSC). Es decir, hacemos una distinción según cuál sea el patrimonio que sufre el daño causado por la conducta de los administradores⁷². En el primer supuesto, la responsabilidad se dilucidará a través de la denominada acción social (art. 238 LSC). En el segundo caso, la responsabilidad será exigible a través de la acción individual (art. 241 LSC).

⁷² Ahora bien, en algunos casos es posible que el mismo acto de los administradores ocasione simultáneamente un daño directo al patrimonio social y al patrimonio de socios o de terceros. Por ejemplo, en el supuesto de cuentas falsas que llevan a un reparto de dividendos ficticios.

4.1.2. La acción social de responsabilidad y la acción individual

La finalidad de la acción social es proteger el patrimonio social⁷³, razón por la cual la indemnización que se logre deberá integrarse en el mismo. Así pues, se busca reparar el daño causado a la sociedad por la actuación dolosa o culposa de los administradores mediante actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo —diligencia y lealtad—.

En cambio, en el caso de la acción individual, la indemnización que eventualmente se logre se destinará a reintegrar el patrimonio personal del concreto socio o acreedor demandante⁷⁴. El daño sobre ese patrimonio personal debe haber sido causado por el administrador en el ejercicio del cargo, pues de lo contrario ya no hablaríamos de la responsabilidad por daños de los administradores, sino de la responsabilidad extracontractual impuesta a cualquier persona que causa un daño a un tercero (art. 1902 del Código Civil).

Atendido el bien jurídico protegido, la indemnización del patrimonio social, la acción social de responsabilidad contra los administradores puede ser interpuesta, en primer lugar, por la propia sociedad (por acuerdo de la Junta general adoptado por mayoría ordinaria)⁷⁵. Ahora bien, como existe un alto riesgo de que el primer legitimado (la mayoría de los socios) no actúe contra los administradores⁷⁶, subsidiariamente están también legitimados para ejercitar la acción social los socios minoritarios⁷⁷ —titulares,

⁷³ Lo cierto es que los daños al patrimonio social también repercuten, indirectamente, en el patrimonio de socios y acreedores, al disminuir el valor de las acciones de los primeros o sus expectativas de ganancias y la garantía de satisfacción de los créditos de los segundos. Así pues, a través de la acción social también se consigue, mediatamente, proteger el patrimonio de los socios y acreedores.

⁷⁴ A este respecto, debemos subrayar que no se permite a los socios y acreedores reclamar vía acción individual la parte proporcional que les corresponda del daño causado, en su caso, al patrimonio social. Para que proceda la acción individual el daño debe recaer directamente en el patrimonio del socio o tercero.

⁷⁵ El acuerdo social adoptado para entablar la acción de responsabilidad se ejecutará mediante la interposición de la correspondiente demanda contra los administradores ante el juzgado competente. Además, conlleva la destitución definitiva de los administradores afectados (art. 238.3 LSC).

⁷⁶ Normalmente los administradores serán personas de confianza de los socios mayoritarios. Además, aun en el caso de que se pierda la confianza en los administradores (por ejemplo, debido a un cambio en el accionariado), la alarma que crea el ejercicio de la acción social y el desprestigio que conlleva para la sociedad hace que pocas veces los mayoritarios decidan interponerla en la práctica. Normalmente, optarán por otras vías, como la revocación de los administradores.

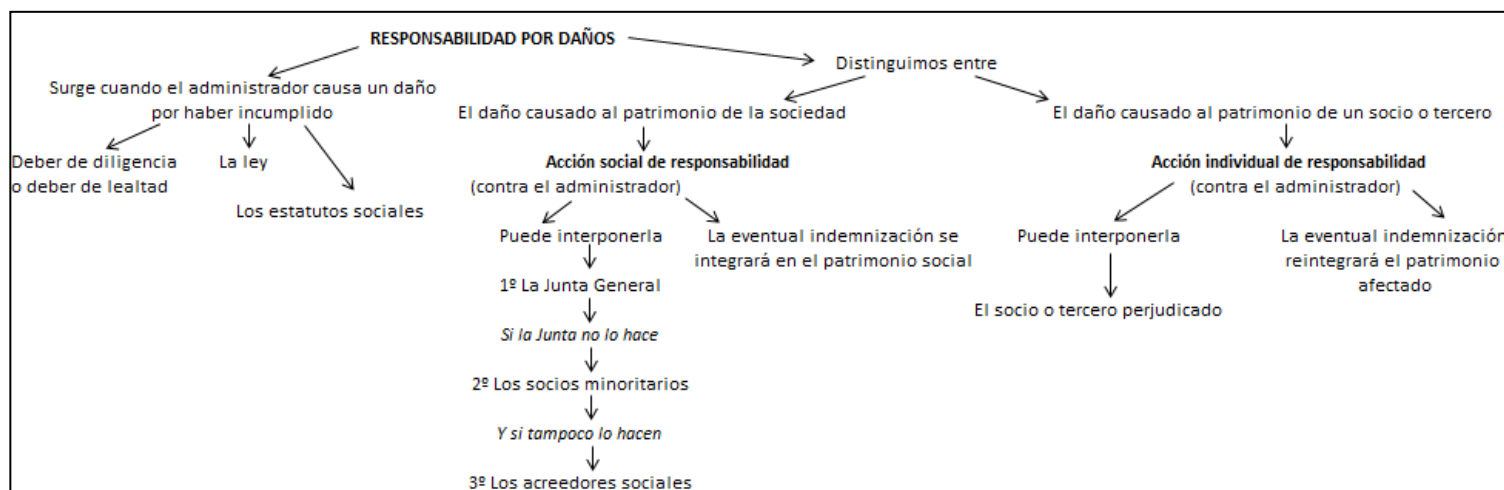
⁷⁷ Excepción: en caso de que la demanda de responsabilidad se fundamente en la infracción del deber de lealtad, se atribuye la posibilidad de ejercicio directo y no subsidiario de la acción social por parte de la minoría.

En el resto de casos, la legitimación de los socios minoritarios es, como hemos señalado, subsidiaria. Esto requiere que se haya producido alguno de los siguientes supuestos para que aquéllos puedan ejercer la

al fin y al cabo, de un interés indirecto en la defensa del patrimonio social— y, en último extremo, los acreedores sociales —pues cuentan con el patrimonio social como garantía de sus créditos—.

En cuanto a la acción individual, la legitimación corresponde exclusivamente, como es lógico, al socio o tercero cuyo patrimonio haya sido dañado. Estas personas podrán dirigirse tanto contra el administrador causante del daño como contra la propia sociedad. Ello no significa que puedan recibir dos indemnizaciones por el mismo daño, sino que disponen de dos vías para reclamarlo. Si el socio o el tercero deciden dirigirse contra la sociedad, después ésta podrá reclamar al administrador responsable la cantidad que ha satisfecho en concepto de indemnización.

Por último, la acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, podrá interponerse durante un plazo de cuatro años desde el momento en que se tuvo o se pudo tener conocimiento de la producción del daño (art. 241 bis. LSC).



4.1.3. Presupuestos de la responsabilidad por daños

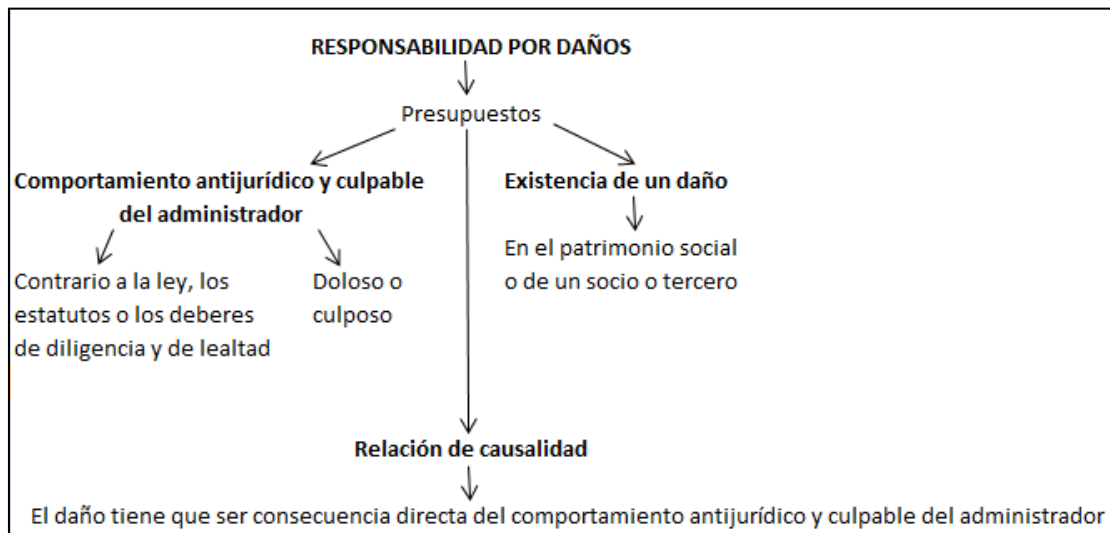
Para que nazca la responsabilidad por daños del administrador es necesario probar la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) Un comportamiento antijurídico por parte de los administradores en el desempeño de su cargo (art. 236.1 LSC). Esto es, la actuación de los administradores ha de ser contraria a la ley o a los estatutos. A este respecto, quedan expresamente incluidos los incumplimientos de los deberes

acción social: falta de convocatoria de la Junta por los administradores cuando hubieran sido requeridos para tratar sobre su responsabilidad, inactividad de la sociedad tras el acuerdo favorable o acuerdo contrario al ejercicio de la acción.

inherentes al cargo de administrador —deber de diligencia y deber de lealtad—⁷⁸.

- 2) Dolo o culpa de los administradores (art. 236.1 LSC). Es decir, se exige la culpabilidad del administrador, bien porque ha actuado maliciosamente (con dolo o voluntad de causar daño), bien porque no ha actuado de forma diligente siendo el perjuicio antijurídico causado previsible.
- 3) La existencia de un daño, sea en el patrimonio social o en el patrimonio individual.
- 4) Que exista una relación de causalidad entre el comportamiento antijurídico de los administradores y el daño. Es decir, el daño producido debe ser consecuencia directa del comportamiento de los administradores.



En resumen, para que una demanda de responsabilidad por daños triunfe, deberá probarse la existencia de: 1) un comportamiento antijurídico y culpable de los administradores; 2) un daño en el patrimonio social o individual; y 3) una relación de causalidad entre el comportamiento de los administradores y el daño causado.

En general, la prueba corresponde al demandante —la sociedad, los socios minoritarios o un acreedor—. Existe una única excepción: cuando la ley o los estatutos predeterminen perfectamente la conducta que deben seguir los administradores, el incumplimiento se entiende culpable y corresponde al administrador demandado demostrar lo contrario⁷⁹. Es decir, la culpabilidad se presumirá cuando la actuación de

⁷⁸ Vid. Capítulo III.

⁷⁹ Por ejemplo, si la sociedad (por acuerdo de la mayoría de los socios) o los socios minoritarios en interés de ella, acreditan la violación de un deber de secreto (art. 228.b) LSC) o la falta de abstención (art.

los administradores sea contraria a la ley o a los estatutos sociales (art. 236.1 *in fine* LSC). En cambio, cuando no rija la presunción de culpabilidad, volverá a ser el demandante quien deba probar los hechos que, a su juicio, revelen una conducta antijurídica y culpable, además del daño patrimonial y la relación de causalidad.

4.1.4. Acuerdos e instrucciones de la Junta general y posibilidad de exoneración de responsabilidad

Antes de continuar, merece la pena detenerse un momento en la cuestión de la aprobación de las cuentas anuales por la Junta general. Cuando la Junta general ordinaria decide si aprueba o no las cuentas anuales del ejercicio y sobre la aplicación del resultado, también debe pronunciarse expresamente acerca de la gestión social, y ello con independencia de la aprobación o no de las cuentas (arts. 160.a) y 164.1 LSC). De lo contrario, con la aprobación de las cuentas parecería que se avalase de la actividad gestora de los administradores. Debemos destacar que ni la aprobación de las cuentas anuales ni la aprobación de la gestión social impiden, llegado el caso, el ejercicio de la acción social de responsabilidad (art. 238.4 LSC). En general, ningún acuerdo favorable a la actuación de los administradores impedirá a los socios poner en marcha la acción de responsabilidad, sea el acuerdo previo a la actuación (de autorización) o posterior (de ratificación de lo actuado)⁸⁰. De este modo se evita que los administradores sometan todos sus actos de gestión a la previa aprobación de la Junta o a su posterior ratificación para exonerarse de responsabilidad por eventuales daños⁸¹.

Lo anterior debe relacionarse con la posibilidad de impartición de instrucciones por la Junta (art. 161 LSC). En primer lugar, debemos preguntarnos si esas instrucciones son vinculantes o meras indicaciones que los administradores pueden seguir o no. Dado que los socios pueden separar a los administradores libremente en cualquier momento (art. 223 LSC), sin indicar motivos ni generar derecho a una indemnización por cese anticipado (salvo que se haya pactado en el contrato), podemos concluir que las instrucciones que den a los administradores sí son, en principio, vinculantes. Por tanto, si la mayoría de los socios instruye sobre un acto de gestión, los administradores deben ejecutarlo. Sin embargo, la obligatoriedad de las instrucciones

228.c) LSC), o la realización de cualquiera de los actos previstos en el art. 229 LSC sin obtener la preceptiva dispensa, la culpabilidad debe presumirse. En relación con estos deberes, *vid.* apartado 3.4.

⁸⁰ Ahora bien, nada impide que los administradores utilicen estas autorizaciones o decisiones de la Junta como pruebas de su propia diligencia, protegiéndose así de eventuales reclamaciones por daños.

⁸¹ Recordemos que esto vaciaría de competencias al órgano de administrador, que se convertiría en un mero ejecutor de las decisiones de la Junta.

recibidas tiene un límite: si los administradores consideran que son contrarias a la ley o a los estatutos o lesivas para la sociedad, deben negarse a su ejecución⁸². En cambio, en aquellos supuestos en que el administrador considere que la instrucción recibida no es la más conveniente para la sociedad, pero que previsiblemente no va a perjudicar los intereses sociales, la obligación de ejecución persiste.

Cabe preguntarse si el administrador que causa un daño siguiendo las instrucciones recibidas está o no exonerado de responsabilidad. De acuerdo con Guerrero Trevijano⁸³, la respuesta es negativa, precisamente porque forma parte del deber de diligencia de los administradores oponerse a los acuerdos o instrucciones de la Junta que puedan resultar lesivos para la sociedad o que sean contrarios a la ley o los estatutos. Por otra parte, además de la no ejecución, el deber de diligencia exige de los administradores que en estos casos impugnen judicialmente los acuerdos nulos —los que sean contrarios a la ley— y anulables —los que sean contrarios a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros— (art. 204 LSC).

Establecida la falta de exoneración de los administradores, podemos preguntarnos sobre la posibilidad de que sea la propia sociedad que instruye (por mayoría) y cuyo acuerdo se ejecuta correctamente por los administradores, la que pueda reclamarles la indemnización para el patrimonio social. Lo cierto es que ello constituiría un ejercicio abusivo del derecho, prohibido por el art. 7.2 del Código Civil, así que la respuesta ha de ser negativa. Sin embargo, los socios minoritarios y los acreedores sí que podrían exigir la responsabilidad de los administradores por haber ejecutado el acuerdo lesivo adoptado por la mayoría en Junta.

4.1.5. Carácter solidario de la responsabilidad y posibilidad de exoneración

Cuando el órgano de administración está integrado por una pluralidad de personas hay que tener en cuenta que la ley establece el carácter solidario de la responsabilidad de los administradores y, además, presume la responsabilidad de todos y cada uno de los miembros del órgano de administración (art. 237 LSC). Esto significa que, en principio, son responsables todos los administradores de la totalidad del daño

⁸² Visto el poder de la mayoría sobre la continuidad del administrador en el cargo, esto lo puede colocar en una situación complicada, ante la que no le quede otra salida que la dimisión o ser cesado. En caso de que optara por ejecutar las instrucciones, incurriría en responsabilidad, ya que forma parte del deber de diligencia de los administradores el no ejecutar aquellos actos o acuerdos que, aun habiendo sido aprobados por la Junta, sean ilegales o antiestatutarios o puedan resultar lesivos para la sociedad.

⁸³ Vid. GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores... cit.*, p. 351.

—y no cada uno de una parte proporcional del mismo—. Entonces, el demandante podrá exigir a cualquiera de ellos el pago de toda la indemnización. El administrador que efectúe el pago podrá dirigirse después contra los demás para que abonen la parte que les corresponda.

En relación con lo anterior, sólo podrá exonerarse de responsabilidad el administrador que demuestre:

- 1) Que no intervino en la adopción y ejecución de la decisión dañosa. Nos referimos aquí al supuesto de ausencia del administrador —siempre que su inasistencia esté justificada— y a los casos de voto en contra o abstención;
- 2) Que, además de no haber intervenido en la adopción o ejecución del acuerdo, desconocía su existencia. En ningún caso esto puede desembocar en la exoneración de los administradores que, no habiendo asistido a la reunión en que se adoptó el acuerdo, no se hubieran ocupado de informarse sobre los distintos acuerdos adoptados⁸⁴ (art. 225 LSC);
- 3) Que, sin haber intervenido en la adopción o ejecución del acuerdo, hizo todo lo posible para evitar sus consecuencias dañosas;
- 4) O que, al menos, se opuso expresamente al acuerdo lesivo. Así pues, también quedan exonerados quienes, conociendo el acuerdo lesivo y no habiendo hecho todo lo posible para evitar el daño, al menos dejan constancia expresa de su oposición a dicho acuerdo. Esto supone una extraordinaria ampliación del supuesto de exoneración. Por ello, la jurisprudencia exige que, además de exponer claramente su posición, el administrador haga todo lo posible por disuadir al resto, tratando de evitar que se lleve a cabo el acto al que se opone. Además, la oposición debe formularse inmediatamente y no cuando, tras las primeras consecuencias de la decisión, se ponga de manifiesto su inconveniencia.

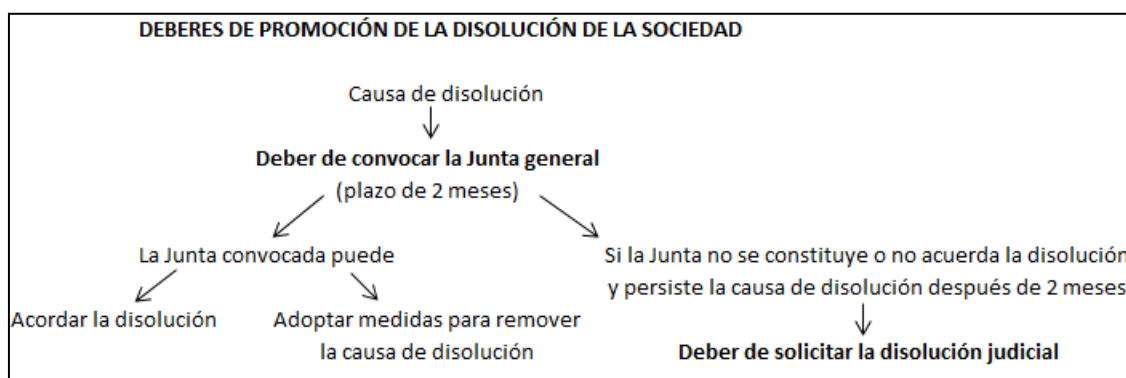
En caso de que el órgano de administrador se constituya como Consejo de Administración y éste haya delegado sus facultades en una comisión ejecutiva o en uno o varios consejeros delegados, los administradores que no participaron en la toma de decisiones podrán eximirse de responsabilidad siempre y cuando hubieran cumplido con sus obligaciones de información.

⁸⁴ Si el administrador ausente en la reunión, tras revisar las actas de la misma, no está de acuerdo con lo acordado, únicamente podrá exonerarse de responsabilidad cuando manifieste su oposición inmediatamente y por escrito.

4.2. RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDAS

4.2.1. Los deberes de disolución de la sociedad

La Ley de Sociedades de Capital impone a los administradores unos deberes legales específicos dirigidos a que, de producirse alguna de las causas de disolución de la sociedad legal o estatutariamente previstas, éstos promuevan la disolución de la sociedad (arts. 365 y 366 LSC). Las causas de disolución están enumeradas en el art. 363 LSC⁸⁵, y en caso de que concurra cualquiera de ellas, los administradores tienen un plazo de 2 meses para convocar la Junta General (art. 365.1 LSC). Entonces la Junta podrá elegir entre acordar la disolución o bien proceder a adoptar las medidas necesarias para la remoción de la causa de disolución (art. 365.2 LSC). Si la Junta General convocada no hubiera podido constituirse válidamente o no hubiera acordado la disolución, y persistiera la causa de disolución transcurridos 2 meses —desde el día previsto para la celebración de la Junta o desde el día en que se celebró—, los administradores deberán solicitar la disolución de la sociedad al juez (art. 366.2 LSC). En otras palabras, los deberes legales específicos de los administradores son: el deber de convocatoria de la Junta general, a los efectos de que ésta delibere y acuerde la remoción de la causa de disolución o, en otro caso, la disolución de la sociedad; y, en el supuesto en que no se disuelva la sociedad persistiendo la causa de disolución, el deber de solicitud de la disolución judicial ante el juez de lo mercantil del domicilio social.

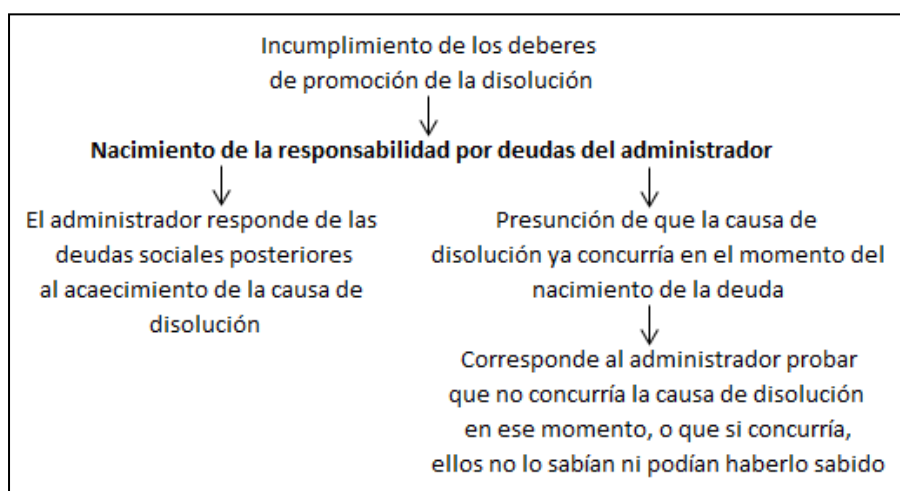


⁸⁵ Son las siguientes: a) cese en el ejercicio de la actividad que constituya el objeto social; b) conclusión de la empresa que constituya el objeto de la sociedad; c) imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social; d) paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento; e) pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social (siempre que no exista insolvencia, en cuyo caso procede la declaración del concurso y no la disolución); f) reducción del capital social por debajo del mínimo legal que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley; g) violación sobrevenida y duradera del límite impuesto a la emisión de participaciones o acciones sin voto y, en fin, h) cualquier otra que se establezca en los estatutos.

4.2.2. La responsabilidad por pérdidas, con especial referencia al supuesto de causa de disolución por pérdidas graves

Cuando los administradores incumplen los deberes de promoción de la disolución se convierten en responsables solidarios junto con la sociedad por las deudas sociales contraídas tras el acaecimiento de la causa de disolución (art. 367.1 LSC). Es decir, la responsabilidad de los administradores se extiende sólo a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución, independientemente de la naturaleza de éstas (legales, contractuales, extracontractuales...).

Por lo general, determinar cuál es la fecha de concurrencia de la causa de disolución no resulta nada sencillo. Por ello, la ley establece la presunción de que las obligaciones sociales reclamadas son posteriores al acaecimiento de la causa de disolución (art. 367.2 LSC). Esto debe entenderse como una inversión de la carga de la prueba, es decir: no corresponde al acreedor probar el momento de la concurrencia de la causa de disolución y su conocimiento por los administradores —algo que podría presentar grandes dificultades—, sino que juega a su favor la presunción de que la causa de disolución ya concurría en el momento del nacimiento de su crédito (en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 30-6-2010). Así pues, corresponde a los administradores, a quienes se exige el pago, desvirtuar la presunción (probando que la causa no concurría o que, si concurría, ellos no tenían conocimiento ni podían haberlo tenido).



La responsabilidad por pérdidas cobra pleno sentido cuando la causa de disolución concurrente es la de pérdidas graves del capital social (art. 363.1.e) LSC). Recuérdese a estos efectos que la sociedad responde con su patrimonio del cumplimiento de sus obligaciones el tráfico. De este modo, la insuficiencia patrimonial

supone, en realidad, la traslación del riesgo de empresa a los terceros que se relacionan con la sociedad en el tráfico. La amenaza de la responsabilidad motiva a los administradores a cumplir sus deberes de convocatoria de la Junta o solicitud de disolución judicial. Esto tiene sentido también desde el punto de vista de los acreedores, ya que, en caso de incumplimiento de los deberes, podrán intentar cobrar sus créditos reclamando a los administradores responsables (en lugar de reclamarlos directamente a una sociedad que atraviesa una mala situación económica)⁸⁶.

Para que concurra esta causa de disolución las pérdidas deben haber reducido el patrimonio neto a un valor inferior a la mitad del capital social. En este sentido, es indiferente la causa de las pérdidas (resultados negativos de actividades ordinarias o extraordinarias, la realización de dotaciones para amortizaciones o provisiones por imperativo legal...), el carácter de las mismas (repentinas o resultado de un proceso de deterioro) y si existen o no posibilidades objetivas de recuperación.

En caso de que existan posibilidades de recuperación, deberán hacerse efectivas antes de que transcurra el plazo para el cumplimiento del deber de convocatoria y, en caso de fracaso de la Junta convocada⁸⁷, antes de que transcurra el plazo para el cumplimiento del deber de solicitud de disolución judicial. La desaparición de las pérdidas graves puede tener lugar por causa económica o por causa jurídica, y en cualquiera de los dos casos desaparece la obligación de los administradores de convocar la Junta o, subsidiariamente, de solicitar la disolución judicial:

- 1) La desaparición económica sucede cuando la sociedad obtiene resultados positivos que permiten enjugar las pérdidas en medida suficiente.
- 2) La desaparición jurídica consiste en que la sociedad adopte o ejecute acuerdos sociales que, directa o indirectamente, produzcan el efecto de enjugar las pérdidas. Como medidas directas podemos citar, entre otras, el aumento y/o reducción del capital social⁸⁸. Por su parte, las medidas indirectas no tienen por finalidad primaria la eliminación de la causa de disolución, sino la modificación

⁸⁶ Sólo los créditos que sean posteriores a la concurrencia de la causa de disolución.

⁸⁷ Puede suceder que los socios, apreciando la proximidad de la recuperación, voten en contra de la disolución. De este modo dan margen de maniobra a los administradores, que han cumplido con su deber de convocatoria (y por tanto, evitan la sanción de responsabilidad) y ahora tienen otro plazo de dos meses para cumplir con el deber de solicitud de la disolución judicial, período durante el cual puede materializarse la recuperación. Así pues, en total cuentan con un plazo de cuatro meses para remover la causa de disolución.

⁸⁸ Cabe mencionar que el simple acuerdo de aumento o de reducción no basta por sí sólo para eliminar la causa de disolución, tiene que llevarse a cabo efectivamente la operación de aumento o de reducción (o la operación combinada de aumento y reducción simultáneos) para producir ese efecto.

de la normativa aplicable a la sociedad de manera que la pérdida de la mitad del capital social deje de constituir causa de disolución (por ejemplo, pasar de SA o SL a sociedad colectiva o sociedad comanditaria simple) o modificar los métodos o criterios contables empleados de manera que varíe el cálculo de las pérdidas.

Debe quedar claro que una situación de pérdidas graves no tiene por qué ser, necesariamente, una situación de insolvencia⁸⁹. Producida la situación de insolvencia de la sociedad (como consecuencia de esas pérdidas o por cualquier otro motivo) lo que procede no es la disolución, sino que los administradores soliciten la declaración de concurso de acreedores (arts. 3.1 *in fine* y 5.1 LC en relación con art. 363.1.e) LSC)⁹⁰. De lo contrario los administradores se arriesgan a que el concurso pueda calificarse como culpable y verse afectados por tal calificación (arts. 164, 172 y 172 bis. LC).

La insolvencia de la sociedad no constituye, por tanto, causa de disolución (art. 361.1 LSC), y la declaración de concurso no constituye tampoco por sí sola causa de disolución. Ahora bien, en el concurso de la sociedad que todavía no estuviese disuelta, la apertura de la fase de liquidación sí que produciría su disolución de pleno derecho (art. 361.2 LSC).

Esta causa de disolución en particular concurre desde que los administradores conocieran o hubieran debido conocer la existencia de las pérdidas, momento en el que surge el deber de convocatoria. Normalmente son los documentos contables los que dan la voz de alarma, aunque las pérdidas pueden llegar a ser tan manifiestas que los administradores no puedan ignorarlas sin necesidad de documento contable alguno. Es decir, a partir del momento en que los administradores no puedan ignorar el desequilibrio patrimonial comienza el plazo para que convoquen la Junta General⁹¹. Cuando los administradores convocan la Junta General transcurridos ya dos meses desde el acaecimiento de la causa de disolución, son irrelevantes la importancia del

⁸⁹ Las pérdidas graves implican la pérdida de la mitad del capital social sin que la sociedad se encuentre en una situación en que no pueda hacer frente a sus obligaciones (es decir, sin estado de insolvencia). En cambio, la sociedad será insolvente y, por tanto, deberá entrar en concurso, cuando con todos sus activos no pueda hacer frente a sus pasivos, haya o no perdido la mitad de su capital.

⁹⁰ Cabe mencionar que, durante el concurso, los acreedores de la sociedad concursada no pueden reclamar el pago a los administradores que hubieran incumplido los deberes legales (arts. 50.2 y 51 bis. 1 de la Ley Concursal).

⁹¹ El plazo de 2 meses para solicitar la disolución judicial de la sociedad empezará a correr, en su caso, desde el día de la fecha prevista para la celebración de la Junta General convocada o desde el día de la Junta. Los presupuestos son dos: 1) que la Junta General no hubiera podido constituirse o no hubiera adoptado el acuerdo de disolución y 2) que subsista la causa de disolución.

retraso (días, meses...) y la causa del retraso (problemas con el auditor, disensiones entre los administradores, etc.): serán igualmente responsables de las nuevas deudas que haya contraído la sociedad, hasta el momento del cumplimiento tardío⁹². Esto es, una vez cumplido el deber, los administradores dejarán de responder por las nuevas obligaciones de la sociedad, pero continuarán siendo responsables de las contraídas entre el momento en que incurrieron en retraso y el momento del cumplimiento.

4.2.3. Naturaleza de la responsabilidad y carácter solidario. Posibilidad de exoneración

La responsabilidad por pérdidas se configura como una sanción: como consecuencia del incumplimiento de un deber legal específico, los administradores pasan a responder solidariamente de las obligaciones de la sociedad (se convierten en responsables solidarios, entre sí y con la sociedad). Esto quiere decir que los titulares de créditos frente a la sociedad surgidos tras la concurrencia de la causa de disolución podrán exigir el pago no sólo a la sociedad, sino también a cualquiera de los administradores a quienes sea imputable el incumplimiento. Más concretamente, podrá dirigirse contra cualquiera de los sujetos mencionados o contra todos ellos (o algunos de ellos) simultáneamente, y también demandarlos sucesivamente mientras no resulte cobrada la deuda por completo⁹³. Cuando se produce el pago al acreedor debemos distinguir dos supuestos:

- 1) Si el pago lo realiza cualquiera de los administradores, se abre la vía de regreso: dicho administrador tiene derecho a reclamar la totalidad del pago a la sociedad⁹⁴ o a cada uno de los demás administradores responsables la parte que le corresponda (y éstos a su vez podrán exigir a la sociedad el pago de la parte satisfecha por ellos).
- 2) Si el pago lo realiza la sociedad, la obligación se extingue y no existe vía de regreso contra los administradores (aunque sean responsables solidarios).

La sanción de responsabilidad se impondrá, en principio, a todos los que integren el órgano de administración el día del vencimiento del plazo para el cumplimiento de los deberes legales (en el caso del Consejo de Administración, con

⁹² Lo mismo para el deber de solicitud de la disolución judicial.

⁹³ En la mayoría de los casos lo que sucede es que los acreedores no reclaman el pago a los administradores si existe patrimonio social suficiente.

⁹⁴ En la práctica la vía de regreso contra la sociedad no suele operar porque, como hemos dicho, las reclamaciones a los administradores sólo se producen cuando la sociedad carece de patrimonio social suficiente.

independencia de que exista o no delegación). También se extenderá, en su caso, a los administradores de hecho.

Ahora bien, no podrán ser sancionados los administradores que prueben que hicieron todo lo necesario para evitar el incumplimiento de los deberes legales específicos⁹⁵ y, en caso de Consejo de Administración, los que se opusieran expresamente al acuerdo del órgano de no convocar Junta General. Asimismo, quedarán liberados de responsabilidad los administradores que cesen en el cargo antes del inicio del plazo de dos meses fijado para cumplir los deberes legales (salvo que sigan siendo administradores de hecho). Obviamente, una cesación que se produzca después del inicio de dicho plazo no podrá servir para evitar la sanción, aunque en tal caso la responsabilidad sólo podrá exigirse en un plazo de cuatro años a contar desde el cese en el cargo (art. 949 Código de Comercio). En cambio, si el administrador continúa siéndolo —es decir, no cesa en el cargo— el plazo para exigir su responsabilidad será, a falta de pacto expreso, de 15 años (art. 1964 Código Civil).

4.2.4. Responsabilidad por pérdidas y responsabilidad por daños

Es muy importante distinguir la responsabilidad por daños de la responsabilidad por pérdidas. Esta última consiste en hacer a los administradores solidariamente responsables de obligaciones sociales como consecuencia de haber incumplido determinados deberes legales. Es decir, se busca sancionar a los administradores que no promuevan la disolución de la sociedad o el concurso de acreedores cuando procedan. La responsabilidad por daños, en cambio, pretende indemnizar los daños causados por los administradores a la sociedad, los socios o terceros.

Los presupuestos de ambas responsabilidades también varían. La responsabilidad por pérdidas sólo requiere que los administradores hayan incumplido sus deberes legales de promoción de la disolución y que exista una obligación social no atendida por la sociedad. Ni siquiera es necesario que se haya producido un daño. En cambio, como ya hemos visto, la responsabilidad por daños exige que concurran los siguientes tres requisitos: 1) comportamiento antijurídico y culpable del administrador; 2) existencia de un daño, y 3) relación de causalidad entre el comportamiento del administrador y el daño causado.

⁹⁵ Es decir, no basta con que los administradores intentaran evitar o atenuar las consecuencias del incumplimiento, tienen que haber hecho todo lo posible para evitar el propio incumplimiento.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE del 13 de junio de 2012: «La responsabilidad por daños exige culpa, daño y relación de causalidad, rigiendo un criterio de imputación de responsabilidad de índole subjetivo; la responsabilidad por deudas sociales no requiere relación de causalidad ni reproche de culpabilidad —aunque sí de imputabilidad de la conducta—.»

En cualquier caso, la responsabilidad por pérdidas y la responsabilidad por daños pueden llegar a acumularse. Esto sucedería en el supuesto de que el incumplimiento de los deberes legales de promoción de la disolución haya causado daños en el patrimonio social o en el individual. Entonces los administradores no sólo responderían frente a la sociedad y/o los socios y acreedores, sino que además serían responsables de las nuevas obligaciones contraídas por la sociedad. Como consecuencia, el acreedor dispondría de dos acciones: una para exigir el pago de la obligación social surgida tras la concurrencia de la causa de disolución y otra para exigir la reparación de los daños.

4.3. RESPONSABILIDAD CONCURSAL

4.3.1. La situación de insolvencia y los administradores

Se considera que una sociedad se encuentra en estado de insolvencia cuando no puede cumplir regularmente las obligaciones que le son exigibles (art. 2.2 LC). Hoy en día, la Ley considera el estado de insolvencia como una posibilidad lícita⁹⁶. Es decir, el estado de insolvencia ya no merece por sí mismo una consideración negativa, ni una respuesta represiva, pues es compatible con el normal desenvolvimiento de la actividad económica en el mercado. La insolvencia es, en muchas ocasiones, consecuencia del riesgo inherente al tráfico en el que la sociedad desarrolla su actividad.

Sin embargo, a veces la insolvencia puede tener su origen en —o haber sido agravado por— la conducta de los administradores de la sociedad concursada. En tales casos se hace necesario depurar las pertinentes responsabilidades, y de ahí la existencia de una sección de calificación del concurso, separada del procedimiento general.

⁹⁶ Por ello, se despoja al instituto concursal de su antigua función represora de la mera insolvencia.

4.3.2. La sección de calificación del concurso

La apertura de la sección de calificación se hace depender de la solución del concurso de acreedores. De hecho, se reserva únicamente para tres supuestos (art. 167.1 LC):

- 1) Cuando, habiéndose aprobado el correspondiente convenio, se establezca para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años⁹⁷.
- 2) En caso de incumplimiento del convenio en el que se establezca una quita inferior a un tercio o una espera inferior a tres años.
- 3) En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación.

Como consecuencia de este criterio de oportunidad, es muy alto el número de supuestos excluidos de la valoración de conductas que supone la sección de calificación⁹⁸. Mejor solución sería, en este sentido, la propuesta por García-Cruces⁹⁹: establecer como regla general la apertura de la sección de calificación en todo caso, con algunas excepciones tasadas¹⁰⁰.

Una vez abierta, en su caso, la sección de calificación, entra en consideración un segundo criterio: el de culpabilidad. Es decir, para que el concurso se califique como culpable —y nazca la responsabilidad concursal del administrador— será necesario que en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave por parte del administrador¹⁰¹. En caso contrario, el concurso simplemente se calificará como fortuito y no tendrán lugar más consecuencias.

Dado que es difícil probar la existencia de dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia, se prevé un sistema de presunciones legales. Podemos distinguir entre presunciones absolutas y relativas de concurso culpable. Las

⁹⁷ Así pues, si el convenio dispone una espera superior a tres años pero incorpora una quita inferior a un tercio del importe de los créditos, o a la inversa, no procederá la apertura de la sección de calificación.

⁹⁸ A este respecto, podría llegar a darse el caso de que una determinada actuación de los administradores relacionada con el origen o agravamiento del estado de insolvencia fuera castigada penalmente y, sin embargo, no tuviera consecuencias en el plano civil (responsabilidad concursal).

⁹⁹ GARCÍA CRUCES, J. A., «La responsabilidad concursal», en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Rojo *et al.* (dir.), 5ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 301.

¹⁰⁰ Por ejemplo, casos en los que se hubiera aprobado un convenio que permitiera la íntegra satisfacción de todos los créditos concursales un plazo no superior a tres años, etc.

¹⁰¹ Es necesario que el comportamiento doloso o culposo tenga un nexo causal con la situación de insolvencia. No hace falta que ésta sea consecuencia exclusiva de dicho comportamiento, pero el comportamiento debe tener cierta relevancia. En resumen, la conducta del administrador debe haber sido un desencadenante de la generación o agravación de la insolvencia.

primeras no admiten prueba en contrario, lo que significa que siempre que concurren los hechos en ellas descritos, se calificará el concurso como culpable sin más consideraciones¹⁰². En cambio, las presunciones relativas sí que admiten prueba en contrario, es decir, los administradores podrán destruir la presunción de concurso culpable demostrando que no concurre alguno de los presupuestos a que se sujeta¹⁰³.

4.3.3. El concurso culpable y sus consecuencias. La responsabilidad concursal

La declaración de concurso culpable por el juez tiene dramáticas consecuencias para las personas afectadas por la calificación, entre las que pueden encontrarse los administradores —de derecho o de hecho— de la persona jurídica concursada (arts. 164 y 172.2 1º, 2º y 3 LC)¹⁰⁴:

- 1) La inhabilitación para administrar bienes ajenos durante un período de 2 a 15 años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período¹⁰⁵. Para la determinación del plazo se atenderá a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos (agravación por reincidencia).
- 2) La pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa concursal y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio de la sociedad o hubieran recibido de la

¹⁰² Son las siguientes (art. 164.2 LSC): 1) incumplimiento sustancial o cumplimiento defectuoso del deber de llevanza de la contabilidad; 2) aportación de documentos falsos o con inexactitudes graves al procedimiento concursal; 3) apertura de la liquidación acordada de oficio por el juez ante el incumplimiento del convenio imputable al administrador; 4) alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores; 5) realización de actos indebidos que retrasen, dificulten o impidan la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación; 6) cuando durante los dos años anteriores a la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio de la sociedad concursada bienes o derechos, y 7) cuando antes de la fecha de declaración de concurso el administrador hubiera realizado cualquier acto dirigido a simular una situación patrimonial ficticia de la sociedad.

¹⁰³ Son las siguientes (art. 165 LSC): 1) incumplimiento del deber de solicitud de la declaración del concurso; 2) incumplimiento del deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal; 3) incumplimiento del deber de formulación de las cuentas anuales; 4) incumplimiento, en su caso, del deber de someter las cuentas anuales a auditoría, y 5) incumplimiento del deber de depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

¹⁰⁴ Podrán ser calificados culpables todos los administradores, de hecho o de derecho, o sólo algunos de ellos.

¹⁰⁵ Esto supone, para el administrador de la sociedad, la pérdida de su medio de vida (art. 213 LSC). Así pues, el inhabilitado cesará inmediatamente en los cargos de administrador que ocupe, y si fuera nombrado administrador con posterioridad, tal nombramiento sería nulo. Pero además, el art. 13 del Código de Comercio prohíbe a los inhabilitados en virtud de la Ley Concursal tener intervención económica en compañías mercantiles, lo que significa que no pueden ser socios.

masa activa¹⁰⁶, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Pero, además, la sentencia de calificación puede disponer la responsabilidad concursal de los administradores, algo de una extraordinaria relevancia práctica. Esto es, el juez puede condenar a la cobertura total o parcial del déficit concursal¹⁰⁷ a todos o algunos de los administradores que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación (art. 172 bis. LC)¹⁰⁸. La cantidad obtenida a través de esta condena pasará a integrar la masa activa y servirá para el pago a los acreedores (art. 172 bis. 3 LC).

Naturalmente esta posible responsabilidad concursal no se extiende a cualquier supuesto, sino que se reserva para aquellos más graves —función punitiva—. Resulta necesaria la concurrencia de dos presupuestos:

- 1) No basta con que el concurso sea calificado como culpable, sino que tiene que llegarse a tal calificación por haberse abierto o reabierto la sección de calificación como consecuencia de la apertura de la liquidación. Así se evita que la sociedad concursada acuda alegremente a la liquidación, obligándola en la medida de lo posible a la adopción de un convenio.
- 2) La masa a liquidar debe ser insuficiente para satisfacer íntegramente todos los créditos concursales.

La sentencia que declare la responsabilidad concursal deberá motivar dicha condena suficientemente (en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20-6-2012). Además, en caso de pluralidad de condenados, también tendrá que individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos de acuerdo con su participación en los hechos (art. 172 bis. 1 LC).

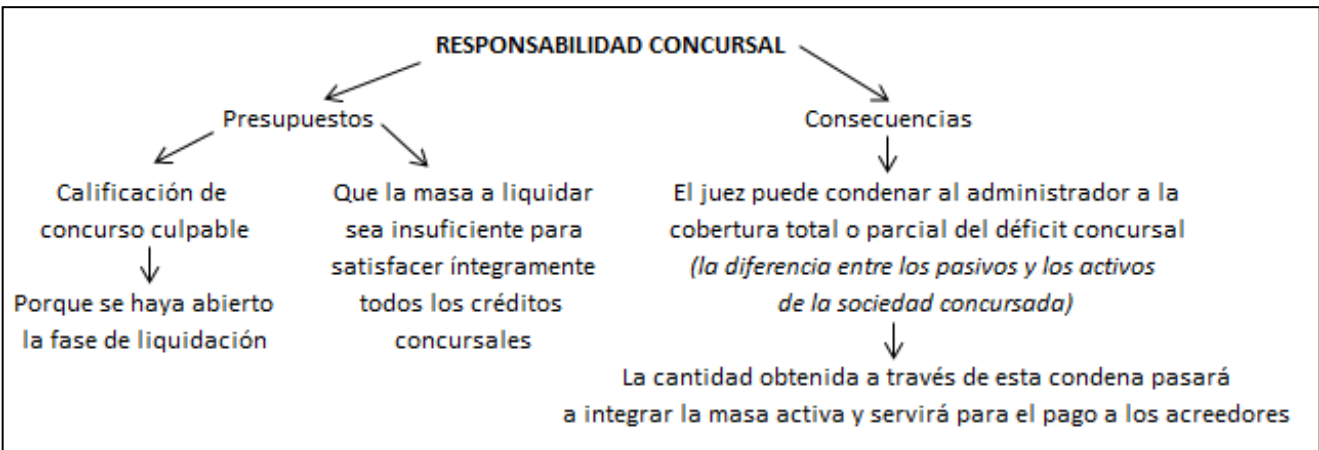
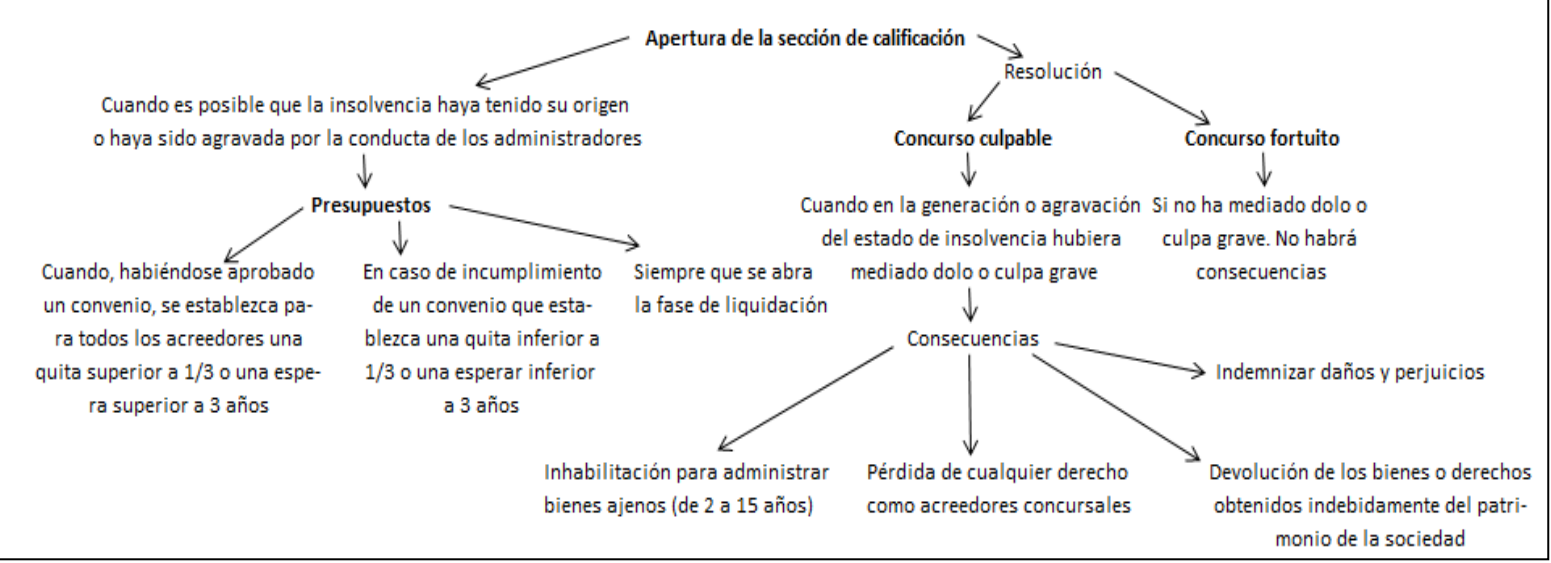
Por último, cabe mencionar que existe la posibilidad, ya en el momento de la declaración de concurso¹⁰⁹, de que el juez adopte como medida cautelar el embargo de bienes y derechos de los administradores (art. 48 ter LC). El objetivo es que pueda hacerse realidad una eventual condena de responsabilidad.

¹⁰⁶ En los supuestos de percepción de salarios, retribuciones, etc., habrá que valorar si estaban justificados o no.

¹⁰⁷ El déficit concursal se calcula de acuerdo con la siguiente fórmula: (Importe de los créditos que integran la masa pasiva + créditos contra la masa) – importe de los bienes que integran la masa activa.

¹⁰⁸ Dado que la sentencia de calificación debe delimitar claramente el alcance subjetivo y cuantitativo de la responsabilidad que se declara, la labor del juez resulta extraordinariamente delicada: debe verificar cuál ha sido la conducta seguida por cada administrador y, en consecuencia, justificar la particular condena (o en su caso, absolución) de forma individualizada.

¹⁰⁹ Siempre que resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit concursal (art. 48 ter 1 in fine).



4.3.4. La responsabilidad concursal, la responsabilidad por daños y la responsabilidad por deudas

No podemos dejar de hablar acerca de la incidencia que puede tener la declaración de concurso de la sociedad sobre el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra sus administradores (acción social, acción individual y acción de responsabilidad por deudas).

Por lo que respecta a la acción social de responsabilidad, debemos recordar que su finalidad es resarcir a la sociedad del daño causado por el administrador. Así pues, la eventual indemnización a la que tuvieran que hacer frente los administradores se integrará dentro del patrimonio social. Desde este punto de vista, resulta indudable la relevancia de esta acción y de su ejercicio en el concurso de la sociedad, ya que la consecuencia a la que puede conducir no es sino a incrementar la masa activa —aumentando así las probabilidades de satisfacción de los acreedores—. Cabe mencionar que la declaración de concurso no impide el ejercicio de esta acción social, si

bien cambian las reglas de legitimación: sólo podrá interponerla la administración concursal (art. 48 quáter LC).

En cuanto a la acción individual de responsabilidad la declaración de concurso no despliega efecto alguno sobre ella. En primer lugar porque una condena indemnizatoria no incidirá en la masa activa del concurso, sino que recaerá sobre el patrimonio personal de los administradores condenados a indemnizar. En segundo lugar porque la finalidad de dicha indemnización es reparar el daño causado directamente en el patrimonio personal de un socio o tercero, de manera que no estamos ante un crédito concursal. Ahora bien, esto no quiere decir que la acción individual sea totalmente irrelevante desde la perspectiva concursal. El patrimonio de los administradores es finito y al hacer uso de la acción individual algunos acreedores concursales podrían beneficiarse en detrimento de otros.

Finalmente, la acción de responsabilidad por deudas reviste una extraordinaria importancia en un contexto de concurso de la sociedad: a través del ejercicio de esta acción sería posible, en principio, obtener el pago de determinados créditos concursales con cargo al patrimonio personal de los administradores sociales —y no con cargo a la masa activa del concurso—. Sin embargo, se prohíbe expresamente que, tras la declaración del concurso, los acreedores de la sociedad concursada puedan ejercitar esta acción (art. 50.2 LC). Además, las acciones de responsabilidad por deudas que se hubieran ejercitado antes de la declaración de concurso se verán suspendidas (art. 51 bis. 1 LC). La prohibición de ejercicio de la acción finalizará una vez terminado el concurso, y también el procedimiento paralizado —si la acción se hubiera ejercitado antes de la declaración de concurso— se reanudará a partir de dicho momento.

La razón de esta prohibición o suspensión de la acción de responsabilidad por deudas es, de nuevo, que el patrimonio de los administradores es finito. De este modo se consiguen dos cosas:

- 1) Preservar el patrimonio del administrador en atención a una eventual responsabilidad por daños o concursal.
- 2) Evitar que los acreedores sociales escapen del concurso en detrimento de otros acreedores¹¹⁰.

¹¹⁰ Hay que tener en cuenta que el concurso de acreedores es una comunidad de pérdidas, regida por el principio *par conditio creditorum*. Es decir, todos los acreedores han de ser tratados por igual. De lo contrario, las ejecuciones singulares podrían malbaratar los derechos de los acreedores menos enterados o rápidos.

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES

El papel de los administradores dentro de una sociedad de capital es clave. Sobre ellos recae la responsabilidad de planear, organizar, dirigir y controlar las actividades de la empresa, de tal manera que ésta alcance sus objetivos eficientemente. Pese a ello, todavía existen hoy quienes creen que con la capacidad de administrar se nace, o dicho de otro modo, que resulta inútil tratar de formar a personas para administrar. Pero la complejidad adquirida por las organizaciones empresariales y sus circunstancias lo hace imprescindible. Es decir, hacen falta administradores profesionales¹¹¹.

Los conocimientos que un administrador profesional debe poseer son muy variados: financieros, económicos, contables, estadísticos, de recursos humanos, de idiomas... Por supuesto, la mayoría pueden adquirirse estudiando un Grado especializado en Administración y Dirección de Empresas. Sin embargo, hay un aspecto en concreto en el que no se incide lo suficiente: el jurídico. Existe una tendencia a pensar que el administrador puede olvidarse de los temas legales «externalizándolos» a los abogados de la compañía (formen parte de un departamento de la misma o sean verdaderamente externos a ella)¹¹². Si bien la necesidad de contar con el consejo de expertos en Derecho es indiscutible, no debe caerse en el error de creer que el administrador está totalmente liberado de unos conocimientos jurídicos mínimos. Por lo menos, en lo referente a sus deberes legales como administrador; de lo contrario, tal y como hemos visto, podría acabar incurriendo en responsabilidad. En definitiva, no se trata de que el administrador sea también abogado, sino de que no sea un completo ignorante en cuanto a las consecuencias que puede tener su trabajo en su esfera personal (especialmente, en su patrimonio privado).

Dichas consecuencias han sido expuestas a lo largo de este trabajo, de acuerdo con el objetivo fijado en la introducción de elaborar una pequeña guía para los administradores de sociedades de capital, explicándoles cómo deben y cómo no deben actuar si quieren evitar:

- 1) Responder de determinadas deudas de la sociedad administrada con su

¹¹¹ Ahora bien, muchas instituciones educativas preparan al administrador más como un mero técnico —incapaz de generar innovaciones en su campo de trabajo— que como un verdadero profesional.

¹¹² En muchos casos incluso se espera a que haya surgido el problema, cuando con carácter general sería posible atajarlo con un asesoramiento legal previo.

patrimonio personal. En concreto, de las deudas nacidas después del incumplimiento por parte del administrador de su deber de promoción de la disolución de la sociedad. Por ello, es completamente imprescindible que el administrador sepa cuándo procede que promueva la disolución y en qué plazos.

- 2) Responder, con su patrimonio personal, de los daños causados a la sociedad en el ejercicio del cargo de administrador. Aquí su conducta deberá haber sido dolosa o gravemente negligente. Partiendo de una hipótesis de buena fe del administrador, cobra especial importancia que éste conozca el contenido del deber de diligencia y el funcionamiento general de la *business judgment rule*. No es una cuestión baladí, ya que los daños pueden ser muy cuantiosos.
- 3) Ser inhabilitados para ejercer su profesión durante un período de 2 a 15 años, en el supuesto de calificación culpable del concurso de acreedores de la sociedad administrada. A este respecto, resulta especialmente trascendente para el administrador el conocimiento sobre las presunciones de culpabilidad que establecen los arts. 164.2 y 165 LC. Así será más probable que pueda evitar incurrir en ellas.
- 4) Responder, con su patrimonio personal, del déficit concursal de la sociedad. Cuando en caso de liquidación todos los activos de una sociedad son insuficientes para pagar a sus acreedores, ese déficit no suele ser una cifra desdeñable. De nuevo, conviene que los administradores conozcan las presunciones de culpabilidad ya mencionadas, pues para que se les imponga la responsabilidad por el déficit concursal primero es necesario que sean declarados culpables por dolo o negligencia grave.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que existen muchas otras normas que pueden llegar a afectar a los administradores sociales, sobre todo en el ámbito administrativo (por ejemplo, responsabilidades tributaria y laboral y de Seguridad Social) y en sectores económicos específicos que les imponen deberes más exigentes (como los mercados financieros, la banca y los seguros, las telecomunicaciones, etc.). Sin embargo, por su elevado número y dispersión dentro del ordenamiento jurídico, no eran abarcables por un trabajo de estas características. Respecto de la responsabilidad penal que puede recaer tanto sobre la sociedad como sobre sus administradores, sin duda es un tema digno de otro Trabajo de Fin de Grado, pero precisamente por eso hemos decidido dejarlo a un lado. Éstas son las principales limitaciones a las que nos

hemos enfrentado.

En cualquier caso, podemos concluir que la mejor y casi única forma de evitar responsabilidades en el ejercicio del cargo de administrador es demostrar una diligencia ejemplar y saber las consecuencias de haber aceptado el cargo. En este sentido, el trabajo aquí realizado resulta de gran utilidad, ya que, a diferencia de los manuales de Derecho mercantil especializados, huye del lenguaje jurídico más rebuscado y complejo e intenta centrarse exclusivamente en las cuestiones de mayor relevancia práctica para el administrador.

BIBLIOGRAFÍA

Monografías y artículos científicos

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Rojo et al. (dir.), 5ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 249.

GARCÍA-CRUCES, J. A., «La responsabilidad concursal», en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Rojo et al. (dir.), 5ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 295.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (dir.), *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo*, Aranzadi, Navarra, 2015.

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*, Aranzadi, Navarra, 2014.

JUSTE MENCÍA, J. (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

LARA GONZÁLEZ, R., «La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad», en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Rojo et al. (dir.), 5ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 89.

LLEBOT MAJÓ, J. O., «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Rojo et al. (dir.), 5ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 23.

MARTÍNEZ SANZ, F., «Los administradores responsables», en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Rojo et al. (dir.), 5ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 55.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2007.

Otra documentación

HERNANDO MENDIVIL, J., «Carga de la prueba en el nuevo artículo 226 LSC

(*business judgment rule*)», en *Almacén de Derecho* (<http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/01/carga-de-la-prueba-en-el-nuevo-articulo.html>), enero de 2015. Consultado el día 11 de febrero de 2016.

PAZ-ARES, C., «Anatomía del deber de lealtad», en *Actualidad jurídica de Uría Menéndez* 39, enero de 2015, pp. 43-65.

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

ANEXO I: PRECEPTOS LEGALES EMPLEADOS

A) Ley de Sociedades de Capital

Artículo 1 Sociedades de capital

1. Son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones.
2. En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.
3. En la sociedad anónima el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.
4. En la sociedad comanditaria por acciones, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo.

Artículo 22 Contenido de la escritura de constitución

1. En la escritura de constitución de cualquier sociedad de capital se incluirán, al menos, las siguientes menciones:
 - a) La identidad del socio o socios.
 - b) La voluntad de constituir una sociedad de capital, con elección de un tipo social determinado.
 - c) Las aportaciones que cada socio realice o, en el caso de las anónimas, se haya obligado a realizar, y la numeración de las participaciones o de las acciones atribuidas a cambio.
 - d) Los estatutos de la sociedad.
 - e) La identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad.
2. Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada, la escritura de constitución determinará el modo concreto en que inicialmente se organice la administración, si los

estatutos prevén diferentes alternativas.

3. Si la sociedad fuera anónima, la escritura de constitución expresará, además, la cuantía total, al menos aproximada, de los gastos de constitución, tanto de los ya satisfechos como de los meramente previstos hasta la inscripción.

Artículo 23 Estatutos sociales

En los estatutos que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital se hará constar:

- a)** La denominación de la sociedad.
- b)** El objeto social, determinando las actividades que lo integran.
- c)** El domicilio social.
- d)** El capital social, las participaciones o las acciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa. En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada en régimen de formación sucesiva, en tanto la cifra de capital sea inferior al mínimo fijado en el artículo 4, los estatutos contendrán una expresa declaración de sujeción de la sociedad a dicho régimen. Los Registradores Mercantiles harán constar, de oficio, esta circunstancia en las notas de despacho de cualquier documento inscribible relativo a la sociedad, así como en las certificaciones que expidan.

Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada expresará el número de participaciones en que se divida el capital social, el valor nominal de las mismas, su numeración correlativa y, si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de éstos.

Si la sociedad fuera anónima expresará las clases de acciones y las series, en caso de que existieran; la parte del valor nominal pendiente de desembolso, así como la forma y el plazo máximo en que satisfacerlo; y si las acciones están representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En caso de que se representen por medio de títulos, deberá indicarse si son las acciones nominativas o al portador y si se prevé la emisión de títulos múltiples.

- e)** El modo o modos de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren.

En las sociedades comanditarias por acciones se expresará, además, la identidad de los socios colectivos.

f) El modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad.

Artículo 159 Junta general

1. Los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta.
2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general.

Artículo 160 Competencia de la junta

Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos:

- a) La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social.
- b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.
- c) La modificación de los estatutos sociales.
- d) El aumento y la reducción del capital social.
- e) La supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente.
- f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.
- g) La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero.
- h) La disolución de la sociedad.
- i) La aprobación del balance final de liquidación.
- j) Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos.

Artículo 161 Intervención de la junta general en asuntos de gestión

Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234.

Artículo 164 Junta ordinaria

1. La junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado.
2. La junta general ordinaria será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo.

Artículo 204 Acuerdos impugnables

1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

2. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación. Si la revocación o sustitución hubiera tenido lugar después de la interposición, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor.

3. Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos:

- a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante.
- b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación.
- c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano.
- d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

Presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento.

Artículo 209 Competencia del órgano de administración

Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley.

Artículo 210 Modos de organizar la administración

1. La administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración.
2. En la sociedad anónima, cuando la administración conjunta se confíe a dos administradores, éstos actuarán de forma mancomunada y, cuando se confíe a más de dos administradores, constituirán consejo de administración.
3. En la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos sociales podrán establecer

distintos modos de organizar la administración atribuyendo a la junta de socios la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria.

4. Todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos sociales, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil.

Artículo 212 Requisitos subjetivos

1. Los administradores de la sociedad de capital podrán ser personas físicas o jurídicas.
2. Salvo disposición contraria de los estatutos, para ser nombrado administrador no se requerirá la condición de socio.

Artículo 212 bis Administrador persona jurídica

1. En caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo.
2. La revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya. Esta designación se inscribirá en el Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 215.

Artículo 213 Prohibiciones

1. No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio.
2. Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal.

Artículo 214 Nombramiento y aceptación

1. La competencia para el nombramiento de los administradores corresponde a la junta de socios sin más excepciones que las establecidas en la ley.
2. En defecto de disposición estatutaria, la junta general podrá fijar las garantías que los administradores deberán prestar o relevarlos de esta prestación.
3. El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación.

Artículo 215 Inscripción del nombramiento

1. El nombramiento de los administradores, una vez aceptado, deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil haciendo constar la identidad de los nombrados y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente.
2. La presentación a la inscripción deberá realizarse dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación.

Artículo 217 Remuneración de los administradores

1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración.
2. El sistema de remuneración establecido determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes:
 - a) una asignación fija,
 - b) dietas de asistencia,
 - c) participación en beneficios,
 - d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia,
 - e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución,
 - f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviere motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y
 - g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.
3. El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en

su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

4. La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.

Artículo 218 Remuneración mediante participación en beneficios

1. Cuando el sistema de retribución incluya una participación en los beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma. En este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales.

2. En la sociedad de responsabilidad limitada, el porcentaje máximo de participación en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios.

3. En la sociedad anónima, la participación solo podrá ser detrída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.

Artículo 219 Remuneración vinculada a las acciones de la sociedad

1. En la sociedad anónima, cuando el sistema de remuneración de los administradores incluya la entrega de acciones o de opciones sobre acciones, o retribuciones referenciadas al valor de las acciones deberá preverse expresamente en los estatutos sociales y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas.

2. El acuerdo de la junta general de accionistas deberá incluir el número máximo de

acciones que se podrán asignar en cada ejercicio a este sistema de remuneración, el precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones, el valor de las acciones que, en su caso, se tome como referencia y el plazo de duración del plan.

Artículo 221 Duración del cargo

1. Los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, en cuyo caso podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración.
2. Los administradores de la sociedad anónima ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, que no podrá exceder de seis años y deberá ser igual para todos ellos.

Los administradores podrán ser reelegidos para el cargo, una o varias veces, por períodos de igual duración máxima.

Artículo 223 Cese de los administradores

1. Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día.
2. En la sociedad limitada los estatutos podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría reforzada que no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

Artículo 224 Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima

1. Los administradores que estuviesen incurso en cualquiera de las prohibiciones legales deberán ser inmediatamente destituidos, a solicitud de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir por su conducta desleal.
2. Los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general.

Artículo 225 Deber general de diligencia

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.
2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.
3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

Artículo 226 Protección de la discrecionalidad empresarial

1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.
2. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230.

Artículo 227 Deber de lealtad

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.
2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

Artículo 228 Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

- a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido

concedidas.

b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

Artículo 229 Deber de evitar situaciones de conflicto de interés

1. En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de:

a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.

d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera

cortesía.

f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

2. Las previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.

3. En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad.

Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259.

Artículo 230 Régimen de imperatividad y dispensa

1. El régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado precedente, la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero.

La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra.

En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

3. La obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general.

En todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante.

Artículo 231 Personas vinculadas a los administradores

1. A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores:

- a)** El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.
- b)** Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador.
- c)** Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.
- d)** Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.

2. Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes:

- a)** Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.
- b)** Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica.
- c)** Las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios.

d) Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior.

Artículo 233 Atribución del poder de representación

1. En la sociedad de capital la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La atribución del poder de representación se regirá por las siguientes reglas:

a) En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste.

b) En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno.

c) En la sociedad de responsabilidad limitada, si hubiera más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos. Si la sociedad fuera anónima, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente.

d) En el caso de consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto.

Cuando el consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación.

Artículo 234 Ámbito del poder de representación

1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.

Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin

culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.

Artículo 236 Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad

1. 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.

2. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.

3. 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, aquélla bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

4. 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.

5. La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador.

Artículo 237 Carácter solidario de la responsabilidad

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.

Artículo 238 Acción social de responsabilidad

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.
2. 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.
3. El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados.
4. La aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada.

Artículo 239 Legitimación de la minoría

1. El socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, 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 socio o los socios a los que se refiere el párrafo anterior, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general.

2. En caso de estimación total o parcial de la demanda, la sociedad estará obligada a reembolsar a la parte actora los gastos necesarios en que hubiera incurrido con los límites previstos en el artículo 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo que esta haya obtenido el reembolso de estos gastos o el ofrecimiento de reembolso de los gastos haya sido incondicional.

Artículo 240 Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social

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.

Artículo 241 Acción individual de responsabilidad

Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos.

Artículo 241 bis Prescripción de las acciones de responsabilidad

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.

Artículo 249 Delegación de facultades del consejo de administración

1. Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario y sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación.
2. La delegación permanente de alguna facultad del consejo de administración en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil.
3. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.

4. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato.

El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.

Artículo 361 Disolución y concurso

1. La declaración de concurso de la sociedad de capital no constituirá, por sí sola, causa de disolución.

2. La apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores producirá la disolución de pleno derecho de la sociedad.

En tal caso, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura de la fase de liquidación del concurso.

Artículo 363 Causas de disolución

1. La sociedad de capital deberá disolverse:

a) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año.

b) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto.

c) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.

d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.

e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

f) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley.

g) Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años.

h) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

2. La sociedad comanditaria por acciones deberá disolverse también por fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de todos los socios colectivos, salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social.

Artículo 365 Deber de convocatoria

1. Los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso.

Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente.

2. La junta general podrá adoptar el acuerdo de disolución o, si constare en el orden del día, aquél o aquéllos que sean necesarios para la remoción de la causa.

Artículo 366 Disolución judicial

1. Si la junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el artículo anterior, cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social. La solicitud de disolución judicial deberá dirigirse contra la sociedad.

2. Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado.

La solicitud habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado.

Artículo 367 Responsabilidad solidaria de los administradores

1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.
2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.

Artículo 529 ter Facultades indelegables

1. El consejo de administración de las sociedades cotizadas no podrá delegar las facultades de decisión a que se refiere el artículo 249 bis ni específicamente las siguientes:
 - a) La aprobación del plan estratégico o de negocio, los objetivos de gestión y presupuesto anuales, la política de inversiones y de financiación, la política de responsabilidad social corporativa y la política de dividendos.
 - b) La determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control.
 - c) La determinación de la política de gobierno corporativo de la sociedad y del grupo del que sea entidad dominante; su organización y funcionamiento y, en particular, la aprobación y modificación de su propio reglamento.
 - d) La aprobación de la información financiera que, por su condición de cotizada, deba hacer pública la sociedad periódicamente.
 - e) La definición de la estructura del grupo de sociedades del que la sociedad sea entidad dominante.
 - f) La aprobación de las inversiones u operaciones de todo tipo que por su elevada cuantía o especiales características, tengan carácter estratégico o especial riesgo fiscal, salvo que su aprobación corresponda a la junta general.

g) La aprobación de la creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales, así como cualesquiera otras transacciones u operaciones de naturaleza análoga que, por su complejidad, pudieran menoscabar la transparencia de la sociedad y su grupo.

h) La aprobación, previo informe de la comisión de auditoría, de las operaciones que la sociedad o sociedades de su grupo realicen con consejeros, en los términos de los artículos 229 y 230, o con accionistas titulares, de forma individual o concertadamente con otros, de una participación significativa, incluyendo accionistas representados en el consejo de administración de la sociedad o de otras sociedades que formen parte del mismo grupo o con personas a ellos vinculadas. Los consejeros afectados o que representen o estén vinculados a los accionistas afectados deberán abstenerse de participar en la deliberación y votación del acuerdo en cuestión. Solo se exceptuarán de esta aprobación las operaciones que reúnan simultáneamente las tres características siguientes:

- 1.º que se realicen en virtud de contratos cuyas condiciones estén estandarizadas y se apliquen en masa a un elevado número de clientes,
- 2.º que se realicen a precios o tarifas establecidos con carácter general por quien actúe como suministrador del bien o servicio de que se trate, y
- 3.º que su cuantía no supere el uno por ciento de los ingresos anuales de la sociedad.

i) La determinación de la estrategia fiscal de la sociedad.

2. Cuando concurren circunstancias de urgencia, debidamente justificadas, se podrán adoptar las decisiones correspondientes a los asuntos anteriores por los órganos o personas delegadas, que deberán ser ratificadas en el primer Consejo de Administración que se celebre tras la adopción de la decisión.

B) Ley Concursal

Artículo 2 Presupuesto objetivo

1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común.
2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente

sus obligaciones exigibles.

3. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

4.º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

Artículo 3 Legitimación

1. Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley.

Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación.

2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, no está legitimado el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos ínter vivos y a título singular, después de su vencimiento.

3. Para solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica, están también legitimados los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquélla.

4. Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Artículo 5 Deber de solicitar la declaración de concurso

1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente.

Artículo 48 ter Embargo de bienes

1. Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá acordar, como medida cautelar, el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta ley.

El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime y podrá ser sustituido, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.

2. De igual manera, durante la tramitación del concurso de la sociedad, el juez, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos del socio o socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso, en la cuantía que estime bastante, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, pudiendo, a solicitud del interesado,

acordarse la sustitución del embargo por aval de entidad de crédito.

3. Contra el auto que resuelva sobre la medida cautelar cabrá recurso de apelación.

Artículo 48 quáter Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores de la sociedad deudora

Declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores.

Artículo 50 Nuevos juicios declarativos

1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.

2. Los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado anterior.

3. Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo.

4. Los jueces o tribunales de los órdenes contencioso-administrativo, social o penal ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase.

Artículo 51 Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes

1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia.

Por excepción se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores.

Los juicios acumulados continuarán su tramitación ante el juez del concurso, por los trámites del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia.

2. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto el Secretario judicial le concederá, una vez personada, un plazo de cinco días para que se instruya en las actuaciones, pero necesitará la autorización del Juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios. De la solicitud presentada por la administración concursal dará el Secretario judicial traslado al deudor en todo caso y a aquellas partes personadas en el concurso que el Juez estime deban ser oídas respecto de su objeto. Las costas impuestas a consecuencia del allanamiento o del desistimiento autorizados tendrán la consideración de crédito concursal; en caso de transacción, se estará a lo pactado en materia de costas.

No obstante, la sustitución no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso, sin que en ningún caso pueda realizar las actuaciones procesales que, conforme al párrafo anterior, corresponden a la administración concursal con autorización del juez.

3. En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio. En cuanto a las costas, se estará a lo dispuesto en el párrafo primero del

apartado anterior.

Artículo 164 Concurso culpable

1. El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2.

2. En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

2.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.

3.º Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.

4.º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.

5.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

6.º Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

3. Del contenido de la sentencia de calificación del concurso como culpable se dará

conocimiento al registro público mencionado en el artículo 198.

Artículo 165 Presunciones de culpabilidad

1. El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.

2.º Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal o no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio.

3.º Si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad y no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil o en el registro correspondiente, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

2. El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando los socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis.4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos.

En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier

entidad, que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades con tal de que sea de su grupo o que esté participada por el acreedor. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior.

Artículo 167 Formación de la sección sexta

1. La formación de la sección sexta se ordenará en la misma resolución judicial por la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación conforme a las normas legales supletorias.

Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, no procederá la formación de la sección de calificación del concurso cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, entendiéndose igualmente por tales las establecidas en el artículo 94.2, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido.

La sección se encabezará con testimonio de la resolución judicial y se incorporarán a ella testimonios de la solicitud de declaración de concurso, la documentación aportada por el deudor, el auto de declaración de concurso y el informe de la administración.

2. En caso de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento de convenio, se procederá del siguiente modo, a los efectos de determinar las causas del incumplimiento y las responsabilidades a que hubiere lugar:

1.º Si se hubiere dictado auto de archivo o sentencia de calificación, en la misma resolución judicial que acuerde la apertura de la liquidación por razón del incumplimiento del convenio se ordenará la reapertura de la sección, con incorporación a ella de las actuaciones anteriores y de la propia resolución.

2.º En otro caso, la referida resolución judicial ordenará la formación de una pieza separada dentro de la sección de calificación que se hallare abierta, para su tramitación de forma autónoma y conforme a las normas establecidas en este Capítulo que le sean de aplicación.

Artículo 172 Sentencia de calificación

1. La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación.
2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:

1.º La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.2, en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición.

La presunción contenida en el artículo 165.2 no resultará de aplicación a los administradores que hubieran recomendado la recapitalización basada en causa razonable, aun cuando ésta fuera posteriormente rechazada por los socios.

2.º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos.

En caso de convenio, si así lo hubiera solicitado la administración concursal, excepcionalmente la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada.

En el caso de que una misma persona sea inhabilitada en dos o más concursos, el período de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos.

3.º La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de

la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

3. La sentencia que califique el concurso como culpable condenará, además, a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

El artículo 172.3 será de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación, en los que no se haya acordado la formación de la sección de calificación a la fecha de entrada en vigor (Disposición transitoria décima de la Ley 38/2011, de 10 de octubre).

4. Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación.

Artículo 172 bis Responsabilidad concursal

1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia.

Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura.

En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

2. La legitimación para solicitar la ejecución de la condena corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla

si la administración concursal no lo hiciere dentro del mes siguiente al requerimiento.

3. Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso.

4. Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación.

C) Código de Comercio

Artículo 13

No podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales:

1.º ...

2.º Las personas que sean inhabilitadas por sentencia firme conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación. Si se hubiera autorizado al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada, los efectos de la autorización se limitarán a lo específicamente previsto en la resolución judicial que la contenga.

3.º. Los que, por Leyes o disposiciones especiales, no puedan comerciar.

Artículo 42

1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de

los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

2. La obligación de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente, conforme a su régimen específico.

3. La sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas deberá incluir en ellas, a las sociedades integrantes del grupo en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo, así como a cualquier empresa dominada por éstas, cualquiera que sea su forma jurídica y con independencia de su domicilio social.

4. La junta general de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas deberá designar a los auditores de cuentas que habrán de controlar las cuentas anuales y el informe de gestión del grupo. Los auditores verificarán la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales consolidadas.

5. Las cuentas consolidadas y el informe de gestión del grupo habrán de someterse a la aprobación de la junta general de la sociedad obligada a consolidar simultáneamente con las cuentas anuales de esta sociedad. Los socios de las sociedades pertenecientes al grupo podrán obtener de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas los documentos sometidos a la aprobación de la Junta, así como el informe de gestión del grupo y el informe de los auditores. El depósito de las cuentas consolidadas, del informe de gestión del grupo y del informe de los auditores de cuentas

en el Registro Mercantil y la publicación del mismo se efectuarán de conformidad con lo establecido para las cuentas anuales de las sociedades anónimas.

6. Lo dispuesto en la presente sección será de aplicación a los casos en que voluntariamente cualquier persona física o jurídica formule y publique cuentas consolidadas. Igualmente se aplicarán estas normas, en cuanto sea posible, a los supuestos de formulación y publicación de cuentas consolidadas por cualquier persona física o jurídica distinta de las contempladas en el apartado 1 del presente artículo.

Artículo 949

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

D) Código Civil

Artículo 7

1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.
2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Artículo 1902

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Artículo 1964

1. La acción hipotecaria prescribe a los veinte años.
2. Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones

continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.

E) Otros

Artículo 1 del Real Decreto 1382/1985

Uno. El presente Real Decreto, de acuerdo con el artículo 2.1.a) de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, y al amparo de la disposición adicional primera de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Dos. Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.