

**¿Qué situaciones afectan a la responsabilidad
de un administrador de una compañía?
Doctrina general y presupuestos
procesales en base a la Ley
de Sociedades Anónimas**

Dña. Elena Ubeda
*Abogado - Socio Departamento de Derecho
Mercantil - Barcelona*
URIA & MENENDEZ



Donación de AGERS al Centro de Documentación de FUNDACIÓN MAPFRE

Responsabilidad Civil de Administradores, Consejeros y Directivos

1 de julio y 2 de julio de 2004, Madrid

↓ La Responsabilidad de los Directivos, Administradores y Consejeros frente a la Sociedad y frente a terceros

Ámbitos de responsabilidad de los administradores y acciones de responsabilidad: Doctrina general y presupuestos procesales en base a la Ley de Sociedades Anónimas.

A. Ámbitos de responsabilidad de los administradores

1. Responsabilidad interna y externa

La responsabilidad de los administradores se proyecta tanto en el ámbito de las relaciones internas societarias como en el ámbito de las relaciones externas de la sociedad con terceros.

En la esfera de las relaciones internas, los administradores responderán del cumplimiento de sus deberes y obligaciones:

- ante el órgano de administración al que pertenezcan, en su caso, y ello en méritos de la responsabilidad solidaria que une a los administradores;
- ante los accionistas de quienes han recibido el mandato de confianza, y para quienes deben administrar la sociedad; y
- ante la propia sociedad, por cuyos intereses deben velar.

En el ámbito externo, los administradores responderán ante cualesquiera terceros cuyos intereses hubieran sido dañados directamente y, en particular, como terceros especialmente cualificados, ante los acreedores sociales.

A unos y a otros, según veremos, asistirán, en los términos de la Ley de Sociedades Anónimas¹, las acciones de responsabilidad que se analizan en el apartado 2. siguiente.

En cualquier caso, nuestra exposición se limitará al ámbito general de responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas, dejando de lado los supuestos específicos de responsabilidad que contempla la propia Ley de Sociedades Anónimas y que se refieren, entre otros, a los actos celebrados por la sociedad en formación (artículo 15.1 LSA); a la obligación de presentar la escritura fundacional a inscripción (artículo 17 LSA); a la adquisición originaria de acciones propias (artículo 74 LSA); al anuncio de emisión de obligaciones (artículo 286.2 LSA); a las obligaciones de adaptación de los estatutos a la ley o de adaptación del capital social al euro (disposiciones transitorias tercera y sexta LSA); etc.

2. Responsabilidad civil general

2.1 La responsabilidad subjetiva por los deberes sociales

2.1.1 Concepto y contenido

La responsabilidad de los administradores deriva directamente de las obligaciones y deberes que les impone la ley y, potestativamente, los estatutos y los acuerdos de la junta general.

Con carácter general, el artículo 127 LSA impone a los administradores la obligación de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, configurando este deber de diligencia como una pauta de conducta y como una fuente general de obligaciones que conlleva intrínsecamente un deber de vigilancia activa y continuada que se extiende, en particular, al deber de supervisión de los órganos y personas en quienes hubieran delegado sus facultades colectivas o individuales.

El deber de diligencia de los administradores debe así entenderse como una obligación general de vocación expansiva que impone a los administradores el deber de dirigir su actividad comercial y su conducta administrativa bajo el mayor grado de exigencia de cumplimiento de los fines sociales y con la ambición de máxima promoción del interés social, debiendo concretarse esta obligación, en cada caso y circunstancia, en atención a las circunstancias específicas de cada sociedad.

¹ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

La nueva redacción otorgada al artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas por la denominada Ley de Transparencia² ha venido a concretar el contenido del deber general de diligencia para imponer de forma expresa a los administradores los deberes de fidelidad, lealtad y secreto.

Sin extendernos ahora sobre las particulares novedades introducidas por la Ley de Transparencia, que serán objeto de una ponencia separada, a los administradores les son por tanto exigidas de forma expresa las obligaciones de:

- (a) fidelidad, entendida como la obligación de respetar y velar por el interés de la sociedad, y por tanto como prohibición de actuar en contravención del mismo;
- (b) lealtad, expresada como una prohibición de aprovecharse de las actividades, la información o el nombre de la sociedad, o de sus funciones en la misma, en beneficio propio o de un tercero, y de donde se deriva la obligación que contempla la propia ley de información a la sociedad de cualquier actividad, participación, cargo o función que el administrador desarrolle u ostente en otra sociedad de objeto idéntico, análogo o complementario, así como la obligación de información y abstención en el caso de que el administrador incurra en una situación de conflicto de interés; y
- (c) secreto, por cuanto los administradores deberán abstenerse de divulgar las informaciones confidenciales que conozcan como consecuencia del ejercicio de su cargo.

Como consecuencia lógica de la esfera de deberes y obligaciones impuestos a los administradores, éstos responderán de la infracción de aquéllos y vendrán obligados a resarcir el daño causado, evaluado e indemnizable conforme a las normas generales de derecho civil.

2.1.2 Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores ha sido objeto de una constante evolución legislativa y jurisprudencial, tras la cual puede calificarse hoy como una responsabilidad de carácter:

² Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

- (i) legal, por el reconocimiento normativo del que tanto su fundamento como las sanciones que la amparan son objeto;
- (ii) de orden público, por cuanto sus principios configuradores no son susceptibles de moderación o derogación en los estatutos, escapando así a la autonomía de la voluntad estatutaria de los socios, que podrán en todo caso desarrollar, complementar o concretar los deberes de los administradores y por ende la responsabilidad derivada de su incumplimiento;
- (iii) orgánica, porque deriva de la actuación del órgano de administración y de la pertenencia del administrador al mismo;
- (iv) individualizada, ya que no se exige al órgano de administración como tal sino a sus miembros como administradores culpables;
- (v) insubsanable, por cuanto la adopción del acuerdo lesivo o la autorización o ratificación del acto lesivo por parte de la junta general no exonerará en ningún caso a los administradores de su responsabilidad; y
- (vi) solidaria, ya que se basa en una presunción de imputabilidad a todos los miembros del órgano de administración del daño causado, quedando a salvo solamente aquéllos que no intervinieron en la adopción y ejecución y desconocieron el acuerdo o acto lesivo o, conociendo su existencia, hubieran hecho todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se hubieran opuesto expresamente al referido acuerdo o acto lesivo.

2.1.3 Presupuestos

La exigencia de responsabilidad a los administradores necesita, de conformidad con la teoría general, de la concurrencia de los presupuestos o principios básicos de la responsabilidad por culpa:

- (a) la existencia de un daño real y evaluable económicamente, en términos de lesión directa al interés de la sociedad, del accionista, del acreedor social o de cualquier otro tercero;
- (b) la antijuridicidad de la acción, esto es, que el acto o acuerdo lesivo sea contrario a la ley, a los estatutos o a los deberes legales de diligencia del administrador;
- (c) la concurrencia de culpa en el administrador, ya sea por malicia, abuso de facultades, falta de diligencia, o mera culpa leve, e incluyendo los patrones clásicos de *culpa in committendo*, *culpa in eligendo*, *culpa in vigilando*, *culpa in omittendo* o *culpa in instruendo*;

- (c) la existencia de una relación de causalidad directa, esto es, el nexo causa efecto entre la culpa y el daño.

Así, el artículo 133 LSA consagra el principio de responsabilidad de los administradores basado en los anteriores presupuestos y establece expresamente que *"los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo"*.

Tal es la exigencia subjetiva de culpa por parte del administrador y de nexo causal entre ésta y el daño causado, que la ley exime de responsabilidad, invirtiendo la carga de la prueba, a quienes prueben (i) no haber intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo o del acto lesivo; y (ii) desconocer el acuerdo o acto lesivo o, conociendo su existencia, haber hecho todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, haberse opuesto expresamente al referido acuerdo o acto lesivo.

En conclusión, podemos afirmar que el régimen de responsabilidad civil de los administradores cumple una finalidad preventiva, esto es, una finalidad reparadora del daño y sancionadora de la conducta, pero también una función de control de la gestión llevada a cabo por los administradores.

Así concebida, la responsabilidad civil de los administradores será exigible, en esencia, por la vía de la acción social y de la acción individual de responsabilidad que más tarde se analizan pero siempre, en uno u otro caso, bajo los presupuestos consagrados por los artículos 127 y 133 LSA que definen el ámbito y alcance de dicha responsabilidad.

2.1.4 Referencia al "administrador de hecho"

Desde la nueva redacción dada al artículo 133 LSA por la Ley de Transparencia, a la responsabilidad solidaria de los administradores de derecho se añade la responsabilidad personal del administrador de hecho bajo los mismos presupuestos, haciendo extensibles a éstos los deberes que la ley impone a quienes formalmente ostenten la condición de administrador.

Sin pretender en este momento desarrollar de forma exhaustiva el concepto de administrador de hecho y la variada casuística a que dicho concepto puede dar lugar, podemos afirmar que en todo caso podrán ser considerados administradores de hecho:

- quienes actúen pública y notoriamente en representación de la sociedad,

- ostentando y ejerciendo las facultades de representación que legalmente corresponden a los administradores legal y formalmente investidos,
- impartiendo instrucciones relativas a la gestión y dirección de las actividades de la sociedad,
- siendo su actuación reconocida o tolerada por los socios, pero
- escapando de la obligación de publicidad registral que ampara la buena fe de los terceros.

La doctrina ha venido incluyendo también en la categoría de “administradores de hecho” aquéllos que podríamos denominar administradores de derecho irregulares, como son el administrador con cargo caducado, el administrador con nombramiento defectuoso, etc. quienes, aún habiendo sido irregularmente nombrados, y a falta de un órgano de administración debidamente investido, actúan como administradores de derecho.

La casuística es extensa y nuestro espacio escaso, por lo que nos limitaremos a apuntar supuestos de reflexión que pueden dar lugar a configurar sujetos de administración de hecho como son: el socio de control o el socio único de la sociedad unipersonal; los apoderados con amplias facultades y los directivos; el administrador irregularmente nombrado y el caducado, etc.

Dentro de este moldeable concepto de “administrador de hecho” merece especial mención, por su interés y actualidad, la administración de hecho en el marco de los grupos de sociedades. En este ámbito, podrá ser considerado como administrador de hecho de la sociedad dominada el administrador de la sociedad dominante que actúa con facultades representativas y poder de decisión respecto de la sociedad dominada. Llevado al extremo, el argumento nos llevaría a pensar que la propia sociedad dominante podría ser tenida por administrador de hecho de la sociedad dominada, al estar reconocida en nuestro ordenamiento jurídico-societario la figura del administrador persona jurídica, y recayendo en última instancia esta responsabilidad en el órgano de administración de la sociedad dominante.

En este sentido, recordemos la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, que en su artículo 602 relativo a la responsabilidad de los administradores de la sociedad dominante propone:

“1. Los administradores de la sociedad dominante responderán frente a la sociedad dominada, frente a sus accionistas y frente a sus acreedores, del daño que causen por las instrucciones impartidas a los administradores de la sociedad dominada sin compensación adecuada.

2. *Los administradores de la sociedad dominada responderán solidariamente con los anteriores, a menos que prueben que el acto del que hubiera derivado daño para la sociedad se realizó siguiendo instrucciones escritas de los administradores de la sociedad dominante. la exoneración de responsabilidad no tendrá lugar si el acto fuera contrario a la Ley o a los estatutos sociales.*
3. *Si los administradores de la sociedad dominante fueran insolventes, responderá solidariamente la propia sociedad dominante.”*

Así, en el contexto de los grupos de sociedades, el riesgo para la propia sociedad dominante, así como para todos o algunos de sus administradores, de ser considerados como administradores de hecho u ocultos de la sociedad dominada, será mayor cuanto mayor sea el grado de integración y centralización empresarial que exista en el grupo y por tanto cuanto mayor sea el poder de dirección unitario protagonizado por la sociedad dominante y por ende el sometimiento de la sociedad dominada, sin que en modo alguno pueda derivarse de ello una presunción de dominación fáctica en contra de la sociedad dominante, que por naturaleza deberá ejercer siempre un cierto control y supervisión de las actividades de sus sociedades filiales, de donde podríamos deducir incluso una potencial responsabilidad de aquélla por pasividad o dejación de sus deberes de dirección y control del grupo.

2.2 **La responsabilidad objetiva del artículo 262.5 LSA**

La responsabilidad objetiva reconocida en el artículo 262.5 de la LSA se diferencia netamente de ámbito general de la responsabilidad culpable descrita en el apartado 2.1 anterior, para introducir una norma de tutela para los acreedores introducida a modo de medida de política legislativa para evitar la continuidad de sociedades cuyo patrimonio ha quebrado, reaccionando así ante la posible pasividad del administrador.

En efecto, cuando la sociedad se encuentre incurso en la causa de disolución contemplada en el artículo 260.4 de la LSA (reducción del patrimonio social por debajo de la mitad del capital social como consecuencia de pérdidas), los administradores que no hubieran convocado la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución, o no hubieran solicitado la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses cuando la junta no se hubiera constituido o hubiese adoptado un acuerdo contrario a la disolución, responderán solidaria e ilimitadamente de las obligaciones sociales, con independencia de que éstas se hubiesen contraído antes o después del incumplimiento. Dicha solidaridad, lo es de los administradores entre sí y con la propia sociedad.

En este sentido, es importante recordar que el plazo de dos meses deberá contarse desde que los administradores tuvieron conocimiento

de la situación patrimonial, cosa que en cualquier caso ocurrirá, a más tardar, en la fecha de formulación de las cuentas anuales, pero que en la mayoría de las situaciones empresariales sucede probadamente con anterioridad a ese plazo.

De forma totalmente excepcional, la ley viene así a reconocer un supuesto de responsabilidad ex lege cuasi objetiva y solidaria de los administradores sociales que no requiere más prueba que la de los hechos sancionados en la norma y que desde luego no requiere la concurrencia ni de culpa o negligencia por parte de los administradores ni una relación de causalidad entre la omisión por los administradores del deber de actuación que contempla la norma y la existencia de las deudas sociales o la aparición de cualquier otro daño.

Decimos que ésta es una norma de responsabilidad cuasi objetiva porque, si bien es cierto que no precisa la concurrencia de un daño causado como consecuencia de la acción culposa del administrador, en realidad la sanción de la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales se fundamenta en la infracción por parte del administrador de la diligencia que legalmente le es exigida en el cumplimiento de unos deberes específicos (convocatoria de la junta general, solicitud de disolución judicial de la sociedad), sin que les sea exigible un resultado concreto (es decir, quedará exonerado de responsabilidad aquel administrador que justifique haber cumplido con las obligaciones que le impone el artículo 262 pese a no llegarse a producir por otros motivos la disolución de la sociedad).

El administrador es así sancionado por permitir la continuidad de una sociedad incurra en causa de disolución, desconectando su responsabilidad de la noción de culpa o daño. Por ello, la lectura conjunta del artículo 262.5 y de su apartado 3., que concede a cualquier interesado el derecho a instar la disolución judicial cuando no hubiera sido promovida por la sociedad, nos obliga a concluir que la responsabilidad solidaria de los administradores deberá obviarse en el supuesto de que, en los plazos contemplados, un tercer interesado hubiera solicitado la disolución judicial de la sociedad. Y reiteramos que ello debe producirse en los plazos previstos en la ley, ya que ni el cumplimiento tardío por los administradores, ni la efectiva disolución de la sociedad con posterioridad vendrán a extinguir la responsabilidad que los administradores hubiesen adquirido.

Finalmente, recordando una reciente sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2003, diremos que, pese al carácter cuasi objetivo de la norma, ésta no puede aplicarse de forma sistemática ignorando los límites de la buena fe en el ejercicio de los derechos, de tal forma que, en aquellas situaciones en que el tercero contrató con la sociedad descapitalizada y, teniendo indicios de su insolvencia, no tomó ninguna medida de precaución cual sería obtener la información económica disponible en el Registro Mercantil, la norma no podrá ser invocada

para amparar la negligencia del tercero, y aún menos en aquellos supuestos en los que el tercero, conociendo la situación económico-financiera de la sociedad, continuó contratando con la sociedad. En definitiva, en tales circunstancias, los administradores tendrán la posibilidad de combatir la acción de responsabilidad alegando la falta de buena fe por parte del tercero que la ejercitó.

2.3 ***Acciones de responsabilidad civil***

La responsabilidad civil de los administradores, fundamentada en el artículo 133 LSA, es exigible mediante la acción social (artículo 134 LSA) y/o mediante la acción individual (artículo 135 LSA), en los términos que analizaremos a continuación.

2.3.1 ***La acción social***

La acción social de responsabilidad viene reconocida en el artículo 134 LSA y tiene como finalidad la reintegración del patrimonio social lesionado como consecuencia del incumplimiento por los administradores de las obligaciones propias del cargo.

De acuerdo con dicho precepto, están legitimados para entablar la acción social, en primer término, la sociedad y, subsidiariamente, los accionistas y los acreedores sociales, cuyos intereses patrimoniales individuales se hayan visto indirectamente lesionados como consecuencia del daño causado al interés o al patrimonio social.

Así, la acción social de responsabilidad corresponde:

- (a) en primer lugar y de forma preferente a la sociedad, como único sujeto legitimado *iure proprio*, que deberá promoverla mediante acuerdo de la junta general adoptado por mayoría ordinaria, el cual determinará la destitución de los administradores afectados;
- (b) en segundo lugar, con carácter subsidiario y considerando que la sociedad puede renunciar a ejercitar la acción, a los accionistas quienes, siendo titulares de al menos un cinco por ciento del capital social, podrán solicitar la convocatoria de la junta general para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción social, o bien entablarla conjuntamente (i) cuando los administradores no hubiesen convocado la junta general, (ii) cuando la sociedad no hubiese entablado la acción en el plazo de un mes desde la adopción del acuerdo o (iii) cuando el acuerdo hubiese sido contrario a la exigencia de responsabilidad; así, la ley atribuye a un grupo minoritario de accionistas la facultad de promover una acción de responsabilidad, cuando la junta general, presuntamente defensora del interés social, la ha desestimado, concediendo a los minoritarios un instrumento para combatir el posible conflicto de interés en que pueda incurrir el socio

mayoritario y defender así el auténtico interés social, cuando el voto del accionista mayoritario haya podido impedir entablar una acción de responsabilidad contra los administradores en defensa del interés social;

- (c) a los acreedores sociales, de forma subsidiaria en doble instancia, cuando la acción social no hubiese sido ejercitada por la sociedad ni por sus accionistas, y el patrimonio social resultase insuficiente para la satisfacción de sus créditos; una vez más, la acción será entablada por los acreedores en nombre propio pero en defensa del interés social y, en particular, del patrimonio social, como única garantía de sus créditos.

2.3.2 Acción individual

La acción individual de responsabilidad ex artículo 135 LSA se configura como una acción autónoma de resarcimiento o indemnizatoria de los daños sufridos directamente e individualmente por los accionistas o por los terceros y no por la sociedad, exigiendo por tanto la prueba del daño causado, no ya al patrimonio social, sino a sus intereses patrimoniales individuales.

A fin de entablar la acción individual, estarán legitimados cualquier accionista o tercero cuyos intereses individuales hubieran sido lesionados y que pudiera probar la existencia de un daño efectivo, constatado y evaluable causado como consecuencia de la actuación culpable del administrador.

En este caso, la acción será directa y principal, y no subsidiaria como ocurre en el supuesto de la acción social de responsabilidad, exigiendo que concurren los presupuestos esenciales de la responsabilidad: un daño que lesione directamente el interés individual del socio o del tercero, un acto culpable lesivo del administrador y la relación de causalidad entre ambos.

2.3.3 Prescripción de la acción

La cuestión del plazo de prescripción de las acciones social e individual de responsabilidad ha sido objeto de una enconada discusión doctrinal que ha sacado partido al silencio que al respecto guarda la Ley de Sociedades Anónimas.

Tal debate doctrinal, que se ha entretenido en debatir entre el plazo residual general de un año que concede el artículo 1968.2 del Código Civil, y el plazo de cuatro años que otorga el artículo 949 del Código de Comercio, ha quedado definitivamente zanjado tras las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo y de 7 de mayo, ambas de 2004, según las cuales el plazo general de prescripción de todas las acciones de responsabilidad que se diriman contra los

administradores de sociedades mercantiles será de cuatro años, contados a partir de la fecha de cesación en el cargo de administrador.

La solución se nos presenta así como la más razonable atendiendo a la especialidad de la disciplina jurídica. En efecto, los artículos 134 y 135 LSA son normas mercantiles cuyo complemento debe buscarse en el Código de Comercio que contiene una norma especial, la que consagra el plazo de cuatro años de prescripción para el ejercicio de "la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades", sin que haya pues necesidad alguna de acudir a la norma general del Código Civil, que solamente resultarán de aplicación en materia mercantil en ausencia de disposiciones mercantiles expresas. En todo caso, siendo la prescripción una figura de interpretación restrictiva, en caso de duda sobre los plazos de prescripción aplicables, habrá que optar siempre por el plazo de mayor duración, por ser el más favorable a la viabilidad de la acción ejercitada.

Asimismo, el plazo de prescripción aplicado reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a las acciones entabladas conforme al artículo 262.5 es, por el mismo argumento, el de cuatro años que contempla el artículo 949 del Código Civil, contado a partir del cese del administrador en el ejercicio de su cargo por cualquier causa.

2.4 La responsabilidad concursal de los administradores

La Ley Concursal³ afronta en determinadas disposiciones la cuestión del régimen de responsabilidad concursal aplicable a los administradores de personas jurídicas y por tanto a las sociedades de capital, aportando esencialmente tres elementos al régimen general societario de responsabilidad civil.

Antes de entrar en el análisis de estas cuestiones, cabe anticipar dos conclusiones básicas:

- ✓ por un lado, las acciones de responsabilidad (individual, social o ex art.262.5 LSA) iniciadas con anterioridad a la declaración de concurso no resultan en principio afectadas por ésta y seguirán normalmente su tramitación al margen del procedimiento concursal;
- ✓ por otro lado, la declaración de concurso tampoco afecta al ejercicio posterior de cualquiera de dichas acciones de responsabilidad, con algunas salvedades, como veremos, para el caso de la acción social.

³ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Dicho lo anterior, la Ley Concursal realiza tres aportaciones importantes al régimen de responsabilidad de los administradores:

- 1) En primer lugar, introduce en su artículo 48 un régimen cautelar de garantía que alcanza también a los administradores, permitiendo al juez, desde la declaración de concurso, ordenar el embargo de bienes y derechos de los administradores de derecho o de hecho del concurso, y de quienes hubiesen tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, cuando resultara fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.
- 2) En segundo lugar, el propio artículo 48 establece a continuación la legitimación activa de los administradores concursales judiciales para ejercitar las acciones que asistan a la sociedad deudora contra sus administradores, esto es, para ejercitar la acción social de responsabilidad del artículo 134 LSA, sin necesidad, en este caso, de acreditar la situación de insolvencia de la sociedad, dada la declaración judicial del concurso. En este caso, la Ley no introduce un precepto especial al margen del régimen general de responsabilidad societaria al amparo de los artículos 127, 133 y concordantes de la LSA, sino que viene a articular la compatibilidad del régimen específico de responsabilidad concursal con las acciones societarias, ampliando la legitimación activa para el ejercicio de la acción social pero sin modificar su naturaleza.
- 3) En tercer lugar, a tenor del artículo 172.3, la Ley introduce un régimen específico de responsabilidad concursal de los administradores que viene a añadirse y no a sustituir la posibilidad de ejercicio de la acción social de responsabilidad del artículo 134 por los propios acreedores sociales o por los administradores concursales. Así, en caso de liquidación, la calificación del concurso como culpable permite al juez del concurso condenar a los administradores, de derecho o de hecho, y a quienes hubiesen tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que no perciban de sus créditos en la liquidación de la masa activa.

En efecto, la calificación del concurso como culpable deriva del hecho de que en la causa del estado de insolvencia haya mediado dolo o culpa grave de los administradores de derecho o de hecho, lo que en realidad supone un traslado a sede concursal del deber genérico de diligencia del artículo 127 LSA con exoneración de los casos de mera culpa o culpa leve, que sí quedan cubiertos por la acción de responsabilidad societaria.

Ello no obstante, la solidaridad de responsabilidad societaria no podrá hacerse extensiva al supuesto de responsabilidad concursal, siendo así que el juez solamente podrá actuar de forma individualizada frente a aquellos administradores respecto de los que considere que se dan los presupuestos del artículo 172, esto es, frente a los administradores a quienes quepa imputar el incumplimiento de sus deberes y, como consecuencia de ello, la generación o el agravamiento del estado de insolvencia.

Vista así la compatibilidad entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad por vía de la acción social, debemos detenernos un instante en la cuestión de la compatibilidad entre la responsabilidad concursal y la acción individual de responsabilidad, para apuntar que, en la medida que la acción individual de responsabilidad no se ejercita frente a la sociedad sino frente a los administradores en defensa de un interés patrimonial individual, en principio, no debería verse afectada por la situación concursal de la sociedad.

Ello no obstante, un sector de la doctrina defiende, en base al principio de universalidad del concurso, que la Ley debería haber atribuido al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones individuales de responsabilidad cuando el concurso sea calificado de culpable y, por tanto, puedan entrar en concurrencia la responsabilidad individual de los administradores con la responsabilidad concursal de los mismos frente a los acreedores sociales.

Por otro lado, la doctrina también entiende que, atendiendo al principio de la par conditio creditorum, la responsabilidad individual de los administradores solamente debería ser exigible una vez cubierta la responsabilidad concursal de los mismos frente a todos los acreedores sociales y una vez cubierta asimismo la responsabilidad social de los administradores frente a la sociedad, primando la protección del interés de la sociedad y por ende indirectamente de sus acreedores, frente al interés individual de un acreedor o tercero determinado.

Finalmente, para cubrir el espectro de compatibilidades, deberíamos analizar la compatibilidad entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad cuasi objetiva derivada del artículo 262.5 LSA por no instar los administradores la disolución de la sociedad, para concluir que, en los supuestos en que la sociedad se encuentre en una situación de insolvencia actual, los administradores solamente se liberarán de la responsabilidad que les impone el artículo 262.5 si solicitan el concurso, no siendo así en caso de insolvencia inminente, en cuyo caso los administradores quedarán liberados tanto si optan por promover la disolución judicial como si optan por solicitar la declaración de concurso.

No obstante la compatibilidad entre ambas acciones, que en principio pueden jugar simultánea y acumulativamente cuando el concurso se

califique como culpable, parece que, en base a los principios antes mencionados de universalidad del concurso y de la *par conditio creditorum*, si concurrieran los presupuestos de uno y otro tipo de responsabilidad, debería tener prioridad la responsabilidad concursal por ofrecerse ésta ante todos los acreedores, frente a la responsabilidad ex artículo 262.5, que solamente protege los intereses de aquellos acreedores concretos que la hayan exigido.

3. Responsabilidad laboral

En materia laboral, debe partirse de la premisa básica de que, con carácter general y en sentido jurídico estricto, no existe en nuestro derecho un concepto de "responsabilidad laboral de los administradores" legalmente reconocido, en el doble sentido de que:

- (a) el ordenamiento laboral no contiene, como sí lo hace la normativa tributaria o penal, disposiciones que atribuyan a los administradores una responsabilidad específica y distinta de la que configura el régimen general de responsabilidad, por actos de naturaleza laboral;
- (b) habida cuenta de que el administrador tiene con la sociedad un vínculo mercantil orgánico, y no un vínculo laboral, su responsabilidad no será en ningún caso de naturaleza laboral sino civil-mercantil.

En base a lo anterior, la materia merece algunas precisiones, que no versan tanto sobre la inexistente "responsabilidad laboral" de los administradores, sino sobre la posible responsabilidad de éstos

- (i) frente a los trabajadores, en su doble condición de empleados y acreedores sociales por el importe de las deudas salariales y demás deudas de naturaleza laboral; y, en general,
- (ii) por las obligaciones contraídas frente a terceros en relación con los trabajadores, incluyendo aquí las obligaciones asumidas frente a la Seguridad Social.

Así las cosas, sobre la extensión de la responsabilidad de los administradores al ámbito laboral diremos:

- En primer lugar que las vías clásicas de actuación y reclamación contra los administradores por la responsabilidad que éstos hubieran podido adquirir frente a los trabajadores serán las que nos proporciona el régimen general de responsabilidad civil de los administradores, esto es, la acción social, la acción individual y la acción ex artículo 262.5 LSA.

De este modo, los trabajadores podrán entablar contra los administradores:

- 1) La acción social de responsabilidad, en la medida en que su condición de acreedores sociales les legitima al amparo del artículo 134.5 a ejercitar esta acción con carácter subsidiario a la propia sociedad y a los accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de las deudas salariales.
 - 2) La acción individual de responsabilidad, por aquellos actos que hubieran lesionado directamente sus intereses y con el fin de ser individual y directamente indemnizados.
 - 3) Y la acción ex artículo 262.5 LSA, en la misma medida en que su condición de acreedores sociales les faculta a acudir a la responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones salariales insatisfechas.
- En segundo lugar, el ordenamiento jurídico-penal incluye en el régimen de la responsabilidad penal los delitos contra la Seguridad Social (artículos 305 y concordantes del Código Penal) y los delitos contra los derechos de los trabajadores (artículos 311 y ss. del mismo cuerpo legislativo), de forma que, en la medida en que los administradores pueden ser sujetos activos de la responsabilidad penal atribuible de facto a la sociedad, podrán verse obligados a asumir dicha responsabilidad frente a los trabajadores o, en su caso, frente a la Seguridad Social.
 - En tercer lugar, la responsabilidad de los administradores podrá ser impuesta por aplicación de las normas generales que nuestro ordenamiento proporciona para combatir el fraude de ley a partir del artículo 6 del Código Civil. De esta forma, los administradores serán responsables de los daños causados a los trabajadores e incluso del pago de las obligaciones salariales cuando pudiera ser demostrada la utilización fraudulenta por parte del *verus dominus* de la empresa, de la distinta personalidad jurídica de la sociedad que posee, resultando ésta insolvente en detrimento de los intereses, entre otros, de los trabajadores, de forma que, a modo de levantamiento del velo, procederá a identificarse al administrador con la empresa unipersonal de la que es dueño y por tanto como responsable frente a los trabajadores cuando hubiera abusado de la separación de personalidad jurídica de la sociedad y de la limitación de la responsabilidad de ésta en perjuicio de los intereses directos patrimoniales de los trabajadores.
 - Finalmente en cuarto lugar, la doctrina jurisprudencial sobre los grupos de empresa permiten exigir las responsabilidad solidaria

del administrador cuando éste aparezca como artífice del colectivo de personas físicas y jurídicas agrupadas bajo la apariencia formal de diversas independientes en donde existe confusión de trabajadores, confusión patrimonial, apariencia externa unitaria y una dirección única.

4. Responsabilidad tributaria

En materia de responsabilidad tributaria es preciso iniciar la exposición con una precisión para diferenciar la figura del deudor principal del responsable tributario, sujeto éste que la ley sitúa junto al primero con el objeto de garantizar el cumplimiento de la obligación tributaria.

En este sentido, el artículo 41 de la Ley General Tributaria⁴, recoge como principio general que, mediante norma con rango de ley, pueden identificarse como responsables solidarios o subsidiarios de la deuda tributaria, junto a los deudores principales, a otras personas o entidades, presumiéndose, salvo precepto legal expreso en contrario, y siguiendo la regla general de no presunción de solidaridad bien asentada en nuestro derecho, el carácter subsidiario de la responsabilidad.

El responsable tributario, así identificado, responderá de la deuda tributaria y, cuando proceda, de las sanciones impuestas al deudor principal, con todos sus bienes presentes y futuros, diferenciándose entre el responsable solidario y el responsable subsidiario por beneficiarse éste del beneficio de excusión (es decir, debiendo declararse antes fallidos tanto al deudor principal como a los responsables solidarios).

Siendo ello así, la derivación de la acción administrativa contra el responsable tributario requiere un acto administrativo en el que, previa audiencia al interesado, se declare la responsabilidad y se determine su alcance.

Finalmente, el responsable tributario tiene siempre derecho de reembolso frente al deudor principal.

Hecha esta introducción para enmarcar la figura del responsable tributario, veamos los supuestos que establece la LGT y que pueden alcanzar a los administradores como tales responsables tributarios sin olvidar que, en todos estos supuestos, el deudor principal será siempre la sociedad administrada:

- (a) La LGT en su artículo 42.1 a) declara como responsables solidarios a quienes sean causantes o colaboren activamente

⁴ Ley 58/2003, de 27 de diciembre, General Tributaria.

en la realización de una infracción tributaria; este supuesto podrá por tanto alcanzar a los administradores que intervengan en la comisión de la infracción tributaria mediante participación propia, directa, inmediata e intencionada.

- (b) En su artículo 43.1, la LGT declara como responsables subsidiarios a los administradores de hecho o de derecho de la sociedad que hubiera cometido una infracción tributaria, cuando (i) no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias; (ii) hubiesen consentido el incumplimiento por las personas que dependen de ellos; o (iii) hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones.

En este sentido, merece destacarse la inclusión de la figura del administrador de hecho, una vez más, como titular del poder fáctico de dirección, gestión, disposición y administración, ejerciendo una influencia y un control efectivos y reales en la sociedad, comportándose manifiestamente en el tráfico como si del administrador formalmente designado se tratase, con conocimiento y consentimiento de los accionistas y asumiendo la sociedad los resultados de su gestión y actuación.

Debe subrayarse que la norma no limita la acción contra el administrador de hecho a los supuestos de ausencia, interposición ficticia o imposibilidad de determinación del administrador de derecho, sino que permite la actuación simultánea y conjunta contra los unos y los otros, sin aportar a norma criterios que nos ayuden a la calificación o descalificación de quienes pueden ser considerados o no como administradores de hecho.

- (c) Finalmente la LGT en su artículo 43 b) señala que los administradores de hecho o de derecho de las sociedades que hayan cesado en sus actividades serán responsables subsidiarios por las obligaciones tributarias devengadas de éstas y que se encuentren pendientes en el momento del cese, siempre que no hubieran hecho todo lo necesario para su pago o hubieran adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago.

Este precepto, que contempla el cese efectivo, completo e irreversible de las actividades de la sociedad pese a no haber perdido ésta su personalidad jurídica formal, será aplicable, por ejemplo, en el caso de dejación por los administradores de sus obligaciones, como por ejemplo la obligación de promover la disolución de la sociedad cuando legalmente proceda, incurriendo por tanto en una negligencia causante del daño al crédito tributario.

5. Responsabilidad penal

5.1 *El sujeto penalmente responsable*

Sin analizar extensivamente el ámbito de la responsabilidad penal que puede afectar a los administradores sociales y que va a ser expuesta con mayor detalle en otras ponencias, exponemos a continuación algunos principios generales que rigen en materia de responsabilidad penal y que afectan de modo especial a los administradores sociales, haciendo una breve referencia a determinadas figuras delictivas que merecen mención por su trascendencia en la actualidad empresarial española (los delitos ecológicos, los delitos económicos y los delitos societarios).

De todos es ya sabido que nuestro ordenamiento jurídico-penal no reconoce a las personas jurídicas como sujetos activos de delitos, por tanto penalmente responsables, ni aún cuando concurren en ellas las condiciones, cualidades o relaciones exigidas por la correspondiente figura de delito, esto es, ni aunque el acto delictivo le sea en principio atribuible (*societas delinquere non potest*). En su lugar, el Código Penal español imputa la responsabilidad penal a quienes actúen como administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica en cuyo nombre o representación actúen⁵, al considerar que las personas jurídicas no son susceptibles de ser sometidas al juicio de culpabilidad, y abarcando, como en otros ámbitos de responsabilidad, al administrador de hecho en su sentido más amplio.

La reforma penal introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, quiebra parcialmente este principio clásico a través del nuevo párrafo 2 introducido en el artículo 31 del Código Penal permitiendo imponer a la persona jurídica la pena de multa (por tanto, responsabilidad penal), de forma solidaria con la persona física autor material del delito. Así, el nuevo precepto establece que en los casos del artículo 31.1, en los que se hace responsable personal del delito al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica sin concurrir en él las cualidades exigidas por el tipo, la persona jurídica en cuyo nombre actúa el administrador, será responsable directa y solidaria de la pena de multa impuesta al autor del delito (pensemos, a modo de ejemplo, en aquellos supuestos en los que el propio administrador sea una persona jurídica).

Por tanto, los administradores (y los directivos como administradores de hecho) podrán ser sujetos de responsabilidad penal por una doble vía:

⁵ Artículo 31.1 del Código Penal aprobado mediante Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

- (a) de forma directa, en aquellos delitos, como son los societarios, que identifican a los administradores de hecho o de derecho de forma expresa y directa como sujeto del delito; o bien
- (b) de forma indirecta, en aquellos delitos, como son los ecológicos o los económicos, donde típicamente concurrirán en la persona jurídica las cualidades del tipo, de forma que los administradores de hecho o de derecho podrán ser inculcados con la ayuda del artículo 31 del Código Penal.

En cualquier caso, para poder imponer la responsabilidad penal a los administradores de hecho o de derecho, será necesario que concurren, al menos, dos requisitos:

- conocimiento de la ilicitud penal del acto, que permitirá atribuir al sujeto el elemento necesario de culpabilidad penal; y
- dominio del hecho ilícito, entendido como la capacidad de interrumpir o evitar el acto, lo que nos llevará a incluir los supuestos de comisión del delito por imprudencia y también por omisión.

5.2 Una breve referencia general a algunas figuras delictivas

5.2.1 Los delitos ecológicos

El motivo de destacar los delitos llamados “ecológicos” (artículos 325 y ss del Código Penal) viene dado por las características específicas de las conductas tipificadas como delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, que provocan que, con mayor frecuencia, estos delitos se lleven a cabo con ocasión de la actividad desarrollada por las sociedades mercantiles.

De esta forma, los órganos jurisdiccionales han aplicado reiteradamente el artículo 31 del Código Penal para acabar imputando la responsabilidad penal derivada de estos delitos a los administradores y directivos (bajo la rúbrica de administradores de hecho) de las compañías mercantiles, individualizando la responsabilidad en los representantes de éstas.

Ello no obstante, el anterior mecanismo no puede proporcionar un modo de imputación objetiva de responsabilidad penal medioambiental de forma indiscriminada o automática, ya que el artículo 31 no altera el régimen general de responsabilidad personal y culpabilidad que rige el ámbito penal. Por tanto, se exigirá el conocimiento y el dominio del hecho delictivo que causó el daño, esto es, la capacidad decisoria del administrador, determinando el grado de participación y aportación individual de cada uno de los administradores concurrentes a la

adopción o ejecución del acto para la imputación de las responsabilidades que correspondan.

5.2.2 Los delitos económicos

El ámbito de los denominados delitos económicos abarca todas aquellas figuras delictivas que sancionan un conjunto de conductas contrarias al orden económico-patrimonial: los delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico del Título XIII, incluyendo las insolvencias punibles, la alteración de precios, los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, etc.; los delitos contra la hacienda Pública y contra la Seguridad Social (Título XIV); algunas expresiones de los delitos de falsedades (Título XVIII); etc.

Este tipo de delitos que pretenden proteger el orden económico, ya sea empresarial o estatal, van a ser típicamente desarrollados por las compañías mercantiles y protagonizadas por sus administradores y representantes, haciendo aquí de nuevo uso del mecanismo de imputación personal de responsabilidad penal que nos brinda el artículo 31, bajo los mismos presupuestos y con los mismos límites que ya hemos explicado en el apartado anterior.

5.2.3 Los delitos societarios

Los llamados delitos societarios nacen con el Código Penal de 1995 con el fin de proteger el tráfico mercantil societario y por tanto asegurar el correcto funcionamiento de los canales de expresión del mercado y de las sociedades que en él participan. Así, este conjunto normativo ha venido a sancionar aquellas conductas generadas en el ámbito empresarial, industrial o financiero que, transgrediendo frontalmente la legalidad vigente o bien siendo ejecutadas en fraude de ley o con abuso de derecho, puedan lesionar bienes jurídicos pertenecientes al ámbito empresarial y económico, a partir de la dimensión clásica del derecho de la propiedad como bien jurídico protegido, que con anterioridad encontraba su máximo mecanismo de defensa en el delito de apropiación indebida.

El falseamiento de las cuentas (artículo 290), la imposición de acuerdos abusivos por la mayoría (artículo 291), la imposición de acuerdos lesivos mediante mayorías ficticias (artículo 292), la negación o restricción de los derechos del socio (artículo 293), la obstaculización de la actividad supervisora o inspectora (artículo 294), la administración desleal del patrimonio social (artículo 295), son todos ellos delitos llamados "societarios" configurados para defender, desde la perspectiva del derecho penal, los comportamientos de los socios y de los administradores que atentan contra los derechos patrimonial-económicos y/o contra los derechos políticos de los socios, imponiendo la responsabilidad derivada de tales delitos en los administradores de

derecho o de hecho cuando éstos hubieran actuado en infracción de sus deberes sociales causando un daño penal.

Así, frente a la imputación indirecta, instrumentada por la vía del artículo 31 del Código Penal, que puede recaer en los administradores en el ámbito de los delitos ecológicos o económicos, la norma convierte a estos sujetos, administradores de hecho o de derecho, en sujetos directos de los delitos societarios, por ser éstos quienes ostentan la titularidad de los deberes y obligaciones destinados a velar por la defensa del bien jurídico societario protegido.

5.3 **Responsabilidad civil subsidiaria**

Tal y como consagra la norma penal, toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivan daños y perjuicios, de donde deriva que el artículo 120.4 del Código Penal disponga que, en defecto de los que lo sean criminalmente, son también civilmente responsables, aunque de forma subsidiaria, *“las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios”*.

Se trata por tanto de un régimen de responsabilidad subsidiaria personal y objetiva, con absoluta indiferencia de la concurrencia del elemento subjetivo de culpa o negligencia en el obligado a responder, al que son ajenas las personas jurídicas.

B. **Responsabilidad de los administradores versus responsabilidad de los directivos**

1. **Ámbito de la responsabilidad de los administradores y de los directivos**

Para abordar este tema debe partirse de la distinción esencial entre la figura del administrador y la figura del directivo como representantes de la sociedad, distinción que se sintetiza destacando que:

- el administrador está vinculado a la sociedad por una relación mercantil orgánica de servicios que le otorga desde la eficacia de su nombramiento facultades de representación ilimitadas de la empresa frente a terceros (de forma individual o colectiva en los términos del artículo 129 LSA); mientras que
- el directivo está vinculado por una relación laboral de empleo y poder que le configura como un mero apoderado que, a modo de factor mercantil, está legitimado para hacer uso de las expresas

facultades que le han sido conferidas, con sumisión jerárquica al órgano de administración y sin que ostente facultades de representación inherentes a su cargo.

Como categoría particular, debe destacarse de entre los directivos la figura del alto cargo o alto directivo, cuyo vínculo con la sociedad es asimismo de carácter laboral pero que ostenta poderes y facultades generales que ejercita con autonomía y plena responsabilidad, limitado solamente por los criterios e instrucciones emanados del órgano superior de gobierno y administración de la sociedad, escapando de la legislación general del Estatuto de los trabajadores y beneficiándose de un régimen especial, en particular, relativo a la finalización de la relación laboral y a las indemnizaciones que de ésta puedan derivarse.

Así, bajo la bandera de la compatibilidad entre las funciones de unos y otros, al administrador se le imponen los deberes de diligencia, fidelidad, lealtad, secreto etc. como expresiones de un deber general de buena gestión y de administrar la sociedad en todos sus ámbitos en aras a realizar el fin social y velando en todo momento por el interés de la sociedad. De este modo, le son atribuidas las consecuencias no solamente de la comisión activa y expresa de actos culpables (*culpa in committendo*, *culpa in instruendo*) sino también de la falta de actuación, atribuyéndole la culpa de no haber realizado los actos que, en cumplimiento de sus deberes, se le presumen exigibles (*culpa in vigilando*, *culpa in omittendo*) e incluso la responsabilidad por haber designado representantes o apoderados poco diligentes de cuya actuación se derivase un daño (*culpa in eligendo*).

Mientras, al directivo se le otorga un mandato específico circunscrito a un ámbito de competencias y facultades determinado, debiendo éste velar por el buen fin de su mandato dentro de los límites de su apoderamiento, sin que le sean exigibles deberes superiores de vigilar y velar con carácter general por la consecución del fin social y por la protección del interés de la sociedad, más allá del mandato y del ámbito funcional que le ha sido conferido.

Por ello, deben distinguirse los ámbitos de sus respectivas responsabilidades, en consonancia con la limitación de sus respectivos deberes, siendo exigible al administrador las consecuencias lesivas de su actuación culpable por infringir sus deberes generales de diligencia.

Ello no obstante y dando así la distinción por bien asentada, el ámbito de actuación y responsabilidad del directivo puede confundirse en determinadas circunstancias con el del administrador, con las consecuencias jurídicas que veremos, en aquéllos casos en que el directivo, por su posición y autonomía de decisión en la empresa, puede ser reputado administrador de hecho.

Decíamos anteriormente que podrán ser considerados administradores de hecho quienes actúen pública y notoriamente en representación de la sociedad, ostentando y ejerciendo las facultades de representación que legalmente corresponden a los administradores legal y formalmente investidos, e impartiendo instrucciones relativas a la gestión y dirección de las actividades de la sociedad, siendo su actuación reconocida o tolerada por los socios pero escapando de la obligación de publicidad registral que ampara la buena fe de los terceros.

En este sentido, es esencial subrayar que, a diferencia del factor o representante apoderado que excede el límite de las facultades que le han sido conferidas, el administrador de hecho hace uso de una autoridad de la que no se halla formalmente investido pero actúa con la aquiescencia y el consenso de los socios, quienes conocen y asumen la actividad desarrollada por aquél y consideran a la sociedad vinculada por sus actuaciones, siendo en tales casos necesario proporcionar una protección especial de la apariencia creada en el tráfico frente a terceros, que carecen del elemento primero de defensa que es la publicidad registral.

Pues bien, teniendo así entendida la figura del administrador de hecho, es fácil pensar que tal definición sea imputable a los altos directivos, más aún cuando el órgano de administración incurre en una cierta pasividad de actuación, delegando la administración por la vía de hecho, por ejemplo, en el director general de la sociedad.

Ello no obstante, debe evitarse incurrir en la extensión sistemática de la responsabilidad social a quienes, sin ocupar la posición orgánica de administrador, ejercen las funciones propias de la alta dirección de la sociedad que pueden estar comprendidas en el ámbito competencial del órgano de administración, ya que en principio carece del vínculo estructural orgánico que fundamenta la acción social, y se limita a mantener con la sociedad un doble vínculo de empleo y apoderamiento. Por tanto, la figura del alto directivo y, en su máxima expresión, del director general, podrá ser equiparado al administrador de derecho a efectos de responsabilidad, en aplicación de la analogía directa normativa que recoge el artículo 127 LSA, solamente en aquellos supuestos en los que el directivo, más allá de la relación de empleo y apoderamiento, asuma las funciones máximas de administración, revistiendo su cargo de facultades representativas generales frente a terceros, más allá de la literalidad y de los límites de su mandato expreso, con conocimiento y asunción por parte de los órganos de gobierno de la sociedad, quienes a su vez han consentido una delegación de hecho de las facultades de representación en aquél, de forma que éste adquiere una posición cuasi orgánica y estrechamente vinculada a la estructura organizativa de la sociedad.

Esta asimilación, expresamente reconocida en otros ordenamientos jurídico-societarios europeos (Italia, Portugal, Suiza), no es automática ni sistemática en nuestro sistema jurídico pero es posible por aplicación de la figura del administrador de hecho que, ahora sí, reconoce expresamente la LSA.

En defecto de los presupuestos que hacen posible la equiparación del directivo al administrador de hecho, no le serán aplicables al primero las normas sobre responsabilidad de administradores, quedando sujetos al régimen de responsabilidad que el Código de Comercio configura para el factor, e incluso pudiendo acudir a las normas civiles que gobiernan los límites y ejercicio del mandato.

2. Responsabilidad de los administradores por acciones y decisiones de los directivos

En otro orden de cosas, como hemos manifestado anteriormente, la responsabilidad de los administradores y su deber de diligencia comprende la llamada *culpa in eligendo*, *culpa in instruendo* y *culpa in vigilando*, de forma que los administradores podrán verse obligados a responder en caso de culpa en el incumplimiento de sus deberes de diligencia al elegir, nombrar e instruir a las personas de su confianza en quienes hayan delegado las funciones directivas en la empresa, y/o sus al supervisar y controlar la gestión y dirección de la empresa por éstas, de forma que los requisitos de culpabilidad y nexo causal que de forma reiterada deben estar presentes a la hora de determinar la responsabilidad de un administrador se ven cumplidos al atribuir al administrador una conducta culpable y poco diligente en el cumplimiento de sus deberes de delegación y supervisión de la gestión social.

Así, los conceptos de *culpa in eligendo*, *culpa in instruendo* y *culpa in vigilando* pueden llevar a establecer el elemento de la culpabilidad necesario para determinar la responsabilidad de los administradores, no solamente en el ámbito de la responsabilidad civil sino también y especialmente de la responsabilidad penal.

Pensemos en este sentido en la situación habitual en que se producen los delitos contra el medio ambiente, contra la Hacienda Pública o bien contra la Seguridad Social, en que los administradores rara vez habrán sido autores materiales directos del delito, siendo frecuente que la autoría material directa la protagonice el director general, el director industrial o el director financiero. Pues bien, en estos supuestos, la responsabilidad de los administradores ha sido alcanzada cuando, aún reconociendo la autoría directa de otros directivos, los administradores han sido penados por su falta de diligencia a la hora de designar y controlar la conducta de estos directivos.

3. **Acumulación del cargo de administrador y de las funciones directivas en una persona**

Nos enfrentamos finalmente a un problema clásico cual es la coincidencia en una misma persona de la condición de administrador y alto directivo, que ha sido objeto de amplios debates jurisprudenciales y doctrinales que escapan del objeto de nuestra misión y que han oscilado desde el predominio excluyente del vínculo orgánico-mercantil frente al laboral hasta el reconocimiento de la compatibilidad entre ambas condiciones, con todas las consecuencias laborales y de Seguridad Social, fiscales, remuneratorias e indemnizatorias que ello conlleva.

Pues bien, centrados en el tema esencial de la acumulación de ambas funciones en una misma persona, la cuestión constituye una materia sensible cuando corresponde al administrador/directivo invocar el predominio de uno u otro vínculo frente a la sociedad, pero no tendrá excesiva relevancia en el ámbito de la responsabilidad del administrador/directivo frente a terceros, pues tratándose de su responsabilidad como administrador, el mero hecho de su nombramiento le convierte en sujeto directo de la misma y, en su condición de directivo, su responsabilidad como tal no podrá quedar excluida por alegar el administrador/directivo la existencia o el predominio del vínculo orgánico, lo que nos lleva a concluir que, acumuladas ambas condiciones en una misma persona, ésta será sujeto activo de ambos sistemas de responsabilidad frente a terceros.

Barcelona para Madrid, a 15 de junio 2004

* * *