

## LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTIVOS Y ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES

Sin ninguna duda, no existe en la actualidad una materia que, ajena al marco estrictamente productivo de la empresa, cause una mayor preocupación que la responsabilidad en que pueden incurrir los directivos y los administradores de la sociedades, con ocasión del ejercicio de su cargo. Quizá su penoso éxito quepa atribuirlo al incremento de las reclamaciones que, en materia de responsabilidad civil, ha experimentado la sociedad industrial, en las últimas décadas. En cualquier caso, ello ha motivado que estemos ante un nuevo riesgo empresarial de especial gravedad, porque no es posible en la actualidad entender el conjunto de factores de producción que conforman la empresa, sin el particular valor añadido que sus administradores y directivos aportan. Al fin y al cabo, de cuál sea la política empresarial y de cómo se ejecute, dependerá no sólo la posición de la empresa en el mercado, sino su posibilidad de obtener beneficios en un espacio económico cada vez más difícil y competitivo.

Pero es precisamente esta complejidad económica la que obliga a los administradores y directivos a adoptar decisiones cada vez más arriesgadas, no exentas de incompreensión cuando los resultados previstos fracasan estrepitosamente. Por tal motivo, la profesión de administrador y/o directivo debe calificarse en la actualidad de riesgo agravado. En mi exposición voy a comenzar dando un rápido repaso al régimen de responsabilidad civil que respecto de los administradores rige en algunos de los países de la Unión Europea, para detenernos con algo de más detalle en el régimen de responsabilidad vigente en España.

### FRANCIA

En Francia, la vigente Ley de sociedades comerciales de 24 de julio de 1966, dedica a la responsabilidad civil de los administradores los artículos 242 a 250, ambos inclusive. El precepto fundamental en materia de responsabilidad de los administradores se encuentra en el artículo 244, que establece: *«Los administradores serán responsables individual o solidariamente, según los casos, frente a la sociedad o frente a terceros, por las infracciones a las disposiciones legales o reglamentarias aplicables a las sociedades anónimas, por las violaciones de los estatutos y por las faltas cometidas en su gestión.*

*Si varios administradores han cooperado en los mismos hechos, el Tribunal determinará la parte contributiva de cada uno en la reparación del daño».*

El artículo 246 prohíbe que los estatutos condicionen el ejercicio de la acción. Y el 247 establece la prescripción, tanto de la acción social como de la individual, en un plazo de tres años, salvo que los hechos sean constitutivos de delito, en cuyo caso el plazo de prescripción es de diez años.

## ALEMANIA.

En Alemania el régimen de responsabilidad de los administradores se encuentra contenido en la AKTG de 1965, que en su artículo 93, bajo el rótulo, «*Deberes de diligencia y responsabilidad de los miembros de la Dirección*», establece:

*«1. En su actividad de gestión, los miembros de la Dirección deberán proceder con el cuidado de un gerente ordenado y fiel. Deberán guardar silencio respecto a indicaciones confidenciales y secretos de la sociedad, en especial secretos de empresas o de operaciones que hayan llegado a su conocimiento debido a su actividad en la Dirección.*

*2. Los miembros de la Dirección que infrinjan sus obligaciones, están obligados solidariamente a resarcir a la sociedad los daños que se produzcan. Si resulta controvertida la aplicación de su deber de diligencia, les corresponderá la carga de la prueba...»*

A continuación el precepto enumera nueve supuestos en los que considera que se produce un perjuicio para la sociedad anónima (así, por ejemplo, si en contra de la ley se reparte el patrimonio de la sociedad, se conceden bonificaciones a los miembros del Consejo de Vigilancia, etc.). En estos casos el administrador que ha realizado uno de los supuestos previstos por la norma, tiene que demostrar que su actuar ha sido diligente o que, a pesar de haber actuado de forma culpable, no ha producido ningún perjuicio. Respecto a la prescripción, el plazo es de cinco años, a contar desde el momento en que el miembro del Directorio pudo ser demandado.

## ITALIA

En Italia la responsabilidad de los administradores se encuentra regulada en el Código Civil de 1942, concretamente en los artículos 2392 a 2395. El primero de estos artículos señala qué diligencia debe exigirse a los administradores, al expresar «*que los administradores deben ejecutar los deberes que le han sido impuestos por la Ley y el acto constitutivo con*

*la diligencia del mandatario y son solidariamente responsables frente a la sociedad de los daños derivados de su inobservancia de tales deberes a menos que se trate de atribuciones propias del Comité ejecutivo o de uno o más administradores».*

El artículo 2393 regula el ejercicio de la acción social de responsabilidad, exigiendo el acuerdo previo de la Junta General, incluso cuando la sociedad se halle en liquidación. El artículo 2394 concede a los acreedores sociales acción frente a los administradores por *«la inobservancia de las obligaciones inherentes a la conservación del patrimonio social»*, que podrán ejercitar cuando el patrimonio de la sociedad resulte insuficiente para la satisfacción de los créditos. El artículo 2395 regula la acción individual, en virtud de la cual los socios y los terceros pueden reclamar a los administradores por el daño directo que les hayan causado en su patrimonio por actos dolosos o culposos. Y, por último, respecto a la prescripción se establece un plazo es de cinco años.

## **PORTUGAL**

En el Derecho portugués, la norma básica de responsabilidad de los administradores se encuentra recogida en el artículo 72 del Código das Sociedades Comerciáis, que establece: *«Los gerentes, administradores o directivos responden frente a la sociedad por los daños causados a ésta por actos u omisiones practicadas incumpliendo los deberes legales o contractuales, salvo si probaran que procedieron sin culpa»*. Por su parte, el artículo 74 declara nulas las cláusulas introducidas en el contrato de sociedad que excluyan o limiten la responsabilidad de los fundadores, gerentes, administradores o directores o que subordinen el ejercicio de la acción social de responsabilidad ejercitada por los socios. Respecto a la acción social, se encuentra regulada en el artículo 77, bastando para su ejercicio que voten a favor un 5% del capital social. Y respecto a la acción individual se recoge en el artículo 79, en términos similares a lo dispuesto en la ley española.

## **DERECHO COMUNITARIO**

La Propuesta de Quinta Directiva en materia de Sociedades regula en los artículos 14 a 21, ambos inclusive, el régimen de responsabilidad civil de los administradores.

La propia Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva señala los principios

rectores de la regulación que en su articulado se establece al indicar *«que los miembros de los órganos de dirección o vigilancia deben estar sometidos a reglas especiales sobre responsabilidad civil, que prevean la aplicación del principio de solidaridad, así como la inversión de la carga de la prueba para la constatación de las faltas y que aseguren que el ejercicio de la acción social de responsabilidad no sea indebidamente entorpecido»*.

Según el párrafo primero del artículo 14 de la Propuesta *«las legislaciones de los países miembros regularán la responsabilidad civil de los miembros de los órganos de dirección o de vigilancia, con el fin de asegurar, como mínimo, la reparación del perjuicio sufrido por la sociedad por causa de transgresiones de la ley o de los estatutos, así como por otro tipo de faltas cometidas por los miembros en el cumplimiento de sus funciones»*.

El párrafo siguiente establece la responsabilidad solidaria e ilimitada de cada uno de los miembros del órgano en cuestión. Sin embargo, a continuación, permite que se exoneren *«si demuestran que la falta no les es imputable personalmente»*.

La acción social de responsabilidad será ejercida por decisión de la asamblea adoptada por mayoría de los asistentes o por accionistas que representen al menos el 5 por ciento del capital social o un valor nominal superior a un máximo de 100.000 ecus.

El artículo 19 de la Propuesta regula la acción individual de responsabilidad en términos muy similares a lo establecido en el artículo 135 de la Ley española.

Para terminar, el artículo 21 establece que el plazo de prescripción no podrá ser inferior a tres años desde el hecho que ocasionó el perjuicio o si éste ha sido ocultado desde su revelación.

## ESPAÑA

En España existen cinco tipos de sociedades: colectiva, comanditaria simple, comanditaria por acciones, limitada y anónimas. Las tres primeras prácticamente tienen un uso residual, apenas relevante en el tráfico jurídico. No sucede lo mismo con las otras dos modalidades. Sin entrar en un análisis complejo de las ventajas o desventajas de una y otra, dejaremos apuntado como elemento diferenciador, que la sociedad limitada está pensada para la pequeña empresa, en tanto que la anónima tiene una pretensión más cercana a la gran

empresa, más compleja y con menor autonomía de la voluntad que ~~la sociedad~~ Sin embargo, ambas presentan un punto en común en materia de responsabilidad de administradores: el mismo régimen jurídico, por cuanto los preceptos establecidos para la sociedad anónima son también de aplicación para la sociedad de responsabilidad limitada.

la sociedad limitada

En el Derecho español, como en la mayoría de los ordenamientos europeos, no existe un concepto legal de administrador, en el sentido de que no se define qué se entiende por tal ni quiénes pueden ser administradores. Esta cuestión no es intrascendente, porque determinar quiénes son administradores podría llevarnos a la simpleza de afirmar que pueden serlo todas las personas físicas que se encuentren plenamente capacitadas para el ejercicio de sus derechos civiles. Y si así lo definiéramos estaríamos cometiendo un importante error por omisión, porque en el Derecho español, administrador puede<sup>N</sup> ser tanto las personas físicas como las personas jurídicas, es decir, una sociedad puede ser administrador de otra.

Que una persona jurídica sea administrador de otra presenta, como primera particularidad, que por las personas jurídicas intervienen siempre personas físicas. Por este motivo el registro público de sociedades exige, para inscribir como administrador a una persona jurídica, que simultáneamente se identifique a la persona física que haya de representarla y ejercer las funciones propias del cargo.

Producido el nombramiento surge, como primer punto de polémica, la cuestión de determinar quién es el administrador: ¿la persona jurídica o la persona física que la representa?. En principio el problema se soluciona por la vía de admitir que según la ley es la persona jurídica quien ostenta la condición de administrador. Si esta afirmación fuera así de categórica, tendríamos entonces que plantearnos que la persona física que realizara actos susceptibles de responsabilidad quedaría exonerada de la misma por no tener la condición de administrador. Pero esta no parece que sea una solución satisfactoria, pues podría servir de vía de cobertura para que, a través de sociedades vacías patrimonialmente, se eludieran las obligaciones indemnizatorias derivadas de responsabilidad. En cualquier caso, la mera posibilidad de que la responsabilidad del administrador-persona jurídica pudiera trascender a la persona física que la representa, nos permite apuntar la necesidad de que las pólizas de seguro de administradores y directivos que se suscriban para cubrir riesgos en España, incluyan como asegurados a ambas personas, pues de no hacerlo se carecería de la certeza de hallarse plenamente asegurados.

La segunda cuestión que procede examinar es la función de los administradores. A

éstos les corresponden las facultades de gestión y representación. Respecto a esta última, facultad de representar a la sociedad, se extiende a «todos los actos comprendidos en el objeto social», tanto en juicio como fuera de él. Sin embargo, la Ley no especifica cuál es el ámbito de la representación. Lo que sí parece claro es que representación y gestión no tienen porqué coincidir en una misma persona. O, lo que es lo mismo, que puede haber administradores que gestionen y administradores que sólo representen. Aunque en ocasiones la distinción sea difícil de hacer parece que la diferencia más clara entre gestión y representación se encuentra en que la gestión tiene un carácter interno, en tanto que la representación lo tiene externo.

Una peculiaridad de las facultades de gestión es que constituye, al propio tiempo, una obligación. El administrador está obligado a gestionar, carece, por tanto, de discrecionalidad en orden a administrar o no a su arbitrio. Está obligado a hacerlo y siempre en interés de la sociedad. De ahí precisamente que su denominación sea la de administrador.

Más difícil es determinar en qué consiste la función de administrar. Parece que existe cierta unanimidad en considerar que la administración se desenvuelve en un doble sentido. Por un lado, se trata de conservar el patrimonio social. Y, por otro lado, se trata de que además produzca. Por tanto, el administrador está obligado, al mismo tiempo, a conservar y a producir. Y esta doble actividad encuentra su límite en el objeto social. Los administradores no pueden actuar fuera de lo que constituye el objeto de la sociedad. Y si lo hacen incurren en responsabilidad, responsabilidad que podríamos denominar interna, es decir, no tanto frente a los terceros, porque respecto de éstos el acto sería válido, sino en sus relaciones internas administrador-sociedad.

Pero tal vez la materia más difícil sea encuadrar la obligación de administrar en el marco de la actividad. O, dicho con otras palabras, ¿cómo se responde?, ¿es la obligación de administrar de medios o de resultado?. Desde un punto de vista de la obligación de prestación, la diferencia entre ambas reside en que en la obligación de resultado es éste el objeto que las partes han tenido en cuenta a la hora de contratar; mientras que en la de medios el objeto del contrato se cumple con una actividad diligente, con independencia de que se obtenga o no el resultado que se pretende. El riesgo, en la obligación de resultado, lo asume siempre el obligado a cumplir la prestación; mientras que en la obligación de medios el riesgo es asumido por el acreedor de la prestación. En la obligación de medios lo decisivo es el comportamiento del deudor; en la de resultado se asemeja a la responsabilidad objetiva, pues se responde aun en caso de un actuar diligente, siempre que no se obtenga el producto previsto.

Y esta diferencia entre medios y resultado se hace patente en los administradores, quienes no responden del éxito de su gestión, sino de un actuar diligente. La Ley española sobre sociedades anónimas así lo manifiesta, al afirmar: *«Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal»*.

Por consiguiente, a los administradores no se les exige cualquier tipo de diligencia, sino una diligencia especial: la de un ordenado comerciante; y, además, la diligencia de un representante leal.

Pero, ¿qué es un ordenado comerciante? Para la ley española no existe un concepto tipo, lo que ha obligado a los tratadistas a elaborar tesis a este respecto. De todas, en mi opinión, la más acertada es aquella que considera que el administrador ordenado es el que reúne las condiciones de prudencia y competencia profesional. La prudencia impide a los administradores embarcar a la sociedad en operaciones arriesgadas, más allá de lo razonable, sin una adecuada planificación y estudio. Quizá un ejemplo de lo que no se debe hacer, lo tengamos en la administración de muchos clubs de fútbol, donde el Presidente, con la aquiescencia de sus directivos, contrata a jugadores por importantes sumas, sin contar con informes técnicos al respecto, es decir, guiado por su intuición o por el nombre más o menos conocido del jugador.

La segunda nota del concepto de ordenado comerciante dijimos que es la competencia profesional. También ~~señalamos~~ <sup>señalamos</sup> que la diligencia del administrador no exige un resultado favorable, pues el negocio puede resultar fallido, a pesar



de una actuación diligente. Entonces, ¿qué es ser competente? Pues tampoco en este caso existe un standard que pueda adoptarse como referencia. Si existe, en cambio, unanimidad en considerar que la competencia profesional debe ser mayor cuanto más grande y especializada es la sociedad. Así, por ejemplo, si se trata de entidades bancarias o de seguros, parece claro que el administrador deberá tener una competencia superior a la que sería exigible a una pequeña empresa familiar.

Una cuestión de interés que plantea el concepto de administrador competente, es si competencia es igual a capacitación técnica. Bien, en mi opinión, así es. Un administrador competente debe estar capacitado técnicamente, lo que no debe confundirse con la posesión de títulos técnicos. El administrador debe tener capacidad para administrar y adoptar decisiones, en el conocimiento de la actividad en la que se desarrolla el objeto social. Podría plantearse que el apoyo del capital es suficiente para capacitar, a juicio de los accionistas, a una persona cualquiera como administrador, aunque no tenga capacidad técnica en el tipo de negocio en el que se desenvuelve la sociedad. Sin embargo, esta posición no puede

aceptarle, porque entonces habría que admitir la sumisión de la minoría a las decisiones de la mayoría del capital, no en cuanto a la designación del administrador, donde evidentemente ~~la~~ facultad existe y se ejerce, sino también en el dato objetivo de la capacidad de gestión y de las consecuencias de la misma. Si se acepta simplemente que un incompetente, por el hecho de ser nombrado por la mayoría del capital, cumple diligentemente por ejercer dentro del marco de su capacidad, no podría exigírsele responsabilidad alguna. La competencia, por tanto, es un requisito de control interno. Un administrador debe saber si es competente para el cargo, porque su ignorancia, lejos de exonerarle de responsabilidad acredita, precisamente, la procedencia de la nulidad.

La diligencia del administrador, además de cumplir el presupuesto que hemos analizado de ordenado empírico, debe cumplir también el de ser un representante leal.

Ser un representante leal, alude a un deber de fidelidad que impone al administrador la defensa de los intereses de la sociedad que representa, por encima de los suyos propios. La ley española específica

"que los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta General". Y debe añadirse ahora que si no lo hace incurrirá en responsabilidad. Sin entrar en un análisis más profundo apuntaré únicamente que es habitual en los grandes grupos empresariales, que poseen importantes participaciones en diversas sociedades que, en ocasiones, la política empresarial que se realice vaya en beneficio de la sociedad matriz o de alguna filial, y en perjuicio de la sociedad controlada y, por tanto, de los accionistas minoritarios de éste. No será extraño que, por ello, en los próximos años esta sea la vía de batalla legal que más pueda deberse usar. En definitiva, ~~no~~ que sirva como medio de control de David sobre Goliath.

Allegados a este punto y ante de continuar, parece conveniente efectuar un resumen de cuanto hemos expuesto, a modo de esquema.

Empezaremos por decir que el administrador puede ser una persona física o una persona jurídica, si bien en este caso debe designarse a la persona física que la represente.

En segundo lugar, que a los administradores les corresponden las funciones de gestionar y representar a la sociedad.

En tercer lugar, que la obligación de gestionar o administrar es una obligación de medios y no de ~~efecto~~ resultado.

Y en cuarto lugar, que al ser una obligación de medios es una obligación de diligencia especial: la de un ordenado comerciante, prudente y competente profesionalmente; y, además, la de un representante leal.

---

La Ley de Sociedades Anónimas <sup>española</sup> regula la responsabilidad de los administradores en los artículos 133 a 135, ambos inclusive. El primer párrafo de ellos establece que los administradores responden frente a

- la sociedad
- los accionistas
- y los acreedores sociales

por el daño que causen por actos contrarios a la ley, los estatutos o por los

realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

De aquí se deduce que están legitimados para reclamar: 1º) La Sociedad. 2º) Los accionistas. Y, 3º) Los acreedores sociales.

Y que el origen de la responsabilidad puede encontrarse en un acto contrario a la ley, contrario a los estatutos sociales, o por último, que haya sido realizado sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

Pero es fundamental que ese actuar antijurídico produzca un daño, porque el actuar antijurídico sin daño no tiene sanción alguna. Tampoco tiene sanción el actuar antijurídico que ~~produce~~ produce un ~~beneficio~~ beneficio. Así, por ejemplo, el administrador poco diligente y embaucado, que, no obstante, obtiene un beneficio en su gestión, no puede ser sujeto de responsabilidad por haber actuado especulativamente.

Los presupuestos materiales para exigir responsabilidad son los siguientes:

1) Debe producirse una acción o una omisión, que se manifestará en un deber hacer o no hacer.

2) El comportamiento del administrador debe ser, además, antijurídico; debe conllevar el incumplimiento de una obligación o la violación de una norma prohibitiva.

Se plantea la duda de, en caso de conflicto, qué actuar debe primar. Por ejemplo, si para conseguir el fin social debe quebrantarse una norma jurídica de rango menor, el administrador ¿debe evitar la infracción de la norma?, o, por el contrario, ¿debe infringir ésta y obtener el beneficio económico?. El problema debe resolverse acudiendo a un principio de ponderación de intereses. Así, en el ejemplo citado, habrá <sup>de</sup> decidir sobre cuál es la actuación más diligente: obtener el beneficio y asumir la sanción, o renunciar al beneficio y eludir la sanción. No existen estándares, por lo que la respuesta será <sup>siempre</sup> casuística.

3) El actuar del administrador, para que dé lugar a exigencia de responsabilidad, debe ser contrario a la ley, a los estatutos sociales o bien ser realizado sin la diligencia de un ordenado empresario y representante leal.

De esta última ya nos hemos ocupado anteriormente, por lo que ahora solo nos referimos a las dos primeras. Respecto a la Ley debe interpretarse en sentido amplio, de modo que dará lugar a responsabilidad las contravenciones de cualquier norma jurídica. Y respecto a los estatutos, como es sabido, éstos rigen la vida de la sociedad y es fuente de obligaciones para los administradores, por lo que su infracción, fundamentalmente en los casos de establecimiento de límites internos a la gestión de los administradores, dará lugar a responsabilidad.

4º) El actuar debe producir un daño, que ha de afectar a bienes o derechos de la sociedad, de los accionistas o de los acreedores sociales.

5º) Por último, debe existir un nexo de causalidad entre el actuar de los administradores y el daño, una relación de causa a efecto, de tal modo que si este nexo se rompe, tampoco habrá lugar a exigir responsabilidad.

Cuando la sociedad se encuentra organizada a través de un Consejo de Administración, la ley presume la culpa colectiva de todos sus miembros, y aquel que pretenda exonerarse de responsabilidad deberá acreditar que A) no intervino en su adopción y

ejecución, desconocía su existencia o, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño, o  
3) que intervino en la adopción del acuerdo, pero se opuso expresamente al mismo.

Y, en cualquier caso, no exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General.

Respecto a las acciones que se pueden ejercitar contra los administradores son tres: la acción social de responsabilidad, la acción individual de responsabilidad ejercitada por los socios y la acción individual de responsabilidad ejercitada por los acreedores.

La acción social se establece por la sociedad, previo acuerdo de la Junta General; aunque también puede ser ejercitada por los acreedores, cuando no lo sea por la sociedad o sus accionistas, y siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

Lo característico de esta acción es que a través de la misma se pretende reconstruir el patrimonio social, del daño causado a la sociedad por los actos o acuerdos de los administradores. Se trata de un daño colectivo, a la sociedad en su conjunto y no a determinados intereses. Y esta es, precisamente, la diferencia existente con la acción individual.



La acción individual presupone la defensa del derecho individual frente al colectivo de la sociedad. En efecto, la acción individual pretende restaurar el patrimonio de los socios y de los terceros de los perjuicios producidos por actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses. Se trata, por tanto, de la defensa del interés particular.

Respecto a los plazos de prescripción son: de cuatro años, para la acción social; y de un año para la acción individual, a contar en este caso desde que el agraviado tuvo conocimiento del daño

## RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTIVOS

La expresión responsabilidad de directivos y administradores se ha extendido tanto en los últimos tiempos que, de algún modo, ha ido difuminándose en su delimitación y contenido hasta convertirse en una locución coloquialmente omnicomprendida. Se habla de responsabilidad de directivos y administradores en términos de equivalencia, cuando en realidad derivan de un distinto régimen jurídico.

Ciertamente el administrador puede ser, además, directivo, pero a nadie se le escapa que ambos conceptos y funciones son bien distintas, aunque en las medianas y, sobre todo, en las pequeñas empresas, la distinción pueda llegar a ser confusa. Quizá por ello pueda ser acertado comenzar por examinar qué se entiende por directivo.

En el Derecho español la actividad del directivo se encuentra regulada reglamentariamente. Para dicho reglamento, los requisitos que una persona debe reunir para ser considerada directivo, son los siguientes:

1º) Debe tener atribuido el ejercicio de un poder que se corresponda con el núcleo de organización de la empresa.

2º) Su actividad debe proyectar parte de los objetivos generales de la empresa.

3º) Debe poseer autonomía e independencia.

4º) Y debe tener plena responsabilidad, lo que no excluye la existencia de órdenes nacidas de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad.

Por otra parte, no son directivos las personas cuya actividad se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de la empresa, de tal modo que el hecho de que un consejero se dedique con mayor intensidad que sus compañeros del Consejo a actividades esenciales de la empresa, percibiendo incluso una compensación por ello, no le convierte en trabajador asalariado, es decir, en directivo, por faltar el elemento definidor del contrato del trabajo: que se presten los servicios por cuenta ajena y sometido a un círculo rector extraño, lo que no se produce si se trata de un miembro del Consejo de Administración, es, decir, un miembro de dicho

círculo rector.

Al hablar de responsabilidad del directivo, hay que efectuar una múltiple proyección a las distintas fuentes del ordenamiento jurídico que lo establecen. Y, en cualquier caso, siempre referidas al actuar del directivo fuera de lo que constituye el marco de su vida privada, pues en ésta lógicamente, responde como cualquier ciudadano.

Normalmente el directivo actúa frente a los terceros en nombre y por cuenta de la empresa para la que trabaja, identificándose como tal y en virtud del oportuno apoderamiento, aunque a veces pueda intervenir sin identificarse como empleado directivo de la empresa, aparentando actuar en nombre y por cuenta propia. De estas dos posibilidades se deduce que el directivo puede ser sujeto de responsabilidad contractual y extracontractual, es decir, responsable por incumplimientos de contrato y responsable, también, por los daños que pueda ocasionar a otra persona, sin que medie entre ambos contrato alguno.

Y en este punto surge la primera cuestión: ¿cuál es la conducta exigible al directivo?. Pues bien, especifica la legislación sobre directivos que el fundamento de la relación con el empresario descansa en «la recíproca confianza entre las partes» y la «buena fe» en el ejercicio de sus respectivos derechos y obligaciones.

Con mayor amplitud, podemos señalar como notas características de la conducta exigible al directivo las siguientes:

1ª) Buena fe, pero no en un sentido general, sino en el especial de confianza hacia la persona contratada como directivo.

2ª) Su conducta ha de ser carente de malicia, diligente y obediente a las órdenes o instrucciones que reciba de los administradores.

Cualquier actuación que infrinja estas normas de conducta podrá dar lugar a la exigencia de responsabilidad, sin perjuicio de las sanciones de orden disciplinario a que hubiera lugar.

En concreto, podemos citar como supuestos de responsabilidad los siguientes:

1º) Existirá responsabilidad del propio directivo, y no de la empresa, cuando éste contrate con terceros en nombre propio, sin expresar externamente que obra en nombre y por

cuenta de la empresa para quien presta sus servicios, y ello por establecerlo así la ley, y sin perjuicio de que pueda el directivo repetir sobre su empresa si hubiera obrado en virtud de pacto interno por cuenta de ésta, es decir, que hubiera obrado secretamente por cuenta de su empresa. Se trata de un supuesto de responsabilidad directa del directivo frente al tercero, quien, no obstante, podrá (el tercero) dirigirse contra el empresario si prueba que la negociación se realizó por su encargo.

Esta norma tiene como excepción cuando sea públicamente sabido que un directivo pertenece a una empresa o sociedad conocidas, y la contratación recaiga sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de dicho establecimiento. En este caso, el negocio se entiende realizado por la propia empresa, aun cuando el directivo no indique en la contratación que obra en nombre y por cuenta de ésta, incluso si con su actuar el directivo hubiera obrado con abuso de confianza, transgresión de facultades o se hubiera apropiado de los efectos objeto del contrato. En este supuesto podrá el tercero dirigirse directamente contra el empresario, sin perjuicio de que este repita después contra el directivo el daño sufrido.

2º) También existirá responsabilidad del directivo cuando, por su cuenta particular, en nombre propio o ajeno, entre en negociaciones del mismo género de las que haga para el empresario, y siempre que carezca de autorización expresa para ello. En definitiva, un directivo no puede intervenir en las mismas operaciones a que se dedica la empresa para la que trabaja, ni en nombre propio ni en nombre ajeno, salvo que posea autorización expresa del empresario.

3º) Porque se exceda en los límites de la contratación, es decir, del mandato que se le hubiera encomendado.

4º) También dará lugar a responsabilidad por las multas en que pueda incurrir la empresa por contravención a las Leyes fiscales o reglamentos de la Administración Pública y que se deban a culpa de directivo: así, por ejemplo, por errónea contabilización, impago de deudas tributarias, no obtención de licencias administrativas, etc.

5º) Como norma de cierre general de responsabilidad, por cualquier actuación maliciosa, negligente o con infracción de las órdenes o instrucciones recibidas, que produzca un daño al empresario para el que trabaja.

Lo anterior, constituye la responsabilidad contractual del directivo. Ahora bien, desde una perspectiva extracontractual existirá responsabilidad del directivo, cuando por acción u

omisión, interviniendo culpa o negligencia, cause un daño a otro. En este sentido, hay que distinguir dos supuestos:

1º) Responsabilidad por daño causado a un tercero, ajeno al empresario. Se dará este supuesto cuando la responsabilidad sea exigida directamente al directivo por el perjudicado. Así, por ejemplo, en el supuesto de que un directivo decidiese conducir personalmente una máquina de su empresa y dañe las instalaciones de la empresa colindante.

2º) Responsabilidad exigida por el empresario al directivo al haber ocasionado éste un daño a un tercero, del que ha respondido previamente el empresario.

Desde el punto de vista del derecho penal, la responsabilidad del directivo es análoga a la del administrador. Por tanto, responderá personalmente, aunque no concurra en él y si en la entidad en cuyo nombre obre, las condiciones, cualidades o relaciones que el delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.

Luego, la responsabilidad civil derivada de delito, concurrirá cuando el directivo sea condenado por un delito o falta, que dé lugar a un resarcimiento.

Respecto a la responsabilidad administrativa, hay que apuntar una nota de distinción importante con respecto a la responsabilidad civil. Esta exige la causación de un daño, aquella la simple infracción de la norma.

En la actualidad la responsabilidad administrativa se encuentra en extraordinaria expansión, de forma que con ello parece buscarse el directivo perfecto, pues indicaremos que entre las disposiciones que atribuyen responsabilidad a los directivos, pueden citarse, como principales:

- Las que regulan el mercado bursátil.
- La actividad bancaria.
- Y la actividad aseguradora.

Para terminar, efectuaré dos consideraciones. De primera, que no existe gerencia de riesgos para la responsabilidad de los administradores y directivos, debido a la imposibilidad de imponer pautas de conducta a los mismos. Y, en segundo lugar, que a pesar de afectar a la empresa no es un riesgo de empresa, pues el patrimonio directamente afectado es el del administrador, si bien indirectamente repercute en el patrimonio social, si el del administrador es insuficiente para restaurar el daño producido por ~~él~~ él. Por tanto, solo existe una vía para enfrentarnos a este riesgo, que es la transferencia a las entidades aseguradoras mediante la suscripción de una póliza de seguros, aspecto del que se ocuparé el próximo conferenciante.

¡Vale más. Gracias.