



---

# Universidad de Valladolid

## Facultad de Derecho

### Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas

## Responsabilidad por daños de los administradores de sociedades de capital

Presentado por:

***Rafael de las Heras López***

Tutelado por:

***Dr. D. Jesús Quijano González***

*Valladolid, 22 de julio de 2020*

# ÍNDICE

ÍNDICE .....	1
<b>1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO INICIAL .....</b>	<b>3</b>
<b>2. PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS .....</b>	<b>8</b>
<b>2.1. ACCIÓN U OMISIÓN ILÍCITA Y CULPABLE .....</b>	<b>8</b>
<b>2.1.1. Ilícitud de la acción u omisión .....</b>	<b>8</b>
<i>2.1.1.1. Actos u omisiones contrarios a la ley .....</i>	<i>9</i>
<i>2.1.1.2. Actos u omisiones contrarios a los estatutos .....</i>	<i>9</i>
<i>2.1.1.3. Actos u omisiones contrarios a otras fuentes de ilicitud .....</i>	<i>10</i>
<i>2.1.1.4. Actos u omisiones realizados con incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo de administrador .....</i>	<i>10</i>
• Deber de diligencia .....	12
• Deber de lealtad .....	18
<b>2.1.2. Culpabilidad de la acción u omisión .....</b>	<b>29</b>
<b>2.2. DAÑO Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD .....</b>	<b>31</b>
<b>3. LEGITIMACIÓN PASIVA Y EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD .....</b>	<b>33</b>
<b>3.1. ADMINISTRADOR DE DERECHO .....</b>	<b>33</b>
<b>3.2. ADMINISTRADOR DE HECHO .....</b>	<b>34</b>
<b>3.3. DIRECTORES GENERALES Y APODERADOS .....</b>	<b>40</b>
<b>3.4. REPRESENTANTE DEL ADMINISTRADOR-PERSONA JURÍDICA .....</b>	<b>42</b>
<b>4. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD .....</b>	<b>43</b>
<b>4.1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>43</b>
<b>4.2. ASPECTOS COMUNES A AMBAS ACCIONES .....</b>	<b>45</b>

4.2.1. Ejercicio de las acciones .....	45
4.2.2. Carácter solidario de la responsabilidad, causas de exoneración y no exoneración por intervención de la Junta .....	46
4.2.3. Prescripción de las acciones .....	51
4.2.4. Compatibilidad con otras acciones derivadas de la infracción de los deberes fiduciarios .....	51
<b>4.3. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD .....</b>	<b>55</b>
4.3.1. Significado y naturaleza .....	55
4.3.2. Ejercicio por la propia sociedad .....	56
4.3.3. Ejercicio por la minoría .....	61
4.3.4. Ejercicio por los acreedores sociales .....	64
<b>4.4. ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD .....</b>	<b>65</b>
4.4.1. Significado y naturaleza .....	65
4.4.2. Grupos de casos reconducibles al ámbito de la acción individual .....	68
4.4.2.1. <i>Daño directo a los socios</i> .....	68
4.4.2.2. <i>Daño directo a los acreedores</i> .....	69
4.4.2.3. <i>Daño directo a terceros</i> .....	74
4.4.3. Régimen, ejercicio y coordinación con otras acciones .....	74
<b>5. CONCLUSIONES .....</b>	<b>77</b>
<b>6. JURISPRUDENCIA CITADA .....</b>	<b>83</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>85</b>

## 1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO INICIAL

Toda sociedad de capital ha de contar de manera necesaria y permanente con un órgano de administración, cualquiera que sea su forma. Éste asume funciones de carácter ejecutivo, gestionando, dirigiendo y representando a la sociedad diariamente en el ámbito de su objeto social. La Junta de socios es competente para su nombramiento y cese. El cargo de administrador puede recaer sobre personas físicas o jurídicas, las cuales no han de ser necesariamente socias de la sociedad que administren, si bien existen distintas prohibiciones para ejercer el cargo, y existe la posibilidad de añadir algún requisito en vía estatutaria.

Sin perjuicio de que puedan fijarse límites temporales inferiores en los estatutos sociales, caben mandatos indefinidos en las sociedades de responsabilidad limitada, mientras que en las sociedades anónimas el cargo se encuentra limitado a 6 años, con posibilidad de reelecciones ilimitadas. Por presunción legal, el cargo de administrador es gratuito, no obstante puede retribuirse si así lo prevén los estatutos de la sociedad, y la Junta aprueba la cuantía máxima que pueden percibir a modo de retribución.

El sistema de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital se compone de piezas de regulación de diversos sectores del ordenamiento jurídico, como el mercantil, penal, administrativo o laboral. En el ámbito mercantil, y más concretamente en el societario, tradicionalmente se ha entendido como una responsabilidad civil, subjetiva o por culpa, que puede ser de tres clases:

i) Responsabilidad por daños: es la modalidad más clásica de responsabilidad, prevista por los arts. 236 y ss. LSC. Su finalidad es la de indemnizar al patrimonio social, de los socios y de acreedores o terceros los menoscabos a éstos provocados por actos u omisiones de los administradores contrarios a la ley, a los estatutos o a los deberes inherentes a su cargo, mediando dolo o culpa.

ii) Responsabilidad por deudas: conforme al art. 367 LSC, cuando la sociedad se encuentre inmersa en una causa legal de disolución –

habitualmente, una situación de pérdidas cualificadas—, los administradores que incumplan el deber legal de convocar la Junta general a fin de adoptar el acuerdo de disolución; o el de solicitar la disolución judicial o el concurso –si procediere– en los dos meses posteriores a la fecha prevista para la celebración de la Junta si no llegara a constituirse, o desde la fecha de la Junta en caso de acuerdo contrario a la disolución; deberán responder personal y solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad con posterioridad a la aparición de la causa de disolución.

iii) Responsabilidad por déficit concursal: por otra parte, si al concluir un procedimiento concursal en la sociedad que administran, los administradores resultan afectados por la calificación de concurso culpable –por entenderse que en el momento de la declaración de concurso o en los dos años anteriores han contribuido a la generación o agravación de la insolvencia–, pueden ser condenados a responder del déficit concursal, es decir, a indemnizar a los acreedores la porción de sus créditos que no hubiera sido cubierta tras liquidar la masa activa.

Este trabajo tiene por objeto estudiar la primera de estas modalidades, a saber, la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles por daños al patrimonio de la sociedad, de los socios o de terceros, tendente a la indemnización de los perjuicios ocasionados. Trata de realizar una exposición teórica de los aspectos más relevantes de esta responsabilidad –presupuestos materiales, sujetos que pueden ser considerados responsables y acciones para hacer efectiva la responsabilidad–, acompañándolos de sentencias que reflejen las principales líneas jurisprudenciales seguidas en la actualidad por el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales.

La responsabilidad por daños siempre ha sido entendida como una responsabilidad clásica de derecho común, a pesar de que con el tiempo ha experimentado una notable evolución en sus presupuestos materiales. La Ley de Sociedades Anónimas de 1951 –pieza a la que se remitía la legislación de sociedades limitadas en su práctica totalidad– obligaba a los administradores a desempeñar su cargo "con la diligencia de un ordenado empresario y de un

representante leal", atribuyéndoles responsabilidad cuando de su conducta causara daños "por malicia, abuso de facultades y negligencia grave", de modo que se exigía un daño conectado causalmente a una conducta culpable, sin llegar a desarrollar el contenido de los deberes de los administradores.

En 1989, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas pasó a responsabilizar a los administradores del "daño causado por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo", sustituyendo la mención a la culpa por un mayor énfasis en la antijuricidad o ilicitud de la conducta de los administradores, a pesar de que aún no detallaba con suficiencia los deberes del cargo, tan solo acompañando la mención a la "diligencia de un ordenado empresario y de un representante legal" con un deber específico de guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial.

La reforma de 2003 inició una técnica legislativa consistente en trasladar al texto legal, con carácter imperativo, algunas de las recomendaciones de buen gobierno corporativo que hasta el momento habían sido de cumplimiento voluntario. Así, al deber de información diligente de los administradores sobre la marcha de la sociedad, se añadieron otros como el de comunicar las situaciones de conflicto de interés y el de abstenerse de intervenir en las operaciones afectadas por el conflicto, además de las prohibiciones de utilizar el nombre de la sociedad o el cargo de administrador para realizar operaciones por cuenta propia o de personas vinculadas, o de aprovechar en beneficio propio oportunidades de negocio de la sociedad. Asimismo, precisó el alcance del deber de secreto, y separadamente configuró un deber de actuar con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad.

Los presupuestos materiales continuaron orientados hacia la antijuricidad, omitiendo la mención a la culpa, que debía considerarse implícita. Se exigía, para la existencia de responsabilidad, "un daño causado por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo".

El Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado en 2010 y vigente en la actualidad llevó a cabo una reestructuración de los

deberes, subsumiendo el de fidelidad dentro del deber de lealtad, y resaltando el listado de deberes derivados de éste último. Sobre el texto influyó la reforma de 2014 para la mejora del gobierno corporativo, incorporando a los presupuestos materiales anteriores una mención expresa a la culpabilidad – "siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa", así como una presunción de culpabilidad<sup>1</sup>.

En cualquier caso, los costes que derivarían de una regulación demasiado exhaustiva de los deberes de un administrador en relación a todas las situaciones particulares con las que tiene que lidiar en el ejercicio de su cargo, han llevado al legislador a optar por una técnica legislativa de cláusulas generales, enunciando unos deberes genéricos de diligencia y lealtad, de los cuales cabe derivar otros más particulares.

Partiendo de este planteamiento inicial, este trabajo analiza en primer lugar los presupuestos materiales de la responsabilidad por daños; una acción u omisión ilícita y culpable de los administradores en el ejercicio de su cargo, de la cual se derive causalmente un daño al patrimonio de la sociedad, socios, acreedores sociales u otros terceros. Se desglosan las diferentes fuentes de ilicitud de la conducta de los administradores, con especial atención a los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad; así como los conceptos de culpabilidad, daño y relación de causalidad.

A continuación, se detallan los sujetos a quienes puede atribuirse la responsabilidad una vez que concurran los presupuestos materiales, ya que además de a los administradores de derecho y de hecho –una figura cuyo contenido ha sido muy debatido–, que pueden ser declarados responsables en idénticas condiciones; es posible extender subjetivamente la responsabilidad a altos directivos de la empresa, así como al representante del administrador cuando éste sea una persona jurídica.

Por último, el más extenso de los apartados hace referencia a las dos acciones a través de las cuales comúnmente se hace efectiva la

---

<sup>1</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, 2015, "Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del Consejo de Administración –arts. 236.1 y 2 LSC–", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 296, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 135-157.

responsabilidad por daños de los administradores de las sociedades mercantiles. Por una parte se encuentra la acción social, de titularidad y legitimación preferente de la sociedad, para reclamar los daños causados por las actuaciones ilícitas o culpables de los administradores al patrimonio social. Esta acción, no obstante, también puede ser ejercitada en determinados casos por los socios minoritarios, e incluso por los acreedores sociales, pero siempre en beneficio de la sociedad, no de su propio patrimonio.

Para que socios, acreedores u otros terceros reclamen una indemnización por los daños directos ocasionados a su patrimonio por los administradores de la sociedad, se configura la acción individual. Se trata de una acción cuya titularidad coincide con la del patrimonio lesionado, al cual irá destinada la indemnización obtenida en caso de prosperar la acción.

En fin, se trata de un asunto de considerable extensión –muy superior a la de este trabajo–, y sobre el que, coloquialmente hablando, han corrido ríos de tinta. Pese a ello, la intención de este estudio es la de exponer de manera sintética los aspectos fundamentales de la responsabilidad por daños de los administradores societarios, y las tendencias doctrinales y jurisprudenciales mayoritarias.



## **2. PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS**

El art. 236.1.I LSC recoge todos los presupuestos materiales que deben concurrir simultáneamente y ser acreditados para que exista responsabilidad por daños en los administradores: *“Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa”*. Se trata de una responsabilidad subjetiva, común en el derecho de daños, cuyos elementos serán analizados separadamente.

### **2.1. ACCIÓN U OMISIÓN ILÍCITA Y CULPABLE.**

En primer lugar, debe probarse que el administrador a quien se pretende atribuir responsabilidad ha llevado a cabo un acto u omisión ilícito en el ejercicio de su cargo, y mediando dolo o culpa. Por lo tanto, han de apreciarse un elemento objetivo –hecho positivo de la acción o negativo de la omisión–, y un elemento jurídico o valorativo –ilicitud de la conducta–.

#### **2.1.1. Ilícitud de la acción u omisión.**

Para que una acción u omisión de los administradores sea considerada ilícita a efectos de derivarse para ellos responsabilidad en caso de que se produzcan daños al patrimonio social como consecuencia de tal acción u omisión, ésta ha de llevarse a cabo contraviniendo la ley, los estatutos o los acuerdos de la junta general de la sociedad que administran; o bien infringiendo los deberes que son inherentes al cargo de administrador.

Por lo que respecta al elemento objetivo, la dimensión positiva –actos– abarca las posibles manifestaciones del ejercicio de las facultades de los administradores: decisiones y acuerdos, otros comportamientos de hecho, y los actos de ejecución de las decisiones o acuerdos adoptados, en especial cuando concedan un suficiente margen de apreciación. Por su parte, la

dimensión negativa –omisiones– se refiere a no haber realizado determinados actos cuando era obligatorio o conveniente llevarlos a cabo<sup>2</sup>.

A la hora de analizar el elemento subjetivo –ilicitud–, conviene separar las distintas fuentes que regulan la conducta debida por los administradores. Para que una acción u omisión de los administradores sea considerada ilícita a efectos de derivarse para ellos responsabilidad en caso de que se produzcan daños al patrimonio social como consecuencia de tal acción u omisión, ésta ha de llevarse a cabo contraviniendo la ley, los estatutos o los acuerdos de la junta general de la sociedad que administran; o bien infringiendo los deberes que son inherentes al cargo de administrador.

#### *2.1.1.1. Actos u omisiones contrarios a la ley*

Por lo que respecta a la contrariedad a la ley, la corriente extensiva y mayoritaria aboga por incluir aquellos actos u omisiones de los administradores que incumplan los deberes que les imponga cualquier norma jurídica con independencia de su rango y naturaleza, así como los supuestos de extralimitación en las competencias que tienen atribuidas. Los partidarios de una interpretación restrictiva defienden que la responsabilidad de los administradores por daños surge solamente al incumplir las obligaciones que para ellos dispone una ley formal, estando a lo previsto por las disposiciones de inferior rango para determinar la responsabilidad que genera su violación.

En cualquier caso, es indiscutible que la ley es fuente de obligaciones para los administradores. El texto legislativo básico que regula los deberes y la responsabilidad de los administradores es el Real Decreto Legislativo 1/2012, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC). Destaca una importante reforma en la materia efectuada mediante la Ley 31/2014.

#### *2.1.1.2. Actos u omisiones contrarios a los estatutos*

Complementando las obligaciones establecidas por ley, y siempre que no alteren el contenido imperativo de ésta, los estatutos sociales pueden contener cláusulas que obliguen a los administradores. Cuando dichas

---

<sup>2</sup> QUIJANO, 2015, *op.cit.*

obligaciones estatutarias sean válidas e imperativas, su incumplimiento puede dar lugar a supuestos de responsabilidad para los administradores.

#### *2.1.1.3. Actos u omisiones contrarios a otras fuentes de ilicitud*

Para evitar incurrir en responsabilidad, los administradores están obligados a cumplir los deberes establecidos por los acuerdos de la junta general que sean válidos o anulables –mientras en sede judicial no se declare lo contrario–. Por el contrario, deben dejar de cumplir los acuerdos nulos sin incurrir en responsabilidad por ello. De hecho, el art. 236.2 LSC señala que la circunstancia de que un acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general no exonera de responsabilidad a los administradores<sup>3</sup>; de modo que los administradores podrían ser declarados responsables en caso de cumplir algún acuerdo nulo.

También han de considerarse fuentes de ilicitud de los actos u omisiones de los administradores los reglamentos de la junta y del consejo que establezcan reglas a observar por éstos, e incluso las cláusulas del propio contrato especial de aquellos consejeros que tengan funciones ejecutivas, en línea con la idea de exigir un grado de diligencia distinto en función de la naturaleza y funciones atribuidas a cada cargo<sup>4</sup>.

#### *2.1.1.4. Actos u omisiones realizados con incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo de administrador*

Los deberes de los administradores constituyen la principal fuente de responsabilidad para los administradores. Aunque los administradores de las sociedades mercantiles no quedan obligados a asegurar determinados resultados a la empresa que administran<sup>5</sup>, deben realizar una serie de prestaciones en atención al cargo que ocupan. Si del incumplimiento de las mismas resultan daños que les son jurídicamente imputables, serán considerados responsables a todos los efectos.

---

<sup>3</sup> FRANCIS LEFEBVRE (red.). 2020, *Memento práctico Sociedades Mercantiles*, Madrid: Lefebvre-El Derecho, S.A., §§1813-1817.

<sup>4</sup> QUIJANO, 2015, *op.cit.*

<sup>5</sup> Memento Lefebvre, 2020, *op.cit.*, §1636.

Como ya se ha mencionado, estos deberes pueden tener su origen en diferentes disposiciones –encontrándose la conducta debida expresamente determinada, como en los deberes de informar al socio o de pagar el dividendo acordado–, o en el propio contrato de administración –deberes fiduciarios generales de diligencia y lealtad, y sus correspondientes deberes específicos–.

Así, cada sociedad y su administrador son partes exclusivas de una relación jurídica de administración, que es especial, autónoma y de naturaleza contractual. Su razón de ser reside en el sinfín de conflictos de intereses que pueden surgir a raíz de la separación de la función de asunción del riesgo empresarial por los socios, y las funciones de gestión interna y representación externa de la sociedad, que recaen sobre el administrador.

El contenido de esta relación contractual y de la posición fiduciaria de los administradores lo conforman tanto las disposiciones legales y estatutarias referidas a los administradores, como otros pactos acordados por las partes. No obstante, se trata de un contrato incompleto, integrado por cláusulas generales que imponen prestaciones indeterminadas o modelos de conducta, expresando la voluntad hipotética de los socios ante la diversidad tipológica de potenciales conflictos de intereses que pueden aparecer entre la sociedad y sus administradores, evitando así los costes de establecer una regulación exhaustiva de los respectivos derechos y deberes de cada parte<sup>6</sup>.

Siguiendo el método de cláusulas generales indicado, el contrato de administración incluye por una parte el deber de fidelidad, y por otra los deberes fiduciarios generales de diligencia y lealtad. Por lo que respecta al primero, con fundamento en el principio general de la buena fe que consagran los arts. 7.1 y 1258 CC, los administradores vienen obligados a anteponer siempre el interés social al interés particular ante cualquier situación de conflicto, desempeñando su cargo "*en el mejor interés de la sociedad*"<sup>7</sup>, entendido como el interés común de todos los socios, lo cual facilita la tarea de enjuiciar la conducta de los administradores. El deber de fidelidad, pese a

---

<sup>6</sup> LLEBOT MAJÓ, Josep O., 2016, “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, en Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia: Tirant Lo Blanch, págs. 22-25.

<sup>7</sup> Art. 227.1 LSC, *in fine*.

haber quedado ciertamente subsumido en el deber de lealtad, es denominador común de los deberes fiduciarios generales de diligencia y lealtad, detalladamente desglosados *ad infra*, cuyo cumplimiento “sólo se debe y es exigible por la propia sociedad”<sup>8</sup>.

- *Deber de diligencia*

El art. 225 LSC tipifica el deber de diligencia de los administradores societarios. Bajo la siguiente redacción, en primer lugar incluye un deber general de diligencia fundamentado en el modelo de conducta del *ordenado empresario*, y después añade una serie de deberes específicos, algunos comportamientos en los que se concreta el deber general:

*“1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.*

*2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.*

*3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.”.*

El deber general de diligencia exige que los administradores desempeñen su cargo dentro de la sociedad bajo el modelo de conducta del *ordenado empresario*, haciéndoles responsables de los daños y perjuicios causados al patrimonio social como consecuencia de su infracción, conforme al art. 236.1 LSC. Obliga a los administradores a invertir el tiempo, esfuerzo y pericia que invertirían la mayoría de empresarios a la hora de desarrollar las actividades necesarias, asumir riesgos e innovar para la obtención del objeto y fin social. Se permite al administrador escoger con discrecionalidad las actividades que realice a tal fin, siempre que encajen dentro de dicho modelo y

---

<sup>8</sup> LLEBOT MAJO, 2016, *op.cit.*, págs. 23-25.

se adapten a la naturaleza de la obligación, a las circunstancias personales – cargo y facultades del administrador–, de tiempo y de lugar de cada caso<sup>9</sup>.

Se trata, por lo tanto, de una obligación de medios, no de resultado. Por ello, no puede derivarse responsabilidad para los administradores por el simple hecho de que su gestión no produzca los resultados económicos esperados, siempre que no haya mediado dolo o culpa en la obtención de la información adecuada, o en el proceso de toma de decisión.<sup>10</sup>

Bajo un proceder *ordenado*, el administrador habrá de actuar con la prudencia de un empresario que arriesga su propio patrimonio, no embarcándose en operaciones descabelladas; sin ser necesariamente perito en ninguna materia, pero con la forma de actuar de un empresario medio en cada entorno; y con la dedicación adecuada a su cargo y funciones<sup>11</sup>. Consiste en un deber personal para cada administrador, que valorándose en función de la naturaleza de su cargo y las funciones atribuidas, de modo que en caso de conducta negligente, el juez podrá repartir la responsabilidad de manera desigual entre los administradores, en línea con una deseable personalización de las funciones de los administradores dentro de los consejos de administración –un consejero delegado tiene atribuidas funciones mucho más amplias que un vocal–.

Por su parte, los deberes específicos de diligencia desglosan las conductas más comunes y relevantes en que se concreta el deber general, al objeto de facilitar la detección y disuadir las principales conductas negligentes, y de aportar seguridad jurídica a los administradores, aclarándoles cómo han de proceder para evitar incurrir en responsabilidad si de sus acuerdos o decisiones se derivasen daños al patrimonio social. Sin llegar a agotar las conductas que pueden constituir una infracción del deber de diligencia, es posible distinguir cinco deberes específicos:

a) Deber de cumplimiento normativo: el art. 225.1 LSC compele a los administradores a cumplir personalmente los deberes impuestos por las

---

<sup>9</sup> LLEBOT MAJO, 2016, *op.cit.*, págs. 25-29.

<sup>10</sup> PORTELLANO DÍEZ, Pedro, 2016, *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, S.A., pág. 17.

<sup>11</sup> LEFEBVRE, 2020, *op.cit.*, §1642.

leyes y los estatutos. Con base en esta primera concreción del deber general de diligencia, los administradores deben garantizar que la sociedad de la que están a cargo cumple con todas las normas legales a las que está sometida. En caso de que la sociedad cometa un incumplimiento, los administradores pueden ser declarados responsables externamente, pero también surgirá para ellos una responsabilidad frente a la sociedad en caso de que no hayan tomado las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento normativo.

b) Deber de dedicación adecuada: el comienzo del art. 225.2 LSC obliga a los administradores a prestar los servicios propios del cargo que han aceptado contractualmente, realizando las actividades necesarias para el cumplimiento del objeto y fin social, siempre bajo la premisa de anteponer el interés social a su interés particular.

El nivel de dedicación que se considera adecuado varía en función del tamaño de la sociedad, su objeto social, el cargo del administrador y las facultades que éste haya asumido en cada caso, e incluso otras circunstancias como los demás cargos que el administrador venga desempeñando fuera de la sociedad.

c) Deber de adoptar las medidas precisas: a continuación, el art. 225.2 LSC exige que el administrador adopte las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. El art. 249 *bis* a) recoge como facultad indelegable del consejo de administración la de supervisión de las comisiones, órganos delegados y directivos. En ejercicio de la misma, cuando el administrador observe deficiencias en la dirección o control de la empresa social, habrá de intervenir para garantizar que las actividades de dirección sean las precisas para conseguir el objeto y fin social, y se realicen con ese fin.

d) Deber de exigir información adecuada: de acuerdo con el art. 225.3 LSC, los administradores de la sociedad, con un doble alcance, tienen el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

El nivel de información al que el administrador debe y tiene derecho a acceder lo marcan sus obligaciones de representación y gestión. Por lo tanto, son los propios administradores quienes mejor podrán determinar el grado de información concreto que necesitan para satisfacer este deber específico de diligencia. No obstante, satisfaciendo las exigencias del art. 1104 CC, para considerar que la información es suficiente habrá de atenderse también a las circunstancias de cada caso particular; tales como la trascendencia de la información para la sociedad, el tiempo y los costes de obtener información o los conocimientos de los administradores<sup>12</sup>.

El deber de exigir información se completa con los deberes de conocer la información recibida, contrastarla y entenderla, solicitando ampliaciones o la colaboración de expertos en caso de que la información haya sido proporcionada de manera confusa, o existan dudas en torno a su interpretación.

e) Deber de independencia: de acuerdo con el art. 226.2 LSC, cuando las decisiones estratégicas y de negocio de los administradores planteen situaciones de conflicto de interés relativas a otros administradores o personas vinculadas a éstos –“*autorización de una transacción con la sociedad, uso de ciertos activos sociales, aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, obtención de una ventaja o remuneración de un tercero*”<sup>13</sup>–, los administradores no afectados por el interés privado tienen la obligación de impedir que la sociedad sufra daño alguno, anteponiendo el interés social a cualquier interés privado. Al no tratarse para ellos de situaciones incluidas en el ámbito del deber de lealtad, se hace necesario otro instrumento para poder enjuiciar su conducta en caso de que el patrimonio social sufra daños<sup>14</sup>.

Con frecuencia, los estatutos sociales, el reglamento del consejo de administración y los contratos particulares con los consejeros con funciones ejecutivas desarrollan o precisan aspectos de la diligencia legalmente exigida, o bien realizan especificaciones que concretan la conducta de los

---

<sup>12</sup> LLEBOT MAJO, 2016, *op.cit.*, págs. 29-33.

<sup>13</sup> Art. 230.2.I LSC, *in fine*.

<sup>14</sup> LLEBOT MAJO, 2016, *op.cit.*, págs. 33-34.



administradores, pudiendo llegar a añadir deberes específicos. Asimismo, un Código de Buen Gobierno aprobado por la CNMV en 2015 recoge relevantes recomendaciones referidas al deber de diligencia, que en la medida en que inspiren estatutos sociales o reglamentos pueden llegar a constituir verdaderas normas imperativas de conducta de los administradores.

El art. 226 LSC reconoce expresamente la regla de protección de la discrecionalidad empresarial o *business judgement rule*, que modula el deber de diligencia al eximir de responsabilidad a los administradores por los daños producidos por resultados negativos derivados de decisiones amparadas por la discrecionalidad empresarial –decisiones estratégicas y de negocio, que desarrollan el objeto social e implican asunción de riesgos–.

Más allá de la indeterminación del concepto de *decisión estratégica*, que debe valorarse caso por caso; en estos supuestos el estándar de diligencia del ordenado empresario se entenderá cumplido si el administrador actúa “*de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado*”<sup>15</sup>, requisitos que tampoco quedan exentos de interpretación: la mala fe debe probarse por quien la alegue, existen dudas en cuanto a la apreciación del interés personal en la decisión cuando el órgano de administración no es unipersonal, y en función del tipo de decisión a adoptar, podría cambiar el procedimiento de decisión que resulte adecuado.

Pese a que el tránsito de recomendaciones de buen gobierno a normas imperativas ha dejado varios conceptos demasiado abiertos, esta exención de responsabilidad se fundamenta en que los administradores no asumen una obligación de resultado –asegurar el éxito económico de la empresa social–, sino de medios, consistente en desempeñar su cargo cumpliendo con los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social.

Por ello, en ningún caso asumen el riesgo de menoscabo del patrimonio social inherente a toda actividad empresarial. Dado que ésta exige innovación y asunción de riesgos, no existe una *lex artis* que integre el modelo de conducta del ordenado empresario. Además, la ausencia de incentivos económicos en

---

<sup>15</sup> QUIJANO, 2015, *op.cit.*

los jueces no les coloca en la posición más adecuada para calificar como negligentes las decisiones empresariales de los administradores; y hacerlo crearía el riesgo de juzgar como negligentes todas las decisiones empresariales que hubieran causado daños al patrimonio social, aunque se hubieran tomado siguiendo los requisitos del art. 226 LSC.

En aplicación de esta norma, por ejemplo, se entiende que si un administrador adopta una decisión estratégica cumpliendo los requisitos del art. 226 LSC, como lanzar un nuevo producto al mercado, y debido a una crisis económica las ventas terminan siendo inferiores a las esperadas, ocasionándose unas pérdidas a la sociedad, no podrá imputársele responsabilidad. De acuerdo con la STS 400/2015, de 9 de julio, "*la diligencia (...) no puede medirse por el resultado (...), sino por la observancia de los parámetros profesionales exigibles*".

Como delimitación negativa del ámbito de discrecionalidad empresarial, una SAP Valladolid de 10 de julio de 2017 señala que "*no puede identificarse con una decisión estratégica o de negocio lo que constituye una obligación del administrador a la que la Ley impone graves consecuencias en caso de su incumplimiento*", en relación a unos administradores que incumplieron su obligación de solicitar el concurso de acreedores al encontrarse la sociedad que administraban en situación de insolvencia.

La Ley 31/2014 omite toda referencia a la imperatividad del deber de diligencia, generando un intenso debate doctrinal en torno a si de ello podría derivarse su carácter dispositivo, lo cual llevaría a admitir todo tipo de modificaciones estatutarias. En cualquier caso, el deber de diligencia ya se encuentra modulado por la regla de la discrecionalidad empresarial, que exonera de responsabilidad a los administradores en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, por el riesgo inherente a las mismas, y en los estatutos podrá aclararse qué tipo de decisiones se consideran *estratégicas y de negocio* y, por lo tanto, discrecionales.

- Deber de lealtad

El deber de lealtad es más complejo en contenido, pero más reconocible en su estructura que el deber de diligencia. Su regulación cuenta con una cláusula general –art. 227 LSC–, un listado de supuestos concretos –art. 228 LSC, obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad–, y un nuevo listado que detalla cuándo existen conflictos de interés –art. 229 LSC–, siendo el deber de evitar conflictos de interés una de las obligaciones básicas recogidas por el precepto anterior.

El art. 227 LSC –cláusula general– obliga a los administradores a “desempeñar el cargo con la lealtad de un *fiel representante*, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”. Este deber solamente es exigible por la sociedad que administran, pues es parte del contrato de administración. Mediante el modelo de conducta del *fiel representante*, se prohíbe que ante una situación de conflicto de intereses entre la sociedad y los administradores, éstos obtengan ventajas a expensas de la sociedad<sup>16</sup>.

De acuerdo con el deber de lealtad, los administradores deben anteponer plenamente el interés de los socios, instrumentado a través de la sociedad, a cualquier otro interés, propio o ajeno. Los socios sólo pueden confiar la gestión de su inversión a sus administradores si tienen la confianza de que éstos en su actuación se esforzarán en maximizar el valor de la misma, y se abstendrán de tomar decisiones parciales que les favorezcan y de llevar a cabo prácticas extractivas de las rentas de la sociedad<sup>17</sup>.

Las distintas letras del art. 228 LSC enumeran una serie de deberes específicos de lealtad –obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad– que, como listado ejemplificativo que no llega a agotar las conductas cuya infracción puede dar lugar a responsabilidad, detalla el modo correcto de proceder de los administradores, sin llegar a. Por lo tanto, dentro de la cláusula general del art. 227.1 LSC se incluirán aquellas conductas desleales distintas de las que identifica el art. 228.1 LSC, que comienza con la fórmula "*En*

---

<sup>16</sup> LLEBOT MAJO, *op.cit.*, págs. 34-37.

<sup>17</sup> PORTELLANO, 2016, *op.cit.*, págs. 17-23.

*particular, el deber de lealtad obliga al administrador a*<sup>18</sup>”, y contiene las siguientes obligaciones básicas:

a) Deber de ejercer las facultades con arreglo a los fines para los que han sido concedidas: el administrador debe utilizar las facultades derivadas de sus competencias de representación y gestión con vistas a conseguir el objeto y fin social, y no para fines ajenos como la satisfacción de intereses propios o de terceros<sup>19</sup>, lo cual consistiría una desviación de poder.

b) Deber de confidencialidad: los administradores deben “*guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera*”.

El objeto de la protección es muy amplio, incluyendo datos, informes, estrategias, invenciones, descubrimientos científicos, dibujos y modelos industriales, diseños, técnicas de venta, planes financieros, experiencias técnicas o comerciales, relaciones con clientes o proveedores, etc.; siempre que se trate de información societaria de carácter confidencial a la que se haya accedido con razón del cargo de administrador.

Este deber puede ser quebrantado por la difusión a terceros, comunicación al público o utilización en beneficio propio, salvo que exista el deber de divulgar la información –por ejemplo, a un supervisor–, o alguien tenga derecho a recibirla –como en virtud de una configuración amplia del derecho de información de los socios–. La obligación de guardar secreto concluye una vez transcurridos cuatro años desde el cese en el cargo del administrador, es decir, cuando se cumple el plazo de prescripción que recoge el art. 241 *bis* LSC para las acciones para exigir responsabilidad a los administradores<sup>20</sup>.

c) Deber de abstención: en línea con la prohibición de anteponer sus intereses particulares a los intereses de la sociedad, el administrador debe abstenerse de participar en los procesos de deliberación y voto que recaigan

---

<sup>18</sup> QUIJANO, 2015, *op.cit.*

<sup>19</sup> LLEBOT MAJO, 2016, *op.cit.*, pág. 38.

<sup>20</sup> Memento Lefebvre, 2020, *op.cit.*, §§1675, 1676 y 1678.

sobre decisiones cuyo objeto plantee una situación potencial o actual de conflicto de intereses de cualquier tipo entre la sociedad y el propio administrador o una “persona vinculada”<sup>21</sup> a él. Este deber no es de aplicación cuando surgen situaciones de conflicto que afecten al administrador en su condición de tal –como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración–; en cuyo caso el administrador podrá participar en los procedimientos de deliberación y voto<sup>22</sup>.

Además de este deber de abstención genérico, la LSC regula otros deberes de abstención más específicos. El art. 190.1 e) LSC impide al administrador que sea a su vez socio ejercer el derecho de voto en junta general cuando el objeto del acuerdo consista en dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad. Sin embargo, este precepto no regula el conflicto de intereses indirecto, permitiendo el voto a personas vinculadas al administrador-socio afectado<sup>23</sup>.

Asimismo, cuando un administrador de una sociedad anónima cotizada u otra persona por cuenta o en interés de éste hubieran formulado una solicitud pública de representación, el art. 526 LSC impide el ejercicio del derecho de voto correspondiente a las acciones representadas en todos los puntos del orden del día en que se encuentre en conflicto de intereses, salvo que el representado hubiese remitido instrucciones precisas de voto para cada punto. Todos los acuerdos adoptados en los órganos competentes con el voto de administradores afectados son susceptibles de ser impugnados en virtud del art. 204.1 LSC, por ser contrarios a la ley.

d) Deber de independencia: en relación al deber de diligencia, se obligaba a los administradores a velar por el interés de la empresa en aquellos casos en que pudieran darse conflictos de interés entre la sociedad y otros administradores o personas vinculadas a éstos. Sin embargo, en

---

<sup>21</sup> Según el concepto de “persona vinculada” que establece el art. 231 LSC:

*"a) El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.*

*b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador.*

*c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.*

*d) Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio."*

<sup>22</sup> QUIJANO, 2015, *op.cit.*

<sup>23</sup> Memento Lefebvre, 2020, *op.cit.*, §1671.

cuanto al deber de lealtad, se indica que los administradores han de actuar en su cargo "*bajo el principio de responsabilidad personal, con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de vinculaciones e instrucciones de terceros*"; es decir, guiados exclusivamente por el interés social.

Este supuesto plantea problemas en relación a supuestos en los cuales parece natural que un administrador reciba algún tipo de instrucción externa, como el del consejero dominical propuesto por un accionista significativo que alcanza el porcentaje de acciones suficiente para proponer a un miembro del consejo, el del administrador-persona jurídica que tiene que delegar en una persona física para que acuda a las reuniones, o el de sociedades dominantes que nombran a los administradores de filiales.

e) Deber de adoptar las medidas necesarias para evitar situaciones de conflicto de interés: el administrador no solo debe evitar las situaciones de conflicto de interés –lo cual se desprende del deber general de lealtad–, sino que desde una posición activa, debe adoptar *ex ante* las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses o los de personas vinculadas puedan entrar en conflicto con el interés social y sus deberes para con la sociedad<sup>24</sup>. De acuerdo con el art. 229.3 LSC, los administradores tienen la obligación de comunicar a la sociedad cualquier conflicto de interés que tuvieran con ésta, ya sea directo o indirecto, actual o potencial. El art. 229.1 LSC tipifica seis comportamientos que el administrador debe abstenerse de realizar, por provocar situaciones de conflicto de interés:

i) Realizar operaciones vinculadas: los administradores tienen prohibido acometer transacciones entre la sociedad y otra parte con capacidad de influir sobre la decisión de realizar o no la transacción, dado el riesgo de expropiación del conjunto de los socios en beneficio del administrador, o de algunos socios en beneficio de otros. El beneficiario podría abusar de su posición, dejando de lado los intereses de la sociedad. Ejemplos de ello serían la venta a la sociedad de un producto por encima de su valor de mercado, o la compra de un activo en poder de

---

<sup>24</sup> LLEBOT MAJO, 2016, *op.cit.*, págs. 41-44.

la sociedad a un precio inferior al de mercado; y con una visión más amplia, otras transacciones como arrendamientos, licencias de derechos o asistencia financiera en general<sup>25</sup>.

Sin embargo, no toda operación vinculada ha de ser necesariamente perjudicial. De hecho, puede llegar a ser beneficiosa para la sociedad por la reducción de costes de transacción que conlleva la cercanía entre comprador y vendedor. Por ello, el art. 230.2 LSC permite la obtención de una dispensa para llevarlas a cabo, y el propio art. 229.1.a) LSC exceptúa de la prohibición aquellas operaciones “hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad”.

ii) Explotar la condición de administrador: los administradores deben abstenerse de influir indebidamente en la realización de operaciones privadas, por medio de dos vías que recoge el art. 229.1.b) LSC. La primera de ellas es utilizando el nombre de la sociedad en vano, haciendo creer de manera irreal a la otra parte de la operación que en caso de incumplimiento por parte del administrador, la sociedad saldrá en su auxilio. Además de ser una conducta inadmisibles, por dolosa, en el plano jurídico-privado; esta actuación podría involucrar a la sociedad de manera innecesaria en reclamaciones por parte del tercero.

La segunda vía por la que se prohíbe influir indebidamente en operaciones privadas es invocando la condición de administrador, en beneficio propio y en perjuicio de la sociedad. Esta conducta, también conocida como *mediación onerosa*, o en el ámbito penal como *corrupción en los negocios*, aparece en aquellos casos en que el administrador percibe un beneficio al permitir que un tercero contrate la sociedad cuando otros ofrecen mejores condiciones, o cuando ofrece las mejores condiciones pero se le obliga a pagar un sobrecoste ilícito, que el tercero buscará repercutir disminuyendo la calidad de los productos.

---

<sup>25</sup> PORTELLANO, 2016, *op.cit.*, págs. 90-92.

Esta es la única prohibición absoluta en relación al deber de evitar situaciones de conflicto de interés, que por lo tanto no admite dispensa. En la medida en que se trata de situaciones que bien podrían subsumirse en otros supuestos para los que sí cabe dispensa –utilizar el nombre de la sociedad podría ser un supuesto de operación vinculada, e invocar la condición de administrador un caso de obtención de ventajas o remuneraciones de terceros (art. 229.1.e) LSC)–, las actuaciones incluidas dentro de esta letra b) han de ser marcadamente reprochables y contrarias a *la más básica noción de lealtad de los administradores*<sup>26</sup>.

iii) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados: ni socios ni administradores pueden utilizar activos sociales para algo distinto a la obtención de beneficios para la sociedad, ya que se encuentran afectos al fin social, y su uso con otros fines es contrario al contrato de sociedad. Razones de eficiencia exceptúan de la aplicación de la prohibición usos insignificantes, accesorios o inofensivos de un activo social, como que un administrador emplee el teléfono de la sociedad para efectuar alguna llamada particular; y razones de benignidad la limitan bajo circunstancias excepcionales en las que el administrador haga uso de un activo social para evitar un peligro inminente o imprevisible.

Fuera de estas excepciones, la prohibición se aplica sin importar el uso que se haga de los activos sociales, ni la naturaleza material o inmaterial de dichos activos. Respecto a los activos inmateriales – propiedad intelectual e industrial y secretos empresariales–, la posibilidad de dispensa de esta prohibición del art. 229.1.c) LSC solamente convierte en dispositivo el deber de confidencialidad del art. 228.b) LSC en relación con los secretos empresariales o *know how*, pero no deja de obligar a los administradores a guardar secreto sobre deliberaciones, informaciones privilegiadas, y todas aquellas que de ser conocidas por terceros, perjudicarían a la sociedad<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> *Ídem*, págs. 105-109.

<sup>27</sup> *Ídem*, págs. 123-128.



iv) Aprovechar oportunidades de negocio de la sociedad: no se prohíbe al administrador efectuar transacciones beneficiosas por su cuenta –salvo prohibición estatutaria o contractual–, sino realizar para sí aquellas operaciones sobre las cuales la sociedad debe tener exclusividad o un *property right*. Así, y teniendo en cuenta que la realización de actividades competitivas se encuentra prohibida por la letra f) –de lo contrario, la prohibición de esta letra d) se ensancharía–, el art. 229.1.d) LSC prohíbe al administrador en ejercicio de su cargo –o que en ejercicio de su cargo no aprovecha una oportunidad para la sociedad con intención de hacerlo él tras cesar en el cargo– aprovechar dos tipos de oportunidades de negocios de la sociedad.

En primer lugar, se prohíbe a los administradores aprovechar operaciones y negocios que *ex ante* se estimen convenientes o necesarios para la realización o desarrollo de las actividades comprendidas en el objeto social –como la adquisición de materias primas a precios favorables–, independientemente de la forma en que hayan tenido conocimiento de las mismas. Estos actos mantienen o incrementan el valor de la sociedad, por lo que deben ser llevados a cabo por el administrador persiguiendo el interés social, y no el suyo propio o el de un tercero, como ordena el deber de lealtad.

Por encontrarse al servicio de la sociedad, los administradores tampoco pueden aprovechar operaciones y negocios respecto a los que los órganos sociales hayan manifestado su interés –acuerdo de los socios en junta general o voluntad del órgano de administración–, al creerlos convenientes para maximizar el bienestar social. Puede tratarse de actividades comprendidas dentro del objeto social que no estaban siendo desarrolladas, o de inversiones financieras en otros ámbitos. Para aprovechar negocios que vinieran estudiándose por el órgano de administración, se exige su voluntad expresa de desistir de los mismos<sup>28</sup>.

v) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño del cargo, salvo que se

---

<sup>28</sup> *Ídem*, págs. 134-142.

trate de atenciones de mera cortesía: mientras que la letra b) del art. 229.1 LSC prohíbe los supuestos de corrupción en los negocios con independencia de que la iniciativa parta del administrador o de un tercero, y del tipo de beneficio obtenido por el administrador; la letra e) prohíbe la obtención por los administradores de otras ventajas o remuneraciones de terceros aun sin propósito corrupto, dado que su mera existencia puede inclinar de forma consciente o inconsciente al administrador a beneficiar a dicho tercero, en perjuicio del patrimonio social.

Por una parte, esta prohibición abarca la recepción de regalos o similares por el administrador en atención a la posición que ocupa – objetos, descuentos, acciones, condonación de deudas, etc.–, que pueden provocar una toma de decisiones parcial; exceptuando aquellos que puedan calificarse como *atenciones de mera cortesía* teniendo en cuenta las circunstancias, entidad y cuantía del regalo –el riesgo de sesgo es menor en las entregas *ex post*, cuando no hay posibilidad de volver a contratar, y cuando el valor del regalo es moderado–.

Por otra, la prohibición afecta a la percepción de remuneraciones externas por un administrador, asociadas al desempeño de su cargo y abonadas por un tercero ajeno a la sociedad. En ocasiones se prometen remuneraciones adicionales a los administradores, vinculadas a la consecución de objetivos. La junta, al ser competente para la dispensa, debe valorar si la toma de decisiones estratégicas y de negocio vinculadas a dichos objetivos es beneficiosa para la sociedad, o si por el contrario, puede traer consigo decisiones favorables al abonante<sup>29</sup>.

vi) Competir efectivamente con la sociedad: si se permitiera que el administrador, quien dispone de la totalidad de la información económica de la sociedad, compitiera con ésta, el administrador, naturalmente, no perseguiría con el mismo empeño los intereses de la sociedad, y además su posición le permitiría explotar en beneficio propio relaciones de la sociedad e incluso llegar a arruinarla, en definitiva, dejaría a la sociedad en una posición altamente vulnerable.

---

<sup>29</sup> *Ídem*, págs. 113-121.

En consecuencia, a los administradores se les prohíbe desarrollar actividades de competencia efectiva con la sociedad, es decir, en aquellos ámbitos en que la sociedad realmente se encuentre operando, y no solamente se contengan en el objeto social. Dicha competencia puede ser actual –en el momento– o potencial –cuando el administrador constituye una sociedad con el mismo objeto o se prevé que lo haga en el futuro, debiendo existir un "*riesgo serio y consistente*" de causar un daño a la sociedad, que "*no exige la demostración de un beneficio efectivo en otras empresas o en otras personas*", según la STS 523/2008<sup>30</sup>.

Por lo tanto, no se exige la existencia de un perjuicio real, sino que basta con probar una actividad comercial habitual por parte del órgano de administración y un perjuicio potencial a la sociedad, incluso aunque no exista una identidad absoluta entre los objetos sociales de ambas. La prohibición no tiene aplicación en las sociedades unipersonales en las que el único socio es también administrador, y tampoco puede derivarse responsabilidad para el administrador por actos de competencia posteriores a su cese<sup>31</sup>.

Además de las actividades competitivas, el propio art. 229.1.f) LSC prohíbe a los administradores desarrollar cualquier actividad que les sitúe en conflicto permanente de intereses con la sociedad, como cuando un accionista de una sociedad que a su vez es competidor de ésta designa algún miembro del consejo de administración de la sociedad con la que compite y de la que es accionista, haciendo uso de su derecho de representación proporcional de acuerdo con el art. 243 LSC. Existe el riesgo de que actúen bajo las instrucciones del socio competidor, por lo que en el momento de la designación el socio deberá realizar una declaración de conflicto de interés, y si la sociedad no procede a cesar a los consejeros así designados, se entenderá dispensada la prohibición. Si omite esta declaración, quedará expuesto a la misma responsabilidad que el administrador oculto (art. 236.3 LSC)<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> *Ídem*, págs. 144-153.

<sup>31</sup> Memento Lefebvre, 2020, *op.cit.*, §§1658-1660.

<sup>32</sup> PORTELLANO, 2016, *op.cit.*, págs. 153-156.

El art. 230.1 LSC destaca que "*El régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo*". La razón de ser de la imperatividad del deber de lealtad es su importancia dentro de la relación contractual de administración. Es una obligación tan básica que ha de ser de obligado cumplimiento, no puede quedar al arbitrio de una de las partes. Los administradores, por naturaleza, no pueden estar facultados para elegir si promover el éxito de la sociedad que administran en interés de los socios, o si actuar caprichosamente<sup>33</sup>. Por tanto, únicamente serán válidas aquellas disposiciones estatutarias que modifiquen el deber de lealtad en un sentido no limitativo del mismo.

Pese al carácter imperativo e indisponible por los estatutos del deber de lealtad que el art. 230.1 LSC declara, el mismo precepto recoge un ámbito de dispensa, caso por caso, de las prohibiciones específicas de evitar situaciones de conflicto de interés que el art. 229.1 LSC impone a los administradores<sup>34</sup>, una vez que los supuestos de conflicto de interés sean comunicados. Así, tales prohibiciones no tienen carácter absoluto sino relativo, y pueden ser levantadas mediante una autorización expresa y concreta, abriendo una vía para que los administradores no incurran en deslealtad, y consecuentemente en responsabilidad, pese a que realicen algún comportamiento *a priori* prohibido. Para ello, debe comprobarse que no se trate de actuaciones perjudiciales para la sociedad, o incluso que se realicen en interés de ésta. Esta flexibilidad no afecta a la imperatividad del deber de lealtad, más bien permite a parte de la doctrina hablar de *imperatividad flexible*<sup>35</sup>.

La flexibilidad no es predicable de todas las prohibiciones de evitar conflictos de interés que recoge el art. 229.1 LSC. El art. 230.2.1 LSC permite la dispensa de las prohibiciones de realizar operaciones vinculadas, usar activos sociales, competir con la sociedad, aprovechar oportunidades de negocio y obtener ventajas o remuneraciones de terceros. Sin embargo, no permite que un administrador influya indebidamente en la realización de actividades

---

<sup>33</sup> *Ídem*, págs. 25-26.

<sup>34</sup> QUIJANO, 2015, *op.cit.*

<sup>35</sup> PORTELLANO, *op.cit.*, 2016, págs. 25-29.

privadas mediante la utilización del nombre de la sociedad o su condición de administrador (es inflexible respecto al deber que establece la letra *b*) del art. 229.1 LSC).

En los supuestos mencionados, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés no puede levantarse por medio de los estatutos, para evitar la toma de decisiones anticipadas al surgimiento del conflicto de interés, sin conocer los detalles del mismo. Conforme al art. 230.2 LSC, el permiso debe proceder de los órganos sociales; obteniéndose mediante autorización de la junta general cuando se dispense la prohibición de obtener una ventaja de terceros, afecte a una transacción cuyo valor supere el 10% de los activos sociales, o se refiera a la obligación de no competir con la sociedad –en ese supuesto, solamente puede obtenerse mediante acuerdo expreso y separado de la junta general, siempre que no quepa esperar daños para la sociedad, o éstos se compensen con los beneficios de la dispensa–. En el resto de casos, la dispensa puede obtenerse por acuerdo del órgano de administración, siempre que se garantice la independencia entre quienes la conceden y el administrador dispensado, y la operación sea inocua para el patrimonio social, o bien se realice en condiciones de mercado y de forma transparente.

Además de la dispensa –liberación concreta y expresa en un momento dado–, el art. 137 CCom admite la *autorización*, consistente en una liberación previa y genérica para que el administrador pueda llevar a cabo alguna conducta prohibida por el deber de lealtad, aunque solamente en relación a la realización de actividades en competencia con la sociedad mediante un pacto especial incluido en el contrato social. Su alcance es mucho menor, dado que sólo tiene cabida en las sociedades personalistas, donde la adopción de acuerdos exige la unanimidad de los socios; pero no es lícita en las sociedades de capital, ya que son inválidas las disposiciones estatutarias que limiten o sean contrarias al deber de lealtad, cuyo régimen es imperativo.

Otra opción para levantar las mencionadas prohibiciones radica en la *ratificación* posterior de las actividades prohibidas en curso o ya realizadas por los administradores, cuya adopción sigue un régimen similar al de los acuerdos de dispensa. El acuerdo de ratificación puede ceñirse a exonerar de

responsabilidad de los administradores por la actividad prohibida llevada a cabo, pero también podría incluir la exigencia de contraprestaciones para compensar a la sociedad eventuales daños que pudiera padecer<sup>36</sup>.

Toda vez que no es posible limitar estatutariamente el régimen del deber de lealtad y de responsabilidad por su infracción, sí que se admite, en cambio, limitar o restringir las posibilidades de dispensa, y reforzar o completar el régimen de mayorías –en definitiva, la sociedad puede reforzar la protección que le ofrece la LSC–<sup>37</sup>.

En caso de infracción del deber de lealtad, el art. 227.2 LSC obliga a los administradores que no hubieran obtenido dispensa a indemnizar el daño causado al patrimonio social y a devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido.

### **2.1.2. Culpabilidad de la acción u omisión.**

El art. 236 LSC exige que intervenga dolo –consciencia del acto ilícito y voluntad de realizarlo– o culpa –omisión de la diligencia debida– del administrador a la hora de exigirle responsabilidad por un daño causado a la sociedad, a los socios o a los acreedores sociales por acciones u omisiones contrarios a la ley, a los estatutos o a los deberes inherentes a su cargo. De este modo, se descarta todo atisbo de responsabilidad objetiva del administrador<sup>38</sup>, que no viene obligado a reparar todo tipo de daño, sino aquel que se produce como consecuencia de una conducta ilícita y culpable. Aunque no hubiera sido expresamente reconocido, la inclusión de la responsabilidad de los administradores dentro de la categoría de responsabilidad por daños ya daba a entender que se requiere un presupuesto subjetivo de culpabilidad.

El presupuesto subjetivo de la culpabilidad se configura con gran amplitud tras la reforma de la LSC de 2014. El dolo hace referencia a la malicia o intencionalidad en la conducta, mientras que se admiten distintas variantes de culpa en cuanto al contenido –*in comittendo*, *in omittendo*, *in vigilando*, *in*

---

<sup>36</sup> LLEBOT MAJO, 2016, *op.cit.*, págs. 55-56.

<sup>37</sup> PORTELLANO, 2016, *op.cit.*, págs. 36-37.

<sup>38</sup> PÉREZ BENÍTEZ, JACINTO J., 2015, “El administrador societario: Una profesión de riesgo. La responsabilidad del administrador tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre”, *Revista Derecho Mercantil*.

*eligendo, in instruendo* y en relación con la función que se ejerza– y en cuanto a la gravedad –culpa grave, leve o intermedia–. Estas distinciones tienen relevancia a la hora de cuantificar la indemnización por daños y perjuicios.

El art. 236.1.II LSC introduce una presunción *iuris tantum* de culpabilidad del administrador cuando el acto que se le imputa sea contrario a la ley o a los estatutos sociales –y por extensión, a los reglamentos–. En ese caso, una vez que quien reclame pruebe el acto ilícito y el nexo causal con el daño, se presume una conducta dolosa o negligente del administrador demandado, que corre con la carga de probar la falta de culpabilidad. Esta presunción, que parece superponer la prueba de la antijuridicidad y de la culpabilidad, no es de aplicación cuando la ilicitud de la conducta procede de la infracción de los deberes de diligencia o lealtad, en cuyo caso el actor deberá probar la culpabilidad del administrador, además de los extremos antes mencionados<sup>39</sup>.

Los administradores han de indagar sobre la legitimidad de las obligaciones que puedan surgir de acuerdos de la junta general –cuyo incumplimiento puede ser constitutivo de una conducta ilícita–, pues éstos dejan de ser vinculantes si son ilegítimos, y conforme al art. 236.2 LSC, los administradores cuya conducta cause un daño a la sociedad no quedarán exonerados de responsabilidad por el hecho de que el acto u omisión lesivo viniera adoptado, autorizado o ratificado por la junta general<sup>40</sup>. Es decir, en caso de que el administrador acuda a la junta general en busca de la ratificación de una actuación que pueda resultar lesiva para la sociedad, no quedará exonerado de responsabilidad si de la misma se derivan daños al patrimonio social.

Sí que son de aplicación las causas clásicas de exoneración de la culpabilidad, siendo necesaria la voluntariedad de la conducta del administrador para que surja su responsabilidad. Cuando esta voluntariedad falte –fuerza mayor o caso fortuito– o se encuentre gravemente viciada –miedo

---

<sup>39</sup> QUIJANO, 2015, *op.cit.*

<sup>40</sup> PÉREZ BENÍTEZ, 2015, *op.cit.*

insuperable, coacción, error sustancial, violencia, intimidación, etc.—, no será responsable el administrador al faltar el requisito necesario de la culpabilidad<sup>41</sup>.

## **2.2. Daño y relación de causalidad.**

Se genera responsabilidad para los administradores cuando de forma intencionada o negligente, su actuación ilícita haya ocasionado un daño a la sociedad, a los socios o a terceros. Es decir, es necesario establecer una relación de causalidad entre una acción u omisión ilícita y culpable suya, y el daño producido; no pudiendo derivarse responsabilidad ni exigir indemnización si de una conducta antijurídica no deriva de un daño —sin perjuicio de que quepan otros reproches como el cese o la no reelección—<sup>42</sup>. El dinamismo de la actividad empresarial dificulta la valoración aislada de las consecuencias de una decisión concreta, por lo tanto no es sencillo determinar con certeza cuándo un daño ha venido causado por una decisión de los administradores.

El daño que ha de producirse para que pueda exigirse la responsabilidad del administrador puede tener carácter material o moral. El daño material consiste en un menoscabo al patrimonio de la sociedad, de los socios o de terceros, y comprende tanto los gastos efectivos —daño emergente— como las ganancias dejadas de obtener —lucro cesante—. El daño moral, aquel que se infringe a derechos extrapatrimoniales como el prestigio o reputación de la sociedad, no es apreciado por los tribunales con demasiada frecuencia. No toda reducción patrimonial debe computarse como un daño, pues la función de los administradores conlleva necesariamente la asunción de los riesgos de empresa, y en ese ámbito queda protegida la discrecionalidad siempre que se cumpla con el estándar de diligencia. Si el daño lo sufre la sociedad, procede la acción social de responsabilidad, y si lo sufren los socios o terceros, cabrá la acción individual de responsabilidad.

En reiteradas ocasiones, la jurisprudencia ha señalado la necesidad de que exista una relación de causalidad adecuada o eficiente entre la acción u omisión ilícita del administrador, y el resultado dañoso. Dicho de otro modo, si no existe un nexo causal entre el acto u omisión del administrador y el daño, no

---

<sup>41</sup> Memento Lefebvre, 2020, *op.cit.*, §1823.

<sup>42</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, 2015, *op.cit.*



podrá considerarse responsable al administrador, al no ser el daño una consecuencia necesaria del acto u omisión del administrador<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Memento Lefebvre, 2020, *op.cit.*, §§1821-1822, §1825.

### 3. LEGITIMACIÓN PASIVA Y EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD

#### 3.1. ADMINISTRADOR DE DERECHO

Históricamente, las normas de responsabilidad de los administradores eran exclusivamente de aplicación a los administradores de derecho, entendiéndose por tales a “los órganos de administración de las distintas clases de sociedades siempre que reúnan todos los requisitos y formalidades exigidos por la legislación mercantil, y, en particular, siempre que hayan formalizado su nombramiento y se hayan inscrito en el Registro Mercantil”<sup>44</sup>.

De este modo, son administradores de derecho aquellos que hayan sido nombrados conforme a los arts. 212 y ss. LSC: con carácter general, se nombrarán por la junta de socios y, una vez aceptado el cargo, deberá inscribirse en el Registro Mercantil. Además, han de figurar en los estatutos sociales ex art. 23 e) LSC, y en la escritura de constitución de la sociedad, de acuerdo con el art. 22 d) LSC.

De acuerdo con el art. 210 LSC, la administración de una sociedad puede tener forma unipersonal o pluripersonal. El supuesto del administrador único aparece principalmente en sociedades de menor tamaño. La administración pluripersonal puede llevarse a cabo de distintas maneras. Si se confía a administradores separados, cada uno podrá ejercer las funciones de administrador sin necesidad de alcanzar acuerdos entre sí. En el supuesto de administradores conjuntos –habitualmente dos–, éstos habrán de actuar mancomunadamente, llegando a acuerdos. Cuando hay tres o más administradores conjuntos, la administración pluripersonal toma la forma de Consejo de Administración, en cuyo caso los acuerdos se adoptan por reglas de mayoría en lugar de por unanimidad. Se admiten delegaciones del Consejo de Administración en una comisión ejecutiva de varios miembros, o en un consejero delegado. La forma de administración de la sociedad tendrá repercusiones en materia de legitimación pasiva y responsabilidad.

---

<sup>44</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN Pérez, Carlos, 2019, *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte Especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 472.

### 3.2. ADMINISTRADOR DE HECHO

El endurecimiento del régimen de responsabilidad de los administradores a partir de la reforma de 1989 llevó a varias sociedades a confiar funciones de responsabilidad a otros individuos con el fin de eludir responsabilidades que pudieran derivarse de su actuación culposa o dolosa. A modo de reacción, los pronunciamientos judiciales comenzaron a declarar responsables a personas que no cumplían las condiciones mencionadas<sup>45</sup>.

Siguiendo esta línea, el vigente art. 236.3 LSC incluye al administrador de hecho como sujeto responsable al mismo nivel que el administrador de derecho, e introduce una definición legal del primero: *“La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido o con otro título, las funciones propias del administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”*.

En primer lugar, la definición del art. 236.3 LSC incluye a los administradores de hecho *notorios* o *aparentes*, es decir, a quienes indebidamente forman parte del órgano de administración, asumiendo la realización de las funciones propias del cargo de administrador, asistiendo a las reuniones, gestionando la sociedad sin un título válido y presentándose a sí mismos frente a terceros como administradores pese a no serlo formalmente. Por ejemplo, quienes no ostentan formalmente el título administradores, o disponen de un título nulo, pero ejercen las funciones del administrador.

Con anterioridad a la Ley 31/2014, la jurisprudencia ya venía anticipando este concepto; así, entre otras, una STS de 4 de diciembre de 2012: *“(…) lo son quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades (...). Es decir, cuando la actuación supone el ejercicio de funciones propias del órgano de administración de forma*

---

<sup>45</sup> BARTLE, Marta y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, 2016, “Los administradores responsables”, en Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia: Tirant Lo Blanch, págs. 65-66.

*continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general”.*

Otro supuesto de pertenencia indebida al órgano es el de los administradores que hayan cesado en su cargo –por dimisión, revocación o caducidad–, pero continúan ejerciendo sus funciones con un título extinguido. También encajan dentro de la definición legal de administradores de hecho del art. 236.3 LSC.

La SAP Madrid de 8 de julio de 2016 apunta que *“la responsabilidad que incumbe al administrador social, cuyo nombramiento hubiera caducado (...) o que hubiera cesado por cualquier causa como administrador de derecho, sigue siéndole exigible si mantiene la condición de administrador de hecho”.*

Además, reconoce que desde la reforma de 2003, *“la doctrina y la jurisprudencia venían considerando que se producía la extensión del régimen de responsabilidad como administradores de hecho a los administradores decaídos en sus funciones, si podía apreciarse que se había producido una situación de continuidad en el desempeño de su cargo. El que ya no se ostente la formal condición de administrador de derecho no es incompatible con que se haya podido persistir con posterioridad en el desempeño, siquiera de facto, del poder de dirección y gestión inherente a la función de administrador, en cuyo caso resultarán aplicables al administrador de hecho las mismas responsabilidades que al de derecho”.*

Así, podrá atribuirse responsabilidad por daños a los administradores de derecho que tras su cese se comporten como administradores de hecho, cuando de alguna actuación ilícita y culpable llevada a cabo durante ese período se deriven daños al patrimonio social. Esta conclusión es expresada también de manera muy clara por la mentada SAP Madrid: *“La permanencia, tras un cese formal, en el ejercicio de las funciones que impliquen un control efectivo y constante de la marcha de la sociedad, significa atribuir al demandado la condición de administrador de hecho y por lo tanto que se le pueda seguir responsabilizando de lo que seguiría estando relacionado con la llevanza de una gestión social que subsistiría por parte de aquél”.*

Por otra parte, el art. 236.3 LSC califica expresamente como administrador de hecho al *administrador oculto* –aquella persona "*bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad*"–, a fin de garantizar que no escape al régimen de responsabilidad de los administradores quien influye decisivamente sobre las decisiones materiales de éstos, pero ocultando a terceros su condición de gestor, sin formar parte del órgano de administración. A los administradores de hecho ocultos les son referibles, en última instancia, las decisiones de la sociedad, pero no llega a constar en acta su participación en las mismas mediante instrucciones, a diferencia de la actuación de los administradores de hecho notorios.

Esta segunda modalidad de administrador de hecho fue definida, entre otras, por una SAP Barcelona de 23 de abril de 2015 como "*la persona que real y efectivamente ejerce las funciones de administrador de la sociedad, en coexistencia con un administrador de derecho y en connivencia con él, el cual de facto se somete sin cuestionamiento a las decisiones del primero y, cuando es preciso, las ejecuta formalmente firmando los pertinentes documentos*".

De esta manera, si los administradores de la sociedad matriz ejercieran una influencia efectiva en las decisiones de gestión de la sociedad dominada, podría ser posible su calificación como administradores de hecho de la filial. En los grupos de sociedades, es posible atribuir responsabilidad a los administradores de la sociedad dominante por daños causados en la sociedad filial, mediante conductas realizadas por los administradores de derecho de la propia filial –entendiéndose realizadas bajo la influencia de los administradores de la matriz–.

Esto no puede asumirse de manera automática, sino que atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso –grado de integración y centralización, obligatoriedad de las instrucciones emitidas, reiteración de las instrucciones, etc.– deberá probarse que los administradores de la sociedad dominante han actuado con ánimo de eludir el régimen de responsabilidad correspondiente<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> BARTLE y MARTÍNEZ SANZ, 2015, *op. cit.*, págs. 87-89.

En la práctica, la vía del administrador oculto puede llegar a aplicarse para atribuir responsabilidad en muchos casos, más allá del accionista único que ejerce su influencia ocultando su condición de gestor, o de los administradores de la sociedad dominante que influyen sobre las decisiones de una filial. Son supuestos en los que se llega a condicionar las decisiones de una sociedad hasta tal punto que quien lo hace puede considerarse administrador de hecho, como un banco que en un contrato de crédito incluye unas cláusulas extremadamente restrictivas y detalladas que afectan decisivamente a la gestión de la empresa, o cuando un cliente único establece las condiciones del suministro de una forma que llega a restringir las decisiones económicas de la sociedad. También puede aparecer en los concursos de acreedores, cuando algún acreedor mayoritario acepta convertir su crédito en capital de la empresa, y tras convertirse en accionista mayoritario, comienza a emitir instrucciones continuadas.

Gracias a los distintos aportes doctrinales y jurisprudenciales, muchos de ellos previos al concepto legal ofrecido por el art. 236.3 LSC, es posible identificar una serie de notas definitorias del administrador de hecho, tales como el ejercicio de un poder de dirección y gestión similar al que ordinariamente ejercen los administradores de derecho de forma constante y con ausencia de subordinación, o el consentimiento implícito de la sociedad<sup>47</sup>.

Estas notas principales vienen siendo reiteradamente mencionadas por sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, pero en particular la STS de 8 de abril de 2016 las enuncia de manera muy clara y concisa: “(...) *la noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se configura en torno a tres elementos caracterizadores: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y*

---

<sup>47</sup> *Ídem*, págs. 69-74.

*cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad”.*

Asimismo, por parte de la jurisprudencia se ha hecho referencia a distintos indicios que pueden significar la presencia de un administrador de hecho. De acuerdo con la SAP Girona de 12 de julio de 2012, “*Son indicios de la concurrencia en un determinado sujeto de la condición de administrador de hecho: a) hallarse investido de poder general, de tal forma que los poderes conferidos son prácticamente coincidentes con los propios del administrador, b) que se trate de sociedades de base familiar en las que el administrador cesado mantiene relación de parentesco con el administrador de derecho, confirmando éste al cesado poderes amplios el mismo día del cese, c) ostentar el control o dominio de la sociedad a través de la titularidad amplia del capital, siempre que represente una absoluta y sistemática injerencia en la gestión y administración de la sociedad, más allá de la normal influencia del socio mayoritario, d) presentarse frente a terceros como administrador de la sociedad, e) seguir desempeñando las mismas funciones que cuando era administrador.*”

Por lo que respecta al primer indicio –*hallarse investido de poder general*–, no se atribuye automáticamente al apoderado la condición de administrador de hecho, sino que para ello es necesario aportar datos que evidencien un manejo efectivo de la sociedad como haría un administrador. En ese sentido, la línea jurisprudencial no se ha modificado con los años, señalándose que el poder ha de ser “*suficiente y bastante para realizar actividades propias de administración*”, permitiendo al administrador “*intervenir en representación de la mercantil en dos actos jurídicos de especial significación y trascendencia*”, o de dimensión tal que “*el administrador que ejercía la dirección real de la empresa (...) actuaba frente a terceros como apoderado general de la entidad desde su constitución*”<sup>48</sup>.

Otros dos indicios de la presencia de un administrador de hecho son la existencia de un vínculo de parentesco con los administradores de derecho en las sociedades de base familiar; y disponer del control de la sociedad mediante una amplia titularidad del capital, cuando la injerencia en la gestión supera la

---

<sup>48</sup> *Ídem*, págs. 75-82.

normal del socio mayoritario. Estos indicios, junto con el del poder general, son tenidos en cuenta por la mencionada SAP Girona de 12 de julio de 2012, la cual no duda en calificar como administrador de hecho a un hombre que “cesó como administrador en 2005, siendo nombrado administrador su hijo”, “siendo designado apoderado en la misma fecha del cese, confiriéndole poderes tan amplios que le permitían realizar todo tipo de cobros, pagos, celebrar contratos, etc.”, que “es socio mayoritario de la sociedad de la que es apoderado” y que “acudía con regularidad, aun después de su cese, a la sede de la sociedad”.

El indicio del control mayoritario de la sociedad también ha sido empleado en sociedades unipersonales a fin de atribuir al socio único la condición de administrador de hecho cuando se hubiera omitido el nombramiento de administrador de derecho, como por ejemplo reconoce la SAP Zaragoza de 16 de julio de 2015: “sería administrador de hecho aquella persona que, en la realidad del tráfico económico, desarrolla las actividades propias de los administradores de derecho sin título o con título nulo o extinguido: (...), socio único de sociedades unipersonales, (...)”.

Al indicio de presentarse a sí mismo como administrador de la sociedad frente a terceros se ha referido, entre otras, la SAP A Coruña de 17 de enero de 2000 –citada posteriormente por la misma sala en su sentencia de 27 de febrero de 2013–, que considera administrador de hecho a quien “se atribuía, expresa y públicamente, la condición de administrador social ante organismos públicos, como la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior y Relacións Sociais”.

Un último indicio de la presencia de un administrador de hecho aparece cuando un administrador cuyo cargo hubiera caducado sigue desempeñando las mismas funciones. La STS de 11 de marzo de 2010 entiende que “el cese del nombramiento por caducidad del administrador no constituye requisito suficiente para entender producido el cese del mismo si se prueba que existió una continuidad en el ejercicio de sus funciones como administrador de hecho, permaneciendo en sus funciones de administración y representación orgánica de la sociedad, (...) y ha considerado que se da esa continuidad si existe un proceso abierto en el que es parte la sociedad”. Esta línea jurisprudencial ha



sido seguida más recientemente por la ya referenciada SAP Madrid de 8 de julio de 2016 al considerar *“la realización de actuaciones para la intervención de la sociedad en un procedimiento abierto contra ella como un dato que permite concluir la permanencia en el desempeño de la función de administrador de hecho de una entidad mercantil”*.

Una vez delimitado el concepto de administrador de hecho, cabe referirse a la responsabilidad que les es aplicable. Por lo que respecta a la responsabilidad por daños al patrimonio social derivados de actos u omisiones ilícitos o culpables del administrador de hecho, el art. 236.3 LSC es claro al señalar que *“La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho”*.

Por lo tanto, les será de aplicación el régimen de responsabilidad por daños de los administradores de derecho de los arts. 236-241 LSC, debiendo probarse tanto la condición de administrador de hecho como el resto de presupuestos materiales de responsabilidad, ya analizados. Existen más dudas a la hora de aplicarles el régimen de responsabilidad por deudas, en tanto que no se encuentran investidos de facultades para convocar la junta general, pero este tipo de responsabilidad no constituye el objeto de este trabajo.

### **3.3. DIRECTORES GENERALES Y APODERADOS**

*A priori*, no cabe extender subjetivamente el régimen de responsabilidad de los administradores a los altos ejecutivos de la empresa que no sean administradores de la sociedad –apoderados, gerentes, directores generales, etc.– siempre que su actuación no esconda la de un administrador de hecho, como explica la STS de 8 de febrero de 2008: *“La condición de administrador de hecho no abarca, en principio, a los apoderados (...), siempre que actúen regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador sin observar las formalidades esenciales que la ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición”*.

En la misma línea, la SAP Barcelona de 26 de septiembre de 2019 señala que *“no todo cargo que ostenta un poder de dirección merece la consideración de administrador de hecho, y por ello, no se consideran los apoderados, ni aquellos que actúan por mandato de otro, en particular de quien ostenta la titularidad del órgano de administración, siendo necesario actuar como verdadero administrador”*.

Así, para aplicar el régimen de responsabilidad de los administradores a estos sujetos deberá probarse que en realidad su actuación esconde la de un administrador de hecho. En ese sentido, prosigue la STS mencionada: *“Cabe, sin embargo, la equiparación del apoderado o factor mercantil al administrador de hecho (...) en los supuestos en que la prueba acredite tal condición en su actuación. Esto ocurre paradigmáticamente cuando se advierte un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento en favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con el ánimo de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia personas insolventes, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes”, o “cuando frente al que se presenta como administrador formal sin funciones efectivas aparece un apoderado como verdadero, real y efectivo administrador social”*.

Aunque no se extienda subjetivamente el régimen de responsabilidad del administrador a todo cargo que ostenta un poder de dirección, el art. 236.4 LSC asimila de forma prácticamente automática la responsabilidad del administrador a la del ejecutivo de la empresa que, bajo cualquier denominación, tenga atribuida las facultades de más alta dirección de la sociedad, en aquellos casos en que no existan consejeros delegados que ejerzan las funciones en el día a día: *“Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella”*.

Al extender la responsabilidad a los altos directivos cuando la sociedad venga gestionada por un consejo de administración, pero no existan consejeros

delegados, el legislador entiende que las personas que ostentan los cargos de alta dirección son quienes *de hecho* cumplen con las funciones del consejero delegado, una figura básica en el funcionamiento del consejo de administración.

### 3.4. REPRESENTANTE DEL ADMINISTRADOR-PERSONA JURÍDICA

Aclara la STS de 1 de marzo de 2018 que *“por definición, las personas físicas representantes de personas jurídicas administradoras de unas sociedades no pueden ser calificadas de administradores de hecho, pues precisamente desarrollan las funciones de su cargo con arreglo a una representación expresamente prevista en la ley”*, de modo que se trata de un supuesto diferente a los analizados *ut supra*.

De acuerdo con el art. 236.5 LSC, *“La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador”*.

De esta forma, cuando el administrador persona jurídica lleve a cabo alguna conducta que cumpla con los presupuestos materiales de la responsabilidad analizados, dicha responsabilidad se extenderá de forma solidaria a la persona física que, en cumplimiento del art. 212 *bis*.1 LSC, la represente, pues se encuentra sujeta a los mismos deberes y obligaciones que la persona jurídica administradora. Por lo tanto, por lo que respecta a los deberes y a la responsabilidad derivada de su incumplimiento, prácticamente se equiparan las condiciones de administrador y de persona física representante del administrador-persona jurídica. Además, deberá admitirse el ejercicio de la acción de responsabilidad indistintamente contra la persona física representante, contra el administrador-persona jurídica, o contra ambas<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto J. (coord.), 2018, “La responsabilidad del representante del administrador persona jurídica”, Revista digital de Mercantil Lefebvre, nº 59, Madrid: Lefebvre-El Derecho, S.A.

## 4. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD

### 4.1. INTRODUCCIÓN

Surge responsabilidad civil indemnizatoria para un individuo cuando lleva a cabo una acción u omisión ilícita y culpable, que mantiene una relación de causalidad con un daño producido. Los presupuestos materiales de la responsabilidad de los administradores no varían en función de si el daño se produce sobre el patrimonio social, de los socios, de acreedores sociales o de terceros: una acción u omisión ilícita y culpable llevada a cabo en el ejercicio del cargo de administrador, un daño, y un nexo causal entre la conducta del administrador y el daño. En lo relativo al daño y su prueba, y a la culpabilidad, son de aplicación las reglas generales del Derecho común sobre responsabilidad civil por daños y perjuicios.

Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad de los administradores, las acciones para reclamar esa indemnización presentan alguna especialidad. En atención al patrimonio que haya sido menoscabado como consecuencia de una actuación ilícita y culpable de los administradores, es distinta la acción para exigirles responsabilidad y reclamarles una indemnización por los daños causados. Si el daño ha impactado en el patrimonio de la sociedad, deberá interponerse la acción social, mientras que si el daño ha impactado directamente sobre el patrimonio particular de un socio, acreedor o tercero, habrá que acudir a la acción individual.

Una segunda diferencia la marca la legitimación activa para el ejercicio de la acción, como destaca una STS de 13 de febrero de 2019: "*En la acción social corresponde a la sociedad, en tanto que perjudicada, y, subsidiariamente, en defecto de actuación por la sociedad, a los socios minoritarios y a los acreedores, conforme a lo previsto en los arts. 239 y 240 LSC. Obviamente, la legitimación activa para ejercitar la acción individual corresponde a los socios o acreedores directamente perjudicados por la actuación del acreedor demandado*".

Así las cosas, mientras que al ejercitar la acción social de responsabilidad, la indemnización obtenida en todo caso pasará a formar parte

del patrimonio social; cuando se ejercita la acción individual, la compensación a que dé lugar habrá de integrarse en el patrimonio particular del socio o acreedor que haya sido lesionado directamente<sup>50</sup>.

Esta diferencia la resalta, de nuevo, la STS de 13 de febrero de 2019: "*(...) el destino de la indemnización también varía: en el caso de la acción social, va a parar en todo caso a la sociedad, al margen de si es ejercitada por la propia sociedad o, de forma subsidiaria, por los socios minoritarios o los acreedores; mientras que en el caso de la acción individual, la indemnización irá destinada directamente al perjudicado por la actuación del administrador*".

Al respecto, también es clara la STS 396/2013, de 20 de junio: "*La exigencia de responsabilidad a los administradores por los daños causados a la sociedad se hace a través de la denominada acción social (...). Está legitimada directamente para ejercitar la acción la propia sociedad, previo acuerdo de la junta general, y va dirigida a restaurar su patrimonio, resarcido el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador*".

*(...) La exigencia de responsabilidad por daños causados directamente a los socios o a terceros (señaladamente, a los acreedores) se hace a través de la denominada acción individual (...). Doctrina y jurisprudencia han excluido que mediante la acción individual pueda el socio exigir al administrador social responsabilidad por los daños que se produzcan de modo reflejo en su patrimonio como consecuencia del daño causado directamente a la sociedad*".

Por lo tanto, mediante la acción social podrán reclamarse tanto los daños al patrimonio social, como las repercusiones que éstos produzcan sobre los socios –pérdida de valor de sus acciones o participaciones– y acreedores –imposibilidad de pagar las deudas sociales–, y lo obtenido engrosará el patrimonio social. Mientras tanto, la acción individual solamente podrá ejercerse para reclamar daños directos al patrimonio de socios, acreedores y terceros, y lo obtenido en este caso sí que pasará a formar parte del patrimonio del demandante.

---

<sup>50</sup> LARA, Rafael, 2016, "La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad", en Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia: Tirant Lo Blanch, págs. 103-105.

## 4.2. ASPECTOS COMUNES A AMBAS ACCIONES

### 4.2.1. Ejercicio de las acciones

Las acciones para exigir la responsabilidad deben ejercitarse formulando demanda de responsabilidad frente a los administradores, ante el juez de lo mercantil competente. Las apelaciones son resueltas por la Audiencia Provincial que corresponda, mientras que en casación es competente la Sala 1ª del TS.

Es posible que un mismo acto de los administradores ocasione simultáneamente daños directos al patrimonio social y al de socios, acreedores o terceros. El juez, en aplicación del respeto de congruencia, solamente deberá resolver en base a la acción que se plantee. En caso de ejercicio simultáneo de ambas acciones, las posibilidades de acumulación dependerán de la legitimación en cada caso, admitiéndose también el planteamiento de una acción como subsidiaria de la otra. La posibilidad de acumular ambas acciones se reconoce en una STS de 7 de julio de 2005, en la que acreedores sociales ejercen las tres acciones que se encuentran a su disposición –social, individual y de responsabilidad por deudas–, y se declara la incongruencia de la sentencia recurrida por resolver como si únicamente se hubiera planteado la acción individual de responsabilidad por daños<sup>51</sup>.

Un ejemplo de este tipo de daño, que permitiría ejercer simultáneamente ambas acciones de responsabilidad –con o sin acumulación procesal, atendiendo a la legitimación y a las coincidencias que se produjeran en cada caso–, se da cuando los administradores cometen errores contables, de forma que el balance social refleja una imagen de la sociedad más deteriorada que la real. Ello puede provocar daños al patrimonio social, en forma de pérdida de proveedores o clientes, o de denegación de crédito; y a su vez daños directos a

---

<sup>51</sup> ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, 2016, “La acción individual de responsabilidad”, en Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia: Tirant Lo Blanch, págs. 289-290.

aquellos socios que, precipitadamente, vendan sus acciones a un precio excesivamente bajo<sup>52</sup>.

Excepcionalmente, en caso de concurso de acreedores, el art. 48 *quáter* LC prevé la legitimación exclusiva de la administración concursal, sin necesidad del previo acuerdo de la Junta general, para ejercer en nombre de la sociedad la acción social de responsabilidad frente a sus administradores. Además, para conocer de la acción social de responsabilidad, tiene competencia exclusiva el juez del concurso, quien debe conocer de todos aquellos litigios con incidencia sobre el patrimonio social. Sin embargo, en principio, la acción individual podrá seguir ejercitándose frente a los administradores, siendo competente para conocer de la misma el juez mercantil correspondiente.

#### **4.2.2. Carácter solidario de la responsabilidad, causas de exoneración y no exoneración por intervención de la Junta**

El art. 237 LSC señala que *“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.”*

Si una sociedad se rige mediante un administrador único, éste será responsable de la totalidad del daño. Sin embargo, este precepto cobra sentido en los supuestos de administración pluripersonal –administradores separados, conjuntos o Consejo de Administración–, en los cuales todos los miembros del órgano de administración que adoptó el acuerdo o realizó el acto lesivo serán responsables solidariamente y deberán indemnizar la totalidad del daño causado, salvo que les fueran de aplicación alguna de las causas legales de exoneración analizadas *ad infra*. Se trata de una norma incorporada con la LSA

---

<sup>52</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, 2019, "Acción individual de responsabilidad de administradores e ilícito orgánico (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2019)", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Wolters Kluwer, págs. 15-28.

de 1989, en términos prácticamente idénticos a los del vigente art. 237 LSC, que ya fue aplicada, por ejemplo, por una STS de 14 de marzo de 2007.

En consecuencia, son de aplicación a los administradores los arts. 1137-1148 CC, por cuanto respecta a las obligaciones solidarias. De esta forma, el demandante dispone del *ius variandi*, pudiendo dirigirse contra cualquiera de los administradores responsables o contra todos ellos simultáneamente, hasta que satisfagan la totalidad de la indemnización correspondiente. En caso de pago íntegro de la indemnización por un solo administrador, dispondrá de acciones de regreso frente a los demás por la cuota que les corresponda<sup>53</sup>.

Así, parece que el precepto presume la participación de todos los miembros del órgano de administración en sus decisiones o acuerdos, imputándoles a todos ellos –en caso de concurrir– la ilicitud y la culpa colectiva, salvo que alguno logre su exoneración individual al probar la concurrencia de alguna de las causas legales para ello<sup>54</sup>:

i) Falta de intervención en la adopción y ejecución del acto o acuerdo lesivo, desconociéndose además su existencia: en primer lugar, no cabrá exoneración en caso de intervención en cualquiera de los estadios de la adopción o ejecución; salvo que el riesgo de perjuicio solamente hubiera podido apreciarse una vez adoptado el acuerdo, o se llegara a acceder a datos relevantes en momentos muy posteriores a la aprobación.

Sin embargo, no basta con probar la no intervención para que al administrador le sea de aplicación esta causa de exoneración de la responsabilidad. Es además necesario que acredite que no tenía conocimiento del acuerdo tanto en su fase de adopción como en su fase ejecutiva. Si lo tuviera, debería mostrar alguna de las conductas mencionadas en los puntos ii) y iii). A la hora de valorar el desconocimiento del acuerdo, se exige al administrador que cumpla con el estándar de diligencia fijado por el derecho-deber de información del

---

<sup>53</sup> FACHAL NOGUER, Nuria, 2018, "El régimen de responsabilidad del órgano de administración plural: en particular, el consejo de administración con funciones delegadas", *Boletín Mercantil*, Madrid: Lefebvre-El Derecho, S.A.

<sup>54</sup> QUIJANO, 2015, *op.cit.*



art. 225.3 LSC, de tal manera que una conducta injustificadamente pasiva o inactiva –como la falta de asistencia a las reuniones o la tolerancia de conductas que lesionan los intereses sociales– impediría la aplicación de la causa de exoneración.

ii) Actuación dirigida a evitar el daño derivado del acto o acuerdo: si a pesar de no intervenir en el acto o acuerdo, el administrador tenía conocimiento del mismo, puede quedar exonerado de responsabilidad si prueba que desarrolló una conducta tendente a evitar el resultado dañoso, típicamente impugnando judicialmente el acuerdo para cumplir con su deber de diligencia.

iii) Oposición expresa al acuerdo lesivo: en caso de que la actuación del administrador que no intervino en el acto o acuerdo pero tuvo conocimiento del mismo no fuera tendente a evitar el daño, para quedar exonerado de responsabilidad al menos deberá haber manifestado su oposición expresa a la adopción del mismo, lo cual exclusivamente puede realizarse a través de su voto en contra<sup>55</sup>.

Conforme al art. 236.2 LSC, los miembros del órgano de administración nunca podrán alegar como causa de exoneración de responsabilidad "*la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general*". Es una regla que requiere de interpretación, pues ciertamente no debe existir efecto exoneratorio cuando el asunto objeto del acuerdo se encontrara en el marco ordinario de competencias del Consejo –y éste busca una ratificación en Junta a fin de ampararse en ella si surgen daños al patrimonio social–, ni cuando en ejecución de un acuerdo de la Junta los administradores deben decidir entre varias opciones, existiendo un cierto margen de apreciación. Sin embargo, no debería surgir responsabilidad en aquellos acuerdos atribuidos a la Junta o que requieran de su aprobación, dado que los administradores tienen el deber de ejecutar los acuerdos válidos de la Junta –sin perjuicio de que durante la misma puedan aparecer riesgos sobrevenidos, que exijan un proceder diligente de los administradores–.

---

<sup>55</sup> FACHAL NOGUER, 2018, *op.cit.*

La aplicación de este modelo de forma unitaria a todos los miembros de los Consejos de Administración comenzó a discutirse a raíz de la delegación de facultades –bien unipersonal, designando consejeros delegados; o bien pluripersonal, nombrando comisiones ejecutivas para facilitar la gestión y representación de la sociedad y potenciar la eficiencia–, que permite distinguir entre funciones de supervisión o control y de ejecución. Este fenómeno cobró especial intensidad a raíz de la aparición de los códigos de buen gobierno, principalmente en las sociedades cotizadas, donde con carácter general es imperativa la existencia de Consejo de Administración.

Por una parte, la diferenciación entre las posiciones internas de los consejeros –además de funcionar como criterio para distribuir la remuneración– concreta el contenido del deber de diligencia de cada uno, dando lugar a distintos ámbitos de responsabilidad. En principio, la solidaridad solamente se predicará de aquellos consejeros que ejerzan cargos de naturaleza y funciones asimilables; salvo que se pruebe el incumplimiento de sus funciones, en cuyo caso la solidaridad renacerá para todos por igual. En relación a los deberes de los administradores, ya se apuntó que el deber de diligencia viene modulado tanto por la naturaleza y funciones del cargo –una diferenciación que ocurre con claridad desde el momento en que se produce una delegación de funciones–, como por la regla de la discrecionalidad empresarial.

La aplicación de un régimen de responsabilidad no unitario se consolida con la reforma de la Ley 31/2014, que añadió el art. 249 *bis* LSC, incluyendo una serie de facultades del Consejo de Administración consideradas *indelegables*; entre las que se encuentran las relativas a la supervisión y control de las comisiones ejecutivas y consejeros delegados, y la determinación de las estrategias de la sociedad<sup>56</sup>.

De esta forma, el Consejo retiene de forma imperativa las facultades más relevantes para la marcha de la sociedad, sobre las cuales todos los miembros del Consejo deberán encontrarse debidamente informados, y participar activamente en la toma de decisiones. Estas facultades indelegables deben ser objeto de gestión directa y control por todos los miembros del

---

<sup>56</sup> QUIJANO, 2015, *op.cit.*

Consejo. Si el órgano delegado ejerce alguna de ellas, y se derivan daños para la sociedad, los socios o un tercero, existirá responsabilidad del órgano delegado –por ejecutar el acto lesivo– del Consejo de Administración –en virtud del art. 237 LSC, solidariamente y con posibilidad de exoneración individual–. Asimismo, si el Consejo de Administración delega alguna de estas facultades, será responsable de haber adoptado un acuerdo contraviniendo una norma imperativa, y surgirá también responsabilidad para el órgano delegado.

Cuando se produce un reparto de tareas, y el Consejo de Administración delega facultades no incluidas en el art. 249 *bis* LSC, el órgano delegado dispone de autonomía en la ejecución de dichas funciones, sin embargo, ello no implica una completa ausencia de responsabilidad del delegante, los miembros del Consejo de Administración no pueden desentenderse de la marcha de la sociedad. Al contrario, responden de la elección de los miembros de los órganos delegados, así como de la supervisión y control de la gestión que éstos realicen, adquiriendo especial relevancia el derecho-deber de información que el art. 225.3 LSC establece para todos los administradores; de forma que responden solidariamente por los daños derivados de las actuaciones de los órganos delegados.

En fin, aunque la delegación no altera el centro de imputación de responsabilidad, que continúa recayendo sobre el órgano de administración, sí que permite establecer una clara diferenciación de funciones, distinguiendo entre responsabilidad de los miembros del Consejo *in eligendo* –cuando el delegante emplea criterios inadecuados de selección y delega en favor de una persona no apta–, *in instruendo* –cuando el delegante incurre en errores en el diseño de tareas o en la emisión de instrucciones dirigidas a los delegados–, e *in custodiendo* –cuando el delegante incumple el deber de supervisión o no cuenta con los mecanismos de control adecuados–.

Si no está presente alguno de estos tres defectos, la solidaridad se extenderá inicialmente a los órganos delegados, y no a los miembros del Consejo en pleno. Además, ni siquiera se extenderá al resto de miembros del órgano delegado en caso de que el comportamiento lesivo fuera susceptible de perfecta individualización. Por lo demás, para atribuir responsabilidad a los

miembros del órgano delegado por su gestión de las funciones delegadas, deberán concurrir los presupuestos materiales de responsabilidad ya analizados en el segundo epígrafe de este trabajo.<sup>57</sup>.

#### **4.2.3. Prescripción de las acciones**

Conforme al art. 241 *bis* LSC, introducido por la reforma de la Ley 31/2014, "*La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse*". Ello supone un acortamiento de plazos con respecto al anterior sistema, en el cual el cómputo comenzaba cuando el administrador cesaba en el cargo. Anteriormente, la falta de inscripción del cese del administrador no provocaba, como norma general, que el administrador cesado siguiera siendo responsable frente a terceros –por carecer dicha inscripción de carácter constitutivo–; pero a efectos de determinar si ha prescrito la acción, la regla general indicaba que el cómputo del plazo de cuatro años debía iniciarse desde la inscripción, cuando el cese ya podía oponerse al tercero de buena fe.

Tras la reforma, no es necesario esperar al cese del administrador para iniciar el cómputo del plazo cuatrienal de prescripción de las acciones de responsabilidad contra él, sino que éste comienza en el momento en que las acciones social o individual pudieran ejercitarse –desde que se conozcan el daño y sus consecuencias, o los hechos que pudieran dar lugar a responsabilidad fueran notorios o debieran conocerse empleando una mínima diligencia–. Así, la acción podría llegar a prescribir incluso con el administrador aún ocupando su cargo<sup>58</sup>. En todo caso, el plazo de prescripción de las acciones se interrumpe si la sociedad es declarada en concurso.

#### **4.2.4. Compatibilidad con otras acciones derivadas de la infracción de los deberes fiduciarios**

Cuando de la comisión de una infracción de los deberes de diligencia y lealtad por parte de un administrador se derivan daños patrimoniales, pueden aparecer consecuencias en el ámbito público –penales, administrativas– y en el

---

<sup>57</sup> FACHAL NOGUER, 2018, *op.cit.*

<sup>58</sup> PÉREZ BENÍTEZ, 2015, *op.cit.*

ámbito privado –civiles o mercantiles–. Dentro de este último, además de la opción de exigir responsabilidad por daños a los administradores, existen remedios legales alternativos previstos por el art. 227.2 LSC –"La infracción del deber de lealtad determinará no sólo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador"– y por el art. 232 LSC –"El ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad". Por lo tanto, ante daños derivados de una infracción de los deberes de diligencia y lealtad, las consecuencias legales pueden ser las siguientes:

i) Separación y exclusión del administrador negligente y desleal: con independencia del tipo social, la separación y cese del cargo del administrador que infringe los deberes inherentes al mismo es una consecuencia disciplinaria habitual. En las sociedades de capital, el art. 223.1 LSC admite el cese de los administradores por acuerdo de la Junta General aún cuando no conste en el orden del día, y como se verá *ad infra*, ex art. 238.3 LSC, la aprobación del acuerdo de entablar la acción social de responsabilidad acarrea la destitución de los administradores.

ii) Acciones de responsabilidad por daños: ya se ha mencionado que cabe exigir responsabilidad a los administradores que como consecuencia de una actuación ilícita y culpable en su cargo, ocasionen daños al patrimonio de la sociedad, de los socios o de terceros. Habrán de indemnizar el daño causado al patrimonio social –acción social de responsabilidad–, sin perjuicio de la posibilidad de los socios y terceros que hayan sufrido daños directos de ejercitar las acciones correspondientes –acción individual de responsabilidad–. Al igual que en el régimen de responsabilidad civil contractual o extracontractual, deben probarse la conducta ilícita del administrador, el daño, la relación de

causalidad y la culpabilidad –excepto en los casos de infracción de la ley o de los estatutos, en cuyo caso se presume ex art. 236.1.II LSC–<sup>59</sup>.

iii) Acción de enriquecimiento injusto por infracción del deber de lealtad: el art. 227.2 LSC prevé, para el caso de infracción del deber de lealtad, tanto la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social –que se hace efectiva mediante las acciones de responsabilidad por daños reguladas por el art. 236 y ss. LSC–, como la obligación del administrador de devolver el enriquecimiento injusto obtenido –aunque no haya supuesto una pérdida para la sociedad–, que se hace efectiva una acción especial para los supuestos de infracción del deber de lealtad y complementaria a la de indemnización del daño.

El objetivo de la misma es lograr atribuir a la sociedad la totalidad de las ganancias percibidas por el administrador que infringió el deber de lealtad, no solamente los daños que ocasionó al patrimonio social –por ejemplo, cuando el administrador aprovecha una oportunidad de negocio de la sociedad y además realiza una inversión superior a la que habría realizado la propia sociedad–<sup>60</sup>.

iv) Otras acciones civiles compatibles para afrontar infracciones de los deberes fiduciarios de los administradores: las acciones previstas en el art. 232 LSC no son especiales para la infracción de los deberes de los administradores, sino que se trata de acciones ya existentes en el ordenamiento jurídico que son válidas para hacer frente a los mencionados comportamientos.

La acción de impugnación de los acuerdos contrarios al deber de lealtad consiste en una aplicación a la responsabilidad de los administradores de la acción de impugnación de acuerdos del art. 206 LSC, como cuando los acuerdos de dispensa de las prohibiciones derivadas del deber de evitar situaciones de conflicto de interés no respetan los requisitos exigidos legalmente.

---

<sup>59</sup> LLEBOT MAJÓ, 2016, *op.cit.*, págs. 58-60.

<sup>60</sup> GARCÍA-VILLARRUBIA, Manuel, 2019, "La legitimación activa en la exigencia del deber de lealtad", *Revista de Derecho Mercantil*, nº72, Madrid: Lefebvre-El Derecho, S.A.

La acción de cesación de la infracción del deber de lealtad puede interponerse cuando la conducta dañosa de los administradores tiene carácter continuado, como cuando se infringe la prohibición de competir efectivamente con la sociedad, para que judicialmente se decrete el cese de dichas actividades. En un sentido similar, la acción de remoción de los efectos de los actos y contratos desleales tiene por objeto la restauración de la situación anterior a la realización del acto o contrato desleal.

Por último, la acción de anulación de los actos y contratos desleales realizados por los administradores pretende la declaración judicial de nulidad del acto o contrato realizado por el administrador o una persona vinculada a él, así como la restitución de las prestaciones intercambiadas entre el administrador y la sociedad, o entre la sociedad y terceros. Es habitual su utilización en los supuestos de infracción de la prohibición de realizar transacciones con la sociedad<sup>61</sup>.

Como se verá más adelante, el art. 239.1.II LSC otorga a la minoría de socios la posibilidad de ejercitar directamente la acción social de responsabilidad en caso de infracción del deber de lealtad. Existe un debate doctrinal acerca de la aplicabilidad de ese precepto a las acciones de los arts. 227.2 y 232 LSC, enumeradas *ut supra*. Quienes niegan la legitimación de la minoría afirman que el precepto tan solo hace referencia a la legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad y no a otras, sin embargo, tal solución privaría de efectividad al resto de acciones cuando se ejercitaran frente a administradores vinculados a la mayoría de socios. Para asegurar la reparación íntegra de los perjuicios causados por una conducta infractora del deber de lealtad, es conveniente entender que el régimen de legitimación de la minoría sea común a todas las acciones. En la práctica judicial, todavía no existe una posición consolidada al respecto<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> LLEBOT MAJO, 2016, *op.cit.*, págs. 60-63.

<sup>62</sup> GARCÍA-VILLARRUBIA, 2019, *op.cit.*

## 4.3. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

### 4.3.1. Significado y naturaleza

Como ya se ha indicado, la acción social, cuya regulación se contiene en los arts. 238-240 LSC, es una acción indemnizatoria que pretende la reintegración al patrimonio social del daño o perjuicio directo ocasionado al mismo como consecuencia de una acción ilícita y culpable de los administradores. La indemnización obtenida se incluye en el patrimonio social, incluso aunque de los daños al patrimonio social se hubieran derivado daños indirectos para socios o acreedores, de modo que se trata de una acción cuya titularidad corresponde a la propia sociedad.

Tiene, por lo tanto, una función protectora del patrimonio de la sociedad, y el hecho de que sea de titularidad de la sociedad no impide que la legitimación para su ejercicio sea plural: en primer lugar se atribuye a la propia sociedad, a efectos de defender su patrimonio; subsidiariamente a una minoría de socios, con un interés indirecto en que el patrimonio social no se vea menoscabado –evitar una pérdida de valor de sus acciones o participaciones–; y con una subsidiariedad de segundo grado, a los acreedores de la sociedad, interesados en que la sociedad disponga de suficiente patrimonio para hacer frente a sus deudas.

No obstante, la acción social no es el cauce adecuado para que socios o acreedores exijan responsabilidad por daños directos a su patrimonio –para lo cual habrán de ejercitar la acción individual–. Éstos solamente podrán interponer la acción social cuando hayan sufrido daños indirectos en su patrimonio, como consecuencia de los daños al patrimonio social, e interpondrán la acción en beneficio del mismo patrimonio social. Completando el extracto de la STS 396/2013 mencionado en la introducción de este epígrafe, la también nombrada STS de 13 de febrero de 2019 indica: "*Si el daño al socio es reflejo del daño al patrimonio social solo puede ejercitarse la acción social de responsabilidad. En tal caso, la indemnización que se obtenga reparará el patrimonio social y, de reflejo, el individual de socios o terceros*".



Se trata de una acción de responsabilidad contractual, dado que existe una relación contractual que vincula, de una parte, a la sociedad –que sufre un daño en su patrimonio–, y de otra, a los administradores –quienes infringiendo los deberes que derivan de dicha relación contractual, causan ese daño–. Al respecto es ilustrativa una SAP Álava de 18 de septiembre de 2006: "*Se trata, por tanto, de una acción por responsabilidad contractual, por incumplimiento de la obligación del administrador de ejercer diligentemente las obligaciones inherentes a su cargo; de manera que, si la acción la ejercita la propia sociedad, estaríamos ante una aplicación especial de la acción de incumplimiento del art. 1101 del Código Civil; y en el supuesto de ejercitarla los socios o acreedores, ante una acción subrogatoria*".

#### **4.3.2. Ejercicio por la propia sociedad**

De acuerdo con el art. 238.1 LSC, "*La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo*".

Cuando la sociedad ejercita la acción social de responsabilidad frente a los administradores, es exclusivamente competente para acordar el ejercicio la Junta general, en tanto órgano de expresión de la voluntad corporativa; ya sea ordinaria o extraordinaria, esté reunida en virtud de convocatoria o constituida de forma universal. Se facilita la adopción del acuerdo, en una suerte de principio *pro actione*, dado que puede adoptarse sin necesidad de que la decisión acerca del ejercicio de la acción figure en el orden del día de la reunión, para evitar maniobras dilatorias por parte de los administradores que configuran el orden del día; a propuesta de cualquier socio que haya asistido a la reunión personalmente o por medio de representante; o incluso estando la sociedad en liquidación.

Por tanto, el acuerdo previo de la Junta general constituye un requisito formal necesario para que pueda ejercerse la acción social por la propia sociedad, pero se flexibilizan las posibilidades para su adopción. En cualquier caso, al interponer la acción social frente a los administradores, la sociedad

debe aportar un certificado del acta en que conste el acuerdo por el que se decide ejercitar la acción. En cambio, si simplemente se opta por efectuar una reclamación extrajudicial para interrumpir el plazo de prescripción, basta con un acuerdo del órgano de administración.

Cuando ante la Junta general se plantee la posibilidad de ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores, pueden adoptarse distintos acuerdos: el contrario a entablar la acción social de responsabilidad – activándose las posibilidades de legitimación de la minoría que se mencionarán *ad infra*–; el favorable a promoverla, que legitima a la sociedad a hacerlo – aunque posteriormente cuente con la opción de renunciar al ejercicio de la responsabilidad o a la continuación del procedimiento judicial–; o un acuerdo de transacción con los administradores afectados –aprobando un convenio para reintegrar el patrimonio dañado por la actuación de los administradores sin necesidad de ejercitar la acción social de responsabilidad–. En el supuesto de falta de adopción de cualquier tipo de acuerdo, existe un debate doctrinal en torno a si la minoría podría solicitar la convocatoria de una nueva Junta general en la que no pudiera eludirse el asunto, o si directamente quedara legitimada para el ejercicio de la acción, para reducir las dilaciones del proceso.

Para que el acuerdo de promoción de la responsabilidad sea válidamente adoptado, éste debe ser aprobado por mayoría simple de los votos de los accionistas presentes en las sociedades anónimas; y en las sociedades de responsabilidad limitada, por mayoría ordinaria –mayoría de votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divide el capital social, y sin tener en cuenta los votos en blanco–. El art. 238.1 LSC prohíbe que los estatutos sociales refuercen esta mayoría. Si no se alcanzan estos requisitos, se entenderá adoptado el acuerdo contrario al ejercicio de la acción social de responsabilidad.

Los administradores afectados, cuando sean a su vez socios, tienen permitido participar en la votación sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad, dado que el art. 228 c) LSC excluye del deber de abstención del administrador la participación en la deliberación y votación de los acuerdos

o decisiones que le afecten en su condición de administrador. No obstante, si el voto fuera decisivo y posteriormente impugnado, podría anularse el acuerdo si quienes lo impugnan prueban que es perjudicial para el interés social.

La adopción del acuerdo de promoción de la responsabilidad no implica el ejercicio simultáneo de la acción social, que es tarea de los nuevos administradores nombrados en sustitución de los afectados por la acción, de los administradores no destituidos, o incluso de un apoderado especial designado en Junta general para ejercitar la acción social –algo necesario en el infrecuente supuesto de que no se destituya a los administradores afectados–.

La Junta general también es competente para adoptar los acuerdos de transacción y de renuncia al ejercicio de la acción, como indica el art. 238.2 LSC: "*En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social*". Para evitar acuerdos de renuncia o transacción "*sorpresa*", preparados por los administradores, estos asuntos sí que deben de constar en el orden del día –interpretando el art. 238.1 LSC restrictivamente con referencia exclusiva al acuerdo positivo o negativo sobre el ejercicio de la acción por la mayoría–, aunque parece que sí que podrían acordarse en la misma Junta que el propio ejercicio de la acción, pese a no ser habitual en la práctica.

Mientras que la renuncia y el desistimiento, consistentes en abandonar la pretensión de reclamar responsabilidad a los administradores –aunque la primera de forma definitiva, mientras que el segundo deja abierta la posibilidad de volver a litigar sobre el mismo objeto–, requieren el previo acuerdo de ejercer la acción; la transacción no lo exige, puesto que se trata de un negocio jurídico entre la sociedad y los administradores afectados por el cual se evita adoptar el acuerdo de ejercer la acción, ejercer la acción o continuarla –como señala el precepto, *en cualquier momento*–. Por medio de la transacción, en general los administradores asumen parte de su responsabilidad y se entiende

resarcido el daño que su actuación ilícita y culpable hubiera causado al patrimonio social<sup>63</sup>.

Sin embargo, el mismo precepto establece que una minoría de socios que represente al menos el 5% del capital social suscrito –o al menos el 3% en las sociedades anónimas cotizadas, en virtud del art. 495.2.a) LSC– puede oponerse a la adopción de los acuerdos de renuncia o transacción, manifestando expresamente su voto negativo, que ha de constar en acta. La ausencia de oposición de la minoría es condición de validez del acuerdo de renuncia o transacción de la Junta; y desde otro punto de vista, la oposición de la minoría evita que el acuerdo de renuncia o transacción nazca válidamente, debiendo la sociedad continuar con el ejercicio de la acción –o entablarla en caso de que se trate de renunciaciones o transacciones extrajudiciales–.

Ello completa el sistema de protección de la minoría cuya, pieza fundamental es la legitimación indirecta para el ejercicio de la acción social desarrollado *ad infra*, permitiendo a la citada minoría oponerse a que la Junta, una vez adoptado el acuerdo de entablar la acción, opte por soluciones que impidieran obtener la correspondiente indemnización o redujeran su cuantía. Esta minoría pueden conformarla accionistas sin voto, legitimados para la defensa del interés social, pero no los accionistas morosos, sancionados con la privación de participar en la formación de la voluntad social<sup>64</sup>.

Por otra parte, caben la transacción o renuncia parciales, aunque de darse, los administradores que sí que hubieran satisfecho una indemnización a la sociedad por los daños causados podrían ejercer una acción de regreso frente a los que hubieran quedado liberados frente a la sociedad. Además, siempre que haya mediado dolo por parte de los administradores, se prohíbe renunciar a la acción de responsabilidad frente a ellos.

Una vez adoptados en Junta los acuerdos de ejercitar la acción social de responsabilidad o de transigir, viene a presuponerse por los socios la responsabilidad de los administradores a que se refieran. Ello significa una

---

<sup>63</sup> LARA, 2016, *op.cit.*, págs. 106-130.

<sup>64</sup> JUSTE, Javier, 2016, “La legitimación de la minoría y de los acreedores para el ejercicio de la acción social”, en Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia: Tirant Lo Blanch, págs. 168-181.

pérdida de confianza de la sociedad en ellos, que les imposibilita para continuar ejerciendo el cargo. Por ello, el art. 238.3 LSC dispone que "*El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados*", lo cual no ocurre en caso de renuncia a la acción. En principio, esta destitución es automática, no requiere de la adopción de ningún acuerdo, definitiva e independiente del resultado del procedimiento judicial en que se dirima la responsabilidad de los administradores. Pese a que la jurisprudencia ha resaltado este carácter automático de la destitución, parte de la doctrina ha defendido la posibilidad de que la misma Junta que acuerda el ejercicio de la acción, acuerde a su vez el mantenimiento de los administradores afectados en su puesto.

Por último, apunta el art. 238.4 LSC que "*La aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada*". La aprobación de cuentas en Junta general, que es diferente de la aprobación de la gestión social, no supone una renuncia a exigir responsabilidad a quienes fueran administradores de la sociedad durante el ejercicio al que se refieran, pues dada la limitada información que contienen, no puede eliminarse con su aprobación la eventual responsabilidad en que puedan haber incurrido los administradores.

El precepto es una concreción del ya mencionado art. 236.2 LSC, que impide exonerar de responsabilidad a los administradores por acuerdos adoptados, autorizados o ratificados por la Junta general, para evitar que una exoneración de responsabilidad derive de implícitamente de acuerdos con un objeto distinto –como el de aprobación de cuentas, o incluso el de aprobación de la gestión social–. Pese a parecer superfluo, el art. 238.4 LSC permite resaltar la independencia de los acuerdos de aprobación de cuentas y de promoción de la responsabilidad de los administradores.

En la práctica, la propia sociedad no llega a ejercitar la acción social de responsabilidad en demasiados supuestos, dado que normalmente, la mayoría de socios que ha nombrado a los administradores en Junta general preferirá optar por vías menos sonadas como la reprobación o la no reelección de los

administradores; salvo que se hayan ocasionado graves perjuicios al patrimonio social, o se produzca un cambio de mayorías en la Junta general<sup>65</sup>.

#### **4.3.3. Ejercicio por la minoría**

Debido a la frecuencia con que la mayoría de socios en Junta general no acuerda el ejercicio de la acción social de responsabilidad, el art. 239 LSC recoge un supuesto de legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores de una minoría de socios que acumulen de forma individual o conjunta un nivel de participación en la sociedad tal que les permita solicitar la convocatoria de Junta general. Esta legitimación supletoria, extraordinaria o por sustitución de la sociedad se activa en distintos supuestos de pasividad de la sociedad a la hora de entablar dicha acción, permitiendo a los socios defender su interés en no sufra daños el patrimonio social, pues todo deterioro en el mismo implica un daño indirecto a cada socio en relación al valor de sus acciones.

El mismo precepto favorece o refuerza esta legitimación de la minoría, al otorgar a la minoría de socios una legitimación directa –en lugar de subsidiaria respecto de la actuación de los órganos sociales– para ejercitar la acción social en caso de infracción del deber de lealtad; y la incentiva al obligar a la sociedad a reembolsar a los socios los gastos de ejercicio de la acción siempre que se produzca una estimación total o parcial de la demanda. La eventual indemnización obtenida tan solo beneficia al patrimonio social, lo cual diferencia esta legitimación de la minoría para el ejercicio de la acción social de responsabilidad de la acción individual y de la de responsabilidad por deudas.

El art. 239 LSC exige que el o los socios demandantes acumulen una participación que les permita solicitar la convocatoria de Junta general extraordinaria –al menos el 5% del capital suscrito, porcentaje que el art. 495.2 LSC reduce hasta el 3% en las sociedades cotizadas–. Puede tratarse de un solo socio, o de varios accionistas actuando conjuntamente, bajo la misma defensa y representación procesal; salvo que se encuentren privados de sus derechos políticos y administrativos. La mayoría de la doctrina es favorable a que dicho porcentaje tan solo sea exigido en el momento de ejercicio de la

---

<sup>65</sup> LARA, 2016, *op.cit.*, págs. 130-140.

acción, para evitar que la legitimación resulte afectada por maniobras de la mayoría de socios, tales como un aumento de capital excluyendo el derecho de suscripción preferente.

Además, para que la minoría quede legitimada para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, necesariamente debe concurrir uno de los tres supuestos que recoge el propio art. 239.1 LSC:

i) Cuando los administradores no convocasen la Junta general solicitada por la minoría a fin de acordar el ejercicio de la acción social por la sociedad: en aplicación del art. 168 LSC, cuando los socios que representen la cuota exigida por el precepto soliciten convocatoria de Junta general mediante requerimiento notarial, incluyendo en el orden del día propuesto la aprobación del acuerdo de entablar la acción social de responsabilidad contra los administradores; éstos disponen de dos meses desde el requerimiento para convocarla. Desde que transcurra dicho plazo sin haber convocado la junta, o desde que antes de finalizar el mismo los administradores manifiesten su intención de no hacerlo, la minoría de socios queda legitimada para ejercitar la acción social. También quedarían legitimados en caso de que la Junta fuese convocada defectuosamente, o sin incluir el punto en el orden del día.

ii) Cuando, desde la adopción del acuerdo en Junta general de ejercitar la acción social de responsabilidad, la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes desde la fecha de adopción del acuerdo: en este caso, a pesar de la mayoría expresada en la Junta, la minoría obtiene legitimación para ejercitar la acción social de responsabilidad por la inactividad de la sociedad, cuando los nuevos administradores incumplan con su obligación de proceder conforme al acuerdo. El plazo de un mes es simplemente de espera, no de caducidad.

Además, en este supuesto no es obligatorio que la minoría necesaria para ejercitar la acción esté formada exclusivamente por socios que votaran a favor de la adopción del acuerdo de entablarla, entendiéndose que quienes votaron en contra de exigir responsabilidad a

los administradores pueden mostrarse a favor de que se lleven a cabo los acuerdos aprobados en Junta por mayoría.

iii) Cuando la Junta general adopte el acuerdo contrario a exigir responsabilidad a los administradores: en este supuesto, la minoría no queda legitimada para ejercitar la acción social de responsabilidad por pasividad de la sociedad, sino excepcionalmente, en contra de la opinión expresada por la Junta general, cuando se rechace en votación la opción de entablarla. Aunque la adopción de dicho acuerdo no conste en el orden del día, una vez que ésta sea solicitada por cualquier socio, la Junta general queda obligada a deliberar sobre el asunto, de modo que la negativa a abordar la cuestión cuando se ha producido la solicitud equivaldría a la falta de convocatoria de Junta general solicitada por los socios para tratar el tema.

En este supuesto, la minoría legitimada para ejercitar la acción social pueden formarla quienes votaron a favor de exigir responsabilidad, así como aquellos que no asistieran a la Junta y los accionistas sin voto –todos ellos, al fin y al cabo, representan una cuota del capital social, que es el único requisito legal–. Sin embargo, aquí cabe en principio excluir a quienes votaran en contra de entablar la acción social de responsabilidad contra los administradores, por la inadmisibilidad de actuar contra los actos propios –salvo que se conozcan hechos o circunstancias distintos a los examinados en la Junta–.

A pesar de que la legitimación de la minoría para el ejercicio de la acción social de responsabilidad sea indirecta –mediante su ejercicio tan solo es posible reparar el patrimonio social– y subsidiaria respecto de la sociedad, el segundo párrafo del art. 239.1 LSC la facilita al reconocer a la minoría una posibilidad de ejercicio directo de la acción "*cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad, sin necesidad de someter la decisión a la junta general*", en un contexto de reforzamiento de los deberes de lealtad.

Así, en caso de infracción del deber de lealtad por parte de los administradores –en el sentido expresado en la segunda parte del epígrafe 2.1.1.4–, no será necesario que la minoría, para el ejercicio de la acción social



de responsabilidad, espere a que se produzca alguno de los supuestos del art. 239.1.I LSC –falta de convocatoria de Junta general solicitada por la minoría, transcurso de un mes sin que los nuevos administradores ejecuten el acuerdo favorable de entablar la acción o acuerdo contrario al ejercicio de la misma–.

El art. 239.2 LSC prevé un segundo mecanismo para facilitar e incentivar el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la minoría –quien verá que, en caso de prosperar su causa, la indemnización obtenida no se ingresará en su patrimonio, sino en el de la sociedad–. Toda vez que se produzca una estimación parcial o total de la demanda de la minoría, la sociedad quedará obligada a reembolsarle a la parte actora los gastos necesarios en que haya incurrido para obtener una indemnización que pasa a formar parte del patrimonio social –a fin de cuentas, por prestar un servicio a la sociedad–.

La expresión de *gastos necesarios* no se limita a las costas procesales, sino que abarca todos los gastos del proceso, con origen directo e inmediato en la existencia del mismo. Pese a ello, se realiza una remisión a los límites que establece el art. 394 LEC para las costas procesales, a los meros efectos de exonerar a la sociedad de la obligación de reembolsar los honorarios excesivos de abogados, procuradores y peritos. Además, concluye el precepto que la sociedad tampoco vendrá obligada a reembolsar los gastos cuando ya le hubieran sido reintegrados a la parte actora por los administradores o por un tercero, ni cuando el reembolso hubiera sido ofrecido de modo incondicional<sup>66</sup>.

#### **4.3.4. Ejercicio por los acreedores sociales**

Los acreedores de la sociedad pueden ver sus créditos perjudicados ante un menoscabo en el patrimonio social, por lo que lógicamente tendrán interés en éste se recomponga lo antes posible. Para ello, en el supuesto de que ni la sociedad ni los socios hayan ejercitado la acción social, el art. 240 LSC les otorga una legitimación subsidiaria de segundo grado para hacerlo: *"Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos"*.

---

<sup>66</sup> JUSTE, 2016, *op.cit.*, págs. 141-168.

Puede apreciarse que el precepto mencionado establece un segundo presupuesto para que los acreedores obtengan esta legitimación, al indicar que se les otorga "*siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos*", es decir, cuando la sociedad se encuentre en situación de insolvencia. En esa situación, es poco probable que los acreedores hagan uso de la legitimación supletoria de que disponen para plantear la acción social, sino que si los administradores aún no hubieran solicitado la declaración de concurso voluntario, más probablemente los acreedores solicitarán la declaración de concurso necesario.

Se trata de un mecanismo escasamente utilizado en la práctica por los acreedores a la hora de defender sus intereses, por ser una acción cuyo beneficiario directo es la sociedad –en caso de éxito, el beneficio de los acreedores consiste en un incremento de los recursos de la sociedad con los que hacer frente a sus deudas–, y por contar con otros más útiles para ello.

Así, si la sociedad no es insolvente, el patrimonio social será suficiente para satisfacer sus créditos. Si la sociedad es insolvente, pero los acreedores logran probar que los administradores omitieron su deber de solicitar la declaración de concurso, en virtud del art. 165 de la aún vigente Ley Concursal –y del art. 444 del Texto Refundido que entrará en vigor el 1 de septiembre de 2020– se presumirá la culpabilidad de los administradores en el concurso, a efectos de atribuirles responsabilidad por déficit concursal. Por otra parte, en caso de que el patrimonio de los acreedores hubiera sufrido un daño directo, quedarían legitimados para ejercer la acción individual<sup>67</sup>.

#### **4.4. ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD**

##### **4.4.1. Significado y naturaleza**

Tras exponer el régimen de la acción social de responsabilidad, señala la LSC en su artículo 241 que "*Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos*", haciendo referencia a la acción individual de responsabilidad.

---

<sup>67</sup> JUSTE, 2016, *op.cit.*, págs. 182-183.

Como ya se ha indicado *ut supra*, esta acción pretende la indemnización de aquellos socios, acreedores sociales o terceros cuyo patrimonio se haya visto directamente perjudicado como consecuencia de una acción ilícita y culpable de los administradores de la sociedad en ejercicio de su cargo – "*ilícitos orgánicos*"–. Los administradores, por tanto, serán los legitimados pasivamente, y la acción será de titularidad del socio o acreedor cuyo patrimonio haya sido directamente lesionado, no debiendo confundirse con el sistema de legitimación de la minoría para el ejercicio de la acción social, de la cual es titular la sociedad, por ser su patrimonio el dañado.

Así, reiteradamente se ha señalado, como en la ya mencionada STS de 13 de febrero de 2019, que "*la legitimación activa para ejercitar la acción individual corresponde a los socios o acreedores directamente perjudicados por la actuación del administrador demandado*", de modo que éstos no quedan legitimados para ejercitar la acción individual si el daño a su patrimonio no es directo, sino reflejo del daño al patrimonio social –como una pérdida del valor de sus acciones proporcional al daño en el patrimonio social–, en cuyo caso deberán acudir a la acción social, donde la indemnización obtenida en caso de prosperar la acción pasaría a engrosar el patrimonio social. Tampoco puede utilizarse para reclamar otros conceptos como deudas de la sociedad, ni fundamentarse solamente en una mala gestión general.

Continúa, en esa línea, la mencionada STS: "*el Tribunal Supremo (...) ha declarado la improcedencia de la acción individual cuando la conducta antijurídica del administrador ha ocasionado un detrimento patrimonial a la sociedad que repercute indirectamente en la pérdida de valor de las participaciones o acciones de sus socios y en la imposibilidad de pagar las deudas sociales a sus acreedores*".

La acción individual parece reproducir en el ámbito societario la acción de responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 CC –"*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño*"–, con unos presupuestos materiales similares –comportamiento antijurídico de los administradores, daño y relación de causalidad–. Además, el art. 1903 CC, en relación a la responsabilidad por

hechos de otro, señala que son responsables "(...) *los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones*".

En aplicación de dicha regla, parece que la sociedad debería asumir los daños causados a terceros por actuaciones de sus administradores en el ejercicio de su cargo. De ser así, la acción individual tendría la misma utilidad que una reclamación directa a la sociedad, y estaría amparando una doble indemnización del mismo daño. Para evitarlo, se descarta una aplicación rígida del precepto, configurando la acción individual como una forma de reclamación complementaria a la ya existente frente a la sociedad, permitiendo al perjudicado valorar si dirigirse frente a la sociedad, frente a los administradores, o frente a ambos. Si la sociedad indemniza al perjudicado, sufrirá un daño en su patrimonio que podrá recuperar de los administradores mediante el ejercicio de la acción social. Si es el administrador quien finalmente indemniza por el ilícito orgánico cometido, excluirá la responsabilidad de la sociedad, pero sin poder repetirle nada<sup>68</sup>.

La existencia de una regulación propia viene a justificarse por esta especial naturaleza dentro del marco de la responsabilidad extracontractual – esta última, justificada en la inexistencia de una relación contractual que conecte a los administradores con los potenciales perjudicados–, como reconoce la STS 242/2014, de 23 de mayo, "*la acción individual de responsabilidad supone una especial aplicación de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia (...) que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1902 CC (...). Se trata de una responsabilidad por "ilícito orgánico", entendida como la contraída en el desempeño de sus funciones del cargo*".

En suma, la acción individual es adecuada para reclamar a los administradores el daño provocado por un "ilícito orgánico" que les sea imputable, para reclamarles una indemnización por daños directos al patrimonio de socios, acreedores o terceros derivados de conductas lesivas

---

<sup>68</sup> QUIJANO, 2019, *op.cit.*

conectadas con el ejercicio de su cargo o con las funciones que tienen atribuidas. Cuando causen un daño derivado de una conducta relacionada con su esfera personal, fuera del ámbito societario, deberá reclamárseles mediante la acción de responsabilidad extracontractual genérica del art. 1902 CC<sup>69</sup>.

#### **4.4.2. Grupos de casos reconducibles al ámbito de la acción individual**

Cabe plantear la acción individual de responsabilidad frente a los administradores en un conjunto muy heterogéneo de supuestos en los cuales tiene lugar un daño directo en el patrimonio de socios, acreedores o terceros. Debido a la abundante casuística en la materia, se ha ido produciendo una sistematización en "grupos de casos" con características comunes, en función de la vinculación que mantienen los perjudicados con la sociedad<sup>70</sup>.

En cualquier caso, el TS ha procurado evitar un recurso excesivo a la acción individual, entre otras, en la STS 253/2016 de 18 de abril de 2016, señalando que "*(...) no puede recurrirse indiscriminadamente a la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento contractual de la sociedad. (...) De ahí que resulte tan importante (...) que se identifique bien la conducta del administrador a la que se imputa el daño ocasionado al acreedor, y que este daño sea directo, no indirecto como consecuencia de la insolvencia de la sociedad*".

##### *4.4.2.1. Daño directo a los socios*

Se entenderán directamente lesionados los intereses de los socios cuando se produzcan interferencias de los administradores en el reconocimiento y ejercicio de los derechos que como socios les corresponden, más allá de que quienes ostenten la condición de socios también puedan sufrir daños directos como acreedores o terceros frente a la sociedad. Los daños directos a los socios en su condición como tales aparecen cuando los administradores cometen intromisiones ilegítimas en las relaciones entre el socio y la sociedad; que pueden consistir en privaciones injustificadas de la

---

<sup>69</sup> ESTEBAN VELASCO, 2016, *op.cit.*, págs. 194-210.

<sup>70</sup> *Ídem*, pág. 221.

condición de socio, o en perjuicios directos en los derechos de participación o económicos –lo cual perjudica *directamente* al valor de su participación en la sociedad–, tales como los de asistencia a la junta, información y voto, suscripción preferente o percepción del beneficio acordado en Junta o cuota de liquidación<sup>71</sup>.

Estos supuestos suelen identificarse con incumplimientos por parte de los administradores de normas legales, estatutarias o parasociales. El TS ha rechazado que deban reclamarse por esta vía, remitiéndose a la acción social, "*única y exclusivamente un quebranto del patrimonio social*" con su consiguiente perjuicio a los socios –en STS de 27 de noviembre de 2008–; y la venta de activos sociales sin repartir dividendos –en la ya citada STS de 20 de junio de 2013– recordando que no debe confundirse el patrimonio social y el de los socios, y que "*(...) para que los beneficios de la sociedad puedan llegar al socio es precisa la adopción en Junta de socios de determinados acuerdos, en concreto el de aplicación de resultados*", aunque admite la posibilidad excepcional de que un trasvase de activos sociales hacia sociedades en las que no participe un socio, que paralice la actividad societaria sin que se lleve a cabo un procedimiento formal de liquidación, pueda dar lugar a la interposición de una acción individual por daño directo al socio que resulte apartado de sus derechos políticos y económicos, aunque también resulte dañada la sociedad, un supuesto reconocido por una STS de 4 de noviembre de 2010.

Asimismo, consideró el Alto Tribunal la existencia de un daño directo, por ejemplo, en una STS de 3 de septiembre de 2014, siendo causado por los administradores de una sociedad que destinaron a un préstamo una cantidad recibida de un socio en concepto de aportación a cuenta de un aumento de capital, que finalmente no fue llevado a cabo<sup>72</sup>.

#### 4.4.2.2. Daño directo a los acreedores

En virtud de la acción individual, los administradores no responden de las deudas de la sociedad ni se convierten en garantes de las mismas –la responsabilidad por deudas puede aparecer por incumplir el deber de disolver

---

<sup>71</sup> QUIJANO, 2019, *op.cit.*

<sup>72</sup> ESTEBAN VELASCO, 2016, *op.cit.*, págs. 224-232.

la sociedad cuando concurren causas para ello ex art. 367 LSC, o cuando sean condenados a la cobertura del déficit concursal en caso de concurso culpable—, salvo que adquieran dicha posición jurídica aceptándolo expresamente, en virtud de otras relaciones jurídicas con los acreedores. Partiendo de esta base, y de que la finalidad de la acción individual consiste en indemnizar daños, existen supuestos en los que se considera que existe una lesión directa a los intereses de los acreedores, quedando éstos legitimados para el ejercicio de la acción individual. Es este el ámbito en el cual ha tenido mayor aplicación práctica la acción individual de responsabilidad.

En primer lugar, cuando se produce una intromisión ilegítima de los administradores en el proceso de formación de relaciones contractuales entre los acreedores y la sociedad. Se trata de conductas dolosas o negligentes de los administradores —manipulaciones contables, ocultación de información sobre la situación real, entrega de datos insuficientes o engañosos, etc.— mediante las cuales provocan en terceros estados de confianza ficticia, que les llevan a asumir relaciones con la sociedad en condiciones distintas a las que habrían aceptado de conocer la situación real, que les fue ocultada. Cuando esta conducta ilícita provoca daños en el patrimonio de los contratantes, quedan legitimados para reclamar el perjuicio patrimonial por medio de la acción individual.

Con frecuencia, estos comportamientos de los administradores aparecen en situaciones en las que la sociedad se encuentra en situación de insolvencia, o cercana a ella. Por ello, pueden solaparse con la existencia de deberes concursales cuyo incumplimiento dé lugar a la declaración de concurso culpable y a la atribución de responsabilidad por déficit concursal a los administradores, y con casos de atribución de responsabilidad por deudas a los administradores que incumplan la obligación legal de promover la disolución de la sociedad. Cuando en estas situaciones se cause una lesión directa a los acreedores, es necesario actuar con gran concreción al determinar el daño producido, para evitar que mediante la acción individual se reclamen conceptos

que deban depurarse a través de otros mecanismos específicos de responsabilidad<sup>73</sup>.

El supuesto mencionado en el cual desde los administradores se trasladan, contra el principio de buena fe, informaciones erróneas o falsas con relevancia para inversores o potenciales inversores a la hora de decidir sobre una operación, causando un daño directo en quienes las tienen en cuenta; puede darse en caso de infracción del deber legal de información a través de folletos en las ofertas públicas de valores o en caso de emisión de balances falsos que inducen a la adquisición de valores de la sociedad con un valor real inferior al anunciado, siempre que fuera razonable que el perjudicado confiara en dicha información.

En STS de 22 de diciembre de 2014, relativa a un asunto en el que una serie de proveedores de una sociedad sufren un impago parcial de sus créditos por haber confiado en unas cuentas anuales modificadas por los administradores al decidir si suministrar una serie de productos, se reconoce que *"la relevancia de las inexactitudes que afectaban a la imagen de solvencia de la compañía, hubiera provocado una falsa confianza en los acreedores demandantes para llevar a cabo importantes suministros (...) sin recabar las garantías que aseguraran el cobro de sus créditos. La conducta ilícita de los administradores privó a los acreedores demandantes de una información que les hubiera permitido adoptar medidas con las que evitar o aminorar el riesgo de impago de los créditos que surgirían por los suministros"*<sup>74</sup>.

Además de durante la formación de las relaciones contractuales, también puede producirse un daño directo a los acreedores derivado de la intromisión ilegítima de los administradores en la correcta ejecución de las relaciones que ya mantienen con la sociedad. Esto es, cuando una actuación negligente o dolosa de los administradores provoca un incumplimiento de la sociedad –que es parte en la relación contractual– frente a un acreedor concreto, cuyo crédito buscan perjudicar. Sin embargo, no podría considerarse que existiera una lesión directa, y los acreedores no quedarían legitimados

---

<sup>73</sup> QUIJANO, 2019, *op.cit.*

<sup>74</sup> ESTEBAN VELASCO, 2016, *op.cit.*, págs. 232-238.



para el ejercicio de la acción individual, cuando de una gestión general deficiente de los administradores surgieran daños al patrimonio social, perjudicando indirectamente a los acreedores en su conjunto, por ejemplo, a través de un retraso en el cobro de sus créditos.

En este segundo grupo, la lesión directa a los acreedores también puede provenir del incumplimiento por los administradores de deberes disolutorios o concursales. Ejemplo de ello es el caso de la liquidación de hecho o *cierre de facto* de la empresa social, supuesto que tiene lugar cuando una sociedad cesa en su actividad empresarial sin ser formalmente disuelta y liquidada, y por lo tanto, sin abonar los créditos pendientes a sus acreedores, si los acreedores logran probar que de haberse seguido los cauces habituales de liquidación, habrían obtenido alguna compensación patrimonial<sup>75</sup>.

La nombrada STS 253/2016, de 18 de abril, en aras a separar esta lesión directa a los acreedores de una hipotética responsabilidad por deudas, señala que *"para que pueda imputarse a la administradora el impago de una deuda social, como daño ocasionado directamente a la sociedad acreedora, (...) debe existir un incumplimiento más nítido de un deber legal al que pueda anudarse de forma directa el impago de la deuda social. (...) De otro modo, si los tribunales no afinan esa exigencia, corremos el riesgo de atribuir a los administradores la responsabilidad por el impago de las deudas sociales en caso de insolvencia de la compañía, cuando esta no es la mens legis"*.

A dicha doctrina se refiere la STS 472/2016, de 13 de julio, para fallar a favor de una demandante que *"razona que el administrador de la sociedad deudora no sólo cerró de hecho la empresa, sino que liquidó los activos sin que conste a dónde fue a parar lo obtenido con ello"*, entendiendo que *"el ilícito orgánico que supone el cierre de hecho ha podido impedir el cobro de quien ejercita la acción individual"*, motivo por el cual cabe apreciar la existencia de un daño directo. Reitera que *"(...) para que prospere la acción individual, no basta con que la sociedad hubiera estado en causa de disolución y no hubiera sido formalmente disuelta, sino que es preciso acreditar algo más, que de haberse realizado la correcta disolución y liquidación sí hubiera sido posible al*

---

<sup>75</sup> QUIJANO, 2019, *op.cit.*

*acreedor hacerse cobro de su crédito, total o parcialmente. Dicho de otro modo, más general, que el cierre de hecho impidió el pago del crédito".*

Asimismo, se ha entendido que hay intromisión ilegítima de los administradores en la ejecución de las relaciones contractuales entre la sociedad y sus acreedores, como causante de un daño directo a los últimos, cuando con motivo de la resolución de un contrato de compraventa de vivienda, se prueba que los administradores de las sociedades promotoras incumplieron su deber legal imperativo de constituir las garantías necesarias para responder de la restitución de las cantidades que los compradores de viviendas entregaron a cuenta a las sociedades que administran<sup>76</sup>.

En línea con la posición mantenida en relación al supuesto del cierre *de facto* de la sociedad, el TS señala en la ya citada STS 242/2014, de 23 de mayo –citada, entre otras, por la STS 131/2016, de 3 de marzo–, que no se puede entender que los administradores hayan causado un daño directo a los acreedores por el incumplimiento de un deber contractual de la sociedad, pero sí que se les considera responsables, y debe prosperar la acción individual que haga efectiva dicha responsabilidad, cuando del incumplimiento de un deber imperativo se deriven daños para los acreedores. Se pronuncia el TS en los siguientes términos: "*La responsabilidad de los administradores en ningún momento se puede conectar al hecho objetivo del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las relaciones contractuales, convirtiéndolos en garantes de las deudas sociales (...). Pero en el presente caso, la responsabilidad directa de los administradores proviene del carácter imperativo de la norma que han incumplido y de la importancia de los intereses jurídicos protegidos por dicha norma*". Queda patente la preocupación del TS por evitar que la acción individual de responsabilidad permita imputar al administrador cualquier incumplimiento contractual de la sociedad<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> En virtud de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

<sup>77</sup> COHEN BENCHETRIT, Amanda, 2017, "La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales a la luz de la última jurisprudencia", *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 7 de abril, n<sup>o</sup>1, Madrid: Lefebvre-El Derecho, S.A.

#### 4.4.2.3. Daño directo a terceros

Es posible, por último, que una conducta ilícita de los administradores en ejercicio de su cargo provoque daños directos a terceros no acreedores de la sociedad, ya sea a su integridad física, bienes, salud o libertad. Estos comportamientos, conocidos como *ilícitos de empresa* vienen causados por una falta de control, cuidado o vigilancia en el ejercicio ordinario de la actividad que constituye el objeto social, y también pueden dar lugar a responsabilidad en ámbitos como el penal, administrativo, de la competencia, de la propiedad intelectual e industrial o de protección de los consumidores.

La obligación de indemnizar corresponde con carácter general a la sociedad, pero si la falta de vigilancia, previsión o cuidado que causa directamente el daño es imputable a los administradores –por una infracción de los deberes que les son exigibles en el ejercicio de su cargo–, acumuladamente podrá exigírseles responsabilidad personal a través de la acción individual<sup>78</sup>.

Sirva para ilustrar este tercer grupo de casos una STS de 23 de octubre de 2008, la cual condena solidariamente a una empresa de limpiezas, a su administrador y a la esposa de éste –manteniendo el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Oviedo– a abonar una cantidad por una falta de diligencia del administrador que envió a tres operarios a realizar labores de limpieza "*sujetándose con una mano al techo del inmueble mientras con otra limpiaba los cristales, no habiendo facilitado la empresa cinturón de seguridad*", resultando uno de ellos gravemente lesionado tras una caída.

#### 4.4.3. Régimen, ejercicio y coordinación con otras acciones

La varias veces nombrada STS de 13 de febrero de 2019 –entre otras– recoge con claridad los requisitos o presupuestos materiales necesarios para que pueda prosperar la acción individual, extraídos del Derecho común de daños –que exige un acto antijurídico y culpable del que derive un daño patrimonial, siempre que media entre el acto y el daño una relación de causalidad–, y coincidentes con los que exige el art. 236 LSC para la acción

---

<sup>78</sup> QUIJANO, 2019, *op.cit.*

social de responsabilidad, también por daños, a lo cual añade la necesidad de que el daño sea directo. Así, menciona la sentencia:

*"i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores;*

*ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal;*

*iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal;*

*iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño;*

*(v) el daño que se infiere debe ser directo al tercero (...), sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad;*

*y (vi) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero".*

Al igual que en la acción social, resulta de aplicación la presunción *iuris tantum* de culpabilidad de los administradores cuando la conducta lesiva ha infringido la ley o los estatutos. Sin embargo, si bien el deber de diligencia no presenta complicaciones, por tratarse de una pauta general de comportamiento, el deber de lealtad, configurado frente a la sociedad, no puede exigirse del mismo modo frente a socios, acreedores o terceros, de manera que debe reconstruirse a partir de deberes concretos de cuidado. Las reglas de la acción social que recogen los arts. 238, 239 y 240 LSC –ejercicio por la sociedad, la minoría y los acreedores– son de exclusiva aplicación a ésta, y no tienen cabida en el régimen de la acción individual.

Por lo que respecta a su compatibilidad con otras acciones, como ya se indicó, en el apartado referido a aspectos comunes a ambas acciones, no plantea problemas su ejercicio simultáneo con la acción social de responsabilidad. Cabría el ejercicio conjunto y simultáneo de la acción individual con la acción de responsabilidad por deudas, aunque con efecto alternativo y excluyente, siempre que concurrieran los presupuestos para ello;

permitiendo reclamar al administrador las deudas contraídas con posterioridad al nacimiento de una causa de disolución –responsabilidad por deudas– o la reparación de un daño patrimonial directo –acción individual–, conceptos que podrían llegar a ser coincidentes. Por último, respecto a la responsabilidad por déficit concursal, se permite tanto interponer como continuar una acción individual durante el concurso, con la salvedad de que los acreedores a quienes se les indemnice un daño directo correspondiente a una deuda de la sociedad –con cargo a la masa pasiva–, no tendrá derecho a recibir ese importe posteriormente en el momento de la liquidación o en caso de que el administrador fuera condenado a cubrir el déficit concursal<sup>79</sup>.

El perjudicado también puede acumular a la acción individual la correspondiente acción para reclamar a la sociedad el daño directo, añadiendo así una posibilidad más de obtención de la indemnización que le corresponde, mientras se discute si la responsabilidad de los administradores es subsidiaria a la de la sociedad por los actos cometidos por éstos –como órgano de la sociedad–, o solidaria<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> QUIJANO, 2019, *op.cit.*

<sup>80</sup> ESTEBAN VELASCO, 2016, *op.cit.*, págs. 287-289.

## 5. CONCLUSIONES

Las páginas de este trabajo han analizado los aspectos fundamentales y principales problemáticas que se suscitan en relación a la responsabilidad por daños de los administradores de las sociedades de capital, teniendo en cuenta la legislación vigente –fundamentalmente el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, incluyendo la reforma de 2014 para la mejora del gobierno corporativo–, así como la jurisprudencia más relevante encontrada sobre la materia, tratando además de que fuera lo más reciente posible.

En primer lugar se ha hecho referencia a los presupuestos materiales que han de concurrir para poder atribuir responsabilidad por daños a los administradores; a saber, una actuación ilícita y culpable del administrador en el ejercicio de su cargo de la cual se derive causalmente un daño. La conducta puede consistir tanto en un comportamiento activo como omisivo, y su antijuricidad puede apreciarse cuando contraviene distintas fuentes de ilicitud, como son la ley, los estatutos sociales, los acuerdos de la Junta, los reglamentos de la Junta o del Consejo de Administración, cualquier cláusula incluida en el contrato de administración que une a los administradores con la sociedad, y por supuesto, los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad que son exigibles a los administradores en virtud del cargo que ocupan.

Queda claro que el deber de diligencia configura una obligación de medios para los administradores, que han de actuar conforme al modelo de conducta de un ordenado empresario –invirtiendo el tiempo necesario, informándose adecuadamente, etc.–. Por naturaleza, deben asumir riesgos y adoptar decisiones estratégicas para tratar de conseguir el fin social, de modo que si cumplen con unos estándares de diligencia, no puede atribuírseles responsabilidad simplemente por no haber obtenido los resultados esperados. Esta regla de protección de la discrecionalidad empresarial es relevante, en tanto que modula el deber de diligencia de los administradores. Además del deber general, la LSC desglosa una serie de deberes específicos de diligencia: cumplimiento normativo, dedicación adecuada, adopción de medidas precisas, independencia, y un derecho-deber de información que debe tener en cuenta en sus actuaciones.

Por su parte, el deber de lealtad contiene una cláusula general que obliga al administrador a comportarse como un fiel representante: de buena fe y persiguiendo los intereses de la sociedad, que se identifican con los de los socios. Asimismo, la LSC configura una serie de deberes específicos de lealtad que no agotan las conductas derivadas de este deber –las no mencionadas pueden contenerse en la cláusula general–. Estos deberes específicos de lealtad son el de ejercer sus facultades con arreglo a los fines para los que son concedidas, confidencialidad, abstención, independencia y adoptar las medidas necesarias para evitar situaciones de conflicto de interés, comunicándolas a la sociedad. A su vez, este último deber se desglosa en las prohibiciones de realizar operaciones vinculadas, de explotar la condición de administrador, utilizar activos sociales con fines privados, aprovechar oportunidades de negocio de la sociedad, obtener ventajas o remuneraciones de terceros asociadas al ejercicio del cargo, y competir efectivamente con la sociedad. Pese a la imperatividad del deber de lealtad, se indica cómo es posible obtener una dispensa expresa y concreta de las prohibiciones derivadas del deber de evitar situaciones de conflicto de interés, salvo la de explotar la condición de administrador para influir indebidamente en operaciones privadas.

Por cuanto respecta a la culpabilidad, el trabajo explica cómo se configura el carácter subjetivo de la responsabilidad por daños, debiendo siempre mediar dolo o culpa de los administradores. La culpa se presume cuando su conducta sea contraria a la ley o a los estatutos. Además, se hace referencia a la necesidad de que se produzca un daño, y una relación de causalidad que lo vincule a la actuación del administrador, sin apreciarse grandes diferencias con respecto a la teoría general.

El segundo epígrafe, titulado “legitimación pasiva y extensión subjetiva de la responsabilidad”, viene a justificar por qué es posible atribuir responsabilidad por daños a sujetos distintos de los administradores de derecho, como se venía haciendo tradicionalmente. A ellos se equipara, acertadamente, en términos de responsabilidad, a los administradores de hecho, un concepto que actualmente recoge la LSC, pero que fue configurado por jurisprudencia como la aportada en el trabajo. Los administradores de hecho pueden ser notorios, cuando ejercen las funciones del administrador

pero con falta de título, o con un título nulo o extinguido –por ejemplo, tras haber sido cesados–; u ocultos, cuando el administrador de derecho actúe bajo sus instrucciones. Como se menciona, la jurisprudencia ha recogido varios indicios que pueden alertar de la existencia de un administrador de hecho: poder general, sociedad de base familiar, titularidad del capital que permita ejercer funciones de control, presentarse como administrador frente a terceros o ejercer las funciones del administrador. Asimismo, es posible atribuir responsabilidad a los altos directivos de la sociedad cuando su figura esconda la de un administrador de hecho –cuando la sociedad funcione por Consejo de Administración y no existan consejeros delegados–; y cuando el administrador sea una persona jurídica, también a la persona física que la represente.

La parte final del trabajo se refiere a las acciones mediante las cuales puede hacerse efectiva la responsabilidad, la acción social y la acción individual, resaltando las diferencias más reseñables entre ellas que ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo. Aunque coinciden los presupuestos materiales para ejercitar ambas, la acción social sirve para reclamar daños al patrimonio social, mientras que la acción individual se utiliza para reclamar una indemnización por daños directos al patrimonio de los socios, acreedores o terceros –y no reflejos por daños al patrimonio social, como reiteradamente explica el TS–. Por ello, difieren el patrimonio al que va a parar la indemnización en caso de prosperar la acción, que será el patrimonio que haya sido directamente perjudicado; y la legitimación activa, que pertenecerá al titular del patrimonio lesionado.

La acción social tiene naturaleza contractual, por la existencia de un contrato que vincula a los administradores con la sociedad. La sociedad, su titular preferente, debe acordar su ejercicio en Junta. De ser así, suele acarrear la destitución de los administradores, y son los nuevos quienes deben ejercitarla, si bien cabe renunciar a su ejercicio en Junta general. La Junta también puede acordar la transacción, alcanzando un convenio en virtud del cual la sociedad tiene por resarcido su interés, y el administrador asume parcialmente su responsabilidad, normalmente seguida también de su destitución por pérdida de confianza. Sin embargo, se explica el importante papel que juega la minoría de socios, facultada para el ejercicio de la acción en



caso de que los administradores no convoquen una Junta solicitada por la minoría para plantear la exigencia de responsabilidad, la Junta adopte el acuerdo contrario a entablar la acción de responsabilidad, o pese a haber aprobado dicho acuerdo, los nuevos administradores no la ejerciten en el plazo de un mes. No es necesario que se dé ninguno de estos supuestos para que la minoría pueda entablar la acción social de responsabilidad en caso de infracción del deber de lealtad. Asimismo, puede oponerse a los acuerdos de transacción y renuncia al ejercicio de la acción. Por último, los acreedores sociales cuyos créditos no puedan ser satisfechos por insuficiencia del patrimonio social, disponen de una legitimación supletoria de tercer grado para el ejercicio de la acción social.

A diferencia de la acción social, la acción individual de responsabilidad es de naturaleza extracontractual. Permite reclamar los daños directos ocasionados por los administradores en conductas conectadas al ejercicio de su cargo –*ilícitos orgánicos*– al patrimonio de socios, acreedores u otros terceros. Se trata de una forma de reclamación complementaria a la que estos perjudicados disponen frente a la sociedad, de manera que si prospera su acción contra la sociedad, ésta podrá reclamar a los administradores lo indemnizado mediante el ejercicio de la acción social; y si prospera la acción individual, serán los administradores quienes indemnicen el daño directo que hubieran causado, liberando de responsabilidad por hechos de otro a la sociedad.

La jurisprudencia –una breve parte de ella incluida, a modo ilustrativo, en el epígrafe– ha ido estableciendo diferentes grupos de casos en los cuales puede prosperar la acción individual. Los socios pueden reclamar un daño directo a su patrimonio cuando los administradores se entrometen ilegítimamente en sus relaciones con la sociedad, perjudicando los derechos políticos y económicos que les corresponden por su condición de socios, y dañando así el valor de su participación en la sociedad.

Los acreedores pueden reclamar un daño directo a su patrimonio cuando los administradores se entrometen ilegítimamente en la formación o en la ejecución de sus relaciones con la sociedad. El primer supuesto se da

cuando quienes contratan con la sociedad lo hacen en peores condiciones de lo que deberían, por haber confiado en informaciones falsas o engañosas emitidas por los administradores. El segundo está presente cuando la sociedad incumple alguna obligación debido a la conducta dolosa o negligente de sus administradores, como cuando cesa la actividad habitual de la sociedad sin proceder a una liquidación formal y satisfacer a los acreedores –cierre o liquidación de hecho–, o cuando ante una resolución de un contrato de compraventa de vivienda, la sociedad no devuelve al comprador alguna cantidad que entregó anticipadamente a cuenta de la vivienda porque los administradores no constituyeron las garantías necesarias. En cualquier caso, el TS insiste en no atribuir a los administradores responsabilidad por cualquier incumplimiento de la sociedad, sino solamente por aquellos que vengan conectados al incumplimiento de algún deber legal por parte de los administradores.

Por último, otros terceros pueden reclamar una indemnización a los administradores mediante la acción individual cuando sufran un daño directo derivado de una falta de control, cuidado o vigilancia en el ejercicio ordinario de la actividad de los administradores. El trabajo también menciona las posibilidades de ejercer la acción individual simultáneamente con otras cuando se den las condiciones para ello; con la acción social, con la acción de responsabilidad por deudas, con la acción para reclamar el daño directo a la sociedad y al reclamar la responsabilidad por déficit concursal.

Además, antes de entrar a analizar cada acción por separado, el trabajo recoge una serie de aspectos comunes a las acciones social e individual de responsabilidad, donde destaca el plazo común de prescripción de cuatro años a contar desde que la acción pueda ejercitarse, introducido expresamente en la reforma de 2014 para poner fin a un intenso debate doctrinal. Asimismo, es relevante el carácter solidario de la responsabilidad entre los miembros de un Consejo de Administración, salvo que alguno de ellos logre probar que le es de aplicación alguna causa de exoneración, como la ausencia de intervención unida a un desconocimiento de la existencia del acto o acuerdo lesivo. En caso de que conociera su existencia, un administrador solamente podrá quedar exonerado si prueba que hizo todo lo posible por evitar el resultado lesivo –

impugnando el acuerdo– o que se opuso expresamente a la adopción del mismo, mediante su voto en contra. No cabe alegar como causa de exoneración la intervención de la Junta General ratificando o aprobando el acuerdo en aquellos casos en que los administradores dispongan de un cierto margen de apreciación, o de distintas opciones, aunque sí en aquellos acuerdos de obligado cumplimiento.

Cabe reseñar, por último, dentro de estos aspectos comunes, la tendencia a que no aparezca una responsabilidad unitaria dentro de los Consejos de Administración, sino que ésta venga modulada por el distinto nivel de diligencia exigido en función de la posición ocupada dentro del Consejo, así como por los repartos de tareas –nombramiento de consejeros delegados y comisiones ejecutivas–, en cuyo caso los consejeros delegantes mantienen en todo caso las funciones de supervisión y control, no quedando liberados de toda responsabilidad.

Estas son, en resumen, las claves de los aspectos fundamentales de la responsabilidad por daños de los administradores de las sociedades de capital analizados en este trabajo. Aunque pueda no parecerlo, la intención ha sido la de abordar un campo tan amplio dentro del Derecho Mercantil de la manera más sintética posible.

## 6. JURISPRUDENCIA CITADA

### TRIBUNAL SUPREMO

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª). Sentencia núm. 540/2005, de 7 de julio.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª). Sentencia núm. 55/2008, de 8 de febrero.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª) Sentencia núm. 523/2008, de 12 de junio.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª). Sentencia núm. 987/2008, de 23 de octubre.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª). Sentencia núm. 1168/2008, de 27 de noviembre.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª). Sentencia núm. 123/2010, de 11 de marzo.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª). Sentencia núm. 670/2010, de 4 de noviembre.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª). Sentencia núm. 721/2012, de 4 de diciembre.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª). Sentencia núm. 396/2013, de 20 de junio.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª). Sentencia núm. 242/2014, de 23 de mayo.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª). Sentencia núm. 446/2014, de 3 de septiembre.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª). Sentencia núm. 737/2014, de 22 de diciembre.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª). Sentencia núm. 400/2015, de 9 de julio.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª). Sentencia núm. 131/2016, de 3 de marzo.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª). Sentencia núm. 224/2016, de 8 de abril.

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª). Sentencia núm. 253/2016, de 18 de abril.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 472/2016, de 13 de julio.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª). Sentencia núm. 104/2018, de 1 de marzo.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sec. 1ª). Sentencia núm. 87/2019, de 13 de febrero.

### **AUDIENCIAS PROVINCIALES**

- España. Audiencia Provincial de Álava (Sec. 2ª). Sentencia núm. 152/2006, de 18 de septiembre.
- España. Audiencia Provincial de Girona (Sec. 1ª). Sentencia núm. 310/2012, de 12 de julio.
- España. Audiencia Provincial de A Coruña (Sec. 4ª). Sentencia núm. 66/2013, de 27 de febrero.
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 15ª). Sentencia núm. 107/2015, de 23 de abril.
- España. Audiencia Provincial de Zaragoza (Sec. 5ª). Sentencia núm. 318/2015, de 16 de julio.
- España. Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 28ª). Sentencia núm. 273/2016, de 8 de julio.
- España. Audiencia Provincial de Valladolid (Sec. 3ª). Sentencia núm. 262/2017, de 10 de julio.
- España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 15ª). Sentencia núm. 1635/2019, de 26 de septiembre.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

BARTLE, Marta y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, 2016, "Los administradores responsables", en Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia: Tirant Lo Blanch, págs. 65-102.

COHEN BENCHETRIT, Amanda, 2017, "La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales a la luz de la última jurisprudencia", *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 7 de abril, nº1, Madrid: Lefebvre-El Derecho, S.A.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, 2016, "La acción individual de responsabilidad", en Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia: Tirant Lo Blanch, págs. 189-299.

FACHAL NOGUER, Nuria, 2018, "El régimen de responsabilidad del órgano de administración plural: en particular, el consejo de administración con funciones delegadas", *Boletín Mercantil*, Madrid: Lefebvre-El Derecho, S.A.

GARCÍA-VILLARRUBIA, Manuel, 2019, "La legitimación activa en la exigencia del deber de lealtad", *Revista de Derecho Mercantil*, nº72, Madrid: Lefebvre-El Derecho, S.A.

JUSTE, Javier, 2016, "La legitimación de la minoría y de los acreedores para el ejercicio de la acción social", en Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia: Tirant Lo Blanch, págs. 141-188.

LARA, Rafael, 2016, "La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad", en Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia: Tirant Lo Blanch, págs. 103-140.

LEFEBVRE, Francis (red.). 2020, *Memento práctico Sociedades Mercantiles*, Madrid: Lefebvre-El Derecho, S.A.

LLEBOT MAJÓ, Josep O. 2016, “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, en Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia: Tirant Lo Blanch, págs. 21-63.

MARTÍNEZ-BUJÁN Pérez, Carlos, 2019, *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte Especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

PÉREZ BENÍTEZ, JACINTO J., 2015, “El administrador societario: Una profesión de riesgo. La responsabilidad del administrador tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre”, *Revista Derecho Mercantil*.

PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto J. (coord.), 2018, “La responsabilidad del representante del administrador persona jurídica”, *Revista digital de Mercantil Lefebvre*, nº 59, Madrid: Lefebvre-El Derecho, S.A.

PORTELLANO DÍEZ, Pedro, 2016, *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, S.A.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, 2015, “Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del Consejo de Administración – arts. 236.1 y 2 LSC–”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 296, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 135-157.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, 2019, "Acción individual de responsabilidad de administradores e ilícito orgánico (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2019)", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Wolters Kluwer, págs. 15-28.