



Universidad Internacional de La Rioja
Grado en Derecho

La responsabilidad de los administradores de las
sociedades de capital

Trabajo de fin de grado presentado por: Silvina Claudia González

Titulación: Grado en Derecho

Área jurídica: Derecho Mercantil

Director/a: María Dolores Arranz Madrid

Ciudad: Madrid

4 de julio de 2019

Firmado por: Silvina Claudia González

Índice

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	4
RESUMEN	5
I.INTRODUCCIÓN	6
II.MARCO NORMATIVO	8
1.El Órgano de Administración	8
III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES	12
1.Presupuestos de la Responsabilidad.....	12
1.1. Presupuestos materiales de la responsabilidad	12
1.2. Deberes de los administradores.	14
1.2.1. <i>Deber de Buena Fe</i>	14
1.2.2. <i>Deber General de Diligencia</i>	15
A) Protección de la discrecionalidad empresarial.....	17
1.2.3. <i>Deber de Lealtad</i>	18
A) Deber de evitar conflictos de interés	20
1.3. Configuración general del sistema de responsabilidad	21
1.4. Acción social de responsabilidad	21
1.5. Acción individual de responsabilidad	23
IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE COMPLIANCE. ..	25
1. Deber de diligencia y los planes de compliance	25
2. Relación entre la responsabilidad de los administradores y los planes compliance.	27
CONCLUSIONES	31

BIBLIOGRAFÍA.....	33
FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS.....	35
REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES	35
DIRECCIONES WEB	36

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

Art.: Artículo

BJR.: Business Judgement Rule

CCom.: Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

CP: Código Penal

D.Lgs.: Decreto Legislativo

LO: Ley Orgánica

LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

PJ: persona jurídica

PJs: personas jurídicas

RPPJs: Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

RESUMEN

La reforma operada en virtud de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo profundiza en las buenas prácticas del gobierno corporativo como vía para mejorar la eficiencia y la responsabilidad en la gestión de las sociedades. Dicha ley ha plasmado una tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad de los administradores y de los procedimientos a seguir en caso de conflicto de interés. En el año 2010, se reforma el Código Penal, introduciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las que podrán exonerarse de responsabilidad si cuentan con Programas de Compliance. El interrogante que se nos plantea, es si frente a este nuevo escenario, se amplían las conductas por las cuales los administradores podrán responder frente a la sociedad, socios o terceros.

Palabras clave: responsabilidad, administración, Compliance

ABSTRACT

The reform operated under the Law 31/2014, of December 3, amending the Companies Law for the improvement of Corporate Governance, deepens in the good Corporate Governance practices in order to improve efficiency and the liability of companies' managers. This law has introduced a more precise categorization of the manager's duties of care and loyalty and the procedures to be followed in the event of a conflict of interest. In the year 2010, the Penal code was reformed, introducing the criminal responsibility of the legal persons, which may be exempted from liability if they have Compliance programs. The question in this new scenario is, if there is an extension of the behaviors for which the administrators will have to respond to the society, partners or third parties.

Key Words: responsibility, Management, compliance

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, contextualizaremos el objeto del presente trabajo. En tal sentido, señalar que consiste en el análisis jurídico de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, a la luz de la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, «LSC») para la mejora del gobierno corporativo, siendo aprobada con fecha 4 de diciembre de 2014 y entrando en vigor el 24 de diciembre de 2014. Esta modificación implicó una reforma sustancial del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC, mediante la cual se positivizaron las mejoras previstas en las recomendaciones del Informe Aldama.

En segundo lugar, haremos referencia al contenido de la función que asumen los administradores frente a los socios de la sociedad, identificando las razones por las cuales el Legislador del año 2014 resuelve ampliar el alcance de los deberes y responsabilidades de los administradores.

En tercer lugar, analizaremos los presupuestos de la responsabilidad de los administradores sociales, entendiendo por tales a las circunstancias cuya previa concurrencia resultan necesarias para atribuir responsabilidad a los administradores. A continuación, realizaremos una breve descripción de los deberes de los administradores, considerados progresivamente de un orden general al particular, a fin de identificar las conductas comprendidas en cada uno de ellos. Así las cosas, advertimos en esta etapa inicial que, tal como nos enseña VELERDAS PERALTA (2016, p. 288-290), si bien los deberes se regulan en forma separada, no son autónomos, existe una palmaria conexión entre ellos, ya que la observancia de uno de ellos implica la del otro. A renglón seguido, efectuaremos una mención especial al deber de diligencia como deber general y presupuesto de la responsabilidad, ya que al configurarse como un estándar de conducta, es una fuente de obligaciones. En tal sentido, dentro de su ámbito podrán incluirse otras obligaciones de fuente legal ampliando así el espectro del deber de diligencia.

En cuarto lugar, y directamente en línea con este último concepto, procederemos a relacionar el régimen de responsabilidad de los administradores con la reforma operada por la Ley Orgánica (en adelante «LO») 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, por la que se modifica el Código Penal (en adelante el «CP»), incorporando

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante, RPPJs), modificada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor el 1 de julio de 2015.

En particular, analizaremos dos aspectos puntuales:

a) Si la necesidad de implantar modelos de gestión y organización para evitar incurrir en delitos, (en adelante «Programas de Compliance») es una obligación o no para el administrador, y en tal caso si esa obligación podría nacer del cumplimiento de los deberes de los administradores que contempla la LSC; e

b) Intentar vislumbrar si en el contexto de una efectiva condena penal a la persona jurídica, los administradores podrían ser responsables frente a la sociedad, los socios o terceros por no haber implantado, o bien por haber implantado un Programa de Compliance ineficaz, ya sea bien por vía de la acción social de responsabilidad o bien de la acción individual de responsabilidad.

En lo que respecta a la metodología, hemos desarrollado un trabajo de carácter académico, que comprende el estudio de la institución jurídica de la responsabilidad de los administradores en la LSC. Adoptamos un método expositivo-argumentativo, mediante la investigación puntal de las modificaciones operadas en la LSC, mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. Se analizará la reforma operada por la LO 5/2010, al efecto de establecer la relación con el régimen de responsabilidad de los administradores. Se hará referencia a alguna interpretación jurisprudencial en el ámbito del derecho Español y una breve referencia a alguna institución del derecho anglosajón.

II. Marco Normativo.

1. El Órgano de Administración

Como punto de partida del presente trabajo, corresponde señalar que la función primordial de los administradores es la gestión del patrimonio de los socios. Por ende, son los socios quienes depositan su confianza en una o varias personas, las cuales, asumirán determinados riesgos de conformidad con la actividad desarrollada por la sociedad. Todo ello, con la finalidad de cumplir con el objeto social, y de lograr, en consecuencia, el mejor resultado económico posible. Resultado que podrá evidenciarse en una mayor distribución de los dividendos. Sin perjuicio de esto último, el ejercicio propio de las funciones o del cargo de administrador social, no sólo comprende, de un lado, el deber de actuar con la diligencia de un «*ordenado empresario*», sino que, de otro lado, implica el desempeño de dicho cargo con la diligencia de un fiel representante, esto es, de conformidad con el deber de lealtad. Por lo tanto, los deberes de diligencia y lealtad son los dos ejes principales sobre los que pivota el régimen de responsabilidad de los administradores.

Considerando este contexto, el legislador vio la necesidad de reformular el contenido de los deberes de los administradores a los fines de una mejor regulación de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Todo ello, fundado, entre otros motivos, en los abusos de poder operados en dicho marco, lo cual, fue uno de los desencadenantes de la última crisis económica. Otra razón fueron las excesivas remuneraciones que percibían los administradores, en relación, con las funciones efectivamente desarrolladas. Situación que provocó se invierta el orden de prelación de los incentivos de los administradores, imposibilitando lograr los objetivos esperados por la sociedad.

La reforma de la LSC operada en virtud de la Ley 31/2014, del 3 de diciembre, introduce cambios sustanciales en el régimen de deberes y responsabilidades de los administradores, mediante la reordenación y ampliación del contenido de sus deberes. Así las cosas, en palabras de (VALERDAS PERALTA et al. 2016 p. 288) dicha reforma legal constituye una modernización del Derecho Societario Español en aras de garantizar un sistema de gobierno corporativo más eficaz y competitivo.¹

¹ El gobierno corporativo es el conjunto de normas, principios y procedimientos que regulan la estructura y el funcionamiento de los órganos de gobierno de una empresa. En concreto, establece las relaciones entre la junta directiva, el consejo de administración, los accionistas y el resto de partes interesadas, y estipula las reglas por las que se rige el proceso de toma de decisiones sobre la compañía para la generación de valor. Disponible en:

El antecedente de la precitada reforma fue el informe emitido con fecha 8 de enero de 2003, por la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas (en adelante el «Informe Aldama»). Dicho informe supuso el impulso de la necesidad de definir y delimitar el régimen de los deberes de diligencia y lealtad. En el contexto del deber de lealtad la reforma supone una mayor especialidad en el desarrollo de los conflictos de intereses². Para ello, la Comisión parte de la idea de distinguir con claridad la creación de valor y beneficios de la empresa, del aspecto relativo a la distribución de ese valor para distinguir correlativamente el deber de diligencia del deber de lealtad. En definitiva, los administradores están sujetos a dos imperativos: maximizar la creación de valor, y distribuir correctamente ese valor o beneficio. La creación de valor debe entenderse en sentido amplio, no solo generando un rédito económico, sino aportando valores tales como, ser fuente de trabajo, sostenibilidad, protección del medio ambiente.

En tal sentido, la reforma importa un paralelismo con los conceptos anglosajones de «care and loyalty», entendiendo que el deber de diligencia, exige que los administradores deberán invertir tiempo, dedicación, interés, mayor esfuerzo, desplegando todas las medidas de supervisión en la empresa a fin de maximizar la producción de valor. Por otra parte, el deber de lealtad –el deber de proceder como un «representante leal» – requiere que los administradores antepongan los intereses de los accionistas a los suyos propios.

El «Informe Aldama» recalca que «*Nuestra legislación de sociedades se ha limitado tradicionalmente a establecer un deber muy genérico o abstracto de lealtad*». En tal sentido, el art. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas solo disponía que los administradores deben actuar como un «representante leal». En consecuencia, el Informe Aldama recomienda la ampliación del detalle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad.

Continuando con el espíritu de la reforma, cabe hacer especial mención al principio rector que se desprende del deber de lealtad, el cual, deberá guiar a los administradores en el cumplimiento de su cargo, el interés social. En dicho sentido, el concepto jurídico del interés

<https://www2.deloitte.com/es/es/pages/governance-risk-and-compliance/articles/que-es-el-gobierno-corporativo.html>

² El Informe en sus folios 22 y 23 disponía que «(...) el legislador se ha mostrado ausente y hasta tolerante con las operaciones en conflicto de interés y demás prácticas dudosas desde el punto de vista del deber de lealtad: apenas les ha prestado atención y, cuando lo ha hecho, ha sido con una cierta dosis de ingenuidad. La raíz del problema está en haber diseñado las reglas sobre responsabilidad de los administradores de manera unitaria y tomando como paradigma el problema de la negligencia. Este modo de proceder ha desembocado en un defecto en el tratamiento de la deslealtad que debe remediarse estructurando un régimen articulado de los deberes de lealtad»

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital social permitirá distinguir el fin último que orienta el actuar de los administradores y, además será una pauta para evaluar la responsabilidad de los Administradores. (SÁNCHEZ-CALERO 2002, p. 1658 y 1663).³ Precisamente, en relación al concepto del interés social, existen dos teorías referidas a su contenido, la teoría monista y la pluralista.

Por una parte la teoría monista o contractualista entiende por interés social el «interés común de los socios»; teoría que se manifestó en las grandes sociedades cotizadas. En ese contexto se entiende al interés social como «la creación de valor para el accionista». En otras palabras, se concibe el interés social ya no como la obtención del reparto de dividendos, sino a la búsqueda del mayor valor actual de las acciones. A mayor abundamiento, esta concepción lleva a los administradores a alcanzar la mayor rentabilidad de las acciones y la posibilidad de incorporar nuevos inversionistas a la sociedad.

En lo que respecta a la concepción pluralista o institucionalista, el interés social, abarca no solo el interés de los socios sino el de otros grupos que interactúan con la sociedad, como ser los trabajadores. Conforme a esta visión, los administradores deberán fomentar el cuidado de los intereses de otros sujetos que o bien forman parte de la empresa o tiene una relación activa con ella. Esta teoría se recoge en el concepto de stakeholder value, SABOGAL BERNAL (2017, p. 14) entiende que se puede traducir como «teoría de la creación de valor compartido», o bien, creación de valor para todas las partes implicadas en la actividad empresarial.

Si bien en el ejercicio de su cargo, el administrador se halla supeditado al interés social, y en tal sentido, adherimos en este punto a la concepción pluralista, no debe perderse de vista que el administrador asume una obligación de medios y no de resultados. Es decir, no cabe apreciar su incumplimiento o cumplimiento deficiente en función de los resultados obtenidos en el marco de la toma de decisiones empresariales. Precisamente es por ello que, la reforma operada en el año 2014 incorpora en el art. 226 de la LSC, el concepto de la protección de la discrecionalidad empresarial, concepto que si bien será desarrollado conjuntamente con el deber de diligencia, introduce en el derecho español la regla del Business Judgement Rule, regla de origen jurisprudencial del derecho anglosajón cuya función es establecer un límite a

³ El autor aclara que «El interés social apunta (...) a un problema básico de asignación de recursos. Se trata de establecer un criterio que determine cómo debe de administrarse el patrimonio de la sociedad y los resultados generados con su actividad. Orientar el interés social en una u otra dirección es apuntar como beneficiarios de esos elementos patrimoniales a unos u otros sujetos».

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital los jueces al juzgar la conducta de los administradores. La regla dispone que los administradores no incurrirán en responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, si la adopción de sus decisiones cumplen con los parámetros que establece la ley.

Por último, cabe aclarar que el marco jurídico de la responsabilidad de los administradores que se analizará resulta de aplicación tanto a las sociedades anónimas como a las sociedades de capital, e incluye tanto a los administradores de hecho como de derecho.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

1. Presupuestos de la Responsabilidad

1.1. Presupuestos materiales de la responsabilidad.

En el presente epígrafe nos enfocaremos en los presupuestos materiales de la responsabilidad de los administradores por daños, cuya concurrencia previa es necesaria a fin de que pueda prosperar el ejercicio, en sede judicial, de las acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital. En consecuencia, los meritados presupuestos materiales, serán constitutivos de prueba a fin de demostrar, en el caso concreto, la ilegalidad de la actuación del administrador sirviendo de fundamento para la declaración judicial de responsabilidad.

Los presupuestos para determinar la existencia de responsabilidad de los administradores se encuentran regulados en el art. 236.1 de la LSC. SÁNCHEZ CALERO, F. Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2013, p. 528) resumen los presupuestos que se exigen para producir responsabilidad de los administradores en los siguientes:

- a) Que la acción u omisión del administrador provoque el incumplimiento de la ley, los estatutos o los deberes inherentes al cumplimiento de su cargo. En tal sentido, en nuestra opinión uno de los supuestos más relevante, es el relativo al incumplimiento de los deberes inherentes al cargo, que serán objeto de ulterior desarrollo.
- a) Que el acto ilícito sea culpable, por lo tanto, se excluyen los casos de fuerza mayor, acción o error justificable. Cabe destacar que la reforma de la LSC operada en el año 2014, requiere expresamente la concurrencia de dolo o culpa en la conducta de los administradores como requisito para que éstos incurran en responsabilidad. Además, se incluye la presunción (*iuris tantum*) de la culpabilidad si queda probado que el acto es contrario a la ley o a los estatutos. Por lo tanto, la ley asume que, salvo prueba en contrario, incumplir la ley o el estatuto evidencia un actuar negligente.
- b) Que sea la propia sociedad la que sufra el daño provocado por la conducta del administrador. Ese daño directo a la sociedad, la legitima activamente, y en forma subsidiaria a los socios y terceros para interponer la acción social de responsabilidad QUIJANO GONZÁLEZ. (2011, p. 1696)⁴

⁴ Los legitimados hacen la reclamación por la totalidad del daño y en interés de la sociedad, no por el daño reflejo o indirecto en el valor de sus acciones o en garantía de sus créditos específicos.

- c) Que la acción u omisión ilícita sea la causa del daño producido. Es decir, la existencia de un nexo causal entre la acción culposa o dolosa y el daño provocado por el actuar del administrador.
- d) Que quien interponga la demanda deberá probar la cuantificación económica del daño. La reforma del 2014, contempla que, en caso de infracción del deber de lealtad, el administrador, deberá no solo indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino que también debe devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido (art. 227.2 de la LSC).

El art. 236.2 de la LSC dispone la imposibilidad de exonerar de responsabilidad al administrador aún cuando el acto lesivo haya sido adoptado o ratificado por la junta general. A partir de esta norma, se endurece el régimen de responsabilidad, ya que la ratificación de las actuaciones de los administradores por la junta general, no serán suficiente para la exonerar la responsabilidad. En particular, consideramos que la norma puede dar lugar a abusos por parte de los socios para entablar acciones de responsabilidad, a pesar que se les haya informado y exigido una aprobación o ratificación previa de los acuerdos de gestión. Es cierto que el espíritu de la norma fue establecer un mejor gobierno corporativo, pero consideramos que algunas decisiones que puedan implicar riesgos elevados para la sociedad podrían e incluso, deberían tener el aval o consentimiento expreso de los socios, más aún en las empresas familiares o de menor tamaño.

Por otra parte, mediante la reforma de la LSC operada en el año 2014, se delimita el concepto de administrador de hecho. El art. 236.3 de la LSC, considera como tal a: (i) las personas que en la realidad del tráfico desempeñan sin título, con título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, y (ii) las personas bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad. En consecuencia, el legislador positiviza un concepto previamente desarrollado por la jurisprudencia. En la medida que pueda probarse la existencia de una gestión plena y efectiva por un apoderado o tercero, o bien que la persona en concreto tomaba decisiones en forma habitual, podrá imputarse responsabilidad a quien de facto ejecute actos de administración social. En tal sentido, la jurisprudencia ha interpretado que el administrador de hecho es quien sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades.⁵ Es decir que, uno de los criterios principales para determinar que se trata de un administrador de hecho es que su actuación suponga el ejercicio efectivo de funciones propias del órgano de administración en forma continuada.

Por su parte, el art. 236.4 de la LSC dispone que en los supuestos en que no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, el régimen de responsabilidad se aplicará a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas las facultades de más alta dirección de la sociedad.

Se introduce en el art. 236.5 de la LSC, la responsabilidad solidaria de la persona jurídica junto con la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador de la primera. Por último, el art. 237 de la LSC establece el carácter solidario de la responsabilidad, por cuanto, todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

1.2. Deberes de los administradores.

La necesidad de la referencia al alcance de los deberes de los administradores, se encuentra motivada en que conforman un presupuesto de la responsabilidad. Su incumplimiento por los administradores podrá acarrear su responsabilidad frente a la sociedad, los socios o terceros. En tal sentido, y conforme lo dispuesto en el art. 236 de la LSC los administradores responderán por el incumplimiento de los “deberes inherentes a su cargo”.

1.2.1. Deber de Buena Fe

Los deberes de los administradores pueden ordenarse en círculos concéntricos, presididos por el deber de buena fe. (RIBAS 2011, p. 1608-1609). Principio rector de todo el Derecho Privado. Por ello, considera que los deberes de diligencia y lealtad pueden ser tratados como subprincipios derivados del deber general de buena fe. Así las cosas, el deber de la buena fe reglamenta el contenido mínimo de los demás deberes de los administradores, no siendo disponible por las partes. Sin embargo, con la reforma de la LSC operada mediante

⁵ Sentencias STS 261/2007, de 14 marzo, STS 55/2008, de 8 de febrero, STS 79/2009, de 4 de febrero, STS 240/2009, de 14 de abril, STS 261/2007, de 14 de marzo.

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, el deber de buena fe cumple dos funciones relevantes, por una parte, es el parámetro que debe operar para que resulte la aplicación del art. 226 de la LSC que regula la «protección de la discrecionalidad empresaria», y por otra, en el art. 227 de la LSC, fija el alcance del deber de lealtad, luego de la inclusión de los conceptos de «fiel representante» y del «interés social», se requiere la necesidad de que el administrador obre de «buena fe». En palabras de HERNANDO CEBRIÁ (2016, p. 1394), la reforma se inspira en el Common Law, que distingue los deberes de care and loyalty, que se hallan configurados con carácter complementario. Si el deber de diligencia abarca aspectos relativos a la toma de decisiones estratégicas del ámbito empresarial, de forma expresa a través de la regla de la de la protección de la discrecionalidad empresarial, el deber de lealtad como complemento, a partir del concepto de «representante leal» y de las previsiones de las situaciones que dan lugar a conflictos de interés, parte de la tutela del interés de la sociedad. En consecuencia, ambas normas incluyen el deber de buena fe como pauta de conducta, parámetro que sirve como medida para dilucidar el posible incumplimiento de los deberes y lo cual permitirá determinar o no la responsabilidad del administrador.

1.2.2. Deber General de Diligencia

Continuando con nuestra línea argumental el deber de diligencia del administrador se halla comprendido en el marco general del denominado «deber de buena fe». Por una parte, no sólo resulta ser la pauta de conducta que se exige en el ámbito de las relaciones del Derecho Privado, sino que además, cumple una función integradora de lagunas legales y contractuales. En un mismo orden de consideraciones, el deber de diligencia comparte el mismo aspecto con la buena fe, al ser un deber de conducta, definido por PÉREZ CARRILLO (2000, p. 275-324) como un concepto jurídico indeterminado, cumple determinadas funciones: 1) es una fuente autónoma de las obligaciones de los administradores; 2) sirve como criterio de interpretación e integración de las obligaciones impuestas por otras fuentes de obligaciones de los administradores y, 3) permite cuantificar la medida de atención o cuidado exigible en el ejercicio de la administración.

Como hemos destacado la reforma introducida por la Ley 31/2014, del 3 de diciembre, incorpora cambios relevantes en los deberes de los administradores, particularmente en lo atinente al deber de diligencia, regulado en el art. 225 de la LSC.

En primer lugar, el art. 225 de la LSC establece una pauta de conducta de desempeñar el cargo con la diligencia de un «ordenado empresario». La técnica legislativa consiste en

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital determinar el contenido del deber de diligencia mediante un estándar de conducta. El concepto de «ordenado empresario», incluye una serie de funciones y exige que los administradores a la hora de adoptar decisiones empresariales cuenten con conocimientos técnicos y actuando debidamente informados.

En segundo lugar, subrayar que el estándar de diligencia exigible requiere una dedicación adecuada, y podrá variar dependiendo de la naturaleza del cargo y de las funciones atribuidas.

A mayor abundamiento, de la literalidad del art. 225 de la LSC podemos concluir que la diligencia predicable respecto a un ordenado empresario se traduce en cuatro conductas cardinales, a saber: (1) gestionar las tareas cotidianas de la sociedad; (2) supervisar y controlar la marcha de las operaciones de la sociedad; (3) informarse de manera adecuada y suficiente; y (4) tomar decisiones con carácter discrecional en el ámbito empresarial.

El ejercicio efectivo del cargo del administrador social, se constituye en la práctica como una conducta concretamente activa y que debe desarrollarse de manera constante, a través de su implicación y dedicación efectiva en el cumplimiento de las funciones. Podemos enunciar a modo de ejemplo, las siguientes funciones: la realización de tareas de administración ordinaria, elaboración de políticas y estrategias generales, nombramiento de ejecutivos, convocatoria de la junta ordinaria en el plazo previsto para ello en la ley o en los estatutos (art. 167 de la LSC), o la extraordinaria cuando lo solicite el número de socios o accionistas legitimado para ello (art. 168 de la LSC); convocatoria de la junta prevista en el art. 365 de la LSC, en caso de que la sociedad esté incursa en causa de disolución; solicitar la disolución de la sociedad (art. 366 de la LSC); formulación de las cuentas anuales (art. 253 de la LSC).

Un aspecto relevante del deber de diligencia, es el deber de supervisar el desarrollo de la actividad de la sociedad de una manera constante y persistente, adoptando medidas de control en los distintos ámbitos de la actividad de la sociedad y estableciendo criterios de vigilancia en la actuación, no sólo de los órganos y personas en quienes deleguen sus facultades, sino en la organización por completo.

La actuación diligente del administrador se concreta mediante la gestión adecuada de la correcta información para poder ejercer el cargo y cumplir sus funciones, debiendo gestionar y procesar esa información en el marco de los procedimientos adoptados para la toma de decisiones.

A) Protección de la discrecionalidad empresarial

Uno de los hitos de la reforma de la LSC del año 2014, es la introducción en el ordenamiento jurídico español de la denominada «*Bussiness Judgement Rule*» (en adelante, «BJR») URIA MENÉNDEZ (2015, p. 11)⁶, bajo el epígrafe «*Protección de la discrecionalidad empresarial*», prevista en el art. 226 de la LSC.

En primer lugar, podemos afirmar que nos encontramos ante un cambio de paradigma legislativo, habida cuenta que la apreciación de las decisiones empresariales se efectúa desde una óptica propia del derecho anglosajón. La Business Judgment Rule deriva de un amplio desarrollo jurisprudencial del common law, especialmente de los tribunales de los Estados Unidos en aplicación del deber de diligencia y plasmada después en distintos textos normativos. La versión más conocida de esta regla se encuentra formulada en la sección 4.01 de los Principles of Corporate Governance elaborados por el American Law Institute. SERRANO CAÑAS (2014, p. 30-44). La BJR opera como una herramienta para la protección de la actuación de los administradores en el marco de sus decisiones empresariales. En tal sentido, no debe olvidarse que un proyecto empresarial no podrá depender del éxito o fracaso obtenido en él *«cuestión que no debe ser objeto de valoración por un juez, porque el riesgo que cualquier opción empresarial lleva aparejado no puede determinar un agravamiento o aminoración de la responsabilidad de los administradores»*. CERRATO CRESPÁN (2016, p. 75-84) La regla de la protección de la discrecionalidad empresarial sirve para limitar el control judicial en el contexto responsabilidad derivada de la toma de decisiones empresariales. La ley establece que si el administrador ha adoptado una decisión estratégica, cumpliendo con los siguientes requisitos: a) actuando de buena fé; b) sin interés propio sino primando el interés de la sociedad; c) de manera informada; y d) adoptando las decisiones respetando los mecanismos de toma de decisiones implantados, la idoneidad de su actuación no puede ser materia de control judicial. En palabras del profesor DÍAZ MORENO (2014, p. 2) la razón de ser de la BJR implica que si cualquier equivocación que derive en un perjuicio para la sociedad en el contexto de la gestión empresarial se considera siempre negligente, se estaría desincentivando la adopción de estrategias arriesgadas que impulsen el desarrollo de la

⁶ Esta regla implica limitar la responsabilidad de los administradores por las decisiones empresariales que toman y que no resultan ser exitosas para la sociedad. Según los juzgados y tribunales norteamericanos, el fracaso empresarial no puede convertirse en una causa para reclamar daños a los administradores de la sociedad.

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital economía. El resultado sería que los administradores adopten posturas conservadoras en el ámbito de la gestión empresarial por temor a una sentencia judicial de responsabilidad.

Es importante destacar que con anterioridad a la incorporación de la BJR en el orden legislativo, la SAP Madrid, sec 28^a, 13-9-07, ya había aplicado esa regla al resolver sobre la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales. La sentencia dispone la no concurrencia de los presupuestos de la acción entablada, por no apreciar la existencia de: 1) daño directo al patrimonio del accionante; 2) antijuricidad de la conducta de los administradores; 3) negligencia ni deslealtad. Todo ello fundado en que el acuerdo de la demandada fue adoptado de manera informada, luego de haber solicitado la elaboración de diversos informes y con la realización de revisiones del plan de negocio inicialmente previsto. Destaca un aspecto relevante, que si bien pasado un tiempo es posible conocer los resultados y consecuencias adversas de una decisión empresarial, debe considerarse que al momento inicial de la toma de decisión ese resultado se desconoce y que la administración de una empresa no es una ciencia exacta.⁷

Es importante, advertir en esta primer instancia que la incorporación de la BJR en el ámbito legislativo, aporta seguridad jurídica al actuar de los administradores, sirviendo como herramienta de contrapeso para evaluar con ciertos parámetros de equidad las decisiones empresariales. Este punto será relevante a la hora de considerar las ideas que desarrollaremos más adelante.

1.2.3. Deber de Lealtad.

El deber de lealtad en el ejercicio de las funciones del administrador exige actuar guiado por el interés social. El legislador asocia la lealtad con el estándar de conducta de un «fiel representante», es decir que el administrador deberá actuar de la forma que resulte más favorable para el interés de la sociedad. En relación a las distintas teorías sobre el contenido del interés social, cabe referirnos a las ideas desarrolladas en el Capítulo II.

Luego de la reforma de la LSC operada en virtud de la Ley 31/2014, del 3 de diciembre, la regulación del deber de lealtad dispone un concepto general en el art. 227 de la LSC, una enumeración prevista en el art. 228 de la LSC de las obligaciones que derivan del deber de lealtad, las situaciones concretas que importan un conflicto de interés (art. 229 de la LSC) y la declaración del carácter imperativo del régimen, así como la admisión de la dispensa del deber

⁷ SAP Madrid, sec 28^a, de 13 de septiembre de 2007.

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en determinadas situaciones (art. 230 de la LSC). Nos centraremos en la enunciación de las obligaciones del art. 228 de la LSC.

El art. 228 de la LSC, establece una serie de obligaciones para el administrador. En tal sentido, el administrador debe ejercitar sus funciones conforme a los fines para los que le fueron concedidas sus facultades, esta obligación servirá como herramienta para delimitar la responsabilidad a un ámbito determinado de funciones asignadas, no tendrá el mismo ámbito de actuación un director financiero que un director de marketing. Por otra parte, el administrador detenta el deber de guardar secreto empresarial sobre la información a la que tiene acceso en el ejercicio de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera. Este deber, tiene relación con la gestión de la confidencialidad y privacidad dentro de la empresa. Incumplir la confidencialidad podría vincularse con el delito de revelación de secretos empresariales del art. 278 del CP e infringir la adecuada gestión de los deberes de privacidad podrían derivar en un delito de descubrimiento y revelación de secretos personales (art. 197 del CP).

Es importante destacar, la obligación de abstención en la deliberación y voto de los acuerdos en los que él o una persona vinculada tenga un conflicto de interés, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado. Asimismo, el administrador debe desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros. Mediante el principio de responsabilidad personal el legislador pretende plasmar que el incumplimiento de los deberes es personal y no de carácter orgánico, por ello agrega la necesidad de la independencia y la libertad de criterio. Una manifestación de este deber sería la posibilidad del administrador de abtenerse en la toma de una decisión empresarial, lo que importaría, en determinadas circunstancias, la exclusión de su responsabilidad. Por último, el administrador deberá adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad. El punto relativo a evitar incurrir en conflicto de intereses se desarrollará en el siguiente apartado.

A) Deber de evitar conflictos de interés

Por conflicto de interés, en palabras de SERRANO CAÑAS (2017 p. 140-142), cabe entender que se trata de una situación de hecho nacida en el marco del ejercicio de poderes y facultades concedidas al administrador, en cuyo contexto, concurren intereses contrapuestos: de un lado los intereses personales del administrador y por el otro los de la sociedad. En presencia de ese conflicto, el administrador podría concertar una operación en contra a los intereses sociales, de manera que obtenga el personalmente o bien un tercero un provecho o beneficio. Frente a un conflicto de interés el administrador debe asumir una conducta de abstención, es decir, si de su actuar pudiese devenir un provecho para si o para un tercero ajeno a la sociedad, deberá no ejecutar el acto en concreto.

En este sentido, la propia ley impone al administrador diversas obligaciones de no hacer, sin embargo, cabe destacar que el principio que ilumina a todas ellas, es el de independencia de criterio del administrador en cuanto debe evitar los conflictos de intereses. Por ello el legislador dispone que el administrador no debe: a) realizar operaciones con la sociedad, salvo en los supuestos que celebre operaciones ordinarias con la sociedad y sean concertadas en las mismas condiciones de mercado que con terceros; b) utilizar el nombre de la sociedad o aprovechar su condición de administrador para influir indebidamente en operaciones privadas; c) utilizar los activos de la sociedad y la información confidencial de la sociedad, a la que haya tenido acceso en su condición de administrador, para fines privados; d) aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad en beneficio propio; e) obtener ventajas o remuneraciones de terceros, distintos de la sociedad y su grupo, asociadas al desempeño de su cargo como administrador, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía; y f) desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva con la sociedad.

Al respecto, corresponde apreciar que el incumplimiento de los deberes de evitar los conflictos de interés, podrían configurar supuestos de delitos penales, tales como el delito de corrupción en los negocios del arts. 286 bis. y ss. del CP o bien en la revelación de secretos del art. 200 del CP, por ello es muy importante advertir que la reforma de la LSC, al enunciar con minuciosidad los supuestos concretos que configuran el conflicto de interés, suponen una fuente esencial para determinar la configuración de figuras delictivas contempladas en leyes penales en blanco.

1.3. Configuración general del sistema de responsabilidad

Antes de adentrarnos en el desarrollo de las acciones de responsabilidad, debemos comprender que la responsabilidad de los administradores es una especie de la responsabilidad civil. En tal sentido, la responsabilidad societaria, persigue la indemnización de los daños provocados por los administradores en el ejercicio de su cargo, ya sea en el patrimonio social o bien en el patrimonio individual de los socios y acreedores.

Como ya lo hemos expresado a lo largo del presente trabajo, los administradores serán responsables si incumplen la ley, los estatutos y los deberes inherentes a su cargo y si como consecuencia de ese incumplimiento, provocan un daño directo a la sociedad, afectando indirectamente a los socios o a terceros, o bien, lesionen directamente los intereses de unos y otros. Entre las características de la responsabilidad de los administradores podemos distinguir las siguientes: a) se trata de una responsabilidad subjetiva o por culpa, no es objetiva. Es decir, el administrador responde si provoca un daño en relación de causalidad con su acción u omisión, ilícita y culpable ; b) Es una responsabilidad legal y, por tanto no es una materia que puede ser excluida ni regulada en forma distinta estatutariamente. c) Es una responsabilidad de aplicación general a todos los tipos de sociedades de capital, sociedades anónimas y sociedades limitadas; c) Por último, es una responsabilidad asegurable mediante un seguro de responsabilidad civil. QUIJANO GONZÁLEZ (2011, p. 1691-1693)

Ahora bien, en función de quien sea el sujeto pasivo del daño, es decir si el daño es causado directamente a la sociedad o bien indirectamente a los socios o acreedores, procederá el ejercicio de la acción social de responsabilidad; y, si en cambio, el daño es provocado directamente a los socios o a terceros, habilitará al ejercicio de la acción individual de responsabilidad. A continuación se desarrollará el alcance de cada una de esas acciones.

1.4. Acción social de responsabilidad

Habiendo efectuado una breve referencia a la configuración de la responsabilidad de los administradores, corresponde ahora adentrarnos en el desarrollo de la acción social de responsabilidad.

En primer lugar, destacar que la finalidad de la acción social es restaurar a su estado anterior el patrimonio social, que se viera menoscabado como consecuencia del actuar ilícito y culpable del administrador. Al mencionar el legislador en el art. 236 de la LSC, que «*el administrador responderá frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales*», distingue a los sujetos pasivos del daño, que puede ser o bien directamente la

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital sociedad e indirectamente los socios y acreedores. En este sentido, la ley determina quienes son los legitimados para entablar la acción social de responsabilidad. La ley establece una legitimación sucesiva o en cadena para interponer la acción social de responsabilidad. (QUIJANO GONZÁLEZ et al 2011, p. 1709)⁸ De acuerdo con el orden de prelación que establece la ley, en primer lugar, es la propia sociedad la que se halla activamente legitimada para entablar la acción social de responsabilidad, previo acuerdo por la Junta General.

En segundo lugar, los accionistas y los acreedores de la sociedad también se encuentran activamente legitimados para entablar la acción social (arts. 239 y 240 de la LSC). Sin embargo, cabe destacar que, en este caso, litigarán en nombre propio, pero en interés de la sociedad. Existe asimismo, la legitimación activa subsidiaria de los socios. En tal sentido, el art. 239 de la LSC dispone que los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social (capital mínimo para solicitar la convocatoria de la junta general), podrán solicitar la convocatoria de junta general para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad. Ahora bien, si los administradores no convocan a la Junta, y la sociedad no entabla la acción en el plazo de un mes desde la adopción del acuerdo o éste fuere contrario a la exigencia de la responsabilidad, los accionistas podrán «entablar conjuntamente» la acción en defensa del interés social. La acción social podrá ser ejercitada también por los acreedores de la sociedad, sólo en el supuesto que no haya sido ejercitada previamente por la propia sociedad o sus accionistas y que se acredite la insuficiencia del patrimonio social para la satisfacción de sus créditos (art. 240 de la LSC)

Corresponde hacer especial mención que, ante la infracción del deber de lealtad la ley modera las reglas de legitimación activa de los socios para interponer la acción de responsabilidad en defensa del interés social. En este supuesto, los socios podrán ejercer directamente la acción de responsabilidad, para ello deberá acreditarse que los administradores actuaron en contra al deber de lealtad, pudiendo obviar así el requisito previo de someter la decisión del ejercicio de la acción a la junta general. En similar idea, se establece que el ejercicio de la acción de responsabilidad no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores en infracción de su deber de lealtad. Es decir, que de entablarse la

⁸ El ejercicio por los legitimados sucesivos no enerva la posibilidad del ejercicio por la sociedad, de forma que si ambos ejercitan la acción se producirá la acumulación procesal de ambas pretensiones.

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital acción de responsabilidad, nada impide el ejercicio independiente de las acciones de impugnación de actos sociales, cesación o remoción de administradores.

Por último, se aclara la cuestión del dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de cuatro años: este plazo comenzará a contar “desde el día en que hubiera podido ejercitarse”.

1.5. Acción individual de responsabilidad

Tal como fuera mencionado en capítulo precedente, la responsabilidad de los administradores se encuentra regulada por la determinación del sujeto pasivo del daño sufrido por la acción u omisión ilícita y culpable del administrador. Si el daño opera en la sociedad, dará lugar a la acción social de responsabilidad y si el daño es ocasionado directamente en el patrimonio de los socios o terceros, el resarcimiento será exigible mediante la acción individual de responsabilidad. Los presupuestos materiales que deben concurrir para poder entablar la acción individual de responsabilidad son los mismos que se describen en apartado 1.1.

En consecuencia, el problema que se plantea en el marco de la acción individual de responsabilidad es determinar concretamente al sujeto pasivo del daño, ya que ello afectará directamente a la admisión de la acción. En dicho sentido, la jurisprudencia ha sido restrictiva en la interpretación de los supuestos que el daño se produce directamente en el patrimonio de los socios. De ahí que, la Sala Primera del Tribunal Supremo (en adelante, TS) haya intentado determinar las conductas que configuran responsabilidad individual del administrador. A tal efecto, ha considerado que aplicar indiscriminadamente la vía de la responsabilidad individual, podría contravenir el principio esencial que las sociedades ostentan una personalidad distinta a la de los socios y que al disponer de patrimonio propio deben responder de sus deudas. Asimismo, podría vulnerarse el principio contractual en virtud del cual, los contratos sólo producen efectos entre las partes del art. 1257 del CC.

Existen pocos supuestos de admisión de la acción individual de responsabilidad, a continuación faremos un breve reseña a la reciente jurisprudencia en la materia. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la admisión de acción individual de responsabilidad de los administradores en los casos en que las promotoras de venta de inmuebles no constituyeron las garantías necesarias exigidas por la Ley 57/1968, de 27 de julio, para responder de la restitución de cantidades entregadas a cuenta por los compradores de inmuebles. En la STS 242/2014, del 23 de mayo de 2014, recurso 1423/2012, resuelve en forma afirmativa la

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital admisión de la acción individual ante el incumplimiento de la sociedad promotora de la obligación de garantizar las cantidades entregadas a cuenta anticipadamente, en el supuesto de resolución del contrato de compraventa. Considera que constituye un incumplimiento imputable a los administradores para exigirles responsabilidad individual. En tal sentido, concluye que concurren todos los presupuestos para la admisión de la acción entablada, a saber: (i) incumplimiento de una norma, en este caso, la Ley 57/1968, al omitir el administrador la constitución del aval; (ii) la omisión resulta imputable a los administradores, como órgano social; (iii) la conducta antijurídica, culposa o negligente, produjo un daño concreto; (iv) el daño provocado es directamente al tercero que contrata, sin lesionar los intereses de la sociedad y (v) la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño directo ocasionado al tercero, pues, sin duda, el incumplimiento de la obligación de garantizar la devolución de las cantidades ha producido un daño al comprador que, al optar, de acuerdo con el art. 3 de la Ley 57/1968, entre la prórroga del contrato o la resolución con devolución de las cantidades anticipadas, no puede obtener la satisfacción de esta última pretensión, al no hallarse garantizadas las sumas entregadas.

En la Sentencia 737/2014 del TS, se analiza el caso de una acción individual ejercitada por los acreedores frente a los administradores de la sociedad fundada en el incumplimiento grave de los deberes relativos a la llevanza de la contabilidad y a la formulación de las cuentas anuales. En tal sentido, el art. 34.2 del Código de Comercio (en adelante, CCom), exige que las cuentas anuales deben mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. El TS consideró que el daño sufrido por los acreedores demandantes, que suministraron sus productos para la campaña de Navidad 2004/2005, y en concreto por el impago parcial de sus créditos, era un perjuicio directo en la medida en que la conducta ilícita de los administradores les había llevado a confiar en la situación patrimonial aparente y a seguir contratando sin recabar especiales garantías para prevenir del riesgo de incumplimiento de la sociedad.

En relación al plazo de prescripción, la jurisprudencia, se había definido en consonancia con el art. 949 del CCom., por un plazo de prescripción de cuatro años a contar desde el momento en que cesó el administrador en el ejercicio de sus funciones. El problema quedó resuelto ya que la Ley 31/2014 señala como plazo de prescripción tanto de la acción social como de la individual cuatro años, pero el *dies a quo* pasa a ser el día en que hubiera podido ejercitarse una u otra acción de responsabilidad.

IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE COMPLIANCE.

1. Deber de diligencia y los planes de compliance.

A partir de la entrada en vigor de la reforma del CP mediante la LO 5/2010, del 22 de junio, las personas jurídicas pasan *per sé* a ser penalmente responsables. La RPPJs se encuentra regulada en el art. 31 bis del CP que establece, en primer lugar, que solo se podrá imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas en los supuestos previstos en el CP, es decir, sólo en caso de incurrir en los delitos que expresamente prevén esa responsabilidad, por ello, el legislador opta por determinar delitos «*numerus clausus*».

En virtud de la norma, la configuración de la mencionada responsabilidad penal requiere: a) la comisión de uno de los delitos integrantes del catálogo -*numerus clausus*- en el seno de la persona jurídica; y b) que los autores del delito, personas físicas, sean integrantes de la persona jurídica o bien se encuentren bajo su supervisión, supuestos enunciados expresamente en el art. 31.1 bis apartados a) y b) del CP. Ahora bien, el CP establece que para exonerar de responsabilidad a la persona jurídica deberán cumplirse las condiciones previstas en el art. 31.2 bis subapartados 1 a 4 del CP. Para ello, el órgano de administración previamente a la comisión del delito deberá haber adoptado y ejecutado con eficacia los modelos de organización y gestión que incluyan medidas de control y vigilancia para prevenir delitos, es decir los Programas de Compliance; b) que haya designado a un Compliance Officer que supervise el cumplimiento de los Programas de Compliance; y c) que los terceros hayan eludido fraudulentamente los mencionados programas.

Hemos analizado que la reforma del régimen de responsabilidad de los administradores previsto en la LSC, vio su origen en la necesidad de mejorar el gobierno corporativo. En este sentido, la doctrina considera que el gobierno corporativo incluye el cumplimiento de las normas y la gestión de todo tipo de riesgos por parte de los administradores. Así las cosas, corresponde plantearnos el interrogante si la implantación de los Programas de Compliance detentan el carácter de obligatorios para los administradores de la sociedad o no. Ateniéndonos a la literalidad del CP, una primera aproximación, nos conduciría a afirmar que la ley no establece la obligación de implantar Programas de Compliance. Sin embargo, el legislador establece como condición para exonerar a la persona

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital jurídica de responsabilidad penal, que sea el propio administrador quien haya adoptado los Programas de Compliance. Ello implica que en el supuesto que la persona jurídica sea condenada penalmente y ante la no implementación del programa, no existirán medios de defensa suficientes para lograr la exoneración de la responsabilidad que prevé la ley. Por lo tanto la condena se encuentra en vinculación directa con la implementación de los Programas de Compliance. En consecuencia, sin un Programa de Compliance la sociedad incrementará las posibilidades de una condena penal que podrá consistir en la aplicación de multa, disolución, suspensión de actividades, clausura de locales, conforme lo dispuesto en el art. 33.7 del CP.

En virtud de los argumentos expuestos podría entenderse que, dentro del marco de actuación del administrador, en cuanto debe actuar con la diligencia de un «ordenado empresario», lo que supone «tener la dedicación adecuada» y «adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad», se incluyan los de controlar los riesgos inherentes de la actividad que importará instaurar los Programas de Compliance acorde a las características de la empresa.

Así las cosas, consideramos que conforme a esta interpretación se ampliarían las obligaciones propias del deber de «diligencia del ordenado empresario», toda vez que recae en el administrador de la sociedad aprobar y aplicar con eficacia los Programas de Compliance en el marco de la sociedad administrada. En concordancia con nuestra línea argumental, la observancia de establecer un Programa de Compliance que se aadecue a la sociedad, se presenta como *conditio sine qua non* para que entre en juego la exención penal de la responsabilidad de la persona jurídica o, en su caso, permita atenuar esa responsabilidad. Caso contrario, ya sea bien ante la inexistencia o bien ante la ineeficacia, esta última, podrá resultar plenamente aplicable. Por otra parte, como consecuencia de la adopción de los precitados Programas de Compliance resultarán asimismo otras ventajas para la sociedad administrada, tales como: un mayor grado de control; un mejor funcionamiento; y evitar y/o mitigar las consecuencias negativas inherentes al denominado «riesgo reputacional», incrementar las posibilidades de negocios ya que surge como nueva exigencia en las cadenas de suministro la necesidad de contar con Programas de Compliance, incluso existen recomendaciones miembros del TS que invitan a las compañías de seguros a exigir la

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital implantación de Programas de Compliance como requisito previo para otorgar el seguro de D&O.⁹

En el marco del presente análisis, compartimos con FORTUNY CENDRA (2018 p. 142-151) que la adopción del modelo de prevención se enclava en la esfera de dirección y control de la sociedad previsto en el art. 225.2 de la LSC y en el art. 225.1 de la LSC que establece que los administradores «*deberán desempeñar el cargo y cumplir con los deberes impuestos por las leyes*». Se incluye por lo tanto el cumplimiento de la legalidad en el ejercicio del cargo del administrador, la cual es relevante, habida cuenta que, la mayor parte de los delitos del numerus clausus implican el cumplimiento de normas extrapenales. Por ello concluye que el deber de adoptar y ejecutar un modelo de prevención de delitos, es un deber que debe ejercerse antes que ocurra el delito, pero cuya eficacia se evaluará una vez que haya ocurrido.

2. Relación entre la responsabilidad de los administradores y los planes compliance.

En el presente capítulo pretendemos analizar la relación entre el deber general de diligencia del administrador (art. 225 de la LSC) y la implementación de los Planes de Compliance de acuerdo con el art. 31.2.1^a bis del CP, para posteriormente intentar determinar los supuestos en los que será posible accionar contra los administradores por los daños que puedan ocasionar a la sociedad al no implantar o establecer un modelo de prevención de delitos ineficaz. En tal sentido, y tal como surge del capítulo precedente, partimos de la idea que dentro del deber de diligencia (art. 225 de la LSC) se encuentra la necesidad de implantar los Programas de Compliance y su ejecución ineficaz. Cabe destacar, que los fines de desarrollar el presente capítulo partimos de las ideas de FORTUNY CENDRA (2018, p. 151-164).

En primer lugar, deberá existir una condena penalmente a la persona jurídica, es decir que el delito se haya cometido en su seno, por algunas de las personas que indica el art. 31.1 bis, a) y b) del CP, que se haya cometido en su beneficio directo o indirecto y que no se cumplan las condiciones para que opere la exoneración de responsabilidad descritas en el

⁹ En tal sentido se ha pronunciado el magistrado Vicente Magro Servet en la conferencia pronunciada, el pasado 8 de febrero de 2019, en la sede de la CEOE, en el marco de la jornada divulgativa organizada por Hispajuris Abogados, alertó a las compañías de seguros de que, no habiendo programa de prevención en la empresa asegurada, en caso de delito doloso, aquéllas responden directamente cubriendo las responsabilidades civiles derivadas del delito de un directivo, para luego repetir, si pueden, contra el asegurado. 13/06/2019, 11:13 hs. Disponible en: <https://www.lawandtrends.com/noticias/index/las-companias-de-seguros-no-deberian-asegurar-a-empresas-sin-compliance-penal-1>

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital capítulo anterior. Una consideración particular merece la pena destacar que, de acuerdo con el sistema de responsabilidad societario, el actuar del administrador debe ser culpable y esa culpabilidad la ley la presume, por lo tanto, recaerá en el administrador la carga de probar que los terceros hayan eludido fraudulentamente los Programas de Compliance para demostrar su conducta diligente.

A los fines de analizar la casuística, vamos a partir del análisis de FORTUNY CENDRA, quien plantea dos escenarios posibles, en primer lugar, la inexistencia de un modelo de prevención penal, en este caso considera que si sería viable la acción de responsabilidad, siendo el fundamento de la acción que el administrador sería responsable del defecto organizativo por incumplimiento de la ley, al no implantar el modelo de prevención penal y como consecuencia de ello se condene penalmente a la persona jurídica. Cabe destacar que el Tribunal Supremo en su sentencia 154/2016, de 29 de febrero de 2016, recurso 10011/2015 considera que, para la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, deberá analizarse si el delito ha sido cometido como consecuencia de la ausencia de una cultura de respeto al Derecho (...) que debería manifestarse a través de concretas de medidas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos.¹⁰

El otro escenario, sería el derivado de la ineficacia del modelo existente, adoptado antes de cometerse el delito. Menciona el autor que los supuestos de ineficacia pueden resultar de una defectuosa ejecución o supervisión del modelo, o bien de su inejecución, dando los siguientes ejemplos, el supuesto que no se designe un Compliance Officer, o ante la inacción del administrador ante la infracción fraudulenta del modelo, o bien en el supuesto de un *paper compliance* (modelo aparente). En estos casos, de existir un Plan de Compliance, es posible que la responsabilidad penal de la persona jurídica se vea atenuada en virtud de los dispuesto en el art. 31.2 bis del CP. En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8^a, Sentencia 694/2016 de 14 Diciembre de 2016, Rec. 94/2016, en cuanto dispuso que concurren en el caso las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuantes, ya que se establecieron medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos que en el futuro puedan cometerse del apartado 4 del art. 31 bis del CP, con relación a lo previsto en el art. 66 bis del indicado texto legal.¹¹

¹⁰ STS 154/2016, de 29 de febrero de 2016, Recurso: 10011/2015

¹¹ SAP Barcelona, Sentencia 694/2016 de 14 diciembre de 2016, Rec. 94/2016. «En los ejercicios de 2011 y 2013 la entidad FÚTBOL CLUB BARCELONA no tenía implementado un programa de cumplimiento y prevención de

Ahora bien, consideramos que la acción social e individual de responsabilidad será viable siempre que como consecuencia del actuar culposo o doloso del administrador ya sea ante la inexistencia o ineficacia del Programa de Compliance, se cause un daño directo a la sociedad o a los socios, respectivamente. A nuestro entender, este supuesto podría ser viable en la medida en que en los hechos probados del caso pueda evidenciarse que la inacción o incumplimiento proceda personalmente del administrador y que si la sociedad cuenta con un órgano autónomo cuya función primordial sea la aplicación e implementación de los Programas de Compliance, sea justamente ese órgano, el pueda probar la elusión fraudulenta del Programa de Compliance. Tal como fuera mencionado más arriba la BJR, es una herramienta para evaluar la toma de decisiones de los administradores. Consideramos que ésta regla podría ser útil para determinar la existencia o no de culpabilidad del administrador y distinguir concretamente el contexto en el que la toma de decisiones empresariales se llevó a cabo.

FORTUNY CENDRA (et al. 2018 p. 151-164), considera que, si la persona jurídica ha sido condenada en base a la inexistencia o ineficacia del Programa de Compliance, cabría la posibilidad de accionar contra el administrador, bien a través de la acción social de responsabilidad o de la acción individual de responsabilidad con fundamento en la infracción dolosa o culposa- por parte del administrador del deber general de diligencia y de lealtad en relación con el deber normativo del art. 31 bis del CP. Por nuestra parte, agregamos que será necesario que previamente en sede penal los tribunales se vayan pronunciando acerca del grado de ineficacia del Programa de Compliance para cada caso concreto y tener en cuenta las penas impuestas a la sociedad que ya podrán utilizarse de base para la cuantificación del daño. Por otra parte, consideramos que existe una estrecha relación, pudiendo vislumbrar una relación quasi proporcional, entre el actuar concreto del administrador, en cuanto o bien no implante los Programas de Compliance, no los ejecute o implante y ejecute un Programa ineficaz y la cuantificación concreta del daño de la indemnización pretendida, ya que a mayor negligencia, que se reflejará concretamente en el alcance de la condena penal, mayor será la pretensión indemnizatoria en el ámbito de la responsabilidad societaria.

delitos (Compliance), ni circuitos institucionalizados y/o protocolizados de cumplimiento normativo. En la actualidad la entidad tiene implementado el programa de cumplimiento normativo encargado a consultora independiente que atiende a los parámetros y exigencias contenidas en el art. 31 bis 5 del Código Penal (LO 2/2015, de 30 de marzo) que se adjunta al presente escrito (pen drive en sobre cerrado), procediéndose, al propio tiempo al nombramiento de oficial de cumplimiento en Junta Directiva de fecha 29/3/2016».

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital

Coincidimos con las ideas de FORTUNY CENDRA, en cuanto que, si el administrador es responsable frente a la sociedad de los daños directos ocasionados por su culpa o negligencia por el incumplimiento de la ley y los estatutos, será probable que, a partir de la reforma del CP del año 2010, la no implementación, o la adopción inadecuada de los modelos de organización y prevención de delitos podrá acarrear la responsabilidad del administrador en caso de condena efectiva. Implementar y ejecutar un plan de prevención deviene en un deber para el administrador.

CONCLUSIONES

Habiendo analizado los aspectos más relevantes de la reforma operada en la LSC en virtud de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo, en particular en lo que respecta a la redefinición y amplitud de los contenidos de los deberes de diligencia y lealtad y el marco jurídico de la responsabilidad, nos permite concluir que se ha planteado un cambio de paradigma en el cumplimiento de sus funciones los administradores.

I. En primer lugar, los administradores no sólo deberán cumplir con la ley, los estatutos y deberes inherentes a su cargo sin más, sino que la reforma introduce normas con mayor tinte ético, exigiendo de ellos contar con la debida información para la toma de decisiones, ejercer un mayor control y supervisión en el seno de la sociedad y evitar los conflictos de intereses.

II. En segundo lugar, de una interpretación conjunta de los arts. 225 y 227 de la LSC con el art. 31 bis del CP subyace, la ampliación de los deberes de los administradores, concretamente, al hacer depender en exclusiva del administrador la adopción e implementación de medidas de prevención de delitos, Programas de Compliance, que de concretarse la comisión del delito su existencia y ejecución eficaz podría eximir de la responsabilidad penal a la persona jurídica.

En tal sentido, el art. 31 bis del CP, asume que, de un lado, dos de las funciones propias de los administradores sociales son las de: a) adoptar, planificar (a priori) y b) Implementar, ejecutar (a posteriori) medidas de prevención de delitos en el marco de las sociedades administradas por éstos. De otro lado, se desprende de la literalidad del art. 31.2.1^a bis del CP, que no resulta suficiente con la mera adopción e implementación formal, aparente o estética de las medidas de prevención de delitos sino que, bien al contrario, éstas han de ser además efectivamente idóneas y eficaces. De lo cual, a su vez, cabe inferir que, en última instancia, la responsabilidad penal de la persona jurídica como tal dependerá de la apreciación del grado de eficacia e idoneidad de las medidas de prevención de delitos previamente planificadas y posteriormente implementadas por los administradores sociales en el marco de la sociedad administrada por éstos.

III. En tercer lugar, cabe advertir que el legislador, en la redacción del art. 31.2.1^a bis del CP, sólo da unos parámetros acerca de cuáles son los criterios jurídicamente determinantes del grado de eficacia e idoneidad de los Programas de Compliance. Así las

La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital cosas, nos lleva a concluir que, el CP, deja en manos del criterio de Jueces y Tribunales la apreciación y valoración de este último aspecto, que, por tanto, únicamente podrá ser apreciado en cada caso particular; y, en su caso, de conformidad o en consonancia con cuantos criterios se vayan aplicando jurisprudencialmente en la praxis.

IV. Por último, y en particular en lo que respecta a la responsabilidad de los administradores en el marco de la LSC en consonancia con el art. 31 bis del CP, entendemos que a los fines de considerar viable una acción de responsabilidad deberá considerarse: a) el alcance de la condena penal efectiva a la persona jurídica; b) determinar si el fundamento de la condena pueda deberse a un incumplimiento en la adopción, implantación y ejecución de los Programas de Compliance, o bien si a pesar de su implantación el Programa de Compliance resulta ineficaz; c) que ese incumplimiento resulte por negligencia del administrador; y d) que efectivamente ese actuar ilícito y culpable resulte un daño cuantificable a la sociedad directamente o a los socios en forma indirecta lo que legitimará el ejercicio de la acción social de responsabilidad, o bien directamente a los socios o terceros que legitimara el ejercicio de la acción individual de la responsabilidad.

En consecuencia, ante este cambio legislativo que tiene a la fecha una incipiente aplicación jurisprudencial, muy probablemente nos encontraremos ante nuevos supuestos de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, por los daños que puedan ocasionarse, ya sea bien a la sociedad a los socios o terceros, por el incumplimiento negligente en la adopción, implantación, o supervisión defectuosa de los Programas de Compliance.

BIBLIOGRAFÍA

CERRATO CRESPO, I. «El deber general de diligencia de los administradores y la protección de la discrecionalidad empresarial». pp. 75-84. En RECALDE CASTELLS, A. y ARIAS VARONA, J. «Comentario Práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo», Madrid, Editorial Dykinson, S. L., 2016. Disponible en: <https://2019.vlex.com/#vid/deber-general-diligencia-administradores-637778457>

COHEN BENCHETRIT, A. «*La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales a la luz de la última jurisprudencia*» Revista de Jurisprudencia, 2017, pp. 1-13. Fecha: 5 de junio de 2019, 15:30hs. Disponible en: <https://elderecho.com/la-accion-individual-de-responsabilidad-de-los-administradores-sociales-a-la-luz-de-la-ultima-jurisprudencia>

DIAZ MORENO, A. «La Business Judgement Rule en el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital», 2. Publicaciones Gómez Acebo & Pombo, Julio 2014. Fecha 4 de mayo de 2019, 23.00hs. Disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-business-judgment-rule-en-el-proyecto-de-ley-de-modificacion-de-la-ley-de-sociedades-de-capital/>

FORTUNY CENDRA, M. «*Responsabilidades del administrador de sociedades mercantiles ante la inexistencia o ineeficacia de un programa de compliance penal*», pp. 151-164. En: AMADEO GADEA, S. «Una aproximación a la responsabilidad de los administradores y de las personas jurídicas». Edición 2018, Madrid, Editorial Escoda.

FORTUNY CENDRA, M. «*El deber general de diligencia del artículo 225 LSC y su concreción en la adopción y ejecución de un programa de compliance penal. El marco penal de diligencia de los arts. 31 bis 2, 4 y 5 CP y la norma UNE 19601 como posible estándar para el ejercicio de dicha diligencia.*» pp. 142-151. En: AMADEO GADEA, S. «Una aproximación a la responsabilidad de los administradores y de las personas jurídicas». Edición 2018, Madrid, Editorial Escoda.

HERNANDO CEBRIÁ, L. «*La buena fe en el marco de los deberes de los administradores de las sociedades de capital: viejos hechos, nuevas implicaciones*». Anuario de Derecho Civil - Núm. LXIX-IV, Octubre 2016, pp. 1385-1426.

PAZ-ARES, C., BAJO FERNÁNDEZ, M y BACIGALUPO, S. «*Deber de Lealtad y Gobierno Corporativo*» pp.- 15-73, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces Tomás Bretón. Disponible en: <https://app.vlex.com/#ES/search/jurisdiction:ES/El+alcance+efectivo+de+la+business+judge+ment+rule+en+el+derecho+espa%C3%B1ol/p2/ES/vid/227521725>

ROJO, A. – BELTRÁN, E. Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Tomo I, Primera Edición 2011. Editorial Aranzadi pp. 1961-1700; pp.1708-1715.

SABOGAL BERNAL, L.F. Tesis doctoral «*El deber de lealtad y los conflictos de intereses de los administradores de sociedades*». Director ESTEBAN VELASCO, G., UCM, Madrid, 2017 pp 2-52. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/41090/1/T38345.pdf>

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil* Volumen I. Navarra, 2013, pp. 528 y ss.

SERRANO CAÑAS, J.M. «La incorporación de la Business Judgement Rule al Derecho Español: el proyectado art 226 de la Ley de Sociedades de Capital». La Ley Mercantil, Nro. 6, Sección Sociedades, septiembre 2014, Editorial LA LEY Disponible en: http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAEAO29B2AcSZYIj9t_ynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9fB8_lorZ7L0nb3bo2du9d7B_8Asv87opq_uVnP1lc5Ms2x9_FfXTavrmeP dp6VTf4LF1nb5vVnz59_kddT_ev3yq8_e3X6k2ev3xz_wnxSV_W8DsL_gvt_AM-ES9hvAAAAWKE.

SERRANO CAÑAS «El (nuevo) protocolo de actuación de los administradores afectados por conflictos de intereses» (140-142) En PÉREZ- SERRABONA GONZALEZ, JL. Y VALENZUELA GARACH, FJ Y PÉREZ-SERRABONA GONZALEZ, FJ «Reformas en derecho de sociedades», ED. 1, Madrid, Marcial Pons, 2017.

URIA MENÉNDEZ Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia UM.pdf?id=5679>

VELERDAS PERALTA, A. Capítulo XIII. «Órgano de administración (II). Deberes y responsabilidad de los Administradores». En EMBID IRUJO, JM, FERRANDO VILLALBA, ML Y MARTÍ MOYA, V. Derecho de sociedades de capital. Estudio de la ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2016, (p. 288-290)

ZURITA VICIOSO, JM. «La Responsabilidad de los Administradores», Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Año 2015, Vol. 10. Disponible en: <http://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1822>

FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Boletín Oficial del Estado, 161, de 03/07/2010. Referencia: BOE-A-2010-10544.

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Boletín oficial del Estado, de 4 de diciembre de 2014, núm. 293, páginas 99793 a 99826.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 23 de junio de 2010, núm. 152 páginas 54811 a 54883.

Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica 1/2015 de la Fiscalía General del Estado.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. Boletín Oficial del Estado, del 16 de octubre de 1885, núm. 289.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

STS 154/2016, de 29 de febrero de 2016, (RTC 10011/2015).

SAP Barcelona, 694/2016, de 14 diciembre de 2016, (Rec. 94/2016).

STS, de 7 de marzo de 2006, EDJ 2006/21306

STS 242/2014, del 23 de mayo de 2014, (Rec. 1423/2012)

STS 737/2014, del 22 de diciembre de 2014, (Rec. 1261/2013)

DIRECCIONES WEB

COHEN BENCHETRIT, A. «*La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales a la luz de la última jurisprudencia*» Revista de Jurisprudencia, 2017, pp. 1-13. Fecha: 5/06/2019, 15:30hs. Disponible en: <https://elderecho.com/la-accion-individual-de-responsabilidad-de-los-administradores-sociales-a-la-luz-de-la-ultima-jurisprudencia>

SANZ MARTÍN, A. Vicente Magro, magistrado de la Sala Segunda del TS: «Hay que tomar conciencia de que la violencia de género es una lucha de toda la sociedad qq1». Fecha 14 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.lawandtrends.com/noticias/index/las-companias-de-seguros-no-deberian-asegurar-a-empresas-sin-compliance-penal-1>

Definición de normas de buen gobierno corporativo: Fecha 5 de mayo de 2019, hora 22.30. Disponible en: <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/governance-risk-and-compliance/articles/que-es-el-gobierno-corporativo.html>