

## DOSSIER

21 DE FEBRERO DE 2022

# La responsabilidad de los administradores

El nombramiento como administrador de una mercantil conlleva, independientemente de la forma que adopte el órgano, la tenencia de unos deberes ineludibles y, en consecuencia, un régimen de responsabilidad diferenciado que viene regulado en los artículos 236 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC).

Dicha responsabilidad ha suscitado una variada casuística tanto desde el punto de vista civil como desde el punto de vista penal. El presente dossier no tiene otra finalidad que dibujar en líneas generales las características de este régimen jurídico específico aplicables a los administradores sociales y recoger las últimas sentencias sobre la materia.

Para ello, se tratará en primer lugar la responsabilidad desde el punto de vista civil-mercantil y, posteriormente, desde la perspectiva del derecho penal.

## I. Responsabilidad civil de los administradores

### Introducción

El artículo 236 TRLSC establece que 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 los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al cargo (diligencia, lealtad...), siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.

Como consecuencia de lo anterior, para que un administrador incurra en responsabilidad, deben darse las siguientes circunstancias:

-  acto u omisión del administrador
-  contrario a la ley, estatutos o deberes del cargo
-  que ocasiona daño real y económicamente evaluable
-  con intervención de dolo o culpa
-  nexo causal entre la actuación del administrador y el daño causado

La jurisprudencia es clara en cuanto a los requisitos, a título ejemplificativo, se pueden citar las siguientes: STS 253/2016, de 18 de abril de 2016, FJ 3; STS 131/2016, de 3 de marzo o la STS 396/2013, de 20 de junio de 2016.

*“La jurisprudencia requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos:*

- i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores;*
- ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal;*
- iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal;*
- iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño;*
- v) el daño que se infiere sea directo al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad;*
- vi) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño*

*directo ocasionado al tercero”.*

La responsabilidad se extiende no solo a los **administradores de derecho**, esto es, aquellos nombrados formalmente por acuerdo de la Junta General sino también a los **administradores de hecho** que operan en el tráfico jurídico con las funciones propias de un administrador.

Qué entendemos como tales se extrae de la STS 721/2012, de 4 de diciembre de 2012, FJ 6, la cual la identifica como aquellos quienes, *“sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición”*. La jurisprudencia asentada por esta sentencia es reiterada en diversos fallos, como la STS 421/2015, de 22 de julio de 2015 o la STS 420/2019, de 15 de julio de 2019.

En la citada sentencia también se pormenoriza la distinción entre administrador de hecho y apoderado o factor mercantil. *“Los sujetos responsables son los administradores, no los apoderados, por amplias que sean las facultades conferidas a éstos, pues si actúan como auténticos mandatarios, siguiendo las instrucciones de los administradores legalmente designados, no pueden ser calificados como administradores de hecho”*. Esta diferenciación, que no siempre es sencilla, es clave en términos de responsabilidad. La primera sentencia en aludir a estos dos términos como conceptos separados fue la STS 261/2007, de 14 de marzo de 2007, FJ 6.

#### SUPUESTO 1 - STS 281/2017, de 10 de mayo de 2017

El cese de una administradora de derecho no implicaba el cese de su responsabilidad si tras ello continuaba realizando actuaciones como administradora de hecho. En el supuesto concreto, esto era relevante respecto a la prescripción de la acción de responsabilidad.

Asimismo, también se extiende la responsabilidad a la persona física representante del administrador persona jurídica, está sometida a los mismos deberes y responde solidariamente junto con su representada.

### Responsabilidad solidaria. Exoneración.

La responsabilidad de los administradores no puede limitarse estatutariamente, pues se trata de una responsabilidad que viene determinada legalmente. No obstante, es necesario tomar en consideración lo previsto en el artículo 237 TRLSC. De conformidad con el indicado precepto, la responsabilidad de los administradores es de carácter **solidario**. Ello implica que, cuando se lleve a cabo un acto u omisión del administrador, contrario a ley, a los estatutos o a los deberes inherentes al cargo con intervención de daño o culpa que haya ocasionado un daño real y económicamente evaluable, el perjudicado podrá ejercitar la acción de responsabilidad contra cualquier administrador, sin perjuicio de que, una vez resarcido el mismo, pueda repetir contra el resto de

integrantes del órgano de administración en virtud de lo previsto en el artículo 1.145 del Código Civil (CC).

Ahora bien, el artículo 237 TRLSC prevé que determinadas circunstancias que pueden **exonerar de responsabilidad** al administrador:

- No intervino en su adopción y ejecución; debe interpretarse en un sentido amplio, ya que se entiende incluida desde la inasistencia, a la abstención o el voto en contra.
- Desconocía la existencia del acto; este desconocimiento no será exonerador si supuso el incumplimiento de la obligación de diligencia
- O, conociéndolo, hizo todo lo necesario para evitarlo o, al menos, se opuso al mismo de forma expresa.

La exigencia de una oposición expresa admite, en relación con el Consejo de Administración, dos posibles interpretaciones.

- a) Mientras para un sector doctrinal es preciso no solo que el administrador vote en contra del acuerdo, sino que además haga constar expresamente su **oposición** (Garrigues, Uría).
- b) A juicio de otra parte de la doctrina es suficiente con que el administrador **vote en contra**, sin necesidad de que en el acta conste su oposición al acuerdo, requisito éste que se considera un riguroso formalismo que limita innecesariamente la prueba de la oposición expresa (Arroyo Martínez).

Así pues, ni la doctrina ni la jurisprudencia presentan una postura unánime en esta materia y no es sino supuesto a supuesto como se discierne que se entiende por “todo lo necesario” y cuándo es suficiente la mera oposición al mismo. Suele entenderse cumplida esta exigencia cuando, al menos, se ha impugnado el acuerdo.

#### SUPUESTO 2 – SAP Castellón 4/2015, de 15 de enero de 2015, FJ 4

No se considera que deba exonerarse a una administradora puesto que su voto en contra del acuerdo fue en base a que consideraba que le faltaba información, que debió en su caso haber exigido como consecuencia de su deber de conocer la situación de la empresa como miembro de su Consejo de Administración. Por ello, “además de haberse opuesto al acuerdo, pudo haber impugnado el mismo, o solicitar una nueva reunión”, por lo que se rechaza su posible exención de responsabilidad.

Además de todo esto, el administrador quedará exonerado de responsabilidad cuando haya actuado dentro de su margen de **discrecionalidad empresarial** -también conocida como “*business judgement rule*”- introducida por el artículo 226 TRLSC para limitar el control de decisiones meramente empresariales, adoptadas de manera informada, de buena fe y sin que exista un conflicto de intereses.

En este punto, es interesante detenerse un momento en el órgano de administración cuando adopta la forma de Consejo de Administración. Todos los miembros del Consejo, por el mero hecho de serlo, deben cumplir los deberes inherentes a su cargo y, por tanto, en caso de derivación de responsabilidad, responderán de forma solidaria. Así las cosas, ¿cabría la posibilidad de que un

Consejero se exonere de responsabilidad en base a lo dispuesto en el artículo 237 TRLSC? A priori, bajo dicho precepto es donde pueden incardinarse los supuestos en que existe uno o varios Consejeros disidentes sobre una decisión adoptada por la mayoría del órgano.

¿Y los Consejeros delegados? El Consejero Delegado es un miembro del Consejo de Administración de una sociedad anónima o limitada, al que el propio Consejo acuerda delegar ciertas facultades de gestión y/o representación. En todo caso, el acuerdo del Consejo relativo a la delegación habrá de concretar necesariamente *“el contenido, los límites y las modalidades”*. Asimismo, para la validez de esta delegación se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo, y no producirá efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil, tal y como indica el artículo 249 TRLSC. No obstante, el artículo 152 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, RRM, prevé que la eficacia de la inscripción de los órganos delegados se retrotraiga al momento de la realización de los actos por el administrador delegado desde la fecha del nombramiento, de manera que habrá que entender que los actos realizados por los administradores delegados antes de la inscripción de su nombramiento son válidos pero condicionados a dicha inscripción.

Con todo, a esta figura jurídica le resulta de aplicación el mismo régimen de responsabilidad que a los administradores, incluso aunque fueran de *“facto”*, esto es, que ejerciten las competencias delegadas en virtud de un apoderamiento en lugar de por un acuerdo de delegación de facultades.

Ahora bien, no hay que olvidar que los miembros del Consejo son responsables se haya designado o no consejero delegado. Es decir, pese a la delegación, el órgano de administración mantiene su ámbito de responsabilidad.

#### SUPUESTO 3 - STS 205/2008, de 1 de diciembre de 2008

El Alto tribunal reputa indiferente la existencia de delegación de funciones en determinados miembros del Consejo de administración para la apreciación de la existencia de responsabilidad de sus integrantes. También genera responsabilidad en el Consejo de Administración la adopción de un acuerdo de delegación contrario a la norma imperativa -esto es, la de una función de carácter indelegable-.

## Acciones

Como se ha indicado anteriormente, el órgano de administración responderá frente a la sociedad, los socios y los acreedores. Así pues, en este punto se detallan las acciones de las que disponen los mismos para exigir esa responsabilidad:

### Acción social de responsabilidad

**La sociedad** (art. 238 TRLSC) tiene la posibilidad de entablar, dentro del plazo de prescripción de **4 años**, la acción social de responsabilidad, previo acuerdo de la Junta General, que puede ser adoptado por cualquier socio aunque no conste en el orden del día. El acuerdo determinará la destitución de los administradores afectados.

**Los socios minoritarios** (art. 239 TRLSC) que, individual o conjuntamente posean 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 convoquen la Junta General solicitada a tal efecto;
- No se entable por la sociedad en el plazo de un mes desde la adopción del acuerdo; o
- Cuando el acuerdo hubiese sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

**Los acreedores** están legitimados subsidiariamente para ejercitar la acción de responsabilidad cuando no ha sido ejercitada por la sociedad o los socios, siempre que el patrimonio social sea insuficiente para satisfacer sus créditos.

### Acción individual de responsabilidad

**Los socios y terceros** pueden entablar la acción individual de responsabilidad en aquellos casos en que los actos de los administradores hayan lesionado directamente sus intereses.

## II. Responsabilidad penal de los administradores

### Introducción

Los administradores también pueden ser responsables desde el punto de vista penal. La regulación de la responsabilidad penal de los administradores se encuentra recogida en el artículo 31 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, CP, que viene a establecer lo siguiente:

*“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.*

Ahora bien, este precepto no debe interpretarse como una imputación indiscriminada hacia el órgano de administración, sino que en caso de que se produzca un delito en el seno de la empresa de conformidad con la jurisprudencia del TS será necesario que concurren dos circunstancias: **que el administrador haya realizado personalmente la conducta típica u omitido la conducta debida y que asuma efectivamente la gestión de la empresa.**

### Responsabilidad de la persona jurídica. Exoneración.

En el ámbito penal conviene destacar que la responsabilidad del órgano de administración puede suponer además la responsabilidad de la persona jurídica ya que de conformidad con el artículo 31 bis CP, las personas jurídicas serán penalmente responsables de:

*“a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”.*

#### SUPUESTO 4 - STS nº 154/2016, de 29 de febrero de 2016, FJ 1

El Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo apreció por primera vez en esta sentencia la responsabilidad penal en una persona jurídica. Para apreciar dicha responsabilidad, debe constarse la comisión de delito por una persona física integrante de la persona jurídica -como un administrador de hecho o de derecho- y que las empresas hayan incumplido su obligación de establecer medidas de vigilancia y control para evitar la comisión de delitos.

Los **programas de compliance**, definidos en el Código Penal como modelos de organización y gestión, pueden perfilarse como el plan de control preventivo implantado en una persona jurídica

para evitar la comisión de hechos delictivos en el seno de la persona jurídica, además de los principios generales y las políticas de la sociedad ante los riesgos penales, el ámbito y los responsables de su aplicación y las actividades de control y supervisión para su correcta aplicación. Generalmente, estos programas se apoyan en una plataforma tecnológica que, a modo de repositorio de tipo documental, detallan los procesos internos de la empresa y dejan constancias de las medidas implementadas para la comisión de los delitos. Son dirigidos y controlados por un responsable concreto, el responsable de cumplimiento o *compliance officer*.

Estos sistemas de control se autoimponen de forma voluntaria con el fin de evitar la responsabilidad penal de sus administradores y directivos por conductas delictivas, y deberán ser aprobados y firmados por el consejo de administración para comprometer a la sociedad. Esto sucederá siempre que se reúnan unas condiciones mínimas, recogidas en el artículo 31 bis 5 CP, de forma personalizada, sencilla y por escrito:

1. Identificar las actividades en cuyo ámbito pueden cometerse los delitos que deben prevenirse, tanto los propios de la actividad concreta, como los comunes: suele llevarse a cabo a través de la creación de un **mapa de riesgos**.
2. Establecimiento de procesos para la toma de decisiones y de ejecución de las mismas con identificación de los posibles responsables en lo que se conoce como **mapa de procesos**.
3. Modelos de **gestión de los recursos financieros** adecuados para impedir la comisión de los ilícitos.
4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. Se trata de un **canal de denuncias** en caso de que algún miembro de la sociedad detecte incumplimiento del modelo por parte de otra persona de la organización.
5. **Sistema disciplinario** para sancionar el incumplimiento del programa *compliance*.
6. Instauración de **revisiones periódicas** y eventual actualización como resultado de cambios en la organización, estructura de control o actividad, así como por la manifestación de infracciones relevantes.

La STS nº 365/2018, 18 de julio de 2018, FJ 3 subraya la importancia de que en las sociedades mercantiles se implanten estos programas de cumplimiento normativo, no solo para evitar la derivación de la responsabilidad penal a la empresa en los casos de delitos cometidos por directivos y empleados, que serían los casos de ilícitos penales *ad extra*, que son aquellos en los que los perjudicados son terceros/acreedores que son perjudicados por delitos tales como estafas, alzamientos de bienes, etc. sino, también, para evitar la comisión de los delitos *ad intra*.

### III. Conclusiones

Dado que el órgano de administración es el órgano ejecutivo encargado de la gestión y representación de la sociedad en sus relaciones con terceros, es comprensible la relevancia que la responsabilidad de los administradores reviste y es por ello por lo que hemos querido dedicar estas páginas a analizar la misma tanto desde una perspectiva civil como desde el punto de visto penal.

En cuanto a la responsabilidad civil, esta viene recogida en el artículo 236 del TRLSC, pero es la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo la que ha finalmente perfilado cuáles son los requisitos que la atribución de esta responsabilidad requiere. Los administradores, tanto los de hecho como los de derecho, responderán de manera solidaria, pudiendo exonerarse de esta responsabilidad en el supuesto recogido en el artículo 237. Los consejeros delegados, por su parte, responden igualmente de los daños causados por el Consejo de Administración, aplicándoseles el mismo régimen de responsabilidad que al resto de administradores.

La sociedad, los socios minoritarios y los acreedores -cuando los socios no lo hayan hecho- están facultadas para instar la acción social de responsabilidad, mientras que la acción individual podrá ser ejercitada por los socios y terceros que hayan visto lesionados directamente sus intereses.

Por último, los administradores también responderán penalmente en el caso de que respondan a las exigencias que se requieren. No obstante, la cuestión fundamental reside, a partir de la aprobación de la LO 5/2010 y su introducción del artículo 31 bis CP, en la responsabilidad penal de los entes con personalidad jurídica. La previsión de los programas de cumplimiento normativo penal o programas de *compliance* permite eliminar o, al menos, reducir esta responsabilidad.

Como vemos, el vasto contenido relativo a los administradores, aún acotándolo a su responsabilidad civil y penal, requiere de un análisis pormenorizado incidiendo en estas cuestiones, por lo que en el presente dossier hemos tratado de ahondar en aquellos aspectos de mayor interés y alcance en la actividad habitual de los consejeros.

\*\*

Para cualquier cuestión adicional, quedamos a su disposición para aclarar o ampliar cualquier de los puntos contenidos en la presente.

Síguenos:



Varona Asesores, S.L.P. - Calle Pascual y Genis 17-1 - 46002 Valencia  
Telf.: 96 337 43 65 - Fax: 96 337 58 56 - varona@varona.es - www.varona.es