

CAPITULO PERU**EL DEBER DE DILIGENCIA DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS. ALCANCE Y CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO. ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y PERUANA****INVESTIGADOR: ESTEBAN CARBONELL O'BRIEN****DOCTOR EN DERECHO. CATEDRÁTICO UNIVERSITARIO**

RESUMEN: Los administradores de las sociedades de capital han de actuar, en el ejercicio de sus funciones, cumpliendo con los deberes que le son exigidos por Ley porque, de lo contrario, su patrimonio personal puede verse expuesto al resarcimiento de los daños que hayan ocasionado a la propia sociedad que representan, a sus socios o a terceros. Por ello, es importante conocer qué acciones pueden instarse contra los administradores y cuáles son las causas que éstos pueden alegar para quedar exonerados.

PALABRAS CLAVE: administrador, responsabilidad, acción social, acción individual.

ABSTRACT: Directors of corporations must act in the exercise of their company functions, fulfilling the duties that are required by law because, otherwise, their personal assets may be exposed to compensation for the damages they have caused to the society they are representing, its partners or third parties. It is therefore important to know what actions can be urged against the Directors and the causes they may claim to be exempted.

KEY WORDS: director, responsibility, social action, individual action.

Introducción

Los administradores de las sociedades de capital son los encargados de actuar en nombre y representación de la sociedad que dirigen o administran cumpliendo con los deberes que vienen establecidos en los artículos 225 y ss. De la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (en adelante LSC) en España. En el Perú, la tónica es muy similar, asunto recogido en la Ley No. puntualmente en sus artículos.

Los administradores serán responsables si incumplen estos deberes y ello provoca un daño directo a la sociedad, afectando indirectamente a los socios o a terceros, o bien lesionando directamente los intereses de unos y otros. Se trata de una responsabilidad de naturaleza civil, distinta de la responsabilidad administrativa, fiscal, penal o de cualquier otra índole en la que pudieran incurrir por su actuación al frente de la sociedad.

La LSC le dedica el Capítulo V del Título VI a regular este sistema de responsabilidad jurídico-privada de los administradores, que ha obtenido, en opinión unánime de la doctrina mercantilista, mayor trascendencia práctica desde el cambio de regulación realizado por la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 respecto a la establecido Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y otros precedentes legislativos que mostraban una postura excepcionalmente laxa o benigna hacia los administradores en casos de culpa leve o levísima.

I. Deberes de los administradores

Introducción a los deberes en el desempeño del cargo El capítulo III del título VI de la Ley de Sociedades de Capital regula los deberes de los administradores de las sociedades de capital, que se fijan en los siguientes: a) Deber de diligente administración (artículo 225 LSC). b) Deber de lealtad (artículo 226 LSC). c) Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador (artículo 227 LSC). d) Prohibición de aprovechar oportunidades de negocio (artículo 228 LSC). e) Deber de comunicación de las situaciones de conflicto de interés con la sociedad (artículo 229 LSC). f) Prohibición de competencia (artículo 230 LSC). g) Deber de secreto (artículo 232 LSC). Existe, además, un precepto que se ocupa de determinar quiénes son las personas vinculadas a los administradores a los efectos de evitar que los deberes puedan vulnerarse por medio de «persona interpuesta» (artículo 231 LSC).

Es patente la ampliación «formal» de los deberes de los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada respecto a la precedente LSRL que, como es sabido, se limitaba a fijar el estándar de diligencia en su actuación («ordenado empresario» y «representante leal», según el artículo 61.1) y a establecer el deber de secreto (artículo 61.2) y la prohibición de competencia (artículo 65). Sin embargo, no puede considerarse que estemos ante una ampliación «real» de los deberes puesto que todos los que se contemplan ahora ya estaban previstos con relación a la sociedad anónima (cfr. los derogaos artículos 127 a 127quater LSA) y se consideraba que debía extenderse su aplicación, a pesar del silencio legal, a la sociedad de responsabilidad limitada.

En otro orden de cosas, los deberes que se establecen constituyen una pieza fundamental para determinar la responsabilidad de los miembros del órgano de administración. En efecto, ya que el artículo 236.1 LSC establece que los administradores responderán por los actos «realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo», es fundamental delimitar cuáles son estos deberes.

Y, precisamente, los preceptos que determinan el modo en que los administradores deben cumplir con su función y, en definitiva, con estos deberes, son los artículos 225 a 232 LSC.

II. Deber de diligente administración

El artículo 225.1 LSC regula el patrón de conducta general al que el administrador se ha de ajustar en el desempeño del cargo o, en otros términos, el grado de diligencia que se le exige en ese desempeño. El precepto establece que el administrador actúe con la diligencia del ordenado empresario o, si utilizamos los términos legales, «los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario».

A pesar de que jurídicamente el administrador no tiene la condición de empresario (cualidad que reside en la sociedad), desde la perspectiva económica actúa como tal, ya que organiza los diversos factores de producción para la obtención de beneficios o de un resultado empresarial. Por ello, es lógico que deba ajustar su actuación a la diligencia de un ordenado empresario.

Se trata de una pauta de conducta genérica o abstracta o, en otros términos, estamos ante una expresión jurídica indeterminada que precisa ser completada en cada caso que se plantee a la vista de las circunstancias concurrentes.

Sin embargo, es posible ofrecer algunas pautas generales y así, por ejemplo, la actuación con la diligencia de un ordenado empresario implica el deber de cumplir las normas legales y reglamentarias, el deber de informarse adecuadamente antes de tomar decisiones o el deber de

vigilar el desarrollo de la actividad social y de sus colaboradores y auxiliares.

En alguna ocasión la jurisprudencia pretende realizar una formulación general del estándar de diligencia. Así, sirva de ejemplo la SAP Navarra 15 febrero 1995, para la cual por diligencia debe entenderse el cumplimiento de la «conducta socialmente esperable en el tráfico, integrando en gran medida los usos del comercio y las buenas prácticas de la gestión empresarial». El estándar tiene gran importancia en materia de responsabilidad de los administradores.

Cualquier desviación de la diligencia debida (ordenado empresario), por leve que sea, puede ocasionar la exigencia de responsabilidad de los administradores sociales. Como puede apreciarse, la responsabilidad de los administradores es muy estricta, ya que responden del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos y, en general, «por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo» (artículo 236.1 LSC).

La ley parece querer administradores con un importante grado de preparación o profesionalización (como lo demuestra el estándar de diligencia y el estricto régimen de responsabilidad), pero este objetivo se nos antoja difícilmente alcanzable con la gratuidad del cargo de administrador.

Cierto es, sin embargo, que estamos solamente ante la regla general, y que los estatutos pueden establecer que el cargo de administrador es retribuido y, en este caso, deben fijar los sistemas de remuneración (artículo 217.1 LSC). Quede claro, no obstante, que el administrador no puede (ni debe) asegurar el éxito económico de la sociedad, es decir, que su deber constituye en llevar una diligente administración, pero sin asumir el riesgo de la empresa. Ahora bien, el administrador debe tener presente que el ejercicio de su cargo de forma negligente puede llegar a hacerle responsable con su propio patrimonio de (una parte de) las deudas de la sociedad.

Así, recordemos que esta responsabilidad recae sobre el administrador si no insta la disolución o la solicitud de concurso cuando existe causa legal para ello (artículo 367 LSC). El grado de diligencia es el mismo para todos los administradores, sean remunerados o no, y con independencia del cargo que ocupen en el órgano de administración.

La ley no distingue al respecto y no parece que nosotros debamos distinguir tampoco. Sin embargo, de lege ferenda, parece que habría que exigir una diligencia cualificada a los administradores delegados y al presidente del consejo de administración, porque estos cargos sociales y sus funciones adquieren especial relevancia en el funcionamiento de la sociedad y parece lógico exigirles un conocimiento más profundo de la situación en que se encuentra la sociedad y una atención especial en su actuación.

Conviene advertir, máxime a la vista del artículo 161 LSC, que el deber de diligencia comprende la no ejecución de los acuerdos de la junta que sean ilegales o contrarios a los intereses de la sociedad. Es de recordar, al respecto, que la responsabilidad de los administradores subsiste aun cuando la junta general hubiera adoptado, autorizado ratificado el acto o acuerdo lesivo llevado a término por los administradores (artículo 236.2 LSC). Por ello se dice que la junta general es un órgano no responsable, ya que sus acuerdos deben ser ejecutados por los administradores y es a éstos a quienes se imputa la responsabilidad por ilegalidad o lesividad.

Desde esta perspectiva, como se ha dicho, los administradores constituyen un filtro para verificar, en la fase ejecutiva, si las iniciativas son legales y si son razonables o acordes con el

principio de administración diligente.¹

III. Deber de informarse diligentemente de la marcha del societario.

A tenor del artículo 225.2 LSC, «cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente de la marcha de la sociedad». La instauración de este deber tiene como finalidad impulsar su participación efectiva en los órganos de administración o, desde la perspectiva inversa, evitar una conducta pasiva.

Más concretamente:

a) El deber corresponde a todos y cada uno de los administradores, sin importar la estructura del órgano de administración o la concreta posición o cargo que se ocupe (por ejemplo, presidente o secretario del consejo de administración, consejero ejecutivo, etc.).

b) El deber implica sustancialmente que los administradores deben estar al corriente en todo momento de la marcha de la sociedad y, en concreto, de su situación patrimonial para poder tomar las decisiones y adoptar las medidas oportunas. Así, si la marcha de la sociedad resulta adversa, ese conocimiento les permitirá no endeudarse más de lo que el patrimonio social puede soportar o, en otro ejemplo, adoptar las actuaciones necesarias para instar la disolución de la sociedad y proceder a su liquidación, evitando de este modo la severa responsabilidad prevista en los artículos 363.1.d) y 367 LSC.

c) Queda claro, entonces, que el administrador no debe aceptar, sin más, la decisión de los demás administradores sin haber estado enterado o recibir información previa suficiente sobre el punto en discusión. Y ello por mucha confianza o relación (p.e.: de parentesco) que tenga con los restantes administradores, ya que esta circunstancia no les eximirá de responsabilidad.

d) En particular, la persona nombrada administrador no puede desentenderse del desempeño del cargo argumentando que no posee funciones ejecutivas o que no tiene poder individual de decisión o de representación de la sociedad o, simplemente, que su nombramiento formal no corresponde a funciones reales.

El administrador no puede desviar su responsabilidad a otros que, bajo su cargo, desempeñen tareas más específicas, en número superior o de mayor alcance.

e) Sin embargo, tampoco puede considerarse que los administradores sólo pueden decidir en el momento que cuenten con toda la información significativa o relevante.

En este sentido, habrán de ponderar el volumen y calidad de información que poseen, el tiempo de que disponen para adoptar la decisión y, entre otros posibles parámetros, el tiempo y los costes para obtener información adicional.

Formulación general El deber de lealtad se encuentra recogido, en su formulación general, en el artículo 226 LSC que exige al administrador el desempeño del cargo «como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad» y con la obligación de cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos.

Esta pauta de conducta está relacionada con la idea de que el administrador gestiona intereses ajenos y, en realidad, significa que el administrador debe velar por los intereses de la sociedad y

¹ Rivero, D., La administración de la sociedad en Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles. (Coord. Jiménez Sánchez, G.J. y Díaz Moreno, A.). Madrid, 2013, op. cit., pág. 54

anteponer éstos a los suyos propios y naturalmente a los de terceros, vinculados o no a la sociedad.

En particular, el deber de lealtad proscribire todas las conductas de los administradores que, ante una situación de conflicto entre el interés de la sociedad y el suyo propio, supongan la obtención de ventajas para aquéllos a expensas de la sociedad.

Desde esta consideración, la formulación general del deber del artículo 226 LSC ha de completarse con los preceptos subsiguientes que tratan, precisamente, de enjuiciar las conductas de los administradores constitutivas de conflicto de intereses. Estos preceptos comprenden la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador (artículo 227 LSC), la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio (artículo 228), la prohibición de competencia (artículo 230) y el tratamiento general de las demás situaciones de conflicto de intereses (artículo 229 LSC).

Todos estos supuestos no son más que una concreción de ese deber de lealtad genérico. La expresión «representante leal» trae a colación tanto el deber de lealtad del administrador respecto a la sociedad como también el deber de fidelidad. Y de estos deberes encontramos expresión en otros preceptos de la ley fuera del capítulo específicamente dedicado a los deberes de los administradores.

Así, cuando se exige el acuerdo de la junta general para que la sociedad pueda conceder créditos o préstamos a los administradores, o concederles asistencia financiera o anticipo de fondos (artículo 162 LSC). O cuando se regula el conflicto de intereses entre la sociedad y el administrador que sea socio, impidiéndole votar en la adopción de algunos acuerdos (artículo 190 LSC). O, por acabar, cuando se exige asimismo el acuerdo de la junta general para establecer o modificar cualquier clase de relación de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y el administrador (artículo 220 LSC). El legislador aclara que el interés social debe ser entendido como el «interés de la sociedad».

Sin embargo, con esta precisión no se consigue aclarar el concepto que, por otro lado, continúa sin ser definido legalmente y ha sido ampliamente debatido por doctrina y objeto de pronunciamientos por la jurisprudencia.²

IV. Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador

El artículo 227 LSC dispone que «los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas». El precepto establece en realidad una doble prohibición: por un lado, de utilizar el nombre de la sociedad; por otro, de invocar su condición de administradores.

No se trata, naturalmente, de una prohibición abstracta o absoluta sino vinculada a la realización de operaciones por cuenta propia tanto del administrador como de personas a él vinculadas. Esta doble prohibición se ha considerado excesiva, señalándose que no se comprende en qué puede perjudicar a la sociedad que el administrador haga operaciones por cuenta propia invocando el nombre de la sociedad, siempre que no resulten competitivas con la actividad de ésta última.

A no ser, claro está, que la operativa por cuenta propia del administrador, no siendo competitiva, comporte una lesión de la imagen o del crédito de la sociedad. En particular, esta prohibición impide al administrador aparentar que contrata en nombre de la sociedad cuando lo está haciendo para sí

² García Villaverde, R. Exoneración de la responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima y de la responsabilidad limitada por falta de culpa. Sánchez Calero II, págs. 1.321 y ss

mismo.

Por último, diremos que la relación de personas que se consideran vinculadas al administrador persona física y jurídica se encuentran en el artículo 231 LSC, al que dedicaremos posteriormente un epígrafe específico.³

Deberes de los administradores en la legislación peruana

La responsabilidad tiene lugar sólo cuando el administrador actúa en su carácter de tal, es decir, cuando actúa como órgano social, pues la sociedad anónima adopta una estructura orgánica y no contractualista, por lo que, a la responsabilidad derivada del incumplimiento de las funciones inherentes al cargo, quedan sujetas las personas físicas titulares de la condición de órgano y no cuando actúa como mero socio o particular. Es decir, no será responsable como administrador, por ejemplo, cuando vende acciones ocultando la existencia de ciertas deudas tributarias de la sociedad.

Por lo que es obvio que, para imputar la responsabilidad, el acto desencadenante de la responsabilidad tiene que haberse producido o mantenido mientras el demandado ejerce el cargo de administrador.

A este respecto hay que plantearse cuestiones conflictivas importantes:

1. Cuáles son los cargos que en su caso están sujetos a responsabilidad.

Está clara la responsabilidad del administrador único. También en los supuestos de actuación conjunta tanto si su carácter es solidario como mancomunado. Y finalmente si se actúa como Consejo, la responsabilidad recaerá sobre el Presidente y los Vocales. Por lo que se refiere al Secretario del Consejo no hay duda que estará también sujeto al régimen general de responsabilidad de los administradores siempre que ostente la condición de tal. Sino es administrador o consejero, dicho régimen no le será aplicable, siéndolo por el contrario el que resulte de la específica relación jurídica que le une con la Sociedad.

Ahora bien, como quiera que el Secretario en unión con el Presidente, tiene encomendadas específicas tareas – firma de las actas del Consejo (Art. 114 LSA), asistencia al Presidente (Art. 110 LSA) – entre otras, además de la responsabilidad que pueda corresponderle como administrador, podrá incurrir en responsabilidad como consecuencia del incumplimiento de alguna de estas obligaciones que le viene legalmente impuestas.

En cuanto a los Consejeros Delegados es evidente que la delegación de facultades no exonera de responsabilidad a los Consejeros delegantes de la culpa contraída por los delegados. Este es el principio general: Los administradores delegados responderán por los actos lesivos para la sociedad; a los administradores no delegados les será imputable normalmente el acto ilícito debido al incumplimiento del deber de vigilancia –y al de intervención cuando sea preciso- ya que en otro caso podría presumirse que no ha hecho todos lo conveniente para evitar el daño. Y el hecho de actuar los delegados siguiendo las instrucciones del Consejo delegante no es causa de exoneración de responsabilidad.

Dicho esto, cabe no obstante la posibilidad de que los delegados asuman una responsabilidad específica, no extensible al órgano de administración. Como, por ejemplo, los delegados vendrán obligados a indemnizar a la sociedad por el daño que causen por actos incumpliendo las instrucciones del Consejo o abusando de sus funciones sobrepasando los límites de la delegación,

³ V. SSTS de fecha 28 de abril de 2006.

sin perjuicio de que es la sociedad la que va a responder frente al tercero (**Art. 129 LSA**).

1. En lo relativo a los cargos de Director General y los apoderados voluntarios. La figura del Director general no ocupa una posición orgánica análoga a la de los administradores, sino que su actuación se equipara a la de los auxiliares del empresario y, mas concretamente, a la figura del factor. Debido a esto hay que señalar que no resultan aplicables las normas de responsabilidad de los administradores. Salvo que sea a su vez administrador, que quedará sujeto a responsabilidad social y laboral, derivada esta última de su condición de empleado y apoderado. Lo que si cabe es que los administradores respondan de los actos dañosos del Director general en los supuestos de culpa in eligendo, in instruyendo, in vigilando. Por lo que se refiere a los apoderados hay que señalar lo mismo que para los Directores generales, quedando excluidos del régimen de responsabilidad.

2. Dimisión del administrador.

Se seguirá respondiendo hasta que se realice la inscripción de dicha renuncia en el Registro Mercantil y ha de tratarse de un cese no fraudulento.

Si la situación causante del perjuicio se ha producido después de que los administradores han cesado de sus cargos y el cese no ha sido inscrito por causas no imputables a los cesados, lógicamente, ningún tercero puede pretender que responda de un cargo cuando no lo es.

3. Administradores de hecho.

Sucede con frecuencia que sin ocupar formalmente cargo algunas determinadas personas controlan y gobiernan la sociedad, sustituyendo a los administradores o ejerciendo sobre ellos una influencia decisiva. Otras veces son administradores que ocupando formalmente el cargo su nombramiento es defectuoso por incumplimiento de determinadas formalidades, como por ejemplo la falta de publicidad, etc. haciéndolo nulo. Existiendo por lo tanto un administrador oculto, aparente o un administrador con nombramiento caducado.

Por lo que a los administradores con nombramiento caducado se refiere, parece claro que este debe considerarse como un administrador de derecho dándose una prorroga tacita del mandato, pues no puede considerarse como eficaz la sustitución de un administrador si no va acompañada del nombramiento simultaneo del que sustituya.

En relación con los otros dos supuestos, en principio hay que estimar que los administradores de hecho no están sometidos al estatuto de responsabilidad previsto para los administradores en general.

No es así en los supuestos de responsabilidad penal, a la que nos referiremos posteriormente, en la que la excusa de ausencia de un nombramiento formal le sirva para eludir dicha responsabilidad.

Es importante destacar que la responsabilidad es solidaria de todos los miembros del órgano de administración que realizo el acto o adopto el acuerdo lesivo, de manera que, probada la culpa o negligencia del órgano de administración, la presunción juega a favor de la responsabilidad de todos los integrantes, salvo prueba en contrario. Y puesto que la responsabilidad es solidaria la acción se puede entablar contra todos los administradores o contra alguno de ellos, que siempre podrá reclamar de los demás la parte que le corresponda; incluso contra los nombrados por el sistema proporcional.⁴

⁴ **González García** Roberto. La Responsabilidad civil y penal de los administradores sociales. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4357-la-responsabilidad-civil-y-penal-de-los-administradores-sociales/>

CONCLUSIONES

Los administradores de las sociedades de capital han visto como a lo largo de las distintas regulaciones legales se han ido flexibilizando los requisitos exigidos para derivarles responsabilidad pasando de exigir que el daño lo hayan causado con malicia, abuso de facultades o negligencia grave a simplemente requerir que el acto sea contrario a la Ley, los estatutos o realizado sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Igualmente, se extendió el ámbito subjetivo de esa responsabilidad alcanzando a los llamados administradores de hecho.

Consideramos de especial trascendencia práctica los presupuestos que ha de probar la parte que insta la acción social o individual de responsabilidad contra el administrador, que podríamos resumir en la existencia de una acción u omisión del administrador que produce un daño en la sociedad, sus socios o terceros, mediando relación de causalidad. Igualmente, debido al severo régimen de responsabilidad al que se someten los administradores y la solidaridad a la que están sometidos cuando se ejerce la administración mediante un consejo de administración, nos hemos centrado en la opinión de la doctrina y jurisprudencia acerca de las actuaciones que ha de llevar a cabo el administrador para quedar exonerado de responsabilidad, sin que sea suficiente que alegue su desconocimiento.

En este sentido, consideramos necesario para exculpar al administrador que éste hubiese impugnado el acuerdo que ha provocado el daño. También destacamos que, aunque la junta general hubiese adoptado el acuerdo, ello no exime de responsabilidad al administrador, siendo, en este caso, la postura más segura y prudente solicitar el cese en su cargo.

Bibliografía:

- COMPETENCIAS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN.
[Http://www.ciss.es/publico/demos/demotsr10-11.pdf](http://www.ciss.es/publico/demos/demotsr10-11.pdf)
- ZURITA VICIOSO, José Miguel. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.10/09/2018.
<https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2015-09/LA%20RESPONSABILIDAD%20DE%20LOS%20ADMINISTRADORES..pdf>
- GONZALES GARCIA, Roberto. La Responsabilidad civil y penal de los administradores sociales.
<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4357-la-responsabilidad-civil-y-penal-de-los-administradores-sociales/>