

TENDENCIAS RECIENTES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES: REFORMAS EN EL DERECHO ESPAÑOL DE SOCIEDADES

JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ

RESUMEN

La Ponencia presenta la evolución experimentada en materia de responsabilidad de administradores de sociedades, tratando de combinar dos perspectivas que puedan contribuir a evaluar su alcance. Por un lado, las tendencias que, en época reciente y por razones de índole muy diversa, han orientado los sistemas legales de responsabilidad hacia un agravamiento con manifestaciones variadas; por otro lado, la aplicación que de esas tendencias se ha producido en el Derecho español, especialmente a través de la reforma operada por la denominada Ley de Transparencia, de 2003. Se observa fácilmente que el tránsito de ciertas recomendaciones de gobierno corporativo a normas imperativas, la progresiva diferenciación de régimen entre la sociedad cotizada y no cotizada, o el avance en la introducción de supuestos

especiales de responsabilidad, relacionados con las pérdidas y el concurso de la sociedad, o con la extensión a nuevos sujetos, principalmente cuando les es aplicable la condición de administradores de hecho, constituyen los instrumentos, y a la vez los resultados, más significativos en esta reciente evolución en el ámbito mercantil, sin perjuicio de la referencia a otras áreas de especial interés en la actualidad.

1. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO Y SIGNIFICADO DE LA CUESTIÓN; EL CONTEXTO EUROPEO

De un tiempo a esta parte, la cuestión de la responsabilidad de quienes administran o dirigen las sociedades de capital ha adquirido notable actualidad. Sea porque todo lo relacionado con la organización, la distribución del poder y la toma de decisiones en las grandes sociedades ha sido objeto de nuevos planteamientos críticos en el ámbito del “gobierno corporativo”, sea porque la experiencia de determinados acontecimientos de amplia repercusión en el mundo jurídico y económico ha puesto de manifiesto la necesidad de mecanismos de control más eficaces, lo cierto es que la demanda de más exigencia ética, más transparencia en la información y más rigor en las reglas a aplicar, se ha escuchado por doquier. No es de extrañar que, en tal ambiente, la reflexión sobre si los estándares de responsabilidad de directivos hasta ahora conocidos son adecuados a las necesidades actuales y en qué sentido deben ser modificados, está presente, con más o menos alcance, en todos los nuevos planteamientos hasta el punto de poderse afirmar con certeza que no hay este momento agenda de reforma societaria o documento de análisis y propuesta en que dicha cuestión no ocupe lugar prioritario.

El debate, además, se proyecta en todas las direcciones posibles y abarca todos los aspectos del régimen de responsabilidad: si los supuestos en que debe exigirse deben ampliarse, si la diligencia requerida en el desempeño del cargo debe hacerse más rigurosa, incluyendo tablas de deberes concretos, si el ejercicio de las acciones para reclamarla debe facilitarse con legitimaciones más abiertas y con requisitos menos gravosos, etc., etc. Los resultados de este proceso de revisión son, ciertamente, desiguales, porque los puntos de partida también lo

eran, pero es innegable que determinados criterios de exigencia y de rigor se han generalizado notablemente. La actualidad e interés que, en paralelo, se ha despertado en torno a la aplicación de la figura del seguro de responsabilidad civil como instrumento de cobertura de las consecuencias perjudiciales de la actuación de los directivos y administradores es, quizá, la más clara muestra de la naturaleza y dimensión del problema.

La presente Ponencia trata de ofrecer una panorámica actual simplificada sobre el estado del tema, consciente de que un examen a fondo de las tendencias de política jurídica en cuanto a la forma de abordarlo y de los resultados jurídico-positivos que se han ido produciendo en los diversos ordenamientos, rebasaría con muchos los límites de una aportación de este tipo. Se utiliza para ello una combinación sistemática de dos niveles de exposición: por un lado, se trata de ofrecer una reflexión básica sobre las tendencias que están orientando la evolución de la cuestión, con el fin de conocer su origen y alcance; por otro lado, se describe, en un ámbito más concreto, el impacto que los nuevos planteamientos ha producido ya en un sistema jurídico específico, como es el Derecho español de sociedades, a través de recientes reformas.

Conviene, en todo caso, advertir que el “movimiento de revisión” en materia de responsabilidad ha adquirido una dimensión más elevada en el contexto de los objetivos europeos para el Derecho de sociedades. En efecto, la *Comunicación dirigida por la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento, en mayo de 2003*, recogiendo las conclusiones del *Informe Winter* y fijando los objetivos de modernización del Derecho de Sociedades (“*Un plan para avanzar*”), contiene, dentro de las propuestas sobre el gobierno de las empresas, referencias específicas sobre reformas en los Consejos de Administración. Los aspectos afectados son la composición del Consejo, la remuneración de los directivos y la responsabilidad de los administradores. En este punto, se propone reforzar la responsabilidad colectiva del conjunto del Consejo por los estados financieros y los principales documentos no financieros, introducir un derecho de investigación especial sobre los asuntos de la sociedad a requerimiento de la minoría de accionistas, establecer un principio de negligencia sancionable (“wrongful

trading”) para derivar responsabilidad personal a los dirigentes en supuestos de concurso y, finalmente, imponer una prohibición de ejercer el cargo de administrador como sanción de alcance comunitario ante ciertos comportamientos. La simple mención de tales propuestas da una idea suficiente de la orientación sobre la materia en las intenciones comunitarias destinadas a influir sobre los ordenamientos nacionales, pues el citado plan de modernización presentado por la Comisión concluye en este punto con el compromiso de presentar a medio plazo una propuesta de directiva. De ser así, ocurriría que la famosa Quinta Directiva, planteada en los años setenta como fórmula de armonización de los modelos organizativos de las sociedades de capital y abandonada a finales del pasado siglo, se vería en parte retomada con un planteamiento mucho más selectivo, referido a las cuestiones que hoy preocupan: *composición de los Consejos*, con particular insistencia en la presencia de consejeros independientes, en la existencia de Comisiones internas especializadas (de nombramientos, de auditoría, etc.) y en la opción entre los dos modelos (unitario y dual) de referencia; *retribución de los dirigentes*, con aprobación previa de la Asamblea y con información precisa en las cuentas anuales tanto de las modalidades retributivas como de la remuneración individual de cada consejero; *responsabilidad de los administradores*, con especial énfasis en los puntos arriba indicados. Tras estas propuestas se percibe el empuje de las tendencias que están orientando la evolución del moderno Derecho de Sociedades y que, en lo referido a la cuestión de la responsabilidad, paso brevemente a resumir.

2. DESCRIPCIÓN INICIAL DE LAS RECIENTES TENDENCIAS EN LA MATERIA

Sin que el orden implique prioridad o mayor importancia de unas otras sobre otras, las líneas básicas, en ocasiones coincidentes con auténticos fenómenos socioeconómicos que provocan la transformación jurídica del Derecho de Sociedades, pueden identificarse de la siguiente manera:

– en primer lugar, la experiencia acumulada en torno a la insuficiente implantación de los denominados “códigos de buen gobierno”

ha influido para que ciertas recomendaciones, que en los Informes de *gobierno corporativo* de primera generación lo eran de seguimiento voluntario, hayan terminado en esta segunda etapa por convertirse en normas de obligado cumplimiento. Así ha sucedido con la reciente incorporación a los textos legales de catálogos más o menos amplios de deberes de los administradores, especialmente en el ámbito de los deberes de lealtad para prevenir o resolver conflictos de intereses entre el administrador y la sociedad, con importante repercusión en cuanto al comportamiento exigible a los directivos y, por ello mismo, a la imputación de responsabilidad. Así ha sucedido también con la obligación, por norma imperativa, de constituir determinadas Comisiones internas en los Consejos de Administración (así, por ejemplo en España la Comisión de Auditoría en las sociedades cotizadas).

– en segundo lugar, la distinción entre sociedades cerradas y abiertas, *cotizadas y no cotizadas*, ha pasado de ser un recurso doctrinal para una mejor clasificación de los supuestos de hecho a constituir un criterio efectivo de diferenciación normativa con repercusión creciente en el régimen jurídico a aplicar. En lo que afecta a la responsabilidad, la tendencia se manifiesta en la existencia de normas específicas que, por ejemplo, concretan los deberes de diligencia, fidelidad o lealtad, delimitan la información a proporcionar al mercado por diversas vías a fin de cumplir los parámetros de transparencia exigida, etc.

– en tercer lugar, han ido apareciendo progresivamente supuestos en que, por determinadas circunstancias que impiden a los acreedores de la sociedad satisfacer sus créditos con cargo al patrimonio de ésta, se abren, en su interés y beneficio, vías para requerir de los administradores el cumplimiento de las obligaciones pendientes de la sociedad. Ni que decir tiene que esta suerte de *renacimiento de la responsabilidad ilimitada*, que no opera sobre la base de la indemnización de un daño causado, sino de la asunción de las deudas sociales en ciertos casos, generalmente como sanción por el incumplimiento de alguna obligación, constituye un agravamiento objetivo de la posición de los directivos que debe ser tratado con especial delicadeza por la honda repercusión que puede alcanzar.

– en cuarto lugar, es también ostensible el intento de *extender la aplicación* del régimen endurecido de responsabilidad de los adminis-

tradadores a otros sujetos que, sin ocupar una posición orgánica en el nivel societario, influyen de manera efectiva en las decisiones de gestión, o asumen tareas de dirección en el nivel de la empresa. La asimilación a estos efectos de los administradores de hecho o de los directores generales con los administradores propiamente dichos, supone la apertura de nuevos espacios de imputación de responsabilidad en hipótesis hasta hace poco llenas de dificultad, como son las vinculaciones de grupos de sociedades o las estructuras ejecutivas de las empresas con formas societarias.

La mera enunciación de estas tendencias de tan hondo calado, permitirá evaluar mejor el alcance de algunas reformas producidas en la última etapa sobre el Derecho positivo español de sociedades de capital, que tomo como punto de referencia para el examen de esta otra perspectiva. Cabe percibir, en esta perspectiva general, que las tendencias indicadas producen en conjunto una notoria ampliación del círculo de la responsabilidad, sea en el ámbito objetivo, mediante la delimitación y profundización de los deberes asignados a los administradores cuya infracción es fuente de responsabilidad, sea en el ámbito subjetivo, extendiendo la condición de sujeto pasivo a quienes ejercen tarea directiva y adoptan decisiones efectivas con independencia de la posición formal que ocupen, sea en el ámbito funcional, configurando nuevos supuestos en garantía patrimonial de terceros.

3. EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE LAS REFORMAS MERCANTILES MÁS SIGNIFICATIVAS OPERADAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

En la evolución del Derecho societario español, el tránsito de la histórica Ley de Sociedades Anónimas de 1951 al Texto Refundido de 1989, elaborado con la intención de adaptar el régimen jurídico al nivel de armonización que disponía el Derecho Comunitario en el momento de la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea, pero aprovechado también para avanzar en modernización, ya había supuesto un cambio notable en la regulación de la responsabilidad de los administradores. Se pasó, en efecto, de un modelo excesivamente benigno e inoperante, donde los administradores sólo res-

pondrían por “malicia, abuso de facultades y negligencia grave” y sin expresa mención a la solidaridad en casos de pluralidad de consejeros, a un modelo más normalizado, como lo es el recogido en los artículos 133, 134 y 135.

El artículo 133 establece una cláusula general de responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores por daños causados por actos ilegales, antiestatutarios o realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo (que es la de “un ordenado comerciante y un representante leal”), impone la forma solidaria de responder a todos los miembros del órgano que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, sin perjuicio de la posibilidad de exoneración individual de quien pruebe que el daño no le es imputable en los términos de una singular relación de circunstancias, y, finalmente, proclama la no liberación de responsabilidad derivada del hecho de que la Junta General haya adoptado, autorizado o ratificado el acuerdo lesivo de los administradores, olvidando a estos efectos la existencia de un deber de ejecución de los acuerdos válidos y de la facultad de impugnar los ilícitos y, probablemente, confundiendo esos supuestos con el tradicional “quitus” o acuerdo de aprobación de las cuentas al que tradicionalmente se negaba cualquier efecto exoneratorio.

Los otros preceptos, 134 y 135, se refieren, manteniendo el esquema procedente de la Ley de 1951, a las acciones disponibles para la exigencia de la responsabilidad en virtud del patrimonio perjudicado: la acción social para obtener la reintegración del patrimonio social, por lo que su titular es la propia sociedad a través de un acuerdo de la Junta general, que produce la destitución automática de los administradores y que puede ser renunciado o transigido antes de ejercer la acción con ciertas condiciones, aunque también están supletoriamente legitimados, como perjudicados indirectos en el valor de sus acciones o en la garantía de sus créditos, los accionistas que reúnan el 5% del capital, pues se trata de un derecho de minoría, y los acreedores si demuestran la insuficiencia del patrimonio social para satisfacer sus créditos, pero ambos reclaman de forma subsidiaria y para reintegrar el patrimonio social, no para percibir individualmente la parte de daño reflejo o indirecto; para la reparación del daño particular a socio o

tercero, acreedor o no, cuando la acción de los administradores lesiona directamente el patrimonio personal, está la llamada acción individual, en el artículo 135, norma procedente del Derecho común de daños y transportada al ámbito societario, por lo que debe ser coordinada con las reglas de imputación a la persona jurídica de los efectos perjudiciales causados a socios, y especialmente a terceros, por la actividad ilícita de sus órganos y representantes.

Sobre este marco normativo, brevemente descrito, se han proyectado las reformas orientadas por las tendencias antes mencionadas. Sintetizo de manera escueta el alcance de tales reformas introducidas por la Ley de 17 de julio de 2003, formalmente dirigida a “reforzar la transparencia de las sociedades cotizadas”, pero que ha afectado de manera importante el régimen general de responsabilidad de los administradores de todas las sociedades anónimas en general y, de paso, el de las sociedades limitadas, pues el artículo 69 de la Ley reguladora de éstas se limita en esta materia a remitir al régimen aplicable en aquéllas.

A.- En primer lugar, se ha incorporado al texto legal una “*carta de deberes*” de los administradores, bastante confusa en su configuración, que parte de una aparente cláusula general (“*deber de diligente administración*” del artículo 127, donde se conserva la pauta del texto anterior —“diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”— y se ha añadido una interesante mención al deber individual de cada administrador de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad). Tal cláusula aparece luego desarrollada en tres ámbitos diferenciados: el *deber de fidelidad al interés social*, entendido como interés de la sociedad, que, más que como deber autónomo, se muestra como modalidad de cumplimiento de los que imponen las leyes y los estatutos; el *deber de lealtad*, en un largo precepto que intenta recoger los supuestos configurados en las propuestas de “gobierno corporativo” relacionadas con los más típicos y frecuentes conflictos de interés (no utilizar el nombre de la sociedad ni invocar la condición de administrador para operaciones por cuenta propia, no aprovechar en beneficio propio oportunidades de negocio que corresponden a la sociedad, comunicar las situaciones de conflicto directo o indirecto con el interés de la sociedad, y abstenerse de intervenir en ellas, así como la par-

ticipación, cargos o funciones en sociedad competidora y la realización de actividad competidora por cuenta propia o ajena, teniendo en cuenta además que los deberes se aplican no sólo cuando las situaciones descritas afectan al administrador de forma personal, sino también cuando afectan a personas a él vinculadas, conforme a la lista legal que distingue los casos de vinculación según que el administrador sea persona física o jurídica); finalmente, el *deber de secreto*, ahora concebido como reserva de informaciones confidenciales conocidas a consecuencia del ejercicio del cargo, y sin perjuicio de las correspondientes excepciones.

Por efecto de esta nueva estructura de deberes, el artículo 133, donde sigue estando la declaración general de los supuestos de responsabilidad, se ha reformado también para mencionar, como fuente de responsabilidad, los daños causados por actos u omisiones (esta distinción también es novedosa) realizados incumpliendo “los deberes inherentes al desempeño del cargo”.

Debe observarse, además, que la lista de deberes adquiere una concreción particular en el caso de *administradores de sociedades cotizadas*, recogiendo así, en este aspecto, la orientación diferenciadora antes señalada. Pero este aspecto no está incorporado a la Ley de Sociedades Anónimas, a pesar de que en el pasado sí se habían incluido en ella especialidades para las sociedades cotizadas, sino en la Ley del Mercado de Valores, de 1989, donde se ha añadido un Título X (“De las sociedades cotizadas”), cuyo artículo 114 introduce el deber explícito de no ejercer el derecho de voto con acciones representadas en caso de conflicto de interés, de informar en la memoria anual de las operaciones vinculadas e intra grupo, y de no realizar operaciones usando información privilegiada, aspecto éste que ya estaba profusamente tratado dentro de las normas de conducta en el mercado de valores previstas en los artículos 78 y siguientes de esta Ley.

B.- En segundo lugar, se ha añadido un nuevo apartado segundo, dentro de los principios básicos del artículo 133, donde se introduce una mención expresa a “quien actúe como *administrador de hecho* de la sociedad” para declararle sujeto pasivo de la responsabilidad personal en los mismos términos que “quienes formalmente ostenten con arreglo a la ley la condición de administrador”. Ciertamente, con

la mención se refrenda un criterio que ya había sido aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, pero, con la fórmula tan abierta elegida, su alcance va mucho más allá de los supuestos de ejercicio del cargo en base a la apariencia derivada de un nombramiento nulo o caducado, por ejemplo. Para actuar como administrador de hecho no hace falta ocupar el cargo, basta con aparecer adoptando eficazmente decisiones o influir en ellas de manera decisiva, basta con que tales decisiones puedan serle imputadas. Siendo así, las posibilidades de extensión en cuanto a la aplicación del régimen de responsabilidad son amplias: alcanza a directivos de la empresa que, sin pertenecer formalmente al órgano societario, actúan como administradores (ya algunos ordenamientos, como el italiano, asimilaban a los directores generales con los administradores a efectos de responsabilidad); alcanza, sobre todo, a sociedades dominantes o a órganos de sociedades dominantes que ejercen su capacidad de control sobre la sociedad dominada, en el ámbito de una típica relación entre sociedad madre y filiales, actuando como verdaderos administradores de éstas, sea cuál sea la base legítima del ejercicio de influencia, del poder de instrucción o del control (participación mayoritaria o significativa, vínculo contractual, grupo de hecho, relación comercial o posición de mercado que permite imponer decisiones, etc.). En este sentido, resulta curioso observar cómo de los textos previos a la reforma desapareció una referencia explícita a la responsabilidad de la sociedad dominante, seguramente porque el legislador entendió que la inclusión de la figura del administrador de hecho proporcionaba cobertura suficiente a tal efecto.

C.- En tercer lugar, las reformas han afectado también, por vías legislativas distintas, al proceso de configuración de *nuevos supuestos de responsabilidad* que tienen en común, como ya se apuntó, el objetivo de imputar a los administradores las deudas insatisfechas de la sociedad, que son asumidas por ellos frente a los acreedores como consecuencia de ciertos incumplimientos de obligaciones o de ciertos comportamientos que deterioran la garantía patrimonial.

La Ley de Sociedades Anónimas de 1989 ya se había hecho eco de esta tendencia recogiendo algunos supuestos de responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas de la sociedad, que no por el daño causado. Así, el famoso artículo 262 (como también el 105

de la Ley de Sociedades Limitadas) obliga a los administradores a promover la disolución de la sociedad en ciertos casos (especialmente en el de pérdidas cualificadas que reducen el patrimonio por debajo de la mitad de la cifra de capital, salvo reintegración), convocando la Junta general en un plazo de dos meses o solicitando la disolución judicial si la Junta no se constituye o no lo acuerda. De no hacerlo, el precepto hace a los administradores que incumplan la obligación responsables de las obligaciones sociales (de todas, y no sólo de las contraídas durante su mandato o después del incumplimiento). La facilidad en la prueba, que no requiere demostrar un daño, y la inmediatez en el objetivo perseguido, que es cobrar la deuda y no reconstituir el patrimonio social, ha hecho absolutamente frecuente esta vía de responsabilidad, que se ha convertido en preferente para los acreedores en sustitución de las tradicionales acción social e individual, cuando se dan las condiciones citadas. Con alcance más transitorio existían también supuestos similares de responsabilidad por incumplir el deber de adaptar las sociedades preexistentes a la nueva legislación.

La nueva Ley Concursal española, de 9 de julio de 2003, en trance de entrar en vigor, ha profundizado esta tendencia de convertir a los administradores en una especie de fiadores solidarios (como si fueran socios ilimitadamente responsables) del pasivo social, en dos momentos en particular, relacionados con la situación concursal de la sociedad. Por un lado, ha introducido en el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, donde estaba la citada obligación de disolver, la obligación de solicitar el concurso, en paralelo y cuando proceda, a la vista de que el artículo 5 de la propia Ley Concursal impone al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso. La sanción por el incumplimiento es la misma ya conocida: la asignación a los administradores de las deudas de la sociedad, solidariamente y como si fueran propias, aunque debe entenderse que no desaparece la responsabilidad de la sociedad. Por otro lado, cuando efectivamente el concurso ya se ha desarrollado y se ha llegado a la calificación en los términos legalmente previstos, si ésta resulta de ser de "concurso culpable", los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, actuales o de los dos años anteriores, pueden ser condenados por la sentencia judicial de calificación a pagar a los acreedores concursales, en todo o en par-

te, el importe de los créditos que no puedan percibir de la masa activa. Esta variante de la extensión personal del concurso, con efecto similar a las acciones de complemento del pasivo, tiene un componente sancionador (por retrasar la solicitud del concurso, por agravar la situación de deterioro patrimonial, por desplegar alguna de las conductas que la ley utiliza como base para calificar el concurso de una persona jurídica como culpable, etc.) que no me parece incompatible con la fijación del montante a indemnizar teniendo en cuenta el daño efectivamente causado a los acreedores insatisfechos.

Hasta aquí esta breve exposición valorativa de los principales elementos que se han incorporado al Derecho español recientemente en materia de responsabilidad de los administradores. Debe, no obstante, anotarse que *otros ámbitos jurídicos* donde la cuestión se plantea desde perspectivas distintas a la mercantil, han sido también objeto de penetración de normas dirigidas a delimitar, exigir o endurecer esta responsabilidad. Baste recordar, a título de ejemplo, que la legislación sectorial aplicable a sociedades dedicadas a actividades sometidas a supervisión (entidades financieras, compañías aseguradoras, empresas de servicios de inversión, etc.) contiene amplias muestras de responsabilidad administrativa de los dirigentes de esas sociedades; que la reciente legislación tributaria (me refiero a la Ley General Tributaria, de 17 de diciembre de 2003) define los supuestos de responsabilidad subsidiaria y solidaria de los administradores por las deudas fiscales de la sociedad; o, en fin, que el Código Penal de 1995, además de declarar la responsabilidad personal de administradores de personas jurídicas con carácter general en el artículo 31, tipifica, dentro del capítulo de los delitos societarios (artículos 290 a 297), conductas específicas de administradores de hecho o de derecho que desencadenan responsabilidad penal.

Todo ello, en fin, contribuye a valorar la dimensión exacta que ha ido adquiriendo el tema de la responsabilidad de los administradores y la función que se ha ido atribuyendo a sus normas reguladoras como instrumento de control, equilibrio y compensación del poder de decisión concentrado en los órganos de decisión de las sociedades de capital.