

**LA RESPONSABILIDAD
DE LOS ADMINISTRADORES
DE LAS SOCIEDADES
DE CAPITAL**

EDUARDO GALÁN CORONA
JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
(Coordinadores)

LA RESPONSABILIDAD
DE LOS ADMINISTRADORES
DE LAS SOCIEDADES
DE CAPITAL

ASPECTOS CIVILES, PENALES Y FISCALES



Diseño de colección por
Taller Universo: J. Serrano y M. Á. Pacheco

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la Ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeren, plagiaren, distribuyeren o comunicaren públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la preceptiva autorización.

© EDUARDO GALÁN CORONA, JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, ALFREDO ÁVILA DE LA TORRE, ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, JUAN CARLOS FERRER OLIVÉ, ANTONI FONT RIBAS, JUAN JACINTO GARCÍA PÉREZ, TOMÁS MARCOS SÁNCHEZ y JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR, 1999
© EDITORIAL TECNOS, S. A., 1999
Juan Ignacio Luca de Tena, 15 - 28027 Madrid
ISBN: 84-309-3371-9
Depósito Legal: M- 25585 -1999

Printed in Spain. Impreso en España por Rigorma

ÍNDICE

PRÓLOGO; por Eduardo Galán Corona y José Antonio García-Cruces González	Pág. 11
RÉGIMEN GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL, por Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano	
I. LA ACTUAL REGULACIÓN LEGAL Y SUS ANTECEDENTES	15
1. <i>La LSA de 1951</i>	15
2. <i>Los trabajos de reforma</i>	16
3. <i>La LSA de 1989</i>	17
4. <i>La gran innovación de la LSA de 1989: la responsabilidad de los administradores en los supuestos de disolución de la sociedad</i>	18
II. VISIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN VIGENTE Y POSIBLES REFORMAS	19
1. <i>Criterio para la atribución de responsabilidad a los administradores</i>	19
2. <i>Exoneración de responsabilidad de los miembros del consejo de administración</i>	20
3. <i>Otros supuestos especiales</i>	22
4. <i>Responsabilidad de los administradores en los supuestos de disolución de la sociedad</i>	23
A) <i>Observaciones generales</i>	23
B) <i>La responsabilidad de los administradores por disolución de la sociedad según las distintas causas que pueden operar esa disolución</i>	24
a) <i>Disolución por cumplimiento del término fijado en los estatutos</i> .	24
b) <i>Causas de disolución que no operan automáticamente y respecto de las cuales la Ley otorga un plazo de gracia para eliminar la causa de disolución</i>	24
c) <i>Conclusión de la empresa que constituya el objeto social, imposibilidad manifiesta de realizar éste o paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento</i>	25
d) <i>Disolución por pérdidas</i>	25
LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LA FALTA DE ADAPTACIÓN DE LOS ESTATUTOS A LA NUEVA LEGISLACIÓN, por Eduardo Galán Corona	
I. INTRODUCCIÓN	27
II. OBLIGACIÓN DE ADAPTAR LOS ESTATUTOS A LAS EXIGENCIAS DE LA NUEVA REGULACIÓN DE SOCIEDADES DE CAPITAL Y CONSECUENCIAS DE SU INFRACCIÓN	28
III. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA POR LAS DEUDAS SOCIALES EN CASO DE NO ADAPTACIÓN ESTATUTARIA	31
1. <i>Significado y naturaleza de esa especial responsabilidad</i>	31
2. <i>Hecho generador de la responsabilidad</i>	32
3. <i>Sujetos de la responsabilidad impuesta por la disposición transitoria 3.ª, apartado 3, LSA</i>	33
4. <i>Elemento subjetivo en la generación de la responsabilidad</i>	35
5. <i>Ámbito objetivo de la responsabilidad</i>	35
6. <i>Otros rasgos de la acción de responsabilidad por no adaptación</i>	36
IV. PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA NO ADAPTADA EN PUNTO AL CAPITAL SOCIAL (DISP. TRANS. 6.ª)	37
V. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA POR NO ADAPTACIÓN DE SUS ESTATUTOS A LA NUEVA REGULACIÓN LEGAL	40

VI. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES Y DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA LABORAL POR NO ADAPTACIÓN DE SUS ESTATUTOS.....	44
BIBLIOGRAFÍA	47
LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR NO PROMOCIÓN O REMOCIÓN DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD: CONSIDERACIONES EN TORNO AL DEBATE JURISPRUDENCIAL, por José Antonio García-Cruces González	48
I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL TEMA.....	48
II. FINALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS ADMINISTRADORES EX ARTÍCULOS 262.5.º LSA Y 105.5.º LSRL	50
III. PRESUPUESTOS NORMATIVOS	53
1. <i>Presencia de un supuesto de hecho calificado como causa de disolución</i>	53
2. <i>Obligación de convocar la Junta General</i>	55
3. <i>Solicitud de disolución judicial</i>	59
IV. CALIFICACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR NO PROMOCIÓN O REMOCIÓN DE LA DISOLUCIÓN	62
1. <i>Calificación jurídica</i>	62
2. <i>Es una responsabilidad personal, ilimitada, autónoma, no objetiva, de carácter cumulativo y solidaria</i>	67
3. <i>Contenido y extensión de tal responsabilidad</i>	72
V. EXIGIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS ADMINISTRADORES EX ARTÍCULOS 262.5.º LSA Y 105.5.º LSRL	74
1. <i>Legitimación activa</i>	74
2. <i>Legitimación pasiva. Problemas particulares</i>	78
3. <i>Causas de exoneración. El cumplimiento tardío</i>	83
4. <i>Prescripción de la acción</i>	89
LA ASEGURABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES, por Antoni Font Ribas	91
I. EL RIESGO COMO ELEMENTO DEL CONTRATO DE SEGURO	91
1. <i>Concepto de riesgo</i>	92
2. <i>La culpa como riesgo asegurable</i>	94
II. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE CULPA Y EL RIESGO EXCLUIDO.....	96
1. <i>Concepto de culpa a los efectos de asegurabilidad</i>	96
2. <i>El dolo como riesgo excluido legalmente</i>	97
3. <i>Delimitación convencional del riesgo</i>	98
4. <i>Delimitación convencional del riesgo en los seguros «todo riesgo»</i>	99
5. <i>Seguro «todo riesgo» y exclusión del riesgo de culpa</i>	101
III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES COMO RIESGO ASEGURABLE.....	103
1. <i>El deber de diligencia exigido a los administradores</i>	103
A) Fundamento	103
B) Parámetro de conducta	104
2. <i>Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores. Culpa asegurable</i>	108
A) La conducta. Hechos positivos y hechos negativos	108
B) El daño.....	109
C) La culpa.....	110
D) La conexión causal entre la culpa y el daño	113
E) Carga de la prueba.....	113
LAS FALSEDADES EN LA INFORMACIÓN SOCIAL (ART. 290 DEL CÓDIGO PENAL), por Juan Carlos Ferré Olivé.....	117
LA ADMINISTRACIÓN SOCIAL FRAUDULENTA (ART. 295 DEL CÓDIGO PENAL), por Juan Carlos Ferré Olivé	128

EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO: IMPOSICIÓN DE ACUERDOS ABUSIVOS Y LESIVOS (ARTS. 291 Y 292 DEL CÓDIGO PENAL), por Julián Sánchez Melgar.....	135
I. INTRODUCCIÓN.....	135
II. IMPOSICIÓN DE ACUERDOS ABUSIVOS EN PERJUICIO DE LOS DEMÁS SOCIOS.....	137
III. ACUERDOS LESIVOS PARA LA SOCIEDAD O SUS SOCIOS ADOPTADO POR UNA MAYORÍA FICTICIA.....	142
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES POR IMPEDIMENTO O NEGATIVA DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DEL SOCIO Y DEL EJERCICIO DE LA ACTUACIÓN SUPERVISORA E INSPECTORA DE LA ADMINISTRACIÓN, por Juan Jacinto García Pérez.....	145
I. IDEAS INTRODUCTORIAS.....	145
II. ESTUDIO CONJUNTO DE ALGUNOS ELEMENTOS COMUNES EN LOS DELITOS DE LOS ARTÍCULOS 293 Y 294 DEL CÓDIGO PENAL.....	149
1. <i>Ámbito de aplicación. Concepto penal autónomo de «Sociedad». Reenvío al artículo 297</i>	149
2. <i>Autor o sujeto activo. La polémica sobre el alcance de la expresión «Administrador de hecho o de derecho»</i>	155
3. <i>La condición objetiva de perseguibilidad del artículo 296</i>	162
4. <i>Penalidad. Crítica</i>	166
III. EXAMEN CONCRETO DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 293.....	169
1. <i>Precisiones previas</i>	169
2. <i>La naturaleza y el bien jurídico protegido en la norma</i>	172
3. <i>La conducta típica. Coordinación con la Legislación de Derecho Privado. Problemas interpretativos</i>	176
4. <i>«Causa legal» y cuestiones prejudiciales devolutivas</i>	181
IV. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARTÍCULO 294.....	185
1. <i>El objeto de protección del tipo y su naturaleza</i>	186
2. <i>Acotaciones sobre la acción típica</i>	189
3. <i>Concurrencia con infracciones administrativas. Principio non bis in idem.</i>	192
4. <i>Especificidad de la singular aplicación de las llamadas consecuencias accesorias</i>	197
V. CONSIDERACIONES FINALES.....	199
RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE ENTIDADES EN MATERIA TRIBUTARIA, por Tomás Marcos Sánchez.....	203
I. INTRODUCCIÓN.....	203
I. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.....	204
1. <i>Supuestos</i>	204
A) <i>Causantes o colaboradores en la infracción tributaria</i>	204
B) <i>Sociedades integrantes de un Grupo</i>	208
C) <i>Copartícipes o cotitulares de las entidades del artículo 33 LGT</i>	208
D) <i>Socios o partícipes en el capital de socios o entidades disueltas y liquidadas</i>	208
E) <i>Supuestos de falta de colaboración en los embargos, impidiendo la traba administrativa</i>	209
F) <i>Supuestos de responsabilidad solidaria proclamados en el derecho privado</i>	209
2. <i>Contenido y alcance de la responsabilidad</i>	210
3. <i>Procedimiento</i>	212
III. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA.....	215
1. <i>Supuestos</i>	217
A) <i>Administradores de personas jurídicas que cometan infracciones tributarias simples, los cuales no hubieran realizado los actos necesarios que fueran de su incumbencia para el cumplimiento de las obligacio-</i>	

	nes tributarias infringidas, consintieran el incumplimiento por quienes de ellos dependan o adoptaran los acuerdos que hicieran posible tales infracciones (art. 40.1, párr. 1.º, LGT).....	217
B)	Administradores de personas jurídicas que cometan infracciones tributarias graves, los cuales no hubieran realizado los actos necesarios que fueran de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas, consintieran el incumplimiento por quienes de ellos dependan o adoptaran los acuerdos que hicieran posible tales infracciones	217
C)	Administradores de las personas jurídicas que hubieren cesado en sus actividades, quienes responden, en todo caso (art. 40.1, párr. 2.º, LGT) .	221
D)	Síndicos, interventores, liquidadores de quiebras, concurso, sociedades y entidades en general, cuando por negligencia o mala fe no realicen las gestiones necesarias para el íntegro cumplimiento de las obligaciones tributarias devengadas con anterioridad a dichas situaciones y que sean imputables a los respectivos sujetos pasivos.....	223
2.	<i>Contenido y alcance de la responsabilidad</i>	224
3.	<i>Procedimiento</i>	227
A)	Acto de derivación de responsabilidad	227
B)	Trámite de audiencia	227
C)	Declaración de fallido del deudor principal	228
D)	Notificación del acto de derivación	228
IV.	CUESTIONES COMUNES	229
1.	<i>Cómputo de la prescripción</i>	229
2.	<i>Concurrencia de varios responsables</i>	234
3.	<i>Los administradores pasivos</i>	236
4.	<i>Actuaciones de la inspección</i>	237
5.	<i>Las medidas cautelares</i>	239
6.	<i>La inscripción registral</i>	241
	APÉNDICE DOCUMENTAL, por Alfredo Ávila de la Torre	245
I.	PRELIMINAR.....	245
II.	PROPUESTA DE NORMAS PARA EL MEJOR FUNCIONAMIENTO DE LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN (CÍRCULO DE EMPRESARIOS).....	247
III.	EL GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS (COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DE UN CÓDIGO ÉTICO DE LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES, 1998).....	256
1.	<i>Introducción</i>	256
2.	<i>La demanda de reformas</i>	257
3.	<i>La elaboración del Informe</i>	258
4.	<i>Naturaleza del trabajo</i>	259
5.	<i>El movimiento de reforma en España</i>	260
6.	<i>Informe sobre el Consejo de Administración</i>	260
7.	<i>Código de Buen Gobierno</i>	282
IV.	REGLAMENTO TIPO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN AJUSTADO AL CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO (CNMV, 1998)	284
V.	CARTA CIRCULAR 11/1998 CONTENIENDO INFORMACIÓN AL MERCADO SOBRE LA ASUNCIÓN DEL CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO (CNMV, 1998).....	295

PRÓLOGO

La responsabilidad en que pueden incurrir los administradores de una sociedad de capital —anónima, limitada o comanditaria por acciones— es uno de los aspectos del Derecho de Sociedades que mayor protagonismo ha cobrado en los últimos tiempos. En efecto, llama poderosamente la atención que frente a la situación que se produjera durante la vigencia de las Leyes de Anónimas y de Limitadas de 1951 y de 1953, en la actualidad asistimos a una eclosión de procedimientos judiciales en los que se busca requerir la oportuna indemnización a los administradores de la sociedad. Pero, igualmente, con un simple repaso a los repertorios jurisprudenciales puede también constatarse cómo la proliferación de procesos societarios parece centrarse en esta materia de la responsabilidad de los administradores sociales, pues el número de procedimientos en cualquier otro aspecto del Derecho de Sociedades dista mucho de alcanzar las elevadas cifras de aquéllas. Estos datos no sólo han de referirse a la posible responsabilidad civil que puede exigirse a los administradores sino, también, cabe tal referencia respecto de otros ámbitos pues, como acreditan recientes escándalos financieros, se promueven responsabilidades de orden penal, y, por supuesto, también hay ejemplos en los aspectos tributarios.

Ante la tozudez de esa realidad que muestran los datos, conviene reiterar la importancia que presenta el régimen de la responsabilidad que puede resultar exigible a los administradores de una sociedad de capital. Y la importancia de tal temática radica, junto con razones —a veces olvidadas y, quizás, no muy de moda— de justicia material, en las funciones que un adecuado régimen de responsabilidad está llamado a cumplir. En este sentido, junto con la finalidad reparadora que siempre está presente en ella, la responsabilidad de los administradores sociales ha de atender elementales exigencias de control. Exigencias de control que obedecen a la constatación de los resultados a que ha conducido la evolución del propio Derecho de Sociedades así como a la configuración técnica que el mismo ha dado a ciertas cuestiones básicas en el juego de relaciones en las que participa la misma sociedad y que favorecen una posición autónoma de los administradores sociales.

En primer lugar, y aun cuando éste no sea el lugar adecuado para profundizar sobre tales aspectos, no cabe desconocer cuál ha sido la evolución de la realidad a la que hemos de aplicar el Derecho de Sociedades. Así, y en lo que hace a la gran empresa que adopta —normalmente— la forma jurídica de sociedad anónima, puede constatarse una real disociación entre poder de decisión y propiedad. En efecto, en razón de múltiples factores y como consecuencia de la presencia de un ingente número de accionistas, los administradores se encuentran —*de facto*— inmunes a un control que la economía clásica confiaba a la propiedad, y que ésta ejercía mediante su derecho de voto en la Junta General. La realidad de la gran empresa en forma de anónima pronto desmintió la viabilidad de tal esquema, pues el absentismo de los socios —comportamiento que, las más de las veces, viene defendido por los economistas como la actitud racionalmente

más eficaz— junto con otros fenómenos, tuvo como resultado una administración —la *techoestructura*, en expresión de GALBRAITH— que quedaba libre de cualquier censura, ya que la Junta no venía a ser —tras su, a veces no fácil, válida constitución— más que una especie de ceremonia que legitimaba la previa decisión de la administración social (FERRI). Por otro lado, la situación de las empresas de una menor dimensión que acudían a las formas jurídicas capitalistas presentaban unas características en las que, dejando de lado a los acreedores profesionales que siempre disponían de medios —y, sobre todo, poder contractual— para solventar la defensa de sus intereses, se producía con harta frecuencia un desplazamiento del riesgo empresarial propio a los acreedores sociales. De hecho, no parece descabellado afirmar —como en alguna ocasión se hiciera— que, con demasiada frecuencia, la posibilidad de requerir la oportuna responsabilidad a los administradores de tales sociedades venía a constituir el último —y, a veces, el único— remedio a fin de que los acreedores pudieran hacer realidad sus créditos.

Frente a esa realidad, el Derecho anteriormente vigente ofrecía unos limitados instrumentos. En el plano civil, restringía la posibilidad de requerir la oportuna responsabilidad de los administradores a aquellos supuestos de «daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave» (art. 70 LSA de 1951), lo que llevó a nuestra mejor doctrina mercantilista a destacar el criterio «de gran benevolencia» (GARRIGUES) que presidía la regulación legal. Por otro lado, la inexistencia de disposiciones específicas así como la interpretación que en ocasiones se realizara de los tipos penales generales, no condujo a los resultados esperados. En último lugar, tampoco los resultados en el plano de la responsabilidad fiscal alcanzaron los objetivos deseados.

Frente a todo ello, se inició un proceso de reforma que, de forma gradual, tuvo como resultado la configuración de una posición autónoma de los administradores sociales dentro de la estructura societaria, de tal manera que vinieron a acentuar su posición independiente respecto de cualquier control. Esa posición autónoma, sin embargo, venía requerida por múltiples exigencias de carácter empresarial y, de hecho, constituía un presupuesto necesario para una adecuada política de la gestión social. De hecho, la normativa vigente viene a reflejar tal autonomía, no sólo por el progresivo vaciamiento y limitación de las competencias tradicionalmente reservadas a la Junta General (*ad ex.*, cooptación, dividendos a cuenta, etc.) sino, sobre todo, por manifestar esa autonomía de los administradores en las relaciones de la sociedad con terceros con los que se vincula la sociedad en su tráfico. En este sentido, y como consecuencia de nuestro proceso de armonización respecto de las exigencias comunitarias, el poder de representación que se confía a los administradores, y en virtud de cuyo ejercicio se vincula a la sociedad, comprometiéndose el patrimonio social, queda configurado como ilimitado e ilimitable (*Prokurist*), a fin de, ante un hipotético conflicto de intereses entre socios y terceros, primar el interés de éstos en detrimento del de aquéllos (cfr. art. 129 LSA).

Esa autonomía de los administradores sociales, necesaria desde el punto de vista de las necesidades del tráfico y de una acertada gestión empresarial, no puede hacernos olvidar su correcto significado. En efecto, ese poder «no proporcional a la riqueza poseída» (GALGANO) ha de tener mecanismos de com-

pensación que eviten cualquier disfuncionalidad en su ejercicio. Tal idea aparece correctamente expresada en el par. 76, I de la Aktiengesetz de 1965, donde —a fin de destacar la autonomía de la gestión empresarial— se advertía que «a la dirección (*Vorstand*) corresponderá, *bajo su responsabilidad*, el poder de dirigir a la sociedad». Dicho en otras palabras, no puede dejarse de lado, frente a lo que en ocasiones se suele argumentar, que la autonomía de decisión que corresponde a la administración social y que —progresivamente— las Leyes cada vez acentúan más, tiene carácter funcional, pues «la autonomía del órgano administrativo respecto de la junta general de accionistas —legislada en los países de capitalismo más avanzado— no es una autonomía efectiva, y no es traducible en términos sociológicos de separación del poder económico de la propiedad de la riqueza. Es sólo una autonomía funcional; una autonomía instrumental respecto de los intereses del grupo de la junta general que controla la sociedad» (GALGANO).

Llegados a este extremo, parece que será forzoso concluir que, en atención a los hechos apuntados y a sus consecuencias en el plano de la legislación, el tema de la responsabilidad de los administradores sigue siendo —pues nunca ha perdido su vigencia— un «tema de nuestro tiempo». Pero, además, el interés sobre tal materia se ha acentuado como consecuencia de las últimas reformas legislativas que se han producido en nuestro país, las cuales, no sólo han atendido las lagunas y defectos que presentaba la legislación anterior sino, también, han dado una nueva visión al problema consagrando una suerte de —por emplear un término grato a la doctrina mercantilista— «polivalencia funcional» de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. En efecto, las modificaciones legales han operado una sustancial reforma del régimen de la responsabilidad civil de los administradores sociales, a la par que han colmado lagunas importantísimas respecto de su posible responsabilidad penal y fiscal. Pero, también, sobre todo en lo atinente a la responsabilidad de orden civil, el legislador ha venido a sancionar supuestos de responsabilidad de significado no indemnizatorio sino punitivo civil a fin de hacer realidad exigencias dispuestas en nuestras leyes, tales como la necesaria adaptación a la nueva legislación de las sociedades preexistentes, o a fin de poner coto a males endémicos de nuestra realidad societaria, como así ocurría respecto de las llamadas «sociedades durmientes» o inexistentes en la realidad del tráfico pero subsistentes en la publicidad registral. Con este proceder, y en atención a las más que importantes mejoras técnicas que han sido adoptadas en la nueva normativa, parece que podría hacerse realidad la manifestación que hiciera, con importantes dosis de benevolencia o ingenuidad, el legislador en la Exposición de Motivos de la ahora derogada LSA de 1951, cuando advertía, respecto del régimen que prevenía en orden a la responsabilidad de los administradores sociales, que «no será fuente de abusos, ni hará peligrar la buena marcha de las sociedades. Servirá, por el contrario, para mantener en todos los casos la pureza administrativa que es norma y blasón de la gran mayoría de las empresas españolas».

Todas las razones apuntadas y el interés de la materia nos llevó a un grupo de Profesores Universitarios y Profesionales del Derecho a reflexionar sobre el régimen de la responsabilidad de los administradores sociales. Con tal fina-

lidad, y por iniciativa del Área de Derecho Mercantil del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Salamanca, se celebraron en Ávila unas Jornadas Científicas bajo el título «La responsabilidad de los administradores de las Sociedades de Capital: aspectos civiles, penales y fiscales», durante los pasados días 24 y 25 de abril de 1998. Gracias al patrocinio de la Junta de Castilla y León (Consejería de Educación y Cultura), de la Cámara de Comercio e Industria de Ávila, de la Institución Gran Duque de Alba y de la Caja de Ahorros de Ávila, las citadas Jornadas se desarrollaron con todo éxito. Quienes en ellas participamos, decidimos que el interés de los temas objeto de exposición y debate nos aconsejaba su difusión, y en atención al interés despertado y a la calidad de las ponencias desarrolladas, ofrecemos los resultados obtenidos con esta publicación.

EDUARDO GALÁN CORONA
JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Salamanca, septiembre de 1998

RÉGIMEN GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO
Catedrático de Derecho Mercantil. UNED
Abogado

SUMARIO: I. LA ACTUAL REGULACIÓN LEGAL Y SUS ANTECEDENTES. 1. *La LSA de 1951*. 2. *Los trabajos de reforma*. 3. *La LSA de 1989*. 4. *La gran innovación de la LSA de 1989: la responsabilidad de los administradores en los supuestos de disolución de la sociedad*. II. VISIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN VIGENTE Y POSIBLES REFORMAS. 1. *Criterio para la atribución de responsabilidad a los administradores*. 2. *Exoneración de responsabilidad de los miembros del consejo de administración*. 3. *Otros supuestos especiales*. 4. *Responsabilidad de los administradores en los supuestos de disolución de la sociedad*. A) Observaciones generales. B) La responsabilidad de los administradores por disolución de la sociedad según las distintas causas que pueden operar esa disolución. a) Disolución por cumplimiento del término fijado en los estatutos. b) Causas de disolución que no operan automáticamente y respecto de las cuales la Ley otorga un plazo de gracia para eliminar la causa de disolución. c) Conclusión de la empresa que constituya el objeto social, imposibilidad manifiesta de realizar éste o paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento. b) Disolución por pérdidas.

I. LA ACTUAL REGULACIÓN LEGAL Y SUS ANTECEDENTES

1. LA LSA DE 1951

Antes de entrar en la exposición de esta ponencia conviene recordar su carácter introductorio. Esto significa que no se entrará en el estudio detallado de cada uno de los problemas que plantea la responsabilidad civil de los administradores, puesto que ése será el objeto de las distintas ponencias que han de desarrollarse durante estas Jornadas.

Por tanto esta ponencia tendrá por objeto la exposición de una serie de ideas generales sobre los problemas que plantea la regulación de la responsabilidad civil de los administradores de capital, con una visión crítica de la legislación vigente y las modificaciones que podrían introducirse en ella.

Para comprender la situación legal vigente en esta materia es preciso, como ocurre casi siempre, recordar los antecedentes de la legislación actual.

Es notoriamente conocido que bajo la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) de 17 de julio de 1951, apenas se dictó alguna sentencia en materia de responsabilidad de los administradores.

La LSA de 1951 partía de dos premisas: por una parte, que la actuación correcta de los administradores constituía la regla general en las sociedades anónimas españolas; y, por otra parte, que había que evitar el abuso de las acciones de responsabilidad por hacer peligrar la buena marcha de las sociedades.

Así se declaraba en la Exposición de Motivos de la Ley, cuyo texto, suficientemente expresivo, establecía lo siguiente:

Importantes novedades ofrece la Ley en orden a la disciplina de los órganos sociales. Novedades frente a la parquedad de nuestro Código de Comercio, que apenas se ocupa de esta materia, pero no frente al Derecho vivo de las sociedades, porque, en definitiva, la Ley se limita a recoger, con inspiraciones más o menos directas de otras legislaciones extranjeras, el derecho a la práctica que vive al amparo de los estatutos sociales. Se exige a los administradores la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, y se les impone la obligación de responder frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores de los daños causados por malicia o negligencia grave. *La forma en que se regula el ejercicio de la acción permite asegurar que el reconocimiento de la responsabilidad de los administradores no será fuente de abusos, ni hará peligrar la buena marcha de las sociedades. Servirá, por el contrario, para mantener en todos los casos la pureza administrativa que es norma y blason de la gran mayoría de las empresas españolas.* [La cursiva no apareció en el original.]

Consecuente con ese planteamiento de la Exposición de Motivos, el artículo 79 sólo imponía la responsabilidad de los administradores por el «daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave». En definitiva, sólo se respondía por negligencia grave o por dolo.

Ello explica que bajo el imperio de la LSA de 1951 la responsabilidad de los administradores fuera un tema sin ninguna trascendencia práctica en la vida de las sociedades anónimas.

Pero esa falta de trascendencia práctica de un tema realmente tan importante como el de la responsabilidad de los administradores no constituía una cuestión aislada dentro del conjunto de la regulación legal, sino que se correspondía plenamente con el carácter totalmente permisivo que la Ley establecía en materia de sociedades anónimas. Recuérdese la falta total de control sobre las aportaciones sociales dinerarias (que se decían ingresadas en la caja social, lo que era totalmente falso en la inmensa mayoría de los casos) y la orfandad de controles efectivos sobre las aportaciones no dinerarias, la contabilidad social y consecuentemente sobre el patrimonio de las sociedades anónimas.

Por lo demás, las líneas maestras del régimen de las acciones por responsabilidad de los administradores, tal como se regulaban en la LSA de 1951 se mantienen en la vigente LSA de 22 de diciembre de 1989.

En efecto, el artículo 80 LSA de 1951 regulaba la acción social de responsabilidad, que puede ejercitarse por la sociedad, los socios o los acreedores, y se establecía la posibilidad de adopción del acuerdo social para ejercitar la acción, aunque no constara en el orden del día.

Coincide pues sustancialmente este artículo con lo dispuesto en el artículo 134 LSA de 1989.

Y en el artículo 81 se regulaba la acción individual de responsabilidad por daños causados por los administradores directamente a los socios o a los terceros. Este artículo coincide también literalmente con lo dispuesto en el artículo 135 LSA de 1989.

2. LOS TRABAJOS DE REFORMA

Ya bajo el régimen de la LSA de 1951 se sintió la necesidad de reformar la Ley en materia de responsabilidad de los administradores. En efecto, en el año

1968, y como consecuencia de unos escándalos que se habían producido en unas sociedades anónimas andaluzas, Franco pidió al entonces Ministro de Justicia, señor Iturmendi, que preparara una reforma de los artículos de la LSA referentes a la responsabilidad de los administradores, precisamente para hacer esa responsabilidad más efectiva. En cumplimiento de esas instrucciones el Ministro encargó a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, que entonces presidía el profesor Joaquín Garrigues, la preparación de un anteproyecto de ley.

Se comenzó así a trabajar en lo que internamente a efectos de la Comisión se denominó en términos coloquiales como «reforma ortopédica» de la LSA, haciendo referencia al carácter muy limitado de la reforma propuesta.

Más, como ocurre con frecuencia cuando se propone la realización de una modificación muy puntual de una ley, se pensó en el seno de la Comisión que convenía aprovechar la oportunidad para introducir algunas otras modificaciones puntuales de la ley que venían siendo reclamadas a la vista de la experiencia práctica de su aplicación, aunque se tratara de temas ajenos a la responsabilidad de los administradores. Y así se fue ampliando la lista de artículos a reformar y sobre todo pasó la urgencia del encargo. La consecuencia es que nunca se llegó a terminar el anteproyecto de reforma concreta en el que se había trabajado.

Por el contrario, y precisamente dentro de esa dinámica de ir contemplando cada vez con mayor amplitud las materias de nuestra legislación de sociedades mercantiles que precisaban de una nueva regulación se pasó de trabajar en la «reforma ortopédica» a iniciar la preparación de un anteproyecto de ley general de sociedades mercantiles. Es obvio que en esta iniciativa influyó el hecho de que en Francia se hubiera promulgado la ley de sociedades mercantiles de 24 de julio de 1966. Pues bien, se redactaron ponencias de cuatro títulos de lo que debería ser el libro primero de ese anteproyecto de ley general de sociedades mercantiles, siendo ponentes de cada uno de ellos los profesores Menéndez, Sánchez Calero, Broseta y yo mismo.

Este anteproyecto se volvió a abandonar en 1975 para retomar los trabajos de modificación de la ley de sociedades anónimas, que dieron lugar al anteproyecto del año 1979.

3. LA LSA DE 1989

De hecho y como es bien sabido la reforma de la LSA de 1951 sólo se produjo con la nueva LSA de 22 de diciembre de 1989, cuyo régimen en materia de responsabilidad de los administradores es igualmente aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada, en virtud de la remisión contenida en el artículo 69.1 de la nueva Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 23 de marzo de 1995.

En la LSA de 1989 se introducen ya cambios sustanciales en la regulación de la responsabilidad de los administradores.

Se modifica el criterio de imputación de responsabilidad, pues el artículo 133 lo refiere al daño que causen los administradores «por actos con-

trarios a la ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo». Recuérdese que en la LSA de 1951 los administradores sólo respondían del daño causado «por malicia, abuso de facultades o negligencia grave» (art. 79). Es pues evidente que se agrava, al ampliarlo, el criterio de imputación de actos que dan lugar a responsabilidad.

Por otra parte y en comparación también con la LSA de 1951, se limita o dificulta la exoneración de responsabilidad por parte de los administradores. Recuérdese que en esa ley al administrador, para exonerarse de responsabilidad, le bastaba con haber «salvado su voto en los acuerdos que hubieren causado daño» (art. 79).

En la LSA de 1989 no basta ya con haber salvado el voto, sino que se exige que el administrador que pretende quedar exento de responsabilidad pruebe, o bien que no habiendo intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo lesivo desconocía su existencia, o bien que conociendo la existencia de ese acuerdo hizo todo lo conveniente para evitar el daño o al menos se opuso expresamente a aquél (art. 133.2 LSA 1989).

A esa dificultad de exoneración de responsabilidad hay que añadir una nueva norma, según la cual «en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general» (art. 133.3).

Por lo que se refiere a las acciones ejercitables para exigir la responsabilidad de los administradores, se mantiene en líneas generales e incluso en la literalidad de los preceptos el mismo régimen establecido en la LSA de 1951 sobre la acción social y la acción individual de responsabilidad (arts. 134 y 135). Hay que reseñar, sin embargo, que de acuerdo con la regulación que se hace en la LSA de 1989 para delimitar la minoría a la que hay que dar protección, se reduce al 5 por 100 del capital social el porcentaje de capital necesario para ejercitar al acción social de responsabilidad (art. 134.4 que se remite en este punto al art. 100.2). Recuérdese que en la LSA de 1951 esa minoría a la que se daba protección con carácter general se refería a la décima parte del capital social (art. 80, párr. 2.º).

4. LA GRAN INNOVACIÓN DE LA LSA DE 1989: LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LOS SUPUESTOS DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD

La novedad más importante que introdujo la LSA de 1989 en materia de responsabilidad de los administradores se vincula a la regulación de la disolución de la sociedad. En efecto, en el artículo 262, apartados 2, 4 y 5 se establece un sistema en virtud del cual los administradores están obligados a realizar las actuaciones dirigidas a disolver la sociedad cuando concurre una causa de disolución. Y si no realizan esas actuaciones para promover la disolución, ese incumplimiento da lugar a la responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales.

Este mismo régimen es aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada en virtud de lo establecido en el artículo 105 LSRL, siendo de señalar

que en el apartado 5 de ese artículo se matiza que la responsabilidad solidaria de los administradores por no promover la disolución se refiere a *todas* las deudas sociales.

Hay que destacar la gran novedad que constituye esa nueva responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de la sociedad, puesto que se trata de una responsabilidad totalmente distinta de la regulada en el artículo 133 LSA. En efecto, la responsabilidad del artículo 262 LSA no es por los daños y perjuicios que se hayan ocasionado a la sociedad, sino que es una responsabilidad solidaria por las deudas sociales. Por tanto, la finalidad del precepto es claramente sancionatoria para los administradores por no haber cumplido con su obligación de promover la disolución. Lo cual significa también que para que esa responsabilidad se haga efectiva no es preciso que se demuestre la existencia de un daño o perjuicio por parte de quien presenta la reclamación.

Por otra parte, el administrador que pague las deudas sociales en virtud de esa responsabilidad tendrá derecho a repetir lo pagado frente a la sociedad, de manera que si ésta tiene patrimonio suficiente, al final será este patrimonio el que soportará el pago de la deuda.

Después de esta nueva regulación introducida por la LSA de 1989 se ha producido una verdadera explosión de sentencias por responsabilidad de los administradores. Cabe calcular que más de las tres cuartas partes de las sentencias dictadas por las audiencias en materia de sociedades anónimas o de sociedades de responsabilidad limitada resuelven precisamente demandas por responsabilidad de los administradores. Y la inmensa mayoría de esas sentencias se refieren a la responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de la sociedad. Debe destacarse, sin embargo, que una parte sustancial de esas sentencias da lugar a la responsabilidad de los administradores en los casos de desaparición de hecho de la sociedad, esto es, desaparición sin declarar la disolución y sin liquidar la sociedad. Parece claro que en estos supuestos de desaparición de hecho, no es necesario aplicar las normas sobre responsabilidad por no promover la disolución, puesto que al hacer que desaparezca la sociedad sin declarar su disolución, los administradores incurren en la responsabilidad por culpa o por dolo regulada en el artículo 133 LSA.

II. VISIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN VIGENTE Y POSIBLES REFORMAS

1. CRITERIO PARA LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD A LOS ADMINISTRADORES

Una primera cuestión discutible es si los actos realizados por los administradores que sean «contrarios a la Ley o a los Estatutos» deben dar lugar a esa responsabilidad aunque no haya existido culpa en su realización.

En principio puede pensarse que cualquier acto contrario a la ley o a los estatutos constituye por definición una actuación culposa de los administradores, puesto que no pueden ignorar ni la ley ni los estatutos.

Pero es indudable que en muchas ocasiones no es fácil determinar si un acto concreto es contrario a la ley o a los estatutos y hace falta a menudo acudir a los tribunales para que hagan la declaración correspondiente. En tales casos, esto es, cuando hay dudas serias sobre el alcance de una norma legal o estatutaria no parece razonable imponer ningún tipo de responsabilidad a los administradores que, actuando con la debida diligencia, han tratado de llevar a cabo actos en la forma más favorable para los intereses sociales.

Por ello parece que habría que interpretar el artículo 133, apartado 1 LSA, en el sentido de establecer una presunción de responsabilidad cuando el acto realizado por los administradores es contrario a la ley o a los estatutos. Esa responsabilidad debería ser irrefutable cuando el acto sea manifiestamente contrario a la ley (a cualquier ley) o a los estatutos.

Ahora bien en los casos en que se planteen dudas fundamentadas sobre el alcance de la ley o de los estatutos con los que se pretende establecer la contradicción del acto de los administradores, debería admitirse que la presunción fuera rebatible probando que los administradores actuaron con la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, que es el otro criterio utilizado también en el propio artículo 133 apartado 1.

2. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

El artículo 133.2 LSA permite que los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo se exoneren de responsabilidad cuando prueben que no habían intervenido en su adopción y ejecución y además que concurría una de las dos circunstancias siguientes, o bien que desconocían la existencia del acto o del acuerdo, o bien que conociéndolo hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos se opusieron expresamente.

Esta regulación se ha dicho que favorece al miembro del consejo de administración que no asiste a una reunión en que se adopta un acuerdo que dé lugar a responsabilidad, y, también, que aun asistiendo bastará para exonerar de responsabilidad que se salve el voto, en definitiva, por tanto, una solución similar a la de la LSA de 1951, que, en su artículo 79 declaraba exentos de responsabilidad a «los administradores que hayan salvado su voto en los acuerdos que hubieren causado daño».

Esa interpretación no parece totalmente correcta. Para que el ausente quede exonerado de responsabilidad, deberá probar que su ausencia, dadas las circunstancias de la misma, era compatible con la diligencia con la que debe desempeñar el cargo, tal como exige el artículo 133.1 LSA. Y en el mismo sentido habrá que valorar, llegado el caso, el hecho de que salve su voto.

El problema de fondo para hacer verdaderamente efectiva la responsabilidad de los miembros del consejo de administración consiste en que es necesario delimitar las funciones que debe cumplir ese consejo.

La LSA, al exigir que «los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal» (art. 127.1) está

estableciendo como criterio de referencia al empresario individual que dirige personal y efectivamente su negocio.

Ese criterio es aplicable a supuestos de administrador único, de administradores mancomunados o solidarios. Pero no sirve para establecer la diligencia exigible dentro del consejo de administración, donde cada uno de cuyos miembros no está personal e individualmente dirigiendo la empresa y representando a la sociedad.

Ahí es donde surgen los problemas para hacer efectiva la responsabilidad de los miembros del consejo de administración. Porque en la ley no están definidas las funciones obligatorias y mínimas que deben cumplir el propio consejo en su conjunto y los consejeros individualmente. Si esas funciones mínimas no están establecidas, mal podrá determinarse la responsabilidad de los miembros del consejo, puesto que esa responsabilidad tendrá que estar vinculada directamente a un cumplimiento incorrecto de las funciones que a tal órgano corresponden.

Así ocurre que en la práctica es extremadamente fácil y habitual que los consejeros que no tienen funciones ejecutivas se exoneren de cualesquiera responsabilidades por los actos de administración.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que los consejeros sólo conocerán las cuestiones que hayan sido sometidas al consejo por su presidente; y la práctica demuestra que la inmensa mayoría de los actos de administración son realizados por órganos delegados del consejo y sin que éste tenga conocimiento de los mismos en pleno.

Por otra parte, aun cuando se someta la materia a la votación del consejo, puede ampararse el consejero en el hecho de haber salvado su voto, aun cuando su actuación haya sido puramente pasiva y a los simples efectos de evitar cualquier tipo de responsabilidad.

Todo esto significa que para regular adecuadamente la responsabilidad de los consejeros es precisa una regulación más completa de las funciones del consejo de administración.

En primer lugar, es preciso despejar cualquier duda sobre si el consejo es un órgano de administración o de vigilancia. Bien es cierto que de acuerdo con la LSA vigente no es posible admitir que el consejo de administración sea un simple órgano de vigilancia, dado que el órgano de administración de la sociedad tiene que cumplir con la diligencia de un ordenado empresario. Ahora bien, dada la falta de regulación legal sobre las funciones mínimas que debe cumplir el consejo en pleno, difícilmente puede llevar realmente a cabo la labor directa de la administración de la empresa.

Como ya se ha expresado anteriormente, si existen órganos delegados del consejo serán éstos los que administren realmente la sociedad en el día a día. El consejo sólo conocerá de las cuestiones que quiera someterle el presidente, y a menudo esas cuestiones son muy distantes de los actos de administración individuales aunque sean muy importantes para la sociedad.

En definitiva, por tanto, hay que reiterar que si se quiere imponer a los consejeros una responsabilidad efectiva, habrá que regular legalmente las funciones que corresponden al consejo de administración en pleno como órgano de administración.

Ello implica que habrá que determinar las cuestiones sobre las que debe conocer el consejo en pleno, limitando la extraordinaria generosidad de la LSA a la hora de permitir la delegación de facultades (art. 141.1 LSA). Habrá que determinar también las obligaciones del presidente en cuanto a los asuntos que tiene la obligación de someter a conocimiento del consejo; fijar una periodicidad fija de las reuniones del pleno del consejo, y determinar claramente el ámbito del derecho de información del consejero.

Otra opción consistiría en seguir sin definir las funciones del consejo de administración en pleno, con lo que se mantendría la misma situación que existe en la actualidad, en la que se facilita la exoneración de responsabilidad de la mayoría de los consejeros y que vacía de hecho de contenido la supuesta función de administración del consejo en pleno.

3. OTROS SUPUESTOS ESPECIALES

Hay dos supuestos especiales que conviene recordar por su trascendencia práctica.

Por un lado, el supuesto en que se nombra como administrador a una persona jurídica. En tal caso el artículo 143 RRM exige que la persona jurídica designe como representante suyo y con carácter permanente para el ejercicio de las funciones de administrador a una persona física concreta. Pues bien, en tales supuestos parece claro que cuando se produzca alguna actuación de esa persona física que pueda dar lugar a responsabilidad, esta responsabilidad podrá exigirse con carácter solidario tanto de la persona física como de la persona jurídica a la que representa.

Otro supuesto importante se produce en el ámbito de los grupos de sociedades, cuando los administradores de una sociedad dominada actúan cumpliendo las instrucciones que reciben de la sociedad dominante. Si los actos de los administradores de la sociedad dominada son contrarios a la ley o a los estatutos, en los supuestos en que haya lugar a exigir responsabilidad, podrá ésta reclamarse a los propios administradores de la sociedad dominada, los cuales responderán personalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de la sociedad dominante por las instrucciones que haya impartido.

La situación es distinta cuando se pretenda reclamar responsabilidad a los administradores de la sociedad dominada por haber realizado una actuación perjudicial a los intereses de esa sociedad, siguiendo instrucciones de la sociedad dominante.

En este caso debe tenerse en cuenta que la integración de una sociedad dentro de un grupo hace desaparecer el interés aislado de la sociedad y es, por ello, normal que la actuación de los administradores debe integrarse dentro de los intereses del grupo. Naturalmente ello no excluye la responsabilidad frente a los socios externos o frente a los terceros. Ahora bien, la integración de la sociedad en el grupo, si que debe incidir en las personas que deban soportar la responsabilidad. En efecto, en estos casos debe ser la sociedad dominante, que ha dado las instrucciones, la que haga frente a la responsabilidad que resulte de perjudicar los intereses concretos de la sociedad dominada. Así

pues deben ser la sociedad dominante y los administradores de la sociedad misma los que respondan por la actuación que, siguiendo sus instrucciones, hayan realizado los administradores de la sociedad dominada. Los administradores de la sociedad dominante actúan en definitiva como administradores ocultos de la sociedad dominada. Les sería, por ello, aplicable analógicamente la norma establecida en el artículo 18.2 LSA, según el cual «la responsabilidad de los fundadores alcanzará a las personas por cuya cuenta hayan obrado éstos».

4. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LOS SUPUESTOS DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD

A) *Observaciones generales*

La norma contenida en los artículos 262.5 LSA y 105.5 LSRL ha tenido una gran eficacia práctica; pero se discute si el legislador no ha ido en este caso demasiado lejos, estableciendo un supuesto excesivo de responsabilidad, especialmente por la interpretación que a esa norma dan muchos tribunales, considerando que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva.

De hecho cabe señalar, sin embargo, que en la mayor parte de las sentencias de Audiencias que aplican esas normas, realmente lo hacen a supuestos en que también concurre una manifiesta actuación dolosa o gravemente culposa de los administradores, por lo cual aparte de la eventual aplicación de la responsabilidad por supuesto de disolución, sería también aplicable la responsabilidad ordinaria de los administradores tal como aparece regulada en el artículo 133 LSA.

Con referencia específicamente a la responsabilidad especial establecida para los supuestos de disolución, cabe señalar que las normas legales han sido redactadas con un carácter excesivamente genérico, sin tener en cuenta en absoluto como operan las distintas causas de disolución. Y no cabe duda de que esa distinta forma de operar de las causas debería influir necesariamente en la regulación de la responsabilidad de los administradores en relación con cada una de tales causas de disolución.

Por otra parte, además, se pone de manifiesto que la regulación legal tal como está establecida en los artículos 262.5 LSA y 105.5 LSRL puede dar lugar fácilmente a importantes abusos. Se critica, en efecto, que se imponga responsabilidad a los administradores por las deudas de la sociedad, cuando la sociedad tenga medios patrimoniales para hacer frente a tales deudas. Se indica que si la sociedad tiene patrimonio suficiente no hay razón para imponer a los administradores una responsabilidad objetiva por tales deudas. En definitiva lo que se viene a señalar es que esa responsabilidad de los administradores por las deudas sociales es únicamente necesaria cuando la disolución se produce por pérdidas, que pueden dar lugar a una insuficiencia patrimonial de la sociedad.

Se señala también que es excesivo imponer la responsabilidad a los administradores por todas las deudas de la sociedad, tanto por las anteriores como

por las posteriores a la causa de disolución; y se indica que sería más adecuado que esa responsabilidad comprendiera solamente las deudas posteriores a la realización de la causa de disolución, cuando los administradores no hacen lo necesario para que la disolución se produzca.

Pero lo que es realmente esencial para regular correctamente la responsabilidad de los administradores en los casos de disolución es establecer una regulación en la que esa responsabilidad se adapte a la forma de operar de cada una de las causas de disolución de la sociedad. A ello se van a dedicar los apartados siguientes.

B) *La responsabilidad de los administradores por disolución de la sociedad según las distintas causas que pueden operar esa disolución*

a) Disolución por cumplimiento del término fijado en los estatutos

Ésta es la única causa de disolución que opera realmente de pleno derecho (arts. 261 LSA y 107 LSRL). En el caso de que, ignorando esa disolución, los administradores continuaran actuando como tales y sin haberse nombrado liquidadores, estaríamos en un supuesto de *falsus procurator*, y, por tanto, sería aplicable lo dispuesto en el artículo 247 del Código de Comercio. Es decir, que los administradores que actúen como tales sin serlo responderán personalmente de los actos realizados en esa situación.

b) Causas de disolución que no operan automáticamente y respecto de las cuales la Ley otorga un plazo de gracia para eliminar la causa de disolución

Hay supuestos, como la disolución por reducción del capital por debajo del mínimo legal, prevista en el artículo 108 LSRL, en que la causa de disolución no opera automáticamente, esto es, cuando se reduce el capital por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una Ley. Según el precepto mencionado cabe evitar la disolución si simultáneamente a la reducción del capital por debajo del mínimo legal se acuerda bien la transformación, fusión o aumento del capital hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal. Por lo que se refiere a la fusión debe recordarse que ésta es posible incluso para las sociedades en liquidación (art. 251 LSA). Y según ese artículo 108 LSRL existe un plazo de un año para inscribir en el Registro Mercantil el acuerdo adoptado que enerve la causa de disolución.

En estos casos parece que lo adecuado sería que los administradores respondan solidariamente con la sociedad de las obligaciones que contraigan solamente cuando, habiéndose producido la causa de disolución o habiendo transcurrido el plazo legal para eliminarla, continúen contratando en nombre de la sociedad.

No parece que deban responder después de que se hubiera inscrito en el Registro el acuerdo que enerve la causa de disolución.

- c) Conclusión de la empresa que constituya el objeto social, imposibilidad manifiesta de realizar éste o paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento

En estos supuestos, enunciados como causas de disolución en los artículos 260.3.º LSA y 104.1.c) LSRL, para que opere la causa de disolución es preciso que la Junta General adopte el acuerdo correspondiente o que la disolución sea declarada judicialmente.

En estos supuestos, cualquier socio puede requerir a los administradores para que convoquen la junta que deba acordar la disolución, y cualquier socio, es más cualquier interesado, puede solicitar la disolución judicial de la sociedad, si la junta no se convoca, no se celebra o no adopta el acuerdo correspondiente (arts. 262.2 y 3 LSA y art. 105.3 LSRL).

Si los administradores no realizan las actuaciones tendentes a conseguir que la sociedad sea declarada disuelta, su falta de actuación podría dar lugar a la responsabilidad por las costas que pudieran imponerse a la sociedad demandada para la disolución; pero no parece que haya razón suficiente para imponer a los administradores la responsabilidad por las deudas sociales, siendo así que la sociedad tiene patrimonio suficiente para hacer frente a tales deudas. Recuérdese que no se está haciendo referencia en este caso a la disolución por pérdidas.

- d) Disolución por pérdidas

El supuesto de disolución por pérdidas es el que realmente tiene importancia para establecer la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales. En efecto, mientras la sociedad tenga patrimonio suficiente, la responsabilidad de los administradores tiene la importancia de afectarles personalmente, pero a la postre será la sociedad la que pague sus deudas. El problema real se plantea cuando, habiendo quedado reducido el patrimonio social por pérdidas, los acreedores no pueden cobrar de la sociedad. Es en este caso donde adquiere todo su significado la responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de la sociedad.

El primer problema que plantea en este supuesto la obligación de los administradores de promover la disolución es a partir de qué momento debe computarse el plazo de dos meses establecidos en los artículos 262.2 y 105.1 para la convocatoria de la junta que adopte el acuerdo de disolución. ¿Cuál es el día *a quo*? ¿Debe computarse ese plazo desde la fecha de formulación de las cuentas anuales o desde la fecha desde que las cuentas anuales son aprobadas?

Parece razonable que si al formular las cuentas anuales aparecen ya pérdidas que constituyan causa de disolución, los administradores al convocar la junta para la aprobación de las cuentas deberían incluir ya en el orden del día la propuesta de aumentar o reducir el capital o disolver la sociedad. Y si la junta no adopta ninguno de esos acuerdos, sería a partir de esa fecha cuando se computara el plazo de dos meses para solicitar judicialmente la disolución.

Si la Junta hubiera acordado el aumento o reducción de capital, el plazo

de dos meses en que los administradores deben solicitar judicialmente la disolución debería computarse desde que terminó el plazo para la inscripción en el Registro Mercantil del aumento o de la reducción de capital.

Si los administradores no hubieran cumplido con su obligación de instar la disolución, entonces deben responder solidariamente por todas las deudas sociales, a no ser que hubieran instado la suspensión de pagos o la quiebra de la sociedad.

Ahora bien una vez inscrita la disolución de la sociedad o la operación societaria que elimina la causa de disolución, a partir de ese momento no debería ser posible reclamar a los administradores por su responsabilidad por las deudas sociales.

Por otra parte, sería razonable modificar el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores, de manera que se cambiara lo dispuesto en el artículo 949 del Código de Comercio, para computar el plazo de prescripción desde que la acción de responsabilidad pudo ejercitarse y no desde el cese en la administración. Piénsese, en efecto, que si un administrador está muchos años ostentando el cargo, una vez que cese en el mismo podrían presentarse reclamaciones por responsabilidad referentes a hechos también de hace muchos años, lo cual no parece adecuado.

Todas estas observaciones tienen su sentido fundamentalmente *de lege ferenda*, lo cual no excluye la posibilidad de que algunas de ellas sean susceptibles de aplicación a través de una interpretación constructiva de la legislación vigente.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LA FALTA DE ADAPTACIÓN DE LOS ESTATUTOS A LA NUEVA LEGISLACIÓN *

EDUARDO GALÁN CORONA
Catedrático de Derecho Mercantil. Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. OBLIGACIÓN DE ADAPTAR LOS ESTATUTOS A LAS EXIGENCIAS DE LA NUEVA REGULACIÓN DE SOCIEDADES DE CAPITAL Y CONSECUENCIAS DE SU INFRACCIÓN. III. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE UNA SA POR LAS DEUDAS SOCIALES EN CASO DE NO ADAPTACIÓN ESTATUTARIA: 1. *Significado y naturaleza de esa especial responsabilidad.* 2. *Hecho generador de la responsabilidad.* 3. *Sujetos de la responsabilidad impuesta por la disposición transitoria 3.ª, apartado 3, LSA.* 4. *Elemento subjetivo en la generación de la responsabilidad.* 5. *Ámbito objetivo de la responsabilidad.* 6. *Otros rasgos de la acción de responsabilidad por no adaptación.* IV. PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE UNA SA NO ADAPTADA EN PUNTO AL CAPITAL SOCIAL (DISP. TRANS. 6.ª). V. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA POR NO ADAPTACIÓN DE SUS ESTATUTOS A LA NUEVA REGULACIÓN LEGAL. VI. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES Y DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA LABORAL POR NO ADAPTACIÓN DE SUS ESTATUTOS. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Como con su habitual brillantez y rigor científico ha puesto de relieve el profesor BERCOVITZ, la temática de la responsabilidad de los administradores constituye uno de los temas más relevantes —si no es el más relevante y de mayor transcendencia práctica— de los suscitados por la reforma que a partir de 1989 ha experimentado —afortunadamente— nuestro Derecho de las sociedades capitalistas.

En efecto, los artículos 127 y 133 a 135 LSA, aplicables también en el ámbito de la SRL y de la SC por A, en virtud de las remisiones contenidas en los artículos 69.1 LSRL y 152 y 155.1 Ccom., contienen la disciplina general de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Éstos responden y, por tanto, han de resarcir los daños que en el ejercicio de sus funciones de administrador causen a la sociedad, socios y terceros por haber procedido contrariamente a lo establecido en la Ley, en los Estatutos o por haber actuado vulnerando el *standard* de diligencia, «ordenado empresario y repre-

* Texto escrito de la conferencia pronunciada con el mismo título el 24 de abril de 1998 en el Curso Extraordinario «La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital: aspectos civiles, penales y fiscales», organizado por el Área de Derecho Mercantil del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Salamanca y que con la colaboración de la Junta de Castilla y León, Cámara de Comercio e Industria de Ávila, Institución Gran Duque de Alba y Caja de Ahorros de Ávila, se celebraron en dicha ciudad los días 24 y 25 de abril de 1998.

sentante leal», con que deben desempeñar su cargo. Y la Ley (la LSA) recoge los rasgos caracterizadores de esa responsabilidad, discriminando en función del patrimonio dañado, entre el ejercicio frente a los administradores de la acción social de responsabilidad y de la acción individual.

Sin embargo, junto a la disciplina general de la responsabilidad de los administradores ya desarrollada, la Ley recoge unos concretos supuestos de responsabilidad de los titulares del órgano de administración, que presentan sus específicas peculiaridades y que, por tanto, quedan al margen del régimen común por diferentes motivos. Uno de estos supuestos es el que motiva mi intervención en este momento ante ustedes y es, como indica el programa, la responsabilidad de los administradores sociales por no adaptación de los estatutos a las exigencias de la nueva disciplina legal.

A este tema se dedica esta intervención, en la que, tras unas breves reflexiones relativas a la obligación o deber de adaptar los estatutos de las sociedades de capital al régimen surgido de las nuevas disposiciones legales en la materia, se entrará en el examen de la responsabilidad de los administradores por falta de adaptación de los estatutos. A estos efectos, se hace preciso diferenciar entre sociedades anónimas (SA) y sociedades de responsabilidad limitada (SRL), distinguiendo respecto de esta última entre los distintos regímenes surgidos de los diversos textos legales y concluyendo con unas consideraciones relativas a la sociedad comanditaria por acciones (SC por A) y a la sociedad anónima laboral (SAL) que ciertamente presentan alguna peculiaridad en este punto.

II. OBLIGACIÓN DE ADAPTAR LOS ESTATUTOS A LAS EXIGENCIAS DE LA NUEVA REGULACIÓN DE SOCIEDADES DE CAPITAL Y CONSECUENCIAS DE SU INFRACCIÓN

La aparición de una nueva disciplina legal relativa a una determinada institución suscita el problema del tránsito de la vieja a la nueva regulación en relación a las situaciones surgidas y existentes bajo la vigencia de la primitiva normativa. Se muestra así la necesidad del denominado Derecho transitorio que se hace más apremiante y se presenta con una mayor complejidad ante situaciones jurídicas llamadas a tener permanencia en el tiempo, de las que la figura de la sociedad (sociedades mercantiles en el presente caso) es un ejemplo paradigmático.

El punto de partida a estos efectos es la Ley 19/1989, Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas comunitarias en materia de Derecho de Sociedades. Esta Ley, deseosa de que las sociedades de capital se adecuaran a la nueva regulación, anticipó en alguna medida su vigencia, pues, pese a no entrar en vigor hasta el 1 de enero de 1990, conforme a su disposición final 3.ª, estableció en la disposición transitoria (disp. trans.) 1.ª que desde la publicación de la misma en el *BOE* (lo que tuvo lugar el 27 de julio de 1989) «no se autorizarán escrituras de constitución de SA, SRL y SC por A que tengan una cifra de capital inferior al legalmente esta-

blecido para estas formas sociales, ni escrituras de modificación del capital social que lo dejen reducido por debajo de dichas cifras».

Pero con independencia de lo que antecede, ya la disposición transitoria 2.^a de la citada Ley 19/1989 estableció la ineficacia, a partir de su entrada en vigor, «de las disposiciones de las escrituras y estatutos de SA, SRL y SC por acciones que se opusieran a lo establecido en la misma», de modo que se consagró su inmediata vigencia, no sólo para las nuevas sociedades, sino también para las preexistentes.

Ahora bien, pese a tan inmediata y directa vigencia, el legislador pretendió que los estatutos de dichas sociedades se adaptasen a la nueva regulación y a tal fin la disposición transitoria 3.^a de la expresada Ley 19/1989 recogía el deber de las SA, SRL y SC por A de adaptar sus estatutos a lo dispuesto en la misma, si estuvieren en contradicción con ella, debiéndose llevar a cabo tal adaptación antes del 30 de junio de 1992 y fijando, ante la posibilidad de incumplimiento del expresado deber de adaptación estatutaria, unas determinadas consecuencias:

— la primera de ellas era una sanción administrativa de carácter pecuniario, previa instrucción del oportuno expediente por el Ministerio de Justicia, con audiencia de los interesados y conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo, consistente en multa de 5.000.000 de pesetas (disp. trans. 4.^a, apdo. 4, Ley 19/1989).

— la segunda —más no menos relevante— fue la imposición a los administradores (y en su caso a los liquidadores) de responsabilidad personal y solidaria, entre sí y con la sociedad, por las deudas sociales (disp. trans. 3.^a, apdo. 4, Ley 19/1989).

La indicada Ley contemplaba específicas consecuencias para el caso de no adaptación en puntos concretos. Así sucede cuando la cifra del capital social no se hubiera adecuado a las nuevas cifras mínimas establecidas, supuesto para el cual se decretó en la disposición transitoria 6.^a, adicionalmente, el cierre del Registro Mercantil a partir del 30 de junio de 1992 (salvo para las escrituras de cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores, de revocación de poderes, de disolución y nombramiento de liquidadores) y la disolución de pleno derecho una vez transcurrido el 31 de diciembre de 1995. Igualmente, las sociedades anónimas laborales (SAL) merecieron una consideración especial centrada, no en la imposición de un régimen jurídico diferente en punto a la adaptación y a las consecuencias de su no realización, sino en el otorgamiento a determinadas SAL de plazos más amplios para adecuar el capital social a la nueva cifra mínima exigida (disp. trans. 3.^a, apdo. 3 de la Ley 19/1989). También, se ocupaba la citada Ley (disp. trans. 4.^a, apdo. 2) del supuesto de los administradores de sociedades anónimas que llevaran en el ejercicio del cargo más de cinco años desde su nombramiento o última reelección, imponiendo en tal supuesto la presentación en el Registro Mercantil antes del 30 de junio de 1992 del pertinente acuerdo de reelección o de cese, a fin de hacer efectivo el límite máximo quinquenal de duración del cargo y estableciendo para el caso de inobservancia sólo una sanción pecuniaria

(disp. trans. 4.^a, apdo. 4 de la Ley 19/1989), sin imponer a los administradores responsabilidad personal y solidaria por las deudas sociales, sanción que queda remitida a los casos de no adaptación estatutaria.

Para facilitar la indicada adaptación de los estatutos, la disposición transitoria 5.^a de la expresada Ley reducía el quórum de constitución preciso para la adaptación del acuerdo de modificación estatutaria en las sociedades anónimas y comanditarias por acciones y rebajaba asimismo la mayoría personal y de capital requerida para la modificación de estatutos en las sociedades de responsabilidad limitada.

Esta sintética exposición recoge de modo sucinto el régimen de la falta de adaptación estatutaria vigente para las sociedades de capital a partir de 1990. Dicho régimen se contenía en un primer momento sólo en la ya citada Ley 19/1989; poco tiempo después disposiciones transitorias de la LSA (Texto Refundido aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1.569/1989, de 22 de diciembre) reproducían, casi con idéntica numeración si bien con exclusiva referencia a la SA, las expresadas reglas de la Ley 19/1989, las cuales vieron reducida su aplicación a la SRL y SC por A (además de una regla específica para la SAL). La entrada en vigor de la SRL de 23 de marzo de 1995 ha provocado cambios en el régimen apuntado. Cambios que no sólo suponen una alteración de las disposiciones que hasta el 1 de junio de 1995 gobernaban las consecuencias de la falta de adaptación estatutaria de las sociedades de capital, sino que también han dado lugar a la aparición en este punto de regímenes jurídicos no coincidentes para SA y para SRL.

En efecto, las disposiciones adicionales de la LSRL modificaron el régimen contenido en las primitivas disposiciones transitorias de la LSA que, como es sabido, reiteraban para la SA el ya recogido en las disposiciones transitorias de la Ley 19/1989. Así, se derogaron los apartados 3 y 4 de la disposición transitoria 4.^a LSA, es decir, desapareció la sanción administrativa por no adaptación, y se añadió un nuevo apartado, el 4, a la disposición transitoria 3.^a LSA, conforme al cual a partir del 31 de diciembre de 1995 el Registro Mercantil quedó cerrado a la SA que no hubieran adaptado sus estatutos a la legalidad contenida en el Texto Refundido de LSA de 22 de diciembre de 1989, de modo que sólo accederán al mismo los títulos relativos a la adaptación estatutaria, cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores, revocación o renuncia de poderes, transformación, disolución y nombramiento de liquidadores y asientos ordenados por la autoridad judicial o administrativa. Estos mismos títulos son también los únicos que, conforme a la nueva redacción de la disposición transitoria 6.^a LSA, podrán acceder al Registro Mercantil cerrado a partir del 30 de junio de 1992 para las SA con cifra de capital inferior al mínimo legal.

Dos son, pues, las consecuencias hoy para las SA que no hayan adaptado sus estatutos a la vigente regulación: cierre del Registro Mercantil y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales. Si la no adecuación estatutaria afecta a la cifra de capital, el cierre del RM se produjo ya a partir del 30 de junio de 1992 y en tal caso desde el 31 de diciembre de 1995 ha tenido lugar la disolución de pleno derecho.

Las SRL, por su parte, quedaron sujetas como ya se ha apuntado a partir del 1 de enero de 1990 a la obligación de adaptar sus estatutos a lo establecido en

la Ley 19/1989, de conformidad a las disposiciones transitorias de ésta, con las consecuencias ya apuntadas para el caso de no haber llevado a cabo tal adecuación, es decir, sanción pecuniaria, responsabilidad de los administradores por las deudas sociales y si la inadaptación estatutaria afectara a la cifra de capital, se imponía adicionalmente el cierre del Registro Mercantil a partir del 30 de junio de 1992 y la disolución de pleno derecho desde el 31 de diciembre de 1995. Pero con la reciente LSRL ha surgido nuevamente la obligación de adaptar, para lo que se otorga un plazo de tres años, que venció el pasado 1 de junio. ¿Qué consecuencias genera la no observancia de esta obligación de adaptar nuevamente? Solamente el cierre del Registro Mercantil en los mismos términos establecidos para la SA; por el contrario, a diferencia de lo establecido en 1989, no se recoge responsabilidad alguna de los administradores sociales por las deudas sociales, ni tampoco disolución de pleno derecho, habiéndose derogado por la disposición derogatoria 2.ª la correspondiente norma contenida en el último inciso del apartado 2 de la disposición transitoria 6.ª de la Ley 19/1989.

Con este panorama voy a entrar ya en el examen de la responsabilidad por las deudas sociales impuesta a los administradores de la SA cuando ésta no adaptó sus estatutos sociales a las disposiciones de la vigente LSA. Las consideraciones que aquí se realicen serán aplicables también a las SC por A y a las SRL, al menos para éstas hasta la entrada en vigor de la vigente LSRL.

III. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA POR LAS DEUDAS SOCIALES EN CASO DE NO ADAPTACIÓN ESTATUTARIA

1. SIGNIFICADO Y NATURALEZA DE ESA ESPECIAL RESPONSABILIDAD

Con carácter previo debemos proceder a delimitar la *ratio* de la norma contenida en la disposición transitoria 3.ª, apartado 3, LSA y en el apartado 4 de la disposición transitoria 3.ª de la Ley 19/1989, redactadas ambas en términos prácticamente idénticos y aplicables el primero a las SA y el segundo a las SC por A y a las SRL, si bien para éstas sólo hasta la entrada en vigor de la Ley 2/1995 (LSRL).

Es claro que no nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad por utilizar de modo abusivo la institución de la sociedad para fines que en modo alguno puede tutelar el ordenamiento jurídico, lo que da lugar a que se autorice la penetración en el trasfondo de la persona jurídica para descubrir los auténticos intereses que en ella se ocultan y, en atención a ello, llevar a cabo la pertinente imputación.

Tampoco estamos ante ninguno de los supuestos de responsabilidad de los administradores contenidos en los artículos 133 a 135 LSA. Estos preceptos, régimen general de la responsabilidad de los integrantes del órgano de administración de la sociedad, constituyen el lógico correlato al poder que éstos ostentan, posibilitando así, por una parte, el equilibrio de poderes entre los órganos sociales y el control de la Junta General ante las amplias competencias

de los administradores y realizando, por otra, la concreción del *neminem laedere* en el marco de la actividad de los administradores, a través del cauce representado por la acción individual de responsabilidad del artículo 135 LSA.

Obviamente, nos hallamos fuera del sector de las sociedades personalistas, por lo que ha de recordarse que ni socios ni administradores asumen responsabilidad subsidiaria por las deudas sociales, sino que es la sociedad, persona jurídica, sujeto de derecho, la que asume las consecuencias de la actividad empresarial que se desarrolla en su nombre.

Hechas las precedentes exclusiones, cabe señalar que en la regla contenida en las citadas disposiciones transitorias la responsabilidad impuesta a los administradores opera a modo de sanción, sanción civil por supuesto, a fin de incentivar a los administradores a proceder a la adaptación estatutaria. El legislador desea, para mayor seguridad del tráfico jurídico, que las disposiciones estatutarias se adecuen a la legalidad vigente. No se conforma con que devengan ineficaces si son contrarias a la regulación introducida en 1989 (disp. trans. 2.ª, Ley 19/1989 y LSA), sino que quiere que su literalidad se ajuste formalmente al Derecho vigente y para ello impone a la sociedad la obligación de adaptar sus estatutos, constriñendo a los administradores, órgano social de carácter permanente, mediante la amenaza de responder por las deudas sociales, al cumplimiento de tal obligación o, más precisamente, constriñendo a los administradores a poner en marcha el mecanismo tendente a que se produzca la adaptación estatutaria.

La responsabilidad que nos ocupa no tiene, pues, en absoluto una función resarcitoria, sino meramente sancionatoria. Ante el incumplimiento de la obligación legal de adaptar estatutos se sanciona al administrador social, imponiéndole responsabilidad por las deudas sociales. Obsérvese, además, que se trata de un supuesto de responsabilidad sin deuda: la deuda es una deuda social, es de la sociedad, la cual responde de la misma y a esta responsabilidad de la sociedad se añade la responsabilidad solidaria de los administradores que nada deben, por ningún concepto, al acreedor social, pero sí responden frente a él. Existe a nivel doctrinal un consenso generalizado al respecto, del que se ha hecho eco asimismo la jurisprudencia. Baste en ese sentido recordar, sin ánimo de exhaustividad, las manifestaciones de los profesores Ángel ROJO y Emilio BELTRÁN, MASSAGUER y PULGAR EZQUERRA y los pronunciamientos, entre otros, de las Audiencias Provinciales de Toledo (1 de junio de 1995, Act. Civil 1995, 1861), Salamanca (21 de noviembre de 1995, Act. Civil 1996, 229), Valladolid (1 de diciembre de 1995, Act. Civil 1995, 2132), Barcelona (21 de octubre de 1996, RJC 1997-I, pp. 109-110).

2. HECHO GENERADOR DE LA RESPONSABILIDAD

Conforme a la disposición transitoria 3.ª, apartado 3, LSA, la responsabilidad de los administradores (o liquidadores, en su caso) se desencadena por el hecho de haber llegado el 30 de junio de 1992 sin haber adoptado e inscrito las medidas previstas en los apartados 1 y 2 de la misma disposición transitoria. Es decir, sin haber procedido a la adaptación de los estatutos al Texto Refundido de

la LSA de 1989 o, caso de capital inferior a 10.000.000 de pesetas, sin haberlo elevado hasta esa cifra o transformado la SA en SRL, S. Colectiva o S. Com. Por tanto, antes de la expresada fecha, la Junta General de la SA habrá debido adoptar los oportunos acuerdos sociales y habrá debido, no tanto inscribir, como solicitar la inscripción de los mismos en el Registro Mercantil.

En este sentido, la jurisprudencia menor [véanse, entre otras, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Zaragoza de 30 de marzo de 1994 (Act. Civil 1994, 1206), de Sevilla de 2 de noviembre de 1994 (Act. Civil 1994, 1993) y 27 de junio de 1995 (RGD 1996, pp. 12555-12556), y de Barcelona de 13 de febrero de 1996 (RJC 1996-III, pp. 740-7419)] ha contradicho la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros en su resolución de 18 de marzo de 1992, conforme a la cual es suficiente que el acuerdo de adaptación se haya tomado fehacientemente antes del 30 de junio, o incluso el mismo día, aunque su inscripción sea posterior. En realidad, la literalidad de la norma requiere la inscripción, si bien de modo similar a lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria y a la disciplina del asiento de presentación contenida en el Reglamento Hipotecario (aplicable en el contexto del Registro Mercantil, según el art. 80 RRM), los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha del asiento de presentación, por lo que debe entenderse suficiente con la presentación en el Registro Mercantil del título inscribible acreditativo de la adaptación efectuada.

3. SUJETOS DE LA RESPONSABILIDAD IMPUESTA POR LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 3.^a, APARTADO 3, LSA

De acuerdo a la norma aludida, quedan sujetos a la citada responsabilidad «los administradores y, en su caso, los liquidadores» cuando, llegado el 30 de junio de 1992, no se hubieren adoptado e inscrito las medidas a que se refieren los apartados 1 y 2 de la empresada disposición transitoria.

Es claro que la responsabilidad se impone a titulares del órgano de administración social, tengan o no atribuida la representación social. Quedan excluidos los apoderados, los representantes voluntarios, que en ningún caso tienen, en cuanto tales, la condición de administradores, esto es, de titulares del órgano de administración de la sociedad.

Pero, además, la responsabilidad se impone a quienes fueran administradores el 30 de junio de 1992, pues sólo en tal fecha transcurrió el plazo aludido en la referida norma. Ello supone que si el o los administradores cesaron por la causa que fuere, con antelación a esa fecha no incurren en responsabilidad al amparo de la expresada disposición transitoria 3.^a En este sentido, la jurisprudencia ha exigido no sólo el cese en la condición de administrador, sino también la inscripción del mismo en el Registro Mercantil para que pueda ser oponible a terceros.

Más cuestionable se presenta la afirmación de que también recaerá la responsabilidad sobre quienes accedan a la administración social con posterioridad al 30 de junio de 1992, en tanto no se produzca la adaptación. Sin perjuicio de que, conforme al apartado 1 de la disposición transitoria 6.^a, tal supuesto

no podrá tener lugar cuando la inadaptación estatutaria haya recaído sobre la cifra de capital, es preciso reconocer que en apoyo de tal parecer se ha elegido el carácter de responsabilidad-sanción que presenta la norma que consideramos (PULGAR-EZQUERRA). A mi juicio, resulta notablemente difícil admitir que quien haya accedido a la administración de una SA no adaptada después del 30 de junio de 1992 y antes del 31 de diciembre de 1995, acceda ya respondiendo de las deudas sociales desde el momento de la aceptación del nombramiento. Si así fuere, es más que dudoso que hubiere candidatos a la administración social, de modo que la sociedad corre un serio riesgo de quedar acéfala. Por tanto, entiendo que ante la demanda formulada por acreedores sociales al amparo de la disposición transitoria 3.^a, apartado 3, el nuevo administrador podrá alegar en exoneración de su responsabilidad su diligente comportamiento para llevar a cabo la adecuación de los estatutos sociales a la vigente regulación. Un índice de su diligencia podría situarse en la realización de convocatoria de Junta General dentro de los dos meses siguientes a su aceptación del cargo, en aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 262.5 LSA que también recoge un supuesto de responsabilidad-sanción por las deudas sociales o en el requerimiento o requerimientos realizados (por ejemplo, el presidente del Consejo de Administración, solicitando la convocatoria de reunión de éste) para poner en marcha el procedimiento que debe conducir a la convocatoria de Junta General.

En lo que concierne a los liquidadores están plenamente justificadas las críticas vertida por GARCÍA VILLAVERDE, a su inclusión en la norma que consideramos. ¿Qué sentido tiene imponer una responsabilidad que tiene carácter de sanción por la no adaptación de sociedades en liquidación, esto es, abocadas ya a su extinción? Si los liquidadores de la sociedad no adaptada hubieran sido administradores el 30 de junio de 1992, su responsabilidad no ofrecería duda; serían responsables por su condición de administradores en la expresada fecha, en la que se genera el hecho que determina el nacimiento de la responsabilidad por las obligaciones sociales existentes en tal momento y por las que nazcan con posterioridad, sin que su conversión en liquidadores posteriormente implique el cese de su responsabilidad. En este sentido, se ha apuntado (LANZAS GALVACHE) que la responsabilidad de los liquidadores derivada de la disposición transitoria 3.^a, apartado 3, debe limitarse a los que lo sean de sociedades anónimas que han entrado en liquidación después del 30 de junio de 1992; ciertamente, este parecer suaviza el rigor de la norma, pero no cabe desconocer que con tal planteamiento sería dudoso que alguien asuma la condición de liquidador de una sociedad en liquidación si ello implica la asunción de responsabilidad por las deudas sociales.

En último término quizá sea preciso admitir que la literalidad de la norma refleja la voluntad del legislador de que también las sociedades en liquidación adapten sus estatutos y, en caso contrario, sancionar a quienes tienen atribuida su gestión del mismo modo que a los administradores, dándose la paradoja de que será más rigurosa la responsabilidad que asume el liquidador por la no adaptación de estatutos que la responsabilidad asumida por los daños originados en su actuación a socios y acreedores sociales (arts. 279 LSA y 114 LSRL).

4. ELEMENTO SUBJETIVO EN LA GENERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

La disposición transitoria 3.^a, apartado 3, LSA hace responsables por las deudas sociales a los administradores (y, en su caso, liquidadores) de sociedades anónimas que no hayan adaptado estatutos (es decir, adoptado por la Junta General el pertinente acuerdo y solicitado, además, su inscripción en el Registro Mercantil) antes del 30 de junio de 1992. ¿Es una responsabilidad objetiva, ajena a toda idea de culpa? ¿Basta para desencadenar la responsabilidad el mero hecho de la inadaptación estatutaria dentro del plazo legalmente fijado?

Como punto de partida debe recordarse que la adaptación estatutaria es obligación o deber de la sociedad, la cual procede a la misma a través de la actuación de los correspondientes órganos sociales. Es decir, es preciso acuerdo de Junta General, la cual habrá de ser previamente convocada, función que compete al órgano de administración, quien fija el orden del día.

En este planteamiento a los administradores corresponde la convocatoria de la Junta. Pero ¿qué sucede si, convocada, ésta no se celebró por falta de quórum?, ¿o si, celebrada, el acuerdo fue contrario a la adaptación? ¿Deberá entenderse que, llegada la fecha legalmente fijada, se desencadena automáticamente la responsabilidad de los administradores? Ésta es la posición sustentada por un relevante sector doctrinal (ROJO-BELTRÁN; GARCÍA VILLAVERDE) que sólo apuntan como vía de liberación del administrador su dimisión e inscripción de la misma antes de la fecha en cuestión. En tal línea, idéntico posicionamiento mantienen cuando un administrador, miembro del Consejo de Administración, requiere al presidente de convocar sesión para debatir la convocatoria de Junta General a tal efecto, siendo desatendida su solicitud o cuando el acuerdo del Consejo es contrario a tal convocatoria.

Sin embargo, en mi opinión, no es nítido un planteamiento tan rigurosamente objetivo. De la disposición transitoria que consideramos no se infiere necesariamente y la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la responsabilidad por culpa. De ahí que, si bien la no adaptación en la fecha fijada desencadena la responsabilidad del administrador, éste podrá exonerarse acreditando que procedió con la debida diligencia para el cumplimiento por la sociedad de la obligación de adaptar, llevando a cabo todas las actuaciones precisas, conforme al *standard* de diligencia del artículo 127 LSA, para la adaptación.

5. ÁMBITO OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD

Conforme a la disposición transitoria 3.^a, apartado 3, LSA, «los administradores y, en su caso, los liquidadores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales». Se hace preciso entender, por consiguiente, que la responsabilidad de los administradores de SA que al 30 de junio de 1992 no hubieran adaptado sus estatutos se extiende a todas las deudas de la sociedad vencidas y exigibles anteriores a tal fecha y a las que nazcan con posterioridad a ella, pues la disposición transitoria no hace diferenciación alguna en tal sentido, con independencia del momento en que se

hubiesen contraído y de la persona que a tal fin hubiese actuado en nombre de la sociedad.

Una vez realizada la adaptación estatutaria (con posterioridad a la fecha del 30 de junio de 1992) no nace responsabilidad de los administradores sociales por las deudas de la sociedad nacidas tras la adaptación y entiendo que tampoco habrá responsabilidad de los administradores por las deudas sociales que, habiendo nacido con anterioridad a tal adaptación, no son exigibles sino en un momento posterior. Por supuesto, la adaptación extemporánea, no elimina la responsabilidad por las deudas sociales anteriores a ella. Ésta se mantiene mientras esté viva la obligación social de que se trate y en tanto no haya prescrito la responsabilidad del administrador; prescripción que, conforme mayoritario parecer doctrinal, se produce de acuerdo a lo establecido en el artículo 949 Ccom.

6. OTROS RASGOS DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR NO ADAPTACIÓN

La legitimación activa y pasiva no suscita mayores dudas. Administradores y liquidadores en los términos antes expuestos ostentan legitimación pasiva en la acción de responsabilidad, mientras que la activa compete a los acreedores sociales. No se olvide que los administradores de SA no adaptada responden por las deudas sociales de ésta; por consiguiente, sólo quien tenga la condición de acreedor social podrá proceder contra los administradores al amparo de la disposición transitoria 3.^a, apartado 3, LSA.

La responsabilidad de los administradores es personal y solidaria entre sí, esto es, entre todos los administradores y en su caso liquidadores, y con la sociedad. Pero, además, es una responsabilidad ilimitada, de acuerdo a la regla general contenida en el artículo 1.911 Cc y directa, esto es, en modo alguno subsidiaria. Recuerda en buena medida la responsabilidad que el artículo 120 Ccom. impone a los encargados de la gestión social que omitieron las formalidades de constitución de la sociedad.

La caracterización de solidaria de la responsabilidad que nos ocupa permite a los acreedores sociales dirigirse contra la sociedad y contra todos o alguno(s) de los administradores sociales, de acuerdo a lo que dispone el artículo 1.144 Cc. El administrador que abone al acreedor social el crédito de éste contra la sociedad podrá repetir contra ésta, pues no puede olvidarse que el administrador no es deudor, sino sólo responsable: la deuda, la obligación es de la sociedad y, en definitiva, a la sociedad corresponde en último término soportarla.

Cuestión diferente es si el proceder del administrador, al no llevar a cabo las actuaciones necesarias para la adaptación estatutaria, ha generado daños a la sociedad que puedan motivar una acción social de responsabilidad contra aquél. Si tal es el caso, no cabe duda que la sociedad podrá, de conformidad a lo prevenido en el artículo 134 LSA, exigir el resarcimiento de los daños originados por tal comportamiento negligente.

En el ejercicio de su acción el acreedor social no precisa acreditar la existencia de daño alguno a la sociedad ni relación de causalidad alguna

con la inobservancia de la obligación de adaptar los estatutos. Bastará que el acreedor de la SA acredite su condición de acreedor, la falta de adaptación estatutaria, haber superado la fecha del 30 de junio de 1992 y la condición de administrador o liquidador del demandado. No precisa probar el actor culpabilidad del administrador demandado, si bien entiendo —conforme ya se ha apuntado— que éste podrá exonerarse de la responsabilidad que se le exige, acreditando no sólo la no-concurrencia de los presupuestos ya apuntados, sino también mediante la prueba de haber procedido con toda la rigurosa diligencia exigible.

Por último, debe reiterarse que la responsabilidad de los administradores prescribe por el transcurso del plazo de cuatro años contados desde su cese, reconduciendo al *dies a quo* al de su publicación en el *BORME* (art. 949 Ccom.); asimismo, ha de tenerse presente que, al tratarse de una responsabilidad por deudas sociales, si tales deudas se extinguen (por ejemplo, prescripción, compensación, etc.), la responsabilidad de los administradores por las mismas queda vacía de contenido.

IV. PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA NO ADAPTADA EN PUNTO AL CAPITAL SOCIAL (DISP. TRANS. 6.ª)

Ya indiqué al principio de esta exposición que el régimen de Derecho transitorio de la LSA en punto a la adaptación estatutaria contempla de modo particularizado el supuesto de que la no adaptación afecte a la cifra de capital. En tal caso, la disposición transitoria 6.ª, apartado 1, decretó el cierre del RM para las SA que al 30 de junio de 1992 no hubieren adecuado la cifra de capital social al mínimo legal; sólo podían acceder al Registro Mercantil los títulos de adaptación a la LSA, los de cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores, los de revocación o renuncia de poderes, transformación, disolución y nombramiento de liquidadores y los asientos ordenados por la autoridad judicial o administrativa.

Este cierre registral coexiste con la responsabilidad de los administradores antes aludida, la cual cesará respecto a las obligaciones sociales futuras cuando tenga lugar la adaptación estatutaria o la transformación en SRL, sociedad colectiva o sociedad comanditaria; por supuesto la responsabilidad por las deudas sociales precedentes subsistirá en tanto subsistan tales deudas y la responsabilidad de los administradores por ellas no haya prescrito.

El apartado 2 de la disposición transitoria 6.ª LSA refuerza el rigor frente a las SA que, llegado el 31 de diciembre de 1995, no hubieren presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras de aumento de capital hasta el mínimo legal, hubieren suscrito las acciones emitidas y desembolsado una cuarta parte, por lo menos, del valor nominal de cada una de ellas. La sanción que se impone es la disolución de pleno derecho de la SA, con la inmediata cancelación de oficio de todos los asientos registrales. Indica, además, la norma que consideramos que subsistirá la responsabilidad personal y solidaria de adminis-

tradores, liquidadores y —añade— «gerentes y directores generales» por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad.

No cabe duda de que la SA, pese a la dicción de la norma legal que consideramos, no se extingue con la disolución de pleno derecho y la cancelación de los asientos registrales, sino que subsiste. Así lo ha señalado la DGRN en múltiples resoluciones, entre otras las de 5 de marzo de 1996 y la de 21 de noviembre del mismo año, donde el Centro Directivo ha rechazado que la disposición transitoria 6.ª determine la extinción de la personalidad jurídica de la SA, entendiendo que en tal caso lo que sucede es la apertura del proceso liquidatorio, consecuencia ineludible de la disolución acaecida.

Si tras el 31 de diciembre de 1995 la sociedad quedó disuelta de pleno derecho, se cancelaron los asientos registrales y se abrió el proceso de liquidación, cesó, conforme al artículo 267 LSA, «la representación de los administradores para hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones, asumiendo los liquidadores las funciones a que se refiere el artículo 272». Ahora bien, la apertura de la liquidación no supone el cese automático de los administradores, sino que, como ha señalado BELTRÁN, hasta tanto los liquidadores no acepten el cargo, la gestión y representación de la sociedad continuará confiada a los administradores. No suscita, pues, de acuerdo a los términos de la disposición transitoria 6.ª en su apartado 2, la más mínima duda la subsistencia de la responsabilidad de los administradores (y, en su caso, de los liquidadores) por las deudas contraídas por la sociedad, conforme a lo dispuesto por la disposición transitoria 3.ª, en su apartado 3, LSA. Tampoco parece que deba dar lugar a problemas en este contexto que dichos administradores y liquidadores, mientras lo sean, sean también responsables por las deudas que en el futuro se contraigan en nombre de la sociedad.

Siendo esto así, cabe plantearse nuevamente si los liquidadores que, tras la disolución de oficio decretada por la disposición transitoria 6.ª LSA y consiguiente apertura de la liquidación, sustituyan en su caso a los administradores al frente de la sociedad, con las funciones del artículo 277 LSA asumirán responsabilidad personal y solidaria por las deudas ya contraídas en nombre de la sociedad. Una respuesta ajustada a la interpretación literal es poco realista: como ya señalé antes, es difícil que surjan candidatos a liquidadores *ex novo*, salvo que fueran los antiguos administradores y tampoco supondrá aliciente alguno para aceptar la condición de liquidador la imposición a éste o a éstos de responsabilidad por las deudas que en el proceso liquidador se contraigan en nombre de la sociedad, amén de por las deudas precedentes. La utilización del término «subsistirá» podría permitir entender que los liquidadores nombrados tras el 31 de diciembre de 1995 no responden por las deudas sociales anteriores, ni por las posteriores a tal fecha. Respecto a ellos, no hay responsabilidad que «subsista», pues antes no existió y, además, dado el carácter subjetivo de la responsabilidad impuesta, son ajenos al hecho desencadenante de la misma.

Ahora bien, si la responsabilidad de los liquidadores ya suscita interrogantes, mayores son los que aparecen respecto de directores generales y gerentes. Éstos son apoderados, representantes voluntarios, no miembros del órgano de administración, y no han respondido anteriormente por las deudas sociales

pues la disposición transitoria 3.^a, en su apartado 3, no los menciona. ¿Cómo es que la norma dice «subsistirá la responsabilidad personal y solidaria de gerentes y directores generales [...] por las deudas [sociales] contraídas»? No es correcta, a mi juicio, tal expresión. Sin perjuicio de las dificultades de determinar, caso por caso, quién es gerente o director general, figuras que parecen remitir al apoderado general o factor, entiendo cuestionable que estos representantes voluntarios respondan por las deudas sociales anteriores al 31 de diciembre de 1995 y, en todo caso, para las posteriores a tal fecha su responsabilidad debe limitarse a la derivada de las concretas operaciones que personalmente realizaron. El artículo 15.1 LSA puede constituir apoyo a este parecer, en cuanto que en ambas situaciones la sociedad no se encuentra dotada de publicidad registral.

Sin embargo, no puedo dejar de expresar mi convencimiento de lo inadecuado del régimen instaurado en el apartado 2 de la disposición transitoria 6.^a Si lo que el legislador pretende es la eliminación del tráfico de las SA que, llegado el 31 de diciembre de 1995 no hayan adaptado al mínimo legal la cifra de capital o realizado el desembolso mínimo de cada acción, debe facilitar la liquidación y extinción ordenada de la sociedad, pero la regulación existente no es la más apropiada. La regulación contenida en la citada disposición transitoria podría estimarse adecuada para aquellos casos en los que, de modo contumaz, la SA y quienes integran sus órganos rechazan tanto la adaptación como la desaparición del tráfico, pero no favorece la actuación de quienes de buena fe, producido el hecho desencadenante de la disolución, pretenden poner fin a la anómala situación de la sociedad, a través de su liquidación.

¿Cuándo cesa la responsabilidad impuesta en la disposición transitoria 6.^a, apartado 2, LSA? El cierre del RM, debido a la cancelación por el registrador de los asientos registrales de la sociedad disuelta, impide la publicidad legal del cese de administradores, liquidadores o apoderados generales. Será preciso acudir a la publicidad de hecho (o, más precisamente, extrarregistral) lo que no deja de suscitar en alguna medida inseguridad jurídica. Por otra parte, queda al margen la viabilidad de la reactivación de la sociedad para enervar la disolución de pleno derecho producida. Es una cuestión en la que no voy a entrar, pues excede del tema que se me ha asignado, pero es claro que en la medida en que sea admisible la reactivación de la sociedad (y la DGRN —11 de diciembre de 1996— la estima admisible) se eliminará la situación anómala de aquella, cesando consecuentemente a partir de tal momento la responsabilidad por las nuevas obligaciones sociales; no así por las anteriores.

Por último, debo señalar que la no mención en la disposición transitoria 6.^a, apartado 2, LSA de la sociedad en cuanto deudor solidario de las deudas sociales, no debe entenderse en modo alguno como ausencia de responsabilidad de ésta por tales obligaciones. Aunque suponga reiterar manifestaciones precedentes, debe insistirse en que la cancelación registral no supone la extinción de la SA. Al contrario, ésta subsiste en tanto no se hayan satisfecho totalmente las obligaciones sociales, de las cuales responde como deudora que es. Es claro que este planteamiento opera en favor de los acreedores sociales que así cuentan, además, con el patrimonio social en garantía de sus créditos.

V. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA POR NO ADAPTACIÓN DE SUS ESTATUTOS A LA NUEVA REGULACIÓN LEGAL

Las consideraciones antes expuestas en relación a la responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima por la no adaptación de sus estatutos a la vigente regulación han sido también aplicables a la SRL.

En efecto, las disposiciones transitorias 3.^a y 6.^a de la Ley 19/1989 aluden conjuntamente a SA y a SRL. Cuando se dicta el Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), pasa a las disposiciones transitorias de este texto legal la disciplina contenida en la Ley 19/1989 relativa a la adaptación estatutaria de la SA, permaneciendo aplicables las disposiciones transitorias de la expresada Ley 19/1989 a la SRL.

Consecuentemente, los administradores y liquidadores de una SRL que el 30 de julio de 1992 no hubieran adaptado e inscrito los estatutos sociales a las disposiciones de la Ley 19/1989 (o se hubieran transformado en otro tipo social) quedaron responsables personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales. Es el mismo régimen que el aplicable a los administradores y liquidadores de SA que, transcurrido el 30 de junio de 1992, no adaptaron sus estatutos; asimismo, conforme al apartado 4 de la disposición transitoria 4.^a de la Ley 19/1989, la falta de adaptación constituía infracción administrativa, sancionable con multa de cinco millones de pesetas, previa instrucción de expediente por el Ministerio de Justicia, y de acuerdo a la disposición transitoria 6.^a, apartado 1, de la misma Ley 19/1989, la llegada de la expresada fecha sin haber procedido a la adecuación de la cifra de capital social al mínimo legal provocaba el cierre del Registro Mercantil para la SRL, a la que no se inscribirá escritura alguna, salvo las de cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores, de revocación de poderes y de disolución y nombramiento de liquidadores.

Como puede apreciarse SA y SRL ante la falta de adaptación estatutaria a la reforma introducida por la Ley 19/1989 recibían el mismo tratamiento y, consecuentemente, la SRL, llegado el 31 de diciembre de 1995, estaba llamada a la disolución de pleno derecho prevista en el apartado 2 de la disposición transitoria 6.^a de la Ley 19/1989, cuyo contenido estaba también recogido en la disposición transitoria 6.^a, apartado 2, LSA.

Sin embargo, antes de llegar la referida fecha se promulgó la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL), que derogó la vieja Ley de SRL de 17 de julio de 1953 (en su versión de 1989) y, asimismo, la regla sobre disolución de pleno derecho de las SRL contenida en el último inciso del apartado 2 de la disposición transitoria 6.^a de la Ley 19/1989. Por otra parte, la vigente LSRL articula en sus disposiciones transitorias una disciplina para su adaptación al nuevo régimen legal que difiere de la contenida en las disposiciones transitorias de la Ley 19/1989.

En efecto, la disposición transitoria 1.^a LSRL establece que a partir de su entrada en vigor quedan sin efecto las disposiciones de las escrituras o estatutos

sociales que se opongan a lo establecido en dicho texto legal, debiendo las SRL constituidas con anterioridad a su vigencia adaptar a ella, dentro del plazo de tres años a contar desde la entrada en vigor, las disposiciones de las escrituras o estatutos sociales, si estuvieran en contradicción con sus preceptos (disp. trans. 2.^a, apdo. 1). La inobservancia del deber de adaptar los estatutos de la SRL a las disposiciones de la vigente LSRL acarrea las consecuencias contempladas en la disposición transitoria 3.^a LSRL, que se traducen en el cierre del Registro Mercantil a la SRL que, llegado el 1 de junio de 1998, no haya inscrito la adaptación de su escritura o estatutos sociales a la vigente LSRL. Sólo los títulos relativos a la adaptación a la LSRL, al cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales o liquidadores, y a la revocación o renuncia de poderes, así como a la transformación de la sociedad o a su disolución y nombramiento de liquidadores y los asientos ordenados por la autoridad judicial o administrativa tendrán acceso al Registro Mercantil. Como puede observarse, no impone la vigente LSRL a los administradores de SRL que no hayan adaptado sus estatutos a la nueva normativa responsabilidad por las deudas sociales. El rigor frente a los administradores sociales contenido en la Ley 19/1989 por la no adaptación estatutaria ha desaparecido: el legislador se limita ahora a sancionar con el cierre del Registro Mercantil.

Debemos, en consecuencia, plantearnos cuál es hoy la situación de una SRL que no ha adaptado sus estatutos a las disposiciones de la LSRL. La respuesta a este interrogante debe considerar dos supuestos, según que la SRL haya o no adaptado previamente sus estatutos a las disposiciones contenidas en la Ley 19/1989. Si la SRL llevó a cabo la adaptación a lo dispuesto en la expresada Ley 19/1989, es claro que, conforme a la disposición transitoria 3.^a LSRL, el Registro Mercantil quedó cerrado desde el 1 de junio de 1998 (con las salvedades mencionadas en la propia disp. trans.) para la sociedad inadaptada y así seguirá hasta que se inscriba la adaptación o se practique la nota marginal de conformidad. Ni administradores ni liquidadores se ven sujetos a responsabilidad por las deudas sociales a consecuencia del incumplimiento por la SRL del deber de adaptar sus estatutos a la vigente LSRL.

Si la SRL, además de haber incumplido el deber de adaptación de sus estatutos a la LSRL, tampoco hubiera llevado a cabo la adaptación a las disposiciones de la Ley 19/1989, se suscita la cuestión de si persisten (y con qué alcance) las consecuencias de la no adaptación de los estatutos sociales a la reforma de la SRL introducida por la Ley 19/1989.

A estos efectos, debe tenerse presente que a LSRL sólo derogó expresamente la Ley de 17 de julio de 1953 sobre SRL, en su versión de 1989 (disp. derog. 1.^a) y la norma sobre disolución de pleno derecho de las SRL contenida en el último inciso del apartado 2 de la disposición transitoria 6.^a de la Ley 19/1989 (disp. derog. 2.^a). Consecuentemente, la promulgación de la LSRL dejó vigentes las demás reglas contenidas en las disposiciones transitorias de la Ley 19/1989, de modo que las consecuencias establecidas para la no adecuación de los estatutos de la SRL a la Ley 19/1989 no ven alterada, en principio, su eficacia por la entrada en vigor de la LSRL. Ahora bien, siendo ello así, no es menos cierto que la aludida entrada en vigor de la LSRL ha incidido sobre las sanciones contenidas en el apartado 4 de las disposiciones transito-

rias 4.^a y 3.^a, respectivamente, de la Ley 19/1989, consistentes en sanción administrativa de multa e imposición de responsabilidad por las deudas sociales a administradores y liquidadores, también respectivamente, así como también sobre el cierre del Registro Mercantil contemplado en el apartado 1 de la disposición transitoria 6.^a de la Ley 19/1989 para el caso de que, llegado el 30 de junio de 1992, la SRL tuviera una cifra de capital inferior al mínimo legalmente establecido.

Veamos separadamente la incidencia de la entrada en vigor de la LSRL sobre cada una de estas sanciones.

A) En lo concerniente a la multa prevista en la disposición transitoria 4.^a, apartado 4, de la Ley 19/1989, es preciso comenzar señalando que la LSRL en el apartado 24 de su disposición adicional 2.^a, derogó el apartado 4 de la disposición transitoria 4.^a LSA, pero no derogó el mismo apartado de la misma disposición transitoria de la Ley 19/1989 (con idéntico contenido, pero referido aquí a la SA y este último a la SRL y SC por A). Tal proceder refleja inequívocamente la voluntad del legislador de mantener la vigencia de la referida regla de la Ley 19/1989, en una actitud discriminatoria no fácil de entender. Ahora bien, lo anterior no empece a la necesidad de tener en cuenta que la infracción a sancionar con la referida multa se produjo el 30 de junio de 1992, al no haber adaptado con anterioridad a tal fecha sus estatutos a las exigencias introducidas por la Ley 19/1989. Llegada tal fecha y ante la inactividad de la Administración Pública (que, al parecer, no ha incoado expediente sancionador alguno al respecto), cabe plantearse la eventual prescripción de la infracción y, en este sentido, con independencia de su calificación como muy grave, grave o leve, parece claro que han transcurrido con creces los plazos fijados para ella por el artículo 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de modo que la citada infracción habría prescrito (por supuesto, siempre que no se hubieran iniciado por la Administración Pública actuaciones con eficacia interruptiva de la prescripción).

B) La responsabilidad por las deudas sociales de los administradores y liquidadores de una SRL, conforme al apartado 4 de la disposición transitoria 3.^a de la Ley 19/1989, tampoco se ha visto expresamente derogada por la LSRL. Por tanto, subsiste la responsabilidad contraída por los administradores y liquidadores de acuerdo a la referida norma. Ahora bien, tal responsabilidad se extenderá a las obligaciones sociales contraídas hasta la entrada en vigor de la LSRL, es decir, hasta el día 1 de junio de 1995; no a las obligaciones sociales contraídas con posterioridad a tal fecha. Ello es así, porque, tras el expresado día, cesa el presupuesto que determina la citada responsabilidad por las deudas sociales, cual es la no adaptación de los estatutos o escritura social a lo establecido en la Ley 19/1989. La SRL, llegado el 1 de junio de 1995, no puede adaptar sus estatutos a las disposiciones de la Ley 19/1989, sino que debe hacerlo a la vigente LSRL. En consecuencia, dado el carácter sancionatorio de la norma que impone a administradores y liquidadores la mencionada responsabilidad, parece obligada una interpretación restrictiva, que lleva a la conclusión expuesta. Esto es, tras la entrada en vigor de la LSRL, los administradores y liqui-

dadores de la SRL que no hubiera adaptado sus estatutos a la Ley 19/1989 mantienen su responsabilidad por las deudas sociales contraídas con anterioridad, en tanto subsista la obligación social o no haya prescrito la responsabilidad de administradores y liquidadores, pero no se extiende la misma a las obligaciones sociales nacidas después del 1 de junio de 1995.

El cierre del Registro Mercantil establecido en el apartado 1 de la disposición transitoria 6.^a de la Ley 19/1989 se mantiene obviamente para la SRL que, llegado el 30 de junio de 1992, no hubiere adecuado su cifra de capital al mínimo legal. La entrada en vigor de la LSRL no provoca alteración en la misma. Ahora bien, en el régimen jurídico de la SA el cierre registral previsto por idéntico motivo en el apartado 1 de la disposición transitoria 6.^a LSA se ve complementado con la disolución de pleno derecho de la SA que el 31 de diciembre de 1995 aún no hubiera adecuado el capital social a la cifra mínima legalmente fijada para la SA, sin perjuicio de la subsistencia de responsabilidad de administradores y liquidadores por las deudas sociales. La disposición derogatoria 2.^a LSRL ha hecho desaparecer tal disolución de pleno derecho para la SRL. En consecuencia, el Registro Mercantil cerrado para la SRL que el 30 de junio de 1992 no hubiera adecuado su cifra de capital al mínimo legal, seguirá cerrado tras la entrada en vigor de la LSRL, de forma que, salvo las escrituras aludidas en la propia disposición transitoria 6.^a, apartado 1, de la Ley 19/1989 (complementado con la doctrina contenida en la RDGRN de 2 de julio de 1993), no se inscribirá en el mismo escritura alguna relativa a tal SRL. Si antes del 1 de junio de 1998 no hubiera tenido lugar la adaptación de la SRL, el aludido cierre registral enlazará con el previsto en la disposición transitoria 3.^a LSRL.

Ciertamente, es anómala la situación de una SRL cuyo capital no se haya adecuado al mínimo legal de 500.000 pesetas, fijado ya desde la reforma del 1989. El legislador sanciona con rigor a las SRL con una cifra de capital social inferior al citado, como se observa en los artículos 4 y 108 LSRL. En particular este último precepto decreta la disolución de pleno derecho de una SRL que, a consecuencia del cumplimiento de una ley, haya reducido el capital social por debajo del mínimo legal, cuando, transcurrido un año desde la adopción del acuerdo de reducción, no hubiere inscrito en el Registro Mercantil el acuerdo de disolución, de transformación o de aumento de capital de la sociedad, imponiendo, además, a los administradores en tal caso responsabilidad por las deudas sociales.

Si tal es el tratamiento que dispensa el legislador a la SRL que no adecua su cifra de capital al mínimo legal cuando a consecuencia del cumplimiento de una ley se ha visto obligada a reducirlo por debajo de la misma, no es coherente que para la SRL que nunca adecuó su capital al mínimo aludido la única sanción sea el cierre del Registro Mercantil sin más sanción a los administradores sociales que la imposición de responsabilidad por las deudas sociales contraídas hasta el 1 de junio de 1995. Ciertamente no es coherente, pero parece claro que la vigente normativa no permite otra conclusión.

VI. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES Y DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA LABORAL POR NO ADAPTACIÓN DE SUS ESTATUTOS

La sociedad comanditaria por acciones (SC por A) fue objeto de expresa regulación en la Ley 19/1989, cuyo artículo 14, apartado 2 dio nueva redacción a los artículos 151 a 157 del Ccom., reconociéndose en las disposiciones transitorias de la expresada Ley 19/1989 la obligación de adaptar sus estatutos a dicha regulación, así como las consecuencias de su inobservancia.

El régimen establecido en tales disposiciones transitorias para la SA (que pronto fue derogado para este tipo social, pasando su contenido a las disposiciones transitorias de la LSA) es también de aplicación a la SC por A, sin que nuevas disposiciones lo hayan alterado, de modo que es en la Ley 19/1989 donde hay que buscar la normativa relativa a la adaptación de la SC por A. Consecuentemente, antes del 30 de junio de 1992, la SC por A debe haber adaptado su estatutos a los dictados de la Ley 19/1989; si hubiere llegado tal fecha sin haber procedido a la citada adaptación (o transformación de tipo social), se impone a sus administradores y, en su caso, liquidadores, a modo de sanción, responsabilidad por las deudas sociales en los términos ya conocidos del apartado 4 de la disposición transitoria 3.^a de la expresada Ley 19/1989. Adicionalmente, se sanciona administrativamente la no adaptación con la multa prevista en el apartado 4 de la disposición transitoria 4.^a (probablemente hoy ya prescrita la infracción a causa de la inactividad de la Administración) y, si la cifra de capital no alcanzare el mínimo legal, se produjo también el cierre del Registro Mercantil para la SC por A a partir del 30 de julio de 1992 y si tal situación subsistía el 31 de diciembre de 1995, la sociedad quedó disuelta de pleno derecho, cancelándose sus asientos registrales sin perjuicio de la subsistencia de «la responsabilidad personal y solidaria de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad».

En punto a la citada responsabilidad por las deudas sociales, son de aplicación en su integridad las consideraciones anteriormente expuestas al aludir a esta cuestión en el marco de la SA. Sin embargo, sí es preciso destacar un extremo: en la SC por A la administración ha de estar necesariamente a cargo de los socios colectivos (art. 155.1 Ccom.), quienes responden personal, solidaria y subsidiariamente de las obligaciones sociales (arts. 127 y 237 Ccom.), de modo que en este caso la sanción por no adaptación estatutaria se limita a privar al administrador del beneficio de excusión en la responsabilidad por las deudas sociales. No puede decirse lo mismo de los liquidadores de la SC por A, pues, ante la ausencia de normas específicas para la liquidación de esta norma social, son de aplicación las reglas de la LSA (art. 152 Ccom.) y conforme al artículo 267 LSA, disuelta la sociedad, se abre el período de liquidación, cesando la representación de los administradores y asumiendo los liquidadores las funciones a que se refiere el artículo 272, con la consecuencia de que los terceros acreedores de una SC por A ya no cuentan con la responsabilidad personal de los liquidadores, salvo que ésta proceda de la sanción por no adaptación estatutaria.

Por último, unas breves consideraciones para las SAL. En su calidad de SA, quedaron sujetas a la obligación de adaptar sus estatutos a la nueva regulación de SA, de conformidad a lo establecido en las disposiciones transitorias de la Ley 19/1989, pronto sustituidas por las disposiciones transitorias de la LSA. Consecuentemente, la disciplina apuntada para las SA (y lógicamente también la sanción a los administradores consistente en imponerles responsabilidad por las deudas de la sociedad, cuando, llegado el 30 de junio de 1992, ésta no hubiera adaptado sus estatutos) fue plenamente aplicable a la SAL, pues no en vano el artículo 2 de su entonces Ley reguladora remitía a la disciplina de la SA para todos aquellos extremos que no hubieran sido objeto de expresa contemplación por su específica normativa.

Sin embargo, la Ley 19/1989 contenía en el apartado 2 de la disposición transitoria 3.^a una norma particular para las SAL que pretendía facilitar a éstas (o, más precisamente, a algunas SAL) la adaptación de su cifra de capital al mínimo de diez millones de pesetas. A tal fin, además de permitir la utilización del fondo de reserva contemplado en el artículo 17 de la Ley 15/1986, la citada norma establece que si el capital social de las SAL constituidas antes de la fecha de la publicación de la Ley 19/1989 en el *BOE* fuera inferior a cuatro millones de pesetas, éstas dispondrían de un plazo de cuatro años (esto es, hasta el 1 de enero de 1994) para alcanzar tal cifra y, habiéndolo hecho así, estas sociedades contaron con un plazo adicional que vencía el 31 de diciembre de 1996 para elevar el capital hasta el mínimo de los diez millones de pesetas preceptivos. Como consecuencia de lo anterior, la responsabilidad por las deudas sociales de los administradores (y liquidadores) de tales SAL por no adaptación estatutaria, cuando la inadaptación incidiera sólo sobre la cifra de capital, no se desencadenó más que, si llegadas las mencionadas fechas (1 de enero de 1994 y 31 de diciembre de 1996), no hubieran aumentado su capital a cuatro y diez millones de pesetas, respectivamente. De igual modo, entiendo que el cierre del Registro Mercantil contemplado en el apartado 1 de la disposición transitoria 6.^a LSA no se habrá producido para tales SAL más que desde el 1 de enero de 1994 (si a tal fecha no hubiera alcanzado la cifra de capital al menos cuatro millones de pesetas) o desde el 31 de diciembre de 1996 (si, habiendo aumentado a cuatro millones antes del 1 de enero de 1994, no es elevada a diez), pues la literalidad de la norma dice «a partir de la fecha máxima establecida para la adecuación de la cifra de capital social al mínimo legal [...]», y para las SAL con un capital inferior a cuatro millones de pesetas tal fecha máxima era el 1 de enero de 1994 para llegar a cuatro millones y, habiendo llegado a ésta en dicha fecha, el 31 de diciembre de 1996 para alcanzar los diez millones.

Por otra parte, es más que dudoso que dichas SAL se vean afectadas por la disolución de pleno derecho contemplada en el apartado 2 de la disposición transitoria 6.^a LSA. En efecto, esta norma entra en juego si las SA (que, conforme a la disp. trans. 3.^a LSA debían haber adecuado su capital al mínimo legal antes del 30 de junio de 1992) no hubieran presentado en el Registro Mercantil, llegado el 31 de diciembre de 1995, el acuerdo de elevar el capital social hasta el mínimo de diez millones; tal regla es aplicable en principio a las SAL (que son también SA), pero entiendo que no a las SAL con un capital

inferior a cuatro millones de pesetas (que hubiera alcanzado ya esta suma al 1 de enero de 1994), pues para éstas el plazo legal de adaptación de su cifra de capital concluye el 31 de diciembre de 1996 y esta circunstancia hace imposible la aplicación de la sanción de disolución de pleno derecho, cuya literalidad alude a una fecha en la que tal SAL aún no ha infringido su obligación de adaptación de la cifra de capital. Al margen de estas salvedades (circunstancias a la adecuación de la cifra de capital y a la que sólo pudieron acogerse determinadas SAL) el régimen de la adaptación estatutaria de las SAL y también la responsabilidad de sus administradores y liquidadores por no adaptación es el propio de la SA.

Con fecha 25 de marzo de 1997, el *BOE* publicó la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales (en adelante, LSL), que pueden adoptar la forma de anónimas o de sociedades de responsabilidad limitada. Nuevamente, para las SAL (no para las SRL laborales, que son de nueva creación) se plantea la transición al nuevo régimen jurídico y el derecho transitorio contenido en la LSL proclama la inmediata aplicación de las nuevas disposiciones que derogan en cuanto se opongan a ellas las reglas estatutarias. Ahora bien, no impone la obligación de adaptar formalmente los estatutos a la nueva regulación: se limita la LSL a establecer que éstos no se interpretarán ni aplicarán en contradicción con la vigente normativa. Consecuentemente, los administradores de las SAL no incurrir en responsabilidad alguna por no adaptar sus estatutos a los preceptos de la LSL. Pero ¿cuál es la situación, tras la entrada en vigor de la nueva regulación de sociedades laborales, de los administradores de SAL que no hubieren llevado a cabo la adaptación de sus estatutos a las disposiciones de la LSA (con la ya apuntada particularidad contenida en la disp. trans. 3.ª, apdo. 3, Ley 19/1989)?

Es evidente que por las obligaciones sociales nacidas con anterioridad a la entrada en vigor de la vigente LSL se mantiene la responsabilidad solidaria de administradores y, en su caso, liquidadores. Respecto a las obligaciones contraídas con posterioridad es oportuno hacer una distinción. Por una parte, debe tenerse en cuenta que las SAL cuyo capital social no se hubiera adaptado al mínimo legal establecido (salvedad hecha de las que con capital inferior a cuatro millones de pesetas se hayan acogido al apdo. 2 de la disp. trans. 3.ª de la Ley 19/1989, alcanzando una cifra a 1 de enero de 1994) han quedado disueltas de pleno derecho y han sido cancelados de oficio sus asientos, subsistiendo la responsabilidad personal y solidaria de sus administradores, gerentes, directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad, conforme al apartado 2 de la disposición transitoria 6.ª LSA. La entrada en vigor de la LSL es irrelevante a estos efectos.

Por otra parte, respecto a las demás SAL que no hubieran adaptado sus estatutos a las disposiciones de la LSA (excepción hecha —insisto— de las aludidas en el párrafo inmediatamente anterior) entiendo que se mantiene la responsabilidad de administradores y liquidadores por las deudas sociales, también por las contraídas tras la entrada en vigor de la vigente LSL. Abona este parecer, en primer lugar, el hecho de que la LSL no deroga formalmente la LSA, ni, por supuesto, sus disposiciones transitorias que siguen vigentes. En

segundo lugar, siendo la SAL una SA, es obvio que queda sujeta a las normas de la LSA y, por tanto, subsiste la obligación de adaptar sus estatutos al régimen jurídico de ésta, en vigor desde 1990 [no en vano la LSA es derecho supletorio de la SAL (disp. final 1.ª LSL) y la disciplina de la LSL incide sobre aspectos muy concretos y determinados de la regulación del tipo SA que constituyen meras particularidades]. Por último, si tras la promulgación de la LSL no se impone a las SAL la obligación de adaptación formal de los estatutos de éstas a sus normas, es porque el legislador parte del convencimiento de que las SAL ya se han adaptado previamente a la LSA y, por tanto, las innovaciones de la LSL respecto al régimen anterior (en gran medida dirigidas a posibilitar que también la SRL pueda recibir el calificativo de laboral) no requieren la imposición de tal obligación. Ahora bien, si no se hubiera llevado a cabo dicha adaptación previa, subsisten las consecuencias de la inobservancia de la expresada obligación y, lógicamente, también la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales.

BIBLIOGRAFÍA

En la redacción de la presente conferencia se han utilizado, entre otras, las siguientes obras:

- ALONSO UREBA: «Presupuestos de responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *RDM*, 1992, n.º 198, pp. 639 ss.
- BELTRÁN, Emilio: *La disolución de la sociedad anónima*, Madrid, 1991.
- BOLAS ALFONSO: «La adaptación de las sociedades de capital a la vigente normativa: la triple vertiente de la obligación de adaptación. Problemas prácticos», *RDN*, 1993, n.º 4, pp. 9 ss.
- CABANAS TREJO, R.: «Las Disposiciones Transitorias», en *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, t. II, Madrid, 1996, pp. 1245 ss.
- GARCÍA VILLAVERDE: «Capital mínimo, en *Derecho de Sociedades Anónimas*, t. I: *La Fundación*, Madrid, 1991, pp. 111 ss.
- LANZAS GALVACHE: «Régimen Transitorio: La adaptación a la nueva Ley de SRL», en *Ley de Sociedades Limitadas. Manual II*. Editado por «Expansión» y «Coopers & Lybrand», Madrid, 1995, pp. 85 ss.
- LÁZARO SÁNCHEZ: «Disolución de pleno derecho y cancelación registral de los asientos correspondientes a las sociedades anónimas incurso en el supuesto de hecho de la Disposición Transitoria 6.2.ª LSA», *RdS*, n.º 7, 1996, pp. 98 ss.
- LÁZARO SÁNCHEZ, E.: «Disposiciones transitorias», en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (coordinados por Ignacio Arroyo y José Miguel Embid), Madrid, 1997, pp. 1307 ss.
- MASSAGUER: «El capital nominal», *RGD*, 1990, pp. 5585 ss.
- PULGAR EZQUERRA: «El régimen especial de responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima por incumplimiento de la obligación legal de adaptación estatutaria», *RdS*, 1994, n.º 2, pp. 209-210.
- *La cancelación registral de las sociedades de capital*, Madrid, 1998.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA-HUERTA VIESCA: *La Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades de Capital*, 3.ª ed., Madrid, 1997.
- ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio: «El capital social mínimo. Consideraciones de política y técnica legislativa», *RDM*, 1988, pp. 149 ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: «Administradores», en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. IV, dirigidos por Fernando Sánchez Calero, Madrid, 1993.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR NO PROMOCIÓN O REMOCIÓN DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD: CONSIDERACIONES EN TORNO AL DEBATE JURISPRUDENCIAL

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
Profesor Titular de Derecho Mercantil.

Director del Departamento de Derecho Privado. Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL TEMA. II. FINALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS ADMINISTRADORES EX ARTÍCULOS 262.5.º LSA Y 105.5.º LSRL. III. PRESUPUESTOS NORMATIVOS. 1. *Presencia de un supuesto de hecho calificado como causa de disolución.* 2. *Obligación de convocar la Junta General.* 3. *Solicitud de disolución judicial.* IV. CALIFICACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR NO PROMOCIÓN O REMOCIÓN DE LA DISOLUCIÓN. 1. *Calificación jurídica.* 2. *Es una responsabilidad personal, ilimitada, autónoma, no objetiva, de carácter cumulativo y solidaria.* 3. *Contenido y extensión de tal responsabilidad.* V. EXIGIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS ADMINISTRADORES EX ARTÍCULOS 262.5.º LSA Y 105.5.º LSRL. 1. *Legitimación activa.* 2. *Legitimación pasiva. Problemas particulares.* 3. *Causas de exoneración. El cumplimiento tardío.* 4. *Prescripción de la acción.*

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Uno de los aspectos más novedosos que presenta la vigente Ley de Sociedades Anónimas, es la sanción de la responsabilidad personal de los administradores sociales que incumplieran el deber de promover o remover la disolución de la sociedad, en los términos que les impone el artículo 262 LSA. Esta regla sancionadora ha sido reiterada —e, incluso, aclarada— en la más reciente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 105 LSRL), siguiendo así la línea marcada por aquel primer texto legal.

Pues bien, esta sanción de la responsabilidad personal de los administradores¹ descansa en una consideración que, a veces, se ha olvidado por quienes se han ocupado del estudio y aplicación de cuanto disponen los artículos 262.5.º

¹ El carácter sancionatorio de esta responsabilidad personal de los administradores es destacado unánimemente en la doctrina. Vid., *ad ex.*, BELTRÁN: «Pérdidas y responsabilidad de los administradores (Comentario a la SAP de Zaragoza de 23 de noviembre de 1991 y a la SAP de Oviedo de 1 de diciembre de 1992)», *RDM*, 205, 1992, p. 484; QUIDANO: «Responsabilidad de los administradores por no disolución de la Sociedad (art. 262.5.º TRLSA) (Comentario a la SAP de Burgos de 24 de julio de 1995)», *RdS*, 5, 1995, p. 281; SUÁREZ LLANOS: «La responsabilidad por pérdidas de los administradores de la Sociedad Anónima», *Est. Homenaje Menéndez*, vol. II, Madrid, 1996, p. 2487; ESTEBAN VELASCO: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», *Est. Homenaje Menéndez*, vol. II, Madrid, 1996, p. 1711.

LSA y 105.5.º LSRL. En efecto, la responsabilidad allí sancionada tiene como presupuesto el incumplimiento por parte de los administradores de unos deberes específicos que configura el propio texto legal, y que se concretan en un determinado modo de proceder ante la realidad de una causa de disolución social. Por ello, la existencia de un supuesto de hecho al que la Ley anude el carácter —en su caso— de causa de disolución, tiene como consecuencia que la propia Sociedad deba pronunciarse sobre tal particular, bien verificando su existencia a través del correspondiente acuerdo adoptado en Junta General pero, también, pudiendo evitar la apertura de la liquidación mediante un acuerdo de remoción de aquel supuesto de hecho calificado como causa de disolución. Ahora bien, lo relevante es que la finalidad legal radica en conseguir uno de esos pronunciamientos de la Junta General, sin prejuzgar —en absoluto— cuál de entre los dos —verificación de la disolución o remoción— ha de considerarse procedente. Por tanto, y por expresarlo de una manera gráfica, ante la realidad de un supuesto de hecho calificado como causa de disolución, la Sociedad no puede abandonarse a la inacción sino que, necesariamente, debe pronunciarse —en uno u otro sentido— frente a la realidad por la que atraviesa.

Lógicamente, si se recuerda la caracterización de la Junta General como un órgano de funcionamiento discontinuo², se entenderá que el legislador confía a los administradores todas aquellas actuaciones que puedan resultar necesarias a fin de conseguir que la Sociedad se pronuncie sobre la verificación o remoción del supuesto de hecho disolutorio. Por tal razón, y con la finalidad de asegurar ese pronunciamiento de la Junta General y, por tanto, con la previa actuación de los administradores, la ley vigente sanciona un deber positivo en el hacer de los administradores cuya exigibilidad se asegura mediante la configuración de la oportuna sanción.

Desde este punto de vista se entenderá mejor el significado que está llamada a tener esta regla de responsabilidad sancionatoria que recae sobre los administradores sociales y que la LSA formula de la siguiente manera:

Art. 262. [...]

2. Los administradores deberán convocar junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución. Cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que convoquen la junta si, a su juicio, exista causa legítima para la disolución.

[...]

4. Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser adoptado.

5. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

² Tal y como se deriva del propio concepto de Junta General. Vid. URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS: «La Junta General de accionistas», en AAVV, *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, t. V, Madrid, 1992, p. 23.

El objeto de estas líneas es estudiar el alcance de esta disposición —al igual que su homónima del artículo 105.5.º LSRL— e intentar aclarar algunas de las muchas dudas que le asaltan al intérprete a la hora de aplicar la citada norma. En particular, y ante el debate —por la enorme disparidad de criterios— que se ha abierto en la Jurisprudencia³ —en especial, en la denominada «menor»—, será preciso también el análisis de tales pronunciamientos y su confrontación con las exigencias que una recta aplicación que tal norma requiere, al igual que el respeto a la finalidad atendida por el Legislador con tal criterio legal.

Ahora bien, lo explícito del comportamiento debido, así como el alcance que aparentemente se da a la sanción de responsabilidad personal por «obligaciones sociales», nos advierten bien de lo extraño que resulta tal proceder y, como es lugar común destacar, de la ausencia de un pronunciamiento similar en el Derecho Comparado⁴. Pues bien, esa «originalidad» del planteamiento del legislador español nos puede ser útil si ahora pretendiéramos descubrir cuál es la finalidad a que dicho precepto responde y cuáles son las necesidades prácticas que con el mismo se han intentado resolver.

II. FINALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS ADMINISTRADORES EX ARTÍCULOS 262.5.º LSA Y 105.5.º LSRL

Me parece que si ahora quisiéramos determinar el posible origen de la regla prevista en los artículos 262.5.º LSA y 105.5.º LSRL, pudiera servirnos de ayuda el recuerdo de cuál era la situación que se detectara durante la vigencia de la LSA de 1951 y de cuál fue la respuesta que la Jurisprudencia ofreció ante estos supuestos de sociedades abandonadas por quienes en ellas estaban interesados, a despecho de las exigencias legales en torno a un ordenado proceso de disolución y liquidación social, y todo ello, por supuesto, con grave merma de los derechos que a los terceros acreedores sociales correspondían frente al patrimonio social.

La situación descrita no resultaba, desde luego, desconocida en la práctica societaria española. Es más, su frecuencia no era —ni mucho menos— despreciable, como bien lo acredita el hecho de que fuera objeto de diversos pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo, a través de los cuales se intentó buscar una solución técnica en favor de los acreedores de aquellas «sociedades durmientes»; esto es, aquellas cuya realidad derivaba exclusivamente del

³ Un excelente y completo estudio jurisprudencial es el que hace ÁVILA DE LA TORRE: «La responsabilidad de los administradores por no disolución de la Sociedad Anónima», *Colección Jurisprudencia Práctica*, Madrid, 1997, *pássim*.

⁴ Algunos autores han destacado esta ausencia de precedentes, si bien advierten de una cierta proximidad con cuanto se dispone en el artículo 46 del Código de Comercio holandés de 1838 y, sobre todo, del artículo 2.449.1.º del vigente Código Civil italiano, no sin advertir de la diferencia que media entre tales normas y el supuesto de hecho que contemplan tanto el artículo 262 LSA como el artículo 105 LSRL.

Registro Mercantil y que carecían de cualquier vigencia en la realidad del tráfico, a salvo, claro está, de los derechos de terceros que frente a ella ahora se querían hacer valer. En esas situaciones donde el acreedor social comprobaba la desaparición de hecho de su deudor, con el cierre y abandono del domicilio social, el TS intentó ofrecer una respuesta a través de los estrechos márgenes que la LSA de 1951 permitía. Y, así, consideró la aplicabilidad de cuanto disponían los antiguos artículos 79 y siguientes de la LSA de 1951, en los que el legislador preveía un régimen de responsabilidad para los administradores de la sociedad. Pues bien, dejando ahora de lado las deficiencias técnicas que aquel régimen de responsabilidad presentaba, su aplicación a los efectos de resolver el problema que nos ocupa mostró un más que limitado éxito, pues como tuvo que exigir el alto tribunal, el sistema de responsabilidad por daños que en tal régimen se configuraba, requería cumplida prueba acerca de la necesaria relación de causalidad entre el daño sufrido y la actuación no diligente del administrador, pues —así lo entendió el TS— una actuación diligente por parte de éste no habría evitado aquél. De todo ello, se derivaba la absolución de los administradores en los supuestos que nos ocupa⁵. Pero, ante el fracaso de la línea jurisprudencial emprendida, el propio TS dulcificó las exigencias legales en torno a la prueba del daño y del elemento intencional o culposo, pues llegó a considerar que la ausencia de una ordenada extinción de la sociedad, atendiendo la realidad de su disolución y la necesidad de respetar el procedimiento previsto para su liquidación, constituía de por sí el daño que preveía el artículo 81 LSA de 1951 a fin de declarar la procedencia de la indemnización solicitada por el acreedor social⁶.

De todas las maneras, resulta incontrovertible que la situación creada en torno a este problema durante la vigencia de las Leyes anteriores no recibía una adecuada respuesta por parte del ordenamiento jurídico⁷. Por ello, se hacía precisa una solución que ofreciera una adecuada tutela al acreedor social que comprobaba la imposibilidad de su reclamación, pues su deudor —esto es, la propia Sociedad— había desaparecido de la realidad del tráfico y, abandonando el domicilio social, de ella sólo quedaba su constancia registral. Tal solución tendría que ser respetuosa de los principios que caracterizan cada tipo social pero, a la vez, debía constituir un mecanismo eficiente a fin de que los acreedores sociales pudieran hacer realidad su derecho de crédito frente a la sociedad. De esta manera, ante la irresponsabilidad que caracteriza a la Junta General en cuanto órgano social de actuación intermitente, la desaparición de todo patrimonio social como consecuencia de una situación de pérdidas, por su reparto de hecho entre los socios o por cualquier otra causa, y la pervivencia registral de la sociedad que mostró una voluntad rebelde frente a la necesidad de su disolución y liquidación en la forma prevista legalmente, toda solución posible tenía que hacerse descansar en la figura de los administradores sociales. En

⁵ Vid., entre las más recientes, SSTS de 3 de abril de 1990, Ar. 2690; de 11 de octubre de 1991, 6909; de 4 de noviembre de 1991, 8143; y 21 de mayo de 1992, 4274.

⁶ Vid. SSTS de 13 de febrero de 1990, Ar. 681; y de 22 de abril de 1994, Ar. 3084.

⁷ Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: «Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada», *RCDI*, 1993, pp. 1487 ss.

efecto, una nota que caracteriza la posición jurídica de los administradores sociales es su permanencia al frente de la entidad societaria. Por otro lado, respecto de la situación en que se encuentre el patrimonio social y cuáles pueden haber sido las disposiciones que a su cargo se hubieran hecho, resulta indudable no sólo el conocimiento de estos administradores sobre tales circunstancias sino que, de igual manera, las disposiciones del patrimonio social habrán requerido —al menos formalmente— de su concurso. En último lugar, la pervivencia registral de la sociedad y el abandono de las exigencias de disolución y liquidación de la sociedad que ha desaparecido de hecho, son circunstancias cuyo mantenimiento sólo pueden obedecer a la inacción de los propios administradores, pues sobre ellos recae la competencia a fin de convocar la Junta General y toda otra decisión que evite tal situación sería contraria a elementales exigencias legales⁸.

Desde este punto de vista se entenderá, entonces, la solución que a este tipo de problemas ofrecen las nuevas LSA y LSRL. En efecto, en ambos textos legales es indudable que los administradores son un órgano social de carácter permanente, sobre los que recae un deber de diligencia que les ha de procurar un correcto conocimiento de la situación social y de la realización de disposiciones sobre el patrimonio social, así como el hecho cierto de que deben procurar que no medie gran diferencia entre la vida social real y aquellas informaciones que se publicitan a través del Registro Mercantil. Por todas estas razones, los artículos 262.5.º LSA y 105.5.º LSRL declaran la responsabilidad de los administradores sociales frente a terceros en aquellos supuestos en que la sociedad diera fin a su vida en la realidad del mercado pero a despecho de las exigencias que la extinción social conlleva necesariamente⁹.

Ahora bien, conviene precisar dos extremos que acoge la solución legal y que, como veremos, han de tener una importancia práctica incuestionable. En primer lugar, la responsabilidad de los administradores que se sanciona en estos supuestos se declara frente a los acreedores sociales que pueden ver perjudicada su posición como consecuencia de la desaparición real de la sociedad fuera de las reglas previstas en las leyes para tal resultado extintivo, por lo que será —desde este punto de vista— totalmente irrelevante el origen de la deuda social así como la fecha —anterior o posterior al surgimiento del supuesto de

⁸ Sobre las negativas consecuencias de la falta de cancelación registral, vid. CARLÓN: «La extinción de la Sociedad Anónima», *RDP*, 1970, p. 137.

⁹ «En cuanto al fundamento de esta responsabilidad personal y solidaria de los administradores se ha señalado por la doctrina científica que no es otro que el deseo del legislador de evitar que, cuando concurra alguna causa de disolución de la sociedad, ésta continúe actuando como si nada ocurriese, o bien se produzca la desaparición y cierre *de facto* de la misma. Se trata de forzar a los administradores para llevar a cabo la disolución, y consiguiente liquidación ordenada a las previsiones legales, de aquellas sociedades en las que concurra alguna de las causas de disolución previstas en la ley (art. 260 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), evitando la práctica generalizada durante la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 de no disolver nunca las sociedades, limitándose a dejarlas inactivas, para evitarse las molestias y gastos de la disolución». Cfr. SAP de Salamanca de 31 de octubre de 1995 (Ar. Civ. 1901/96).

hecho disolutorio— en que nació el crédito de ese tercero¹⁰. Por otro lado, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, la regla de responsabilidad que se sanciona en los artículos 262.5.º LSA y 105.5.º LSRL va vinculada a un concreto supuesto de hecho —la extinción social al margen de la regulación prevista para la disolución y liquidación societarias— en el que los administradores han dejado inatendidos elementales deberes de diligencia que, con abandono de la propia competencia, arrojan ese resultado de la desaparición de la sociedad al margen de las previsiones legales¹¹. De esta manera, no parece que entonces sean posibles muchas dudas acerca del significado que quepa dar a tal reconocimiento de la responsabilidad de los administradores, pues la misma parece venir configurada como la oportuna sanción ante el incumplimiento de esos deberes de diligencia por parte de tales sujetos, pues son ellos quienes han de procurar la extinción de la sociedad —o, en su caso, la remoción del supuesto de hecho disolutorio— a través de los mecanismos legalmente predispuestos, evitando, de esa manera, el posible perjuicio de los acreedores sociales.

III. PRESUPUESTOS NORMATIVOS

1. PRESENCIA DE UN SUPUESTO DE HECHO CALIFICADO COMO CAUSA DE DISOLUCIÓN

Llegados a este extremo, se hace preciso ya encarar cuál es el régimen jurídico a que se sujeta esta responsabilidad personal de los administradores de la sociedad. Y, en este sentido, parece razonable que comencemos interrogándonos acerca de los presupuestos que han de respetarse para el surgimiento de tal responsabilidad. Pues bien, conviene volver a recordar cuanto dispone el artículo 262 LSA, pues su ordinal primero señala que:

Cuando concorra alguna de las causas en los números 3.º, 4.º, 5.º y 7.º del apartado 1 del artículo 260, la disolución de la sociedad requerirá acuerdo de la Junta General constituida con arreglo al artículo 102.

Esto es, cuando se produzca el supuesto de hecho a que se refiere tal norma, surgen para los administradores sociales un conjunto de deberes que tienden a evitar la persistencia de tal situación de hecho, bien mediante la convocatoria de la oportuna Junta General que acuerde la remoción del supuesto de hecho o, por el contrario, decida la disolución de la sociedad, bien promoviendo la disolución judicial ante la ausencia de aquel acuerdo —de remoción o de disolución—

¹⁰ En contra, vid. SUÁREZ LLANOS: «La responsabilidad por pérdidas...», *op. cit.*, pp. 2495 y 2496.

¹¹ El presupuesto que desencadena esta responsabilidad «consiste en la omisión por los administradores del deber de diligencia impuesto a los mismos por el artículo 262 LSA, concretado en la exigencia de unos determinados comportamientos o actuaciones jurídicamente relevantes, ante la presencia de alguna de las causas de disolución previstas en el apartado 1 de dicho precepto». EIZAGUIRRE: «Disolución y liquidación», en AAVV, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dir. por SÁNCHEZ CALERO, vol. VIII, Madrid, 1993, p. 80.

de la Junta General que no fue adoptado por la razón que fuera (falta de acuerdo, acuerdo en contra).

Ahora bien, debemos tener presente que el supuesto de hecho que aparece como primer presupuesto al que se vincula el surgimiento de la responsabilidad de los administradores que nos ocupa, va referido no a cualquier causa de disolución sino, tan sólo, a una selección de aquellas que enumera el Legislador. Pues bien, si intentáramos descubrir cuál es la nota común a los supuestos seleccionados en este artículo 262.1.º LSA, podríamos afirmar que tal característica no es otra que la de calificar a tales causas de disolución como causas *ex voluntate*¹². En efecto, la conclusión de la empresa que constituya el objeto social, la imposibilidad de alcanzar el fin social, la paralización de los órganos sociales de tal manera que resulte imposible su funcionamiento, la existencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, la reducción del capital social por debajo del mínimo legal, y, en definitiva, cualquier otra causa establecida en los estatutos, son supuestos de hecho que de por sí no pueden calificarse como una verdadera causa de disolución sino lo es tras su reconocimiento como tal en virtud del oportuno acuerdo de la Junta General. En todos estos casos, el surgimiento del supuesto de hecho no tiene como consecuencia automática la verificación de la disolución con la apertura del proceso liquidatorio, tal y como ocurre con las llamadas causas de disolución *ipso iure* o de pleno derecho¹³.

Pero, se hace preciso dar un paso más e intentar descubrir la razón de ser a que obedece la necesidad de un acuerdo social para que la presencia de alguno de esos supuestos de hecho tenga la virtualidad de provocar la disolución de la sociedad y su entrada en la liquidación. En este sentido, no parece que existan muchas dudas acerca de las razones a que responde la exigencia de acuerdo social, pues muchos de los supuestos contemplados son de difícil precisión y concreción en la realidad del tráfico, por lo que se requiere el pronunciamiento de la Junta General a fin de verificar su misma concurrencia y realidad. Por otro lado, ante la constatación del supuesto de hecho por la Junta General, el legislador no ha pretendido un cierto fatalismo de tal manera que se verificara la disolución sino, por contra, intenta ofrecer una última oportunidad a fin de que la Sociedad, a través del acuerdo de la Junta General, decida evitar su disolución mediante la adopción del oportuno acuerdo por el que se remueva tal supuesto de hecho.

Todas estas ideas se suelen resumir advirtiendo del carácter voluntario que tiene la disolución de la Sociedad, pues la misma es resultado de un acuerdo de la Junta General. Ahora bien, esa voluntariedad de la sociedad acerca de su disolución no puede llevarnos a pensar en una suerte de arbitrariedad. La Sociedad, mediante el pronunciamiento de su órgano soberano, podrá disolverse o, por el contrario, adoptar un acuerdo de continuación. Pero no más. Es decir, ante

¹² Sobre tal calificación y sus consecuencias, vid., por todos, BELTRÁN: *La disolución de la Sociedad Anónima*, 2.ª ed., Madrid, 1997, pp. 40 ss.

¹³ *Ad ex.*, el vencimiento del término fijado en los estatutos. Cfr. artículos 260.1.1.º y 261 LSA y artículo 107 LSRL.

la realidad de un supuesto de hecho calificado como causa de disolución, podrá adoptarse el acuerdo disolutorio por el que se verifica la realidad de tal supuesto de hecho, pero, también, habiendo verificado tal realidad, la Junta General adoptará un acuerdo que removiendo este supuesto de hecho evite la persistencia del mismo en el tiempo, logrando así la continuación de la propia Sociedad. Dicho en otras palabras, la sociedad no está obligada a su extinción por la concurrencia de una causa de disolución. La obligación que recae sobre la Sociedad radica en la necesidad de —ante la presencia de una causa de disolución— adoptar una de esas dos alternativas; esto es, verificar tal causa y disolverse o, por el contrario, renovar aquélla y continuar la vida social¹⁴.

De esta manera, podrá comprenderse fácilmente la finalidad que, como antes indicáramos, intenta realizar la responsabilidad sancionada en el artículo 262.5.º LSA, y que no es otra que la de asegurar, ante la realidad de una causa de disolución, uno de esos dos pronunciamientos de la Junta General en favor de la disolución o de la remoción de causa¹⁵.

2. OBLIGACIÓN DE CONVOCAR LA JUNTA GENERAL

La realidad de una causa de disolución calificada como *ex voluntate*, tiene como consecuencia que sobre los administradores recaiga un deber inmediato de convocar a la Junta General para que ésta se pronuncie como entienda conveniente acerca del supuesto de hecho que —como tal causa de disolución— ha sido valorado por los administradores. A mi juicio, este deber de convocatoria de la Junta General que el artículo 262.2.º LSA hace recaer sobre los administradores está plenamente justificado a fin de hacer efectiva la finalidad pretendida por la Ley. Y, en este sentido, creo que tal deber viene asignado a los administradores en razón de la concurrencia de dos argumentos básicos¹⁶. En primer lugar, tal y como destaca el artículo 100 LSA, los administradores son el órgano social competente en orden a convocar la celebración de Junta General. Por otro lado, tal y como impone el deber de diligencia que sobre ellos hace recaer el artículo 127 LSA, los administradores tendrán —o deberán tener— un conocimiento exacto de la marcha del negocio social, por lo que estarán en mejores condiciones que nadie para conociendo la situación social detectar la posible concurrencia de una causa de disolución.

Ahora bien, el artículo 262.2.º LSA dispone que los administradores deberán proceder a tal convocatoria en el plazo de dos meses. La fijación de ese

¹⁴ «Se trata de una medida de presión dirigida a conseguir que, en presencia de cualquiera de las causas de disolución, la sociedad efectivamente se disuelva o adopte una medida alternativa». BELTRÁN: «Pérdidas y responsabilidad...». *op. cit.*, p. 484.

¹⁵ Por ello, es lugar común calificar a esta responsabilidad como «una medida de presión» (SUÁREZ LLANOS: «La responsabilidad por pérdidas...», *op. cit.*, p. 2487), dirigida a «impedir la pervivencia ficticia de una sociedad en el tráfico por los riesgos potenciales que de tal situación pueden, y suelen, derivar» (QUIJANO: «Responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 269).

¹⁶ Vid. EIZAGUIRRE: «Disolución y liquidación», *op. cit.*, p. 81.

plazo prudencial —con ser bienintencionada, pues permitirá a los administradores el tiempo suficiente para valorar si concurre o no la causa de disolución— no deja de plantear algunos problemas prácticos de cierta importancia.

En este sentido, el problema que más ha llamado la atención de quienes han estudiado esta norma radica en la determinación del *dies a quo* respecto del cómputo de dicho plazo. Así, no faltan autores¹⁷, al igual que pronunciamientos judiciales, que optan por un automatismo —a mi juicio— demasiado rígido. En este sentido, pudiera recordarse la SAP de Zaragoza de 26 de septiembre de 1992¹⁸, en donde se pone de manifiesto que tal *dies a quo* ha de referirse al momento en que venga a la existencia el supuesto de hecho calificado como disolutorio, con independencia del posible conocimiento por parte de los administradores sobre su realidad. En el extremo contrario, la mayoría de los autores y de las posiciones jurisprudenciales advierten de la insuficiencia de que se produzca el supuesto de hecho disolutorio para iniciar el cómputo del plazo bimensual, ya que resulta necesario —según indica la SAP de Córdoba de 5 de mayo de 1994¹⁹— que los administradores tengan noticia sobre tal realidad, pues de lo contrario éstos no podrán proceder a convocar la Junta General. En mi opinión, esta segunda opinión es más razonable ya que, como veremos más adelante, el criterio de imputación de las consecuencias anudadas a esta responsabilidad es de orden subjetivo, pues descansa en la falta de diligencia con que se ha actuado por parte de los administradores en el cumplimiento de los particulares deberes que les impone el artículo 262 LSA. Ahora bien, no puede dejarse de lado el riesgo cierto que presenta este criterio del conocimiento por parte de los administradores a fin de determinar la fecha de inicio de cómputo del plazo predispuesto en el artículo 262.2.º LSA, y que no es otro que el de la prueba sobre tal extremo. Por ello, y siguiendo la sugerencia de buena parte de la doctrina²⁰, me parece que ese criterio del conocimiento ha de completarse —a fin de conjurar aquel riesgo— con el de cognoscibilidad, siguiendo así el pronunciamiento que sobre cuestiones similares se da tanto en

¹⁷ *Ad ex.*, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCA: *La responsabilidad de los administradores en las Sociedades de Capital por no disolución y no adaptación*, Pamplona, 1995, p. 128; SALELLES CLIMENT: «Comentario a los artículos 104 a 108 LSRL», en AAVV, *Comentario a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, coord. ARROYO MARTÍNEZ y EMBID IRUJO, Madrid, 1997, p. 1036.

¹⁸ Ar. Civ. 1262/92. En esta sentencia se afirma que «esta obligación de los administradores surge, según el artículo 262.2.º en relación con el 260, cuando la Sociedad llega a alguna de las situaciones críticas previstas en este último precepto y desde ese momento se cuentan los dos meses de plazo previstos en la norma». Vid. Fdto. Primero. En igual sentido, vid. SAP de Huesca de 6 de mayo de 1995, Ar. Civ. 1645/95.

¹⁹ Ar. Civ. 864/94.

²⁰ Vid., *ad ex.*, VICENT CHULIÁ: «Responsabilidad de los administradores de Sociedades no operativas», *DN*, 28, 1993, p. 3; QUIJANO: «Responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 271; ÁVILA DE LA TORRE: «La responsabilidad...», pp. 13 y 14; ESTEBAN VELASCO: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 1707; CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, en AAVV, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Colegios Notariales de España, vol. I, Madrid, 1995, p. 484.

el Derecho Comunitario como en nuestra legislación interna²¹. De esta manera, habrá que concluir señalando que los administradores dispondrán del plazo de dos meses para convocar la Junta General, contándose dicho plazo a partir de aquella fecha en que tuvieron conocimiento o, teniendo en cuenta las circunstancias, pudieran haber conocido la realidad del supuesto de hecho disolutorio sobre el cuál se va a requerir el pronunciamiento de tal Junta General.

Pero, el establecimiento de ese plazo bimensual plantea otras cuestiones. Así, algún autor²² se ha interrogado acerca de las consecuencias que, respecto de la responsabilidad sancionada en este artículo 262.5.º LSA, tiene la desaparición sobrevenida del supuesto de hecho disolutorio; esto es, su desaparición con posterioridad al inicio del cómputo de esos dos meses pero anterior al agotamiento de dicho plazo. A mi juicio, este problema tiene una fácil solución, pues la responsabilidad personal de los administradores que sanciona la norma que comentamos va unida a la subsistencia —durante el plazo dispuesto— de la causa de disolución cuya verificación o remoción se busca mediante la convocatoria de la Junta General. Por ello, si tal supuesto de hecho disolutorio desapareciera —*ad ex.*, se produce una transmisión de acciones que tiene como consecuencia última la superación de la paralización de los órganos sociales— antes de haberse agotado el plazo bimensual, no habiéndose aún convocado la Junta, los administradores no incurrirían en responsabilidad alguna pues, como acabamos de ver, faltaría uno de los presupuestos a los que la Ley anuda tal sanción. En efecto, la desaparición del supuesto de hecho disolutorio tendría como consecuencia la inexigibilidad de un deber de convocar la Junta General para acordar la remoción o la verificación de una causa de disolución que ya no existe.

Otra cuestión interesante que sugiere la determinación y cómputo del plazo dispuesto para convocar la Junta General en el artículo 262 LSA es la relativa al plazo de que se dispone para la celebración de la misma. En efecto, la norma tantas veces citada determina un plazo para que los administradores convoquen la Junta General a fin de que se pronuncie sobre la remoción o verificación de la causa de disolución que se hubiera producido. Sin embargo, el texto legal no dispone un plazo máximo para que, una vez convocada, dicha Junta se celebre. Pues bien, a través de esta vía podría darse al traste con la finalidad pretendida de evitar la pervivencia de sociedades ficticias, pues bastaría con disponer un plazo excesivamente largo o, bien, no disponer plazo alguno en la convocatoria a fin de celebrar la Junta General. Respecto de este problema, se ha sugerido²³ la conveniencia de considerar que el plazo mínimo de celebración dispuesto para la Junta General en el artículo 97 LSA ha de entenderse como máximo en estos supuestos. Compartiendo la finalidad loable de asegurar la eficacia de la norma que persigue este autor, me parece, sin embargo, que no debe aceptarse ese criterio por varias razones. En primer lugar, por que si los

²¹ Vid., *ad ex.*, artículo 9 de la Directiva 68/151/CEE y artículo 129 LSA.

²² RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCAS: *La responsabilidad de los administradores...*, *op. cit.*, pp. 168 y 169.

²³ ÁVILA DE LA TORRE: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 14 y 15.

administradores no fijaran una fecha de celebración para la Junta, en realidad estarían incumpliendo el deber de convocar que sobre ellos recae en virtud de cuanto dispone el artículo 262 LSA. Por otro lado, si el supuesto de hecho fuera el de la fijación de un plazo excesivamente amplio para la celebración de tal Junta, me parece que tampoco tendría sentido aplicar la regla temporal del artículo 97 LSA. En mi opinión, ese plazo no viene dispuesto con la finalidad que ahora se le adjudica²⁴ pero, además, puede estar perfectamente justificada una dilación temporal mayor a esos quince días, pues, por las razones que fueran, los administradores están desplegando una diligencia encomiable a fin de atender el interés social. Pensemos en el supuesto de pérdidas cualificadas como causa de disolución, y en el desarrollo de complejas negociaciones con terceros dirigidas a buscar su participación en una ampliación de capital que permita a la Junta General ya convocada remover el supuesto de hecho disolutorio. Me parece preferible valorar, en cada supuesto, si la fijación de uno u otro plazo a efectos de celebrar la Junta ya convocada tiene o no un respaldo material que legitime su celebración en un plazo superior al estricto de quince días que marca el artículo 97 LSA.

Cabe atender un último problema que nada tiene que ver con el cómputo del plazo dispuesto en el artículo 262.2.º LSA sino, mejor, con la eficacia liberatoria que para los administradores tiene la realización de este deber de convocar la Junta General ante la realidad de un supuesto de hecho liberatorio. Me refiero al supuesto en que el acuerdo de disolución —o de remoción— adoptado por la Junta pudiera venir a menos como consecuencia de su impugnación en vía judicial ya que presenta defectos formales que lo invalidan. A mi juicio, tal y como ha destacado algún autor²⁵, se hace preciso diferenciar dos grandes supuestos ya que sus consecuencias en orden a liberar a los administradores de esta responsabilidad personal pudiera tener un distinto alcance. Así, si el defecto formal era imputable a los administradores (*ad ex.*, convocatoria sin orden del día), me parece claro que tal proceder debiera calificarse como incumplimiento del deber de convocatoria, pues el cumplimiento gravemente defectuoso no puede merecer otro calificativo. Por tanto, en este supuesto, los administradores no habrían atendido el exacto y fiel cumplimiento del deber de convocatoria que sobre ellos recae en virtud de cuanto dispone el artículo 262 LSA. De esta manera, si tras la impugnación, no se hubiera agotado el plazo bimensual dispuesto legalmente, los administradores podrían convocar de nuevo tal Junta superando los defectos formales denunciados. Por el contrario, si ese plazo se hubiera agotado, no me cabe duda de que se actuaría la responsabilidad personal ordenada en tal norma. Evidentemente, en el supuesto de que el éxito de la impugnación judicial del acuerdo obedeciera a otro tipo de defectos formales no imputables a los administradores, habría que destacar que las

²⁴ Sobre la finalidad que atienden los requisitos previstos en el artículo 97 LSA, vid. GARCÍA-CRUCES: «La convocatoria de Junta General de la Sociedad Anónima», *Est. Hom. Broseta Pont.* t. II, Valencia, 1995, pp. 1441 ss.

²⁵ Analiza con detalle y corrección este problema, ÁVILA DE LA TORRE: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 18 y 19.

consecuencias serían necesariamente distintas pues éstos habrían atendido perfectamente el deber de convocatoria impuesto y, por tanto, quedarían exonerados de responsabilidad.

De todas las maneras, los administradores que dieron cumplimiento a esta exigencia de convocar la Junta General ante la realidad de una causa de disolución se han liberado ya —en principio— de la responsabilidad que sanciona el artículo 262.5.º LSA. Ahora bien, la virtualidad de tal convocatoria no asegura la finalidad pretendida por el legislador, pues habiéndose convocado, la Junta puede no celebrarse o, haciéndolo, no acordar ésta ni la remoción ni la verificación de la causa de disolución pese a su realidad. En cualquiera de estos casos, el resultado sería el mismo, pues pervive una sociedad formalmente en vida activa pese a la realidad de una causa de disolución, ya que la misma no ha sido removida ni tampoco verificada. Por ello, se entenderá que en tales supuestos el legislador reaccione y disponga (art. 262.3.º LSA) el deber de los administradores de promover la disolución judicial de la sociedad.

3. SOLICITUD DE DISOLUCIÓN JUDICIAL.

En efecto, el párrafo 3.º del artículo 262 LSA dispone que, subsistiendo la causa de disolución y no habiendo sido ésta verificada o removida como consecuencia de que la Junta General convocada no tuvo lugar o, bien, que habiéndose celebrado ésta, la misma rechazó tales medidas pese al mantenimiento del supuesto de hecho disolutorio, los administradores —a pesar de haber dado cumplimiento al deber de convocatoria— deberán ahora, ante tales circunstancias, proceder a instar la disolución judicial de la Sociedad en un nuevo plazo de dos meses.

La configuración de este segundo deber de los administradores *ex* artículo 262 LSA me parece totalmente acertada desde el punto de vista de la finalidad que atiende el precepto. Así, ante la inacción de la Junta en orden a la remoción o la verificación de la disolución, los administradores, como resultado de la diligencia que les resulta exigible, todavía pueden coadyuvar en esa finalidad por evitar una situación como la descrita. Y, de esta manera, parece más que razonable que el legislador les inste —a través de la configuración de este deber— a acabar con tal desidia social mediante la presentación de la oportuna solicitud de disolución judicial.

Desde luego, la sanción de este deber de convocatoria que recae sobre los administradores no deja de plantear algunas dudas interpretativas y de orden sistemático. A diferencia de lo que ocurría en el supuesto anterior, aquí no se van a suscitar grandes dudas acerca de cual sea el *dies a quo* en el cómputo del plazo bimensual. En efecto, la fecha de inicio del cómputo del plazo de dos meses tomará como referencia el día en que la Junta tenía que haberse celebrado no se celebró pese a su convocatoria por los administradores, o, bien, el día en que se celebrara aquella Junta que, pese a la realidad del supuesto de hecho disolutorio, no acordara —por la razón que fuera— la remoción o la verificación de la disolución.

Ahora bien, la práctica enseña cómo la exigibilidad de este deber de presentar

la disolución judicial de la Sociedad no deja de plantear algunas cuestiones dudosas. Así, algunos autores se han cuestionado las posibilidades que le asisten al administrador con voluntad real de dar cumplimiento a esta exigencia cuando tal proceder se ve impedido por decisión mayoritaria y contraria en los casos de órgano de administración colegiado o mancomunado²⁶; al igual que sobre el alcance de este deber respecto de una decisión judicial en sentido contrario a la disolución social²⁷. Respecto del primero de los temas apuntados, resulta incuestionable la difícil situación en que puede llegar a encontrarse un administrador que no puede como tal instar la disolución social por haber decidido el Consejo de Administración no proceder de tal manera, al igual que aquel administrador mancomunado frente al que el otro manifestara su poder de veto de cara a instar la requerida disolución social. En estos casos, los administradores que así estuvieran interesados disponen —a mi juicio— de una vía para salvar su responsabilidad. Así, sin necesidad de acudir a soluciones que se contemplaban en algunos trabajos prelegislativos que nunca llegaron a incorporarse a la vigente normativa, me parece que la LSA ofrece una solución posible a través de cuanto dispone el inciso final de este artículo 262.3.º LSA. En efecto, el citado inciso dispone que, ante el rechazo o la falta de pronunciamiento de la Junta General sobre la causa de disolución que concurre, «cualquier interesado podrá solicitar la disolución judicial de la Sociedad». Pues bien, al hilo de tal norma, no me cabe duda de que los administradores interesados en la disolución y que no pudieron promoverla como tal órgano social en los supuestos que antes indicaba, ostentarán el carácter de «interesados» y, por tanto, estarán legitimados a fin de presentar la correspondiente solicitud judicial²⁸. Ahora bien, esa legitimación de los administradores derivada del inciso final del artículo 262.3.º LSA no tendrá el carácter de facultativa, tal y como acontecería con los socios o terceros acreedores sociales sino, mejor, de debida, ya que —no conviene olvidarlo— sobre ellos recae el deber de promover la disolución judicial de la Sociedad.

En lo que atañe a la segunda de las cuestiones anunciadas, la solución puede resultar más fácil. El problema radicaba en determinar el alcance de este deber de instar la solicitud judicial de disolución. Y, en este sentido, no falta quien se ha cuestionado si, ante una sentencia contraria a tal petición, los administradores deberán soportar la carga de interponer los oportunos recursos²⁹.

²⁶ Vid. ESTEBAN VELASCO: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 1709.

²⁷ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCAS: *La responsabilidad de los administradores*, *op. cit.*, p. 176.

²⁸ Vid. SEQUEIRA MARTÍN: «La eficacia de las causas de disolución en la sociedad anónima según la Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y su regulación en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas», *Est. Hom. Girón Tena*, Madrid, 1991, p. 1059. Sobre el alcance de tal legitimación, vid. NEILA: «La disolución judicial de la Sociedad Anónima», *La Ley*, I, 1991, pp. 1179 ss.

²⁹ La SAP de Zaragoza de 25 de mayo de 1992, advierte que la exoneración de responsabilidad *ex* artículo 262.5.º LSA que buscan los administradores «ya se logró con la interposición de la demanda, independientemente de que la misma fuera estimada o rechazada».

En mi opinión, concurren al menos dos razones suficientes para negar que los administradores deban recurrir frente a la decisión judicial negativa de la disolución que instaran. En primer lugar, no requiere tal comportamiento la literalidad del artículo 262 LSA. Pero, sobre todo, no debemos olvidar que la negativa judicial implicará constatar que no media la causa de disolución que, sin embargo, los administradores entendieron que concurría, por lo que aquélla supone un control de la actuación de los administradores con todas las consecuencias en orden al exacto cumplimiento de aquello a lo que venían obligados.

Cabe, no obstante, atender a un último problema —a mi juicio, de mayor entidad— que puede plantear este deber de los administradores en orden a solicitar la disolución judicial de la Sociedad. El problema se plantearía en aquellos casos en que, pese a la concurrencia de una causa de disolución, la Junta General decidiera continuar con la vida activa de la Sociedad, sin haber removido la misma y habiendo rechazado su verificación. Lo relevante de este supuesto de hecho es que hay un acuerdo social válidamente adoptado por aquella Junta General que los administradores convocaron a fin de deliberar sobre la remoción o verificación de una causa de disolución que concurría, y que —además— ese acuerdo social rechaza ambas posibilidades pues la sociedad continúa con su vida activa como si nada hubiera pasado. Ante tal situación, ¿los administradores han de solicitar la disolución judicial o, por el contrario, han de impugnar tal acuerdo de la Junta General?

El artículo 262 LSA ha sido redactado con una gran dosis de generalidad, por lo que no encontramos —en su literalidad— una solución al interrogante planteado. Sin embargo, en el mismo caben dos posibilidades pues puede requerirse a los administradores la impugnación del acuerdo social y, a la vista de su resultado, exigirles la posterior solicitud de disolución judicial o, bien, entender que bastará con el trámite impugnatorio pues su resultado conllevará la verificación de la causa de disolución y, por tanto, la disolución social. En mi opinión, es preferible esta segunda solución por varias razones³⁰. En primer lugar, por imponerle así el sentido común y la necesidad de no complicar innecesariamente los trámites —y su duración— en orden a conseguir el resultado pretendido por la Ley; esto es, la verificación de la disolución cuando concorra la causa, con la consecuente apertura del proceso liquidatorio. Por otro lado, la solución que propugnamos tiene un indudable apoyo en un básico principio de economía procesal. Pero, sobre todo, el criterio que hemos manifestado tiene como respaldo el hecho cierto de la identidad de pretensiones que se darían en cada una de las dos soluciones que comentamos, pues el objeto último al que van dirigidas no es otro que el de obtener la declaración judicial sustitutiva del acuerdo social de verificación de la disolución, y ése es un resultado que la LSA pretende asegurar y, sobre todo, que se produzca con la necesaria celeridad, a fin de evitar cualquier perjuicio que la situación contraria pudiera acarrear. En definitiva, frente al acuerdo denegatorio de la remoción y

³⁰ En igual sentido, vid. ÁVILA DE LA TORRE: «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 17. En contra, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCAS: *La responsabilidad de los administradores...*, *op. cit.*, p. 180.

de la verificación de la causa de disolución, los administradores no sólo están legitimados en virtud de cuanto dispone el artículo 117 de la LSA sino, mejor, en razón de una interpretación armónica de esta norma respecto de cuanto dispone el artículo 262 LSA, habrá que concluir que vienen obligados a impugnar tal acuerdo a fin de que la autoridad judicial, aceptando esta impugnación, declare —sustituyendo a la Junta General— la disolución social.

De esta manera, me parece que estamos en condiciones de sentar una conclusión acerca de cuál ha de ser el proceder de los administradores cuando la Junta General, pese a la concurrencia de causa bastante, no acuerde —por la razón que sea— la disolución de la Sociedad. Así, si no se hubiera adoptado acuerdo por no haberse constituido la Junta o por no haberse podido adoptar el oportuno acuerdo (falta de quórum, empate en las votaciones, etc.), los administradores deberán comparecer a presencia judicial e instar la disolución social mediante la presentación de la oportuna demanda. Por el contrario, si la falta de disolución, pese a la virtualidad de la causa, obedece a un acuerdo de la Junta General que fuera convocada, por el que se rechaza la remoción o la verificación de tal causa de disolución, los administradores vendrán obligados a impugnar tal acuerdo a fin de que la autoridad judicial, aceptando tal impugnación, declare la disolución de la Sociedad.

IV. CALIFICACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR NO PROMOCIÓN O REMOCIÓN DE LA DISOLUCIÓN

1. CALIFICACIÓN JURÍDICA

El principal problema que —en mi opinión— plantea la sanción de la responsabilidad personal de los administradores *ex* artículo 262.5.º LSA es el relativo a su calificación jurídica, lo cual es un aspecto que, desde el punto de vista de la aplicación judicial de tal norma, ha dado lugar a pronunciamientos diversos y encontrados³¹.

³¹ Es lugar común buscar el fundamento de esta responsabilidad personal de los administradores por las obligaciones sociales, destacando que con la misma se altera un principio básico del Derecho de las Sociedades de Capital, tal y como es el relativo a la no responsabilidad personal por las deudas sociales que señalan los artículos 1 LSA y 1 LSRL. En mi opinión, esta apreciación no es del todo exacta. La regla del artículo 262.5.º LSA y del artículo 105 LSRL no supone alteración alguna del llamado privilegio de la limitación —*rectius*, exclusión— de responsabilidad personal de los socios. En efecto, el administrador-socio no responde en los términos del artículo 262 LSA o del artículo 105 LSRL por el hecho de ser socio sino, mejor, por ser administrador que ha incumplido los deberes que tales preceptos le imponen. Esto es todavía más evidente si nos referimos a aquellos administradores que no ostentan la cualidad de socio. Podiera pensarse, entonces, que con la sanción prevista en estos preceptos lo que se altera no es aquel privilegio de limitación de responsabilidad sino la propia operatividad del mecanismo de la representación orgánica, en el sentido de hacer responsable al representante (el administrador) por los actos que en principio se llevaban a cabo en nombre del representante (la sociedad). Sin embargo, tampoco esta solución resulta acertada, pues la misma requeriría varios presupes-

En este sentido, puede ser una buena forma de encarar el problema el recordatorio de uno de los primeros pronunciamientos judiciales que se hicieron respecto del artículo 262.5.º LSA y del expreso posicionamiento que allí se hace sobre la naturaleza jurídica de esta responsabilidad. En concreto, la SAP de Asturias de 1 de diciembre de 1992³², advierte que «la prosperidad de la acción reclamatoria ejercitada vendría supeditada, en todo caso, a la cumplida prueba de la existencia de una relación de causalidad entre este incumplimiento y el daño causado, y ello porque la regulación específica de la responsabilidad de los administradores que efectúa la nueva Ley, al margen de la diferencia cualitativa con la precedente, en orden a la menor entidad de la culpa que la genera o incluso de la inexigibilidad de la concurrencia de culpa en el supuesto del artículo 262, no es más que la adaptación a este ámbito de la teoría general de la responsabilidad civil derivada de daño».

Como puede comprobarse con la lectura de tal Sentencia, el criterio allí expuesto aboga por reconducir la responsabilidad de los administradores que sanciona el artículo 262 LSA a los cánones tradicionales de la responsabilidad civil general en que puedan incurrir los administradores de una Sociedad de Capital y que configuran los artículos 133 y siguientes de la LSA. De esta manera, la exigibilidad de la responsabilidad de los administradores *ex* artículo 262 LSA requiere que, por parte del acreedor que así estuviera interesado, se acreditara la realidad del daño que ha sufrido y la relación de causalidad entre éste y la actuación de los administradores derivada del incumplimiento de los deberes de convocatoria de la Junta o de instar la solicitud de disolución judicial que a aquéllos les impone el precepto tantas veces citado. Este criterio jurisprudencial ha sido ratificado en otros pronunciamientos de diferentes Audiencias Provinciales, requiriendo la necesaria prueba de tales extremos³³.

Frente a esta concepción acerca de la naturaleza jurídica de la acción *ex* artículo 262.5.º LSA debe destacarse la opinión, abrumadoramente mayoritaria en nuestra doctrina, que ha sido acogida en otros —y numerosos— pronunciamientos judiciales. En efecto, negando que estemos ante un supuesto de responsabilidad indemnizatoria, no faltan decisiones de nuestros Tribunales respaldando una consideración diferente de esta responsabilidad de los administradores derivada de la no promoción de la remoción o de la verificación de una causa de disolución, y que reconducen ésta a su calificación pura-

tos y consecuencias que en los artículos 262 LSA y 105 LSRL no se dan. Así, el acto que se imputa al administrador tendría que haberse llevado a cabo —aun a nombre de la sociedad— por el mismo, cosa que evidentemente no requiere la normativa vigente. Por otro lado, la imputación del acto (obligaciones sociales) a los administradores tendría como consecuencia el descargo del mismo para la Sociedad, lo cual necesariamente no se produce en este contexto.

³² Publicada en *RDM*, 205, 1992, pp. 473 ss.

³³ Vid., *ad ex.*, SAP de Córdoba de 5 de mayo de 1994 (*RGD*, 1994, pp. 12256 ss.); SAP de Granada de 14 de mayo de 1994 (Ar. Civ. 954/94); SAP de Lérida de 5 de junio de 1995 (Ar. Civ. 1849/95); SAP de Vizcaya de 13 de noviembre de 1997 (Ar. Civ. 2480/97), etc. La SAP de Asturias de 5 de mayo de 1994 (Ar. Civ. 957/94) mantiene la configuración de esta responsabilidad *ex* artículo 262.5.º LSA como responsabilidad indemnizatoria pero advierte una inversión de la carga de la prueba.

mente sancionatoria como «pena civil»³⁴. En este sentido pudiera recordarse que, conforme a tal criterio, «[...] la responsabilidad solidaria de los administradores *ex* artículo 262.5.º del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas deriva de una conducta pasiva de los administradores, que no se subordina a la insuficiencia patrimonial de la sociedad, sino que se presenta como una sanción por el incumplimiento de una obligación legal; de ahí que, producido el mismo, los acreedores sociales puedan exigir el pago de la deuda no sólo a su deudor [la sociedad] sino también en forma solidaria a cualquiera de los sujetos responsables de aquel incumplimiento [los administradores] [...]»³⁵. En definitiva, nuestra Jurisprudencia no duda en afirmar como «el artículo 262.5.º enlaza la consecuencia jurídica pretendida [la responsabilidad personal y solidaria de los administradores sociales], que no es más que la de vincular al incumplimiento de deberes legales una responsabilidad especial, porque no se requiere prueba del daño, identificado con la deuda, ni de la relación causal que el legislador dé por cierta»³⁶.

Como acabamos de ver, según esta postura —mayoritaria tanto en nuestra Jurisprudencia como Doctrina³⁷— la responsabilidad de los administradores *ex* artículo 262.5.º LSA queda configurada como una pena civil por el incumplimiento de los deberes propios que sobre los administradores sociales hace recaer el artículo 262.2.º y 4.º LSA. Esa calificación como pena civil no ha de plantear, en principio, mayores problemas, dada su tradición en el

³⁴ Vid., *ad ex.*, SAP de Pontevedra de 15 de febrero de 1993 (Ar. Civ. 701/93); SAP de Málaga de 20 de marzo de 1993 (Ar. Civ. 770/93); SAP de Valencia de 8 de abril de 1993 (Ar. Civ. 500/93); SAP de Zaragoza de 21 de junio de 1993 (RGD, 1994, pp. 10335 ss.); SAP de Valencia de 7 de diciembre de 1993 (Ar. Civ. 2577/93); SAP de Guipúzcoa de 7 de marzo de 1994 (Ar. Civ. 552/94); SAP de Ciudad Real de 7 de abril de 1994 (Ar. Civ. 724/94); SAP de Barcelona de 3 de marzo de 1995 (Ar. Civ. 1192/95); SAP de Tarragona de 13 de junio de 1995 (Ar. Civ. 1293/95); SAP de Navarra de 16 de junio de 1995 (Ar. Civ. 1292/95); SAP de Valencia de 30 de junio de 1995 (Ar. Civ. 1291/95); SAP de Valladolid de 26 de julio de 1995 (Ar. Civ. 1796/95); SAP de Zaragoza de 21 de octubre de 1995 (Ar. Civ. 1897/96); SAP de Teruel de 7 de febrero de 1996 (Ar. Civ. 300/96); SAP de Vizcaya de 23 de marzo de 1996 (Ar. Civ. 612/96); SAP de Barcelona de 15 de abril de 1996 (Ar. Civ. 721/96); SAP de Baleares de 4 de septiembre de 1997 (Ar. Civ. 1949/97); SAP de Huesca de 23 de octubre de 1997 (Ar. Civ. 2051/97); SAP de Barcelona de 27 de octubre de 1997 (Ar. Civ. 2366/97); SAP de Barcelona de 29 de octubre de 1997 (Ar. Civ. 2367/97); SAP de Álava de 26 de noviembre de 1997 (Ar. Civ. 2473/97); SAP de Sevilla de 3 de diciembre de 1997 (Ar. Civ. 2479/97); SAP de Pontevedra de 5 de diciembre de 1997 (Ar. Civ. 2476/97); SAP de Salamanca de 8 de diciembre de 1997 (Ar. Civ. 2478/97); etc.

³⁵ Cfr. SAP de Salamanca de 31 de octubre de 1995 (Ar. Civ. 1901/96).

³⁶ SAP de Barcelona de 19 de enero de 1996 (Ar. Civ. 299/96).

³⁷ Vid., *ad ex.*, BELTRÁN: «La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución», *Ar. Civ.*, 16, 1997, pp. 13 ss.; *id.*: «La extinción de la Sociedad de Responsabilidad Limitada», en AAVV, *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Consejo Nacional de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1994, p. 861; *id.*: «Pérdidas y responsabilidad...», *op. cit.*, p. 483; SUÁREZ LLANOS: «La responsabilidad por pérdidas...», *op. cit.*, p. 2487; ÁVILA DE LA TORRE: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 32 ss.; MACHADO PLAZAS: *Pérdidas del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Madrid, 1997, p. 359; QUJANO: «Responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 271; ESTEBAN VELASCO: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 1711.

ámbito del Derecho Privado³⁸. Pero, además, tal calificación tiene como consecuencia la afirmación de la especialidad de la responsabilidad sancionada en el artículo 262.5.º LSA respecto del régimen de responsabilidad general de los administradores de una Sociedad de Capital (arts. 133 a 135 LSA), de tal manera que la exigibilidad de la misma no se hace depender de la concurrencia de un daño y de su relación de causalidad respecto de la actuación de los administradores.

La responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales que sanciona el artículo 262.5.º LSA no encierra un supuesto de novación subjetiva³⁹, dado que la Sociedad no pierde su carácter de deudor frente a los acreedores sociales⁴⁰, sino que la responsabilidad de aquéllos se superpone a la social y se hace recaer sobre el patrimonio personal de tales sujetos, razón por la que los administradores se convierten en una suerte de garantes solidarios de una deuda ajena (la social) frente a los terceros⁴¹.

En mi opinión, esta última solución acerca de la naturaleza de la responsabilidad de los administradores *ex* artículo 262.5.º LSA resulta más acertada en atención tanto al argumento literal y sistemático como —sobre todo— a una interpretación finalista del citado precepto. En efecto, entre los supuestos que diseña el artículo 262.5.º LSA no viene requerida la prueba de ningún daño ni de su relación de causalidad con la actuación de los administradores. Por otro lado, si el artículo 262.5.º LSA sancionara un supuesto de responsabilidad indemnizatoria quedaría vacío de contenido y, sobre todo, de razón de ser, ya que bastaría con la aplicación del régimen general *ex* artículos 133 a 135 LSA para atender este tipo de problemas. Con esta forma de pensar que ahora criticamos, el artículo 262.5.º LSA sería una suerte de repetición innecesaria del régimen general y que, como tal, debiera desaparecer en el contexto de la propia Ley⁴². Pero, sobre todo,

³⁸ La pena o sanción civil es un instrumento de Derecho Privado por el que se vinculan el interés general y legítimos intereses privados, que se caracteriza por la doble nota de que la iniciativa de su aplicación se hace descansar en los particulares quienes, a su vez, obtienen —o pueden obtener— una ventaja patrimonial con la aplicación de aquélla. Se trata, de este modo, de garantizar la eficacia de la medida frente a las sanciones tradicionales que provienen del Derecho Público. Vid. MACHADO PLAZAS: *Pérdidas del capital...*, *op. cit.*, p. 311, nota 465.

³⁹ MACHADO PLAZAS: *Pérdida del capital social...*, *op. cit.*, p. 315.

⁴⁰ «No es que los administradores hagan suyas las obligaciones de otro [la sociedad]: las obligaciones siguen siendo de la sociedad que no queda sustituida, como deudor, por los administradores; éstos añaden la garantía de su responsabilidad solidaria [entre ellos y con la sociedad] frente a los acreedores. No hay, pues, inconveniente para que, en su caso, aleguen frente a los acreedores las excepciones que, extraídas de la relación entre la sociedad y sus acreedores, puedan afectar a la validez, eficacia, subsistencia, exigibilidad, etc., de tales obligaciones máxime cuando, como he afirmado, son deudores solidarios con la sociedad». Cfr. QUIJANO: «Responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 273.

⁴¹ Se trata, en definitiva, de una responsabilidad-sanción en garantía de deuda ajena. Cfr. ESTEBAN VELASCO: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 1711. En igual sentido, MACHADO PLAZAS: *Pérdida del capital social...*, *op. cit.*, p. 316. Vid. también, BELTRÁN: «Pérdidas y responsabilidad...», *op. cit.*, p. 483 y ÁVILA DE LA TORRE: «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 32.

⁴² BELTRÁN: «Pérdidas y responsabilidad...», *op. cit.*, p. 482; MACHADO PLAZAS: *Pérdida del capital social...*, *op. cit.*, p. 310; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCAS: *La responsabilidad de los administradores...*, *op. cit.*, pp. 213 y 214.

no puede aceptarse la construcción de este supuesto de responsabilidad reconduciéndola a la categoría de la responsabilidad indemnizatoria porque con tal proceder se estaría desconociendo la misma finalidad del precepto⁴³. En efecto, la razón de ser de esta norma no radica tanto en la protección de los acreedores frente a un posible daño como en la necesidad de buscar un mecanismo que, repercutiendo sus consecuencias patrimoniales sobre los administradores⁴⁴, tenga como resultado el pronunciamiento de la Sociedad respecto de una causa de disolución acontecida durante la vida social⁴⁵. Por ello, la realidad del posible daño es irrelevante a los efectos de requerir a los administradores la responsabilidad en que pudieran haber incurrido como consecuencia de lo que dispone el artículo 262.5.º LSA.

Pues bien, llegados a este externo, debemos advertir que este criterio que defendemos ha sido el aceptado por nuestro Tribunal Supremo. Así, en su Sentencia de 15 de julio de 1997⁴⁶, se destaca que el artículo 262.5.º LSA «*configura la responsabilidad solidaria de los administradores con la de la Sociedad por las deudas sociales como una pena civil por la inactividad de aquéllos al no solicitar el acuerdo de la disolución de ésta [...]*». Por tanto, habrá que concluir que la responsabilidad de los administradores *ex* artículo 262.5.º LSA «no es ni estructural ni funcionalmente un supuesto de responsabilidad por daños. Ni está prevista para reclamar el importe de un daño, ni siquiera es necesario que tal daño se haya producido en el patrimonio social o en el patrimonio individual de los acreedores demandantes... Cabría incluso la posibilidad de que, patrimonialmente, tal incumplimiento no hubiere producido daño ni a los acreedores, ni a la sociedad, que podría estar en situación de plena solvencia (si no en el caso de pérdidas cualificadas, sí en el de paralización de órganos, por ejemplo). Y no por eso deja de surgir la responsabilidad de los administradores incumplidores, tal y como está concebido el precepto legal»⁴⁷.

⁴³ Por ello, no me parece del todo acertado vincular necesariamente esta sanción de responsabilidad con la función de garantía del capital social, en el sentido de que con la misma se asegurara —junto con otras medidas— tal función del capital (en este sentido parece manifestarse MACHADO PLAZAS: *Pérdida del capital social...*, *op. cit.*, p. 314). Tal proceder encerraría una visión unilateral de los problemas, pues su virtualidad quedaría reducida a los supuestos de pérdidas cualificadas, ya que la sanción no tendería a aquella función de garantía del capital social en los supuestos en que concurriera otra causa de disolución (*ad ex.*, conclusión de la empresa que constituye el objeto social, paralización de los órganos sociales, etc.).

⁴⁴ Lo que acertadamente le lleva a algún autor a calificar el supuesto —técnicamente— como «carga» (*onus*). Vid. QUIJANO: «Responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 271.

⁴⁵ Recuérdese el insatisfactorio resultado a que condujo, bajo la vigencia de la LSA de 1951, el tratamiento de estos problemas bajo el esquema de la responsabilidad indemnizatoria o general a que sujeta a los administradores sociales. Sobre tales dificultades, vid., recientemente, STS de 6 de noviembre de 1997, Act. Civ. 9/1997.

⁴⁶ Ar. 5609. Este criterio se reitera en la STS de 3 de abril de 1998, Act. Civ. 698/98.

⁴⁷ Cfr. QUIJANO: «Responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 278.

2. ES UNA RESPONSABILIDAD PERSONAL, ILIMITADA, AUTÓNOMA, NO OBJETIVA, DE CARÁCTER CUMULATIVO Y SOLIDARIA

Una vez analizados los deberes cuyo incumplimiento da lugar a la responsabilidad personal prevista en el artículo 262 LSA, así como la calificación que merece, conviene detenerse en la caracterización que presenta esta sanción que recae sobre los administradores. A mi juicio, la responsabilidad que se descarga sobre los administradores que no hubieran promovido la remoción o la verificación de una causa de disolución es una responsabilidad personal, ilimitada, autónoma, solidaria, no objetiva y de carácter cumulativo.

En primer lugar, y ello no ofrece duda alguna, es una responsabilidad personal e ilimitada. En efecto, basta con la simple lectura del artículo 262.5.º LSA, así como la consideración de la finalidad a la que responde tal norma, para comprobar que se trata de una responsabilidad personal de los administradores, en el sentido de que ellos harán frente a las consecuencias económicas derivadas de aquella con cargo a su patrimonio personal. Por otro lado, tal responsabilidad será ilimitada, pues no mediando norma que así lo evite, será de aplicación el principio de responsabilidad universal del deudor —en este caso, los administradores— que sanciona el artículo 1.911 Cc.

Mayor complejidad pueden presentar las otras características que hemos predicado de esta responsabilidad *ex* artículo 262.5.º LSA. Anteriormente, hemos advertido que tal responsabilidad tiene carácter autónomo. Este carácter hace referencia a la relación que con la acción para instar la disolución judicial (art. 262.3.º LSA) guarda la responsabilidad personal de los administradores a estos supuestos que estamos considerando. No han faltado opiniones favorables al carácter dependiente de esta acción para requerir la oportuna responsabilidad a los administradores respecto de la acción para instar la disolución judicial. Así, se ha afirmado que «parece evidente que el artículo 262 LSA no conoce otra acción autónoma que la de disolución recogida en el apartado 3 de aquél, por lo que la responsabilidad de los administradores constituye necesariamente una petición adicional no deducible autónomamente. Si además recordamos que se trata de una responsabilidad especial, disponiendo los acreedores de la responsabilidad general de los artículos 133 a 135 LSA, no cabe sino concluir que sin disolución no hay responsabilidad de los administradores *ex* artículo 262.5.º LSA»⁴⁸.

Sin embargo, cabe señalar cómo la opinión mayoritaria — a mi juicio, con acierto— niega tal dependencia entre ambas acciones⁴⁹. En efecto, una recta consideración del precepto nos ha de llevar necesariamente a afirmar la autonomía de la pretensión de los acreedores que decidieran requerir a los administradores sociales la responsabilidad en que éstos hubieran incurrido como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 262.5.º LSA. En este sentido, habrá que comenzar negando la primera de las afirmaciones que discutimos, pues

⁴⁸ EIZAGUIRRE: «Disolución y liquidación», *op. cit.*, pp. 85 y 86.

⁴⁹ Vid., *ad ex.*, SUÁREZ LLANOS: «La responsabilidad por pérdidas...», *op. cit.*, p. 2505.

no es cierto que el artículo 262 LSA conozca exclusivamente una sola acción y que no sería otra que la prevista en el artículo 262.3.º LSA en orden a instar la disolución judicial. En efecto, basta con retener cómo los legitimados *ex* artículo 262.3.º LSA no son sólo los acreedores sino, también, los socios y todo tercero que tuviera interés. Ahora bien, la legitimación para requerir la oportuna responsabilidad personal a los administradores, en los términos previstos en el artículo 262.5.º LSA, viene enormemente reducida respecto de la concedida a fin de instar la disolución judicial, pues ya no basta con detentar un mero interés, pues «cualquier interesado» (art. 262.3.º LSA) no puede exigir el pago de «las obligaciones sociales» sino, tan sólo, quienes ostenten el carácter de acreedor social. Tal diferenciación obedece, como no puede ser de otro modo, al hecho cierto de que se trata de dos acciones diferentes cuyo ejercicio no está subordinado en ningún sentido. Pero, además y con la finalidad de desarrollar este criterio, será suficiente con destacar dos datos más que el propio precepto nos ofrece. Así, de la literalidad de la norma no se deriva que los acreedores sociales tengan que respetar ningún otro presupuesto en el ejercicio de su acción que aquellos que se derivan de la concurrencia de causa de disolución y del incumplimiento —imputable— de los deberes que en tales supuestos establece el artículo 262 LSA para los administradores. Por otro lado, el contenido de la pretensión en ambas acciones es manifiestamente diferente, pues con la acción para instar la disolución *ex* artículo 262.3.º LSA se persigue la apertura del proceso de liquidación a fin de lograr la extinción social, mientras que con la acción ejercitada frente a los administradores sociales y derivada de cuanto dispone el artículo 262.5.º LSA se atiende a la finalidad de satisfacer el propio derecho de crédito que es de titularidad de quienes resultan legitimados en esta última acción; esto es, los acreedores sociales. Por estas razones, creo que debemos concluir señalando que la acción *ex* artículo 262.5.º LSA encierra una pretensión autónoma cuyo ejercicio no requiere ni viene condicionado a la previa solicitud de disolución judicial.

De todas las maneras, una vez advertida la —en nuestra opinión— más correcta solución al problema planteado acerca de la autonomía de esta acción *ex* artículo 262.5.º LSA, conviene cambiar de óptica y valorar, desde un punto de vista de política jurídica, el acierto de tal solución. Y, en este sentido, me parece oportuno señalar la incoherencia de tal autonomía respecto de la finalidad a la que intenta atender este precepto legal. En efecto, si la finalidad que realiza este artículo 262 LSA es evitar la pervivencia de sociedades ficticias que se encuentran inmersas en una causa de disolución pese a su apariencia registral de vida activa, hubiera sido preferible que tal finalidad se asegurara mediante la configuración de un presupuesto necesario para el ejercicio de la acción tendente a realizar la responsabilidad personal de los administradores derivada de esta norma. Cuando los acreedores sociales ejerciten esta acción *ex* artículo 262.5.º LSA deberán probar —y el Juez así lo ha de estimar— la realidad de una causa de disolución y el incumplimiento de estos específicos deberes que sobre los administradores recaen. Pues bien, el Juez deberá pronunciarse acerca de si efectivamente concurría o no tal causa de disolución pero, en virtud de elementales —y, a veces, olvidados— principios procesales (*iura novit*

curia)⁵⁰, no podrá efectuar una declaración judicial acerca de la disolución. Por ello, si se hubiera configurado el carácter subordinado de esta acción de responsabilidad personal respecto de la que concurre para instar la disolución judicial, no se hubiera perjudicado —en absoluto— la posición de los acreedores legitimados y, vinculando el interés general por la declaración de la disolución y el particular para conseguir la satisfacción de crédito propio⁵¹, se atendería mejor y más eficazmente la finalidad que pretende realizar el legislador con este artículo 262 LSA.

Otra particularidad que hemos destacado de esta responsabilidad *ex* artículo 262.5.º LSA es su carácter de no objetiva⁵². En algunas ocasiones se ha destacado la idea de que la responsabilidad de los administradores que previene esta norma no tiene carácter objetivo. Ahora bien, tal calificación merece alguna aclaración y, sobre todo, descartar alguna consecuencia incorrecta que pudiera derivarse de la misma. En este sentido, no se ha dudado en recordar la «trampa» que pudiera encerrar tal calificación, pues con la misma se pretende ocultar, a la vez que se afirma, la naturaleza de esta responsabilidad como una responsabilidad por daños⁵³. En sentido estricto, la calificación de un supuesto de responsabilidad como objetivo va unido a dos presupuestos, en el sentido de afirmar el carácter indemnizatorio de tal responsabilidad a la par que se destaca la irrelevancia del elemento intencional a los efectos de exigir su prueba para requerir aquélla por parte de la víctima. Desde luego, tal y como ya hemos visto, no es éste el sentido que han de tener los términos «no objetiva» u «objetiva» en el contexto del artículo 262.5.º LSA. Respecto de esta norma y negando —por las razones que ya se han expuesto— el carácter indemnizatorio de la responsabilidad personal de los administradores a la que nos referimos, el carácter «no objetivo» hay que entenderlo en el sentido de que resulte exigible al deudor —en nuestro caso, los administradores— una diligencia en el cumplimiento de los específicos deberes que sobre ellos recaen (convocatoria de la Junta, instar la disolución judicial) sin que pueda requerírseles un resultado. Se trata, por tanto, de afirmar que la imputación de responsabilidad *ex*

⁵⁰ En algunas ocasiones, ciertos pronunciamientos judiciales pueden haber olvidado el alcance del principio *iura novit curia* pues, habiéndose accionado con fundamento en cuanto dispone el artículo 135 LSA, se declara la responsabilidad personal y solidaria —pero con el carácter de sanción— que proclama el artículo 262.5.º LSA. En este sentido, y acogiendo tal proceder, la SAP de Salamanca de 9 de abril de 1997 (Ar. Civ. 726/97) manifiesta —a mi juicio, erróneamente— que «la aplicación del precepto en causa no altera, modifica o amplía el objeto del proceso, ni produce indefensión a dicha parte procesal». Sin embargo, «como se ha advertido con reiteración, la responsabilidad indemnizatoria *ex* artículo 135 LSA y la responsabilidad por deudas *ex* 262.5.º LSA constituyen supuestos de distinta naturaleza con sus respectivos presupuestos, efectos y plazos. Esto implica que, en principio, si se ejerce la acción individual por daño directo, el Tribunal no podrá sancionar, por impedirlo el principio de congruencia, conforme a la responsabilidad *ex* 262.5.º LSA». Cfr. ESTEBAN VELASCO: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 1716. Sobre la prohibición de la *mutatio libelli* vid., con carácter general pero referida a los supuestos de culpa contractual y extracontractual, STS de 26 de diciembre de 1997 (Ar. 9663).

⁵¹ Tal y como en otras ocasiones hace la normativa vigente. Cfr. artículo 16 LSA.

⁵² Vid. BELTRÁN: «La responsabilidad por las deudas...», *op. cit.*, p. 21.

⁵³ Vid. QUIJANO: «Responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 274.

artículo 262.5.º LSA se hace a título de culpa en el cumplimiento de esos deberes específicos que vinculan a los administradores. Éstos no vienen obligados a obtener un resultado (la disolución o la remoción de la causa) sino, mejor, a desarrollar la diligencia que les resulta exigible en la ejecución de aquellos deberes que la Ley les impone a fin de alcanzar tal resultado.

Por otra parte, la responsabilidad personal de los administradores *ex* artículo 262.5.º LSA es una responsabilidad de carácter cumulativo. Con ello queremos advertir de la compatibilidad del ejercicio de esta acción con aquellas que derivan de cuanto previenen los artículos 134 y 135 LSA⁵⁴. Evidentemente, con tal afirmación se está poniendo de relieve la naturaleza diferente entre todos estos supuestos de responsabilidad, pues en unos casos ésta tiene carácter indemnizatorio mientras que la derivada del artículo 262.5.º LSA muestra —a nuestro juicio— unos contornos totalmente diferentes, según hemos ex-puesto⁵⁵.

La última característica que hemos predicado de esta responsabilidad que el artículo 262.5.º LSA descarga —en determinados supuestos— sobre los administradores sociales en su solidaridad. Ahora bien, aun siendo éste el criterio absolutamente mayoritario tanto en la doctrina⁵⁶ como en la jurisprudencia⁵⁷, no cabe desconocer como la defectuosa redacción de este precepto ha llevado a algún autor a limitar el alcance de esta regla de solidaridad, reservando tal característica a la relación que ha de mediar respecto de los administradores entre sí, pero no con la sociedad, de la que serían responsables subsidiarios, de tal modo que aquéllos tendrían reconocido en su favor el beneficio de excusión⁵⁸.

⁵⁴ «Esta protección *ex* artículos 133 a 135 LSA se ve reforzada por una vía extraordinaria en garantía de los intereses de los acreedores, por una acción directa y acumulable a las anteriores, vinculada en sus presupuestos sólo al incumplimiento de los deberes a título de culpa o dolo». ESTEBAN VELASCO: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 1711.

⁵⁵ «Se trata, además, de una responsabilidad que puede sumarse a la responsabilidad por daños. Hasta tal punto es así que, ante un supuesto concreto, podrán ser aplicables los dos regímenes. En efecto, los administradores responderán frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales de los daños producidos en el patrimonio social o en el individual por el incumplimiento de las obligaciones legales, siempre que medie relación de causalidad entre la conducta de los administradores y el daño (arts. 133 a 135 LSA), y, además, se les impone como sanción —obviamente sólo frente a los acreedores sociales— la responsabilidad por las obligaciones de la sociedad.» BELTRÁN: «Pérdidas y responsabilidad...», *op. cit.*, p. 483.

⁵⁶ Vid., *ad ex.*, BELTRÁN: «Pérdidas y responsabilidad...», *op. cit.*, p. 483; *id.*: «La extinción...», *op. cit.*, p. 861; QUIJANO: «Responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 275; ESTEBAN VELASCO: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 1715; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCAS: *La responsabilidad de los administradores...*, *op. cit.*, pp. 57 ss; SALELLES CLIMENT: «Comentario...», *op. cit.*, p. 1042.

⁵⁷ «No se trata de una responsabilidad que sustituye y desplaza a la de la sociedad sino de un refuerzo de la responsabilidad patrimonial de la sociedad deudora al que se añade otro frente de responsabilidad constituido por el patrimonio de los administradores, en nivel de equiparación y solidaridad a modo de sanción impuesta...». SAP de Pontevedra de 18 de abril de 1995. Vid., en igual sentido, SAP de Álava de 26 de noviembre de 1997 (Ar. Civ. 2473/97).

⁵⁸ Vid. SUÁREZ LLANOS: «La responsabilidad por pérdidas...», *op. cit.*, p. 2506, quien intenta justificar tal opinión en la extremada dureza de la norma, sus defectos de redacción, la falta

Sin embargo, esta última opinión no puede ser —a mi juicio— compartida y ha de extenderse la regla del carácter solidario de la responsabilidad no sólo en las relaciones entre los administradores sino, también, en la relación de éstos con la sociedad, de tal manera que los acreedores sociales dispondrán del *ius eligendi* así como del *ius variandi* propios de tal categoría, sin que su acción frente a los administradores sociales deba justificarse en la previa y cumplida prueba de la insolvencia de la sociedad (beneficio de excusión)⁵⁹. En este sentido, me parece que con independencia de otros muchos argumentos⁶⁰, existen tres razones suficientes para justificar tal conclusión⁶¹.

En primer lugar, la afirmación de la regla de la subsidiariedad y, por tanto, el reconocimiento en favor de los administradores sociales del beneficio de exclusión, supone alterar los presupuestos que para el surgimiento de esta responsabilidad requiere el artículo 262.5.º LSA. En efecto, tal exigencia requeriría que concurriera como presupuesto de tal responsabilidad de los administradores la insolvencia de la sociedad, cosa que, evidentemente, no requiere el citado precepto a fin de que los acreedores tengan la oportuna acción frente a tales administradores⁶². Por otro lado, en aquellos supuestos en que mediar la solvencia de la sociedad y, pese a ello, se incumpliera la exigencia de que la Sociedad —por acuerdo de la Junta o, en su caso, en virtud de la decisión judicial sustitutoria de aquélla— removiera o verificara la causa de disolución que ha surgido en el desarrollo de la vida social, la sanción no resultaría operativa y los administradores no tendrían ningún riesgo de que los terceros pudieran exigirles la oportuna responsabilidad que, sin embargo, se sanciona en esta norma. De esta manera, se daría al traste con la finalidad de este precepto y se permitiría la pervivencia de sociedades ficticias⁶³. En último lugar, y de forma más importante, puede afirmarse que el reconocimiento del beneficio de exclusión en favor de los administradores sociales y la defensa del carácter subsidiario de su posible responsabilidad respecto de la social, tiene como consecuencia última la de alterar la naturaleza jurídica de la responsabilidad pues,

de presunción de la regla de la solidaridad así como con un estudio sistemático de cuanto dispone la disposición transitoria 3.ª LSA. Vid., también, VICENT CHULIÀ: «Responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 8, y CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, en AAVV, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. cit.*, p. 486.

⁵⁹ Tal y como parece requerir, de una manera extraordinariamente confusa, algún pronunciamiento judicial. Vid. SAP de Vizcaya de 20 de marzo de 1996 (Ar. Civ. 504/96).

⁶⁰ Vid. los señalados por los autores citados en la nota 56.

⁶¹ «Nos hallamos frente a una solidaridad de primer grado, en cuanto que la Ley no reconoce, tal y como hemos ya anticipado, expresamente el carácter subsidiario de la responsabilidad legal. Presuponer la subsidiariedad, en el grado que fuere, implicaría una clara restricción del mecanismo de tutela de los acreedores sociales que, en ese caso, se verían forzados a actuar previamente contra el patrimonio social y sólo en el supuesto de que aquéllos acreditaran la insuficiencia del patrimonio de la sociedad podrían dirigirse directamente contra los administradores. Pero esa interpretación no tiene fundamento legal alguno y además atenta a la lógica interna del precepto cuya finalidad exclusiva es, sin duda, la protección de los terceros acreedores.» MACHADO PLAZAS: *Pérdida de capital social...*, *op. cit.*, p. 354.

⁶² Vid., *ad. ex.*, BELTRÁN: «Pérdidas y responsabilidad...», *op. cit.*, p. 485; ESTEBAN VELASCO: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 1710.

⁶³ Vid. BELTRÁN: «La responsabilidad por las deudas...», *op. cit.*, pp. 11 y 22.

en definitiva, al requerir la constatación de un daño —en este caso, la insolvencia social y sus consecuencias sobre los acreedores sociales— transforma la responsabilidad de los administradores *ex* artículo 262.5.º LSA en un responsabilidad indemnizatoria⁶⁴, lo cual no puede —en modo alguno— aceptarse⁶⁵.

3. CONTENIDO Y EXTENSIÓN DE TAL RESPONSABILIDAD

Resueltas las principales cuestiones que se suscitan en torno a la calificación y caracterización de la responsabilidad personal y solidaria de los administradores que sanciona el artículo 262.5.º LSA, conviene ahora detenerse —brevemente— en los problemas relativos al ámbito objetivo de la misma. Pues bien, tales aspectos pueden referirse tanto al contenido como a la extensión de esta responsabilidad *ex* artículo 262.5.º LSA.

Respecto de la primera cuestión anunciada, creo que no habrá grandes problemas para aceptar que la expresión «obligaciones sociales», ha de entenderse en el sentido de «deudas sociales», de las cuales se hace responsables a los administradores cuando incumplan los deberes a que quedan sujetos en virtud de cuanto disponen los párrafos 2.º y 4.º del artículo 262 LSA. Mayor complejidad puede presentar, no obstante, el problema relativo a la extensión de tal responsabilidad personal y solidaria de los administradores por las deudas sociales. Y, en este sentido, se ha planteado la viabilidad de un doble límite tanto de carácter temporal como material.

En primer lugar, la cuestión de la extensión de esta responsabilidad *ex* artículo 262.5.º LSA ha sido referida a un límite temporal, en el sentido de que, en virtud del principio de interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras⁶⁶, tal responsabilidad no cubriría aquellas obligaciones —*rectius*, deudas— sociales que hubieran surgido con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva LSA. En este sentido se pronunció la SAP de Asturias de 1

⁶⁴ Curiosamente, quienes afirman esta regla de subsidiariedad niegan el carácter indemnizatorio de la responsabilidad *ex* artículo 262.5.º LSA, de la que afirman su carácter de «pena civil por incumplimiento de deberes propios». Cfr. SUÁREZ LLANOS: «La responsabilidad por pérdidas...», *op. cit.*, p. 2487.

⁶⁵ Por lo demás, deberá aplicarse a tal responsabilidad de los administradores el régimen general previsto para la solidaridad obligacional. Con ello se pretende advertir que «si paga un administrador, se extingue la responsabilidad en el ámbito externo, pero podrá dirigirse contra los demás, entrando en juego la distinta contribución al hecho determinante de este supuesto especial de responsabilidad (arts. 1.137 a 1.148 Cc). A la sociedad, como deudora inicial, podrá reclamar quien pagó la totalidad del importe satisfecho.» Cfr. ESTEBAN VELASCO: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 1715. En igual sentido, vid. QUIJANO: «Responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 275. De todas las maneras, es bastante previsible que cuando los administradores intentaran recuperar lo pagado reclamándolo a la Sociedad, ésta reconviniera mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores *ex* artículo 134 LSA, justificada en el «daño» derivado del incumplimiento por parte de aquéllos de los deberes de convocatoria de la Junta General y de instar la disolución judicial ante la realidad de la causa de disolución que aconteciera.

⁶⁶ Cfr. artículo 9.3.º de la Constitución y artículo 4.2.º Cc.

de diciembre de 1992⁶⁷, quien en virtud de tal principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, concluyó que «es claro que, en principio, el régimen de responsabilidad exigible a los administradores demandados por las obligaciones contraídas por la sociedad antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, será el establecido al respecto en la Ley de 1951»⁶⁸.

Sin embargo, ese posicionamiento⁶⁹ no está exento de críticas que —como veremos— nos han de llevar a una diferente conclusión. En efecto, el juego del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionatorias —tal y como se ha utilizado— encierra una conclusión falsa. Esto es así ya que el artículo 262.5.º LSA no prevé un régimen de responsabilidad personal por deudas que modifique el (inexistente) régimen anterior, sino que regula *ex novo* el problema del mantenimiento —por la inacción de la propia sociedad— de una causa de disolución acontecida durante la vida social, y como tal finalidad establece la medida coercitiva de su párrafo 5.º⁷⁰. Por ello, lo relevante es el momento en que se produce el supuesto de hecho desencadenante de la responsabilidad personal y solidaria de los administradores *ex* artículo 262.5.º LSA, con independencia del origen temporal de la deuda social. En este sentido se ha manifestado ya el propio Tribunal Supremo, quien ha delimitado el alcance de la regla de la irretroactividad de la sanción en relación, no con la fecha en que surgieran las obligaciones sociales sino, mejor, el momento en que se produjo el incumplimiento de los deberes de promoción de la remoción o de la disolución que el artículo 262.2.º y 4.º hace recaer sobre los administradores sociales⁷¹.

De esta manera, habrá que entender que, conforme al fundamento y finalidad de esta responsabilidad *ex* artículo 262.5.º LSA, «parece claro que el ámbito objetivo ha de ser lo más amplio posible, ya que, de admitirse tales restricciones, podría llegarse al error de dejar vacío de contenido al precepto. Esto sucedería, por ejemplo, en el supuesto en que concurriendo una causa de disolución los administradores adoptaran una actitud absolutamente pasiva y no llevaran a cabo ningún tipo de actividad. [...] Por todo ello, parece más acertado decantarse por una interpretación estricta de la norma y considerar

⁶⁷ Ya citada.

⁶⁸ En igual sentido, aunque de una manera enormemente confusa, parece manifestarse la SAP de Zaragoza de 26 de septiembre de 1992 (Ar. Civ. 1262/92).

⁶⁹ Al que parecen adherirse MORA MATEO: «Responsabilidad civil del administrador de la Sociedad Anónima», *RGD*, 1993, p. 11859, y BOLÁS ALFONSO: «La financiación de la actividad social de las Sociedades de Capital y la situación de pérdidas desde la perspectiva del Derecho Mercantil actual», *RDP*, 1994, p. 330.

⁷⁰ BELTRÁN: «Pérdidas y responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 485 y 486.

⁷¹ «[...] por la circunstancia de que la omisión generadora de aquel deber en común se produjo antes de la vigencia de la nueva Ley, no es aplicable a dichos administradores la sanción del citado artículo 262.5.º; la argumentación de la decisión impugnada es correcta, pues es evidente que, si vigente la nueva Ley, los administradores incurrieron en la negligencia de no convocar la Junta cuando debían hacerlo, se les podrá sancionar, mas si la situación irregular se había producido previamente a la entrada en vigor de la misma, la inactividad de aquéllos no ha provocado perjuicio alguno para la entidad demandante y, por consiguiente, no cabe penalización.» STS de 15 de julio de 1997 (Ar. 5609).

que ante los supuestos de hecho generadores de la responsabilidad, cualquier acreedor legítimo de la sociedad puede dirigirse contra los administradores con independencia del momento en que surgió la obligación o el tipo de que se trate»⁷².

De alguna manera, el artículo 105.5.º LSRL viene a confirmar esta interpretación a la que nos adherimos⁷³, pues extiende la responsabilidad de los administradores en estos supuestos «a todas las deudas sociales», con independencia de que su origen fuera uno u otro, sin que medie razón alguna para establecer cualquier diferenciación —en este aspecto— entre ambos tipos sociales⁷⁴.

Por otro lado, se ha cuestionado la vigencia de algún límite material a esta responsabilidad personal y solidaria de los administradores *ex* artículo 262.5.º LSA. Y, en este sentido, creo que tal límite vendría dado por la concurrencia de un hecho que privara de fundamento a esa responsabilidad que la norma sanciona. Con ello se quiere advertir que, acontecida en un momento posterior la disolución, sea como consecuencia de la actuación tardía de los administradores o, bien, por la actuación de quien estuviera legitimado de conformidad con lo que disponen los párrafos 2.º (inciso final) y 3.º LSA, la misma tendrá también como consecuencia que toda deuda social posterior a tal fecha no forme parte de la responsabilidad que pudiera exigirse con carácter personal y solidario a los administradores de aquella sociedad ya disuelta. En definitiva, la fecha de la disolución social sobrevenida a la exigibilidad a los administradores de su responsabilidad, determina el límite de las obligaciones sociales por la que éstos responden, en el sentido de que toda deuda social posterior a la fecha de tal disolución no podrá exigírsele a estos administradores en los términos del artículo 262.5.º LSA⁷⁵.

V. EXIGIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS ADMINISTRADORES *EX* ARTÍCULOS 262.5.º LSA Y 105.5.º LSRL

1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Resueltos los principales aspectos dogmáticos y funcionales que presenta esta responsabilidad personal y solidaria de los administradores por las deudas sociales como consecuencia de su incumplimiento de los deberes legales que se les imponen a fin de promover la remoción o la verificación de una causa de disolución, conviene ahora que atendamos a los problemas y cuestiones que

⁷² ÁVILA DE LA TORRE: «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 29. En igual sentido, vid. ESTEBAN VELASCO: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 1714; MACHADO PLAZAS: *Pérdida de capital social...*, *op. cit.*, p. 368.

⁷³ Así lo destaca ESTEBAN VELASCO: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 1713.

⁷⁴ Tal y como advierte MACHADO PLAZAS: *Pérdida de capital social...*, *op. cit.*, p. 370.

⁷⁵ ÁVILA DE LA TORRE: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 29 y 30. En igual sentido, vid. BELTRÁN: «La responsabilidad por las deudas...», *op. cit.*, p. 26.

puede plantear su exigibilidad. En este sentido, habrá entonces que ocuparse de los temas relativos a la legitimación, tanto activa como pasiva, en el ejercicio de la correspondiente acción *ex* artículo 262.5.º LSA, así como a las posibles causas de exoneración de que pudieran valerse los administradores frente a tal pretensión.

El primer problema al que hemos hecho referencia y del que ahora es preciso ocuparse es el que se refiere a la legitimación activa en el ejercicio de la acción *ex* artículo 262.5.º LSA. Pues bien, la lectura del citado precepto parece concluyente, pues al hacer responsables a los administradores con carácter personal y solidario de las «obligaciones sociales», forzoso será advertir que sólo tendrá tal legitimación activa quien resulte ser el acreedor que pueda requerir el cumplimiento de aquéllas.

No obstante la literalidad del precepto, algún autor⁷⁶ parece aceptar la posibilidad de que también corresponda el ejercicio de esta acción *ex* artículo 262.5.º LSA a los socios e, incluso, a la propia Sociedad. Sin embargo, no parece que esta extensión de la legitimación activa sea posible. En efecto, el argumento que pudiera respaldar la legitimación de la Sociedad y de los socios para el ejercicio de esta acción *ex* artículo 262.5.º LSA descansaría en una aplicación analógica del régimen previsto en el artículo 134 LSA respecto de la denominada acción social de responsabilidad. Ahora bien, tal aplicación analógica no respetaría los límites que la misma requiere pues, conforme hemos venido manifestando, ambas acciones responden a un fundamento distinto y presentan una naturaleza diferente, pues caracterizada la acción social *ex* artículo 134 LSA por su naturaleza indemnizatoria, la acción derivada del artículo 262.5.º LSA presenta una calificación distinta ya que se trata de una responsabilidad-sanción⁷⁷. Pero, además, el propio fundamento de la responsabilidad que sanciona el artículo 262.5.º LSA excluye la opinión que criticamos, pues, dejando de lado su nula efectividad en tales supuestos⁷⁸, la razón de ser de la

⁷⁶ Vid. VICENT CHULIÁ: «Responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 10. Aceptan tal criterio RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCAS: *La responsabilidad de los administradores...*, *op. cit.*, pp. 214 ss.

⁷⁷ La finalidad a que obedece la responsabilidad *ex* artículo 262.5.º LSA es —como ya hemos visto— la de ser un mecanismo que lleve a los administradores a evitar la inacción social ante la realidad de una causa de disolución acontecida en el devenir de la vida social. Sin embargo, la —indudable— naturaleza indemnizatoria de la responsabilidad de los administradores *ex* artículo 134 LSA deriva de la necesidad de reparar el daño causado al patrimonio social como consecuencia de la actuación administrativa. Vid., sobre este último extremo, SÁNCHEZ CALERO: «Administradores», en AAVV, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, dir. por SÁNCHEZ CALERO, vol. IV, Madrid, 1994, pp. 279 ss.; POLO: «Los Administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima», en AAVV, *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, t. VI, Madrid, 1992, pp. 314 ss.; ALONSO UREBA: «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una Sociedad Anónima», *RDM*, 198, 1990, pp. 639 ss.

⁷⁸ Lógicamente, la Sociedad —si estuviera legitimada para ello— no podría confiar el ejercicio de esta acción *ex* artículo 262.5.º LSA a los administradores cuya responsabilidad personal y solidaria pretende exigir. Por ello se ha propuesto que «el Juez, a nuestro entender, deberá admitir la intervención de cualquier socio favorable a exigir tal responsabilidad, para proteger el patrimonio social». Cfr. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCAS: *La responsabilidad de*

norma radica en la necesaria protección del tráfico y no de los socios o de la propia Sociedad.

Por estas razones, hemos de concluir manifestando que sólo los acreedores sociales están legitimados para el ejercicio de la acción *ex* artículo 262.5.º LSA. La Sociedad y los socios carecen de legitimación activa a los efectos de requerir esta responsabilidad personal y solidaria exigible a los administradores cuando hubieran incumplido los deberes dispuestos en orden a la remoción o verificación de una causa de disolución, quedándoles a aquéllos —sin embargo— expedita la vía general (art. 133 ss. LSA) a fin de obtener la reparación del daño —social o personal, en cada caso— que tuviera su origen en tal incumplimiento⁷⁹.

Reservada la legitimación activa en favor de los acreedores sociales, no cabe obviar cómo algún autor ha manifestado una limitación más, pues no todo acreedor social podría requerir la responsabilidad personal y solidaria de los administradores sino, tan sólo, aquellos cuyo crédito fuera posterior a la producción de la causa de disolución cuya remoción o verificación queda inatendida por los administradores sociales⁸⁰. A fin de justificar tal opinión, se manifiesta que los acreedores cuyo crédito fuera anterior al acontecimiento de la causa de disolución ya tienen una protección suficiente sin que pueda acudir a requerir esta responsabilidad de los administradores, pues —de conformidad con el párrafo 3.º del artículo 262 LSA— están legitimados para instar la disolución judicial. Además, se advierte, si esos acreedores anteriores no instaran —como legitimados que están— la disolución judicial y, posteriormente, quisieran requerir la responsabilidad personal y solidaria de los administradores *ex* artículo 262.5.º LSA, estarían actuando en contra de exigencias elementales derivadas del básico principio de la buena fe y lesionarían el *venire contra factum proprio*. Por tales razones, se considera necesario limitar a aquellos acreedores futuros o posteriores a la producción de la causa de disolución la protección derivada de esta responsabilidad-sanción.

Sin embargo, esta limitación subjetiva no puede ser aceptada. En efecto, tal opinión no se compadece con la finalidad de la norma que nos ocupa ni tampoco con su propia literalidad⁸¹. Si la LSA no diferencia en razón de la fecha

los administradores..., *op. cit.*, p. 223. Evidentemente, tal solución no es correcta y carece de todo apoyo en el Derecho positivo.

⁷⁹ «[...] la Ley ha configurado esta especial garantía frente a los acreedores y así ha de entenderse estrictamente; Sociedad y socios podrán recurrir al régimen de responsabilidad general de los administradores demostrando que la negligencia de éstos ha causado un perjuicio al patrimonio social por no promover la disolución cuando era preceptivo.» Cfr. QUIJANO: «Responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 278. Reitera la misma idea, SACRISTÁN BERGIA: «La naturaleza de la responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución (Comentario a la SAP de Zaragoza de 8 de julio de 1995)», *RdS*, 6, 1996, p. 274.

⁸⁰ Cfr. SUÁREZ LLANOS: «La responsabilidad por pérdidas...», *op. cit.*, pp. 2495 y 2496.

⁸¹ Con la interpretación que criticamos en el texto se da un alcance al artículo 262.5.º LSA muy similar al artículo 2.449.1.º del vigente Código Civil italiano, que nada tiene que ver —ni por su finalidad, ni por su fundamento— con la solución que incorpora la LSA. Sobre el alcance del artículo 2.449.1.º del Código Civil italiano, vid., recientemente DI BRINA: *La responsabilità per le nuove operazioni successive allo scioglimento della SpA*, Milán, 1996, en especial, pp. 234 ss.

de surgimiento del crédito, no parece que sea posible la distinción entre unos y otros acreedores sociales⁸². No debemos olvidar que, tal y como reitera el artículo 105.5.º LSRL, la responsabilidad de los administradores en estos supuestos abarca «todas las deudas sociales». Por otro lado, no parece justificada la argumentación que se nos ofrece en favor de esta limitación temporal en la legitimación activa para el ejercicio de la acción *ex* artículo 262.5.º LSA, pues resulta evidente que con la misma se transforma una legitimación puramente facultativa para instar la disolución judicial *ex* artículo 262.3.º LSA, en una carga o deber cuya exigibilidad se asegura con la pérdida de la legitimación necesaria para requerir la responsabilidad personal y solidaria que estudiamos. Sólo si la LSA hubiera obligado a los acreedores anteriores a instar la disolución social ante la inacción de la propia Sociedad tendría sentido la limitación que criticamos. Sin embargo, con buen criterio, el derecho positivo legitima, pero no obliga, a los acreedores para poder instar la disolución judicial en los supuestos previstos en el artículo 262.3.º LSA. Por último, la finalidad sancionadora de la norma así como su severidad obligan a concluir en la improcedencia de cualquier limitación subjetiva, tal y como la que ahora criticamos⁸³.

Para ya acabar con esta referencia a la legitimación activa de la acción *ex* artículo 262.5.º LSA, cabe referirse a un último problema. Evidentemente, la posterior declaración de quiebra de la Sociedad no impide el mantenimiento de la acción derivada del artículo 262.5.º LSA. Pues bien respecto de tal cuestión se ha manifestado que, en tales casos, sólo estarían legitimados para el ejercicio de la acción *ex* artículo 262.5.º LSA los órganos encargados del concurso; esto es, los Síndicos de la quiebra⁸⁴. Sin embargo, no me parece que tal advertencia deba aceptarse. Esto es así, ya que se da un alcance desmesurado a los efectos que tiene la declaración del concurso, pues la formación de la masa pasiva o de acreedores y su representación por los órganos de la quie-

⁸² ÁVILA DE LA TORRE: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 28 y 29.

⁸³ Por estas razones, no compartimos la opinión que excluye la legitimación del acreedor-socio, bajo el argumento del mismo dispone de la facultad de pedir la convocatoria de la Junta General. Con ese proceder se transforma una simple legitimación facultativa en una carga cuyo incumplimiento acarrea la pérdida de la acción *ex* artículo 262.5.º LSA, lo cual no es —desde luego— correcto. Mantiene esa opinión CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, en AAVV: *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. cit.*, p. 485. En contra, y afirmando el carácter facultativo de tal legitimación, vid. SAP de Barcelona de 29 de octubre de 1997 (Ar. Civ. 2367/97).

⁸⁴ «Declarada judicialmente la suspensión de pagos o la quiebra de la sociedad, subsistente sin duda las acciones social e individual de responsabilidad, en especial las que pueden apoyarse en el incumplimiento por los administradores de los deberes que les impone el artículo 262. En tal caso los únicos legitimados activos son los órganos de los procedimientos concursales, es decir, los Interventores en la suspensión de pagos y los Síndicos en la quiebra (o, en su caso, el Fondo de Garantía de Depósitos o la Comisión Liquidadora de Entidades aseguradoras). Tal acción desempeñaría entonces la función de la *action en comblement du passif* característica del Derecho concursal francés, regulada en el artículo 99 de la Ley de 13 de julio de 1967, y hoy sustituida por las acciones similares reconocidas en los artículos 180 y 182 de la vigente Ley de 25 de enero de 1985; o de las acciones propias del Derecho común, que se superponen a las especiales de los procedimientos concursales, como las de *fraudulent trading* de las *Sections* 322 y 333 de la *Company Act* inglesa y artículos 2.393 y 2.394 del *Codice civile* italiano.» Cfr. VICENT CHULIÁ: «Responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 10.

bra sólo afecta al ejercicio de las acciones frente al deudor común pero no quienes sean garantes —por el título que sea— de éste⁸⁵. Por estas razones, los acreedores no sólo mantendrán su acción *ex* artículo 262.5.º LSA, sino que, también, podrán ejercitarla, pese a la vigencia del procedimiento universal, frente a los administradores responsables como garantes de deuda ajena. Evidentemente, el pago hecho por los administradores en favor de los acreedores sociales en virtud de cuanto dispone el artículo 262.5.º LSA, tendrá como consecuencia la pérdida de la legitimación de tales acreedores en el procedimiento de quiebra. Por contra, si los administradores que atendieron ese pago quisieran dirigirse ahora frente a la Sociedad, en virtud de su derecho de repetición, tendrían que sujetarse a las reglas del concurso e insinuar su crédito en la masa.

2. LEGITIMACIÓN PASIVA. PROBLEMAS PARTICULARES

El artículo 262.5.º LSA establece que «responderán solidariamente [...] los administradores». Por tanto, estos sujetos aparecen legitimados pasivamente en el ejercicio de la acción de responsabilidad-sanción que asiste a los acreedores sociales. Ahora bien, la aparente sencillez de la regla de legitimación pasiva que se sanciona en esta norma no oculta una serie de supuestos problemáticos que es preciso —siquiera brevemente— analizar.

Dejando de lado la cuestión relativa al distinto juego de esta responsabilidad-sanción en razón de la diferente estructura del órgano de administración⁸⁶, la cual ha de resolverse de conformidad con los criterios de atribución y ejercicio de las competencias en orden a la gestión y representación⁸⁷, conviene detenerse —como primera cuestión— en la correcta delimitación subjetiva de esta legitimación pasiva. Con ello queremos advertir que, al menos, procede efectuar dos exclusiones que —a mi juicio— no han de presentar grandes dudas. En primer lugar, la responsabilidad-sanción *ex* artículo 262.5.º LSA recae sobre los administradores, lo cual ha de tener como consecuencia, según la opinión generalizada⁸⁸, que no quepa exigir tal responsabilidad a todos aquellos sujetos que no ostenten una representación orgánica sino voluntaria⁸⁹. En estos supues-

⁸⁵ La representación que se atribuye a los Síndicos lo es para el ejercicio de los derechos y acciones que correspondieran a los acreedores miembros de la masa frente al quebrado pero no frente a sus garantes. Cfr. artículo 1.218.1.º LEC. Sobre la función representativa de la Sindicatura, vid. JIMÉNEZ DE PARGA: «Los órganos de la quiebra», *Est. Homenaje De Castro*, I, Madrid, 1977, pp. 89 ss.

⁸⁶ Para el análisis de tal cuestión, vid. ÁVILA DE LA TORRE: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 19 ss.

⁸⁷ Vid. artículo 124.2.º RRM y artículo 62 LSRL.

⁸⁸ Sobre este punto hay una cierta unanimidad. Cfr. BELTRÁN: «La responsabilidad por las deudas...», *op. cit.*, p. 21; *íd.*: *La disolución...*, *op. cit.*, p. 142; MACHADO PLAZAS: *Pérdida de capital social...*, *op. cit.*, p. 341; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA Y HUERTA VIESCAS: *La responsabilidad de los administradores...*, *op. cit.*, pp. 53 ss.; MORA MATEO: «Responsabilidad civil del administrador...», *op. cit.*, p. 11850; BOLÁS ALFONSO: «La financiación de la actividad social de las Sociedades de Capital y la situación de pérdidas...», *op. cit.*, p. 325; CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, en AAVV: *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. cit.*, p. 485.

⁸⁹ Se ha señalado que los deberes de diligencia *ex* artículo 262.5.º LSA son indelegables,

tos, no cabe extender la responsabilidad *ex* artículo 262.5.º LSA a los gerentes, directores generales o cualquier otro cargo técnico cuyo origen esté en la representación voluntaria conferida por la Sociedad en favor de tales sujetos⁹⁰. Por otro lado, y como segunda exclusión respecto de esta responsabilidad, no procede requerir la misma a los llamados administradores suplentes⁹¹, figura no contemplada pero posible —desde el punto de vista de la autonomía estatutaria— en la LSA y a la que, sin embargo, se refiere la LSRL⁹². Esta última exclusión obedece a una razón evidente, ya que el suplente no ha comenzado a ejercer el cargo de administrador, por lo que no le resulta exigible ninguno de los deberes que establecen —en orden a la convocatoria de la Junta o a instar la disolución judicial— los párrafos 2.º y 4.º del artículo 262 LSA.

Advertidas esas exclusiones, me parece que no han de plantearse grandes dudas o problemas en la delimitación de la legitimación subjetiva respecto de la responsabilidad *ex* artículo 262.5.º LSA, ya que deberán ser respetadas las reglas generales que disciplinan la figura de los administradores sociales. Ahora bien, pese a esa advertencia, pudiera resultar conveniente analizar algún problema concreto que pudiera suscitarse en la aplicación de tales normas generales. En este sentido, me parece oportuno atender al supuesto en que el administrador que incumpliera los deberes de promoción de la remoción o de la verificación de una causa de disolución fuera una persona jurídica⁹³. En tal caso, la exigencia reglamentaria de la designación de «la persona física que aquélla haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo»⁹⁴, plantea la duda de, a los efectos de exigir la responsabilidad *ex* artículo 262.5.º LSA, quien es el sujeto legitimado pasivamente. En mi opinión, para una adecuada solución de tal supuesto, no ha de olvidarse la aplicación del mecanismo de la representación que vincula al administrador persona jurídica y su representante persona física, de tal manera que la conclusión no puede ser otra que la de reservar la legitimación pasiva *ex* artículo 262.5.º LSA en favor de la persona jurídica⁹⁵, con independencia de las acciones que a ésta pudieran corresponder frente a aquél.

Pero, también, la aplicación del régimen general en materia de representación orgánica en este ámbito de la responsabilidad-sanción que configura el artículo 262.5.º LSA obliga a que nos cuestionemos la operatividad y las con-

por lo que no puede aceptarse que el administrador tan sólo lo era en sentido formal, ya que materialmente quien tomaba las decisiones era un apoderado y gerente. Cfr. SACRISTAN BERGIA: «La naturaleza de la responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, pp. 273 y 274.

⁹⁰ Se ha afirmado, con toda corrección, que el régimen de responsabilidad en que pudieran incurrir estos sujetos debería reconducirse —según los casos— al régimen de responsabilidad que sanciona el Ccom. para el factor de comercio. Cfr. DÍAZ ECHEGARAY: *La responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1995, pp. 398 ss.

⁹¹ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCAS: *La responsabilidad de los administradores*, *op. cit.*, p. 49.

⁹² Cfr. artículo 59 LSRL.

⁹³ Vid. artículo 125 LSA.

⁹⁴ Artículo 143.1.º RRM.

⁹⁵ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCAS: *La responsabilidad de los administradores...*, *op. cit.*, pp. 49 y 50.

secuencias derivadas de la delegación en el seno del Consejo de Administración y de cuáles pueden ser sus consecuencias respecto de la exigibilidad de esta responsabilidad personal y solidaria por las obligaciones sociales. Desde luego, la afectación del régimen de responsabilidad de los administradores por el hecho de la delegación de facultades *ex* artículos 141 LSA y 57.1.º LSRL, es una cuestión que no tiene una solución pacífica en la doctrina española, por la que en función del criterio que se defienda sobre tales extremos podrá llegarse a una u otra conclusión respecto de como incide la presencia de un Consejero delegado o de una Comisión ejecutiva a la hora de requerir a los administradores sociales la responsabilidad-sanción prevista en el artículo 262.5.º LSA⁹⁶.

En efecto, para un importante sector doctrinal, «la delegación por parte del Consejo de administración en el órgano delegado de la gestión ordinaria de la sociedad, hace que muchos actos de gestión sean realizados por el órgano delegado sin participación del Consejo de administración. Siendo esto así, parece claro que aquellos actos lesivos para la sociedad, realizados por los miembros del órgano delegado sin intervención del Consejo de administración, serán imputables a los administradores delegados, estando libres de responsabilidad respecto a ellos, en principio, los administradores no delegados»⁹⁷. Tal criterio⁹⁸, por otra parte, se intenta refrendar en la consideración de que «la división de la responsabilidad de los administradores delegados respecto a la de los miembros del Consejo de administración, se basa precisamente en que aquéllos son miembros de un órgano que ha nacido de otro, cual es el Consejo, que por supuesto no ha perdido su condición de administrador de la sociedad, pero que, como es obvio, es distinto del órgano delegado»⁹⁹. De todo ello, y en relación con la materia que nos ocupa, podría derivarse la conclusión de que, si los deberes *ex* artículo 262.2.º y 4.º LSA fueran objeto de delegación, los administradores no delegados quedarían exentos de la responsabilidad personal y solidaria objeto de estudio¹⁰⁰.

⁹⁶ El supuesto que nos interesa sería aquel en que el cumplimiento de los deberes *ex* artículos 262.2.º y 4.º LSA quedara confiado a los delegados, lo cual sería posible —aunque desde luego me parece que constituiría un raro supuesto— mediante su delegación específica pero, también, —y éste sería el supuesto más frecuente— a través de una delegación general con reserva de las facultades indelegables en virtud de expresa disposición legal (vid. art. 141.1.º, inciso final LSA) o estatutaria.

⁹⁷ SÁNCHEZ CALERO: «Administradores», *op. cit.*, p. 273.

⁹⁸ La división de la actuación administrativa que deriva de la delegación es considerada como un supuesto en que cesa la colegialidad y, por tanto, se niega la concurrencia del Consejo en la actuación llevada a cabo por tales delegados, concluyendo en una división de la responsabilidad, de tal manera que responderán solidariamente los delegados en el caso de que actuaran en Comisión ejecutiva y, si se trata de un Consejero delegado, como si fuera un administrador único. Vid. QUIJANO: «La responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima. Aspectos sustantivos», Valladolid, 1985, pp. 285 ss.

⁹⁹ SÁNCHEZ CALERO: «Administradores», *op. cit.*, pp. 270 y 271. Esta consideración podría justificarse, tal y como recuerda este autor, en el incorrecto tenor literal de los artículos 143.1.º LSA y 149.3.º RRM, que emplean las expresiones «otro órgano colegiado de administración» y «órganos delegados», respectivamente.

¹⁰⁰ De igual manera, pero en sentido contrario, los delegados no responderían *ex* artículo 262.5.º LSA si no se les hubiera confiado el cumplimiento de los deberes en orden a la promoción de la remoción o de la verificación de la disolución. Así parece manifestarse

Sin embargo, en mi opinión, y de acuerdo con otro sector doctrinal, me parece que no han de compartirse las soluciones anteriormente expuestas. En primer lugar, no parece acertada la calificación de los delegados, pese al incorrecto tenor literal de alguna norma, como órgano. Ni la Comisión ejecutiva ni, tampoco, la figura del Consejero delegado pueden merecer tal calificación, como así se deriva de la unidad orgánica del Consejo de Administración¹⁰¹. Tal unidad orgánica —justificada en la subordinación de los delegados respecto del Consejo y, por tanto, en la concurrencia e imputación a éste de toda la tarea de gestión— es, precisamente, la que justifica la exigibilidad al Consejo no sólo de un simple deber de vigilancia sino, también, de la necesidad de actuar una auténtica actividad de control¹⁰².

Pero, también, se hace preciso observar que el elemento relevante en orden a la responsabilidad, no radica tanto en la realización o no del acto sino, mejor, en el régimen de imputación del mismo así como de sus consecuencias. Con ello se quiere advertir que los actos llevados a cabo por los delegados no son, en sentido estricto, actos de tales sujetos —ni, tampoco, de un pretendido órgano delegado— sino actos que se imputan al Consejo que es, precisamente, quien actúa sus propias competencias aun cuando lo sea por delegación. Por ello, la responsabilidad no se hace descansar en la actuación o en la división de funciones —con independencia de su origen estatutario o no— sino en el mecanismo de imputación del acto, de tal manera que la regla debe ser también operativa a la hora de establecer los sujetos responsables¹⁰³.

Por tanto, parece que hemos de concluir señalando que la existencia de delegación no evita la responsabilidad en que pudieran incurrir los administradores delegados y no delegados, de tal manera que no podrán oponer tal circunstancia frente a la reclamación de los acreedores sociales exigiendo su responsabilidad personal y solidaria al amparo de cuanto dispone el artículo 262.5.º LSA¹⁰⁴.

CARRIÓN GARCÍA DE PARADA (en AAVV: *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. cit.*, p. 485) «por no estar en sus manos convocar la Junta». El argumento no puede aceptarse, ya que olvida el carácter —necesario— de administrador que ha de tener todo delegado. Cfr. artículo 141.1.º LSA.

¹⁰¹ Vid. ALONSO UREBA: «Presupuestos de la responsabilidad social...», *op. cit.*, p. 721.

¹⁰² Cfr. POLO: «Los Administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima», *op. cit.*, p. 293. Tales ideas están ya en la doctrina que se ocupara específicamente de este aspecto. Vid. IGLESIAS PRADA: «Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima», Madrid, 1971, pp. 355 ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS: *Consejeros delegados, Comisiones ejecutivas y Consejos de administración*, Madrid, 1971, pp. 387 ss. La existencia de tales deberes ha de considerarse unánime pues, curiosamente, aquellos autores que afirman la divisibilidad de actuación y, también, de responsabilidad afirman, sin embargo, la existencia de tal vigilancia y control. Cfr. SÁNCHEZ CALERO: «Administradores», *op. cit.*, p. 270.

¹⁰³ Si así no fuera, el deber de vigilancia e intervención que recae sobre el Consejo en relación con los delegados no tendría resultado alguno, pues su incumplimiento no tendría ninguna consecuencia para los administradores no delegados.

¹⁰⁴ Sin embargo, el hecho de la delegación sí puede tener consecuencias en cuanto a la imputabilidad, en el sentido de que la carga de diligencia exigible a los administradores en el cumplimiento de los deberes *ex* artículo 262.2.º y 4.º LSA puede ser —necesariamente— menor que aquella que han de observar los miembros de la Comisión ejecutiva o el Consejero dele-

La aplicación —como hemos señalado— de las reglas generales a los efectos de delimitar el alcance de la legitimación pasiva *ex* artículo 262.5.º LSA plantea un último problema al que brevemente queremos hacer referencia. En este sentido, debemos cuestionarnos si bajo la referencia a «los administradores» que hace esta disposición legal hemos de incluir también todos aquellos supuestos que se engloban bajo la referencia —tradicional en la doctrina y la jurisprudencia— al «administrador de hecho». Si comenzáramos este apartado advirtiendo de una serie de exclusiones el proceder ahora resulta el contrario; esto es, determinar si es posible la extensión de la responsabilidad *ex* artículo 262.5.º LSA a otros que —por la razón que sea— no merecen el calificativo formal de administrador aun cuando materialmente así actúen. Ahora bien, a fin de proceder con cierta claridad, se hace preciso diferenciar dos grandes supuestos bajo ese rótulo común de administrador de hecho.

En efecto, puede señalarse un primer supuesto en que bajo la referencia al administrador de hecho nos referimos a aquel que así actúa de una manera real al frente de una sociedad sin tener un nombramiento formal como tal, siendo posible su actuación administrativa mediante el concurso de un testaferro sobre el que recae la designación formal exigida. En este supuesto, habrá que afirmar¹⁰⁵ que, tanto si acudimos a las reglas que disciplinan la representación indirecta como a una aplicación analógica de soluciones adoptadas en la LSA con carácter expreso para tales supuestos¹⁰⁶, la conclusión no puede ser otra que la de extender la responsabilidad personal-sanción sobre quien actúa como tal administrador de hecho¹⁰⁷.

Un supuesto diferente es aquel en que, bajo el término de administrador de hecho, nos referimos a quien fuera administrador y continúa materialmente siéndolo pero, en razón de la caducidad de su nombramiento u otras causas, no aparece formalmente como tal. Pues bien, se ha entendido¹⁰⁸ —con todo acierto— que estos administradores de hecho han de responder también respecto de la sanción *ex* artículo 262.5.º LSA, como si su cargo se mantuviera o no estuviera viciado, ya que actúan en el tráfico con una apariencia orgánica que no puede desconocerse y, por otra parte, a fin de que no tuvieran una situación de privilegio sin base alguna¹⁰⁹.

gado. De esta manera, se facilita la prueba de una actuación diligente por parte de los delegados que podría constituir causa de exoneración de su responsabilidad. A *sensu contrario*, los administradores delegados podrían —en su caso— esgrimir este mismo argumento.

¹⁰⁵ Vid. ÁVILA DE LA TORRE: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 24 y 25.

¹⁰⁶ Cfr. artículo 18.2.º LSA.

¹⁰⁷ Ahora bien, las consecuencias no serán las mismas en una u otra solución. En efecto, si aplicáramos las reglas que disciplinan la representación indirecta al acreedor tendría un derecho de opción a fin de dirigir su acción frente al testaferro o al administrador de hecho (cfr. arts. 246 y 287 Ccom. y art. 1.717 Cc). Sin embargo, la aplicación analógica del artículo 18.2.º LSA (responsabilidad del fundador oculto) nos llevaría a concluir que el acreedor podría ejercitar su acción frente a ambos y con carácter solidario, pues la extensión de responsabilidad al fundador oculto lo es en sentido estricto y, por tanto, no queda exonerado de responsabilidad quien formalmente aparece como tal. Quizás, respecto del problema que nos ocupa en el texto, ésta fuera la solución más apropiada en el ámbito del Derecho de las Sociedades de Capital.

¹⁰⁸ Cfr. ÁVILA DE LA TORRE: «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁹ Sobre la doctrina del administrador de hecho, vid. las clásicas RRDGRN de 24 de junio

3. CAUSAS DE EXONERACIÓN. EL CUMPLIMIENTO TARDÍO

Una de las cuestiones más complejas que plantea la aplicación del artículo 262.5.º LSA es la relativa a las posibles causas de exoneración de que disponen los administradores a fin de impedir la responsabilidad personal y solidaria que sanciona esta norma. Como fácilmente se entenderá, la indudable dureza de la norma obliga al intérprete a interrogarse sobre tal extremo, por lo que, sin ninguna duda, este problema aparece como un aspecto fundamental en el estudio de la responsabilidad-sanción prevista en el citado artículo 262.5.º LSA. Conviene, también, advertir que el problema se suscita —fundamentalmente— en los supuestos en que la administración social se confía a un Consejo, pudiendo generalizarse las conclusiones respecto del supuesto de administración mancomunada¹¹⁰.

El parecer mayoritario sobre tal problema afirma la aplicación, siquiera sea en vía analógica, de las causas de exoneración previstas en el régimen general de responsabilidad de los administradores. En concreto, la mayor parte de nuestra doctrina¹¹¹ afirma la aplicación de las causas de exoneración —desconocimiento del acuerdo; oposición expresa al mismo y realización de todo lo conveniente para evitar el daño— que recoge el artículo 133.2.º LSA¹¹².

de 1968 (Ar. 3662) y de 30 de mayo de 1974 (Ar. 3065), a pesar de que el argumento utilizado en ellas y que se justifica en una «reelección tácita del administrador» no pueda compartirse, siendo preferible el tratamiento de la actuación representativa o externa de tales administradores al amparo de lo previsto en el artículo 286 Ccom. En este sentido, vid. ALONSO UREBA: «Presupuestos de la responsabilidad social...», *op. cit.*, pp. 673 y 674. Sobre el problema de los administradores de hecho, vid. DÍAZ ECHEGARAY: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 393 ss. Con anterioridad y bajo la vigencia de la SA de 1951, vid. QUIJANO: «La responsabilidad civil de los...», *op. cit.*, pp. 351 ss.

¹¹⁰ El administrador único, al igual que cualquier administrador solidario, podrán dar cumplimiento a los deberes *ex* artículo 262.2.º y 4.º LSA con su simple voluntad y sin necesitar del concurso de nadie, en virtud de las reglas legalmente previstas para el ejercicio del poder de representación. Cfr. artículo 62.2.º LSRL y artículo 124.2.º RRM.

¹¹¹ Vid., *ad ex.*, URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN: «Disolución y Liquidación de la Sociedad Anónima», en AAVV, *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, dir. con URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, t. XI, Madrid, 1992, pp. 69 y 70; VICENT CHULIÁ: «Responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 8; QUIJANO: «Responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 273; MACHADO PLAZAS: *Pérdida de capital social...*, *op. cit.*, pp. 342 y 343. Otros autores prefieren una aplicación particularizada de tal norma que, como sus propias conclusiones muestra, acaba en una verdadera inaplicación de la misma. Cfr. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCAS: *La responsabilidad de los administradores...*, *op. cit.*, pp. 75 ss.

¹¹² «Se trata, en definitiva, de hacer aplicables en los distintos casos los criterios generales en materia de exoneración de responsabilidad solidaria que el artículo 133.2.º ha establecido en una compleja fórmula, pensada para la hipótesis de órgano colegiado de administración y apoyada en una inversión de la carga de la prueba, a suministrar por el administrador que se pretende exonerar, pues está relacionada con una presunción previa de participación en el acuerdo orgánico que materializa el incumplimiento de la obligación [acuerdo de no convocar o, en su caso, de no solicitar la disolución judicial], de modo que el administrador que prueba que, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo, desconocía su existencia o, conociéndolo, hizo todo lo posible para evitar el daño [aquí, el incumplimiento de la obligación] o, al menos, se opuso expresamente a aquél, no le será imputable tal incumplimiento y quedará exonerado de la responsabilidad solidaria.» Cfr. QUIJANO: «Responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 273.

Sin embargo, no faltan opiniones que cuestionan razonadamente la aplicación de tal régimen de exoneración de responsabilidad¹¹³.

Ante tal dualidad de opiniones, me parece más acertada la segunda de ellas y, en consecuencia, entiendo que no resulta acertado aplicar el régimen de exoneración de responsabilidad de los administradores previsto en el artículo 133.2.º LSA en estos supuestos en que los acreedores sociales quisieran exigir la responsabilidad-sanción que el artículo 262.5.º LSA hace recaer sobre los administradores. En mi opinión, concurren suficientes razones como para descartar la aplicación de las causas de exoneración previstas en el régimen general de responsabilidad. En este sentido, cabe realizar una primera observación que —como se verá— puede tener gran importancia. Así, no deja de llamar la atención el hecho de que pretenda aplicarse una norma que es propia de un régimen de responsabilidad de carácter indemnizatorio a un supuesto en que la calificación jurídica más acertada —según vimos— es de naturaleza sancionatoria. De hecho, las mismas previsiones del régimen de exoneración sancionado en el artículo 133.2.º LSA no parecen compaginarse con las particularidades de esta responsabilidad personal y solidaria de los administradores que incumplieran los deberes que disponen los párrafos 2.º y 4.º del artículo 262 LSA¹¹⁴.

En este sentido, no puede desconocerse cómo un análisis detallado de las causas de exoneración contempladas en el régimen general muestra la falta de virtualidad de aquéllas a los efectos de que los administradores puedan exonerarse de responsabilidad. Tal circunstancia puede perfectamente comprobarse respecto de la primera de ellas, la cual, según el tenor literal del artículo 133.2.º LSA, radica en que los administradores, respecto del acuerdo adoptado «prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia». Si intentáramos aplicar tal regla en estos supuestos que ahora nos interesan, tendríamos por fuerza que concluir que, al ser el hecho generador de la responsabilidad el incumplimiento de los deberes de promoción de la remoción o de la disolución, la aceptación de la exoneración del administrador descansaría en su desconocimiento de tal omisión como consecuencia de su ignorancia acerca de la causa de disolución que ha acontecido durante la vida social. Resulta evidente que es inaceptable que el administrador argumente tal ignorancia acerca de la causa de disolución puesto que, con tal proceder, lo que estaría justificando es su propia falta de diligencia. En definitiva, el desconocimiento del administrador en estos términos carece de sentido en cuanto causa de exoneración, ya que implica su falta de diligencia ante una situación que la Ley o los estatutos califican —con todas sus consecuencias e importancia— como causa de disolución.

Por otro lado, si atendemos a la segunda causa de exoneración prevista en el artículo 133.2.º LSA, la conclusión no puede ser muy distinta de la ante-

¹¹³ Vid., *ad ex.*, SUÁREZ LLANOS: «La responsabilidad por pérdidas...», *op. cit.*, p. 2507; ÁVILA DE LA TORRE: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 35 ss.; SACRISTÁN BERGIA: «La naturaleza de la responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 274.

¹¹⁴ Se ha observado que los presupuestos del artículo 133.2.º LSA «no casan bien con lo preceptuado en el artículo 262 LSA». Cfr. ÁVILA DE LA TORRE: «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 36.

rior. Conviene recordar que los administradores se exonerarán de responsabilidad si prueban que, respecto del acuerdo adoptado, «hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél». Pues bien, conviene diferenciar dos supuestos¹¹⁵ a fin de verificar la inconveniencia y falta de resultados que se derivan de aplicar el criterio que criticamos. En primer lugar, si el Consejo de administración adoptara un acuerdo negativo respecto de la convocatoria de la Junta pese a la existencia de una causa de disolución, los administradores interesados deberían hacer todo lo conveniente a fin de evitar el «daño». En este sentido, debemos tener presente que el «daño» en este supuesto estaría representado por el incumplimiento de los deberes de promoción de la remoción o de la disolución, situación que tiene su origen en el acuerdo del Consejo contrario a la convocatoria de la Junta General. Ahora bien, la falta de convocatoria tiene como resultado que el acuerdo de la Junta «no pudiera ser logrado», circunstancia ésta que tiene como consecuencia última la de reconocer —conforme a cuanto dispone el artículo 262.4.º LSA— que «los administradores —en tal supuesto— están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad». Evidentemente, ante tal legitimación, el administrador que estuviera interesado siempre podría hacer «todo lo conveniente» a fin de exonerarse de responsabilidad, debiendo instar la disolución judicial. Pero, obsérvese que tal exoneración no es tal, por cuanto que con tal proceder el administrador atiende el cumplimiento de sus deberes *ex* artículo 262.4.º LSA y evita el surgimiento de la responsabilidad¹¹⁶.

Iguales conclusiones han de mantenerse en el otro supuesto que anunciáramos; esto es, la falta de convocatoria como consecuencia de la inexistencia de acuerdo del Consejo de administración a fin de convocar la Junta General con la finalidad que nos ocupa. La falta de acuerdo de la Junta, por la razón que sea, genera en los administradores el deber de instar la disolución judicial de la sociedad. Tal actuación no es una verdadera causa de exoneración ya que, en realidad, evita el surgimiento de la responsabilidad.

Por otro lado, se hace preciso considerar un último aspecto. Si mediara la convocatoria de la Junta por parte de los administradores a fin de que ésta acordara lo conveniente respecto de la causa de disolución que concurriera, la operatividad de las causas de exoneración de responsabilidad prevista en el artículo 133.2.º LSA es nula. En efecto, el administrador no puede alegar ignorancia de cuanto acordara la Junta como justificación por no haber instado la disolución judicial. Con tal prueba estaría justificando su propia negligencia. Por otro lado, la realización de «todo lo conveniente», como segunda causa de exoneración, no tendría virtualidad alguna, pues el administrador interesado no incurriría en responsabilidad sólo si hubiera instado la disolución judi-

¹¹⁵ Desde luego, los supuestos posibles serían tres, según que el Consejo no se convocase, fuera convocado y se acordara no convocar la Junta General o, por último, se decidiera tal convocatoria de la Junta. Este último supuesto carece de interés desde el punto de vista de la posible exoneración de responsabilidad, pues los administradores no habrían incurrido en ella como consecuencia de haber convocado la Junta General a fin de que trate sobre la remoción o la verificación de la causa de disolución.

¹¹⁶ En este sentido, vid. ÁVILA DE LA TORRE: «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 38.

cial de la sociedad y, por tanto, hubiera dado cumplimiento a sus deberes en orden a la promoción de la remoción o de la disolución. Tal actuación, como ya hemos indicado, no es en sentido técnico una causa de exoneración, dado que evita el nacimiento de la responsabilidad *ex* artículo 262.5.º LSA.

Ante la negativa a aplicar el régimen de exoneración sancionado en el artículo 133.2.º LSA en estos supuestos de responsabilidad-sanción de los administradores *ex* artículo 262.5.º LSA, puede incurrirse en el riesgo de afirmar que la exigencia a los administradores lo es de un resultado y no de una actuación. Tal afirmación no es, desde luego, correcta. En efecto, la norma que nos ocupa no establece ninguna regla particular por lo que ha de ser operativa la general en cuanto a la imputación del incumplimiento. Con ello queremos advertir, simplemente, que el incumplimiento de los deberes *ex* artículo 262.2.º y 4.º LSA ha de ser imputable a los administradores bajo el criterio general de imputación; esto es, la culpa, entendida como falta de la diligencia exigible¹¹⁷ a fin de que los administradores alcancen el resultado previsto por el legislador¹¹⁸.

Ahora bien, a fin de que valoremos cuál puede ser el régimen de exoneración de que pudieran valerse los administradores en la defensa de sus intereses frente a la reclamación que instaran los acreedores con fundamento en el artículo 262.5.º LSA, se hace preciso que atendamos a dos cuestiones de cuya importancia no se puede dudar. En primer lugar, será preciso determinar cuál es esa diligencia exigible a los administradores de cara al cumplimiento de los deberes de promoción de la remoción o de la disolución que les son impuestos legalmente. Por otro lado, habrá que intentar delimitar algunos criterios que permitan valorar la posible exoneración de responsabilidad que interesaran los administradores.

Respecto de cuál pueda ser la diligencia exigible a los administradores, entiendo que no resulta operativa la regla general en el Cc¹¹⁹, dada la expresa previsión legal sobre este aspecto. En efecto, la diligencia exigible a los administradores en orden al cumplimiento de los deberes *ex* artículo 262.2.º y 4.º LSA no puede ser otra que la prescrita en el artículo 127 LSA; esto es, la propia de «un ordenado empresario y de un representante legal». Ha de observarse que tal criterio de diligencia tiene carácter general sin que el mismo pueda quedar vinculado a los supuestos de responsabilidad indemnizatoria contemplados en el régimen que contienen los artículos 133 y siguientes LSA. El argumento sistemático constituye una buena prueba de tal afirmación, pues el criterio de diligencia que acoge el artículo 127 LSA aparece desgajado de la normativa referente a esa responsabilidad indemnizatoria.

De conformidad con cuanto hemos expuesto, parece que hemos de concluir advirtiendo que el administrador interesado sólo se exonerará de la responsabilidad-sanción que nos ocupa cuando pruebe su actuación diligente en el desempeño de los deberes que le impone el artículo 262.2.º y 4.º LSA y,

¹¹⁷ Vid. artículos 1.101, 1.104, 1.105, 1.182 y 1.184 Cc.

¹¹⁸ En este caso, la remoción o la verificación de la causa de disolución que hubiera acontecido durante la vida social.

¹¹⁹ Vid. artículo 1.104.2.º Cc.

pese a ello, no se ha producido el resultado de la remoción o de la verificación de la causa de disolución que hubiera acontecido. Ahora bien, tal y como antes anunciáramos, se hace preciso intentar concretar algunos criterios de valoración de la actuación del administrador a fin de verificar si la misma responde o no a la diligencia exigida. Y, en este sentido, no existen otros criterios que aquellos que con carácter general ha destacado nuestra doctrina con tal finalidad¹²⁰. En concreto, a la hora de valorar el comportamiento del deudor —en este caso, el administrador— ha de atenderse a dos criterios básicos, conforme a una interpretación finalista de la exigencia general de actuación diligente. En primer lugar, la discrecionalidad del deudor; esto es, debe recordarse que en la realización del comportamiento debido el deudor-administrador es libre en la elección de aquellos medios que estime más acertados para tal fin. Pero, también y con carácter principal, ha de recordarse la exigencia de un criterio de congruencia entre la conducta desarrollada por el deudor-administrador y el resultado perseguido¹²¹.

En definitiva, como consecuencia de la inaplicación del régimen de exoneración de responsabilidad previsto en el artículo 133.2.º LSA, hemos de concluir señalando que tal exoneración vendrá dada en aquellos casos en que los administradores hubieran desarrollado una actuación libremente decidida por ellos pero congruente con el resultado pretendido por el legislador a la hora de establecer los deberes *ex* artículo 262.2.º y 4.º LSA y, pese a ello, no se ha removido o verificado la causa de disolución que aconteciera durante la vida social. Dicho de otra manera, la exoneración de esta responsabilidad-sanción radicaría en que la falta de remoción o de verificación de tal causa de disolución no es imputable a los administradores, pues ellos han observado la diligencia que el artículo 127 LSA les impone también para el cumplimiento de los deberes que sobre ellos recaen y dirigidos a tal finalidad.

Para finalizar este apartado cabe hacer referencia a un último problema y que no es otro que el de las consecuencias que puede tener el cese de los administradores en orden al cumplimiento de estos deberes de promoción de la disolución. En concreto, la práctica ha mostrado dos situaciones dudosas y que hacen referencia a la extensión de la responsabilidad sancionatoria sobre el administrador cesado cuyo cese no ha tenido acceso al Registro Mercantil y, por otra parte, la viabilidad del cese voluntario o dimisión del administrador anterior al agotamiento del plazo bimensual previsto en los párrafos 2.º y 4.º del artículo 262 LSA en cuanto causa de exoneración de esta responsabilidad-sanción en que pudiera incurrir aquél.

A fin de responder a este último interrogante, resulta razonable aplicar —con los matices que el supuesto requiera— la consolidada doctrina jurisprudencial conforme a la cual, sin dudar de la licitud de la dimisión o renun-

¹²⁰ Vid. BADOSA COLL: «Comentario al artículo 1.104 Cc», en AAVV: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pp. 40 y 41.

¹²¹ Lo que queremos advertir es que «la diligencia debe ser una conducta adecuada, al menos en principio, para la efectividad de la prestación». Cfr. BADOSA COLL: «Comentario al artículo 1.104 Cc», *op. cit.*, p. 40. Como bien recuerda este autor (*op. cit.*, *loc. ult. cit.*), congruencia no implica suficiencia de la diligencia observada en orden al cumplimiento de lo debido.

cia del administrador, ésta no puede ser aceptada cuando con la misma se sitúe a la Sociedad en una grave dificultad, a no ser que tal administrador, antes de hacer efectiva su dimisión, hubiera procedido a hacer todo lo necesario para evitar aquel riesgo a la propia Sociedad¹²². En atención a tal criterio, y considerando las particulares circunstancias del supuesto de responsabilidad que nos interesa, se ha afirmado que «no resulta razonable afirmar que los administradores no son responsables si dimiten antes de que transcurra el plazo sin cumplir con el mandato legal de convocar la Junta General de accionistas o de solicitar la disolución judicial al órgano jurisdiccional competente»¹²³. Desde luego, la dimisión anterior al agotamiento del plazo bimensual colocaría a la Sociedad en una situación extraordinariamente difícil pues, aunque sólo fuera por razones materiales, no se dispondría de tiempo suficiente para, en tal plazo, remover o verificar la causa de disolución que hubiera acontecido. Tal resultado no tendría otro origen que la renuncia improcedente de los administradores sobre los que recaen los deberes *ex* artículo 262.2.º y 4.º LSA¹²⁴.

Cuestión distinta, y ya anunciada, es la relativa a la posible extensión de la responsabilidad *ex* artículo 262.5.º LSA, a aquellos sujetos que fueron administradores de la sociedad, cuyo cese no ha accedido a la publicidad registral, razón por la cual aparecen —formalmente— frente a los terceros como tales administradores dada la no inscripción de tal circunstancia en el Registro Mercantil.

Tal circunstancia ha sido valorada de forma desigual en nuestra Jurisprudencia. Así, no ha faltado la opinión según la cual procede esa extensión de responsabilidad pues, dado el significado que tiene en nuestro Derecho el principio de publicidad material negativa o de oponibilidad, el administrador cesando continúa con tal carácter frente a los terceros que no pueden verse perjudicados por la falta de inscripción de su cese¹²⁵. Por contra, otros pronunciamientos

¹²² Este criterio se ha formado con ocasión de la renuncia de uno o varios administradores que tuviera como consecuencia la inoperatividad del órgano de administración dejando a la Sociedad en una situación de acefalia (renuncia de un administrador mancomunado, de uno o varios miembros del Consejo que hacen imposible su funcionamiento). En tales supuestos, la dimisión se ha sujetado a la condición de que el dimisionario hubiera hecho todo lo necesario para evitar tal riesgo (*ad ex.*, convocando la Junta General con anterioridad a su renuncia). Cfr., *ad ex.*, RDGRN de 24 de marzo de 1994 (Ar. 2029).

¹²³ Cfr. MACHADO PLAZAS: *Pérdida de capital social...*, *op. cit.*, p. 341, quien se adhiere a la opinión que ya formulara BELTRÁN. Cfr. *La disolución...*, *op. cit.*, p. 142.

¹²⁴ No parece que el cumplimiento tardío por parte de los administradores de sus deberes de promoción de la remoción o de la verificación de disolución pueda ser calificado como causa de exoneración de responsabilidad. En efecto, si el cumplimiento de tales deberes se califica como tardío, tal circunstancia tiene como consecuencia necesaria que ya medie su responsabilidad personal y solidaria *ex* artículo 262.5.º LSA. Ahora bien, tal y como ya indicamos (vid. *supra* IV.3), ese cumplimiento extemporáneo delimita el ámbito de esta responsabilidad, pues toda obligación social posterior al momento de tal cumplimiento no formará parte del contenido de la responsabilidad-sanción exigible a los administradores al amparo del artículo 262.5.º LSA. Vid. ESTEBAN VELASCO: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 1709; y QUIJANO: «Responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 273.

¹²⁵ Vid. SAP de Barcelona de 29 de octubre de 1997 (Ar. Civ. 2367/97).

judiciales, sin demasiada profundidad en su argumentación, han concluido negando tal extensión de responsabilidad¹²⁶. Ahora bien, un estudio ponderado de tales circunstancias nos debe llevar a conclusiones distintas. En efecto, de conformidad con su propio significado, la inscripción del nombramiento y cese de los administradores no tiene otra finalidad que la de hacer oponible tales circunstancias frente a terceros, sin incidir en el aspecto material y la validez de los mismos. Por ello, creo que puede afirmarse —sin duda alguna— que, en virtud de la inscripción del nombramiento de administrador y de la falta de reflejo registral de su cese, tal sujeto merece —frente a terceros— la consideración de administrador, dado que la situación extrarregistral del cese no deviene oponible¹²⁷. De esta manera, puede concluirse afirmando la legitimación pasiva del tal sujeto frente al ejercicio de la acción derivada del artículo 262.5.º LSA. Sin embargo, la falta de inscripción del cese, sin desplegar consecuencia alguna en plano de la legitimación pasiva, sí puede tener sus consecuencias en otro ámbito. En efecto, no debemos olvidar que la imputación del incumplimiento de los deberes *ex* artículos 262.2.º y 4.º LSA ha de hacerse a título de culpa, razón por la cual, en atención a las particulares circunstancias, podríamos estar ante un supuesto de exoneración de responsabilidad de ese administrador que no inscribiera su cese. Así, si el cese se produjo por decisión de la Junta General y no fue inscrito en el Registro Mercantil, resulta evidente que el transcurrir del tiempo tendrá como consecuencia el alejamiento del administrador de la propia sociedad y su desconocimiento de la marcha de la vida social, razones todas ellas que pueden justificar su exculpación dado que no dispone de los medios suficientes para desarrollar la diligencia que antes le resultara exigible y que ahora ha de venir sustituida por el criterio general que predica el artículo 1.104.2.º Cc. En definitiva, en tales circunstancias habrá que valorar la actuación del propio administrador a fin de poder justificar su posible exoneración conforme acabamos de señalar.

4. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

Examinados los principales aspectos que plantea el ejercicio de la acción que asiste a los acreedores sociales para reclamar a los administradores su responsabilidad personal y solidaria *ex* artículo 262.5.º LSA, se hace preciso atender ahora a otra cuestión como es la relativa al plazo de prescripción de la misma.

El silencio legal sobre este extremo no nos puede impedir una advertencia importante, pues entendemos que no será —en ningún caso— de aplicación el plazo anual predispuerto con carácter general en el artículo 1.968.2.º Cc¹²⁸, dada la naturaleza sancionatoria y no indemnizatoria de esta responsabilidad *ex* artículo 262.5.º LSA. Pues bien, respecto de este problema, no ha faltado algu-

¹²⁶ Vid. SAP de Sevilla de 3 de diciembre de 1997 (Ar. Civ. 2479/97).

¹²⁷ Cfr. artículo 21.1.º Ccom. y artículo 9 RRM.

¹²⁸ Como podría justificar la remisión ordenada por el artículo 943 Ccom.

na opinión que considera que «la exigencia de responsabilidad por deudas no puede estar sometida a otro plazo de prescripción que no sea el que corresponda al derecho de crédito cuyo ejercicio por vía judicial se está planteando, es decir, el mismo plazo de prescripción aplicable a la acción que el acreedor puede plantear para exigir a su deudor [la sociedad] el cumplimiento de la obligación y el resarcimiento, en su caso, de los daños [contractuales] sufridos»¹²⁹.

Sin embargo, el criterio generalizado tanto en nuestra doctrina¹³⁰ como en la jurisprudencia¹³¹ afirma la aplicación del artículo 949 Ccom. y, en consecuencia, se considera un plazo cuatrienal de prescripción para tal acción. Este criterio me parece más acertado a fin de determinar el plazo de prescripción de la acción *ex* artículo 262.5.º LSA por, al menos, dos razones. En primer lugar, por que la vinculación del plazo de prescripción de esta acción respecto de aquella que el acreedor dispone frente a la Sociedad como deudora, carece de todo apoyo legal. Por otro lado, la aplicación del artículo 949 Ccom. descansa en el propio silencio legal y en el carácter general que tiene esta regla de prescripción en nuestro Derecho positivo¹³² respecto de las acciones que pudieran corresponder frente a los administradores sociales.

¹²⁹ Cfr. SUÁREZ LLANOS: «La responsabilidad por pérdidas...», *op. cit.*, p. 2508. Vid., con anterioridad, BOLÁS ALFONSO: «La financiación de la actividad social de las Sociedades de Capital...», *op. cit.*, p. 327.

¹³⁰ Vid. URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN: «Disolución y Liquidación de la Sociedad Anónima», *op. cit.*, p. 69; EIZAGUIRRE: «Disolución y Liquidación», *op. cit.*, p. 86; ESTEBAN VELASCO: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores...», *op. cit.*, p. 1716; ÁVILA DE LA TORRE: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 39 y 40; MACHADO PLAZAS: *Pérdida de capital social...*, *op. cit.*, pp. 370 y 371; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCAS: *La responsabilidad de los administradores...*, *op. cit.*, pp. 86 ss.; MORA MATEO: «Responsabilidad civil del administrador...», *op. cit.*, p. 11862; SALELLES CLIMENT: «Comentario...», *op. cit.*, p. 1044; CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, en AAVV: *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. cit.*, p. 486.

¹³¹ Vid., entre las más recientes, *ad ex.*, SAP de Barcelona de 27 de octubre de 1997 (Ar. Civ. 2366/97); SAP de Barcelona de 29 de octubre de 1997 (Ar. Civ. 2367/97); SAP de Pontevedra de 15 de diciembre de 1997 (Ar. Civ. 2476/97); etc.

¹³² Sobre otros aspectos del régimen de prescripción de esta acción *ex* artículo 262.5.º LSA, vid. ÁVILA DE LA TORRE: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 38 ss.

LA ASEGURABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES

ANTONI FONT RIBAS

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Barcelona. Abogado

SUMARIO: I. EL RIESGO COMO ELEMENTO DEL CONTRATO DE SEGURO. 1. *Concepto de riesgo*. 2. *La culpa como riesgo asegurable*. II. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE CULPA Y EL RIESGO EXCLUIDO. 1. *Concepto de culpa a los efectos de asegurabilidad*. 2. *El dolor como riesgo excluido legalmente*. 3. *Delimitación convencional del riesgo*. 4. *Delimitación convencional del riesgo en los seguros «todo riesgo»*. 5. *Seguro «todo riesgo» y exclusión del riesgo del culpa*. III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES COMO RIESGO ASEGURABLE. 1. *El deber de diligencia exigido a los administradores*. A) Fundamento. B) Parámetros de conducta. 2. *Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores*. Culpa asegurable. A) La conducta. Hechos positivos y hechos negativos. B) El daño. C) La culpa. D) La conexión causal entre la culpa y el daño. E) Carga de la prueba.

I. EL RIESGO COMO ELEMENTO DEL CONTRATO DE SEGURO

El artículo 1 de la Ley del Contrato de Seguro define a éste —no sin cierta pretensión de compromiso y de neutralidad¹— como «aquél por el que el asegurador se obliga mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas». No obstante esta pretendida neutralidad de la definición, no puede haber ninguna duda de que el riesgo ocupa una posición central² y esencial³ en la definición legal del contrato. Sea cual sea la posición que se mantenga, lo que sí es cierto es que sin riesgo no hay seguro⁴. La dificultad estriba, sin embargo, en determinar cuál sea su concepto y en delimitar la exacta ubicación del riesgo en el contrato, para poder conocer con cierta precisión cuál sea su función⁵. Y, en este contexto, la existencia de

¹ MENÉNDEZ: «Introducción al estudio de las disposiciones generales (arts. 1 a 4) de la Ley de Contrato de Seguro», *RESeg*, 29, 1982, pp. 6 y 7.

² DONATI: *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Milán, 1952-1956, II, p. 117; ALONSO SOTO: *El seguro de la culpa*, Madrid, 1977, p. 244.

³ DONATI: *Trattato*, II, p. 109; en la doctrina española, puede verse, SÁNCHEZ CALERO: *Comentarios*, cit., p. 94.

⁴ Así lo evidencia el artículo 4 de la Ley al declarar que «el contrato de seguro será nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro». En el sentido indicado en el texto, URÍA: *Derecho mercantil*, Madrid, 1996, p. 773.

⁵ Según SÁNCHEZ CALERO: *Comentarios*, cit., p. 13, «el riesgo es, además, un presupuesto esencial para la validez del contrato de seguro, ya que éste es nulo —como nos dice el art. 4— si en el momento de la conclusión no existía (art. 4). Por otro lado, la perfecta delimitación del

un amplio debate doctrinal sobre el tema es el mejor exponente de la dificultad señalada.

Al respecto, puede afirmarse que la noción de riesgo puede ser entendida en tres significados distintos⁶:

a) *Actuarialmente*, riesgo es un fenómeno natural que se introduce con una cierta regularidad en la vida común y depende, fundamentalmente, de la relación entre la probabilidad matemática de que se verifique un determinado evento sujeto a la Ley de los grandes números y la frecuencia real con que se realiza el evento en función de lo anterior.

b) *Económicamente*, el riesgo hace referencia a la posibilidad de que se produzca un evento desfavorable que provoque una necesidad en el curso de una acción económica.

c) *Jurídicamente*, el riesgo es un evento incierto que modifica una situación preexistente.

1. CONCEPTO DE RIESGO

En el campo del derecho del seguro, sin embargo, la expresión se usa en el segundo de los sentidos indicados, es decir, como evento desfavorable que provoca una necesidad económica. De acuerdo con la definición de seguro que enuncia el artículo 1 de la Ley, y como síntesis de las distintas posturas doctrinales acerca de la naturaleza del seguro, el riesgo puede definirse como la posibilidad de que se produzca un evento incierto, que hace surgir una necesidad⁷. Con independencia de cuál sea la postura que se adopte en relación con el carácter indemnizatorio o no del contrato de seguro⁸, existe, sin embar-

riesgo influye no sólo en el momento de la conclusión del contrato, sino también durante la vida de la relación jurídica que surge del contrato (cfr. arts. 10 ss.).

⁶ ALONSO SOTO: *El seguro de la culpa*, cit., p. 245, siguiendo a DONATI.

⁷ El concepto de riesgo ofrecido en el texto trata de conciliar la noción jurídica con la económica. La mayoría de los autores, sin embargo, descartan el aspecto de la necesidad, por considerarlo escasamente trascendente desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, creemos oportuno introducirlo con el fin de destacar una cuestión que aparece un tanto oscurecida en la definición legal: la cobertura. Vid. al respecto, DONATI: *Trattato*, cit., pp. 111 ss.; EHREMBERG: *Privatversicherungsrecht*, Berlín, 1923, p. 5; VON GIERKE: *Versicherungsrecht*, II, Stuttgart, 1947, p. 157; PICARD-BESSON: *Traité général des assurances terrestres en Droit français*, I, París, 1938, p. 43. En la doctrina española pueden verse GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1983, pp. 11 ss.; SÁNCHEZ CALERO: *Comentarios*, cit., pp. 15 y 96; URÍA: *Derecho mercantil*, cit., p. 773; ALONSO SOTO: *El seguro de la culpa*, cit., pp. 245 ss.; VICENT CHULIÁ: *Compendio*, cit., II, pp. 509 ss.; TIRADO: *Derecho mercantil*, cit., pp. 566 ss.

⁸ Las distintas orientaciones acerca de la naturaleza del seguro pueden reconducirse a dos directrices fundamentales. Según SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios*, cit., II, p. 16, «en la primera se colocan aquellos que centran la prestación fundamental del asegurador en la que tiene por objeto la prestación del pago de una cantidad de dinero cuando se produce el evento asegurado. La segunda directriz engloba aquellos que entienden que la obligación del asegurador es la asunción o cobertura del riesgo, de forma que debe de predisponer, desde el momento en que se producen los efectos materiales del contrato, de los medios técnicos necesarios para el pago de la prestación monetaria, que se llevará a efecto cuando se produzca el evento asegurado». Para

go, acuerdo acerca de los elementos que componen la noción de riesgo. Siguiendo la definición propuesta es de apreciar que dichos elementos se reconducen básicamente a dos: posibilidad y evento que provoca una necesidad o «evento desfavorable»⁹ o «dañoso»¹⁰. Antiguamente se solía incluir como elemento del riesgo la independencia de la voluntad humana, es decir, al azar, lo que, en este aspecto, equiparaba al riesgo con el caso fortuito. Así las cosas, sería de todo punto imposible incluir en la noción de riesgo los hechos causados o provocados por la voluntad humana, lo cual contrasta fuertemente con la evolución sufrida en el campo de la técnica actuarial que ha ido ampliando progresivamente dicha noción, identificada inicialmente sólo con el caso fortuito. Por otro lado, la progresiva y general admisión del seguro de la culpa impide por completo configurar el riesgo sobre la idea de suceso fortuito e independiente del obrar humano. Se impone, por tanto, realizar distinciones.

Por un lado existirían aquellos supuestos en los que el hecho dañoso ha sido causado directamente por la voluntad del interesado, lo que excluiría la noción de riesgo.

En el otro extremo cabría situar aquellos hechos totalmente fortuitos, ajenos a esta voluntad, que encajarían perfectamente dentro de esta noción.

En una zona intermedia cabe situar aquellos hechos en los que la voluntad humana no es decisiva ni indiferente. Desde esta perspectiva conviene señalar que son muy pocos los riesgos que quedan totalmente sustraídos a la acción del asegurado. Los actos humanos no son del todo extraños a los orígenes del siniestro. Así pues, desde un punto de vista jurídico puede decirse que las causas del siniestro son, de un lado, el caso fortuito y la fuerza mayor, y de otro, la culpa del asegurado o de un tercero. Tradicionalmente la culpa del asegurado quedaba al margen del seguro, pero las recientes exigencias de la vida social han debilitado aquel postulado y hoy en día la mayoría de las legislaciones admiten la posibilidad de que la culpa sea considerada como un riesgo a garantizar por contrato de seguro, en base a que existen ciertas hipótesis en las que si bien la voluntad humana ejerce un cierto influjo en la realización del evento no lo hace de modo exclusivo, sino que concurren circunstancias externas independientes de la voluntad de las partes. Son, en definitiva, eventos en cuya realización intervienen la actividad del hombre y otra serie de circunstancias ajenas a él, fruto de la casualidad, que pueden ser elevados a la categoría de riesgos del seguro, pues en ellos se siguen dando las notas de incertidumbre y azar, y entre las cuales puede ser incluida perfectamente la culpa del asegurado.

Cuestiones distintas a las aquí examinadas son las relativas a la amplitud y límites que hay que otorgar al término «culpa» o, mejor dicho, provocación del hecho, y si dicho riesgo es jurídicamente asegurable en nuestro ordenamiento.

mayor información sobre estas orientaciones, véanse las referencias bibliográficas citadas en la nota 14 del lugar citado.

⁹ ALONSO SOTO: *El seguro de la culpa*, cit., p. 245.

¹⁰ SÁNCHEZ CALERO: *Comentarios*, cit., p. 97.

Limitándonos, pues, a los dos elementos que se han destacado como necesarios para la configuración conceptual del riesgo desde el punto de vista jurídico, se impone analizar, siquiera sea brevemente, las características esenciales de aquéllos. El riesgo consiste, ante todo, en la posibilidad de que se produzca un evento incierto. La incertidumbre respecto a la posibilidad de que se realice el evento puede ser absoluta (se desconoce si el suceso se producirá o no) o relativa (se sabe que el suceso acontecerá, pero se ignora cuándo). Por otro lado, la posibilidad como elemento del riesgo excluye la asegurabilidad de los riesgos imposibles, ya sean originariamente imposibles, ya sean de imposibilidad sobrevenida¹¹. Finalmente, se habla también de la «intensidad del riesgo». El riesgo es más o menos intenso en función de la probabilidad de que el evento se produzca y de la frecuencia real con que se realiza el evento¹². La probabilidad se describe como una situación que fluctúa entre la imposibilidad y la necesidad. El grado de probabilidad será tanto mayor cuanto más se acerque a la necesidad y tanto menor cuanto más cerca esté de la imposibilidad¹³.

El otro elemento del riesgo consiste en el evento capaz de provocar una necesidad que es, precisamente, el objeto de la cobertura. No es imprescindible que el evento efectivamente produzca la necesidad aludida, sino simplemente que sea capaz de producirla, es decir, que exista la posibilidad razonable de que acontezca un suceso que origine esa necesidad. La cobertura del riesgo contra la posibilidad de que surja esta necesidad, tiene importantes consecuencias económicas. La suscripción de una póliza de seguro para cubrir determinado riesgo satisface, aparte de una eventual necesidad futura, una necesidad actual, cual es la previsibilidad y la certeza de la minoración o compensación económica del daño. Ello permite al asegurado, cuando se trata de un empresario, racionalizar su estructura de costes, en la medida en que el seguro le permite «internalizar» ciertos efectos que, de no ser así, deberían ser soportados por otros agentes económicos. El seguro deviene de este modo un presupuesto para el ejercicio de la actividad económica¹⁴ sin sobrecostes añadidos perniciosos para el sistema.

2. LA CULPA COMO RIESGO ASEGURABLE

Una vez aceptada la posibilidad de que la culpa pueda ser considerada como un riesgo, se impone examinar la posibilidad de su cobertura mediante un seguro, así como sus límites. Para que un riesgo pueda considerarse presupuesto de un contrato de seguro es preciso, por un lado, que sea técnica-

¹¹ ALONSO SOTO: *El seguro de la culpa*, cit., p. 247.

¹² DONATI: *Trattato*, cit., II, p. 110.

¹³ DONATI: *Trattato*, cit., II, pp. 116 ss. En la doctrina española, puede verse, SÁNCHEZ CALERO: *Comentarios*, cit., p. 96.

¹⁴ SÁNCHEZ CALERO: *Comentarios*, cit., pp. 15 ss.

mente asegurable y, de otro, que pueda considerarse lícito desde un punto de vista jurídico¹⁵.

Admitida la primera posibilidad (asegurabilidad técnica de la culpa), la licitud de un seguro de culpa debe medirse en relación con los límites generales que impone el ordenamiento jurídico: la moral y el orden público.

Desde esta perspectiva, como señala ALONSO SOTO, ciertamente podría objetarse que un seguro que garantizara al asegurado la cobertura de las consecuencias dañosas de sus propios actos sería inmoral porque permitiría que éste se lucrara con su acto dañoso. No obstante, si se separan adecuadamente cada uno de los elementos que concurren en la realización del riesgo de culpa (voluntariedad y ocasionalidad) se observará, como se ha visto anteriormente, que el hecho voluntario desencadenante del siniestro no ocurre siempre de forma exclusiva, sino concurrente con otras circunstancias (imprevisibilidad, desconocimiento, falta de información), con lo que no debería haber inconveniente en admitir la asegurabilidad de este tipo de riesgo.

También ha podido decirse que el seguro de la culpa sería contrario al orden público en la medida en que la cobertura de este riesgo otorgaría al asegurado una especie de patente de corso que iría en contra del deber de diligencia exigido. Así pues, si el asegurado sabe que los daños que se produzcan por su culpa le serán indemnizados, seguramente se despreocupará de su actuación y el seguro funcionaría así como una especie de incentivo hacia la conducta dañosa, muy lejos del objetivo que se persigue con la sanción del ilícito. Razones de política jurídica excluirían la asegurabilidad de la culpa.

Sin embargo, no puede afirmarse de un modo general que en toda conducta negligente existe voluntad de dañar o de defraudar. Al contrario, la buena fe en los comportamientos voluntarios debe presumirse y, por otra parte, la cobertura del riesgo de culpa no supone, *per se*, una incitación a la provocación de siniestros, aunque es indudable que la existencia de un seguro y la conciencia de su cobertura pueden condicionar las decisiones y el comportamiento dependientes de la voluntad humana.

Por otro lado, la objeción es fácilmente salvable, si se tiene en cuenta la posibilidad de delimitar subjetivamente la causalidad del riesgo, mediante la inclusión de cláusulas que determinarán claramente cuál es el riesgo que el asegurador asume o en qué condiciones lo asume, imponiendo determinadas cargas al asegurado, como las de no provocar el siniestro, o de no agravar o disminuir el riesgo, lo que no dejará de ser, en la práctica, causa de frecuentes disputas, debido a la errónea concepción y desafortunada redacción del artículo 19 de la Ley del Contrato de Seguro¹⁶.

De lo expuesto se deduce que no habiendo ningún obstáculo que determine la inasegurabilidad de los siniestros debidos a la culpa del asegurado, éstos podrán ser normalmente garantizados por un contrato de seguro, con las delimitaciones y garantías que sean precisas en cada caso. No hay problema, pues, desde el ángulo doctrinal, como tampoco lo hay desde el ordenamiento posi-

¹⁵ ALONSO SOTO: *El seguro de la culpa*, cit., p. 259.

¹⁶ GARRIGUES: *El contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1982, p. 140.

tivo. El artículo 19 antes citado, que establece la mala fe (*rectius*, el dolo) del asegurado como causa legal de exclusión del riesgo y límite de la responsabilidad del asegurador, confirma este criterio: si sólo el dolo es causa legal de exclusión del riesgo, debe admitirse que la culpa es, por lo general, asegurable, y no sólo eso, sino que lo será siempre, si nada se dice al respecto en la póliza. Dicha regla viene corroborada, en el campo de la responsabilidad civil, dónde el seguro de la culpa posee quizás una mayor incidencia, por el artículo 73 de la misma Ley que, al regular el seguro de responsabilidad civil, admite la cobertura de todo tipo de riesgos —con la salvedad indicada de los procedentes de dolo— derivados del incumplimiento de obligaciones contractuales y extracontractuales, aunque no hay que olvidar otras disposiciones relativas a los seguros de daños (como los arts. 48, 52 y 57 de la Ley) que admiten igualmente la asegurabilidad del riesgo de culpa.

II. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE CULPA Y EL RIESGO EXCLUIDO

1. CONCEPTO DE CULPA A LOS EFECTOS DE ASEGURABILIDAD

A los efectos de determinar la posible asegurabilidad de la responsabilidad de los administradores, y admitida la teórica asegurabilidad de los hechos dañosos causados por la voluntad del propio asegurado, importa ahora precisar el alcance del concepto de culpa como riesgo asegurable.

En un sentido muy amplio, la culpa debería equipararse con la provocación del siniestro. Sin embargo se trataría de una noción excesivamente extensa que comprendería actos de terceras personas que se encuentran al margen de la relación técnico-asegurativa.

Desde una perspectiva más estricta, la culpa debería limitarse sólo a aquellos actos provocados directamente por el asegurado o por personas sobre las que él tiene un especial deber. Pero aun así, el término culpa puede resultar equívoco, incluso en el campo del lenguaje jurídico, puesto que posee diversas acepciones. Puede entenderse la culpa como toda infracción del ordenamiento jurídico en el comportamiento humano, con lo que la culpa sería simplemente un acto contrario a derecho, o puede, por el contrario, definirse en un sentido más amplio que comprende todas las actuaciones de un sujeto en las que haya intervenido de cualquier modo la voluntad de éste.

En esta línea, el Código civil distingue entre la conducta intencional (dolo) y la conducta negligente (culpa), definiendo la culpa como «la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar» (art. 1.104).

Es a este concepto al que debemos atenernos. Y ello por dos razones: porque la noción de culpa en la actuación de los administradores de sociedades de capital supone una referencia a un parámetro estrictamente privado de conducta, siendo por ello de aplicación las categorías del Derecho privado, y porque aceptar lo contrario sería tanto como admitir que los administradores sólo pueden ser sancionados penalmente, quedando al margen de las posibles san-

ciones conductas omisivas o imprudentes no castigadas por el ordenamiento penal.

Así las cosas, parece que no debe haber inconveniente alguno en concebir la noción de culpa, a efectos de su asegurabilidad, como omisión de un especial deber de diligencia profesional que cabe exigir con especial rigor a los administradores de las sociedades anónimas.

Este concepto de culpa, a los efectos de su hipotética asegurabilidad, no admite atenuaciones o restricciones de ningún tipo. Comprende tanto la culpa directa como la indirecta; la acción como la omisión; la culpa grave y la culpa leve, puesto que la Ley no suministra indicador alguno que autorice a hacer distinción.

2. EL DOLO COMO RIESGO EXCLUIDO LEGALMENTE

Ahora bien, si bien es cierto que al amparo de la libertad de pactos es posible, como se ha dicho, delimitar los supuestos causales de la culpa y excluir por pacto la cobertura de determinados siniestros causados por culpa del asegurado, hay que tener en cuenta que el dolo no puede constituir de ningún modo el objeto de la cobertura de un contrato de seguro: se trata de un riesgo excluido legalmente.

Los argumentos que militan a favor de dicha exclusión pueden encontrarse tanto en el artículo 19 de la Ley del Contrato de Seguro, antes citado, como en el artículo 1.102 del Código civil. Según el primero de los artículos citados, el asegurador no estará obligado al pago de la prestación en el supuesto que el siniestro haya sido causado por mala fe (=dolo) del asegurado. La actuación intencional del asegurado como causa de exoneración de la obligación del asegurador tiene su fundamento en que la intención del contrato no sólo rompe el principio de equilibrio entre las prestaciones, destruyendo la aleatoriedad del contrato, sino que la mala fe de éste pugna con las exigencias generales del ordenamiento jurídico. Son estas mismas exigencias las que han llevado al artículo 1.102 del Código civil a concebir la responsabilidad procedente de dolo como una responsabilidad de orden público. Dicha responsabilidad no es excluible por pacto, por lo que un seguro sobre ella supondrá una violación indirecta del principio por evidente fraude de ley¹⁷. Ello significa, por consiguiente, que, de no mediar *pacto en contra*, la póliza de seguro cubre también los siniestros provocados incluso por culpa del asegurado. Sólo cuando el siniestro ha sido provocado de mala fe queda excluido de la garantía¹⁸.

También la Ley se ocupa de excluir de la cobertura los llamados supuestos de delimitación objetiva del riesgo por vicio interno de las cosas (art. 57, párr. 2 de la Ley del Contrato de Seguro) o como consecuencia de determinadas

¹⁷ SÁNCHEZ CALERO: *Comentarios*, cit., p. 272.

¹⁸ En el seguro marítimo, no obstante, el artículo 756 del Código de comercio establece una relación de supuestos legalmente excluidos de la cobertura que representan, en realidad, una tipificación de distintas hipótesis de culpa del asegurado (cambio voluntario de derrotero, separación espontánea de un convoy, prolongación de viaje a un puerto más remoto).

catástrofes (art. 44 de la Ley de Contrato de Seguro), que escapan de la técnica actuarial y de las leyes de los grandes números. Debido a su práctica absoluta imprevisibilidad, estos riesgos, denominados catastróficos, no pueden ser asumidos, por lo general, por la empresa aseguradora, y quedan excluidos legalmente de la cobertura y trasladados, según pacto expreso que exista, al ámbito del reaseguro.

3. DELIMITACIÓN CONVENCIONAL DEL RIESGO

Pero al margen de las exclusiones legales del riesgo, como las que se acaban de exponer, existe también la posibilidad de una llamada delimitación convencional del riesgo. Dicha posibilidad aparece reconocida, como mínimo tres veces, en la Ley del Contrato de Seguro¹⁹, respecto a los seguros de personas, en los artículos 91, 100 y 105 de la Ley. Con ello el legislador no sólo reconoce la posibilidad de delimitación convencional del riesgo, como no podría ser menos²⁰, sino que, además, impulsa a los aseguradores a que delimiten dicho riesgo mediante las correspondientes cláusulas, si quieren liberarse de responsabilidad por la realización de siniestros causados por determinadas causas o bajo ciertas circunstancias. De lo contrario, la Ley presume que la cobertura del seguro se extiende a todos los casos de muerte, accidente, o enfermedad, sin límite alguno. La delimitación de los riesgos cubiertos no es, pues, una cuestión que obedezca al arbitrio o a la discrecionalidad del asegurador, sino una necesidad creada por la presunción legal de cobertura universal de ciertos riesgos.

En relación con los seguros de daños, la Ley utiliza de forma reiterada la expresión «dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato» para referirse al alcance de la obligación del asegurador, o, lo que es lo mismo, al ámbito o extensión de la cobertura o garantía del *contrato*. Así lo hace en el artículo 43 (incendio), 50 (robo), 54 (transporte), 63 (lucro cesante), 68 (cau-

¹⁹ Con anterioridad a la Ley del Contrato de Seguro la jurisprudencia había reconocido, en la misma línea que la jurisprudencia italiana, la licitud de las cláusulas de exclusión de riesgo e imponía restricciones en la interpretación de los supuestos excluidos de la cobertura. En este sentido, la STS de 27 de febrero de 1942 entiende que «los atentados cubiertos por el contrato de seguro constituyen la regla general que le da origen y razón de ser, mientras que los casos excluidos tienen carácter de excepción», concluyendo que «en caso de duda u oscuridad, la presunción [no] puede caer del lado de los casos excepcionales si no existen razones para ello». Ver el comentario de POLO, A., a esta sentencia en *RDP*, 1942, pp. 708 ss.

En esta misma línea se pronuncia implícitamente una abundante y reciente jurisprudencia que se refiere, sin embargo, a un único supuesto: lluvias torrenciales en el País Vasco que dan lugar a siniestros calificados de «extraordinarios», evento que, a juicio del Tribunal, no estaba cubierto por la póliza. Ver al respecto, SSTS de 24 de octubre de 1991 (RJA 7863), 28 de octubre de 1991 (RJA 7872, 7873), 31 de octubre de 1991 (RJA 7879), 8 de noviembre de 1991 (RJA 8149), 5 de diciembre de 1991 (RJA 8919), 21 de diciembre de 1991 (RJA 9690), 25 de febrero de 1992 (RJA 1553) y 3 de abril de 1992 (RJA 4475), entre muchas otras.

²⁰ En relación con los supuestos de delimitación causal del riesgo, como los indicados en el texto, el profesor ALONSO SOTO: *op. cit.*, p. 294, escribe que «los aseguradores serán libres de determinar, a su conveniencia, los riesgos que asumen, y podrán excluir también algunos riesgos de la cobertura, salvo por lo que se refiere a los seguros obligatorios».

ción), 69 (crédito), 73 (responsabilidad civil) 76.a) (defensa jurídica), y 77 (reaseguro).

La doctrina solía venir exigiendo ciertos límites en relación con dicha delimitación convencional. Las cláusulas que delimitaran los riesgos cubiertos por la póliza debían ser claras y precisas con el fin de impedir que fueran demasiado vagas o excesivamente amplias. Actualmente dichas cautelas vienen establecidas legalmente en el artículo 3 de la Ley que señala la necesidad de claridad y precisión para todo tipo de condiciones, tanto generales como particulares. Al sentir de la doctrina, la claridad consiste en que, de un lado, la propia naturaleza de la cláusula debe aparecer con toda nitidez en el contrato, y de otro, en que el asegurado tiene que poder darse cuenta perfectamente de qué tipos de riesgos y en qué condiciones debe quedar excluido. La exclusión no debe alcanzar tal amplitud que haga ilusoria la garantía²¹, lo que, a nuestros efectos, equivaldría a la práctica difuminación del objeto y, en consecuencia, a la preexistencia negocial.

La consecuencia inmediata de la exclusión convencional de determinados riesgos en la póliza de seguro comporta la exclusión de la garantía, y, por tanto, sitúa al riesgo excluido al margen de la póliza, y producirá los mismos efectos que los riesgos no asegurables. Si se produce el evento que acarrea el siniestro, el asegurador quedará liberado de realizar la prestación, *puesto que nunca se obligó a ello*. No hubo, así pues, en su caso, objeto asegurado alguno ni, en consecuencia, cobertura concertada.

4. DELIMITACIÓN CONVENCIONAL DEL RIESGO EN LOS SEGUROS «TODO RIESGO»

La necesidad de una delimitación convencional de los riesgos alcanza sus máximas cotas en los denominados «seguros de todo riesgo». La expresión, en ocasiones, suele llevar al falso convencimiento de que la póliza contratada cubre todo tipo de causas de riesgo o de circunstancias bajo las que se produce el siniestro, en relación, principalmente, con la contratación de un seguro de daños o de responsabilidad. En este tipo de pólizas, la delimitación convencional del riesgo constituye, igualmente, una necesidad, en razón de que el asegurado debe conocer cuál es el ámbito y la extensión de la cobertura, para poder valorar si ésta se corresponde con sus expectativas. Desde el lado del asegurador, que es quien habitualmente redacta la cláusula, la delimitación convencional del riesgo asegurado tiene por objeto expresar el límite de su

²¹ ALONSO SOTO: *op. cit.*, p. 295. En esta línea, la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1973 (RJA 4699), para un caso de exclusión de todos los riesgos de la cobertura de la póliza, salvo uno, considera dicha delimitación exorbitante afirmando que «convertiría al seguro en una pura entelequia». El Tribunal Supremo señala con precisión el límite de la exclusión convencional de los riesgos: una cobertura más o menos amplia del seguro debe cumplir la condición de responder a las expectativas del asegurado, fijando con claridad y de forma objetiva las circunstancias de la cobertura. En sentido análogo, se pronuncia PÉREZ-SERRABONA: *El contrato de seguro*, cit., p. 265.

disponibilidad de cobertura, puesto que el precio que cobra por ella se calcula en función de la indemnización que deberá pagar, conforme a la técnica actuarial. De ahí que la delimitación convencional del riesgo exija una determinación objetiva, que se sitúe al margen de los correspondientes intereses de asegurador y asegurado y que esté en concordancia con el equilibrio de las prestaciones, de acuerdo con la naturaleza del contrato.

Es por ello por lo que se impone una tarea de interpretación, una vez situados dentro de los límites de validez de la cláusula. La primera cuestión a dilucidar es la de si la denominación del contrato como «seguro todo riesgo» comprende todo tipo de riesgos en relación con un determinado daño. De acuerdo con la interpretación impuesta por los usos de comercio vigentes parece claro que un determinado contrato «todo riesgo» no es por sí solo capaz de generar en el asegurado la expectativa o la convicción de que asegura una cosa contra todo tipo de circunstancias o causas que sean susceptibles de provocar el siniestro, si bien es cierto que la afirmación merece matizarse, en función del receptor de la declaración y de las circunstancias en que se contrata la póliza. Si el asegurado ha recibido información suficiente sobre el alcance de la póliza y de su cobertura, éste no podrá nunca alegar el supuesto convencimiento de que contrataba el seguro para la cobertura del daño producido por un determinado evento recurriendo a la invocación de la cláusula general.

Por otro lado, el módulo para decidir sobre la generación de expectativas debe ser distinto en función de la diligencia²² exigida por la buena fe al asegurado en la suscripción de la póliza. No es lo mismo la contratación de un seguro por un «profesional» o empresario para cubrirse de determinados riesgos inherentes a su actividad, que la misma contratación realizada por un consumidor para asegurar «todos los riesgos» que puedan causar un daño en su hogar o vivienda habitual. La solución debe ser distinta en cada caso²³. Mientras que al consumidor sólo se le puede exigir la diligencia media del buen padre de familia y este deber no puede llegar al conocimiento detallado del riesgo asegurado, el «profesional» o empresario que contrata para asegurar los daños derivados al ejercicio de su actividad económica, posee un deber aumentado de diligencia, que le impone el conocimiento de su propia técnica o ejercicio profesional (la *peritia artis*). El «profesional» tiene el deber, puesto que posee la información necesaria para ello —o los medios para tenerla—, de conocer aquello sobre lo que contrata. El «profesional» no debe poder alegar con éxito que creía que un determinado seguro «todo riesgo» le protegía realmente contra todo tipo de hechos o circunstancias capaces de provocar un siniestro, pues-

²² En sentido contrario al que se mantiene en el texto, SERRA RODRÍGUEZ, A.: *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de la responsabilidad*, Pamplona, 1996, p. 49.

²³ Así se pronuncia la sentencia de la AP de Madrid de 27 de febrero de 1996, para quien el dato de la profesionalidad del tomador debe tenerse en cuenta al objeto de decidir sobre la limitación de los derechos del asegurado. En el caso en cuestión la Sala estimó que la cláusula discutida suponía una delimitación objetiva del riesgo y que, en modo alguno, podía estimarse limitativa de los derechos lo que implicaba la absoluta ausencia de la necesidad de someterla a las formalidades del artículo 3 de la Ley.

to que si no lo sabe, debería saberlo, en función de aquello que es habitual en el sector y en el ámbito en el que opera. El uso de comercio y la diligencia del asegurado se erigen así en instrumentos de extraordinaria utilidad para decidir sobre el alcance de la garantía del contrato y la hipotética o eventual modulación de la responsabilidad del asegurador.

Una vez resuelta la cuestión en sentido negativo (no es usual que un seguro todo riesgo comprenda una cobertura descrita como absoluta contra cualquier evento), la segunda cuestión que es preciso resolver es la relativa al valor e interpretación de las llamadas cláusulas de delimitación o de exclusión de riesgos. De nuevo el uso de comercio —ante el fracaso de la interpretación literal y sistemática del contrato— será el medio que permita decidir acerca de la validez de determinadas cláusulas de exclusión²⁴, cuya inclusión en la póliza es de todo punto imprescindible en determinados tipos de seguro, como es el caso del seguro de responsabilidad civil, si se quiere delimitar correctamente el alcance de la cobertura, según el grado o extensión de la culpa del asegurado. La cláusula, en tal caso, opera como imperativo de la delimitación del riesgo a cubrir. El seguro «todo riesgo» no protege contra toda eventualidad o circunstancia, sino contra una generalidad de riesgos que importa delimitar, por aplicación del principio de individualización. De ahí las cláusulas de delimitación del riesgo cubierto que suelen formularse en sentido positivo (mediante descripción de los riesgos cubiertos) y negativo (mediante descripción de los riesgos excluidos de la cobertura).

5. SEGURO «TODO RIESGO» Y EXCLUSIÓN DEL RIESGO DE CULPA

Situados en este terreno —seguro todo riesgo y contratación por un profesional— interesa profundizar en alguna de las cuestiones que son habituales en las llamadas exclusiones de riesgos y que afectan a la naturaleza del contrato. Con ello, especialmente, se quiere hacer referencia aquí a la inclusión o no de la culpa del asegurado dentro de la cobertura de este tipo de seguro.

La norma del artículo 19 de la Ley no resulta de fácil interpretación²⁵. Una primera y apresurada lectura del precepto podría hacer pensar que el legislador ha instaurado un sistema de delimitación legal del riesgo que no admite restricciones convencionales y que la cobertura de la culpa debe ser obligatoria. Sin embargo, dicha interpretación parece excesiva²⁶.

La presunción del artículo 19 de la Ley obliga, en suma, al asegurador que quiera excluir la culpa —o ciertos tipos de culpa— del asegurado, a establecerlo

²⁴ Según GARRIGUES: *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 144, «por lo general, no se precisa un pacto expreso sobre tales hechos o circunstancias, porque la ley o la costumbre o la propia naturaleza de la cosa que se asegura indican para cada tipo de seguro, cuáles son los acontecimientos cuya realización engendrará la acción del asegurado contra el asegurador».

²⁵ SÁNCHEZ CALERO: *op. cit.*, pp. 280 ss.

²⁶ SÁNCHEZ CALERO: *op. y lug. últ. cit.*, y GARRIGUES, en VERDERA (dir.): *Comentarios*, cit., para quien el artículo 19 ha ido demasiado lejos en la redacción del texto definitivamente aprobado.

claramente en la póliza. De lo contrario, la garantía del seguro se extiende a todos los siniestros que no hayan sido causados por mala fe (dolo)²⁷ del asegurado, salvo en aquellos casos en los que la propia Ley establece la presunción contraria, como son los supuestos de incendio o robo. Por tanto, si lo que el asegurador desea, y el asegurado acepta, es cubrir la garantía de un daño causado tan sólo por caso fortuito, es preciso que excluya la culpa del asegurado como riesgo cubierto por la póliza. Una cláusula de este tipo, incluso en un contrato todo riesgo, es necesaria para precisar el alcance de la cobertura. El importe de la prima a pagar ha de ser forzosamente distinto si se asegura la culpa de aquellos supuestos en que el contrato sólo cubre el caso fortuito. El riesgo asegurado en cada caso es distinto y, por tanto, la frecuencia y la probabilidad de que ocurra el siniestro es también distinta. Ello determina que el importe de las indemnizaciones a pagar, si concurre culpa, sea distinto según el tipo de culpa o de si la culpa se halla ausente de la producción del siniestro.

En conclusión, puede afirmarse que, cuando se contrata un seguro para cubrir los daños derivados de una actividad profesional, dicho contrato tiene por objeto cubrir, ante todo, el caso fortuito²⁸, es decir, aquellos hechos fortuitos producidos por eventos casuales o relativamente imprevisibles, pero no los que se hayan causado por impericia profesional. La postura contraria supondría un incentivo a la negligencia en el cumplimiento de la prestación, lo que debería repercutir forzosamente en la prima a pagar por el asegurado. Claro es que resulta posible asegurar la culpa del asegurado profesional. De ello no cabe ninguna duda, pero la experiencia enseña que ésta no es la regla. La cobertura de la culpa exige un sobreprecio a pagar por prima devengada, ya que el riesgo que se asegura excede del mínimo cubierto por la exigencia del cumplimiento de los deberes legales. Este sobreprecio²⁹, además de ser el resultado del reequilibrio de las prestaciones, actúa también como incentivo de la diligencia del profesional de turno. Éste podrá optar por contratar un seguro a un precio reducido y extremar los cuidados en el desempeño de su actividad, o bien contratar un seguro más caro, a cambio de relajar la vigilancia. La opción incumbe al asegurado, pero para ello debe ser consciente del precio que paga en cada caso³⁰.

²⁷ SÁNCHEZ CALERO: *op. cit.*, p. 273, afirma que la Ley ha querido sustituir la palabra dolo por la de mala fe, aunque lamenta la redacción dada al precepto. Según este autor el concepto de dolo al que se reconduce la expresión del artículo 19 debe remitirse a la noción del dolo elaborado por la doctrina civil, no por la penal, y aconseja una lectura restrictiva de la norma.

²⁸ Piénsese que, en línea de principio, el seguro cubría únicamente el caso fortuito, excluyéndose legalmente siempre la culpa del asegurado de la cobertura del contrato. Así, POTHIER: *Traité du contrat d'assurance*, cit., p. 279. Dicha exclusión legal de riesgos perdura en el artículo 756 del Código de comercio y aunque, actualmente, constituye una reliquia del pasado, no hay que olvidar que la admisibilidad del seguro de culpa constituye una reciente innovación en el plano legislativo, aunque formulada con técnica incorrecta. Véase más abajo, nota 30.

²⁹ En el sentido indicado en el texto, LAMBERT-FAIVRE, Y.: *op. cit.*, p. 268.

³⁰ La necesidad de establecer límites a la extensión de la cobertura de los riesgos por falta de diligencia profesional fue puesta ya de relieve por GARRIGUES, quien entendía que el artículo 19 de la actual Ley del Contrato de Seguro «había ido demasiado lejos» en la configuración legal del seguro de la culpa. Aún entendiendo, en forma restrictiva, con el profesor SÁNCHEZ CALERO, que este artículo establece sólo una presunción, como se ha defendido en el texto, hubiera

III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES COMO RIESGO ASEGURABLE

El artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas (y por remisión, el art. 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) establece que «los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo». Cuál sea esa diligencia no lo expresa el artículo 133, sino que hay que recurrir al «alejado» artículo 127 en el que se nos dice que los «administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal». Deberán, además guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial y abstenerse de realizar conductas concurrentes con la sociedad u opuestas a ella (art. 132.2 LSA).

1. EL DEBER DE DILIGENCIA EXIGIDO A LOS ADMINISTRADORES

Sabido es que la LSA de 1989 eleva el estándar de diligencia exigido hasta la fecha al administrador, razón por la cual no vamos a insistir sobre este punto. El artículo 127 de la LSA impone a los administradores un deber aumentado de diligencia en relación con el modelo normativo previsto en la Ley de 1951.

A) *Fundamento*

El fundamento de este deber se encuentra en la diligencia que cabe a exigir a un profesional³¹ de la gestión y de la administración, en su doble vertiente, societaria y empresarial. Con ello el legislador no hace sino conectar esta disposición con los artículos 1.101 y 1.104 del Código civil que establecen las reglas generales sobre esta cuestión y reconducir a ellas el tratamiento de la responsabilidad de los administradores, de cuyo cauce no debería de haber salido nunca.

A esta conclusión se llega por la vía de la interpretación conjunta de estos artículos con los artículos 1.589 y 1.590 también del Código civil en relación con el contrato de obra. El artículo 1.104 del Código civil impone al deudor el

bastado con reconocer la asegurabilidad de la culpa para la consecución de los fines propuestos. De este modo, se hubiera conseguido deslindar correctamente la hipótesis del seguro de culpa de la relativa al seguro de caso fortuito, que constituiría la hipótesis ordinaria y no se hubiera producido la errónea consideración de las cláusulas de delimitación de riesgo, a las que se ve obligado a establecer el asegurado para destruir la presunción, como cláusulas limitativas de los derechos del asegurado.

³¹ POLO, E.: «Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima», en URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VI, Madrid, 1992.

deber de diligencia que exige la «naturaleza de la obligación». Por su parte, el artículo 1.589 del Código civil hace soportar al contratista que haya aportado materiales la pérdida de la cosa debida, sin distinción entre culpa o caso fortuito, salvo si hubiese morosidad en recibirla. En este caso, el contratista soporta, incluso, el caso fortuito. Para el supuesto de que el contratista no hay aportado los materiales, el artículo 1.590 le hace responder de la culpa, pero no de los casos fortuitos debidos a la mala calidad de los materiales.

De la coordinación entre estos preceptos se desprende que en el contrato de obra, que, por otra parte, constituye el paradigma de la contratación profesional, el deudor de la obra debe actuar con extrema diligencia. De lo contrario, se arriesga a soportar la pérdida en su patrimonio. Es decir, a no obtener el precio como contraprestación de su actividad, incluso en aquellos casos en que la destrucción ha sido debida a caso fortuito. De ahí que no sea descabellado pensar que la obligación de un profesional exija, por su naturaleza, un deber de diligencia distinto al del buen padre de familia. Cierto que el párrafo segundo del artículo 1.104 establece que «cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia». Pero también es cierto que la obligación puede expresar ese deber en función de su propia «naturaleza» y, en el caso de los administradores, es obvio que la Ley opta decididamente por esta solución estableciendo un deber aumentado de diligencia.

B) *Parámetros de conducta*

Los parámetros que, como referencia, debe observar el administrador en el desempeño de su actividad se reconducen a dos hechos o comportamientos de carácter positivo y a otros dos de carácter negativo. Desde el punto de vista positivo, el administrador debe actuar con la diligencia que cabe exigir a un profesional y con la lealtad propia de aquel que recibe un encargo para la gestión de intereses ajenos. Desde el ángulo negativo, debe abstenerse de entrar en concurrencia o en conflicto con la sociedad y empresa que administra.

a) *Profesionalidad*

La *diligencia de un ordenado empresario* que se exige al administrador no equivale a convertir al administrador en empresario, sino a tratarlo como si fuera empresario. De ahí que si al empresario se le exige una responsabilidad en función del riesgo asumido en la explotación de la empresa, al administrador, por esa misma razón, debería exigírsele esa misma responsabilidad. Pero el administrador no es el titular de la explotación empresarial, sino que dicha condición únicamente la ostenta la persona jurídica, cuyos intereses gestiona y representa aquél. Por ello hay que introducir algún elemento corrector en la exigencia de responsabilidad. En cuanto gestor de intereses, e indirectamente, titularidades ajenas, el administrador se coloca en una situación parecida a la del fiduciario. En relación con los accionistas o socios le es exigible un deber

de fidelidad³² que tiene por base la confianza. El administrador, por tanto, asume el riesgo de la gestión en nombre ajeno y, en consecuencia, debe responder en la medida en que el riesgo asumido no pueda ser «internalizado» por él mismo.

En conclusión, al administrador le es exigible un tipo de conducta equivalente a la de un empresario. Es como si fuera el empresario mismo. La diligencia empleada por un empresario en el desempeño de sus negocios es la misma que cabe exigir al administrador. Y si la evolución del mundo de los negocios ha impuesto una gestión profesional de las unidades productivas, ello ha tenido lugar con total independencia de quién ostente la titularidad, sea el propio empresario, sea el *alter ego* del empresario. ¿Asistimos al (re)nacimiento de la figura del factor?

Ahora bien, una vez admitido que la diligencia de un ordenado empresario equivale a la capacitación o competencia profesional³³ requerida para el ejercicio de la actividad, no debe entenderse dicho deber en forma excesivamente rígida. Es más, los conocimientos, técnicas y demás requisitos exigibles para el ejercicio de la profesión serán distintos en función de las variables en presencia, que no pueden determinarse *a priori*, como son la dimensión de la unidad empresarial, el sector económico en el que se ejerce la actividad, la peligrosidad de ésta, sujetos afectados o implicados, etc. En cada caso el grado de profesionalidad requerido es distinto y, por tanto, también debe ser distinta la responsabilidad exigida, a efectos de la determinación del riesgo cubierto por el seguro.

No obstante, es perfectamente posible definir unas líneas o pautas generales a las que debe ajustarse la conducta del profesional de la administración, cuya superación constituye el hecho desencadenante de la responsabilidad. En este aspecto, cabe distinguir dos áreas o sectores en los que se proyecta la actividad de gestión de los administradores: la estrictamente societaria y la de carácter empresarial. Respecto a la primera, son la ley, los estatutos sociales o, en su caso, la junta general, quienes se encargan de establecer los deberes de los administradores y de delimitar así su contenido, cuya relación completa y detallada está aquí fuera de lugar. Respecto a la segunda, si bien no es posible determinar apriorísticamente el contenido específico del deber de diligencia exigido al profesional de la administración, sí que con carácter general puede afirmarse que incumbe a ellos la obligación de mantener la integridad de la explotación, ya sea en su aspecto patrimonial como en el financiero, así como la de abstenerse de realizar conductas imprudentes³⁴ o arriesgadas no exigidas por la naturaleza del negocio.

³² FONT RIBAS, A.: «Personalitat jurídica i organització de l'empresa. Assaig d'una proposta de política legislativa», en *Jornades de dret andorrà. La problemàtica del dret de societats*, Andorra, 1983, p. 71.

³³ POLO, E.: *Los administradores*, cit., pp. 133 ss. GIRÓN: *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, p. 376.

³⁴ Esta regla tiene su reflejo contable en la formulación del principio de prudencia valorativa, recogido por el artículo 38.1.c) del Código de comercio que «en caso de conflicto prevalecerá sobre cualquier otro».

b) Lealtad

El segundo parámetro o patrón para medir la diligencia del administrador es la lealtad. Aunque en la formulación legal la lealtad venga referida, aparentemente, al aspecto de la representación, parece que ello no es más que un reflejo del deber de fidelidad³⁵ al que nos referíamos anteriormente y que se impone, con carácter general, a cualquier gestor de intereses ajenos. Como afirma POLO, «la referencia al representante leal nos traslada al campo del mandato y, muy especialmente, a la norma del mandato mercantil contenida en el artículo 255 del Código de comercio, que obliga a cuidar del negocio como propio»³⁶. Por ello, la lealtad no es predicable sólo en la esfera representativa, sino también en la gestión negocial, ya que en ambas constituye la misma manifestación de idéntico principio: la fidelidad que preside la organización del tipo social en las relaciones entre socios y entre éstos y los administradores.

c) Confidencialidad

La confidencialidad ha sido tratada tradicionalmente como una manifestación del deber de lealtad³⁷ y no hay razón para no seguir tratándola como tal³⁸. Representa un aspecto negativo de este deber: la abstención de divulgar informaciones recibidas con este carácter. No obstante, la formulación específica de dicho deber en la norma del artículo 127.2 ha sido, como ha puesto de relieve el profesor POLO, francamente desafortunada³⁹. En efecto, la ley no impone un deber abstracto de confidencialidad, que por derivar directamente del genérico de diligencia, hay que interpretar con flexibilidad, sino un deber concreto y específico de «guardar silencio» que plantea innumerables interrogantes y que no está en absoluto justificado. Entre ellos cabe señalar la indeterminación del alcance y extensión del deber de secreto: ¿frente a quién existe este deber? ¿No existe una cierta contradicción entre la norma del artículo 1.720 del Código civil que impone a los mandatarios la obligación de rendir cuentas y el deber de guardar secreto impuesto por el artículo 127 a los administradores, si el destinatario de este deber son los accionistas⁴⁰? ¿Quién decide que la información es confidencial, cómo se decide y hasta cuándo? Si son los propios administradores, como parece que no puede ser de otro modo, no significa ello la irrogación de las facultades de control sobre un deber que ha de cumplir

³⁵ En este sentido, GARRIGUES, en GARRIGUES-OLIVENCIA: *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, vol. II, Madrid, 1976, p. 159; QUIJANO: *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima. Aspectos sustantivos*, Valladolid, 1985, p. 201. Contra POLO, E., *Los administradores*, cit., p. 135.

³⁶ POLO, E.: *Los administradores*, cit., p. 133.

³⁷ GARRIGUES, en GARRIGUES-OLIVENCIA: *Comentario*, cit., vol. II, p. 161; QUIJANO: *La responsabilidad*, cit., p. 203.

³⁸ POLO, E.: *Los administradores*, cit., p. 136.

³⁹ POLO, E.: *Los administradores*, cit., p. 138.

⁴⁰ GARRETA: *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 4.ª ed., Madrid, 1997, p. 108.

Aun siendo encomiable esta línea de interpretación por el esfuerzo de racionalización que supone en la inteligencia de un precepto redactado con una técnica harto defectuosa, parece preferible hacer derivar la prohibición de concurrencia, entendida como un deber abstracto de abstención ante cualquier conflicto permanente de intereses, directamente del deber de fidelidad, máxime cuando la actividad del administrador es actualmente una actividad profesional que exige un alto nivel de dedicación y de concentración de esfuerzos. Se trataría de equiparar la situación de la sociedad a la del comprador de empresa en relación con la protección que precisa para el desarrollo de su actividad económica. Dicha protección se obtiene, en ambos casos, mediante la prohibición de competencia, prohibición que se construye sobre bases contractuales y que entronca con la teoría de las *ancillary restraints* del derecho antitrust. La sanción del ordenamiento jurídico no puede ser otra que la imposición de la responsabilidad para quien infringe la prohibición.

2. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. CULPA ASEGURABLE

A) *La conducta. Hechos positivos y hechos negativos*

De acuerdo con el planteamiento tradicional de la responsabilidad, el primer presupuesto de ésta lo constituye el hecho o conducta del agente que genera un daño que debe soportar su patrimonio. No hay duda de que los hechos o conductas que dan origen a la responsabilidad del administrador pueden ser tanto de carácter positivo —una acción— como negativo —una omisión—, mientras sea un hecho o una conducta imputable a la voluntad humana. Pero así como los hechos o conductas de carácter positivo han sido ampliamente tratados por la doctrina científica, las conductas negativas no han merecido el mismo trato. No obstante, el cambio de orientación impuesto por la normativa vigente en los supuestos de exculpación previstos en el apartado segundo del artículo 133 obliga a hacer una referencia, siquiera breve, a la conducta abstencionista del administrador. Tradicionalmente era muy discutida la cuestión relativa a la exoneración de culpa del administrador que no asistió a la reunión en que se adoptó el acuerdo causante del daño, así como la necesidad de salvar expresamente el voto de este acuerdo, en caso de asistir a ésta. Mientras algunos autores eran partidarios de imputar la culpa también al administrador abstencionista⁴³, si su ausencia de la reunión no estaba justificada o si no existía una expresa oposición al acuerdo causante del daño, otros se ceñían a la letra del precepto que, en propiedad, no imponía una especial conducta positiva al administrador para la exoneración de su responsabilidad⁴⁴.

A la vista del cambio legislativo operado y pese a la defectuosa redacción del apartado segundo del artículo 133 de la Ley, no deben existir obstáculos actual-

⁴³ GARRIGUES, en GARRIGUES-OLIVENCIA: *Comentario*, cit., p. 169.

⁴⁴ BROSETA: *Manual de Derecho mercantil*.

quien ostenta estas mismas facultades? ¿Es posible exigir responsabilidad a los administradores si éstos se abstienen de informar a los accionistas, alegando la necesidad de observar un específico deber de secreto?

A pesar del cambio operado en relación con la situación anterior a la reforma de la Ley, la sustitución de un criterio subjetivo, como es el de la lealtad exigible en cada caso sobre la confidencialidad de las informaciones reservadas, por uno de objetivo (el deber de guardar secreto), ello no ha supuesto, paradójicamente, un correlativo incremento de la seguridad, que redundaría en una mayor determinación del riesgo cubierto, sino todo lo contrario. Los innumerables interrogantes plantados por la introducción de la norma del artículo 127.2 de la Ley de Sociedades Anónimas no han hecho sino sembrar mayor oscuridad en un terreno especialmente conflictivo, como es el de la delimitación causal del riesgo profesional cubierto por la póliza.

d) Abstención de concurrencia y oposición de intereses

La última manifestación del deber de lealtad de los administradores, en su sentido negativo, es la abstención de concurrencia y la interdicción del conflicto de intereses con la sociedad. Algún autor⁴¹ entiende que dicho deber no comporta, sin embargo, la prohibición absoluta de concurrencia y que la Ley se limita con reenviar el tema al polémico párrafo 2 del artículo 132.

Sin embargo, si entendemos que el deber de lealtad no es más que la expresión de un más genérico deber de fidelidad que le obliga a anteponer los intereses sociales a los propios, fácilmente se comprenderá, que, sin perjuicio de que el administrador deba cesar «a petición de cualquier socio, por acuerdo de la junta general», ello no debería excluir, ni mucho menos, que la infracción de dicho deber pudiera comportar el ejercicio de la acción de responsabilidad. De lo contrario estaría en manos de la mayoría —que en definitiva elige el órgano de administración— disponer de algo que es de orden público, cual es la responsabilidad patrimonial del administrador por un acto dañoso. El acuerdo de la junta en sentido contrario, no sólo impediría la destitución del administrador, sino, lo que es más grave, la exigencia de responsabilidad. No obstante, la colocación sistemática de la regulación del ejercicio de la acción de responsabilidad por causa de incompatibilidad en el párrafo 1.º del artículo 132 y no en el 2.º plantea la duda indicada. POLO estima que el administrador que tenga intereses opuestos a los de la sociedad constituye una *situación de competencia desleal*, análoga a los supuestos contemplados en el párrafo primero del artículo 132 y apoya su razonamiento, entre otros argumentos, en la línea de coherencia que ello muestra con la prohibición de competencia del artículo 137 —y 288, añadimos nosotros— del Código de comercio⁴². Apurando el argumento de POLO, se podría decir, que contra el administrador «desleal» cabría ejercer una acción de responsabilidad con base a los artículos 5 y 18.5.º de la Ley de Competencia Desleal.

⁴¹ POLO, E.: *Los administradores*, cit., p. 135.

⁴² POLO, E.: *Los administradores*, cit., p. 266.

mente para defender la necesidad de una cierta conducta positiva en la evitación o prevención del daño, que dejen impunes actitudes abstencionistas que, por sí mismas, deben implicar una infracción del deber de diligencia. Prevista por el artículo 104.2 de la Ley la necesidad de que los administradores asistan, con carácter imperativo —«deberán asistir», dice la Ley— a la junta general de accionistas, carece de sentido que la misma exigencia no deba predicarse de las reuniones del consejo, del que al fin y al cabo son miembros, mientras que de la junta no, al menos, no necesariamente. El deber de asistir a las reuniones del consejo se ratifica a la vista de la profesionalidad y tipicidad de su función, que no puede ser limitada ni aún mediante acuerdo inscrito en el Registro Mercantil⁴⁵. En otras palabras, la necesidad de asistir a las reuniones del consejo entronca con la esencia misma del propio deber de diligencia, desde el momento en que dicho deber aparece configurado legalmente con un marcado e ineludible carácter profesional⁴⁶.

B) *El daño*

El daño, entendido como la realización objetiva del riesgo —o la producción del siniestro— tampoco ha merecido especial atención doctrinal, por considerar que el estudio de este tema se halla comprendido dentro de la doctrina general de la responsabilidad civil⁴⁷. Las escasas referencias doctrinales a este tema se limitan a afirmar la necesidad de que la conducta negligente del administrador cause un daño al patrimonio social y que exista un nexo causal entre la conducta culpable y el daño producido, entendiéndose por daño una efectiva disminución del patrimonio, consistente en la diferencia entre el valor actual de ese patrimonio y el que tendría si no se hubiere producido el hecho en que se funda la acción de indemnización⁴⁸.

En este contexto se plantea la cuestión relativa a la posibilidad de exigir responsabilidad a los administradores por el daño moral que pueda causarse a la sociedad. No hay duda de que el daño moral puede predicarse igualmente de las personas jurídicas, a quienes se reconoce, incluso, un derecho a la intimidad. Pero más problemático resulta que dicho daño tenga una repercusión directa e inmediata en el patrimonio social, en el sentido de producir un efectivo menoscabo patrimonial.

Si bien es cierto que la actuación negligente de los administradores debe conducir necesariamente a este resultado y ello no es siempre predicable del deno-

⁴⁵ GARRETA: *La responsabilidad*, cit., pp. 97 y 116. Según este autor, «ejercer el cargo es la obligación primera, claramente advertida cuando el órgano es unipersonal e igualmente predicable tratándose de consejo de administración; la asistencia a las reuniones del consejo es obligatoria, pues poca diligencia puede existir en quien no acude a sus reuniones, y este dato será decisivo para determinar el género de responsabilidad en que incurrir los ausentes».

⁴⁶ POLO, E.: *Los administradores*, cit., p. 304.

⁴⁷ GARRIGUES, en GARRIGUES-OLIVENCIA: *Comentario*, cit., II, pp. 161 ss.; POLO, E.: *Los administradores...*, cit., p. 287.

⁴⁸ GARRIGUES: *op. y lug. últ. cit.*, II, p. 162.

minado daño moral, no es menos cierto que en la actualidad la reputación de la sociedad conseguida mediante esfuerzo y tras dura lid en un mercado fuertemente competitivo, no deja de tener un valor económico propio, aunque dicho valor no luzca en el balance, más que en los supuestos de transmisión de la empresa, en la medida en que las plusvalías realizadas puedan incorporarse al fondo de comercio de la sociedad. En este sentido, el daño causado por una actitud negligente o maliciosa de los administradores a la sociedad en la reputación de la empresa y sociedad que gestionan, representan y administran conduce a una minoración del valor que cabría esperar en la enajenación de ésta, por lo que no es descabellado considerar al daño moral como presupuesto de la responsabilidad exigible a los administradores y como hipótesis comprendida en el riesgo cubierto por la póliza, a no ser que se haya excluido expresamente.

C) *La culpa*

En su acepción más primaria, la culpa que aquí examinamos se conecta con la diligencia exigible al ordenado empresario y representante leal. Culpa es ausencia de la diligencia, en sentido general y abstracto. Y pese a que ya hemos hablado de ello anteriormente, no están de más algunas consideraciones al respecto.

a) Naturaleza de la responsabilidad de los administradores y su relación con la culpa

Pese a que la norma del artículo 133.1 de la Ley de Sociedades Anónimas sólo se refiere a la responsabilidad sin matices por los daños causados por infracción de la ley o de los estatutos o sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, parece, y así lo confirma la interpretación conjunta y sistemática de este artículo con los artículos 127 y 134 de la Ley, la culpa, como presupuesto de la responsabilidad de los administradores, se reconduce, en definitiva al incumplimiento general y abstracto de este deber. Siendo, pues, la diligencia, un deber impuesto legalmente, la fuente remota de la responsabilidad de los administradores hay que buscarla en la ley misma. Esto no obstante, no hay que olvidar que la diligencia a emplear por los administradores en el ejercicio y desempeño de sus funciones se vacía en el molde de una relación de encargo, de origen negocial, aunque se imbrinque en el esquema organizativo de la sociedad. Sea como fuere, es preciso recurrir a las normas generales en materia de obligaciones para determinar su exacto alcance. De ahí que sean de aplicación los artículos 1.101 y 1.104 del Código civil que hacen responsables de los daños y perjuicios a los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas, consistiendo la culpa o negligencia en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

b) Reconducción de los dos supuestos de imputación de responsabilidad a una única fuente: la omisión del deber de diligencia

Si bien el artículo 133.1 de la Ley de Sociedades Anónimas distingue claramente las dos fuentes tradiciones de responsabilidad: de un lado la conducta antijurídica, la violación de las normas legales o estatutarias cuyo incumplimiento ocasiona un daño al patrimonio social; de otro, la conducta culposa, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones no estrictamente legales ni estatutarias que se derivan del cargo de administrador y que atañen fundamentalmente al ejercicio de la empresa y la gestión empresarial⁴⁹, ambas hipótesis se reconducen a una única y común fuente que consiste en la omisión pura y simple del deber de diligencia exigido legalmente. Esta omisión se puede expresar en la infracción de disposiciones legales o estatutarias, que todo profesional debe observar, o cuando menos, no puede ignorar, o, se puede deber a una conducta meramente negligente en el desempeño de su tarea de gestión empresarial, sin que se infrinja propiamente norma alguna. En ambos casos existe omisión del deber de diligencia exigido legalmente y, en ambos casos, esta omisión constituye el incumplimiento de una obligación —de origen comercial o no—, que obliga a indemnizar, por disposición de una norma de carácter general, como es la contenida en el artículo 1.101 del Código civil, aunque a efectos de la prueba del incumplimiento convenga distinguir entre ambos tipos de incumplimiento, en función de su origen.

c) Supuestos de culpa. Culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*

Las consideraciones precedentes, a efectos de dilucidar la asegurabilidad de los daños causados por la ejecución o cumplimiento de obligaciones en el marco de una relación contractual por los órganos de administración de las sociedades o realizados por ejecutivos o delegados obliga a enfocar el tema desde la perspectiva de la responsabilidad *ex contractu*.

La primera cuestión que importa resolver consiste en determinar la posibilidad de exigir responsabilidad a los administradores que han delegado sus facultades. La mayoría de la doctrina se inclina por distinguir dos supuestos distintos, según cual sea el tipo de culpa en que haya incurrido el órgano de administración en la provocación del daño. Si se trata de culpa *in eligendo*, la cuestión resulta muy controvertida en la doctrina, mostrándose algún sector partidario de la imposibilidad de exigir tipo de responsabilidad alguna por esta causa, puesto que las personas delegadas son ya administradores y sus potestades derivan directamente de la junta general⁵⁰, mientras que otro, mayoritario y

⁴⁹ POLO, E.: *Los administradores*, cit., p. 288.

⁵⁰ En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS: *Consejeros*, pp. 394-395; QUJANO: *La responsabilidad*, p. 305; y también, al parecer, POLO, E.: *Los administradores*, cit., p. 292), quien, sin embargo, exceptúa el caso del administrador nombrado por cooptación, ya que en este supuesto sus facultades no proceden de un acto de la junta, sino del propio órgano administrativo.

al que nos adherimos, piensa lo contrario⁵¹. Imagínese por un momento la hipótesis de que el consejo de administración haya elegido para la delegación al consejero más inepto o más incompetente, pero quizás más audaz o más osado. Resulta difícil pensar que los demás consejeros no son copartícipes de los hechos que causan daño a la sociedad por esa elección, sin duda, inapropiada. Al fin y al cabo la delegación en un consejero no es sustancialmente diferente del apoderamiento en un tercero —gerente— con facultades para administrar y representar, salvo, claro está, el origen de sus facultades. Y en cambio, nadie niega que el mandatario sustituido por un tercero no pueda ser responsable frente al mandante por la vía de los artículos 1.718, 1.721 y 1.726 del Código civil⁵². Es más, si se considera la hipótesis de la delegación de facultades de un órgano de gestión o representación en paralelo con la situación contemplada por el artículo 1.721 del Código civil, se observará como la responsabilidad del mandatario subsiste, aunque nombre un sustituto, cuando se le dio la facultad de nombrarlo, pero sin designar la persona, y el nombrado fuera notoriamente incapaz o insolvente.

La segunda cuestión a resolver es la posible imputación de responsabilidad a los miembros del órgano de administración por *culpa in vigilando*. Al igual de lo que sucede en relación con la *culpa in eligendo* no existe en el ordenamiento jurídico una norma que, con carácter general, prevea la imputación de responsabilidad en los miembros del órgano de administración por los actos de los delegados en la ejecución o cumplimiento de sus obligaciones. No obstante, de la misma norma citada puede desprenderse que la responsabilidad del mandatario no se limita al hecho de la elección de un incompetente o un insolvente, sino que se extiende asimismo sobre el control que debe ejercer en el desarrollo o ejecución del encargo. Así se expresa la mayoría de la doctrina⁵³ aunque no existe absoluta coincidencia en el fundamento de la responsabilidad⁵⁴.

⁵¹ GARRIGUES, en GARRIGUES-OLIVENCIA: *Comentario*, cit., vol. II, p. 161; RUBIO: *Curso de derecho de sociedades anónimas*, Madrid, 1974, pp. 294-295. IGLESIAS: *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, pp. 356-357.

⁵² Sobre este tema puede verse FONT RIBAS, A.: «La asegurabilidad de los riesgos derivados de la actividad sancionadora de la administración en el sector del crédito», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil en homenaje a Evelio Verdura*, vol. I, p. 849.

⁵³ GARRIGUES, en GARRIGUES-OLIVENCIA: *Comentario*, cit., vol. II, pp. 161 y 172; GIRÓN: *Curso*, cit., p. 368; RUBIO: *Curso*, cit., pp. 294 ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS: *Consejeros delegados*, cit., pp. 396 ss.; QUIJANO: *La responsabilidad*, cit., pp. 312 ss.; IGLESIAS: *Administración*, cit., pp. 358 ss.; POLO, E.: *Los administradores...*, cit., p. 293.

⁵⁴ Para IGLESIAS (*op. y lug. últ. cit.*) el fundamento de la responsabilidad del administrador en los supuestos de delegación de facultades no está tanto en la *culpa in vigilando* como en la infracción del propio deber de diligencia que impone una conducta más positiva en orden a la actividad de control. De todos modos, sea infracción del deber de control, en cuanto conducta positiva, en la línea expuesta en el texto, sea omisión del deber de administrar, el resultado es prácticamente el mismo. Quizás quepa advertir un mayor rigor en la exigencia de responsabilidad en esta tesis.

D) *La conexión causal entre la culpa y el daño*

También respecto a esta cuestión estamos de lleno en el terreno de la doctrina civilista de la responsabilidad patrimonial y no existen propiamente especialidades dignas de mención. Únicamente un breve comentario merece ser formulado en relación con la exigencia del nexo causal. Pese a deducirse, al parecer de la doctrina⁵⁵, del artículo 1.107 del Código civil que hace responsable al deudor de los daños y perjuicios que sean consecuencia *necesaria* de su falta de cumplimiento, el párrafo segundo del propio artículo 1.107 establece que «en caso de dolo, responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación», con lo que se está estableciendo una excepción que amplía en cierto modo el ámbito del daño indemnizable, en la medida en que permite flexibilizar la rigidez inicial de la vinculación entre hecho y daño.

De ahí que, al haber aumentado la Ley de 1989 el estándar de diligencia debida y pasar a responder los administradores no sólo del dolo sino también de la culpa, se plantea la duda de si el nexo causal entre los hechos y el daño debe exigirse de igual modo con independencia de cuál sea el grado de culpa en el incumplimiento. Dejando de lado las hipótesis de pura infracción de normas legales, reglamentarias, estatutarias o de otro tipo, en las que entendemos que el daño, si se produce, lo es sin necesidad del concurso de la culpa, parece claro que la norma del párrafo segundo del artículo 1.107 del Código civil debe ser aplicable también en aquellos supuestos en los que el daño ha sido causado concurriendo culpa grave de parte del administrador (*culpa lata dolo equiparar*). Pero no está tan claro lo que sucede en los demás casos. Por un lado, parecería razonable someter todas las hipótesis a un tratamiento unitario, arrancando de la coincidencia entre la diligencia exigida por el artículo 127 de la Ley y la imputación de responsabilidad que contiene el artículo 133 del mismo texto legal. Pero no se nos oculta, por otro, la dificultad que representa el párrafo primero del artículo 1.107 del Código civil para que prospere una interpretación en el sentido propuesto. De todos modos, si se piensa que la Ley de 1989 ha querido deliberadamente —y de ello no hay duda alguna— extremar el rigor en la imputación de responsabilidad a los administradores, parece contradictorio con el fin perseguido, reducir, paralelamente, el ámbito en el que se circunscribe esta responsabilidad. A los administradores se les haría responder por culpa, pero los daños de los que deberían ser responsables serían distintos (los que fueran *consecuencia necesaria* del incumplimiento; por definición, de importe inferior) a los que responderían si concurriera dolo (*todos* los que se deriven del incumplimiento).

E) *Carga de la prueba*

Una cuestión de extraordinaria importancia a efectos del pago de la indem-

⁵⁵ GARRIGUES, en GARRIGUES-OLIVENCIA: *Comentario*, cit., II, p. 163.

nización correspondiente al riesgo asegurado consiste en determinar quién debe probar la culpa del administrador y qué es lo que debe probar.

La mayoría de la doctrina se pronuncia por la aplicación del principio que rige en el terreno procesal en materia de distribución de la carga de la prueba. Según este principio, consagrado en el artículo 1.214 del Código civil, «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone». Según esto, la prueba de la culpa debería corresponder al demandante. No obstante, es posible llegar a otra solución, partiendo de una distinción, presente en la Ley, según cual sea el origen de la imputación de la responsabilidad.

Si la culpa consiste en la omisión de la diligencia debida en el cumplimiento de obligaciones legales o estatutarias, o en la ejecución de los acuerdos de la junta general, la prueba es relativamente sencilla y, por lo general, el demandante no tendrá problemas en probar los hechos que dan lugar a la exigencia de responsabilidad. Bastará con probar el hecho del incumplimiento para que, automáticamente, se conecte este incumplimiento con la existencia de culpa.

Si, en cambio, la culpa es el resultado del incumplimiento del deber de diligencia en el ejercicio del cargo, no está tan claro que deba ser el demandante quien deba cargar con la prueba de la culpa del administrador. Por supuesto, está claro que el demandante deberá probar los hechos en que fundamente su pretensión, pero no está tan claro que deba probar también la culpa. A las razones de equidad, aducidas por algún sector doctrinal⁵⁶, se añan las que proceden de una interpretación de la regla del artículo 1.214 del Código civil, según la cual la imputabilidad del incumplimiento se establece siempre sobre el deudor, el cual deberá probar la ausencia de culpa o el caso fortuito como causa de exclusión de su responsabilidad⁵⁷.

A favor de esta solución militan también los artículos 1.105, 1.183 y 1.214 del Código civil, los cuales permiten una perfecta coordinación conceptual. De acuerdo con el artículo 1.183 «siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, *se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito*, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096». Sobre la base de este artículo y, a falta de un precepto expreso en las obligaciones de hacer y de no hacer, la doctrina mayoritaria⁵⁸ y la jurisprudencia civil (STS de 30 de abril de 1959) construyen la presunción de culpa en el cumplimiento de los contratos. Por tanto, será el deudor incum-

⁵⁶ POLO, E.: *Los administradores*, cit., p. 295. Según POLO no parece deseable cargar al demandante con la obligación de probar la culpa, por cuanto se trataría de una prueba negativa —diabólica, añadiríamos nosotros— «y, en ocasiones, virtualmente casi imposible sobre la omisión de la diligencia exigible al administrador, por lo que lógicamente habría de ser éste quien pudiera exonerarse de su responsabilidad probando que actuó con el empleo de la diligencia requerida en el desempeño del cargo, es decir, la que corresponde a un ordenado empresario y a un representante leal».

⁵⁷ DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 4.ª ed., Cívitas, Madrid, 1993, vol. II, pp. 606 ss.

⁵⁸ ALBADALEJO: *Derecho civil*, 9.ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, t. II, vol. 1, p. 167.

plido quien deberá probar el caso fortuito, o, lo que es lo mismo la ausencia de culpa en el cumplimiento. Esta opinión ha sido contestada por otro sector doctrinal⁵⁹ que entiende que el artículo 1.183 contiene una solución a un caso particular que no puede generalizarse y que la culpa contractual sólo se presume en casos muy concretos, como en el arrendamiento (art. 1.563) y en el depósito (art. 1.769).

A ello hay que añadir que, según el artículo 1.105 del Código civil «fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables», con lo que, si se tienen en cuenta las consideraciones precedentes, todo parece llevarnos hacia el establecimiento de una regla legal contraria a la presunción del caso fortuito, o lo que es lo mismo, la presunción de la culpa en la producción de los eventos dañosos.

En sentido análogo se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1994 (RJA 3084), en la que, después de estimar probados los hechos que causaron una situación de desequilibrio para otros acreedores, como consecuencia de la inactividad de los administradores, declara que «no cabe hacer cuestión de la relación de causalidad entre la negligencia grave de los administradores de la sociedad y el daño habido consistente en el impago de la deuda y, por ende, en la cantidad reconocida judicialmente a consecuencia de los suministros efectuados a la entidad también demandada, sin que pueda atribuirse la carga de la prueba sobre la causa o causas determinantes del cese de la actividad empresarial de la entidad actora».

La aplicación de estas reglas en el campo del seguro supone que el asegurado deberá probar, para lograr la indemnización, de un lado, que existe un contrato y, de otro, que se ha realizado uno de los siniestros cubiertos por la garantía. Pero el problema reside en determinar quién debe probar que existe culpa de parte de un administrador y que, por tanto, el siniestro se encuentra comprendido dentro del ámbito de la cobertura. La cuestión no deja de ser complicada. Si se entiende que debe ser el asegurado quien debe probar que el siniestro ha acaecido por caso fortuito se coloca a éste en una difícil tesitura, puesto que en todo caso se le obliga a la prueba de un hecho negativo: el siniestro no ocurrió por su culpa. Si, por el contrario, se piensa que es el asegurador quien debe suministrar la prueba de que el asegurado actuó con culpa o que contribuyó con su actuación a la producción del siniestro, se coloca a la empresa aseguradora a un paso de la responsabilidad objetiva: en línea de principio la compañía aseguradora deberá pagar la indemnización correspondiente al asegurado, salvo que pruebe que éste actuó culpablemente.

Por ello, la solución más acorde con los principios y reglas en materia de carga de la prueba de la culpa en la exigencia de la responsabilidad del administrador deben mantenerse incólumes una vez cubierto el riesgo de culpa mediante un seguro. La inversión *de facto* en la carga de la prueba de la culpa se convierte aquí en una presunción de culpa en el incumplimiento. Así pues, y de conformidad con las tesis expuestas, debería ser el asegurado, es decir,

⁵⁹ DIEZ-PICAZO: *Fundamentos*, cit., p. 706.

el administrador, quien tendría siempre y en todo caso a su cargo la prueba del caso fortuito⁶⁰. No hay razón para mantener que quien entra culpable por incumplimiento de su deber profesional como administrador pueda salir inocente por el simple hecho de la cobertura de su responsabilidad por un asegurador, desplazando a éste la carga de probar la culpa del asegurado.

No obstante, la cuestión dista mucho de ser pacífica en la doctrina y el TS se pronuncia, en cambio, con extraordinaria contundencia, precisamente, en sentido opuesto al apuntado en, al menos, una sentencia, en la que, tratándose de un seguro de incendios, declara sin ambages —pero también sin demasiados argumentos— que la carga de la prueba del dolo o de la culpa grave —y, por tanto, también de la culpa media o leve— del asegurado corresponde al asegurador⁶¹.

⁶⁰ ALONSO SOTO: *op. cit.*, p. 300.

⁶¹ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 1991 (RJA 5419).

LAS FALSEDADES EN LA INFORMACIÓN SOCIAL (ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL)

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ

*Catedrático de Derecho Penal. Vicerrector de Docencia
y Profesorado. Universidad de Huelva*

A nuestra sociedad parece preocuparle cada vez más la criminalidad que se desarrolla en el ámbito empresarial. Los abusos en los medios económicos, en los que se concentran grandes dosis de poder, han provocado graves crisis empresariales que han repercutido de forma negativa en el patrimonio de los pequeños ahorradores, en el conjunto de la economía y en definitiva en toda la sociedad. Ante esta situación, el legislador ha tenido que ir reorientando su política criminal en materia económica, adoptando una tendencia claramente criminalizadora. Sin embargo, la caracterización de estas infracciones es bastante compleja, por lo que las responsabilidades penales pueden ser canalizadas hacia los delitos patrimoniales —más tradicionales— o bien hacia los delitos socioeconómicos, de reciente incorporación a los códigos penales y cuya dogmática está, al día de hoy, pendiente de construir¹.

Dentro de este panorama, el legislador español ha introducido en el Código Penal de 1995 distintos delitos societarios. Y lo ha hecho incorporándolos al Título XIII del Libro II, entre los «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico». De esta forma, al crear un único título que no diferencia estos dos grupos de delitos, ha dejado exclusivamente en manos del intérprete una decisión trascendental, como es la adscripción de estos supuestos delictivos a una u otra categoría. Se trata de una caracterización compleja, con importantes consecuencias de cara a la fundamentación de la intervención penal, los elementos subjetivos del injusto, el eventual solapamiento con el derecho administrativo sancionador, etc.

La doctrina reclamaba la creación de los delitos societarios, criticando la indiferencia demostrada hasta entonces por el Código Penal, ya que existían suficientes precedentes en derecho comparado que aconsejaban una renovada regulación punitiva de esta materia². Los nuevos delitos pueden clasificarse en

¹ Particular impulso al desarrollo científico del Derecho Penal económico ha dado TIEDEMANN, K.: *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 2 vol., Reinbek-Hamburgo, 1974, y su extensa obra posterior. En nuestro país han adquirido especial relevancia obras de autores como BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1977; TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995; o más recientemente MUÑOZ CONDE: «Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos», en *Revista Penal*, n.º 1, pp. 67 ss.; MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, C.: *Derecho penal económico. Parte General*, Valencia, 1998. En este último trabajo se analizan aspectos tan relevantes como el error en materia de delitos económicos, o los complejos problemas de autoría y participación que se presentan en este ámbito.

² Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho Penal de la empresa*, op. cit., pp. 75 ss.

cinco grupos distintos: falsedades en la información social (art. 290 del Código Penal), imposición de acuerdos abusivos y acuerdos lesivos (arts. 291 y 292 del Código Penal), obstaculización de los derechos de los socios (art. 293 del Código Penal), obstaculización de las tareas de inspección (art. 294 del Código Penal) y el delito de administración desleal o fraudulenta (arts. 295 del Código Penal). Hay que tener en cuenta que muchos de estos supuestos se superponen claramente con comportamientos ya castigados en el Código Penal, y que, por tanto, podrían ser sancionados como delitos de estafa, apropiación indebida, falsedades, coacciones, etc. Esto abre la puerta a nuevos interrogantes: ¿era realmente necesaria una reforma tan sustancial, que ha generado gran preocupación en los ámbitos empresariales? ¿Cómo se resuelve la superposición de tutela que se aprecia entre los delitos tradicionales y los nuevos delitos societarios? Evidentemente, no podemos dar una respuesta unitaria para todas las modalidades o grupos de delitos societarios que el legislador ha incorporado en el Código Penal de 1995. En este trabajo nos limitaremos al análisis de las llamadas «falsedades en la información social» del artículo 290 del Código Penal, y, por tanto, intentaremos estudiar la problemática específica que presenta este nuevo precepto penal. Para ello será indispensable el estudio del bien jurídico específicamente tutelado en esta figura delictiva.

La protección de una correcta información social es necesaria en la medida en que dicha información es esencial para muchos sujetos que intervienen en el ámbito empresarial. La toma de decisiones está condicionada por la información que se genera desde la sociedad y, por tanto, existe una auténtica necesidad de tutela penal. Tutela que, como hemos dicho, puede afrontarse a través de delitos tradicionales (falsedades, delitos patrimoniales), nuevas figuras delictivas (delitos societarios) o combinando de alguna forma ambas modalidades. La técnica legislativa que se adopte podrá beneficiar la persecución de estas infracciones o bien, como ocurre en muchas ocasiones, obstaculizarla o impedir la, generando únicamente mayor confusión.

Es importante destacar que un sector doctrinal entiende que la tipificación de esta conducta obedece a una función meramente instrumental. En este sentido MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ y FARALDO CABANA sostienen que en la práctica de los tribunales se apreciaba la no aplicación de las figuras de falsedad en la esfera de las sociedades mercantiles, remitiéndose la solución de los conflictos al ámbito civil. La aparición del nuevo delito previsto en el artículo 290 del Código Penal supondría una auténtica contribución para modificar esa realidad criminológica, favoreciendo la persecución y sanción penal de este género de conductas³. Ésta puede ser una explicación coherente para poder interpretar el confuso panorama que nos brinda el legislador. Sin embargo, no contamos aún con suficientes sentencias ni estadísticas que nos permitan valorar si se cumple la función instrumental del Derecho Penal, esto es, si la reforma ha influido realmente en la modificación de la realidad criminológica. En cualquier caso, para que las conductas que aquí analizamos escapen de la órbita estrictamente civil y pasen al ámbito del Derecho Penal no es suficiente con que

³ Cfr. FARALDO CABANA: *Los delitos societarios*, Valencia, 1996, p. 358.

los administradores de las sociedades mercantiles estén convencidos de esta sustancial transformación, sino que es imprescindible que la fiscalía y los tribunales de justicia se encarguen de materializar, bien aplicando las tradicionales figuras delictivas, bien con los nuevos preceptos provenientes del derecho penal económico, una efectiva intervención del Derecho Penal que por el momento no parece suficientemente alcanzada.

Un aspecto fundamental en el análisis del artículo 290 del Código Penal consiste en determinar el bien jurídico protegido. En una primera aproximación podría pensarse que este delito tutela la veracidad de las informaciones sociales. En este caso, la intervención del Derecho Penal iría dirigida a reforzar el respeto al deber de verdad por parte de los administradores sociales, quienes sufrirían la sanción penal en el caso de violar un deber que les afecta directamente. A esta conclusión llega parte de la doctrina, en cuanto entiende que se protege el derecho a recibir una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la entidad⁴. En relación a este planteamiento, nadie discute la relevancia de la información que emana de la sociedad, y tampoco que sobre los administradores sociales pesa un genuino deber de veracidad. Sin embargo, la responsabilidad penal en el ámbito societario no puede estructurarse exclusivamente sobre la base de la violación de ese tipo de deberes. Esta fundamentación supone una anticipación importante de los límites de intervención del Derecho Penal, sancionando actos que si bien no son deseables, su simple realización no debería trascender las fronteras de la responsabilidad civil. Con el mero incumplimiento del deber de veracidad aún no se han puesto necesariamente en peligro otros intereses, como puede ser una afección patrimonial, que sin duda habilitarían la intervención del Derecho Penal. Adviértase que un deber genérico de veracidad entraría en constante colisión con otros deberes, como el de sigilo, que pesan sobre los administradores de las sociedades. De tal forma, el bien jurídico tutelado debe encontrar su caracterización en exteriorizaciones concretas del deber de veracidad, que supongan la afección a otros intereses socialmente relevantes y directamente necesitados de tutela penal.

Ya hemos sostenido que la peculiar modalidad delictiva contemplada en el artículo 290 del Código Penal está íntimamente relacionada con el valor que poseen las informaciones sociales, esto es, su especial transcendencia para todos los que intervienen en el ámbito empresarial. Sin embargo, el objeto jurídico de este delito parece centrarse en dos ámbitos diferenciados. Por una parte, nos encontramos con la incorrecta información que resulta de los documentos mercantiles, que puede llevar a error a aquellos que participan en el mercado. Por otra parte, se requiere cierto grado de afección a intereses patrimoniales. Por todo ello, deberíamos encaminarnos hacia la órbita de las falsedades documentales (falsedades en documento mercantil) y a los delitos patrimo-

⁴ En la línea de entender que se tutela un deber de veracidad, en Alemania TIEDEMANN, K.: «Presente y futuro del Derecho Penal Económico», en AAVV, *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Madrid, 1995, p. 40. En España, cfr. DEL ROSAL BLASCO, B. en VIVES ANTÓN (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, p. 1414.

niales (una aproximación al delito de estafa). En otros términos, la conducta tipificada en el artículo 290 del Código Penal podría haberse tipificado como una falsedad más, aunque con las connotaciones específicas que presenta el ámbito societario, o como un peculiar delito patrimonial, más concretamente en el ámbito de las defraudaciones.

Pero vayamos por partes. ¿Realmente el artículo 290 del Código Penal es una modalidad específica del delito de falsedad documental en instrumento mercantil? Así lo entiende parte de la doctrina, que busca una relación entre el bien jurídico tutelado en las falsedades y el que subyace tras el artículo 290 del Código Penal. Creo que no puede discutirse que el precepto se estructura sobre la base de una falsedad: es el único medio comisivo idóneo para llevar a cabo la conducta prohibida. Pero la caracterización se complica cuando requerimos que esa conducta suponga la lesión al bien jurídico tutelado en las falsedades documentales. FARALDO CABANA⁵ profundiza la idea de pluriofensividad, que para un sector doctrinal caracteriza a todas las falsedades documentales. Según esta interpretación, el autor no perseguiría directamente ofender o lesionar la funcionalidad del documento⁶, sino que llevaría a cabo la falsedad como medio para materializar su objetivo ulterior, que es justamente la finalidad de su actividad criminal. En síntesis, estaríamos ante un delito pluriofensivo, en el que, por una parte, se lesionaría la funcionalidad del documento (aspecto que corresponde a la falsedad) y, por la otra, se lesionaría o pondría en peligro el patrimonio.

Las falsedades son, sin duda, conductas instrumentales para conseguir determinados objetivos que van mucho más allá de lo que se incorpora u omite en el documento falso. Cuando estas falsedades se llevan a cabo en documentos mercantiles tan peculiares como las cuentas anuales, la finalidad perseguida puede apuntar a provocar un perjuicio patrimonial a los socios o a terceros (delito societario) o a defraudar a Hacienda (delito fiscal y delito contable). Al analizar los delitos contra la Hacienda Pública, he apuntado las dificultades y discusiones doctrinales referidas a la compatibilidad entre estos delitos y las falsedades. Debe tenerse en cuenta que los bienes jurídicos son diferentes, pero pueden resultar afectados por la misma falsedad o anomalía en las cuentas anuales. Por ese motivo, un sector doctrinal cree que en algunas falsedades contables contra la Hacienda Pública será necesario desvalorar ambos bienes jurídicos y recurrir al concurso ideal de delitos, mientras que en otros casos, como, por ejemplo, las falsedades en las declaraciones tributarias, las anomalías están totalmente desvaloradas por el tipo penal y por ello el delito contra la Hacienda Pública será el único aplicable⁷. Estos razonamientos pueden ayudarnos a interpretar la compleja relación entre las falsedades a la información social del artículo 290 del Código Penal y los delitos de falsedad en documento mer-

⁵ Cfr. FARALDO CABANA: *Los delitos societarios*, op. cit., p. 366.

⁶ Éste es el bien jurídico tutelado en el delito de falsedades. Cfr. al respecto GARCÍA CANTIZANO: *Falsedades documentales*, Valencia, 1994, p. 134.

⁷ Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.: *El delito contable*, Barcelona, 1988, p. 235 y autores allí citados. Vid. también BERDUGO, I., y FERRÉ OLIVÉ, J.: *Todo sobre el fraude tributario*, Barcelona, 1994, p. 121.

cantil. De cara al bien jurídico tutelado, existe una auténtica afección a la funcionalidad del documento que emana de la sociedad (balances, otras informaciones sociales, etc.) de forma que, independientemente de apreciar o no un concurso de delitos, hay que afirmar que la funcionalidad del documento es al menos uno de los bienes jurídicos lesionados por esta modalidad delictiva. En consecuencia, podemos afirmar que las falsedades en cuentas y balances exigidas por el artículo 290 del Código Penal poseen un gran paralelismo, basado en la identidad parcial del bien jurídico tutelado, con los delitos de falsedad que el propio Código Penal sanciona en los artículos 392 y 395. Sin embargo, en el delito societario la falsedad ya está completamente desvalorada, y en consecuencia no corresponderá aplicar en este caso la figura del concurso ideal de delitos.

Adviértase que no encuentra fácil explicación la disposición contenida en el artículo 296 del Código Penal, que exige la previa denuncia para todos los delitos societarios lo que comprende, lógicamente, al delito de falsedades en la información social. Y es que el bien jurídico que subyace detrás de las falsedades, sobre todo cuando se trata de documentos públicos, pero también cuando estamos ante documentos mercantiles, es difícilmente disponible por parte de los particulares, quienes no poseen la titularidad de dicho bien jurídico. La intervención del Derecho Penal en materia de falsedades se caracteriza por la necesidad de tutelar intereses que van más allá de los puramente individuales. Por ese motivo, la necesidad de denuncia y, por tanto, el control sobre el inicio del procedimiento que en muchas ocasiones se deja en manos de los particulares (art. 296 del Código Penal) no se compatibiliza correctamente con el mencionado bien jurídico.

Por otra parte, ¿consagra el artículo 290 del Código Penal un delito contra el patrimonio? La simple lectura del precepto nos indica que el patrimonio es un bien jurídico penalmente protegido de manera directa e inmediata por este precepto. Estaríamos ante un peculiar delito patrimonial que no se superpone o solapa necesariamente con la estafa, pues dicha modalidad defraudatoria posee una serie de requisitos que no son exigidos en el delito societario aquí estudiado.

Analizado desde la perspectiva del Derecho Penal tradicional, el artículo 290 del Código Penal no es otra cosa que un híbrido, esto es, la amalgama de distintos elementos que deben conciliarse para permitir su correcta interpretación y aplicación práctica. Sin embargo, cambiando de perspectiva y asumiendo las particularidades del nuevo Derecho Penal económico, debemos considerar acertada la solución técnica adoptada, y acostumbrarnos a este tipo de construcciones si lo que se pretende es conseguir una mínima eficacia en la persecución de las más graves infracciones que se cometan en el ámbito empresarial. Todo ello sin perder de vista el imprescindible respeto al sistema de garantías que nuestra Constitución exige al Derecho Penal⁸.

⁸ Sobre el importantísimo tema del respeto hacia las garantías constitucionales en materia de Derecho Penal económico, cfr. ARROYO ZAPATERO, L.: «Derecho Penal económico y Constitución», en *Revista Penal*, n.º 1, 1998, p. 1.

El delito societario de falsedades en la información social no supone un delito económico en sentido estricto, pues no pertenece al ámbito del intervencionismo o regulación estatal de la economía. Sin embargo, resulta claro que este delito se enmarca en la defensa del interés social general, lo que supone que nos encontramos ante intereses colectivos, que exceden el ámbito estrictamente individual⁹, y, por tanto, también participa de la caracterización que corresponde a los delitos económicos en un sentido más amplio.

El artículo 290 del Código Penal consagra un delito especial, pues para poder ser autor es indispensable ser administrador de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación. Pocos problemas presenta la caracterización de los administradores de derecho, aquellos que realizan sus tareas ejecutivas conforme a la Ley de Sociedades Anónimas y demás legislación mercantil de aplicación. Los problemas se presentan cuando aquellos que realizan las conductas prohibidas no reúnen las características legalmente establecidas para ser administradores, bien porque existen impedimentos formales, bien porque han optado por dirigir la sociedad desde la sombra, haciendo uso del llamado *poder societario o dominio social*¹⁰. Sin embargo, normalmente el poder societario estará en manos de los administradores de derecho. En los puntuales casos en que existan administradores de hecho su conducta, en la hipótesis de llegar a apreciarse responsabilidades penales, se relacionará más con el delito de administración desleal (art. 295 del Código Penal) que con el de falsedades en la información social. Y es que justamente el brindar informaciones falsas supone que aquel que las brinda debe encontrarse en una posición amparada por el ordenamiento jurídico. De lo contrario, la trascendencia de la información que emana de una persona que no es jurídicamente administrador puede no llegar a tener la suficiente relevancia como para llegar a apreciar esta modalidad delictiva. Pese a todo, el legislador de 1995 ha querido dejar a salvo toda hipótesis imaginable, abarcando también en esta figura a los administradores de hecho. De lo contrario, se podrán generar situaciones de fraude de ley y, consecuentemente, de impunidad por haber logrado burlar las previsiones del Código Penal en materia de autoría.

En cualquier caso, según el artículo 171 de la Ley de Sociedades Anónimas las cuentas anuales (balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria) deben llevarlas los administradores de la sociedad. Por otra parte, la normativa exige una verificación contable por auditores de cuentas (salvo en el supuesto de balance abreviado). Posteriormente las cuentas deben ser aprobadas por la Junta General.

Cabe recordar que es frecuente que en las sociedades anónimas la función de administrar recaiga en un grupo de personas, que conforman el Consejo de Administración. Los acuerdos que adopten pueden suponer un ilícito penado en el artículo 290 del Código Penal. En este caso, no puede hablarse de un

⁹ Cfr. MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ: *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 106; ARROYO ZAPATERO, L.: *Derecho Penal económico*, op. cit., p. 2.

¹⁰ Cfr. más ampliamente, FERRÉ OLIVÉ, J. C.: «Sujetos responsables en los delitos societarios», en *Revista Penal*, n.º 1, 1998, pp. 21 ss.

«delito colegial», esto es, un supuesto de responsabilidad solidaria por el acuerdo colectivo adoptado, pues esa clase de responsabilidad es totalmente inadmisibile en el marco de un derecho penal garantista. La responsabilidad penal es individual, y, por tanto, sólo responderán penalmente aquellos miembros del Consejo de Administración que hayan votado individualizadamente a favor de ese acuerdo, y en quienes concurren todos los elementos necesarios para consumar el hecho delictivo (dolo, carácter antijurídico de la conducta, etc.) respondiendo, eso sí, a título de coautores¹¹. Por otra parte, como destaca VALLE MUÑIZ¹², la regulación penal no comprende como autor directo al auditor que realiza las falsedades, quien es auténtico garante de la corrección y exactitud de las cuentas sociales. Sin embargo, los auditores podrán incurrir en responsabilidad penal a título de partícipes, fundamentalmente como cooperadores necesarios o cómplices.

La conducta prohibida consiste en falsear las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. TERRADILLOS, uno de los primeros monografistas sobre este tema, ha sostenido con acierto que la tutela penal del balance es un elemento fundamental del Derecho Penal societario¹³.

Es bastante difícil delimitar un régimen jurídico adecuado para el manejo de la información que se genera en el seno de una sociedad. Por una parte, sabemos que la información social es clave para la marcha de la empresa y para su competitividad. Por ello el ordenamiento jurídico protege el secreto de esa información interna. Sin embargo, dicho secreto tiene límites, porque la información que debe emanar de la empresa, y que suele canalizarse a través de las cuentas anuales y los documentos que indican la situación jurídica o económica de la entidad, es esencial para la toma de decisiones por otras empresas, los propios ahorradores interesados en la adquisición de acciones, el Estado en orden a su política tributaria y de gasto público, etc. Dado que la información que emana de la empresa debe ser veraz, es obvia la gravedad de las falsedades en la información social, si además se produce real o potencialmente una afección patrimonial.

La información falsa que se brinda a través de las cuentas anuales puede tener su origen en la intención de demostrar una solvencia económica que no se tiene, de tal forma que el resto de los intervinientes en el mercado ven lesionado su patrimonio cuando adoptan decisiones que jamás hubieran tomado, en el caso de conocer la verdadera situación patrimonial de la entidad. Si la información falsa tuviera por objeto defraudar a Hacienda, sería de aplicación el delito fiscal o, en su caso, el delito contable.

La acción típica consiste en «falsear», lo que supone que estamos ante un específico supuesto de falsedades. A través de esa falsedad se debe producir una

¹¹ Cfr. FERRÉ OLIVÉ: *Sujetos responsables...* op. cit., pp. 27 ss. Ampliamente, vid. PÉREZ CEPEDA, A.: *La responsabilidad de los Administradores de las sociedades*, Barcelona, 1997, pp. 317 ss.

¹² Cfr. VALLE MUÑIZ, J. M. en QUINTERO OLIVARES (dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1996, p. 668.

¹³ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.: *Delitos societarios*, Madrid, 1987, p. 76.

alteración de la realidad, como puede ser dar cuenta de un inexistente incremento del activo o del pasivo de la empresa, o cualquier otra incorrección grave que transmita una imagen falsa del estado patrimonial o situación financiera de la entidad. Creemos, en cualquier caso, que debe tratarse de una incorrección sustancial, porque la persecución penal de alteraciones contables intrascendentes entra en clara contradicción con el principio de insignificancia¹⁴.

Las falsedades pueden materializarse en comportamientos activos u omisivos. Los primeros no presentan mayores problemas, mientras que siempre existen dudas acerca de la posibilidad de generar responsabilidades penales por las anomalías o falsedades omisivas. La jurisprudencia y doctrina han admitido en relación al delito de estafa que se puede engañar por omisión, ya que se entiende que algunas omisiones poseen valor concluyente, es decir, se interpretan como la afirmación o ratificación de un engaño. Según esta tesis, el silencio del sujeto obligado a informar a otros poseería idéntico valor que una manifestación positiva, pues la omisión de informar podría interpretarse como que no se tiene nada que decir o declarar¹⁵. Al estudiar el delito fiscal ya nos hemos manifestado en contra de generalizar esta solución, pues creemos que tratándose de defraudaciones, no es siempre posible equiparar el no sacar de un error con un engaño consumado¹⁶. Pero hay que tener en cuenta que aquí no estamos ante un supuesto de estafa o defraudación tributaria sino ante un delito societario, delito que no se estructura en base a una defraudación. En orden a las falsedades documentales, las realizadas por omisión son admitidas pacíficamente por la doctrina. Dichas falsedades consistirían en no hacer constar en un documento algo que debería haberse consignado. En consecuencia, podríamos hablar de una falsedad contable si simplemente se omiten datos que nos llevan a una valoración indebida de la situación real de la empresa. Pero para que ello sea admisible es necesario que exista un deber jurídico de incorporar la información que se omite. En definitiva, si el administrador silencia datos esenciales referidos a la situación empresarial al confeccionar el balance, responderá por esta modalidad delictiva pues sobre él pesa un deber jurídico de incorporar información faltante en las cuentas anuales.

Las falsedades deben aplicarse a las cuentas anuales, y otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. Estas cuentas anuales (balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria) no dejan de ser específicos documentos mercantiles, que nos indican el patrimonio, la situación financiera de la empresa y los resultados de su actividad. La contabilidad es llevada normalmente por las empresas a través de soportes informáticos, supuesto admitido desde hace mucho tiempo por la legislación mercantil, aunque ha llegado con mucho retraso al Código Penal,

¹⁴ Adviértase que el delito contable del artículo 310 del Código Penal exige en las letras c) y d) ciertos requisitos añadidos a la falsedad contable, justamente con la finalidad de no sancionar pequeñas incorrecciones. Así, se exige una falsedad en la declaración tributaria y al mismo que la cuantía de los abonos o cargos omitidos o falseados que supere los 30.000.000 de pesetas.

¹⁵ Aplicado a los delitos societarios, cfr. FARALDO CABANA: *Los delitos...*, op. cit., p. 350.

¹⁶ Cfr. BERDUGO, I., y FERRÉ OLIVÉ, J.: *Todo sobre el fraude...*, op. cit., p. 61.

que ha dado por fin cabida a los soportes informáticos en el concepto de «documento» (art. 26)¹⁷.

La doctrina se ha preocupado en indagar sobre el concepto de documento mercantil o de comercio¹⁸, terminología que no utiliza el artículo 290 del Código Penal. Este precepto se refiere a las cuentas anuales, que es un concepto de Derecho mercantil, suficientemente elaborado por la doctrina¹⁹, y «otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la empresa». Éste es un concepto muy amplio, que podría abarcar no solamente documentos mercantiles, sino todo aquel instrumento que cumpla la finalidad señalada.

Los documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad pueden tener naturaleza mercantil, pero también puede tratarse de instrumentos de índole tributaria, administrativa, laboral, etc. Estos últimos podrán generar no sólo un daño patrimonial a Hacienda o a la Administración en general, sino también a terceros, o a la propia sociedad, en cuyo caso podría ser de aplicación el tipo penal que aquí estamos analizando. Por otra parte, y en sentido opuesto, existen múltiples documentos mercantiles emanados de las sociedades que no integran el concepto previsto en el artículo 290 del Código Penal. En esta situación se encuentran los instrumentos que acreditan operaciones o actividades propias de la actividad mercantil, pero que no tienen por objeto reflejar la realidad jurídica o económica de la entidad.

Como hemos apuntado precedentemente, estamos ante un delito pluriofensivo, en el que se protege la función que cumple el documento en el tráfico jurídico mercantil y el patrimonio de la sociedad y de terceros, sin olvidar como fin último la protección del interés social general. Ante esta caracterización, nos preguntamos si estamos ante delitos de lesión o delitos de peligro. La modalidad del segundo párrafo del artículo 290 del Código Penal supone necesariamente un delito de lesión por partida doble, en tanto y en cuanto se exige una afección directa a la función que cumplen las cuentas anuales de la sociedad, y otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. Al mismo tiempo debe constatarse un perjuicio económico efectivamente causado a la sociedad, a alguno de los socios o a un tercero. Como ha señalado la doctrina, el perjuicio económico supone un requisito de difícil prueba, lo que ha llevado al legislador a configurar esta modalidad con una agravación en la pena respecto a la figura contenida en el primer párrafo del artículo 290 del Código Penal. El precepto no establece cuál es la cuantía requerida para constatar el perjuicio económico y, en consecuencia, una cifra insignificante podría ser apta para habilitar esta modalidad²⁰, situación que deberá ser valorada crítica y muy detenidamente por el juzgador.

¹⁷ Sin necesidad de contar con un precepto expreso como el actual artículo 26 del Código Penal, en el antiguo Código y en relación al delito contable no se apreciaba ninguna duda en orden a considerar los soportes informáticos como «contabilidad», a los efectos de identificar el objeto material de ese delito. Cfr. al respecto FERRÉ OLIVÉ: *El delito contable*, op. cit., p. 107.

¹⁸ Cfr. FARALDO CABANA: *Los delitos societarios...*, op. cit., p. 338.

¹⁹ Cfr. BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, 10.ª ed., Madrid, 1994, pp. 324 ss.

²⁰ Cfr. VALLE MUÑIZ, J. M.: *Comentarios...*, op. cit., p. 671.

La modalidad prevista en el primer párrafo del artículo 290 del Código Penal presenta mayores problemas a la hora de su caracterización jurídica. En primer lugar, es un delito de lesión, en cuanto debe constatarse la afección a la función que cumplen los documentos respectivos en el tráfico mercantil. Sin embargo, en cuanto al aspecto patrimonial, este precepto configura un delito de peligro, en tanto y en cuanto la lesión patrimonial no debe ser constatada, siendo suficiente la *idoneidad* para causar un perjuicio económico a la sociedad, a alguno de los socios o a un tercero. Parte de la doctrina venía señalando desde hace tiempo la necesidad de crear estos delitos de peligro abstracto contra el patrimonio, para permitir una persecución más eficaz de este tipo de falsedades²¹. Y esa apreciación es sin duda correcta, pues normalmente existen dificultades para imputar objetivamente el daño patrimonial a la falsificación del balance²².

Esta anticipación de la barrera de protección genera sin duda mayor eficacia en la persecución de las falsedades a la información social, dado que el delito se consumará sin necesidad de probar un efectivo perjuicio. Sin embargo, admitir sin más delitos de peligro contra el patrimonio puede llegar a suponer un gran retroceso en orden al fundamento material de la intervención del Derecho Penal. Justamente lo que caracteriza a los delitos patrimoniales, ante las desigualdades sociales subyacentes, es —debería ser— la excepcionalidad de su punición. Esta circunstancia justifica desde una perspectiva político criminal, el genérico requisito para los delitos patrimoniales de un específico ánimo de apropiación o ánimo de lucro, lo que a su vez ha hecho desaparecer de muchos códigos las modalidades imprudentes. Considero, pues, que la anticipación de la tutela del patrimonio a una simple situación de peligro no es admisible en el ámbito de un derecho penal garantista y democrático. Sin embargo, en el supuesto aquí analizado la situación es distinta. El sujeto debe haber lesionado previamente y de forma efectiva el bien jurídico propio de las falsedades documentales, esto es, la funcionalidad del documento mercantil. La suma de la lesión de dicho bien jurídico y la puesta en peligro del patrimonio dan plena validez a la técnica empleada, desde una perspectiva garantista. En definitiva no creemos que se deba cuestionar la intervención del Derecho Penal en los términos establecidos por el legislador.

Una vez constatado que estamos ante un delito de peligro, habrá que concretar qué clase de peligro es el que exige este supuesto del artículo 290 del Código Penal. La doctrina entiende, con acierto, que esta modalidad consagra un delito de aptitud, también llamado de «peligro hipotético», esto es, una modalidad de delito de peligro abstracto en el que se debe valorar la potencialidad lesiva de la falsedad respecto al patrimonio de los socios o terceros²³. El Juez será el encargado de llevar a cabo esta comprobación.

²¹ Cfr. BACIGALUPO, E.: «Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Monográfico 6, 1983, p. 74.

²² Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ: «El delito societario de administración fraudulenta», en *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, vol. XVII, p. 352, nota 204.

²³ Cfr. MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ: *Derecho Penal económico*, op. cit., pp. 109 ss.

Creo que existen importantes puntos de conexión entre los delitos contra la Hacienda Pública y el delito societario de falsedades en la información social. Ambas modalidades delictivas han supuesto una evolución técnica que toma como punto de partida las falsedades documentales. En los dos casos existen anomalías o falsedades en la contabilidad, cuentas anuales, estados financieros, etc., y se provoca un resultado con claro contenido económico. Sin embargo, las diferencias entre ambos grupos de delitos son también evidentes. Los delitos societarios protegen esencialmente el patrimonio, y el supuesto aquí analizado la funcionalidad del documento. Los delitos fiscales protegen la Hacienda Pública, con todas las peculiaridades que presenta dicho bien jurídico.

Un interesante problema podría plantearse entre las falsedades a la información social y la excusa absolutoria prevista en el ámbito del delito fiscal. El artículo 305.4 del Código Penal exime de responsabilidad penal a todo aquel que regularice su situación tributaria de manera espontánea, cumpliendo los requisitos enunciados expresamente en el mencionado artículo. El último párrafo dispone que «La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria». Idéntica previsión se contempla en relación al fraude contra la Seguridad Social en el artículo 307.3 del Código Penal y en relación al fraude de subvenciones en el artículo 308.4 del Código Penal. La cláusula de regularización, que pretende armonizar la solución que brinda a supuestos de regularización espontánea el Derecho Tributario y el Derecho Penal, permite que el sujeto que se acoge a esta opción quede exonerado de las falsificaciones de balances que hubiera llevado a cabo para defraudar a Hacienda o a la Seguridad Social. Esta cláusula excluye la aplicación del delito contable y de las falsedades en documento mercantil que se hubieran producido, siempre que se hubiera actuado con la finalidad anteriormente mencionada.

La disposición final 5.^a del Código Penal dispone que la exención de responsabilidad penal será aplicable aunque las deudas objeto de regularización sean inferiores a las cuantías establecidas en los citados artículos. En definitiva, cualquier falsedad en documento mercantil —incluidos los balances y cuentas— llevada a cabo para defraudar a Hacienda se beneficiará de estas disposiciones sea cual sea la cuantía de la defraudación, si se ha optado por la regularización tributaria.

Será frecuente apreciar, ante idéntica anomalía contable asentada en las cuentas anuales un perjuicio para la Hacienda Pública y para la propia sociedad o terceros. Si el administrador regulariza su situación tributaria, quedará exento de responsabilidad en los términos anteriormente expuestos. Sin embargo, esta solución no puede tener consecuencias en el ámbito del delito societario, pues la cláusula de regularización mencionada queda claramente limitada a la deuda tributaria y, por tanto, al delito contra la Hacienda Pública. El sujeto deberá responder en todo caso por el delito societario cometido.

LA ADMINISTRACIÓN SOCIAL FRAUDULENТА (ARTÍCULO 295 DEL CÓDIGO PENAL)

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ

*Catedrático de Derecho Penal. Vicerrector de Docencia y Profesorado.
Universidad de Huelva*

El delito de administración social fraudulenta, consagrado en el artículo 295 del Código Penal, supone una importante novedad en la intervención del Derecho Penal en el ámbito de las relaciones específicas del Derecho privado: más concretamente en el funcionamiento de las sociedades mercantiles. La incorporación de tan trascendente figura delictiva exige que nos preguntemos acerca del acierto de esta decisión, esto es, si desde una perspectiva político criminal era necesario recurrir a esta tipificación. Porque lo que parece estar fuera de discusión, ya que es fácilmente constatable, es que existe una tendencia en los Códigos Penales más actuales —y entre ellos, naturalmente, el español de 1995— a incrementar sustancialmente su ámbito de intervención a los más diversos órdenes de la vida, intentando resolver con la amenaza de pena todos o la mayor parte de los conflictos sociales. Asistimos, pues, a una auténtica hipertrofia del sistema penal. Por todo ello, puede llegar a pensarse que el nuevo delito de administración social fraudulenta supone la sanción de comportamientos que deben resultar ajenos a la intervención punitiva del Estado, o incluso conductas que pueden ser satisfactoriamente sancionadas con el simple recurso a otros delitos ya existentes, concretamente los delitos contra el patrimonio.

La incorporación de una modalidad de administración social fraudulenta al texto del Código Penal había sido demandada por un importante sector doctrinal, ante la constatación del gran número de abusos que se pueden cometer en el ámbito de las sociedades mercantiles, fundamentalmente por parte de los administradores. La situación había sido también advertida por los sucesivos Proyectos y Anteproyectos de reforma del Código Penal (1980, 1983, 1992, 1994), que incluían expresamente en su articulado esta peculiar modalidad de delito societario. Sin embargo, el conjunto de proyectos de reforma y las opiniones doctrinales no nos permiten afirmar tajantemente que la reforma llevada a cabo por el Código Penal de 1995 haya sido la más adecuada para poner fin a estos abusos. Por el contrario, no faltan voces críticas sobre la nueva regulación penal, e incluso se sugiere que con el delito contemplado en el artículo 295 del Código el Derecho penal ha dejado de ser la siempre mentada *ultima ratio*, para convertirse en la primera o única *ratio* para resolver muchos de los conflictos que pueden producirse en el ámbito de la administración de sociedades mercantiles.

Como hemos apuntado, la doctrina venía reclamando la creación de un específico delito societario de administración fraudulenta, pues entendía que las clásicas figuras de estafa y apropiación indebida no brindaban una solu-

ción satisfactoria para resolver la amplia problemática generada por los fraudes contra intereses sociales cometidos por los administradores¹. Sería bastante difícil —aunque no imposible— apreciar el engaño exigido en el delito de estafa, pues el administrador social accede a los bienes de manera legítima, sin engaño. Por otra parte, el acto de disposición patrimonial lo suele llevar a cabo el propio administrador y no un tercero, como exige el delito de estafa. De la misma manera, la doctrina ha venido rechazando la aplicación del delito de apropiación indebida a muchos supuestos de administración fraudulenta, dado que en las conductas de administración fraudulenta puede darse una distracción o desvío de fondos con carácter provisional (bienes sociales que posteriormente se reponen, cualquier apoderamiento no definitivo, etc.) que no permiten apreciar una apropiación indebida. Tampoco pueden considerarse comprendidas en la apropiación indebida las conductas que no impliquen, técnicamente, un acto de apropiación². La regulación del Código anterior planteaba, pues, bastantes lagunas de punibilidad.

Como venimos afirmando, el administrador puede llevar a cabo prácticas que no suponen un perjuicio patrimonial directo, perjuicio que podría habilitar, en su caso, la aplicación de los tradicionales delitos de estafa o apropiación indebida. Sin embargo, este administrador asume riesgos intolerables, caracterizables como fraudulentos, que desembocan en un perjuicio patrimonial. Así pueden apreciarse en la conducta del administrador frecuentes casos de abuso de crédito bancario (autopréstamo, préstamo a sociedades interpuestas que devienen insolventes, en general conductas de gestión fraudulenta en el marco de la actividad bancaria, etc.) o cualquier otra práctica que le permita, en base a asumir riesgos innecesarios para el patrimonio social, y amparándose en la estructura de la sociedad, enriquecerse o enriquecer a terceros con grave perjuicio para los intereses sociales.

La aproximación de estas conductas al ámbito de los delitos socioeconómicos que lleva a cabo el Código Penal de 1995 supone adoptar un importante cambio de perspectiva. No se atiende exclusivamente a la naturaleza patrimonial del delito cometido, sino que el componente socioeconómico obliga a reinterpretar el bien jurídico tutelado y las concretas características típicas que resultan enunciadas en el artículo 295 del Código Penal. Sin embargo, el delito se estructura sobre la base de la lesión patrimonial, aunque como ha destacado la doctrina, en la administración social fraudulenta se aprecia la inexistencia de una relación bilateral nítida entre autor y víctima, como ocurre en los delitos patrimoniales más tradicionales³.

Sin perjuicio de todas las apreciaciones precedentes, y pese a la denunciada y palpable hipertrofia del sistema penal, entiendo que la creación de un delito específico de administración social fraudulenta era indispensable en nuestro sistema penal. El fracaso práctico por defectos en la regulación legal

¹ Cfr. MARTÍNEZ BUIJÁN-PÉREZ: «El delito societario de Administración fraudulenta», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVII, p. 309.

² Cfr. FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*, Valencia, 1996, p. 541.

³ Cfr. ARROYO ZAPATERO, L.: «Los delitos societarios en el Proyecto de 1992», en ARROYO ZAPATERO/TIEDEMANN, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Cuenca, 1994, p. 57.

o bien por reticencias jurisprudenciales hizo inaplicables los delitos tradicionales contra el patrimonio o gravísimos supuestos de administración social fraudulenta, creando una amplia zona de impunidad. Esta situación exigía adoptar medidas más drásticas, indispensables cuando se advierte la facilidad con la que gestores o administradores, que en muchos casos acceden al poder social en base al control de una pequeña parcela del capital, cometen flagrantes abusos que terminan perjudicando patrimonialmente a la propia sociedad, a sus socios, depositarios, etc. Afirmar la necesidad de tutela no supone, sin embargo, valorar positivamente la técnica legislativa empleada por el Código Penal de 1995.

A la hora de tipificar la administración fraudulenta el legislador podría haber optado por distintas soluciones, que se encuentran vigentes en otros países de nuestro entorno. El más consolidado y defendido por la doctrina española es, sin duda, el sistema de la *Untrue* o infidelidad consagrada en el Código Penal Alemán (par. 266 StGB)⁴, que se basa en la criminalización genérica de toda producción dolosa de una lesión patrimonial, cuando se trate de la administración de un patrimonio ajeno. Y ésta es sin duda una solución correcta desde la perspectiva político criminal, porque la problemática de la administración fraudulenta de patrimonios ajenos excede el ámbito societario⁵. Siendo aceptados estos argumentos, es lógico que la práctica totalidad de la doctrina española propugnara esta solución, antes de la aprobación del Código Penal de 1995. Incluso se ha llegado a proponer por la doctrina la compatibilidad de una figura genérica de administración fraudulenta como delito contra el patrimonio, y una figura específica de administración fraudulenta en el ámbito societario⁶. Sin embargo, el nuevo Código Penal no ha optado por introducir esta modalidad genérica de delito contra el patrimonio, sino que ha creado exclusivamente una figura específica de administración fraudulenta en el ámbito societario, en el artículo 295 del Código Penal.

Si tener en cuenta esta tendencia legislativa que limita el delito de administración fraudulenta al ámbito societario, parte de la doctrina no cesa en solicitar una aproximación al modelo alemán de infidelidad⁷, e incluso existe alguna propuesta que colocaría en un segundo plano la lesión a los distintos bienes jurídicos tutelados, construyendo una específica categoría de delitos de infidelidad, que contaría con este elemento propio del desvalor de acción como único denominador común, y que englobaría, entre otros, los ámbitos patrimoniales y

⁴ Solución que coincide con las que brindan los códigos penales suizo (art. 159), austríaco (par. 153) y portugués (art. 319). TERRADILLOS sostiene, sin embargo, que «tampoco habría que ver en la *Untrue* alemana la panacea universal». Cfr. «Derecho penal de empresa», Madrid, 1995, p. 91. En relación a la situación del delito de administración fraudulenta en el derecho italiano, puede verse la importante obra de FOFFANI, L.: *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Milán, 1997, pp. 451 ss.

⁵ Cfr. MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, C.: *El delito societario*, op. cit., p. 266.

⁶ Vid. por todos MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, C.: *El delito societario*, op. cit., p. 340.

⁷ Cfr. BACIGALUPO, E.: «La problemática de la administración desleal en el derecho penal español», en AAVV, *Hacia un derecho penal europeo (Libro homenaje a Klaus Tiedemann)*, Madrid, 1995, pp. 396 ss.

societarios⁸. Ante esta propuesta conviene recordar que la persecución penal de conductas consistentes en una infidelidad o deslealtad nos señala claramente el desvalor de la conducta, que también debe concretarse como es lógico en el desvalor del resultado, esto es, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

No podemos olvidar tampoco que en relación a la figura alemana de infidelidad se discute vivamente si lo que se protege es el vínculo de fidelidad en sí mismo, o el patrimonio administrado. Como sostiene FARALDO CABANA el deber de fidelidad no puede confundirse con el bien jurídico tutelado, y menos aún absorberlo formalizando el injusto⁹. El artículo 295 del Código Penal no se basa expresamente en un deber de fidelidad sino en la prohibición de conductas fraudulentas, comportamientos que de forma activa o incluso omisiva lesionan de manera efectiva alguno de los patrimonios protegidos por el precepto penal. Al exigir una lesión efectiva al patrimonio el legislador ha rechazado las opiniones de la doctrina que exigía, con la finalidad de dar mayor sentido y eficacia práctica a esta modalidad delictiva, la creación de un delito de peligro concreto para el patrimonio¹⁰, denominándolo incluso delito de *peligro societario*¹¹.

Sin embargo, y posicionándome en este aspecto en contra de la doctrina mayoritaria, considero que no es posible admitir delitos de peligro contra el patrimonio, salvo que se trate de delitos pluriofensivos, en los que el peligro hacia un bien jurídico tan peculiar como es el patrimonio haya sido suficientemente refrendada con, al menos, la lesión efectiva a otro bien jurídico. Si bien estamos ante un delito muy peculiar, con componentes socioeconómicos y el requisito expreso de una lesión patrimonial, creo en relación a este supuesto que apreciar un delito de peligro patrimonial puede suponer un gran retroceso en orden al fundamento material de la intervención del Derecho penal, pues justamente lo que debe caracterizar a los delitos patrimoniales en el marco de un derecho penal garantista es, o al menos debería ser, la excepcionalidad de su punición. Por ese motivo debería constatararse la lesión patrimonial tal como exige, a mi entender muy correctamente, el vigente artículo.295 del Código Penal.

No resulta posible en este trabajo analizar muchos aspectos conflictivos o polémicos que surgen de la interpretación del delito de administración social fraudulenta. Por ello, es mi intención limitarme a valorar una reciente sentencia del Tribunal Supremo, que contempla la aplicación de la clásica figura de apropiación indebida a algunos supuestos —pocos, pero importantísimos por su trascendencia económica y social— de administración fraudulenta. Analizando esta sentencia nos preguntamos si con esta línea jurisprudencial no se estará llegando, por vía interpretativa, a una solución única para todos los supuestos de administración fraudulenta, en una clara aproximación al modelo alemán de infidelidad.

⁸ Cfr. RUIZ RODRÍGUEZ, L.: *Protección penal del mercado de valores*, Valencia, 1997, pp. 70 ss.

⁹ Cfr. FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*, op. cit., pp. 560 ss.

¹⁰ Cfr. MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, C.: *El delito societario*, op. cit., p. 345.

¹¹ Cfr. NIETO MARTÍN, A.: *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, 1996, p. 245, y los autores allí citados.

MUÑOZ CONDE, que antes de la reforma había mantenido la necesidad de crear la figura de administración social fraudulenta, sostuvo también que la regulación concreta que se proyectaba no cubría realmente muchas lagunas de punibilidad¹². ¿Se trataba de auténticas lagunas en los tipos penales entonces vigentes? ¿Eran realmente incompletos los tipos proyectados? Creo muy acertado el planteamiento que en su día realizó MARTÍNEZ BUJÁN, al sostener que la necesidad de crear el nuevo tipo penal de administración social fraudulenta pudo venir dada por la (mala) práctica de los tribunales, que durante muchos años no han castigado numerosos supuestos de administración social fraudulenta¹³. Esta tendencia jurisprudencial ha sido considerada sospechosa, inclusive, de estar fundamentada en causas extra-dogmáticas¹⁴.

En este sentido, la jurisprudencia ha mantenido reiteradamente que las conductas de administración fraudulenta no son subsumibles en el delito de apropiación indebida, pues no suponen estrictamente la apropiación de dinero por un título que obligue a entregar o devolver, basándose en que existe un perjuicio al patrimonio en general y no una afección a cosas determinadas¹⁵. Sin embargo, una vez creado el delito societario de administración fraudulenta con el Código Penal de 1995, la jurisprudencia parece haber dado un importante giro interpretativo, haciendo resurgir los textos legales que antes no se aplicaban.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1998, en el llamado caso *Argentia Trust*, analiza los hechos consistentes en una «orden de transferencia, no justificada por contraprestación alguna en beneficio de Banesto, en favor de una entidad que, por sus peculiares características, permite asegurar fue meramente vehículo para orientar el dinero en dirección desconocida». La expectación provocada por esta sentencia radica —al margen de su enorme repercusión periodística por la identidad de los acusados— en que se trata de uno de los primeros fallos que podrían permitir la aplicación del nuevo artículo 295 del Código Penal. Sin embargo, la sentencia analiza una problemática más amplia, que excede y a la vez excluye el análisis en profundidad del mencionado artículo.

El fallo analiza la posible aplicación de dos figuras penales: la administración social fraudulenta del artículo 295 del Código Penal y lo que podría considerarse una modalidad específica de apropiación indebida, consistente en la distracción de dinero, resultante del artículo 252 del Código Penal, que en el caso concretamente analizado conduciría a la fórmula agravada del artículo 250.6 del Código Penal. Esta modalidad de administración fraudulenta consistiría, según esta sentencia, en distraer dinero que se administra «en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado». Este tipo penal sería aplicable exclusivamente cuando se tratara de dinero pues éste, por su carácter fungible, no es susceptible de apropiación sino de «distracción». Se entiende que

¹² Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: «La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 16, p. 117.

¹³ Cfr. MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, C.: *El delito societario*, op. cit., p. 313.

¹⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *La ideología*, op. cit., p. 116.

¹⁵ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, 29 de enero de 1991.

cuando el dinero se entrega se pierde su propiedad, que la adquiere el nuevo poseedor. Por ello, el artículo 252 del Código Penal habla de «distracción» de dinero¹⁶. La conducta fraudulenta no afectaría a la propiedad, sino al patrimonio, siendo este último el bien jurídico tutelado.

Al analizar actos de administración fraudulenta llevados a cabo por la persona que actúa como administrador de una sociedad anónima, el Alto Tribunal entiende que sería aplicable el delito de administración social fraudulenta del artículo 295 del Código Penal, pero también la figura que resulta del actual artículo 252 del Código Penal referido a la apropiación indebida. Según esta línea jurisprudencial, en el artículo 252 del Código Penal vigente (y en el art. 535 del Código Penal derogado) se yuxtaponen dos tipos distintos de apropiación indebida, «el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal, distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance».

Lo que conviene destacar de esta sentencia es el llamativo y tal vez extemporáneo cambio en la dirección jurisprudencial, al admitir la aplicación del delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal al supuesto de administración fraudulenta. El delito pasaría a llamarse *gestión desleal, impropia apropiación indebida* o incluso *apropiación indebida de dinero*¹⁷. De ser aceptada esta tesis, con la conjugación de los artículos en análisis (252 y 295 del Código Penal) se cubriría un espectro muy amplio, y próximo al modelo alemán de la infidelidad, llegándose a una criminalización completa de los actos de administración fraudulenta, dado que este artículo 252 del Código Penal sería aplicable a actos de administración llevados a cabo dentro y fuera del ámbito societario. Incluso se ha ido perfilando una descripción de estos nuevos delitos en la muy cuestionable categoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber¹⁸.

Muchas son las dudas que plantea esta línea interpretativa. Sus propios defensores consignan que esta solución, que ya se habría aplicado antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, supone una «extensión dogmática del tipo de la apropiación indebida para resolver defectos del legislador que conducían a insatisfactorias consecuencias político criminales»¹⁹. La amplia-

¹⁶ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, N.: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, Barcelona, 1994, pp. 208 ss.

¹⁷ Esta es la denominación que valora negativamente CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: «Acercas de la mal llamada apropiación indebida de dinero», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 335, 26 de marzo de 1998.

¹⁸ Allí parecen conducirnos las apreciaciones de CHOCLÁN MONTALVO, cuando afirma que «la esencia del delito de administración desleal, tanto el tipificado en el artículo 252 del Código como el que recoge expresamente el artículo 295, reside en la producción dolosa de un perjuicio de modo contrario a deber y no en el beneficio obtenido por el autor». Cfr. «Acercas de la mal llamada apropiación indebida de dinero», *op. cit.*, p. 3. En relación a los delitos consistentes en la infracción de un deber y su incidencia en los delitos societarios, puede verse FERRÉ OLIVÉ, J.: «Sujetos responsables en los delitos societarios», en *Revista Penal*, n.º 1, p. 27.

¹⁹ Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *Acercas de la mal llamada apropiación indebida de dinero*, *op. cit.*, p. 2.

ción, por vía interpretativa, del delito de apropiación indebida a todo supuesto de distracción del dinero administrado puede ser una solución correcta desde la perspectiva político criminal, aunque debe tenerse en cuenta que dicha ampliación podría llegar a afectar directamente el principio de legalidad penal y la prohibición de la analogía.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1998 también sostiene que esta solución resolvería un importantísimo problema probatorio, pues sería de aplicación «aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que él mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su *status*». Sin embargo, nos llama poderosamente la atención que justamente se ha afirmado por la doctrina que en muchos supuestos el delito de apropiación indebida no sería aplicable, por las dificultades probatorias que se constatan en relación a la apropiación definitiva y directa de los fondos sociales²⁰. ¿Podemos justificar esta nueva línea interpretativa, cuando persigue directamente eludir la carga de la prueba?

Considera, por último, esta sentencia que será inevitable que actos de administración fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el artículo 252 y en el artículo 295 del Código Penal, «porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan». Aunque podría haber optado por el concurso ideal de delitos, el Tribunal Supremo lo ha hecho por el concurso aparente de normas penales (alternatividad) haciendo prevalecer el precepto que impone la pena más grave —en este caso artículo 252 en relación al artículo 250.6.º del Código Penal—. Para ello ha considerado aplicable la regla 4.ª del artículo 8 del Código Penal, pues se ha considerado que el delito societario de administración fraudulenta del artículo 295 del Código Penal no es un delito especial en relación a la fórmula de apropiación indebida del artículo 252. En este sentido, como ya señalara VALLE MUÑIZ, no existe una relación lógica de inclusión o subordinación entre ambos preceptos: no todos los supuestos de administración desleal tienen cabida en el delito de apropiación indebida²¹.

Si fuera aceptada la línea jurisprudencial ahora propuesta, no podríamos dejar de preguntarnos por qué esta solución llega tan tarde, cuando para resolver las impunidades que se han venido apreciando en el ámbito de la administración fraudulenta se ha tenido que recurrir, ni más ni menos, que a una importante reforma legislativa. Incluso puede ratificar la idea sostenida por la doctrina, que no achacaba ese ámbito de impunidad a la inoperancia de los preceptos penales entonces vigentes, sino a inconfesables finalidades extradogmáticas que obstaculizaron importantes decisiones judiciales.

²⁰ Cfr. MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, C.: *El delito societario*, op. cit., p. 314; TERRADILLOS BASOCO, J.: *Delitos societarios*, Madrid, 1987, p. 45.

²¹ Cfr. VALLE MUÑIZ, en AAVV: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1996, p. 692.

EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO: IMPOSICIÓN DE ACUERDOS ABUSIVOS Y LESIVOS (ARTÍCULOS 291 Y 292 DEL CÓDIGO PENAL)

JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR
Presidente de la Audiencia Provincial de Ávila

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. IMPOSICIÓN DE ACUERDOS ABUSIVOS EN PERJUICIO DE LOS DEMÁS SOCIOS. III. ACUERDOS LESIVOS PARA LA SOCIEDAD O SUS SOCIOS ADOPTADO POR UNA MAYORÍA FICTICIA.

I. INTRODUCCIÓN

Al tratar de los delitos a que me voy a referir, principalmente el delito de imposición de acuerdos abusivos para los demás socios en prevalimiento de una situación mayoritaria, previsto hoy en el artículo 291 del Código Penal, y también, aunque en menor medida, por ofrecer contornos más claros, el siguiente precepto, el artículo 292, que incrimina las conductas relativas a los acuerdos lesivos para la sociedad o para los socios, adoptado por una mayoría ficticia, se hace necesario, establecer su encuadramiento sistemático como delitos societarios, dentro del capítulo XIII, del propio Título XIII de nuestro Código Penal, que lleva por epígrafe «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico».

Como han dicho MARTÍNEZ-PEREDA y RODRÍGUEZ MOURULLO, la nueva realidad sociológica de las grandes sociedades hace fracasar los mecanismos de control previstos por el Derecho privado y que parecen provenir de una época calificada de paleocapitalista. Las asambleas de accionistas pueden controlar a las pequeñas sociedades, pero la realidad es que las grandes funcionan oligárquicamente y la mayoría de los votos necesaria para la aprobación de una decisión refleja, en realidad, los intereses de una minoría de socios, cuya participación social es más exigua cuanto más elevado es el número de accionistas. Se sustituye así la base democrática por el abstencionismo de los accionistas, el desplazamiento del poder económico de la sociedad al denominado por GARRIGUES «capitalismo de grupo», viniendo a representar este ente colectivo una especie de microcosmos de la historia económica y política.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, las tradicionales figuras delictivas de estafa, apropiación indebida, falsedades documentales, no siempre resultaban aplicables a las peculiaridades del mundo societario y habían quedado obsoletas e ineficaces para perseguir los graves perjuicios originados por los administradores de las sociedades capitalistas. Sin embargo, importantes y noticiosos procesos que afectan a grandes intereses económicos están siendo aún enjuiciados por conductas tachadas como tradicionales por la doctrina

científica, y la respuesta penal se ha revelado adecuada para la gravedad de tales comportamientos.

Por otro lado, la entrada de España en la Unión Europea, determinó la incorporación a nuestro derecho interno de una serie de directivas que fortalecieron, en unos casos, las garantías civiles frente a los abusos de dominio, aparentemente obtenidos de forma lícita, o en otros casos, ilegítimamente logrados, entrando, por primera vez, la órbita punitiva para reprimir una serie de conductas que, a lo máximo, hasta ahora podían ser reparadas por la jurisdicción civil. Nos referimos naturalmente a los delitos societarios que, como ha dicho el profesor MARTÍNEZ-BUJÁN cubren una de las lagunas más llamativas existentes hasta la fecha en nuestro Derecho penal.

En general, tal creación ha sido plenamente justificada por la doctrina científica, por concurrir en esta materia tanto una necesidad dogmática como una necesidad político-criminal, apreciada, entre otros, por STAMPA y por BACIGALUPO, pues la incorporación de estos delitos societarios al Código Penal suponía adherirse a una línea, doctrinal y jurisprudencial, cada vez más asentada, mientras otros autores, como GÓMEZ BENÍTEZ, juzgaron oportuno que quedasen extramuros del texto penal común.

Ahora bien, no todo comportamiento antijurídico debe ser sometido a la sanción penal, pues el principio de intervención mínima que ya resaltaba la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989 de reforma del Código Penal, diciendo que «el aparato punitivo reserva su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso de la pena; tan grave decisión se funda a su vez en la importancia de los bienes jurídicos en juego y en la entidad objetiva o subjetiva de las conductas que los ofenden», y que hoy, tal principio de intervención mínima es llevado también a la Exposición de Motivos del nuevo Código Penal de 1995; pues bien, tal principio, como decimos, no puede tolerar la entrada del Derecho penal en todos los ámbitos de la actividad mercantil. Al respecto, se ha distinguido por SCHLNEMENN entre criminalidad *en* la empresa y criminalidad *de* la empresa. Únicamente en la primera podemos encuadrar este tipo de delitos, que, por lo demás, y con esto adelantamos una conclusión, el primero de los tipos que vamos a estudiar tiene una justificación penal muy mermada, por lo que ha recibido una crítica general por parte de la comunidad científica.

Conviene adelantar ya desde este momento que, apartándose de sus precedentes legislativos, en cuanto a las condiciones de perseguibilidad, el Código actual recoge en su artículo 296 que los hechos descritos en el capítulo de los delitos societarios sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, matizando que cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio fiscal. Sin embargo, hay un caso de delito estrictamente público, no siendo necesaria la denuncia cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o una pluralidad de personas, de donde habrá de interpretarse, para no encontrarnos en un caso de pleonazgo, pues los intereses de muchos suelen ser generales, a la afectación a intereses públicos, entendido sea en sentido amplio, en donde la querrela del Fiscal estaría plenamente justificada. Y

en contra de lo mantenido por algunos autores, sobre la naturaleza privada de estos delitos, entendemos que, en todos ellos, superadas las condiciones de perseguibilidad ejercitará la acción penal, conjunta o aisladamente, si hay base para ello, el Ministerio fiscal.

Los delitos que trataremos a continuación, y prácticamente todos ellos, excepto el artículo 295, se encuentran, por su penalidad, sometidos al conocimiento, en primera instancia, de los Juzgados de lo Penal, y en apelación, ante la correspondiente Audiencia Provincial, ya que el Juez —en los artículos 291 y 292— puede optar por una pena privativa de libertad, de seis meses a tres años de prisión, o por una pena de multa del tanto al triplo del beneficio obtenido. Critica el tristemente desaparecido profesor VALLE MUÑIZ que en la imposición de la pena el legislador, separándose del criterio seguido en el Proyecto de 1994, se incline por el sistema proporcional en lugar del sistema escandinavo, de «días-multa», cuando este último hubiera resultado más congruente, dado que el tipo penal no exige, como luego veremos, para su consumación beneficio alguno, y ni siquiera perjuicio efectivo para los demás socios. Añadiendo que puede producir serias distorsiones en la labor de determinación judicial de la pena, ya que de no haberse podido constatar beneficio efectivo, el juez estaría compelido a aplicar la pena privativa de libertad, mientras que en casos más graves, en los que se pruebe el beneficio económico, el juez podría aplicar la pena de multa, como con acierto expone GRANADOS PÉREZ.

II. IMPOSICIÓN DE ACUERDOS ABUSIVOS EN PERJUICIO DE LOS DEMÁS SOCIOS

Con relación ya más concreta al análisis del artículo 291 del Código Penal, dispone este precepto que *«los que, prevaleciéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido»*.

La conducta típica, por consiguiente, consiste en la imposición de acuerdos abusivos, prevaleciéndose de una situación mayoritaria lícitamente obtenida, a diferencia de la conducta incriminada en el artículo siguiente, en la cual el acuerdo lesivo para la sociedad o para los socios es adoptado por una mayoría ficticia, que es obtenida por medios espurios.

La legislación de sociedades anónimas declara impugnables por la vía judicial privada «los acuerdos de las Juntas que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o terceros, los intereses de la sociedad» (art. 115.1). Es por ello que, entre otros autores como FARALDO, VALLE MUÑIZ critica la incriminación de esta conducta, del citado artículo 291 del Código Penal, y recuerda, como escribe GRANADOS PÉREZ, que los acuerdos abusivos criminalizados se obtienen en virtud de una representación lícitamente obtenida, sin que estemos ante un supuesto de manipu-

lación fraudulenta de las cuotas de representación en los órganos sociales, pues no se trata de mayorías ficticiamente obtenidas. El acuerdo abusivo se impone sencillamente por la mayoría en detrimento de la minoría, por lo que no se considera necesaria la intervención del Derecho penal, estimando suficientes otros instrumentos normativos, sin olvidar que los comportamientos que pudieran dañar los derechos básicos de los socios se hallan expresamente criminalizados en el artículo 293 y que las conductas desleales más gravemente nocivas para sus intereses patrimoniales están previstas en el artículo 295. En este mismo sentido, TERRADILLOS, quien sugirió que se separaran los comportamientos delictivos previstos en los artículos 291 y 292, imposición de acuerdos abusivos y acuerdos lesivos, llamando la atención sobre la necesidad de deslindar nítidamente estos dos comportamientos, propugnando la criminalización del segundo y poniendo en tela de juicio la tipificación del primero, en cuanto, como dice DEL ROSAL BLASCO, no es más que un mero refuerzo de la interdicción general del abuso del derecho contenida en el artículo 7 del Código Civil.

Por lo demás, como dice MARTÍNEZ-BUJÁN, la situación mayoritaria puede consistir tanto en una mayoría de capital (en las sociedades capitalistas: sociedad anónima, de responsabilidad limitada y sociedad comanditaria por acciones), como en una mayoría de personas (sociedades personalistas: sociedad colectiva y comanditaria simple). Teniendo en cuenta que, aunque el texto diga expresamente «en la Junta de accionistas o [en] el órgano de administración de cualquier sociedad», debemos restringir la aplicación de este tipo penal a los casos de abuso mayoritario en el seno de las sociedades mercantiles, pues tal «Junta de accionistas» no debe ser entendida en sentido técnico mercantil, sino en un sentido específicamente técnico-penal, que permitirá abarcar todos los diversos tipos de sociedades, aun cuando en ellas, como se ha dicho, no exista accionista alguno. El propio Código Penal nos da una interpretación auténtica, al decir en el artículo 297 que «a los efectos de este Capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado». La expresión «de modo permanente en el mercado», dará mucho que hablar, y en todo caso, será una restricción intolerable de comportamientos delictivos en sociedades de objetivo cuasi-instantáneo.

El verbo «imponer», en el sentido definido por TERRADILLOS es tanto como «lograr el consenso de una voluntad anteriormente contraria que se doblega mediante el prevalimiento». Para DEL ROSAL BLASCO la imposición del acuerdo implica que se obliga o fuerza a aceptar y a pasar por él y por sus consecuencias a los socios disidentes, mediante la utilización de los mecanismos legales que, de por sí, se ponen al servicio de los socios mayoritarios y que les confieren esa situación de superioridad o prevalencia frente a los socios minoritarios.

Veamos algunos ejemplos. Una sociedad anónima decide en Junta General comprar las acciones de otra sociedad en la que participan los socios mayoritarios de la primera, a un precio muy superior al de mercado, impugnando tal acuerdo los socios minoritarios. O como variante del ejemplo anterior, la ampliación de capital con los mismos fines (adquisición de nueva sociedad

deficitaria). O bien una sociedad que, tras la compra de la mayoría del capital de sus competitivas, tome el acuerdo mayoritario de cesión o supresión de las marcas comerciales o los modelos industriales o de utilidad, lo que supone la pérdida de mercado y la clientela, con utilización de posición de dominio o de monopolio. En fin, los ejemplos pueden ser innumerables, y sobre todo, en muchos casos, estarán suficientemente maquillados, mediante lo que se ha llamado la ingeniería societaria y financiera, lo que producirá, primero, importantes problemas probatorios y, luego, un difícil encaje jurídico-penal, ya que, como a continuación veremos, será en la práctica muy difícil integrar el elemento normativo del «acuerdo abusivo» en la jurisdicción civil o en la jurisdicción penal.

Es muy posible, además, que, en la práctica, ofrecerá muy sugestivas posibilidades en este tipo de delitos la teoría del error, que será generalmente de tipo y no de prohibición, dados los términos en que está redactado, pues muestra el aspecto valorativo de las condiciones sociales negativas de tal conducta, y al ser el acuerdo mayoritario, formalmente lícito, y no obtenido por mayoría ficticia, el error vencible dará lugar a la absolucón, por no estar previstas fórmulas imprudentes.

Los elementos nucleares de este delito, a nuestro juicio, son los siguientes: *a)* que exista un acuerdo tomado en la junta de accionistas o [en] el órgano de administración de cualquier sociedad; *b)* que tal acuerdo sea abusivo; *c)* que sea de contenido económico; *d)* que se adopte con prevalimiento de una situación mayoritaria; y *e)* que no se reporten beneficios a la sociedad. Estudiemos cada uno de estos elementos.

a) Que exista un acuerdo tomado en la junta de accionistas o (en) el órgano de administración de cualquier sociedad.

No es necesario más que exista un acuerdo, ya que, aunque el legislador utiliza el plural «acuerdos abusivos», hay que entender, como dice MARTÍNEZ-BUJÁN, que para la integración del tipo bastará con un único acuerdo y que si se imponen varios acuerdos (con una unidad jurídica de acción) existirá un solo delito, sin que venga en aplicación la figura del delito continuado definida en el artículo 74.

Ha de ser tomado tal acuerdo en junta de accionistas o en el órgano de administración de cualquier sociedad, lo que, significa, primeramente, que la sociedad debe ser tomada en el sentido amplio dispuesto en el artículo 297, como antes expusimos, y en segundo lugar, que, al hablar de órgano de administración, no está excluido como participe el que no sea «socio», al poder tomar parte del mismo, lo que nos lleva a analizar el sujeto activo de este delito, oscurecida su configuración jurídica por la mención legal «los demás socios».

Se trata, como dice GRANADOS PÉREZ, de un delito especial, en cuanto que para la autoría del tipo se requiere la concurrencia de una determinada cualidad, cual es la de ser socio mayoritario en la Junta de accionistas o miembro del órgano de administración, en el que igualmente detente una posición mayoritaria. Y dentro de la categoría de los delitos especiales, hay que considerarlo «especial propio» en cuanto no tiene correspondencia con un delito común, como indica GIMBERNAT.

Tenemos que indicar, en primer lugar, que el texto legal recurre, de nuevo, incorrectamente al plural «los que», lo que podría inducir a pensar que estamos en presencia de un delito pluripersonal, requiriéndose varios sujetos activos, que, en absoluto, puede sostenerse, ya que es posible que una sola persona cometa este delito, con tal de que se prevalega de su situación mayoritaria, en las condiciones legales. Habrá que interpretar, dice MARTÍNEZ-BUJÁN, que, como todos los delitos del capítulo comienzan con la mención del sujeto en plural, el legislador se vio invadido por una especie de «contagio morfológico».

En principio, hay que convenir que difícilmente será posible la participación del *estraneus* en el delito, que es tanto, como conseguir la mayoría absoluta, de un no socio o partícipe social. Sin embargo, tal conducta podría constituir la autoría asimilada en la inducción o en la cooperación necesaria, con las ventajas, en su caso, del artículo 65.1 del Código Penal.

b) Que tal acuerdo sea abusivo.

Como dice GRANADOS PÉREZ, la concreción de abusivo de un acuerdo vendrá orientada por dos notas afirmativas y un elemento negativo. Se requiere que se tome con ánimo de lucro, propio o ajeno, es decir, que el acuerdo beneficie, *a priori*, a quienes detentando una posición mayoritaria, deciden tomarlo, o en beneficio de otras personas distintas, y que del acuerdo puedan resultar —o resulten efectivamente— perjudicados en sus intereses patrimoniales los socios minoritarios. Y como elemento negativo, que, en ningún caso, reporte beneficio a la sociedad, pues si el acuerdo beneficia, en mayor o en menor medida, a los intereses societarios, escaparía de la órbita del precepto y resultaría atípico.

La cuestión nuclear para la concurrencia de este delito es el carácter abusivo de tal acuerdo, lo que significa un verdadero elemento normativo del tipo, y lo difícil será trazar la frontera entre el ilícito civil y el ilícito penal, encuadrable en este delito. La única noción delimitadora será la gravedad del abuso, el grosero prevalimiento de la situación mayoritaria, la naturaleza del acuerdo, los intereses económicos en juego, como luego veremos, y el perjuicio potencialmente causado («en perjuicio de», dice el precepto) los demás socios y no en perjuicio de la sociedad, la cual no se protege, incomprensiblemente, en la letra del precepto. No se comprende que para la impugnación civil de acuerdos, conforme a la Ley de Sociedades Anónimas, se garanticen y tutelen los intereses de la sociedad (art. 115) y no se tengan en cuenta a los efectos penales. ¿Podríamos entender que lo que no beneficia a la sociedad, la perjudica?, ¿o existen acuerdos neutros o inocuos? Para VALLE MUÑIZ, tal redacción le parece desafortunada, ya que la propia sociedad también debería figurar como sujeto pasivo. Por lo demás, volvemos otra vez al plural, «los demás socios», cuando perfectamente es posible que los intereses de un solo socio sean perjudicados por el delito.

c) Que sea de contenido económico.

No es pacífica la doctrina sobre la concurrencia de este elemento o requisito del delito. Así, MARTÍNEZ-BUJÁN entiende que el perjuicio no tiene que ser de índole económica, y pone como ejemplo la imposibilidad de ejecutar

determinados derechos a consecuencia de un acuerdo de reducción del capital. Nosotros no compartimos tal tesis, pues tales derechos tendrán, a buen seguro, traducción económica, y estamos más conformes con DEL ROSAL BLASCO, que mantiene que, dada la rúbrica del Título XIII, en donde se encuadran tales delitos, han de tener contenido económico y que existe expresa mención al perjuicio económico en otros apartados del mismo capítulo.

d) Que se adopte con prevalimiento de una situación mayoritaria.

Creemos que valdrá con cualquier mayoría, con tal que sea la legalmente necesaria para tomar el acuerdo, sin que el precepto exija, ni una interpretación teleológica del mismo lo precise, que se trate de una gran mayoría frente a una mínima, esto es, que puede cometerse el delito aun cuando las partes enfrentadas en la Junta u órgano de administración cuenten con parecidas porciones de «poder». Ahora bien, como dice MARTÍNEZ-BUJÁN, conviene tener en cuenta que no es suficiente con la simple utilización de la aludida situación mayoritaria. El sujeto activo ha de prevalerse de la misma. Por consiguiente, hay que dotar además a este verbo del significado gramatical que doctrina y jurisprudencia vienen otorgándole cuando se incorpora como elemento típico de las conductas delictivas o de las circunstancias agravantes genéricas de prevalimiento, cuyo fundamento reside en la especial facilidad de comisión (MIR PUIG). De conformidad con ello, dicho prevalimiento comporta, ante todo, objetivamente, un abuso de poder propio del socio mayoritario y, además, subjetivamente, entraña la finalidad de éste de utilizar las ventajas de su posición para ejecutar el delito.

e) Que no se reporten beneficios a la sociedad.

Sobre este apartado, ya hemos expuesto nuestro criterio y exponemos a continuación el funcionamiento de esta circunstancia dentro de la culpabilidad.

Con relación a la misma, este delito requiere que el sujeto activo actúe con dolo, tanto directo como eventual (en contra DEL ROSAL BLASCO), y como elemento subjetivo del injusto, el ánimo de lucro, propio o ajeno.

Nosotros entendemos que el dolo del agente tiene que abarcar que se toma un acuerdo, que se impondrá por mayoritario, y que reportará un beneficio personal, con ánimo de lucro, propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios; ahora bien, la circunstancia que no reporte beneficio a la sociedad no tiene por qué ser abarcada por el dolo del autor, pero es absolutamente necesaria que se dé su concurrencia porque si existen beneficios, el comportamiento se convierte en atípico, de ahí que consideramos estamos en presencia de una condición objetiva de punibilidad.

No cabe, naturalmente, por impedirlo el artículo 12 del Código Penal, la comisión imprudente.

Por último, en cuanto a la consumación, se ha discutido en la doctrina si el delito se consuma cuando «se impone» el acuerdo o cuando se origina el perjuicio para los demás socios. Desde luego, la expresión «en perjuicio de los demás socios», no denota que el legislador exija un resultado material, a modo de producción efectiva de ningún perjuicio. Se trata simplemente de un resul-

tado de peligro, pudiendo ser configurado como de peligro concreto (FARALDO), o hipotético (TERRADILLOS).

La consecuencia final del delito, por vía de responsabilidad civil, como dice GRANADOS PÉREZ, es la restauración del orden jurídico perturbado, mediante la nulidad del acuerdo, y el consiguiente pronunciamiento sobre la reparación del perjuicio económico causado, si éste ha llegado a producirse.

III. ACUERDOS LESIVOS PARA LA SOCIEDAD O SUS SOCIOS ADOPTADO POR UNA MAYORÍA FICTICIA

Dispone el artículo 292 del Código Penal que *«la misma pena del artículo anterior se impondrá a los que impusieren o se aprovecharen para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito»*.

Como antes expusimos, se trata de una conducta mucho más reprochable que la anterior, en cuanto se obtiene la mayoría, que se impone o se aprovecha, por medios ilícitos, mereciendo tal conducta por la generalidad de la doctrina la criminalización de la misma.

Los requisitos que requiere este delito son los siguientes: *a)* existencia de un acuerdo lesivo, o aprovechamiento del mismo; *b)* que el acuerdo esté adoptado por mayoría ficticia obtenida de las formas señaladas por la ley; y *c)* perjuicio de la sociedad o de alguno de los socios. Estudiemos separadamente cada uno de estos requisitos.

a) Existencia de un acuerdo lesivo, o aprovechamiento del mismo.

El término de la imposición de un acuerdo, que aquí no es abusivo, sino lesivo, plantea los mismos problemas que en el artículo anterior, y que ya han sido estudiados, añadiendo que la noción gramatical «acuerdo lesivo» refuerza el sentido del contenido del precepto, apareciendo con un resultado ya definido, no simplemente abusivo, sino lesivo, esto es, perjudicial para los socios o la sociedad, en los términos que después analizaremos. Pero lo verdaderamente sorprendente de esta norma penal es la segunda parte, la alocución «o se aprovecharen para sí o para un tercero», novedad introducida a última hora, pues no la contenía el Proyecto de 1994, lo que, en opinión de MARTÍNEZ-BUJÁN, introduce verdaderamente una insólita modalidad de conducta, pues gramaticalmente significa «sacar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso», figura próxima al encubrimiento o a la receptación, por lo que no parece correcto equiparar dos conductas tan desiguales en un mismo precepto, teniendo en cuenta que el Código Penal cuenta ya en el artículo 298 con una genérica receptación de delitos. Por ello, para una adecuada interpretación del precepto tenemos que convenir con que «ese» que se aprovecha tiene

que estar en estrecha relación no sólo con la sociedad, sino con el acuerdo lesivo que propicia tal aprovechamiento. No puede ser un ajeno por completo, ya que, en ese caso, su conducta, si cabe, estaría tipificada en la receptación genérica de toda clase de delitos patrimoniales. Y en este mismo sentido, VALLE MUÑIZ descarta que cualquier persona ajena a la sociedad puede cometer este delito, pues sistemáticamente todo el capítulo está dedicado a los delitos societarios.

b) Que el acuerdo esté adoptado por mayoría ficticia obtenida de las formas señaladas por la ley.

La ley contempla *ad exemplum* una serie de modalidades comisivas, sin perjuicio de establecer, finalmente, una fórmula amplia que puede abarcar todos los casos posibles de mayoría ficticia, bajo la expresión «o por cualquier otro medio o procedimiento semejante». Los medios recogidos por el legislador son los siguientes:

a') Por abuso de firma en blanco. La jurisprudencia se ha encargado de delimitar tal concepto de forma suficiente al interpretar el subtipo agravado del artículo 250, relativo a la estafa. MARTÍNEZ-PEREDA expone algunos casos, como informaciones inexactas en la cesión de firma, uso para finalidades distintas de las concedidas, etc.

b') Por atribución indebida del derecho de voto a quien legalmente carezcan del mismo. Bien porque se conceda ese derecho de voto a quien no lo tiene, por no ser socio, o bien, siéndolo, tenga restringido o prohibido el mismo, como en los casos de acciones sin voto, mora en el pago de dividendos pasivos, o supuestos de usufructo o prenda de acciones (GRANADOS PÉREZ).

c') Por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quien lo tenga reconocido por la Ley. Jugará en este caso la teoría del error para exonerar de responsabilidad criminal, por excluir el dolo, tratándose de elementos normativos del tipo.

d') O por cualquier otro medio o procedimiento similar.

c) Perjuicio de la sociedad o de alguno de los socios.

A diferencia del tipo penal anterior, aquí se contempla específicamente el perjuicio de la sociedad, atendiendo las indicaciones del profesor TERRADILLOS, debiendo tratarse, a nuestro juicio, de un perjuicio económico, como en el caso precedente.

En lo referente a la culpabilidad, cabe tanto el dolo directo como el eventual, aunque sea forzado admitir supuestos en que concurra el mismo, dado el tipo finalista que contempla este delito, pero dogmáticamente no hay base para ninguna restricción, siendo un dolo de peligro, por lo que la modalidad del dolo eventual quedaría excluida en los casos en que la acción típica y la puesta en peligro fuesen simultáneas y el autor lo supiese (R. MONTAÑÉS, VALLE MUÑIZ, MARTÍNEZ-BUJÁN, GRANADOS PÉREZ).

La consumación se produce como delito de peligro concreto que es, sin necesidad de la causación de un perjuicio económico materializado, no exigiendo la efectiva lesión de los intereses patrimoniales de la sociedad o de los

socios, lo que no quiere decir que no pueda producirse efectivamente, lo que tendrá efectos en la responsabilidad civil, colmándose la consumación con la adopción del acuerdo lesivo. En opinión de MARTÍNEZ-BUJÁN, cabe la tentativa cuando el sujeto ha dado comienzo ya a las acciones encaminadas a formar la mayoría ficticia.

Y, por fin, en cuanto al último párrafo del precepto, que dice «sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito», es obvio que se trata de una norma concursal, que previene al intérprete que pueden cometerse otros delitos, como las falsedades documentales, delitos contra la libertad, incluso el delito de estafa. Sin embargo, con el artículo 293 estaremos en presencia de un concurso de normas en su modalidad de negación ilícita del ejercicio del derecho de voto, que se resolverá con arreglo al principio de consunción, o de progresión delictiva, como le llama VALLE MUÑIZ, desde la perspectiva de la criminalización de la obstrucción del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio.

En lo tocante a responsabilidad civil, debemos repetir lo que dijimos antes, pues el acuerdo deberá ser declarado nulo, para restablecer el orden jurídico-mercantil perturbado, y reparar, en su caso, las consecuencias perjudiciales patrimoniales, o incluso morales, que se hayan podido producir.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES POR IMPEDIMENTO O NEGATIVA DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DEL SOCIO Y DEL EJERCICIO DE LA ACTUACIÓN SUPERVISORA E INSPECTORA DE LA ADMINISTRACIÓN

JUAN JACINTO GARCÍA PÉREZ

Magistrado. Profesor Asociado de la Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. IDEAS INTRODUCTORIAS. II. ESTUDIO CONJUNTO DE ALGUNOS ELEMENTOS COMUNES A LOS DELITOS DE LOS ARTÍCULOS 293 Y 294 DEL CÓDIGO PENAL. 1. *Ámbito de aplicación. Concepto penal autónomo de «Sociedad». Reenvío al artículo 297.* 2. *Autor o sujeto activo. La polémica sobre el alcance de la expresión «Administrador de hecho o de derecho».* 3. *La condición objetiva de perseguibilidad del artículo 296.* 4. *Penalidad. Crítica.* III. EXAMEN CONCRETO DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 293. 1. *Precisiones previas.* 2. *La naturaleza y el bien jurídico protegido en la norma.* 3. *La conducta típica. Coordinación con la Legislación de Derecho Privado. Problemas interpretativos.* 4. *«Causa legal» y cuestiones prejudiciales devolutivas.* IV. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARTÍCULO 294. 1. *El objeto de protección del tipo y su naturaleza.* 2. *Acotaciones sobre la acción típica.* 3. *Concurrencia con infracciones administrativas. Principio non bis in idem.* 4. *Especificidad de la singular aplicación de las llamadas consecuencias accesorias.* V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. IDEAS INTRODUCTORIAS

En el diltado proceso reflexivo de acomodación armónica de nuestro Derecho Penal a los postulados de la CE de 1978, iniciado a principios de los años ochenta y culminado con la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ocupó un lugar destacado —por influencia de acentuadas corrientes del Derecho Comparado— la atención relativa al denominado «Derecho Penal Económico», sobre el cual numerosos e insignes penalistas han venido produciendo una abundante literatura desde opiniones dogmáticas y consideraciones político-criminales muy diversas y no siempre coincidentes¹.

¹ Sobre la dificultad y perfiles imprecisos del llamado Derecho Penal Económico, y la acotación de los conceptos: «orden económico», delito «socioeconómico», etc., por todos, vid. ARROYO ZAPATERO, L.: «Delitos socioeconómicos», *Estudios sobre el CP de 1995. Parte Especial. Estudios de Derecho Judicial. CGPJ*, Madrid, 1996, pp. 351 a 367; BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., y SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2.ª ed., R. Areces, Madrid, 1993, pp. 562 ss.; MOLINA BLÁZQUEZ, C.: «Los delitos socioeconómicos en el Proyecto de CP de 1992», *Act. Penal*, 1994-I, pp. 249 ss.; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 11.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 304-305, 422 a 425; QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al nuevo CP*, Aranzadi, Pampona, 1996, pp. 1085 ss.

Fruto incipiente de todo este movimiento, con múltiples oscilaciones en los sucesivos textos prelegislativos, puede considerarse la recepción, como categoría autónoma, en el Título XIII del libro del vigente Código, del valor «orden socioeconómico», bajo cuyo paraguas se acogen, entre otros, una serie de injustos desarrollados en su gran parte en el mundo económico-empresarial, cuyo denominador común podría ser el de la protección, aun lo fuera en un plano mediato, de intereses y bienes no tan sólo marcadamente individualistas y patrimoniales, sino más bien de naturaleza colectiva, supraindividual, social-económica e, incluso, de carácter público-estatal, ya ponderados en el conjunto de las reglas reguladoras de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios en el mercado.

La justificación de tales nuevos planteamientos legales se hallaría en una mayor concienciación social sobre la dañosidad material de una serie de conductas, a reprimir con nuevas formulaciones típicas (muchas hasta ahora inéditas) que respondan a las necesidades sociales de control y vigilancia de las distintas manifestaciones derivadas de las relaciones patrimoniales, obligaciones económicas, etc., propias de la economía de mercado, que admite una determinada capacidad intervencionista estatal (art. 38 ss. de la Constitución).

En este contexto, sobresale la importancia, dentro de lo que pudiéramos convenir en llamar «delincuencia socioeconómica», de las conductas y prácticas delictivas que encuentran su ámbito natural de desarrollo en el epicentro de las sociedades mercantiles y otras unidades económicas; algunas de las cuales, consecuentemente, han merecido una regulación legal agrupada y específica en el capítulo XIII de aquel Título, bajo el epígrafe «De los delitos societarios» (arts. 290 a 297), como conjunto heterogéneo de infracciones punibles.

Este régimen, que desde luego responde a una particular pero legítima opción político-criminal², ha sido acogida en cuanto a su necesidad abstracta, que no tanto en cuanto a su contenido concreto, por lo general, de modo favorable por la doctrina penal, presentándose como una de las capitales novedades

² Como señalan, por ejemplo, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, la criminalización de estas conductas no viene impuesta por imperativos constitucionales, pues la CE no contempla de manera clara un modelo económico cerrado que imponga el castigo de las mismas; llegando, el segundo, a afirmar que responde a un programa amplio de política económica («aumentar las expectativas del respeto a las reglas del juego de la actividad económica, tanto dentro como fuera de la empresa»).

Por su parte, STAMPA BRAUN, sugiere que constituye una respuesta legislativa enérgica a la tremenda inquietud que ha producido en nuestra patria la proliferación de grandes escándalos financieros, originados por comportamientos perturbadores para el desarrollo económico.

En nuestra modesta opinión, la opción no merece crítica o censura alguna por sí misma, dado que lo trascendente es determinar si en cada una de las figuras delictivas en que se descompone es escrupulosa en el respeto de principios penales esenciales, sobremanera los de Legalidad e Intervención mínima.

Cfr. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: «Los delitos societarios: reflexiones preliminares sobre la imposición de acuerdos sociales abusivos (art. 291 CP)», *Act. Jca. Aranzadi*, n.º 238, Diario de 21 de marzo de 1996; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: *Los delitos societarios*, Aranzadi, Madrid, 1996, p. 29; STAMPA BRAUN, J. M.: «Imposición de acuerdos abusivos, adopción de acuerdos lesivos», en vol. colectivo, BCH (asesoría comercial), Madrid, 1996, pp. 65-66.

des o innovaciones del Código, en sintonía con otros ordenamientos comparados³, poniendo fin a una aspiración largamente reclamada por quienes venían insistiendo en la insuficiencia de los tipos patrimoniales tradicionales (estafas, falsedades, apropiaciones indebidas, etc.) para atajar los hechos ilícitos que vienen detectándose en el mundo societario empresarial en general⁴.

Se ha llegado a indicar que la intervención del Derecho Penal en la disciplina del comportamiento que debieran mostrar las sociedades se presenta, sin duda, como una de las decisiones político-criminales de mayor envergadura y calado acogidas por el nuevo Código, bajo el presupuesto de tipificar comportamientos en vista a tutelar su normal y correcta actuación, de acuerdo con las reglas del mercado en una economía capitalista (el sistema económico necesita para su mantenimiento un correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles)⁵.

No obstante, no faltan autores (por ejemplo, RODRÍGUEZ RAMOS) que han matizado que con la regulación se provoca un auténtico proceso de «invasión» incontrolado de parte del Derecho Penal sobre otras ramas o sectores jurídicos, so pretexto de ofrecer una respuesta autónoma a la llamada doctrinalmente «criminalidad en la empresa», esto es, la criminalidad materializada por sujetos relacionados con la sociedad, con actividades contra ella misma y contra otros sujetos relacionados con ella⁶.

Esta invocada fácil «huida hacia el Derecho Penal», a corregir bajo los parámetros de una interpretación rígida y estricta de los preceptos reguladores de los delitos societarios, junto con las censuras por su deficiente articulación técnico-jurídica —que para el objeto de estudio de este trabajo serán reseñadas en su momento—, son las críticas que se vienen manteniendo, cada vez con mayor profusión, por amplios sectores de la ciencia penal.

En otro orden de cosas, como ha señalado MANZANARES SAMANIEGO, los problemas que ha brindado la responsabilidad penal de los administradores y altos directivos de empresas y sociedades, han guardado relación con la vigencia, abandono o matización, del aforismo *societas delinquere non potest*, de manera

³ RIGHI, E.: *Derecho Penal Económico Comparado*, Edersa, Madrid, 1991, pp. 251 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «Los delitos societarios en el Derecho Comparado, el Derecho vigente y el nuevo CP», en vol. colectivo, *Studia Jca.*, n.º 13, Barcelona, 1997, pp. 57-60.

⁴ Por todos, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Código Penal Doctrina y Jurisprudencia —arts. 290 a 297—*, t. II, Trivium, Madrid, 1997, pp. 2999-3000; DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios en el CP de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 15 ss. (señala que lo que no aparecía definido hasta ahora era un campo de intervención político-penal específico para el ámbito de las sociedades mercantiles); MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.: *Los delitos societarios en el nuevo CP y su aplicación a empresas*, Recoletos, Madrid, 1996, pp. 353 ss.; TERRADILLOS BASOCO, J.: *El Derecho Penal de las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Akal, Madrid, 1987, pp. 17 ss.; 41 ss.; 57 ss.

También desde hace años reclamaba una regulación explícita la Fiscalía General del Estado, véase Memoria de 1994, pp. 611 ss.

⁵ Vid. las ideas al respecto del malogrado VALLE MUÑOZ, J. M.: «Comentarios a los artículos 293 y 294», en *Comentarios al CP*, dirigidos por G. QUINTERO, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 1303 ss.

⁶ Para el debate, cfr. LÓPEZ GARRIDO, D.: «El nuevo Código Penal. Visión general», en vol. colectivo, BCH, pp. 28 a 32.

que el campo de aquella responsabilidad, e incluso su nivel de exigencia efectiva, han venido condicionados por el principio de la impunidad de la persona jurídica⁷.

Sin embargo, dicho enfoque varía cuando dicha responsabilidad se incardina en los delitos societarios⁸, en los cuales el administrador pasa a asumir el papel de protagonista principal y casi único de los mismos, al situarse el ejercicio de las facultades de gestión y dirección que le corresponden en el punto de mira de la represión punitiva, al entenderse que muchos de los fenómenos de delincuencia que en el seno de las Sociedades se producen, son consecuencia de su actuación artera, desviada y abusiva, en quebranto del correcto funcionamiento interno del ente societario, con reflejo indirecto en el orden socioeconómico.

Se dice que si, cada vez más, las grandes compañías mercantiles constituyen un coto cerrado, constreñido por el patrocinio y dominio absoluto de grupos minoritarios de poder, la personalización de las conductas reprobables que en ellas se cometan, se debe centrar en aquellas personas físicas que las dirigen, administran y gobiernan, y frente a las cuales los mecanismos de control y responsabilidad jurídico-privados pudieran haber resultado ineficaces.

Y aunque la posición jurídica de los administradores sociales —Consejo de Administración— ha sufrido en las últimas reformas de las leyes societarias españolas un trascendente viraje, al establecerse un régimen de responsabilidad civil y profesional más severo y estricto, a la vez que más amplio, frente a los socios y terceros, ello no obsta para que el legislador penal haya elegido político-criminalmente —ya veremos con qué grado de acierto— por superponer mecanismos de control penal más rigurosos frente a aquéllos, con el fin de cerrar cualquier resquicio de impunidad por sus actos en el ámbito de la empresa societaria.

Quizás en este punto, como ha evocado LÓPEZ VILAS⁹, el giro es demasiado brusco, al pasarse de una situación de práctica impunidad en el ejercicio de sus cargos, a una situación en que la responsabilidad es máxima y cualificada, hasta el punto —al decir de algunos— de convertirse en una profesión o actividad de «alto riesgo», que no obtiene ni siquiera el reconocimiento legal de una compensación económica o retribución, al partirse de la presunción de gratuidad del cargo, salvo previsión estatutaria en contrario.

⁷ Condicionamientos que se han salvado dogmáticamente mediante el instituto de la «actuación por otro», diseñada legalmente, primero en el artículo 15 bis del derogado Código y actualmente en el vigente artículo 31. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Europeo actual». *CDJ*, 1994-VII, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 101 ss.; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: «Los Administradores y altos directivos en el nuevo Código Penal», *Act. Penal*, 1997, pp. 277 ss.

⁸ Entendidos sintéticamente, como hace SÁNCHEZ ÁLVAREZ —*op. cit.*, p. 46—, como el conjunto heterogéneo de conductas que comportan entre sí la circunstancia de haberse cometido con ocasión de la administración o dirección de una empresa social y que consisten, en lo esencial, en una violación potencialmente grave de los deberes confiados legal o contractualmente o en un abuso de los poderes que tienen en función de la posición que ocupan en aquélla, en perjuicio de la sociedad o de terceros.

⁹ En el Prólogo del libro de EIRANOVA ENCINAS, que quedará citado más adelante.

En este trabajo, despojado de toda pretensión dogmática, se trata de reflexionar acerca de determinados aspectos referidos a dos de las conductas incardinadas en el campo de actuación de los órganos de administración; las cuales se presentan como muy peculiares, novedosas y distintas, si se ponen en conexión con los restantes delitos societarios que, de algún modo, guardan puntos de contacto con categorías delictivas más tradicionales y consolidadas (administración infiel o desleal del art. 295, falsedades en la información social del art. 290, abuso de posición de dominio del art. 291, etc.).

Con el fin de aligerar su contenido, se lleva a cabo un enfoque predominantemente jurídico-penal, obviando la mención de la doctrina y jurisprudencia mercantilistas, capitales para la comprensión de sus categorías propias y exclusivas, sin dejar de reconocer que los planteamientos sostenidos por aquéllas son necesarios para un exacto entendimiento integrador de estos tipos delictivos, so pena de dotarles de un perfil demasiado sesgado y poco compatible con la plenitud exigible a todo ordenamiento jurídico.

II. ESTUDIO CONJUNTO DE ALGUNOS ELEMENTOS COMUNES EN LOS DELITOS DE LOS ARTÍCULOS 293 Y 294 DEL CÓDIGO PENAL

Si bien es manifiesto que las conductas típicas subsumidas en los artículos 293 y 294 del Código responden a situaciones fácticas diferentes, protegiendo bienes jurídicos muy distintos, lo que comporta su dispar naturaleza, ello no obsta para que además de concentrar el núcleo de la acción en los mismos verbos: «negar» o «impedir», compartan algunos presupuestos con otros tipos societarios, cuales son los del ámbito de su aplicación y el de la autoría, con algunas notas restrictivas en el segundo que en su momento quedarán expuestas.

A ambos, dedicamos seguidamente, de modo somero, algunas observaciones a la vista de los análisis doctrinales más puntuales.

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN. CONCEPTO PENAL AUTÓNOMO DE «SOCIEDAD». REENVÍO AL ARTÍCULO 297

La lectura de los artículos 293 y 294, y ella podría hacerse extensible a los restantes del capítulo, sugiere, en primer lugar, la acotación de un elemento normativo referido al ámbito de determinación objetiva de los mismos, consistente en la fijación de las entidades o formas societarias en cuyo círculo se prohíben y, por tanto, son merecedores de reproche los ilícitos que tales preceptos subsumen.

En el primero, se hace mención a «cualquier sociedad constituida o en formación» y, en el segundo, se le agrega la locución: «sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa»; referencias por sí solas poco elocuentes y que el legislador ha querido completar mediante el reenvío al artículo 297; en el cual, a través de técnicas ya utilizadas tradicionalmente, propone un concepto de «sociedad» a efectos jurídico-penales, con esta dicción

literal: «A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, caja de ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado».

Resulta útil subrayar que en el azaroso proceso de gestación del citado Código nunca hasta la discusión parlamentaria del capítulo del Proyecto de 1994 dedicado a los delitos societarios, se sintió la necesidad de brindar al intérprete o aplicador del Derecho una noción peculiar y exclusiva de «Sociedad» en sentido penal, quizás por presuponerse que con las previsiones conceptuales del Derecho Privado se estaría en condiciones de salvar las dificultades exegéticas que pudieran aflorar; mas, a última hora, guiado por imperativos de universalidad y eficacia (evitación de lagunas de impunidad) se construye dicho concepto, desde luego con intención loable, pero no sin dejar de provocar algún efecto distorsionador desde la perspectiva de los conceptos iusprivatistas propios del ordenamiento mercantil¹⁰.

En todo caso, a la postre, los autores son concordes en que el artículo 297 contiene una definición de «Sociedad» aplicable a todos los ilícitos del capítulo, en lo que no se oponga a su estructura, caracterizada por su autenticidad, autonomía, amplitud, flexibilidad, etc., sin dejar de subrayar, por otra parte, como aspectos críticos los de su defectuosa técnica al incurrir en pleonasmos, en excesivo casuismo, que, pese a todo, no evita omisiones o lagunas¹¹.

En esta línea, la tipología clásica de sociedades mercantiles (regular colectiva, comanditaria simple y por acciones, la anónima, la de responsabilidad

¹⁰ No cabe duda de que tanto la doctrina, como después el legislador, ha tenido presente que los fenómenos delictivos societarios encuentran su caldo de cultivo en el marco de las sociedades mercantiles y, fundamentalmente, en las sociedades de capital, cuyo arquetipo sería la Sociedad Anónima.

Prueba de ello es que el Proyecto inicial remitido a las Cámaras legislativas (121, *BOGD* de 26 de septiembre de 1994), en sus artículos 292 a 296, de manera muy extractada, se refería a la «Sociedad Mercantil», o a la «Compañía» (mercantil) como campo abonado y natural para criminalizar determinadas conductas y prácticas propias de la delincuencia económica; sin que se precisara recurrir a preceptos de apoyo que impidieran exégesis heterodoxas. En la discusión en el Congreso, tampoco hubo sobresalto alguno y el Texto remitido al Senado (*BOCG* de 20 de julio de 1995), tan sólo sustituye parcialmente aquellas fórmulas por la de: «sociedad mercantil, cooperativa o caja de ahorros», sin que ello presuponga modificación sustancial alguna, pues, afirmadas la mercantilidad de las cooperativas y cajas de ahorro y su personificación jurídica, deviene absurdo entretenerse en entelequias sobre su sustancia o su carácter de sociedades mercantiles.

Es, en realidad, en trámite de enmiendas en el Senado (*BOCG* de 21 de septiembre de 1995) cuando se suscita la problemática y acaba acogiéndose, con desestimación de otras, la del *GPS n.º 362 que incorpora un artículo 299 bis —correspondiente al actual art. 297— y que se justifica como mejora técnica: «[...] para definir en un solo precepto el concepto de sociedad y de esta forma evitar la enumeración en cada tipo del ámbito objetivo y subjetivo de aplicación del precepto [...]», justificación que no tiene en cuenta, u oculta deliberadamente, que acarrea consecuencias de mayor calado y de fondo.*

¹¹ La independencia del concepto manejado no puede llegar hasta el punto de desligarlo completamente de la normativa mercantil y civil definidora de los términos de referencia empleados en la fórmula, pues, aunque los mismos no son siempre pacíficos en su aprehensión, el recurso a aquélla podrá servir, al menos, para aclarar su significado.

limitada; arts. 116, 122, 123, 124, etc., del Ccom. y preceptos de la legislación especial) encuentra indudable cobijo en el artículo 297 (a salvo de que las singulares conductas materiales del capítulo puedan surgir en su seno), al igual que las «especiales» o específicas [de inversión inmobiliaria, gestoras de fondos de inversión y de pensiones, de garantía recíproca, etc., independientemente de las mencionadas *in concreto* —cooperativas, mutuas, entidades financieras [...] (ICO, bancos privados, caja postal, sociedades de crédito hipotecario, de crédito financiero, mediadoras del mercado de dinero y valores, etc.)]—; e incluso, aquéllas con participación pública-estatal, siempre que vengan sometidas al régimen jurídico de las sociedades privadas...; en razón de que su mercantilidad y personalidad jurídica vienen afirmadas invariablemente.

Ahora bien, el reconocimiento del voluntarismo legislativo, sustentado en un concepto omnicompreensivo, globalizador, con una cláusula final de cierre («cualquier otra de análoga naturaleza»), no debe impedir el planteamiento de objeciones de fondo sobre la integración normativa que, resumidamente, se sitúan en dos cuestiones, a saber: a) la determinación del alcance en el plano jurídico-penal del concepto de «sociedades en formación»; y b) los límites expansivos y significado de la cláusula de analogía residual contenida en el inciso final del artículo 297¹².

Es cierta la redundancia en que se incurre al citar o enumerar a las cooperativas, las mutuas, las cajas de ahorros y las entidades financieras, de modo separado de las sociedades mercantiles, cuando por simple recuerdo de los artículos 123, 175, 177 CCom., entre otros, su caracterización como tales sociedades mercantiles es aceptada mayoritariamente.

Aún con todas las reservas que se irán consignando, entre la alternativa de no llevar a cabo tal formulación descriptivo-penal y la de remisión en bloque (como norma en blanco) a la legislación extrapenal, creemos que acierta el legislador, pues, con ello, si bien aflorarán algunos problemas interpretativos, otros muchos —la mayoría— quedarán resueltos.

¹² Sendos asuntos han dividido a la doctrina, que ha expresado múltiples enfoques y opiniones a la hora de descender al detalle de las derivaciones prácticas que se corresponden con aquéllas. Con el fin de concentrar en una sola cita las mismas y como bibliografía general de este trabajo: BUFETE HERMOSILLA (Abogados): *Los delitos societarios en el CP de 1995*, McGraw-Hill, Cía. General de Inversiones, Madrid, 1996, pp. 25 ss.; CASTRO MORENO, A.: «El concepto penal de sociedad en los delitos societarios. El artículo 297 del nuevo CP», *Rev. Jueces para la Democracia*, n.º 31, marzo de 1998, pp. 46 a 57; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *op. cit.*, pp. 3056 a 3058; DEL ROSAL BLASCO, B.: *Comentarios al CP de 1995*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 1418, 1446; ídem: «El delito de falsedad en la información social del artículo 290 del CP de 1995», *Ponencia del Curso de Formación del CGPJ*, junio-98, pp. 47 ss.; ídem: «Los delitos...», *cit.*, pp. 72-78; EIRANOVA ENCINAS, E.: *La responsabilidad penal en el ámbito de las sociedades mercantiles*, Montecorvo, Madrid, 1998, pp. 61 a 63; GÁLVEZ DÍEZ, M.ª T.: «Delitos societarios», *Estudios Jurídicos del MF*, vol. IV, Ponencias, Madrid, 1997, pp. 282, 315-317; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 39 a 44; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., y otros: *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª ed., revisada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 494-495; GONZÁLEZ VIZCAYA, E.: «Los delitos societarios en el nuevo Código Penal», *Rev. Act. Penal*, 1997-I, Madrid, 1997, pp. 232 ss.; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *op. cit.*, pp. 288-289; MARTÍNEZ-BUJÁN, C.: «Delitos societarios», *Estudios sobre el CP de 1995. Parte Especial. Escuela Judicial. CGPJ*, Madrid, 1996, p. 473; MORENO CANOVÉS, A., y RUIZ MARCO, F.: «Delitos socioeconómicos. Comentarios a los artículos 262, 270 a 310 del nuevo CP», Edijus, Zaragoza, 1996, pp. 326 y 349 a 352; MUÑOZ CONDE, F.: *op. cit.*, p. 456; POLO VERDERA, J.: «Delitos societarios: Reflexiones para una selección de

De modo muy simplista puede afirmarse que la sociedad de capital en formación es aquella que no ha culminado en su totalidad su proceso fundacional o constituyente por la omisión de la inscripción —constitutiva— de su escritura pública social en el Registro Mercantil, omisión de un deber legal que veta la adquisición por su parte de la plena personalidad jurídica (arts. 7 y 15 LSA y 11.3 LSRL).

Siendo ello así, no puede negarse que el legislador ha querido abarcar todo el *iter* temporal de la vida de tales sociedades (desde su fundación y constitución hasta su desaparición y liquidación) al quedar demostrado en la realidad que también durante el transcurso o lapso de tiempo que pueda mediar entre el otorgamiento de la escritura de constitución y la inscripción registral, es posible la aparición de algunos de los fenómenos delictivos societarios, pues, a fin de cuentas, nada impide que participen en el mercado económico, desarrollando las actividades propias de su objeto social.

En estrecha relación con ello, se ha cuestionado si cabe equiparar penalmente a la sociedad en formación con la denominada «sociedad irregular», la que, como es suficientemente sabido, desde la perspectiva de la ciencia del Derecho Mercantil, presenta unos perfiles diferentes, ya que, si bien tampoco aparece inscrita su escritura de constitución en aquel Registro público, se diferencia de la primera en que ya ha quedado patentizada —por explícita manifestación o por transcurso del plazo señalado legalmente— la voluntad de no inscribirla (art. 16.1 LSA), con las consecuencias en cuanto al régimen jurídico de sus actos y de responsabilidad de sus miembros, específico y determinado en la sociedad en formación, y genérico —por remisión a las normas de la sociedad colectiva o de la sociedad civil, arts. 125 a 144 Ccom. y 1.665 a 1.708 Cc— en la irregular.

Partiendo de este separado régimen jurídico y de responsabilidad, no han faltado voces que han señalado (por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA) que por exigencias de expresa tipicidad o por otras razones conceptuales —que no vamos a detallar— no es aceptable mantener que la sociedad irregular y la sociedad de hecho queden comprendidas en el tenor del artículo 297; mientras que, otras, bien por considerarlas con gran dosis de generosidad, como un supuesto particular de sociedad en formación, bien porque desde el momento que para el cumplimiento de sus fines participan en el mercado han de ser catalogadas como entidades de «análoga naturaleza» (VALLE, DEL ROSAL, CASTRO, etc., defienden su pleno encaje en la norma).

Nosotros concordamos con esta segunda postura por el siguiente argumento: que el precepto para nada se refiere a la sociedad irregular es una obviedad.

aspectos polémicos», *La Ley*, Diario de 30 de abril de 1998, pp. 1-2; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», *ADP y CP*, fasc. III-1984, p. 684; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.: *op. cit.*, pp. 46 a 58; SÁNCHEZ-JUNCO MAS, J.: «Los delitos societarios», *Estudios del MF*, vol. II, Madrid, 1997, pp. 324 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *op. cit.*, pp. 75-76; STAMPA BRAUN, J. M.: «Imposición de acuerdos abusivos, adopción de acuerdos lesivos», en obra colectiva, *El nuevo CP. Delitos societarios e Insolvencias punibles*, edita Asesoría Comercial del BCH, Madrid, 1996, pp. 74 ss.; VALLE MUÑOZ, J. M.: *op. cit.*, pp. 1306, 1309-1310, 1338-1339.

dad, pero esa misma obviedad puede predicarse de otros fenómenos societarios, no ya transitorios, sino definitivos, y si la norma penal, por muy autónoma que se califique, consiente su coordinación, en cuanto no se oponga frontalmente a sus fines político-criminales con la legislación mercantil, es ésta misma la que nos ofrece una salida interpretativa. Si el número 2 del artículo 16 LSA se preocupa de proponer para la sociedad irregular la aplicación de la normativa de tipos societarios, como la sociedad colectiva, cuya imbricación en el 297 nadie la discute, no se entiende qué razones de peso pueden impedir que al menos con tal carácter sea tratada como sociedad a efectos penales.

No sería óbice la carencia de personalidad jurídica, dado que, en puridad de principios, ésta tampoco está presente en la sociedad en formación y, sin embargo, el legislador no sólo no las excluyó, sino que precisamente en el trámite parlamentario las incluyó.

Concluimos que siempre que la conducta prohibida pueda desplegarse en su seno, la sociedad irregular ha de considerarse idónea típicamente.

Problema distinto es el de que en tales condiciones para los delitos aquí comentados, su campo de juego quedaría reducido en gran intensidad, pues habrá que convenir que ni a título de hipótesis de laboratorio, por razones obvias, cabe pensar en una sociedad irregular que venga sometida o actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa (mal podría hacerlo sin la previa autorización público-administrativa) y que, en consecuencia, permita la aplicación del tipo del artículo 294; y respecto al del 293, desde luego, la modalidad del ataque al derecho de suscripción preferente de acciones deviene absurdo.

De otra parte, la cláusula de analogía de naturaleza, pese a su pretendido carácter abierto y de vocación de abarcar cuantos supuestos dudosos pudieran presentarse, ha sido objeto de encontradas opiniones, desde las que la tachan de indeterminada y poco respetuosa con principios penales irreductibles (legalidad, taxatividad, etc., que prohíben la analogía *in mala partem*), hasta los que indican que permite una aplicación flexible, amplia y funcional, dando juego para comprender supuestos variados e imaginables (MORENO CANOVÉS/RUIZ MARCO *versus* CONDE PUMPIDO).

Independientemente de que la cláusula constituya una fórmula expansiva referida al conjunto de entes colectivos relacionados en el primer inciso (cooperativa, caja de ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito y fundación), o a las «sociedades mercantiles» del segundo, el nudo gordiano ha de residenciarse en el conflicto de si su contenido abarca a entidades asociativas que, aun sin venir revestidas de naturaleza mercantil estricta y aun careciendo de personalidad jurídica, sin embargo, participan de modo permanente en el mercado para el cumplimiento de sus fines o, por el contrario, viene configurado por ambos presupuestos (personalidad jurídica más participación)¹³.

¹³ Se citan como ejemplos a ventilar los de las Comunidades de Bienes, Sociedades Civiles, Asociaciones en general y deportivas, Cooperativas de viviendas, Contrato de cuentas en participación, Uniones Temporales de empresas, etc.: que no viniendo expresamente mencionadas en el precepto pudieran comprenderse en su tenor, cuando participan de modo estable en el mercado y tráfico de bienes.

Para un sector, el denominador común que sirve de engarce y abre el portillo de la estimación como entes de naturaleza análoga, no es otro que el dato de la personalidad jurídica de los mismos (patrimonio común, órganos de administración y gobierno, etc., art. 35.2.º Cc), importando poco el carácter civil o mercantil que aparenten; es decir, es la personalidad jurídica la que convierte en análogas a todas las sociedades típicas por encima de cualquier diferencia (POLO), por mucho que resulte censurable la exclusión de la delincuencia societaria de conductas típicas consumadas en el seno de unidades económicas y agrupaciones colectivas de todo signo (valgan algunas de las muestras apuntadas en cita anterior) que de modo permanente participan en el mercado.

Para el otro, el concepto material funcional utilizado en el artículo 297 es el de la actividad económico-empresarial y no la personalidad jurídica, esto es, el elemento relevante que explica y fundamenta la cláusula de analogía es la realización de actividades de intercambio o tráfico económico, la que permite que unidades sin conformación estricta colectiva puedan quedar amparadas por la misma¹⁴.

Pensamos que el dato de la personalidad jurídica no es siempre el decisivo, porque, aún no pueda negarse que el artículo 297 se acomoda preferentemente a las entidades que tienen adquirida personalidad jurídica, acentúa de modo sobresaliente el dato de la participación en el intercambio de bienes y servicios, por lo que habrá que analizar cada caso en atención al tipo o conducta específica de que se trate, para llegar a conclusiones razonables; y en las aquí afrontadas resulta, como dijimos, que el propio legislador abre la posibilidad de que sean castigadas en el seno de sociedades típicas mercantiles en camino o estado de transitoriedad para alcanzar la personalidad jurídica («sociedades en formación»).

Para terminar este apartado, ha de recordarse que la debida correlación entre los artículos 293 y 297, confirma que el contenido del primero atempera el radio de acción del último hasta límites muy estrechos, que no podrán ser obviados, con argumentos extensivos, incompatibles con el mandato del artículo 4.1 del Código Penal.

Si, como veremos, el artículo 293 encuentra su caldo de cultivo, dada la calificación del sujeto pasivo (el socio) en las instituciones propias de la SA sólo en aquellas entidades que cuenten con «socios» en sentido legal será viable la

En este punto la riqueza de matices doctrinales es notable y la afirmación o negación de su carácter de entidades análogas viene condicionada por presupuestos de orden estructural, y dado su amplia diversidad vamos a omitirlas.

Respecto a las Comunidades de Bienes es interesante, sin embargo, anotar que la enmienda n.º 609 en el Senado del GPP propuso sustituir las expresiones «sociedad mercantil, cooperativa o caja de ahorros» por las de: «Comunidades de Bienes o cualquier tipo de personas jurídicas»; con la justificación de que los delitos societarios deben referirse a cualquier otra entidad susceptible de realizar actos jurídicos; enmienda rechazada, lo que no constituye argumento definitivo para su exclusión del ámbito de la norma.

¹⁴ Vid. DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos...*, cit., pp. 75-76. La nota de la permanencia en la participación, aunque parece equívoca, viene identificada no con una exigencia de duración ilimitada de la actividad económica, sino que la misma no sea accidental, incidental u ocasional.

conducta típica, aunque se admita la escasa justificación político-criminal y negligencia (por falta de cuidado) en los resultados que ello comporta¹⁵.

Otro tanto puede decirse respecto del artículo 294, dado que la vocación de generalidad del artículo 297 se ve cortada por la especificidad de aquél, al venir configurado con un elemento normativo complementario, cual es el del sometimiento o actuación en mercados sujetos a supervisión administrativa, que será objeto en nuestra atención en su momento.

2. AUTOR O SUJETO ACTIVO. LA POLÉMICA SOBRE EL ALCANCE DE LA EXPRESIÓN «ADMINISTRADOR DE HECHO O DE DERECHO»

A) Los tipos delictivos objeto de estudio, junto con el definido en el artículo 290, subrayando su cualificación de delitos especiales propios (aquellos cuya autoría se delimita por una serie de elementos normativos específicos íntimamente ligados al bien jurídico protegido), identifican como sujeto activo único y exclusivo a los administradores de hecho o de derecho de la sociedad, sustrayendo, por su propia conformación, por ejemplo, de la capacidad de autoría a los socios.

Por consiguiente, sujeto activo en tales delitos únicamente lo podrá ser quien, además de realizar la acción típica, ostenta esa cualidad de administrador, que es precisamente la que permite su consideración como autor de los mismos.

La referencia al carácter de administrador de hecho o de derecho, como nota decisiva en la exigencia de responsabilidad criminal no es exclusiva de los delitos societarios, pues, como no podía ser de otra manera, se encuentra acogida para cualquier segmento de la delincuencia empresarial, que no toda es «societaria»; ni tampoco novedosa, dado que, bajo otras pautas valorativas, se reconoce en el artículo 31 del propio Código.

Para evitar todo equívoco respecto al ámbito aplicativo diferenciado de este último precepto pueden traerse a colación las palabras de GÓMEZ BENÍTEZ, recordatorias de que su formulación, por mucho que guarde sintonía con la integrada en los delitos societarios, lo que trata es de dar respuesta al problema de las conductas criminales realizadas por personas físicas, pero de las que aparece como autora formal una persona jurídica (facilitación de la identificación de a quiénes pueden trasladarse las condiciones de autoría concurrentes en aquélla), mientras que en los delitos societarios se identifica ex profeso a las personas físicas que son precisamente sus autores idóneos, y de los que, en modo alguno, aparecen como autora formal la sociedad o persona jurídica. Consecuentemente, los delitos societarios no precisan del recurso a la cláu-

Lo determinante es la creación de una estructura societaria estable y definida, susceptible de poner en juego o peligro los intereses tutelados penalmente.

¹⁵ Piénsese en la privación de los derechos de participación en la gestión o control o de información producidas en el marco de las cajas de ahorros, fundaciones, etc., que quedarían impunes...; MORENO CANOVÉS, A., RUIZ MARCO, F.: *op. cit.*, pp. 285-286, 304, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.: *op. cit.*, pp. 160-161.

sula del artículo 31, que no le es de aplicación, por cuanto ya contienen y describen por sí mismos las características especiales de autoría predicables de los administradores como tales¹⁶.

Pero así como el legislador de 1995, con mayor o menor tino, rubricó una definición auténtica de sociedad a efectos penales, no lo hizo con respecto al administrador de hecho o de derecho, por mucho que los parifique, robusteciendo la controversia sobre su sentido y repercusiones, la cual, descansa en dos puntos de arranque totalmente discordantes.

Por un lado, amplios sectores mercantilistas defienden que la noción de administrador de sociedades es ajena al Derecho Penal y éste ha de limitarse a tomarla del Derecho Societario, pues, la legitimación para rechazar represivamente los fenómenos delictivos que aparezcan en el mundo societario no le autoriza para redefinir, desvirtuándolos, conceptos y categorías acuñadas en el segundo, con grave distorsión del Ordenamiento jurídico.

Por otro, predomina en la ciencia penal (también muy «celosos» se muestran los penalistas a la hora de guardar su «rebaño») el criterio de que la autonomía de que goza el Derecho punitivo permite la construcción de sus propios conceptos sin tener que atenerse y subordinarse a los que, con otras finalidades y fundamento, puedan autodeterminarse mercantilmente.

Como tendremos oportunidad de significar, tan radical confrontación provoca que a la hora de la definición de lo que sea «administrador de hecho» —no tanto de administrador de derecho—, los primeros sitúen su naturaleza en la detentación de una determinada posición jurídico-formal, que vendrá descifrada en clave jurídico-mercantil, en tanto que los segundos en la existencia de una relación material de dominio social¹⁷.

Sin querer terciar en la polémica, sí que debemos hacer hincapié en el dato de que la equiparación jurídico penal —plausible de todo punto de vista— del administrador de hecho al de derecho no responde a motivos de mera especulación o teóricos, sino a inexcusables razones de política criminal y defensa social, inobjetables desde una perspectiva material alejada de todo formalismo más propio de los institutos civiles y mercantiles¹⁸.

El fin perseguido con la misma es la eliminación de todo resquicio de impunidad —por laguna legal— en favor de personas que pudieran sustraerse de los delitos societarios invocando la carencia de su condición de administrador de derecho de la sociedad, eludiendo así la aplicación de la norma penal mediante subterfugios y artificios formales que le coloquen en una situación irregu-

¹⁶ Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: «Administradores de hecho y de derecho en el nuevo CP», en vol. colectivo del BCH, cit., pp. 143 ss. Contrario a este punto de vista, seguido por numerosos autores, se muestra, por ejemplo, EIRANOVA ENCINAS, E.: *op. cit.*, pp. 52 ss.

Para el análisis de la responsabilidad penal en general de los órganos de dirección de empresa por delitos especiales, su evolución legislativa y jurisprudencial, su fundamento bajo el derogado artículo 15 bis, y sobre la teoría del dominio social como fundamento material de la responsabilidad del que actúa en lugar de otro, cfr. GRACIA MARTÍN, L.: «Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal», *Act. Penal*, 1993-I, pp. 213 ss.

¹⁷ Más ampliamente, POLO VEREDA, J.: «Delitos...», cit., p. 2.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *op. cit.*, p. 64.

lar frente a la norma societaria, o simplemente, acudiendo al recurso de testaferreros o meros administradores-pantalla o de fachada.

Con otras palabras, al sistema penal le interesa descubrir quien puede estar detrás del falso o presunto administrador de derecho, quien maneja los hilos de la sociedad, controlándola, gestionándola o administrándola; y con la presencia del término «administrador de hecho», por equivalencia valorativa a las conductas del ortodoxo administrador de derecho, se satisface dicha finalidad, que resulta imprescindible para su eficacia.

B) Con arreglo a lo expuesto, no debe ofrecer especiales dificultades hermenéuticas la determinación de lo que haya de entenderse por administrador «de derecho», al tratarse, en principio, de un término normativo jurídico a precisar conforme a la norma societaria en juego, de modo y manera que generalmente lo será aquella persona física (única o plural) o jurídica¹⁹ a la cual legalmente le corresponden las facultades de ejercicio de las funciones de gestión y administración de la sociedad por haber sido designada para tal objeto por el órgano competente (ordinariamente la Asamblea o Junta de socios) mediante acuerdo válido al efecto, y tras haber aceptado dicha designación y con inscripción, cuando fuere necesario, de dicho nombramiento en el Registro Mercantil²⁰.

Se trata, pues, de la persona que por título jurídicamente válido tiene la capacidad *ex lege* de actuar en nombre y representación de la sociedad con el carácter de tal órgano de administración de la misma.

La pluralidad de personas en el ejercicio conjunto de la administración social determina la constitución del Consejo de Administración, y los fenómenos delictivos en su seno sí que han preocupado desde hace décadas a la doctrina penal, planteándose entre otras formulaciones la del «delito colegial», la cual, a la postre, no ha alcanzado plena sustantividad, viéndose soslayada.

Y ello porque si bien en la órbita del ilícito civil, la norma general —paradigma del artículo 133.2 LSA— es la de la responsabilidad conjunta y solidaria frente a los socios y terceros de sus integrantes que formalizaron el acto o acuerdo dañoso y lesivo, salvo probanza de no intervención en su adopción y ejecución de los mismos, con desconocimiento de su existencia, o por oposición al mismo, etc., tales propuestas no pueden ser asumidas ni casarse con los criterios propios de la responsabilidad criminal, de carácter personalísimo, presididos por el principio de la culpabilidad, que exigen la individualización de la participación y autoría en el acuerdo delictivo; por lo que no todos los miembros del órgano de administración tienen por qué responder penalmente, ni tampoco en la misma medida.

¹⁹ En el caso de esta última, existiendo la obligación de individualizar la persona física designada para su representación (*ex. arts. 125 LSA y 143 RRM*), administrador a efectos penales lo será el representante de la misma.

²⁰ La falta de inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil es para algunos irrelevante a efectos de su consideración como administrador de derecho, mientras que para otros ello determina su caracterización como administrador «de hecho». Vid. DEL ROSAL BLASCO, B.: *pássim*.

La consecuencia inmediata es la de que el delito societario perpetrado por el órgano de administración plural, obliga a que la individualización de la responsabilidad criminal por el mismo de cada uno de los componentes o miembros, ha de ser analizada de modo separado y caso por caso, diseccionando cada una de las conductas de aquéllos²¹.

Dicha individualización provoca situaciones de extrema complejidad, enmarcadas, como ha significado SUÁREZ GONZÁLEZ, en los datos de la relevancia por intervención activa u omisiva en la adopción del acuerdo societario delictivo del miembro y de la externalización del acuerdo y responsabilidad derivada para quienes intervienen en el proceso de la toma de decisión.

Es habitual en los autores ofrecer como criterio de solución, en el contexto de las reglas generales de la participación delictiva, el del examen del comportamiento real y efectiva voluntad del sujeto miembro del órgano colegiado a la hora de votar la decisión o acuerdo que se reputan delictivos y en función de su poder en el seno del mismo y no tanto el sentido formal de su voto; esto es, habrá de estarse, en aquella individualización, al significado y verdadero contenido de la manifestación de voluntad del consejero que el voto representa, al responderse por la conducta desplegada efectivamente en el ejercicio de la función encomendada y no por la dirección exteriorizada del voto.

La casuística que la cuestión presenta destierra la simplicidad del mantenimiento de la regla de la atribución de responsabilidad penal a los administradores que votan en favor del acuerdo subsumible en el hecho delictivo, y de su exclusión a los que votaron en contra por disidencia con el mismo.

Quiere decirse que la imputación tan sólo a los miembros del Consejo de Administración que hayan respaldado la decisión penalmente relevante a través de su voto afirmativo y la no imputación para el disidente, no es un juicio convincente, insistiéndose en que habrá de puntualizarse si el disentimiento responde a su conducta real (que no ha operado conscientemente en el mismo sentido que los restantes miembros), por ser lo determinante si el disidente es «garante» o no en la evitación del resultado delictivo; de manera que éste le sería imputable —comisión por omisión— si, pudiendo hacerlo, no agota en fase de ejecución de la decisión todas sus posibilidades efectivas de evitarlo, teniendo capacidad para ello.

En términos similares se plantea el problema respecto a si la ausencia de la reunión en que se consuma el acuerdo delictivo exonera al ausente de responsabilidad, o si, por el contrario, cuando esa ausencia lo facilita o hace posible, como acto necesario, viniendo preordenada a su éxito, y otros muchos que, dados los límites impuestos en este trabajo no es posible abordar, pero que constituyen para el aplicador del derecho la verdadera prueba de fuego de la coherencia del sistema penal en relación a la problemática de la intervención en las decisiones del Consejo de Administración de una sociedad y la eventual responsabilidad penal que de ello pueda derivar en el marco del Derecho Penal Económico²².

²¹ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Algunas...», cit., pp. 686-688.

²² Por todos, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «Participación en las decisiones del Consejo de Admi-

C) El término «administrador de hecho» (introducido normativamente en los tipos societarios a los fines antes señalados) es fuente entre los comentaristas de discordancia, agrupándose éstos, por lo general, en dos tendencias que pasamos a exponer de modo muy resumido.

En un polo se sitúan los que defienden una concepción restringida, más o menos coincidente con lo que es doctrina común entre los mercantilistas, y motivados por razones de respeto a los principios de legalidad y seguridad jurídica, parten de los contenidos conceptuales del Derecho Societario, discutiendo que sea admisible acudir a interpretaciones no coincidentes con las ya acuñadas en aquella rama jurídica respecto a la figura del administrador.

Con arreglo a ello, si el administrador de derecho, como se vio, es aquella persona física o jurídica que reúne las condiciones de nombramiento, aceptación y constitución como tal órgano de administración, conforme a las exigencias de la legislación mercantil, por administrador de hecho ha de entenderse a aquella persona que no puede considerarse como administrador de derecho por venir afectada por algún vicio de nulidad, incapacidad o inhabilitación; es decir, su *status* jurídico viene mediatizado o frustrado por alguna clase de irregularidad que no permite sea calificado como administrador de derecho.

Últimamente, el profesor DEL ROSAL²³ ha destacado que aunque a la ciencia penal no le interesa tanto discutir la validez y eficacia de los actos realizados por el administrador incluso en tal situación «irregular», sino el fijar el ámbito de relevancia penal del sujeto que gobierna y representa a la sociedad, en esta tarea no puede llegarse hasta el extremo de afirmar, sin más, que administrador de hecho es el que tenga el poder de decisión en la misma, o quien maneja fácticamente sus asuntos, porque es algo distinto en razón de que quien no es designado administrador con arreglo a derecho, no puede serlo; y el ejercer como tal no le convierte o transmuta en administrador de derecho, pues, en definitiva, si el contrato societario requiere una designación, difícil será hallar supuestos de administradores de hecho puros.

Bajo estas premisas, lo define como el que *de facto* ejerce funciones propias del cargo o realiza los actos materiales inherentes al desempeño del mismo, descritos en cada tipo, habiendo sido designados como tales por la sociedad, pero sin tener debidamente perfeccionado o formalizado el nombramiento, la aceptación, etc.²⁴.

En consecuencia, no equivale a una pura situación fáctica, ya que para ser considerado como tal administrador de hecho, ha de quedar subrayada la presencia de una «mínima apariencia jurídico-formal» de que es administrador de la sociedad; apariencia que sea de suficiente entidad para llevar a los socios

nistración de una Sociedad y Responsabilidad penal», *CDJ*, 1994-VII, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 41 ss.

²³ DEL ROSAL BLASCO, C.: «Ponencia...», cit., pp. 34 ss.; y «Los delitos...», cit., pp. 58 ss.

²⁴ En este contexto, constituirían supuestos típicos de administrador de hecho los provi-nientes de administradores cuyo nombramiento fuera nulo, defectuoso o irregular, bien por falta de aceptación expresa —art. 141 RRM—, de no inscripción en el Registro, como exige el artículo 125 LSA, de no publicidad registral; o que haya expirado su mandato sin haber sido reelegidos (art. 126), o les hubiese sido revocado y siguen en sus funciones, etc.

y terceros a la convicción de que es el verdadero administrador y que tiene facultades para ello, aunque se fundamente en bases erróneas.

Si es administrador de hecho quien aparenta serlo de derecho, no cabe admitir que pueda serlo quien *de facto* ejerza el control de la sociedad, mientras no venga resaltada esa conexión (la apariencia jurídica) del sujeto con la conducta típica y tenga capacidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido²⁵.

Algún otro autor, con un enfoque más matizado, abunda en reiterar que no es confundible el dato de que el administrador lo sea de hecho con que sus funciones de administración las ejercite por la simple razón fáctica de hacerlo, pues si se identificara con una pura situación de hecho no pesaría sobre tal clase de persona el deber jurídico de actuar, al no ostentar la posición de garante. Resulta imprescindible concretar la existencia de un vínculo entre tal clase de administrador con la sociedad, el cual, vendrá dispuesto por el reconocimiento de la sociedad aun sea tácito. En definitiva, administrador de hecho no es quien ejercita de una manera equivalente al de derecho la relación de dominio social, sino quien ejercita dicha función en virtud de un negocio jurídico de reconocimiento por parte de la sociedad²⁶.

En el otro, se mantiene un grupo también numeroso de penalistas que niegan la máxima de que es obligado, o al menos oportuno, que el Derecho Penal asuma jurídicamente los conceptos iusprivatistas, afirmando que éste, desde sus propios principios y desde una perspectiva material, puede redefinir el concepto de administrador de hecho de un modo amplio y extensivo.

En este sentido, administrador de hecho lo sería cualquier persona física o jurídica que, directamente o por representación, de forma delegada o fruto de un apoderamiento, ejerza realmente las funciones de gestión o administración de la sociedad, o quien *de facto* maneja sus riendas, realizando funciones ejecutivas propias de un administrador.

Con otras palabras, quien sin estar jurídicamente designado o reunir las condiciones legales exigidas de fondo y de forma (no aparenta tampoco ser órgano de administración) pasa a ejercer la función de administración de la empresa societaria de todas formas, por sí o por persona interpuesta.

Todos los partidarios de esta alternativa, que también invocan la defensa del principio de seguridad jurídica y de verdad material, machaconamente repiten que el criterio decisivo de imputación es de carácter material y no formal o de apariencia; y se descubre en el dominio social, en el poder de disposición, de decisión, de dirección en el seno de la sociedad sobre el acontecer típico, pese a la existencia de barreras formales que no permitan afirmar que en

²⁵ Éstos son los argumentos, aquí esquematizados, que utilizan MORENO CANOVÉS y RUIZ MARCO (*op. cit.*, pp. 249 ss.) para quienes el administrador de derecho interpuesto, mero testafierro, que actúa por indicaciones o instigado por quien ejerce el dominio o poder real [...] en la sociedad, no por ello deja de ser autor en sentido estricto de cualquier delito societario como tal administrador, mientras que el segundo podrá ser inculcado como inductor o por la vía de la participación delictiva que corresponda.

²⁶ POLO VEREDA, J.: «Delitos...», cit., p. 3.

el sujeto concurren los requisitos necesarios para ser calificados como administradores auténticos.

La tilde no se pone en el *status* de dirección formal, sino en el ejercicio real de funciones de administración y gestión, por lo que quien de hecho es responsable real del ilícito societario punible, lo es porque tiene capacidad de poder, con su acción, de lesionar el bien jurídico protegido. El elemento caracterizador del sujeto activo —administrador de hecho— es el dominio social, el cual existe siempre que en realidad se ejercita, y es el que fundamenta la posición de garante y la limitación de autoría en los delitos societarios a una determinada clase de sujetos²⁷.

En nuestro caso nos adscribimos a esta segunda corriente, por razón de que desde un punto de vista teleológico nos parece irrefutable que el legislador ha querido no constreñir su formulación al administrador que aparenta serlo, no pudiéndolo ser, sino, precisamente, imputar la responsabilidad también al que lejos de ello permanece oculto o se encubre a través de personas o sociedades instrumentales, de fachada o pantalla...²⁸.

Ahora bien, dicho esto, y en relación a las conductas de los artículos 293 y 294, como ha puntualizado RODRÍGUEZ MOURULLO, dado que el Código no ofrece indicaciones relativas a en qué condiciones el administrador de hecho puede equipararse al de derecho, y se olvida de atender a la naturaleza y contenido de cada delito societario, en particular para determinar si en cada tipo es posible o no admitir como sujeto activo al administrador de hecho, resultará que si el delito consiste en la ejecución de actos materiales que implican la posibilidad de disponer de hecho de bienes de la sociedad como si fuera administrador de derecho, la noción de administrador de hecho será útil, pero no cuando el ilícito penal afecta al cumplimiento o incumplimiento de un acto que está en una cierta posición de derecho.

²⁷ En esta línea, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Delitos societarios», *Rev. Partida Doble*, n.º 6, Madrid, 1996, pp. 13 ss.; BUFETE HERMOSILLA: *op. cit.*, pp. 31 ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *op. cit.*, pp. 3003-3008; EIRANOVA ENCINAS, E.: *op. cit.*, pp. 52 ss., 102 ss.; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *op. cit.*, pp. 289-290; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.ª: *op. cit.*, pp. 58 a 62; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª: «Los delitos...», *cit.*, p. 64; VALLE MUÑIZ, J. M.: *op. cit.*, p. 1308.

²⁸ Cuestión que también se ha planteado doctrinalmente es la de si pueden quedar embebidos dentro de la noción de administrador de derecho o de hecho (se siga la tesis estricta o la más amplia) los gerentes, directores generales, consejeros delegados, y altos cargos directivos en general, de las empresas societarias; y en este punto las opiniones son muy dispares, específicas y amparadas bajo toda suerte de argumentos. Las tesis negativas suelen considerar muy forzada su asimilación a la noción de administrador de derecho, por cuanto en la mayoría de tales figuras falta la relación orgánica con la sociedad, en el sentido de no reunir la condición de ser titulares *stricto sensu* del órgano de administración; y si el legislador hubiera pretendido extender analógicamente el mismo régimen de responsabilidad para quienes desempeñan tales funciones directivas, sin estar adscritos estrictamente al órgano de administración, no se adivina el motivo para no haberlo verificado expresamente.

La tesis más favorables a una interpretación más extensiva, proponen un examen caso por caso, el cual permitirá la asimilación, aunque no reúnan la condición de miembros del órgano de administración, siempre que venga acreditado que desempeñan *de facto* funciones similares a las del administrador de hecho y la conducta típica sea idónea en el ámbito de las mismas; todo ello sin perjuicio de su carácter de copartícipes en el delito.

Sobre ello consultar citas en notas anteriores, pássim.

De esta manera, más bien sólo los administradores de derecho podrían negar o impedir a los socios el ejercicio de los derechos objeto de tutela penal, y sólo ellos también parecen interlocutores válidos ante los órganos de la Administración encargada de la inspección y supervisión...; porque ambos tipos se acomodan mejor, en relación inmediata, con la figura del administrador de derecho que con la de hecho.

No se comprendería muy bien como, por ejemplo, el administrador de hecho, salvo por la vía de la autoría mediata y para la modalidad de impedir, podrá emerger como sujeto activo del delito del artículo 294, cuando la Administración inspectora dirigirá su requerimiento de supervisión e inspección a quien le conste aparezca revestido, dentro de la sociedad a supervisar, con el ropaje jurídico propio del cargo de administrador, y, asimismo, en la conducta del artículo 293 alguna de sus modalidades lleva ínsita una decisión formal del órgano que aparezca, al menos formalmente, como competente en la estructura social para obstaculizar el ejercicio de los derechos del socio...²⁹.

3. LA CONDICIÓN OBJETIVA DE PERSEGUIBILIDAD DEL ARTÍCULO 296

Algún comentario merece, aun sea breve, la introducción en el artículo 296 de un requisito o condición objetiva de procedibilidad para la persecución de los delitos societarios³⁰.

El legislador quiso, apartándose del criterio inicial más riguroso del Proyecto de Código de exigencia de querrela³¹, que sólo la denuncia del agraviado o su representante legal, como regla general (matizada por la legitimación del Ministerio Fiscal para los casos en que ha de suplir y asistir al menor de edad, incapaz o desvalido) pueda dar origen e inicio a un proceso penal en represión de cualesquier delito societario, si bien con la excepción de inexigibilidad de tal óbice para cuando el delito afecte a los «intereses generales» o a «una pluralidad de personas».

Si entendemos como delitos semipúblicos o semiprivados, como hace GAR-

²⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *op. cit.*, pp. 3041-3042; MATA MARTÍN, R.: «Delitos societarios: Administración desleal y demás figuras delictivas», *Ponencia presentada en Curso de Formación del CGPJ*, junio de 1998, p. 39.

³⁰ Requisito o condición que se concreta con este tenor: «1. Los hechos descritos en el presente capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.»

³¹ Contendida en el artículo 297 y que en trámite de enmiendas ante el Senado fue atemperada por el Grupo Socialista que propuso (la n.º 361) la actual redacción de la norma, con la justificación de que se ventilan intereses semipúblicos. Sobre los antecedentes y discusión parlamentaria, cfr. MARTÍN PALLÍN, J. A.: «Los delitos societarios», *CDJ*, 1996-XX, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 306-312.

BERÍ LLOBREGAT³², aquellos cuya perseguibilidad requiere de una previa actuación de la persona ofendida encaminada a la iniciación de la causa penal, pero no en la forma solemne de querrela, sino en forma de simple denuncia, de manera que tras la presentación de ésta e incoada aquélla, el Ministerio Fiscal podrá ya intervenir con plenas facultades, cual si de un proceso por delito público se tratase, ciertamente, es pacífico, como lo hace la doctrina, señalar la configuración en el número 1 del artículo 296 de los delitos societarios como tales delitos semiprivados.

Esta opción de política criminal, una más entre las posibles, ha sido objeto de severas críticas por diversos autores, con apoyo en muy dispares argumentos, tales como los de su discutible fundamento en atención a la importancia de los intereses generales que tales infracciones delictivas vienen a tutelar, respondiendo a una concepción patrimonializada e individualista decimonónica incompatible con la naturaleza de delitos afectantes al orden socio-económico general, de carácter supraindividual o colectivo, que requiere un régimen de persecución pública; el que conlleva un trato diferenciado en relación a los delitos patrimoniales clásicos (falsedades, estafas, apropiaciones indebidas, robos, etc.) recogidos en el mismo Título XIII sin razón motivada alguna; el que deviene confuso y contradictorio con la idea de la suficiencia o insuficiencia de los mecanismos de control y protección de la normativa jurídico-privada, siendo así que sólo la falta de eficacia de éstos y otros factores han dado lugar a la criminalización de estas conductas, que, sin embargo, quedan para su castigo al arbitrio del particular, etc.³³.

A nuestro modo de ver las cosas las críticas resultan desmesuradas, pues a fin de cuentas el establecimiento de esta condición de perseguibilidad no hace sino ponderar de modo equilibrado la doble dimensión que en cuanto al objeto de tutela presentan —por lo general— los delitos societarios, es decir, el aspecto individual y colectivo que está ínsito en el injusto de los mismos y ambos quedan convenientemente salvaguardados en la norma.

El que en el apartado 1.º de la misma se establezca la regla general, no sin cautelas para supuestos de dificultad en el ejercicio, de la previa denuncia del agraviado, que apunta a la total disponibilidad de la persecución penal por su parte, no implica que se desconozca el interés público, el cual se salvaguarda y pasa a primer plano en el apartado 2.º, en cuanto se detecte la afectación de intereses generales colectivos que trasciendan el del ofendido particularmente.

³² Vid. GARBERI LLOBREGAT, J.: «Derecho Penal de la empresa (delitos económicos + delitos societarios): aspectos procesales», *Act. Jca. Aranzadi*, n.º 345, Diario de 4 de junio de 1998, pp. 2-3.

³³ Para el debate, cfr. DEL ROSAL BLASCO, B.: «Ponencia», cit., pp. 23-25; LÓPEZ GARRIDO, D., y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 145; MARTÍN PALLÍN, J. A.: *op. cit.*, pp. 308 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, C.: *op. cit.*, pp. 507-508; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.: «Introducción a los delitos societarios», *Estudios del MF*, vol. V, M.º de Justicia, Madrid, 1997, p. 277; MUÑOZ CONDE, F.: *op. cit.*, p. 460; MORENO CANOVÉS, A., y RUIZ MARCO, F.: *op. cit.*, pp. 226-227; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.ª: *op. cit.*, pp. 94-96; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª: *op. cit.*, pp. 74-75.

Sería grotesco que, por ejemplo, ante un supuesto de impedimento o negación del derecho de suscripción preferente de acciones del artículo 293, el accionista afectado dejara estar las cosas o simplemente decidiera la preservación de su derecho en sede civil con la puesta en marcha de los mecanismos jurídico-privados de defensa (a veces más rápidos) y paralelamente el Ministerio Fiscal o un tercero en ejercicio de la acción popular abriera la causa penal, incluso contra la voluntad del titular del derecho subjetivo desconocido o vulnerado.

De otra parte, la opción que sigue el legislador no es excepcional y puede hallarse plasmada dentro del mismo Título XIII para otras infracciones como las relativas al mercado y los consumidores, a la propiedad industrial e intelectual, etc. (art. 287).

En realidad, las críticas podrán fundamentarse mejor en el dato del favorecimiento del uso de la denuncia como instrumento de presión por parte de la víctima para lograr en la vía de la transacción o negociación privada una situación más favorable que le permita una satisfacción de sus derechos o intereses incluso para casos dudosos o controvertidos.

Fuera como fuere, interesa ahora destacar singularmente la incidencia que la condición de procedibilidad tenga en las infracciones delictivas objeto de este estudio, y a tal respecto una primera cuestión sería la de determinar la cualidad de agraviado u ofendido a los efectos del artículo 293. Si por agraviado, en buena lógica, debemos entender a quien sufre directamente las consecuencias de la acción típica, o sea el menoscabo o daño o peligro en sus derechos e intereses tutelados penalmente; en definitiva, el sujeto pasivo del delito, la lectura del precepto, como más adelante quedará repetido, deja a las claras que el sujeto pasivo en este caso lo es el «socio», ya venga considerado individualmente o de modo plural o variado, en cuyo último supuesto permitiría la entrada en juego del número 2 del artículo 296.

Concordamos con GARCÍA DE ENTERRÍA en que al tratarse de un tipo en que predomina la defensa frente a los ataques del sujeto activo (el administrador) al correcto funcionamiento de la voluntad social por deslealtad, falta de transparencia, etc., agraviado es el titular del bien jurídico afectado y éste en las tres modalidades (ejercicio del derecho de información, de participación en la gestión social, o de suscripción de acciones) no puede ser otra persona que la que pueda ostentar la cualificación técnico-jurídica de «socio», independientemente de que haya sufrido o no un perjuicio de naturaleza económica.

Por tanto, no es agraviado el perjudicado jurídico-civil que no tenga la cualidad de socio, y al no serlo no vendrá legitimado para la interposición de la denuncia, pues no puede suplantar la voluntad del socio, y en todo caso ninguna merma de sus derechos se le provoca pues el resarcimiento de sus perjuicios puede obtenerlo de modo cierto con los mecanismos que el ordenamiento pone a su alcance³⁴.

Llevar a cabo una interpretación elástica o extensiva, asimilando o incluyendo dentro de la noción de agraviado u ofendido por el delito al mero perjudicado

³⁴ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *op. cit.*, pp. 34-37; VALLE MUÑIZ, J. M.: *op. cit.*, p. 1337.

jurídico-civil como propugnan algunos³⁵ nos parece desacertado, poco coherente con la literalidad del artículo 293 y desde luego fuente de aumento del riesgo de la utilización de la vía penal para solventar diferencias que vienen tradicionalmente solventándose y ventilándose ante otra Jurisdicción a la que le viene atribuida constitucionalmente su competencia; en definitiva, se provocaría una artificiosa criminalización de las relaciones mercantiles.

Podría llegarse al absurdo de que el socio agraviado o menoscabado en los derechos típicos, sin connivencia o fraude alguno, obtuviera la posterior satisfacción de los mismos en vía amigable, y que el tercero perjudicado civilmente (de difícil comprensión en cuanto a su desdoblamiento de la condición de socio) bien por daños ¡morales! o económicos pretendiera a todo trance ante un Juzgado Penal obtener la reparación de sus eventuales perjuicios, amén de la condena para el administrador infiel u obstruccionista.

Problemática distinta es la derivada del cumplimiento de deberes legales o estatutarios y su incidencia en este punto, y así se han señalado como ejemplos el de si está legitimado para la denuncia el administrador que ajeno a la comisión de este delito por un coadministrador, conoce la consumación de los hechos, o el del Registrador Mercantil que en su función calificadora conoce la perpetración del mismo *ex* artículo 104 del Reglamento Hipotecario, etc.

Sin perjuicio de volver sobre ello, y sin dejar de reconocer las dificultades de conexión, entendemos que, desde luego, el administrador ajeno o el Registrador Mercantil —o cualquier otro tercero— podrán poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de cualquier órgano judicial aquellos hechos que entienda caen en la esfera punible del artículo 293; y no sólo podrán, sino que deberán hacerlo, y se le dé o no a dicha *notitia criminis* el carácter de denuncia (que sólo es tal para los delitos públicos conforme a los arts. 259 ss. de la Ley Procesal Penal), a la postre, los escollos podrán salvarse en la práctica trasladando, bien el Ministerio Fiscal, bien el órgano judicial, tal exposición de hechos al socio supuestamente agraviado a fin de que éste decida en un plazo razonable si interpone o no la denuncia, y de no hacerlo, la persecución de los mismos devendrá imposible, en tanto en cuanto no quedara insinuada la afectación de intereses generales o de pluralidad de personas, conceptos latos sobre los cuales la ponderación judicial resultará decisiva, como ya ha quedado establecido para casos similares³⁶.

³⁵ MORENO CANOVÉS, A., y RUIZ MARCO, F.: *op. cit.*, pp. 226-227; SILVA SÁNCHEZ, J. M.º: *op. cit.*, pássim.

³⁶ Vid. notas anteriores. Más espinosos serían los problemas hipotéticos de confrontación entre el Ministerio Fiscal y el representante legal de un socio o accionista menor de edad, incapaz o desvalido, agraviado por el delito, a la hora de considerar la conveniencia de la interposición de la denuncia. En nuestra opinión, la expresión «también» que emplea el precepto permite al Ministerio Público tal interposición aun en contra del criterio o voluntad del representante legal de aquéllos, al querer el legislador mediatizar el régimen de representación propio de las normas civiles, con una superposición de la presencia del susodicho Ministerio en todo caso.

De otro lado, así como los conceptos de menor edad e incapaz no presentan dificultades de exégesis, si sucede ello con el de personal «desvalida», sumándonos a la postura de SÁNCHEZ ÁLVAREZ —pássim— de que se trata de un concepto elástico, como equivalente a persona que materialmente no está en condiciones para ejercitar la acción (por ausencia, por ejemplo).

Finalmente, para acabar este epígrafe, debe realizarse una observación, a saber: la cláusula de perseguibilidad que examinamos carece de toda virtualidad y es inoperante por lo que respecta al delito de negativa o impedimento al ejercicio de la actuación inspectora o supervisora contenido en el artículo 294.

Si, como quedará destacado en su momento, el bien jurídico que tutela es de naturaleza eminentemente colectiva, quedando afectados intereses supra-individuales propios de la Economía Nacional, si hay unanimidad en cuanto a su carácter de genuino delito socio-económico; y, en consecuencia, agraviados son las personas, órganos o entidades inspectoras (Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Dirección General de Seguros, etc.) incardinadas en la Administración, en el Estado, es fácilmente colegible que está autorizada —como delito público— su persecución de oficio (incluso mediante el ejercicio de la acción popular *ex art. 19.1 LOPJ y 101 LECrim.*).

En todo caso, como la afectación de intereses generales y de pluralidad de personas es lo que subyace y fundamenta el contenido de lo prohibido en el artículo 294, tal persecución pública vendría reforzada por el número 2 del señalado artículo 294, por lo que entenderlo de otra manera carecería de sentido³⁷.

4. PENALIDAD. CRÍTICA

El debate doctrinal en torno al tratamiento punitivo o sancionatorio del llamado Derecho Penal Económico viene manteniéndose desde hace varias décadas, sin que se hayan alcanzado hasta el momento conclusiones seguras y de mayoritaria aceptación.

Sigue sin resolverse el problema, en atención a la complejidad y conjugación de los factores subyacentes en la delincuencia económica, de decidir si ésta puede y debe atajarse con el viejo arsenal punitivo de las sanciones clásicas (penas privativas de libertad y pecuniarias, fundamentalmente) o si es de recibo la formulación de un sistema diferenciado del común, que, a fin de cuentas, no se concreta ni se imagina sin dejar de apuntar directamente al corazón del principio *societas delinquere non potest*.

Respecto de las penas tradicionales se ha expuesto que la pecuniaria de multa, o mejor, días de multa (apreciada en las corrientes penales más actuales como medio de sustitución de las penas cortas de prisión) no parece sea

Por ello, no parece desacertada la asimilación que hacen GARBERRI o DEL ROSAL de desvalimiento como carencia de recursos económicos propios o ayudas ajenas para emprender la defensa de sus intereses. El socio «desvalido», para su defensa sólo precisa interponer una denuncia, la cual la puede materializar verbalmente, mediante simple comparecencia (art. 265 LECrim.) y si precisara otro tipo de asistencia o asesoramiento jurídico, constitucionalmente lo tiene garantizado a través de la presencia de abogado y procurador de oficio concedido bajo el régimen del beneficio de justicia gratuita (arts. 24 y 119 CE; 20 LOPJ; 119 LECrim.; y normativa de desarrollo de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia jurídica gratuita, y su Reglamento —RD 2.103/1996, de 20 de septiembre—).

³⁷ En la misma dirección: MORENO CANOVÉS, A., y RUIZ MARCO, F.: *op. cit.*, p. 333.

muy adecuada para el tratamiento punitivo de los delitos societarios, por su baja o mínima eficacia intimidatoria, llegando a decirse que el sujeto activo del delito (aquí, de ordinario, el administrador de hecho o de derecho de una sociedad mercantil) puede llegar a «capitalizar» como un «coste de producción más», o como un epígrafe más de la cuenta de resultados —pasivo— el importe de la sanción asignada a su conducta transgresora del ordenamiento punitivo.

Y, *a sensu contrario*, el establecimiento o imposición de multas, sobremanera en entes colectivos o sociedades de dimensiones discretas podría conllevar el automático traslado del pago por estas últimas de la misma, escabulléndose el administrador, y provocando déficits y consecuencias negativas para quien, en último término, no sea más que otra víctima del delito.

Sobre la pena privativa de libertad se ha mantenido su mayor idoneidad a estos efectos, dado que su papel preventivo-especial e intimidatorio es muy superior, pues, digámoslo en términos vulgares, la amenaza de cárcel para el delincuente de cuello blanco, para el administrador de grandes compañías o sociedades, aun la vea lejana —en base a los recursos a su disposición para no permitir una imposición en tiempo razonable— no deja de conllevar «aflicciones» distintas y mayores que las del hombre-delincuente anónimo.

Debe matizarse que si la pena es de corta duración y la aplicación judicial es igualitaria (digamos poco «sensible») el efecto disuasorio desaparece por la vía de la suspensión de la ejecución o por la vía de los mecanismos sustitutivos (véase art. 80 ss. y 88 ss. de nuestro Código). En último término, se critica que en el caso que nos ocupa malamente se cumpliría el fin de resocialización, expresamente consagrado en el artículo 25.2 CE, en cuanto se parte de la premisa de que el delincuente económico o societario suele ser una persona «educada», incluso «cult» y poco necesitada de «reinserción social», tal y como ésta viene entendiéndose secularmente³⁸.

Dejando a un lado tan enjundiosas cuestiones, es lo cierto que el legislador español no se ha esforzado nada a la hora de formular planteamientos innovadores y ha recurrido a un sistema apoyado en el binomio clásico (en frase acertada de SÁNCHEZ ÁLVAREZ) prisión-multa, con desestimación de otras alternativas u opciones, para la represión de los delitos societarios.

En efecto, ese binomio, en unos casos con carácter acumulativo, en otros alternativo, se mantiene constante en los delitos prevenidos en los artículos 290, 291, 292, 294, y 295, con excepción del tipo o figura del artículo 293, lo que no es sino demostración de la mala conciencia del legislador al tipificar esta última infracción —ilícito civil en su base—, sin querer que se le fuera la mano, creando en el mundo de los negocios unas perspectivas demasiado sombrías o intimidantes.

Es por ello que la pena frente al impedimento o negativa de los derechos del

³⁸ Por todos, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica», *Rev. Act. Penal*, I, 1997, Madrid, pp. 105 a 131; LANDROVE DÍAZ, G.: «La represión de la delincuencia económica», *Rev. Jueces para la Democracia*, n.º 31, cit., pp. 35 ss.

socio se concreta en una multa de seis a doce meses, que, por mucho que en el catálogo del artículo 33.3 se repute como «menos grave», efectivamente no puede sino calificarse como «blanda»³⁹, y para tan apresurado viaje no se necesitaban tantas alforjas; cuando la represión de tales comportamientos obstaculizadores a los derechos del socio lo que precisa es medidas de restauración inmediata del orden jurídico perturbado, satisfacción adecuada para la víctima, y no de mecanismos recaudatorios para las arcas del tesoro público, que es donde revierten las multas pagadas.

Con ese carácter benigno, sin ni siquiera permitir la aplicación de la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del comercio, industria u oficio, sin parangón alguno con la penalidad prevista para los delitos que lesionan el patrimonio individual, no queda sino concluir que la respuesta punitiva no pasará de ser simbólica, cuando no «pintoresca»⁴⁰.

Comentario crítico también merece la penalidad asignada en el artículo 294 (prisión de seis meses a tres años o multa de doce meses a veinticuatro meses) para los administradores que obstaculizan la labor inspectora de la Administración en los mercados especiales sometidos a supervisión. No encontramos motivos aparentes que justifiquen una alternativa tan distante, por mucho que se quiera dotar al Tribunal juzgador de un amplio marco de punición que le permita responder con proporcionalidad a las circunstancias del caso, ya que el radio de acción se mueve desde una pena de multa de doce meses, con los inconvenientes antes expuestos, hasta una pena privativa de libertad de tres años (límite máximo) que no permite *a priori* su suspensión, a salvo que el administrador cometa el hecho delictivo ¡a causa de su dependencia de las drogas y sustancias estupefacientes...! (arts. 81.2.ª y 87.1).

Si, como quedará indicado, la norma encubre una «desobediencia», por mucho que se la revista del aparato de la trascendencia para el orden socio-económico, tampoco guarda correspondencia con el delito de desobediencia común del artículo 556, en el que a quien resiste a la *autoridad* o la desobedece «gravemente» en el ejercicio de sus funciones cabe imponerle una pena de prisión de seis meses a un año y, desde luego, no todas las «personas» que se incardinan en los órganos o entidades inspectoras o supervisoras van a poder acogerse a la definición de autoridad del artículo 24.1 del texto punitivo.

Aún más llamativa —por inexplicable— es la ausencia o falta de previsión para todos los delitos societarios, apartándose de los precedentes prelegislativos, de la pena de inhabilitación especial profesional con carácter de pena principal, a pesar de que doctrinalmente ha venido destacada su aceptable idoneidad para, en conjunción o no con otras penas, alejar de la vida económica y

³⁹ Como hacen MORENO CANOVÉS y RUIZ MARCO (*op. cit.*, pp. 318-319); aunque permita, en la extensión máxima de la cuota diaria y del grado de la pena, una sanción que alcanza los 18 millones de pesetas.

⁴⁰ No deja de sorprender, por ejemplo, que el GPP en las enmiendas presentadas al precepto (enmienda n.º 613 en el Senado) abogara por las penas de multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años y, sin embargo, fuera desestimada, cuando una vez justificada la necesidad de la norma, el marco punitivo propuesto por este último grupo se presentaba más riguroso y racional.

de los negocios societarios a administradores o profesionales desleales y corruptos⁴¹, máxime cuando el legislador no la olvida para actividades delictivas subsumidas en el mismo título de delitos contra el «orden socio-económico» como, por ejemplo, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial —arts. 271 y 276—, delitos contra la ordenación del territorio —art. 319—, delitos contra el patrimonio histórico —art. 321—, delitos contra el medio ambiente —art. 325—, etc.

Esta pena, en nuestra modesta opinión, resultaría objetivamente la más adecuada, bajo parámetros temporales, para el castigo y sanción, de aceptarse políticamente su supervivencia, de las conductas incardinadas en el referido artículo 293 y de *lege ferenda* así se propone, pues de *lege data* ni siquiera por la vía de la accesoria cabe hoy por hoy imponerla.

Por contra, por tal vía residual sí cabría imponerla a los infractores del artículo 294, en la hipótesis de que el Juzgador se decantara por la imposición de la pena de prisión, por cuanto los artículos 33.6, 45 y 56 permiten a aquél, atendiendo a la gravedad del delito, añadir —desde luego previa petición de parte acusadora— como pena accesoria la de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio, «si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido».

El administrador societario que niega o impide a los organismos públicos especiales encargados de ello la inspección o supervisión de la entidad de seguros o financiera que administra, se hace acreedor (y pocos esfuerzos necesitará el Tribunal para argumentar jurídicamente la relación directa de su oficio o profesión con la conducta prohibida), más que a una sanción económica o privación de libertad, al apartamiento temporal fulminante de su profesión u oficio de administrador en el intercambio de bienes y servicios, inocuizándole así de futuras acciones similares, con cumplimiento de los fines preventivo-especiales y generales y retributivos propios de la sanción criminal de modo más apropiado que la privativa de libertad y/o pecuniaria.

III. EXAMEN CONCRETO DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 293

1. PRECISIONES PREVIAS

El impedimento o negativa al ejercicio de los derechos del socio como conducta prohibida penalmente, viene contemplada en el artículo 293 del texto punitivo, no sin previas y fluctuantes orientaciones doctrinales con reflejo en

⁴¹ Ya hace más de una década destacaba el profesor RODRÍGUEZ MOURULLO (*op. cit.*, pp. 688-690) la eficacia preventiva de la inhabilitación temporal como pena principal, única o conjunta, con la multa. En este sentido la Recomendación del Consejo de Europa R (81), 12, del C. de Ministros, de 25 de junio de 1981. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (*op. cit.*, p. 3033) critica precisamente como punto débil del artículo 293 la insuficiencia de la pena de multa para la represión del delito, reprochándole al legislador no haber acumulado la pena de inhabilitación a la pecuniaria.

el *iter* legislativo⁴² y puede decirse que no ha recibido una entusiasta acogida y más bien el paso del tiempo va poniendo de relieve una crítica severa, tanto referida a su discutible necesidad, utilidad u oportunidad político-criminal (no sólo destacada por los mercantilistas, sino también por amplios sectores de la ciencia penal), como a su deficiente configuración técnico-material.

En relación a lo primero, se sientan afirmaciones tales como las de que afronta el tipo penal una criminalización de comportamientos que ya de antemano constituyen y han constituido ilícitos mercantiles o civiles perfectamente delimitados en su ámbito, la cual, provoca una superposición artificiosa de injustos —civiles y penales— sin un claro fundamento, todo lo cual conlleva un cierto agravio hacia los principios de intervención mínima y seguridad jurídica, derivado de una especie de proceso de «fagocitación» del Derecho Penal de áreas propias de otros sectores o ramas del Ordenamiento jurídico.

Y en la tarea de indagación de lo que pudieran ser las notas sustantivas diferenciadoras del injusto penal respecto del civil o mercantil, no acaba de fijarse en qué reside el «plus» de antijuricidad, de dañosidad o lesividad material que justifique su regulación jurídico-penal diferenciada, sobremanera para la represión de los abusos de los administradores menos graves.

Quizás esta separación debiera encontrarse, desde una exégesis teleológica y sistemática, en la apreciación, en el caso concreto, de la relevancia que el injusto material presenta por su intensidad gravosa no tanto para el interés singularísimo —sea patrimonial o no—, como para —dadas las características de la Sociedad en que se consuma— el orden socioeconómico, entendido aquí como peligro para la integridad del *status* de los intereses societarios minoritarios; o el riesgo o daño para la actividad societaria que pudiera verse comprometida o paralizada por el hecho antijurídico materializado por los administradores.

Por lo que atañe a lo segundo, se han cuestionado: 1.º la falta de coordinación del precepto, construido bajo la técnica de «norma penal en blanco», con la legislación extrapenal (en realidad, todo el tipo no es sino una sucesión concatenada de elementos descriptivo-normativos de categoría mercantil): «administrador de hecho o de derecho»; «sociedad constituida o en formación»; «causa legal»; «socio» o «derechos de información, participación», etc.) —sobre lo que se volverá más adelante—; y 2.º la reducción de su campo de incidencia a las Sociedades mercantiles (y no siempre todas), con exclusión de los entes de análoga naturaleza, en el sentido expuesto al comentar el artículo 297 y que vendrá ampliado⁴³.

⁴² Se castiga con la pena ya comentada, como delito societario genuino, al administrador de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación que: «sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes [...]». Desconocida la figura hasta el Proyecto de Código de 1992 (art. 305), continuada de forma mimética en el de 1994 (art. 295), responde a claras influencias del Derecho de Sociedades francés e italiano. Cfr. BUFETE HERMOSILLA: *op. cit.*, pp. 89 ss.; SERRANO GÓMEZ, A.: «Responsabilidad penal de Administradores de sociedades y Auditores de Cuentas», *Act. Penal*, 1993-II, p. 398.

⁴³ Para el debate, DEL ROSAL BLASCO, B.: «Los delitos...», *cit.*, p. 127; MATA MARTÍN, R.: *op. cit.*, pp. 40-41 (este último expresa que quizás el legislador ha ido demasiado lejos en su afán pro-

Al hilo de lo expuesto, el argumento de la ineficacia de los mecanismos de defensa o protección del socio y correlativas sanciones previstas en la norma mercantil no pasa de mera especulación sin corroboración empírica fundada; el reforzamiento de tales mecanismos en la renovación legislativa del Derecho Societario, la aquilatación de criterios jurisprudenciales consolidados, podría llevar a conclusiones contrarias, en cuanto se eliminara el factor dilatorio de la duración de los procesos civiles (también presente en los penales), a contrarrestar o erradicar con procedimientos ágiles acompañados de un potente sistema de medidas cautelares que permitan una intervención judicial civil rápida y expedita amparando al socio.

A mayor abundamiento, pueden traerse a colación ciertos problemas interpretativos que suscita la determinación del sujeto pasivo del delito que queda identificado con el vocablo «socio».

Al respecto, se han manifestado dos posiciones diferenciadas, de un lado, una de carácter restrictivo o reduccionista que, amparada en la literalidad adjetiva de la norma y consiguiente principio de taxatividad penal, sostiene que la conducta será atípica cuando afecte a personas o sujetos que no ostenten en sentido auténtico tal cualidad de socio, aunque sus derechos queden protegidos por las leyes mercantiles y con respecto a los cuales a los administradores les incumbe un específico deber de permitir su ejercicio; y otra, de orientación más expansiva, que propone un concepto amplio de accionista o socio como equivalentes a titular de acción o participación o aportación similar, con el fin de subsanar lagunas injustificables de punibilidad, facilitando una aplicación real del concepto penal autónomo de sociedad, al que en su momento nos referimos.

Se enumeran doctrinalmente en este punto, entre otros significativos ejemplos de eventual vaciamiento del tipo, de seguirse una interpretación mecánica y rigorista, los de: a) la exclusión de la protección penal del ejercicio del derecho de suscripción preferente de los titulares de obligaciones convertibles, *ex* artículos 158, 293.3 y 294 LSA, al no nominarse socios en el sentido legal; b) la del socio-partícipe en la SRL del mismo derecho de suscripción de nuevas participaciones, *ex* artículo 75 LSRL de 1995; inaceptable discriminación frente al accionista de la SA o comanditaria por acciones...; c) la de los socios fundadores de la SA que se reserven en el proceso fundacional derechos especiales de contenido económico, incorporados a títulos nominativos distintos de las acciones, *ex* artículo 11.2 LSA; d) la del ejercicio de la participación

tector...); RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Denegación de derechos sociales. Artículo 293 del nuevo CP», en vol. colectivo, BCH, cit., pp. 93-94; VALLE MUÑOZ, J. M.: *op. cit.*, p. 1306.

En una línea más favorable a la norma, por ejemplo, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *op. cit.*, pp. 3032-3033, argumentando la existencia de la regulación comparada con igual contenido y la inefectividad de los mecanismos de defensa del socio previstos en el Derecho Privado.

Al menos, la enmienda n.º 399 del GPP en el Congreso de los Diputados, con todas las críticas que se quieran, hizo el esfuerzo de poner el acento diferenciador en el dato de que el ilícito penal desplazara al civil cuando se causara al socio: «un perjuicio no reparable por las vías previstas en la Legislación reguladora de la sociedad de que se trate».

A tal efecto, MARTÍNEZ-BUJÁN (*op. cit.*, p. 499) recuerda la paradoja de que la amenaza penal pueda recaer sobre comportamientos que materialmente puede, incluso, que no lleguen a conformar la exigencia de responsabilidad extrapenal a los administradores.

en la gestión o control de la actividad social de los acreedores sociales, trabajadores a través de sus representantes (comité de empresa), asociados en las cooperativas, impositores o cuenta-correntistas (a través de los consejeros generales) de cajas de ahorro, etc.⁴⁴.

Por nuestra parte, entendemos que el término «socio», en cuanto elemento normativo del tipo a integrar en la normativa jurídico-privada, debe interpretarse con apoyo en los parámetros generales de la misma (por ej., arts. 116 Ccom., 48.2 LSA, etc.) puestos siempre en conexión con el ámbito específico del derecho protegido penalmente y la regulación especial o específica que éste presente en cada tipo societario, si es que lo presenta.

Lo que no es legítimo es acuñar una noción penal peculiar de socio cuando el legislador en el Código de 1995 no quiso establecerla, y pudo hacerlo al igual que lo hizo —en el art. 297 visto— para la «Sociedad» de una forma extensiva, y sin que ello presuponga una insalvable contradicción de preceptos. El artículo 293 regula unas conductas específicas que cree dignas de sanción penal y el 297 no formula sino una descripción genérica del ámbito de aplicación en que pudieran (que no debieran necesariamente) desarrollarse aquéllas y otras muchas más contenidas en los restantes delitos societarios; de manera que, si aquellas conductas en manifestaciones concretas del concepto penal de Sociedad no encuentran adecuado, y no forzado encaje, por impedirlo una aplicación razonable de categorías legislativo-mercantiles comúnmente aceptadas, no puede concluirse en buena lógica sino la atipicidad de las mismas⁴⁵.

2. LA NATURALEZA Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA NORMA

Como ha indicado el profesor DEL ROSAL BLASCO, la determinación del bien jurídico protegido sirve para interpretar el tipo penal (también su natu-

⁴⁴ Sobre la controversia en estos puntos: DEL ROSAL BLASCO, B.: «Los delitos...», cit., p. 131; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *op. cit.*, p. 3038; MORENO CANOVÉS, A., y RUIZ MARCO, F.: *op. cit.*, pp. 285-286, 393-394. Dichas dificultades, en parte, se hubieran obviado de haberse aceptado la enmienda n.º 613 del GPP en el Senado que se refería al «socio o partícipe».

⁴⁵ Por estas razones no nos parece jurídicamente aceptable encuadrar en el ámbito de protección de la norma la situación del «obligacionista» y su correlativo derecho de suscripción de acciones en la SA, puesto que, a fin de cuentas, tal obligacionista a lo que «aspira» es a alcanzar en un momento determinado la condición jurídica que *a priori* no tiene (accionista) y es ésta la que otorga y le otorgará la plena condición de socio. Tiene aquél, por decirlo vulgarmente, un derecho expectante que sólo culminará y se hará efectivo tras la culminación de una serie de presupuestos; y el tipo del artículo 293 lo que protege es el impedimento o negativa al ejercicio de un derecho ya consolidado, preexistente, y objetivamente apto para su ejercicio inmediato.

Las condiciones objetivas de ejercitabilidad del derecho de suscripción del obligacionista, a efectos penales, no están satisfechas al faltarle la plena y definitiva adquisición del *status* de accionista y, consiguientemente, no puede exigírsele el cumplimiento al administrador del mandato normativo contenido en el artículo, porque, el derecho a la conversión de obligaciones en acciones viene condicionado, por la naturaleza del derecho mismo, a la efectividad de una serie de requisitos. Cuestión distinta es que político-criminalmente esta exclusión, como otras, aparezca huérfana de justificación.

raleza) e interpretar éste lleva a deducir el primero, «camino de ida y vuelta» que en el precepto estudiado aparece confuso al crear el legislador una «cortina de humo»...; oscurantismo que se ha trasladado en los diversos planteamientos doctrinales surgidos ante tal cuestión.

En síntesis, son dos las ideas que se vienen repitiendo. En primer lugar, destaca una concepción predominantemente colectiva o supraindividual, en virtud de la cual el objeto protegido —como bien jurídico merecedor de consagración legal— lo es el correcto y adecuado funcionamiento o desenvolvimiento de las Sociedades en el mercado y, en concreto, el de sus órganos de gestión y administración, que han de responder a las exigencias derivadas de los principios de transparencia, democracia, fidelidad, lealtad, etc., en su actuación.

Se trataría de reforzar la protección de los resortes de control, por parte de socios y accionistas, que penden sobre los administradores, para no falsear la verdadera voluntad del ente colectivo, evitando comportamientos abusivos o «corruptos» de parte de estos últimos, lo que tendría su evidente reflejo positivo en la estabilidad del mercado y sistema económico en su conjunto (orden socioeconómico).

Especialmente crítico se muestra POLO VEREDA cuando apostilla que la relación de lealtad o fidelidad del órgano de administración lo es con la Sociedad y no con sus miembros o integrantes, considerados individualmente, pues es difícil defender un vínculo de lealtad del órgano para con sus miembros, cuando los derechos a los que se refiere la norma tienen carácter obligatorio, de suerte que si el órgano respeta tales derechos no lo es por fidelidad, sino por el carácter imperativo que los derechos tienen.

Abunda en que la credibilidad en el mundo societario afecta más a la conducta y censura que los conceptos de lealtad o fidelidad contienen un grado de generalidad y vaguedad incompatible con lo que es el objeto de protección de la norma, no siendo identificable como bien jurídico nociones que van más allá del contenido de los derechos típicos, porque su lesión se produce sin necesidad de afectar a otros tipos de intereses distintos...⁴⁶.

Por contra, una concepción más individualista y patrimonialista viene destacando que el objeto de protección son los derechos individuales y personales e intereses patrimoniales de los socios, primordialmente los del grupo extraño al dominante que controla la Sociedad. Representante cualificado de esta dirección es el citado profesor DEL ROSAL, para el que, los ribetes patrimoniales del delito en cuestión no permiten que se conciba como una figura exclusivamente protectora del correcto funcionamiento de las Sociedades mercantiles; y la protección del orden económico habría que presentarla más bien como el motivo u objetivo político-criminal justificadores de la incriminación, de modo que la garantía del adecuado funcionamiento de la administración societaria y de los mecanismos de control interno, como refuerzo de las exigencias de transparencia en la gestión societaria, tiene naturaleza mediata y externa; pero el bien jurídico directo u objeto jurídico específico de la figu-

⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *op. cit.*, pp. 80 ss.; POLO VEREDA, J.: «Reflexiones...», *cit.*, p. 6.

ra delictiva es la protección de los intereses —también o casi exclusivamente patrimoniales— de las minorías sociales, e incluso de la propia Sociedad y de los terceros⁴⁷.

Partiendo de tal estado de cosas, ha de recordarse que el método de aprehensión del bien jurídico tutelado en cualquier norma penal ha de inspirarse fundamentalmente en criterios teleológicos o finalistas (¿para qué sirve la norma?) que puedan contrastarse con la realidad criminal a que aquélla intenta dar respuesta, en coordinación con el sentido gramatical de los términos usados en la misma, teniendo presente, además, que los bienes tutelables pueden consistir en intereses del individuo o de la comunidad, en derechos privados o públicos, en valores no sólo materiales o patrimoniales, sino también, morales y de otro orden, y que el contenido material del delito está integrado por la lesión o puesta en peligro del susodicho bien jurídico, etc.

Y bajo esta perspectiva, si el bien jurídico también es el objeto de ataque contra el que se dirige el delito, es evidente que el artículo 293 constituye un intento (con escasa energía desde luego) de reforzar los mandatos de las leyes societarias referidos al respeto del ejercicio de determinados derechos (no todos) de los socios, correlativo a las exigencias del funcionamiento, en su gestión, de las sociedades mercantiles de modo transparente y democrático, ante los fenómenos complejos que su propia evolución han mostrado como destructivos de tales principios.

El legislador, en cumplimiento de sus objetivos, fija su mirada hacia los administradores societarios como responsables directos de que esa lealtad, fidelidad, y transparencia, etc., sean mantenidas, bajo la conminación penal. Esto es, estamos ante un doble aspecto de un mismo fenómeno: el respeto escrupuloso a los derechos de los socios o accionistas en desventaja exige, que los administradores, siempre bajo la sombra de los grupos oligárquicos dominantes en las grandes sociedades o agrupaciones económicas, lleven a cabo una actuación gestora fiel, eficaz, transparente, con acomodo exacto a sus deberes legales, estatutarios y profesionales.

Concluimos que la configuración del bien jurídico en este delito es mixta o intermedia, en el sentido de que la tutela inmediata, la significada explícitamente (objeto material del mismo) se dirige al «ejercicio»⁴⁸ de los derechos del socio acotados en el tipo, no siempre patrimoniales; con reforzamiento punitivo de los mecanismos de control y exigencia internos, presididos por los principios de fidelidad, transparencia, etc., sobre los administradores, en cuanto encargados de la gestión de la Sociedad. Pero ello no empece para destacar que en tal «ejercicio» está empeñado y subyace mediatamente un interés más general,

⁴⁷ DEL ROSAL BLASCO, B.: «Ponencia...», cit., pp. 14 ss.; ídem: «Los delitos...», cit., pp. 128-129 (con la bibliografía que allí se cita).

⁴⁸ Conuerdo con POLO VEREDA (pássim) en el bien jurídico protegido: no son los derechos *per se* de los socios reconocidos en el tipo, sino su «ejercicio», que es algo distinto a su contenido; o sea, la actuación de tal contenido, que es tanto como decir que el socio goce y conserve de modo seguro, pacífico y garantizado su derecho dentro de los límites fijados legal y estatutariamente, sin que ese goce y conservación se vea desconocido o menoscabado por los administradores.

colectivo, preordenado a que en el seno de las sociedades se respeten las reglas de la economía de mercado, *ex artículo 38 CE*, por su evidente repercusión beneficiosa en el favorecimiento, participación y desarrollo de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios (orden socio-económico), lo que justifica precisamente la ubicación sistemática del delito⁴⁹.

En íntima conexión con la delimitación del bien jurídico se halla la definición de la naturaleza del delito, y dependiendo del punto de vista que se adopte sobre el primero se dará respuesta sobre la segunda, motivo por el cual también las opiniones doctrinales aparecen divididas.

Así, mientras que para algunos autores⁵⁰ se trata de un delito de lesión al venir requerida la efectiva lesión del bien jurídico protegido por la norma penal, o sea, se exige que con la conducta prohibida se produzca la efectiva imposibilidad para el socio legitimado del ejercicio del derecho en cuestión; para otros, con muchos matices, estamos ante un delito de peligro abstracto, en atención al aspecto colectivo o supraindividual del objeto de tutela, que implica la vertebración del tipo sin esperar a su lesión efectiva por adelantamiento de la reacción penal a dicho momento y con independencia de la producción o no producción de resultado lesivo alguno, siendo suficiente con que la conducta, estimado en sí misma, sea idónea para perjudicar los intereses y derechos de los socios, sin requerimiento de un daño o perjuicio económico efectivo o menoscabo potencial para éstos.

Recuerda RODRÍGUEZ RAMOS que esta posición no sería aceptable si el bien jurídico tutelado lo fuera el patrimonio del socio, y no tanto de lesión si el bien jurídico fuera el conjunto de derechos que la ley otorga, por lo que aunque la naturaleza de peligro es la característica de los delitos societarios, el expresado en el 293 parece exigir como efecto o resultado la imposibilidad del ejercicio de los derechos⁵¹.

Finalmente, se habla de que es de mera actividad, lo que por definición supone la *inexistencia de un resultado material aunque sí implica la lesión del bien jurídico*, siendo irrelevante que el derecho del socio negado o impedido en su ejercicio por los administradores, aquél lo alcance y sea activado por otras vías o medios distintos⁵².

⁴⁹ Vid. MATA MARTÍN, R.: *op. cit.*, pp. 39 a 41.

⁵⁰ Caso de DEL ROSAL BLASCO, B.: «Comentarios...», *cit.*, pp. 1435-1436; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *op. cit.*, p. 501; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *op. cit.*, p. 294; etc.

⁵¹ RODRÍGUEZ RAMOS, S. L.: «Denegación...», *cit.*, *op. cit.*, p. 93; con otros matices se pronuncian SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *op. cit.*, p. 69 y MARTÍNEZ-BUIÁN, C.: *op. cit.*, p. 494, quienes manifiestan que la conducta prohibida referida al derecho de suscripción preferente de acciones es de lesión o al menos, de peligro concreto, si se entiende que la lesión se produce o viene dada por la suscripción efectiva de las nuevas acciones por un tercero en detrimento del socio postergado y ofendido por aquella conducta. Cfr. ALBIÑANA CILVETI, C.: «El artículo 293 del nuevo CP. Aspectos mercantiles», en vol. colectivo del BCH, *cit.*, pp. 97 ss.; MATA MARTÍN, R.: *op. cit.*, p. 40.

⁵² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *op. cit.*, p. 3034; EIRANOVA ENCINAS, E.: *op. cit.*, p. 187. Por su parte, MORENO CANOVÉS y RUIZ MARCO (*op. cit.*, pp. 305-306, 317), entienden que en la modalidad de negativa se verifica el injusto sin necesidad de resultado ulterior alguno y aunque el socio vea satisfecho el ejercicio de su derecho negado por otros medios (delito de mera acti-

En lo que sí existe unanimidad es en su configuración como tipo doloso (el art. 12 del Código no deja resquicio de interpretación alguna), si bien alguna discrepancia se constata a la hora de admitir la posibilidad de comisión por dolo eventual en alguna de las modalidades delictivas, cuando el agente queriendo la acción y el resultado, éste se le representa en la mente sólo como probable y se acepta.

Más interesante resulta destacar la supresión en el tipo de un ánimo específico o elemento subjetivo preciso, como dolo reforzado, que venía acogándose en los textos prelegislativos con la expresión «maliciosa y reiteradamente» mantenida sin discusión en el Proyecto remitido al Congreso de los Diputados (*BOCG* de 26 de septiembre de 1994), e incluso, tras su inicial discusión en esta Cámara, en el texto remitido al Senado (art. 296, *BOCG* de 20 de julio de 1995), en el cual por enmienda de modificación del GPS (n.º 358) se suprime tal mención, siendo acogida, y con rechazo de la número 613 del GPP que seguía manteniéndola⁵³.

3. LA CONDUCTA TÍPICA. COORDINACIÓN CON LA LEGISLACIÓN DE DERECHO PRIVADO. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS

Los verbos nucleares que dan sentido a la conducta típica, según el tenor literal de la norma, son los de «negar» o «impedir» el ejercicio de un derecho reconocido legalmente, de suerte que se incardina de forma alternativa, bastando para el cumplimiento del tipo que el sujeto activo o autor patentice su negación o negativa al ejercicio (como acción y efecto de negar) o impedimento (como acción y efecto de impedir).

En el intento de deslindar ambas modalidades no está de sobra acudir a criterios filológicos y según los cuales podríamos decir (*Diccionario ideológico de la lengua* de J. CASARES) que «negar» supone tanto como decir que no es verdad una cosa, declarar que no existe o no sucederá, no conceder lo que se pide o rechazar una cosa, o no reconocerla, etc.; mientras que «impedir» implica estorbar, obstaculizar o imposibilitar la ejecución de una cosa...

Desde esta premisa, en principio, puede afirmarse que el administrador societario niega el ejercicio de sus derechos a un socio cuando no reconoce la existencia legal o no concede y rechaza dicho ejercicio, lo que presupone que este último le ha solicitado o le ha invocado la actuación de su contenido.

vidad); mas, en la modalidad de impedimento, al reclamarse la imposibilidad efectiva del ejercicio, lo sería de «resultado», aunque desde la perspectiva del bien jurídico es de «lesión», ya que, la conducta daña los deberes de fidelidad y lealtad exigibles a los administradores. En parecidos términos: POLO VEREDA, J.: *op. cit.*, p. 7.

⁵³ La reiteración y la malicia como notas restrictivas de contenido material y subjetivo del tipo fue criticada, por conllevar su inaplicabilidad en la práctica, desde la inclusión de esta figura delictiva en el Proyecto de 1992, aun cuando algún autor hoy en día le sigue pareciendo no desacertada como parámetro diferenciador del ilícito penal respecto del civil. Vid. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.: «Los delitos societarios en el Proyecto de LO del CP», *Rev. Poder Judicial*, n.º 28, monográfico, Madrid, 1992, p. 194, para lo primero; y MATA MARTÍN, R.: *op. cit.*, pp. 40-41, para lo segundo.

Por tanto, la negativa no es más que la contestación (explícita o implícita ése es otro problema) a una previa pretensión de uso del derecho por parte del socio, la cual, de alguna manera, ha de proyectarse formalmente al exterior, de modo ordinario en una decisión o acuerdo del primero —un hacer—, un acto positivo; pero que, entendemos, también puede manifestarse de modo tácito, precisamente no contestando o guardando un silencio tan absoluto que hace patente su significado.

Y el administrador societario impide la capacidad de ejercicio del derecho a su titular cuando, de forma menos radical, más sibilina que en la negativa, sin negar abiertamente el ejercicio, o en confrontación al mismo, lo estorba, lo dificulta, lo condiciona, lo obstaculiza o dilata hasta tal punto que lo hace imposible o estéril⁵⁴.

En cualquier modo, la negativa o impedimento va referida a los derechos del socio reconocidos «por las leyes», sin que quepan exégesis amparadoras de la tutela penal de derechos estatutarios o pactados (salvo que los Estatutos o Acuerdos sean desarrollo de una norma con rango de ley) como pudiera sugerirse, por cuanto que, como veremos seguidamente, si el mandato de acción o prohibición del artículo 293 exige el examen de normas extrapenales, no puede obviarse que es requerida constitucionalmente la suficiente concreción en la fijación de la conducta calificada como delictiva, y siempre la norma extrapenal de complemento ha de venir promulgada por los poderes públicos en los que se reside la potestad legislativa (con las precisiones que señalan, por ejemplo, las sentencias del TC 25/1984, de 23 de febrero, y 140/1986, de 11 de noviembre).

Como en su momento se dijo, dado que el alcance, ámbito y contenido del tipo penal o delimitan las normas extrapenales reguladoras de los derechos inherentes a la condición de socio, es decir, el ejercicio y extensión de éstos se fijará de acuerdo con la legislación propia de cada modelo societario —técnica de la ley penal en blanco—⁵⁵ se hace imprescindible, para una flexible y apurada aplicación de la norma penal, una exquisita integración y coordinación, sin disfunciones o contradicciones, entre ésta y la norma privada mercantil.

Y en esta materia el Código, quizás con notable simplicidad, producto de la improvisación y de la reflexión apresurada, procede a fijar un catálogo taxativo y caprichoso de derechos societarios tutelables (de información, de participación

⁵⁴ Por ello nos unimos a RODRÍGUEZ RAMOS («Denegación...», cit., pp. 93-94), para el cual sería factible la aplicación de la norma en los supuestos de comisión por omisión u omisión impropia del artículo 11 del CP, siempre bajo la concepción del delito como de resultado; pues, que, la obligación o deber legal de actuar del administrador —posición de garante— es ineludible, y la creación del riesgo para el bien jurídico protegido mediante su inactividad es clamorosa.

Sobre esta cuestión y relacionada con ambas modalidades, entre otros, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *op. cit.*, p. 3034; EIRANOVA ENCINAS, E.: *op. cit.*, pp. 186-187; MATA MARTÍN, R.: *op. cit.*, pp. 42 ss.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.^a: *op. cit.*, pp. 161 ss.

⁵⁵ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco». *Act. Penal*, 1994-II, pp. 449 ss. Véase la reciente doctrina que sobre las mismas en relación a la norma complementaria y su rango de ley, etc., se sienta en la sentencia del TC 120/1998, de 15 de junio de 1998 (*BOE* de 17 de julio de 1998).

en la gestión o control de la actividad social, y de suscripción preferente de acciones) que no siempre encuentra adecuada correlación y concordancia en las diversas formas societarias y entre colectivos susodichos, originando con ello múltiples problemas por su falta de precisión, que simplemente quedarán apuntados y precisarán de una corrección jurisprudencial que por el momento se presenta a lo que sabemos inédita⁵⁶.

El repaso de esas tres categorías revela de principio que puede que no todos los derechos básicos y fundamentales del socio sean acreedores a la tutela penal y que, los que lo son, salvo el de suscripción preferente, no presentan estricta naturaleza económica o patrimonial, sino política o administrativa, según vienen clasificándose en la ciencia mercantil.

A) Sobre la primera de ellas —el derecho de información—, es sabido su carácter de derecho de naturaleza política, subjetiva, esencial, irrenunciable e inderogable, autónomo y a la vez instrumental de otros derechos —aunque no ilimitado— y que constituye las más de las veces el cauce previo que permite al socio el ejercicio del derecho fundado a participar y controlar la gestión social en defensa de sus intereses patrimoniales y de otro orden.

Consagrado a nivel general para las sociedades personalistas, entre otros, en los artículos 133, 150 y 173 del Código de Comercio, con correlativo deber para los administradores de facilitarlo, encuentra un avanzado desarrollo y expresión minuciosa en el seno de las compañías de capital, fundamentalmente en la SA y en la SRL, como consecuencia de la obligada acogida de la normativa comunitaria, primeramente con la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil española a las Directivas de la CEE (de inmediato seguida por el Real Decreto Legislativo 1.564/1988, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LSA), y después, con la Ley 2/1998, de 23 de marzo de la SRL.

Referido a estas últimas, y siguiendo a SÁNCHEZ ÁLVAREZ⁵⁷ pueden resumirse las manifestaciones de este Derecho clasificándolas en tres áreas, a saber: 1.ª derecho de examen y consulta de la documentación social en los supuestos específicamente previstos; entre las que se encontrarían las relacionadas con las adquisiciones de la Sociedad de bienes a título oneroso (art. 41.1); con la modificación de los Estatutos Sociales [arts. 144.1.c) y 71.1 LSRL]; con el aumento de capital con aportaciones no dinerarias; con la calificación de los auditores de cuentas sobre la exactitud del aumento por compensación de créditos [arts. 156.1.b) LSA]; con la exclusión del derecho de suscripción preferente de los accionistas [art. 159.1.b)]; con la memoria (art. 200); con la aprobación de cuentas anuales (arts. 212.2 LSA y 85 LSRL); sobre acuerdos de fusión y emisión de sociedades (arts. 238, 240.2 y 226 a 237 RRM)⁵⁸; 2.ª dere-

⁵⁶ Si bien se mira el artículo 293 viene explícitamente, de manera incompleta y sectoria, a referirse a los derechos mínimos enumerados en el artículo 48.2 LSA al tomar como modelo de referencia a la hora de la regulación a las sociedades reguladas en ella.

⁵⁷ *Op. cit.*, pp. 265 a 171.

⁵⁸ En particular, vid. CÁRDENAS ORTIZ, R., y GARRIDO PULIDO, J.: «Protección penal de los interesados en el proceso de fusión de Sociedades», *La Ley*, 1997-2, pp. 1765 a 1770.

cho de información con ocasión de la convocatoria y celebración de la Junta General de Accionistas, de ejercicio verbal para la primera y escrito en la segunda sobre los puntos del orden del día, etc., *ex* artículo 112 LSA; 3.º derecho de examen de los documentos contables de las cuentas anuales, artículos 212 LSA y 86.2 LSRL⁵⁹.

Una de las dudas interpretativas que se plantea es el de la inclusión del derecho de información, en el ámbito del precepto, que corresponde a los consejeros delegados de las cajas de ahorros (art. 24.1) de la Ley 3/1988, de 2 de agosto) y a los miembros de las fundaciones (Ley 30/1994, de 24 de noviembre), estándose a lo expuesto al abordar el tema del sujeto pasivo.

B) La fórmula «participación en la gestión o control de la actividad social» es demasiado omnicompreensiva para el penalista y desde luego exige múltiples conexiones con la regulación jurídico-privada, de amplio y variado contenido y de significado muy diverso.

Como punto de partida interpretativo no puede olvidarse que el ejercicio del derecho tutelado penalmente no implica en la mayoría de las ocasiones una intervención directa del socio, pues, por regla general, y salvo en algunas de las sociedades personalistas (arts. 129, 130 y 148 Ccom.), el mismo no es sujeto idóneo para participar en la gestión social, encomendada *ad hoc* al órgano de administración correspondiente, por lo que su derecho de participación o control en la gestión ha de ser comprendido desde la óptica de su ejercicio mediato o modulado por los propios mecanismos societarios.

Proyectado sobre el modelo de las sociedades de capital y a los efectos de simplemente reseñar los campos en que podría desenvolverse la conducta típica, pueden significarse el ejercicio del derecho de asistencia y voto en las Juntas Generales para la adopción de los acuerdos pertinentes propios de su competencia [arts. 48.2.c) y 93 LSA], con el previo, de carácter más limitado, de petición de su convocatoria por los titulares de al menos un 5 por 100 del capital social (art. 100.2); situaciones jurídicas que admiten ciertas restricciones en sede de legitimación para asistir a la Junta (art. 104), al contenido del propio derecho de asistencia y voto (exigencia estatutaria de posesión de un número mínimo de acciones, o limitación del número máximo de votos, *ex* art. 105), y hasta exclusiones como el caso de las acciones sin voto del artículo 92. (En parecido sentido los arts. 43, 44, 52 y 53.3 LSRL.)

También comprendido quedaría el ejercicio del derecho de participación en la designación y nombramiento de los órganos de gestión (dirigentes, representantes, etc.), es decir, de ostentar representación proporcional en el órgano de administración (arts. 123 y 127 LSA) y no tanto el derecho de impugnación de acuerdos de la Junta General (arts. 115 ss. y 56 y 70

⁵⁹ Con las particularidades correspondientes, dado su variado contenido, habría que tener en cuenta también los artículos 35.1.c) y 41.3 de la Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987; 6.1, 21.4.º de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca de 11 de marzo de 1994; artículo 4.f) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; artículo 40.2.ª) de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados para las Mutuas, etc.

LSRLO), pues éste es de naturaleza judicial y no se entiende como el administrador o administradores podrán negar o impedir al socio disidente, cumplidos los requisitos de legitimación, la impugnación de los acuerdos nulos o anulables, a salvo de que su actuación incurra en otros tipos de contenido falsario.

Muy forzado resulta inscribir dentro de este ámbito al fundamental derecho de participación del socio en el reparto de las ganancias sociales (derecho al dividendo) y en el patrimonio resultante de la liquidación [art. 48.2.a)], y que no mereció absurdamente para el legislador recuerdo explícito en el precepto, pese a tratarse del derecho patrimonial por excelencia asignado al socio, y cuya negación o impedimento graves trastornos puede provocar en el funcionamiento correcto de la Sociedad.

Pese a que se ha propugnado una interpretación amplia y generosa, no parece que el artículo 4.1 de nuestro Código permita muchas alegrías en este punto⁶⁰.

Con respecto al control de la actividad social, aspecto diferenciado de la participación en sentido estricto, conocido es que el mismo no viene atribuido a los socios considerados individualmente, sino a la Asamblea en su conjunto, pues salvo expresa previsión estatutaria se ha producido la eliminación del tradicional órgano societario específicamente especializado en dicho control, optando nuestra legislación de sociedades anónimas por mecanismos de control externo mediante el régimen de la auditoría de cuentas.

No obstante ello, podrían destacarse como manifestaciones residuales en que pudiera verse comprometido el tipo penal: *a)* el ejercicio del derecho de las minorías (5 por 100 del capital social) de solicitar al Registrador Mercantil un auditor de cuentas que revise las cuentas anuales, para las sociedades no obligadas generalmente a ello, o por un socio individualizado, cuando la Junta General no lo hubiera hecho, estando obligada a ello (arts. 205, 206 LSA, 84 LSRL y 323 RRM), o cuando se impida al auditor o auditores designados su tarea de fiscalización; y *b)* el de participación con voz y voto en la Asamblea de accionistas en la toma de decisiones sobre actos de control de la actividad social, y la correlativa información sobre los mismos⁶¹.

C) La mención al derecho de suscripción preferente de acciones, de última hora gracias a una enmienda del GPS (n.º 358) en el Senado, único derecho

⁶⁰ La riqueza y variedad de supuestos es tal en la Legislación societaria que sólo una disección del caso concreto de que se trate permitirá declarar si se está presente ante una proyección del ejercicio del derecho de participación en la gestión colectiva y, lo que es más importante, si puede ser amparado o no por los administradores, por concurrencia o no de «causa legal», para afirmarlo o para negarlo o impedirlo. Cfr. EIRANOVA ENCINAS, E.: *op. cit.*, pp. 190 ss.; MORENO CANOVÉS, A., y RUIZ MARCO, F.: *op. cit.*, pp. 309-315.

⁶¹ Por su estructura peculiar, con muchísimas más posibilidades se presenta en el ámbito cooperativo el derecho del socio cooperativista a la fiscalización de la labor del Consejo Recor, desde el momento de que puede elegir y ser elegido para los cargos de interventores o censores de cuentas (arts. 52, 66 y 67 de la Ley de Cooperativas). Cfr. POLO VEREDA, J.: «Delitos...», *cit.*, pp. 6-7; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.: *op. cit.*, pp. 171-173.

mínimo del accionista acogido en el elenco de la norma con neto carácter patrimonial, trata de reforzar este instrumento corrector en su favor para salvaguarda de su posición jurídica y económica en el seno de la sociedad, permitiendo que conserve su porcentaje de participación social en los supuestos en que aquélla haya decidido la ampliación de su capital.

La discusión podrá plantearse penalmente, al tratarse de un derecho condicionado, sobre la observancia o cumplimiento de variados requisitos por parte de administradores y accionistas (de plazo, de publicación, de notificación o comunicación escrita, etc. —art. 158 LSA—), así como sobre la determinación de lo que pueda ser el interés de la Sociedad para que la Junta General (aunque aquí el papel del sujeto activo del delito aparece subordinado) decida y acuerde la supresión total o parcial de su ejercicio (art. 159); si bien no parecen supuestos dudosos de tipicidad penal aquellos en que acordado por la Junta la ampliación de capital, no mediante la elevación del valor nominal de las acciones ya existentes, sino por la emisión de nuevas, los administradores omitan la oferta a los accionistas, o la publicidad necesaria, o simplemente rechacen la petición de suscripción o la imposibiliten...

Le hubiera bastado al legislador con haber añadido las palabras «o participaciones» para haber solventado la dificultad, resaltada por algún autor, de la no aplicabilidad en este punto de la protección penal a los socios cuyos títulos de participación nominalmente no son calificados como acciones según la descripción típica.

La interpretación literal aboga por sostener que el socio de una SRL que viera negado o impedido su derecho preferente a suscribir nuevas «participaciones» (reconocido en el art. 75 LSRL) por una grosera infracción de sus deberes legales por parte de los administradores, quedaría al margen de la tutela penal. Ciertamente, la onda expansiva del artículo 297 y el dato de que el sujeto pasivo del delito, con independencia del contenido del objeto material, lo es el socio y no «el accionista», y que tanto la «acción» como la «participación» en la SA y en la SRL (arts. 48.1 LSA y 5 LSRL) confieren a sus titulares legítimos la condición de socio, podría ayudar a una exégesis más generosa, pero tampoco cabe olvidar que la Ley 2/1995 otorga a la SRL un carácter híbrido (armonización de elementos personalistas y capitalistas), cerrado, y en la que se prohíbe que su capital social —dividido en participaciones— pueda incorporarse a títulos-valores, siendo así que una de las características de la «acción» representada por medio de título es la de su consideración como título valor; y al igual se prohíba su representación por anotación en cuenta, lo que es admitido para las acciones (arts. 5.2 LSRL; 51 LSA y 122 RRM).

Ésas y otras diferencias de naturaleza entre acción y participación justificarían el trato penal diferenciado, que, en todo caso, debió de quedar razonado.

4. «CAUSA LEGAL» Y CUESTIONES PREJUDICIALES DEVOLUTIVAS

La disposición de los derechos objeto de enumeración en el artículo 293 como no absolutos o ilimitados, sino sometidos a algunas condiciones o restricciones

legales⁶², unido a cierto ámbito de poder discrecional de que gozan los administradores (por ejemplo, en cuanto a guardar secreto sobre las informaciones de carácter «confidencial» —art. 127.2 LSA—), es fuente probable de discrepancias interpretativas sobre el alcance de la legislación societaria, lo que tiene repercusión inmediata en el contenido de la conducta típica.

Sean éstas las razones u otras, a la postre, el legislador, prudentemente, fuere innecesario o superfluo, introdujo en el tipo una cláusula de cariz negativa, como causa de justificación o como elemento normativo, expresada con las palabras «sin causa legal», con el fin de patentizar que cuando el administrador venga habilitado legalmente para negar o impedir al socio el ejercicio de los derechos en cuestión, obviamente, la negativa o impedimento no serán típicos o, si se prefiere, antijurídicos.

Dicha cláusula conlleva consecuencias de orden sustantivo, sobremanera en materia de teoría del error, como se ha significado doctrinalmente, y dependiendo de la naturaleza que se le asigne, bien como elemento normativo-descriptivo, bien como causa justificadora, la aplicación de aquella teoría será divergente: error de tipo del número 1 del artículo 14 en el primer caso, error de prohibición del número 3 del mismo precepto, en el segundo.

La doctrina penal se muestra dividida, encontrándose opiniones para todos los gustos, unas tendentes a mantener que se trata de error de prohibición en todo caso, otras de error de tipo, y otras con distinción para unos casos error de tipo y en otros de prohibición; divergencias con alguna trascendencia práctica, por cuanto que de concebir que el error sobre el contenido y características del ejercicio de los derechos según la regulación de la normativa mercantil elimina el sentido negativo del hecho —como elemento esencial de la infracción— lo es de tipo, tanto lo sea invencible (poco probable) como vencible (por no castigo de la conducta en forma imprudente) se declararía la exclusión de la responsabilidad criminal de los administradores en todo caso; mientras que, si se propone que contiene una causa de justificación, el error sobre el significado antijurídico del hecho, en caso de ser vencible, no excluiría aquella responsabilidad, aunque sí su atenuación⁶³.

En nuestra modesta opinión, aquella cláusula, por lo general, se acerca más, dado su carácter de norma penal en blanco, a la naturaleza de causa de justificación, con subsiguiente posibilidad aplicativa del error de prohibición. Y ello porque cuando el administrador niegue o impida al socio el ejercicio de alguno de los derechos, difícil será afirmar que desconozca la desvalorización que el artículo 293 atribuye a esa negativa o impedimento, y la propia descripción de los elementos del tipo de injusto como supuesto general (prohibición general), pero puede creer erróneamente que en el caso concreto que a él afecta se halla amparado por la concurrencia de una norma societaria (que el tipo delictivo no pudo contener expresamente) que le permita actuar —sin

⁶² Y las que hipotéticamente pudieran devenir en el futuro por aplicación de las normas comunitarias. En general, vid. VERCHER NOGUERA, A.: «Directivas comunitarias y Normas penales en blanco», *Act. Jca. Aranzadi*, n.º 275, Diario de 26 de diciembre de 1995.

⁶³ MATA MARTÍN, R.: *op. cit.*, pp. 40-41.

arbitrariedad manifiesta— como lo hace; es decir, puede sufrir un error sobre los límites de la causa de justificación (interpretación oscura o contradictoria de la norma habilitante en la jurisprudencia) o si se quiere sobre la existencia de la norma y causa mismas; supuesto que se acomoda mejor en el número 3 del referido artículo 14.

Pero la determinación de la existencia o inexistencia de causa legal que justifique o no la negación o impedimento de los derechos sociales, suscita, o puede suscitar, una serie de complejos problemas prácticos que aunque no por lo general, sí para casos muy específicos habrán de encontrar adecuada solución por la vía procesal del planteamiento de las llamadas cuestiones prejudiciales suspensivas y devolutivas, con el fin de evitar pronunciamientos judiciales contradictorios por diversas Jurisdicciones⁶⁴.

La reflexión me vino de la mano de dos ponderados estudios del profesor RODRÍGUEZ RAMOS⁶⁵, que merecen ser compendiados brevemente. En ellos, tras destacarse que el nuevo Código Penal «invade» parcelas de otros sectores jurídicos, aun afirmando su autonomía y primariedad, es lo cierto que cada vez es más frecuente la presencia en la técnica penal de elementos jurídicos normativos no penales o de tipos incompletos o en blanco, con la consiguiente dependencia, secundariedad y subsidiariedad de la norma penal respecto de otras normas jurídicas, hasta el punto de que para los supuestos de superposición de ilícitos civiles y penales no ha de extrañar que el Juez penal al aplicar normas en blanco deba resolver cuestiones prejudiciales.

Recuerda el ilustre penalista que si hasta ahora la regla general —compendiada en los arts. 3 y 7 de la Ley Procesal Penal y el art. 10 LOPJ— es y será la de que la cuestión prejudicial ligada al hecho punible es competencia del Juez penal que juzga este último (el orden penal puede conocer de asuntos que *a priori* no le están atribuidos privativamente), sin que suspenda su proceso y devuelva al orden jurídico propio de la cuestión su competencia; y la excepción —art. 4 LECrim., no derogado por el 10 LOPJ en virtud de los pronunciamientos de la STC 30/1996, de 26 de febrero— la constituye el supuesto de que la cuestión prejudicial sea determinante de la culpabilidad o inocencia del acusado y no pueda entonces prescindirse de ella, en cuyo caso el Juez penal suspende el proceso hasta su resolución por el Juez competente del orden civil o mercantil (cuestión prejudicial suspensiva y devolutiva o excluyente), resulta que cuando el tipo penal en blanco se completa con elementos norma-

⁶⁴ En el Curso de Formación de Jueces y Magistrados del CGPJ, sobre «Empresa y Derecho Penal», celebrado en Madrid en junio del presente año, suscitó al profesor DEL ROSAL (director del Curso) dicho problema, el cual en principio y de forma tajante se mostró muy contrario a tal posibilidad, aunque después de contrastar mis puntos de vista se mostró, finalmente, más receptivo, aceptando la razonabilidad y necesidad de su planteamiento, al menos, en supuestos de extrema dificultad técnico-jurídica; flexibilidad que le agradecemos. También: GONZÁLEZ VIZCAYA, E.: «Los delitos...», cit., p. 239; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.: *op. cit.*, pp. 19 y 175.

⁶⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «¿Hacia un Derecho Penal Privado y secundario? (Las nuevas cuestiones prejudiciales y suspensivas)», *Act. Jca. Aranzadi*, n.º 251, Diario de 20 de abril de 1996; y «Cuestión prejudicial devolutiva, conflicto de competencia y derecho al Juez predeterminado por la Ley (Actualización de la prejudicialidad en el proceso penal)». En misma *Rev.*, n.º 285, Diario de 13 de marzo de 1997.

tivos extrapenales puede que la cuestión vaya más allá de lo normativo y se convierta en una parte del supuesto fáctico a valorar desde la perspectiva jurídico-penal; incidiendo así el problema en los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y a la presunción constitucional de inocencia (art. 24 CE); y provocando, indeseablemente, que lo que era la excepción se convierta aquí en la regla general.

En definitiva, la posibilidad de identificación del tipo penal con elementos normativos no penales con cuestiones prejudiciales excluyentes, es un riesgo que asume el legislador desde el momento en que la norma penal «invade» sectores no penales con ámbito propio, y este riesgo está presente en los delitos societarios en los que no pocos casos la culpabilidad o inocencia del sujeto activo —administrador— va a depender casi siempre de cómo se van a resolver cuestiones mercantiles básicas, al ser la norma penal una norma yuxtapuesta, so pena de controvertir el derecho a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, amén de los citados anteriormente; concluyéndose que la cuestión prejudicial civil suspensiva y devolutiva es planteable en cualquier momento en el proceso penal, de oficio o a instancia de parte, pudiéndose dar lugar a conflictos de competencia⁶⁶.

Asumiendo estos planteamientos, cuya razonabilidad está fuera de duda, puede añadirse que se mire como se mire la aplicación del artículo 293 viene «tocada» de modo serio por la interpretación del contenido y alcance de múltiples preceptos mercantiles-societarios, cuya orientación y sentido muchas veces no son pacíficos en la ciencia y jurisprudencia mercantiles, por lo que la cláusula negativa «sin causa legal», encubre la eventual formulación de cuestiones prejudiciales devolutivas a dilucidar ante Jueces no penales, previa su invocación en el proceso penal, fundamentalmente, ante el Juez sentenciador por la vía del número 2 (turno de intervenciones) del artículo 793 de la Ley Procesal Penal.

Si la norma penal se limita a recoger la esencia de lo prohibido y confía a la ley mercantil la descripción de otros elementos configuradores de la infracción que no puede abarcar, no ha de extrañar que éstos puedan ser objeto de cuestiones prejudiciales excluyentes⁶⁷.

⁶⁶ Incidentalmente y por vía ejemplificativa indica que el que una persona sea o no administrador de hecho o de derecho de una sociedad; el que el socio tenga o no derecho a la información o a la suscripción preferente de acciones, etc., son problemas jurídicos no penales que se han de dar resueltos necesariamente en el relato de hechos probados de la sentencia penal, y son cuestiones ordinariamente a dilucidar en el orden jurisdiccional civil y no por el penal.

⁶⁷ Sin ánimo exhaustivo, y como mero espiguelo, recogemos en forma de interrogantes supuestos en que pudieran verse comprometidas tales cuestiones: ¿deberá determinar el Juez penal, en caso de discrepancias entre administradores y accionistas, la concurrencia del 5 por 100 del capital social o los asuntos del orden del día a tratar, ante la solicitud de los segundos de convocatoria de Junta General, pese a la posibilidad de éstos de instarla ante el Juez civil, *ex.* artículos 100 y 101 LSA?; ¿corresponderá ventilar ante el Juzgado Penal los problemas complejos de copropiedad o usufructo de acciones, transmisibilidad de las mismas, etc., a la hora de decidir, qué socio, cuando no haya acuerdo entre ellos, está legitimado para el ejercicio de los derechos señalados en los artículos 66 y 67 de la misma Ley?; ¿valorará el mismo si la información solicitada por el socio y que le niega el administrador cae o no bajo el ámbito de la confidencialidad

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARTÍCULO 294

El impedimento o negativa del administrador de una sociedad, sometida o que actúa en mercados sujetos a supervisión administrativa, a la actuación inspectora o supervisora de determinadas personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras de las Administraciones Públicas, contemplados en el artículo 294 como conducta prohibida, se incorpora al elenco de los delitos societarios, después de que en ninguno de los textos prelegislativos (incluido el inicial del proyecto de 1994, remitido a las Cortes Generales —BOCG de 26 de septiembre de 1994—) se reclamara su presencia, ni la doctrina sintiera su necesidad.

Constituye, pues, no sólo un ejemplo de improvisación de última hora, hurtando a la ciencia penal toda reflexión crítica previa, sino de desidia, a la vista del escaso interés, al menos declarado, del legislador cuando lo introduce de tapadillo a través de una enmienda del GPS, sin tomarse la molestia de evidenciar mínimamente las bases político-criminales que pudieran justificar tan apresurada decisión de política legislativa.

Calificado dogmáticamente como el más genuino, y quizás único, delito socioeconómico de entre los delitos societarios, en atención a que el objeto de su protección se incardina en el orden económico, entendido como regulación jurídica de la participación e intervención estatal en la economía, a la vez, viene discutido por algún autor su prístino carácter de delito societario, pues, pese a su ubicación sistemática, la relación sobre cuya base se construye no se establece entre mayoría y minoría accionarial, ni entre administradores y sociedad administrada, sino entre los órganos de administración y los órganos públicos encargados de la inspección y supervisión de singulares actividades que adoptan una forma societaria, y que se materializan casi exclusivamente en el mercado financiero o crediticio, de valores y de seguros...⁶⁸.

Y en pocas ocasiones se encontrará un consenso tan mayoritario a la hora de reprobar una figura delictiva, a la que aparte de reproches de mala técnica legislativa (redacción muy abierta, vaga, imprecisa, reenvío perturbador a normas sectoriales de naturaleza administrativa, etc.), se le objeta tanto su innecesariedad (contrariando los principios de fragmentariedad y subsidiariedad) como su limitada acomodación a las exigencias materiales derivadas de los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Alzándose desde su entrada en vigor voces que demandan su desaparición,

y deber de guardar secreto que le impone el artículo 127.2 LSA?; ¿entrará a valorar en la causa penal las discrepancias entre administradores y accionistas acerca del número proporcional al valor de las acciones poseídas, o si el aumento de capital se debe hacer con cargo a las reservas de la sociedad y no con la emisión de nuevas acciones?; ¿si el administrador induce a negar a un socio el derecho de voto, o de suscripción preferente de acciones por causa de que presumiblemente se halle en mora aquél en el pago de los dividendos pasivos —art. 44 LSA—, tal complejo punto es lógico que sea objeto de debate en la vista oral, hasta el punto de confirmar si los dividendos han prescrito o no y si el plazo de ejercicio de la suscripción preferente ha transcurrido?, etc.

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª: «Los delitos...», cit., pp. 70-72.

no podemos augurarle en el futuro sino el papel de mera figura decorativa, residual, de relleno, incorporadora de un gesto político-criminal «cara a la galería», pero que, desde luego, no va a llenar un hueco en los repertorios jurisprudenciales, entre otras razones, porque, como se dirá, quien se configura como sujeto pasivo del delito tiene a su disposición un arsenal de medidas sancionadoras y otros recursos, cuya enumeración causa sonrojo, para reprimir tal clase de comportamientos, que difícilmente se verá precisado de concursos y ayudas de la Jurisdicción penal, a no ser que se acuda a ella con fines de ejemplaridad y de escenificación pública⁶⁹.

1. EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL TIPO Y SU NATURALEZA

Se ha dicho por algún miembro del Poder Legislativo que éste no tomó partido acerca de los bienes jurídicos a proteger en los delitos societarios, ni tampoco existe una concepción pura de lo que debe entenderse por «orden socioeconómico» como bien jurídico protegido penalmente⁷⁰ y, quizás por ello, la delimitación del bien tutelado en el artículo 294 no consienta una respuesta unívoca, por mostrarse plural en cuanto a sus aspectos o caras, todas ellas reconducibles a una misma sustancia.

En principio, por su carácter de delito socioeconómico sería incomprendible negar que en su objeto de protección subyacen unos intereses o valores supraindividuales colectivos y público-estatales. Y ello porque es una realidad manifiesta que en la vida económica de un país, cada vez con más frecuencia por la globalización supranacional de la misma, opera una singularísima clase de entidades societarias que, por su objeto, por el peso de su volumen de negocios, y otros factores, causan un impacto peculiar en la ordenación económica; ante cuya presencia los poderes públicos no pueden permanecer pasivos, viniendo legitimados frente a tales manifestaciones para establecer un régimen normativo intervencionista directo que cuide y diferencie su nacimiento y constitución, así como su control posterior, dada la trascendencia que sus decisiones pueden tener para la comunidad.

Desde esta perspectiva, parecería que, sin perjuicio de los mecanismos de intervención y control propios del Derecho administrativo económico, el precepto penal se ocuparía de proteger, desde su particular atalaya, la regulación jurídica de la participación del Estado en la economía de mercado a través del mantenimiento para el caso de tan especiales sociedades y entidades de unas reglas de funcionamiento claro y transparente, a vigilar mediante su sometimiento a controles de supervisión e inspección en manos de concretos y especializados órganos de la Administración.

Esa necesaria transparencia, claridad, y sujeción a normas imperativas

⁶⁹ Por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Análisis del artículo 294 del nuevo CP», en vol. colectivo del BCH, cit., pp. 121 ss.

⁷⁰ LÓPEZ GARRIDO, D., y GARCÍA ARÁN, M.: *El CP de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al Texto y al Debate parlamentario*, Madrid, 1996, pp. 128-129.

de obligada observancia para tal clase específica de sociedades, trasunto del interés supraindividual o colectivo, encarnado en la adecuada regulación y desarrollo del mercado y de la economía nacional, constituiría para algunos autores el bien jurídico protegido, que se preservaría con el cumplimiento exacto por parte de aquellos agentes económicos de las normas supervisoras e inspectoras que el Estado, como garante del orden socioeconómico, tuviera a bien establecer al efecto.

Pero esta tutela difusa, un poco evanescente, de las reglas de ordenación del sistema económico general que inciden en concretos mercados y actividades en que se mueven las susodichas sociedades mercantiles especiales, no debe ensombrecer lo que desde una óptica más cercana se detecta en el tenor del precepto.

Así, el profesor RODRÍGUEZ MOURULLO al preguntarse cuál es el valor que de forma directa e inmediata constituye el objeto de protección de la norma, independientemente de la tutela más lejana o refleja que proyecta sobre otros bienes e intereses, responde que de forma directa la protección se centra en la actividad de control de los órganos administrativos a los que se entregan las facultades inspectoras y supervisoras que recaen sobre aquellas sociedades.

Estaríamos así ante un bien jurídico de carácter administrativo (interés de la Administración competente en no ver entorpecidas sus funciones de vigilancia), identificable con el refuerzo de la efectividad de las susodichas facultades de inspección y supervisión, que no han de verse «desacatadas» por aquellas sociedades.

De esta forma, la tutela de la actividad de control y supervisión y sus mecanismos de actuación por los órganos y personas creados *ad hoc* para evitar irregularidades en el funcionamiento de tales agentes económicos, quedaría resaltado en primer plano⁷¹.

El enfoque dado al tema del bien jurídico protegido repercute en la labor de descubrimiento de los rasgos definidores de la naturaleza del injusto, en cuyo punto las posiciones doctrinales aparecen divididas.

Sin dejar de encubrir una curiosa forma cualificada de desobediencia frente a mandatos o actos de la Administración, lo que ha llevado a impugnar por parte de algunos comentaristas su ubicación sistemática (que se situaría mejor en el Título XIX; o por reenvío como el legislador establece en el caso del artículo 380 para la negativa al sometimiento a las pruebas de alcoholemia), son tres las opciones principales que vienen perfilándose.

⁷¹ Para el examen de como unos ponen el acento en la faz colectiva, y otros en el elemento del ejercicio de las facultades supervisoras, cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *op. cit.*, p. 3040; DEL ROSAL BLASCO, B.: «Comentarios...», *cit.*, pp. 1437-1439; ídem: «Los delitos...», *cit.*, pp. 134-135; DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, Montecorvo, Madrid, 1997, pp. 168-169; EIRANOVA ENCINAS, E.: *op. cit.*, pp. 195 ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *op. cit.*, p. 86; GÁLVEZ DÍEZ, M. T.: *op. cit.*, p. 333; MARTÍNEZ-BUIJÁN, C.: *pássim*; MORENO CANOVÉS, A., y RUIZ MARCO, F.: *op. cit.*, pp. 321-322; POLO VEREDA, J.: «El administrador societario frente a la potestad inspectora y supervisora de la Administración Pública. El supuesto del artículo 294 del CP», *Act. Jca. Aranzadi*, n.º 346, Diario de 11 de junio de 1998, *pássim*; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Análisis...», *cit.*, p. 124; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.ª: *op. cit.*, pp. 196-200; VALLE MUÑOZ, J. M.: *op. cit.*, pp. 1328-1331.

En primer término, para algunos autores estamos en presencia de un delito puramente formal, o, si se quiere, de mera actividad. Esto es, tratándose de un supuesto de criminalización de una infracción que ya viene sancionada en el ámbito administrativo, el delito no precisa de la causación de resultado dañino o lesivo alguno para la sociedad como tal, para los socios o terceros; ni siquiera para su existencia requiere la puesta en peligro de los bienes de tales sujetos, pues, el supuesto riesgo no se cierne sobre el correcto funcionamiento de la sociedad o su patrimonio, sino sobre la simple efectividad de la supervisión o inspección, pero en su momento muy alejado de relevancia para el bien jurídico.

Basta, por tanto, para afirmar el delito con la presencia de la conducta negadora o impeditiva a la actuación supervisora e inspectora, con lo cual no se hace factible la admisión de formas imperfectas en su ejecución⁷².

En un segundo grupo y en congruencia con el argumento de que el delito afecta a intereses supraindividuales y de anticipación de las formas de defensa propia de los delitos societarios se encuentran los que lo califican de delito de peligro abstracto, lo que supondría que en el tipo delictivo está latente la sospecha de que la conducta prohibida (el impedimento o la negativa) encierra un deliberado propósito del sujeto activo de ocultar anomalías o situaciones de fraude consumadas en el seno de la empresa societaria; o sea, se valora que tras la actitud impeditiva del agente se esconde el intento de disimular fraudes y maniobras irregulares que se requiere no sean descubiertas y que ello constituye un peligro hipotético para el bien jurídico protegido (valor económico general).

Con lo que, no es preciso resultado alguno de peligro concreto o de lesión para el bien jurídico, siendo suficiente con que éste sea hipotético⁷³.

Y, en último lugar, se ha defendido su vertebración como delito de lesión o resultado, que vendría concretado en la exigencia de la constatación de la imposibilidad real y efectiva del ejercicio de la actuación inspectora o supervisora por la agencia de control correspondiente. Quiere decirse que el comportamiento típico se realiza tanto si la sociedad quería y tenía algo irregular que ocultar, como si sus operaciones, funcionamiento o situación son absolutamente correctas y ajustadas a la Ley, porque la actuación de la Administración inspectora no presupone nunca un juicio de valor sobre la existencia o no de tales irregularidades, al venir fundamentada en otros parámetros.

Consecuentemente, la conducta se consume cuando quede patentizada la impo-

⁷² Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *op. cit.*, p. 3045; GÁLVEZ DÍEZ, M. T.: *op. cit.*, pp. 333-334; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *op. cit.*, pp. 84 ss.; GONZALEZ VIZCAYA, E.: *op. cit.*, pp. 239-240; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.: «Los delitos...», cit., p. 379; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *op. cit.*, p. 294; MATA MARTÍN, R.: *op. cit.*, p. 48; POLO VEREDA, J.: «El administrador...», cit., pássim (con el matiz de referirlo sólo a la modalidad de negar —la negación lesiona *per se* la actuación de la Administración y no son necesarios resultados posteriores—); RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Denegación...», cit., pássim.

⁷³ Por ejemplo, DEL ROSAL BLASCO, B.: «Los delitos...», cit., p. 135; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.: *op. cit.*, pp. 42, 86, 88, 203; SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *op. cit.*, p. 72; en que advierte que de haberse configurado como de peligro concreto se hubiera contado con un criterio diferenciador respecto de la infracción administrativa.

sibilización del ejercicio de las facultades de control, y son posibles las formas imperfectas de ejecución⁷⁴.

En lo que no existe discordancia, como no podía ser de otra manera, es en la afirmación del componente subjetivo doloso, debiendo el sujeto activo —el administrador— conocer la competencia y legitimación del requerimiento del agente supervisor para llevar a cabo su actuación y querer con su conducta que la misma no se lleve a cabo, ni se alcance, sin necesidad de que concurra ningún ánimo específico ulterior fuera del dolo o especiales requisitos objetivos tendentes a la consecución de un perjuicio patrimonial a la sociedad o terceros⁷⁵.

2. ACOTACIONES SOBRE LA ACCIÓN TÍPICA

1. De manera idéntica que la conducta del artículo 293, la del 294 es constitutiva de un delito especial propio, si bien a diferencia de aquélla, esta última incorpora una restricción en cuanto a su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo (en su momento examinado) que viene descrito, como elemento normativo en blanco, con la locución: sociedad... «[...] sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa [...]».

Existe conformidad en advertir que dicho elemento viene referido no a las sociedades *in toto* (y también empresarios individuales), que vienen constreñidas a la genérica supervisión y control administrativo propios de la «función de policía administrativa» (en ella entraría la que deriva de la legislación fiscal, contable, laboral, de seguridad social, sanitaria...), pues cualquier ente social y todos los agentes y mercados están sujetos, casi sin excepción, a los controles propios de vigilancia de policía administrativa en sentido general; sino que, se está acotando un campo de acción más estrecho, vinculado a sociedades que caen bajo la órbita de normas legales sectoriales que corrigen el funcionamiento de los agentes que operan en determinados y muy cualificados segmentos de la actividad económica.

Estas sociedades o entidades, aparte del sometimiento a aquella vigilancia o inspección genérica, y en las que el 294 pretende conseguir eficacia, son únicamente o exclusivamente las que por su régimen jurídico especial se hallan en una situación de «relación especial de sujeción» con la Administración Pública, en la que es nota preponderante el venir instrumentadas en su constitución y funcionamiento, por imperativo de intereses públicos prevalentes.

⁷⁴ Con más o menos rasgos divergentes: BUFETE HERMOSILLA: *op. cit.*, p. 96; EIRANOVA ENCINAS, E.: *op. cit.*, pp. 204-207; MORENO CANOVÉS, A., y RUIZ MARCO, F.: *op. cit.*, p. 329; POLO VEREDA, J.: «El administrador...», *cit.*, pássim; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Análisis...», *cit.*, pp. 124, 130-131; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª: *op. cit.*, p. 96.

⁷⁵ Ello se deduce de la eliminación, como ocurrió con el artículo 293, de la palabra «maliciosa» del texto primigenio de la primera redacción, que vino *a posteriori* suprimida. Valgan las anotaciones respecto a aquel precepto.

DEL ROSAL (pássim) y POLO (pássim), por citar alguno, admiten en alguna de las modalidades la comisión por dolo eventual.

Es la especial naturaleza que desarrollan, lo que motiva su sujeción a una reglamentación muy intensa en aras de la protección del interés general de la economía nacional.

Admitido este criterio restringido de interpretación, será la numerosa normativa extrapenal la que resolverá si concurre o no esa especial o cualificada relación de sujeción especial, esto es, la que dirá si la sociedad en cuestión viene o no sometida y actúa o no en tal clase de mercado, y si, por consiguiente, viene obligada a soportar la inspección y supervisión que se dice.

Dada la técnica empleada, ha de reprocharse el que pueda quedar en manos no ya del legislador, sino de otras instancias o poderes públicos con tal fórmula abierta, por meros motivos coyunturales, la ampliación del radio de acción del ámbito de aplicación de la norma penal.

En todo caso, hasta el momento no se presentan graves obstáculos interpretativos y es común señalar, como mínimo y en resumen, tres grandes grupos de mercados sometidos a tan especial sujeción, como son, en primer lugar, el financiero o crediticio en general, por lo que, *a priori*, entre otras, son sociedades sometidas al tenor del precepto penal todas las enumeradas como tales en el artículo 39 (que modifica el art. 1 del RD Legislativo 1.298/1986, de 28 de junio) de la Ley 26/1988⁷⁶; en segundo lugar, las propias del mercado de valores⁷⁷; y en tercer lugar, las que actúan en el mercado de seguros⁷⁸; correspondiendo, por lo general, la competencia para el ejercicio de las facultades supervisoras e inspectoras, respectivamente, al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y Sociedades Rectoras de Bolsa y a la Dirección General de Seguros...

2. Pasamos a significar, en este orden de cosas, algunas otras precisiones dignas de mención en este apartado.

La conducta, como la prevista en el artículo 293, se articula nuclearmente de forma alternativa con los verbos «negar» e «impedir» que no son equivalentes gramaticalmente, aunque sí en su significado jurídico último.

Entendemos que la modalidad de negación implica una obstaculización de plano, frontal, frente a la pretensión de la Administración inspectora, plasmada en una contestación proyectada al exterior; supone contestar «no» al requerimiento de inspección o supervisión que aquélla trata de ejercitar, se

⁷⁶ El ICO y las entidades oficiales de crédito, siempre que vengan sujetas en su actividad y funcionamiento a las normas jurídico-privadas; los bancos privados, las cajas de ahorros, la CECA, las cajas postales, las cooperativas de crédito, las sociedades de crédito hipotecario, las entidades de financiación, las sociedades de arrendamiento financiero, las sociedades mediadoras del mercado del dinero, etc., y todas las mencionadas en la legislación de desarrollo.

⁷⁷ Nos remitimos, para no hacer prolija la exposición, a la Ley 24/1988, de 28 de julio, sobre el Mercado de Valores, con sus reformas posteriores; Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Sociedades de Garantía Recíproca; RD Ley 1/1986, de 14 de marzo, de Sociedades y Fondos de Capital; Ley 46/1984, de 26 de diciembre, de Instituciones de Inversión colectiva; RD 686/1993, de 7 de mayo, sobre Sociedades y Fondos de Inversión Mobiliaria, etc.

⁷⁸ Entidades aseguradoras (mutuas, cooperativas, mutualidades, etc.) a que se contrae el radio de acción de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de OYSSP.

le reconozca o no que cuenta con la potestad e *imperium* para pedir lo que pide⁷⁹.

No obstante ello, el impedimento en su mecánica presenta una faz diferente pues admite formas de realización no frontales, más sibilinas y cautelosas, dirigidas al mismo fin de frustrar el ejercicio de las facultades de inspección y supervisión y conseguir que la agencia de control no llegue a comprobar y verificar el objeto de conocimiento que desea observar respecto de una situación fáctica determinada en el seno de la sociedad⁸⁰.

Ni que decir tiene que aun cuando el tipo, apartándose del artículo 293, omite la dicción «sin causa legal», está implícita en el mismo la exigencia de que el órgano, persona o entidad que pretende la actuación inspectora o supervisora, vengan habilitados legalmente para realizarla y que el objeto de supervisión se halle incluido en el ámbito de sus competencias, de manera que la negativa o el impedimento como reacción ante situaciones de extralimitación por no atribución de tales facultades inspectoras, se considerarán como hechos atípicos o antijurídicos y el administrador vendrá exento de responsabilidad criminal, *ex* artículo 20.7 del Código Penal.

Problema interesante es el de si el contenido del objeto de supervisión ha de venir acogido por norma jurídica que tenga rango de ley en sentido estricto, dadas las dudas y discusión que se han planteado en el ámbito infractor administrativo del sector bancario, en el que fue objeto de crítica la fuerza y eficacia obligatoria de las Circulares e Instrucciones del Banco de España⁸¹.

Si bien se mira, la lectura de la legislación sectorial reseñada contiene ya la habilitación suficiente para legitimar el ejercicio de la actuación inspectora o supervisora; cosa distinta es la de que el contenido concreto para el caso *ad hoc* quede perfilado con los mandatos contenidos en Instrucciones, Órdenes o Circulares del agente supervisor, lo que podría dar lugar a otro tipo de conflictos, referidos a lagunas, contradicción normativa, confusionismo, etc.⁸².

⁷⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: («Análisis...», cit., p. 129); considera de dudoso acierto la inclusión de la locución «negar», porque hubiera bastado con el verbo «impedir», ya que, realmente, lo que se trata de incriminar es el impedimento a dicha actuación; eso sí, siempre que la obstaculización alcance un grado de verdadera imposibilidad de llevarla a cabo, quedando fuera del tipo las conductas de mero estorbo, fastidio, e inconvenientes frente a la Administración. De lo que resulta que es esencial que la conducta presente una perversidad y gravedad notables.

⁸⁰ POLO VEREDA, J.: «El administrador...», cit., pássim; SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «Los delitos...», cit., p. 71; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.: *op. cit.*, pp. 203-204 (para este colega, la diferenciación de ambas modalidades permite rechazar la posibilidad de la comisión por omisión en la de «negar», al embeber una conducta activa que exterioriza la negación; por contra, sí sería admisible en la de «impedir», dado que consiente formas omisivas, equivalentes a la activa).

⁸¹ Cfr. RIVERO ALEMÁN, S.: «Las buenas prácticas bancarias y la infracción de las normas de Disciplina» en vol. *Disciplina del Crédito bancario y protección del consumidor*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 543 ss.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.: *op. cit.*, pp. 197-199. Reprocha lo incompatible que es con las exigencias de un Derecho Penal que se califique de «democrático» el recurso a normas de rango inferior a aquéllas para delimitar el ámbito de la actuación inspectora o supervisora.

Para POLO VEREDA, el rango de la norma carece de trascendencia.

⁸² Se citan como ejemplos en los que será lícito el rechazo, por parte del administrador, de la pretensión inspectora, los de que la información solicitada no aporte dato o indicio alguno

En todo caso, para evitar que el injusto abarque un radio de acción mayor que el correspondiente a la infracción administrativa y dejando a un lado la problemática de si el término inspección es más específico que el genérico supervisión y si tienen o no un fondo material común, pues ello no tiene trascendencia práctica⁸³, han de venir, como mínimo infranqueable, salvados los presupuestos que se contienen en la propia infracción administrativa. En este sentido, resulta inexorable la presencia del requerimiento previo, expreso, formal, claro, escrito e individualizado, hacia el administrador, pareciéndonos trasladables, salvando las distancias, los criterios jurisprudenciales consolidados que el Tribunal Supremo viene manteniendo respecto al delito de desobediencia común; esto es, que la actuación inspectora o supervisora se manifieste con tal requerimiento personal, concreto y no abstracto, revestido de todas las formalidades legales y debidamente comunicado o notificado con los apercibimientos de rigor, sin que se exija un número determinado de requerimientos, pues la existencia de una pluralidad de ellos lo único que pondrá de manifiesto es la persistencia y contumacia en la negativa o impedimento en el cumplimiento de lo acordado por la agencia de control⁸⁴.

3. CONCURRENCIA CON INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS. PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

1. Hemos repetido ya que el artículo 294 acoge penalmente conductas ya catalogadas en el seno del Derecho Administrativo sancionador, referidos a los específicos sectores y mercados a que se contrae el mismo.

Se citan como ejemplos paradigmáticos de infracciones administrativas, entre otros, los contenidos en el artículo 4.*h*) e *i*) de la Ley 26/1998, el artículo 40.*m*) de la Ley 30/1995, y el 99.*t*) de la Ley 24/1988⁸⁵.

de interés para la Administración requirente; de facilitación parcial o incompleta de datos; de impericia o defectos en la actuación; de presentación de recursos judiciales o administrativos, cuando se presenten con visos de cierta razonabilidad; de retraso en la entrega de la información y documentación solicitada, siempre que no exista una reiteración contumaz (nota restrictiva la de la «reiteración», también eliminada en el trámite legislativo).

⁸³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *op. cit.*, p. 3044; MEJÍAS VILLATORO, P.: «Obstrucción en la labor de organismos inspectores o supervisores», en vol. colectivo del BCH, cit., pp. 135 ss.; POLO VEREDA, J.: «El administrador...», cit., pássim; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.: *op. cit.*, p. 200.

⁸⁴ Por eso tiene razón POLO, analizando la aplicación de la figura del delito continuado, al estimar que si la actuación inspectora tiene un mismo y único objeto y se produce el requerimiento, siendo negado o impedido, la negativa o impedimentos posteriores a los sucesivos requerimientos, con el mismo objeto de actuación, son irrelevantes penalmente. Sólo si la negativa o impedimento se refiere a varias actuaciones inspectoras sobre operaciones y contenidos variados y distintos podría entrar en juego el artículo 74 CP.

Sobre los problemas concursales, falsedades del artículo 290 y comunes, las coacciones del artículo 172, cfr. EIRANOVA ENCINAS, E.: *op. cit.*, p. 208; MATA MARTÍN, R.: *op. cit.*, p. 52.

⁸⁵ El primero, sanciona como infracción muy grave: «la negativa o resistencia a la actuación inspectora, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto», y, «la falta de remisión al órgano administrativo competente de cuantos datos o documentos deban remitirse o requiera en el ejercicio de sus funciones [...]».

Así pues, el solapamiento de ilícitos parece evidente a la vista de la confrontación de estos preceptos y algunos otros que pudieran traerse a colación; y la primera cuestión o materia que debe proponerse no es otra que la de la justificación de su convergencia, la que, en principio, vendrá autorizada, sin interferir en el principio de necesidad o intervención mínima, si se constata además de la adecuación y proporcionalidad de la respuesta penal, la ineficacia, insuficiencia, o inidoneidad de la sanción administrativa para la protección de los bienes jurídicos en juego⁸⁶.

Como quedó indicado, el legislador no se preocupó de sentar la justificación, cuando tuvo oportunidad de hacerlo; motivo por el cual se hace imprescindible conocer mínimamente el catálogo de medidas que el Derecho Administrativo sancionador propone para combatir el fenómeno.

Es decir, sin profundizar en los postulados de corrientes dogmáticas recientes⁸⁷ que abogan por alejar del Derecho Penal espacios de concurrencia de infracciones administrativas criminalizadas, provocadoras de tensiones del sistema represivo en su conjunto, y en la implantación de un derecho sancionador sistematizado, acompañado de los principios materiales y las garantías penales (SSTC 305/1993, de 25 de octubre y 45/1994, de 15 de febrero) bastará vislumbrar si el régimen sancionador administrativo es lo suficientemente contundente e idóneo para remover y quebrar la resistencia del administrador a la efectividad de la labor inspectora y supervisora, aun para las situaciones de extrema gravedad; en cuyo caso, será razonable concluir que la criminalización contenida en el artículo 294 resulta caprichosa y poco respetuosa con aquel principio que constituye uno de los fundamentos del Estado de Derecho (STC 62/1982, de 15 de octubre).

La discusión se centra, pues, en pronunciarse sobre si la opción político-legislativa examinada constituye un ejemplo de crecimiento indiscriminado del área de acción de la legislación penal que puede llevar a su hipertrofia y al exceso en el mantenimiento del orden social; la que vendría aclarada si se concluye que las Administraciones Públicas cuentan con armas suficientes para proteger el orden socioeconómico que en este punto pudiera verse comprometido.

Fijando nuestra atención en el mercado financiero y crediticio⁸⁸, cabe sig-

El segundo, de modo cuasi idéntico, señala: «la excusa, negativa o resistencia a la actuación inspectora, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto».

De modo similar, el tercero.

⁸⁶ Que es ineficiente la sanción administrativa, lo sostiene, por ejemplo, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *op. cit.*, p. 3041.

⁸⁷ Vid. HASSEMER, W.: «Crisis y características del moderno Derecho Penal», *Rev. Act. Penal*, 1993-III, pp. 635 a 646.

⁸⁸ Sobre las normas de intervención en el sector bancario, el fundamento del interés público subyacente, su evolución legislativa desde la Ley de Ordenación Bancaria de 1946, el estudio de las facultades de inspección del Banco de España, como «Banco de banqueros», y como órgano de vigilancia del correcto funcionamiento y supervisión de la actividad financiera y crediticia; el carácter ordinario y extraordinario de las inspecciones que ordena, y los criterios de conveniencia u oportunidad en las competencias de su Gobernador, cfr. HERNÁNDEZ MARQUÉS, M.: «Las potestades de dirección y supervisión. Especial referencia a las del Banco de Espa-

nificar las siguientes previsiones normativas: *a)* el ordenamiento sectorial bancario presume la responsabilidad del Consejo de Administración, salvo prueba en contrario, sancionando incluso las conductas imprudentes, quedando salvadas únicamente las justificadas por ausencia o voto en contra de sus miembros (art. 15 LDEIEC); *b)* el efecto disuasorio de las sanciones previstas se extiende a las Comisiones Ejecutivas, Consejeros Delegados, Directores Generales, órganos asimilados y otras personas con funciones gestoras en la entidad [apartado 2.*b)* de la norma anterior]; *c)* el establecimiento de un detallado y potente sistema de medidas cautelares encaminadas a la inmediata restauración del «orden bancario» perturbado, y en tal sentido el artículo 24.1 de la susodicha Ley autoriza, con la inmediata incoación del expediente sancionador, la adopción de acuerdos de suspensión provisional (de hasta seis meses) de los administradores en el ejercicio de sus cargos; medida precisamente prevista para la infracción del artículo 4.*h)*, con criterios de oportunidad y conveniencia en aras a la protección del sistema financiero o «de los intereses económicos afectados». Es más, comprometida la salud de dicho sistema, cabe asimismo la remoción de tales administradores y sustitución por otros designados por la autoridad correspondiente (art. 31); *d)* para las infracciones muy graves, como la que nos ocupa (art. 12), la batería de sanciones es plural, destacando las de suspensión en el ejercicio de su cargo del administrador hasta tres años, la separación del cargo con inhabilitación para ejercer funciones de administración o dirección en la entidad afectada hasta cinco años, o en cualquier otra hasta diez años (quizás en esta previsión se encuentra la razón de su no plasmación en la norma penal); *e)* por último, para casos excepcionalmente graves puede la autoridad correspondiente, Banco de España, Ministerio de Economía, etc., no andarse por las ramas e intervenir el Banco, con independencia de aquella potestad sancionadora (art. 32).

De tales preceptos se colige, sin grandes esfuerzos de raciocinio, que la potestad de supervisión o inspección del Estado viene amparada (en vía preventiva y retributiva) por tal acervo legal —por muy disperso que se muestre— y de tal calibre disuasorio, que puede afirmarse que, con creces, es más que capaz para hacer respetar el orden bancario, garantizando su correcto funcionamiento, por lo que redundante y es superflua la sobreprotección penal ahora criticada, amén de no conformarse con la función de *ultima ratio* que cumple el Derecho Penal, por mucho que esté en un Estado de Bienestar Social, superador de concepciones liberales o individualistas, venga legitimado para ampliar su campo de intervención.

Y tampoco es de recibo escudarse en la proliferación de escándalos finan-

ña», en obra colectiva *Estudios de Derecho Público Bancario*, Ceura, Madrid, 1987, pp. 140-144; SÁNCHEZ MIGUEL, C.: «Intervención administrativa de entidades bancarias», en *Comentarios a Jurisprudencia de Derecho Bancario y Cambiario*, vol. I, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1993, pp. 91 ss.; ídem: «Bancos privados: falta de cumplimiento de las Circulares e Instrucciones del Banco de España», en obra anterior, vol. II, pp. 49 ss.; SUAY RINCÓN, J.: «Sanciones», en obra *Estudios...*, cit., pp. 373 ss.; ídem: *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito*, 2.^a ed., Madrid, 1991, pássim; ZUNZUNEGUI, F.: *Ordenación Bancaria*, Espasa-Calpe, Madrid, 1992, pp. 293 ss.

cieros en los últimos años a atajar con una respuesta más terminante, cuando éstos han venido propiciados en gran medida, no por las deficiencias de la normativa sectorial, sino por un clima social y político poco riguroso, cuando no perverso⁸⁹.

2. Pero situando el problema de *lege data*, la compatibilidad entre la norma penal y la administrativo-sancionadora debe abordarse desde la perspectiva del principio *non bis in idem*⁹⁰. Ciertamente, nada impide que un mismo comportamiento sea contemplado en un ordenamiento como delito y, simultáneamente, como sanción administrativa en otro, pero ello ha de hacerse con sujeción a determinados límites, y en todo caso evitando que el infractor pueda ser juzgado y sancionado dos veces por un mismo hecho por contravenir aquel principio que, si bien no es un principio constitucionalmente consagrado ex profeso, lo es derivado necesario de los de legalidad y tipicidad, tal y como oportunamente han resaltado tanto el TC (STC 77/1983, de 3 de octubre; 234/1991, de 10 de diciembre) como el TS (SSTS 20 de febrero de 1992, 18 de febrero de 1994, etc.).

También es sabido que en los supuestos de doble conocimiento, la actuación del Juez penal es siempre preferente, conociendo primero del asunto, y, si lo declara punible, la Administración no puede hacerlo *a posteriori* salvo si el procedimiento judicial finaliza sin declaración de responsabilidad criminal (SSTC 27 de noviembre de 1985 y 15 de octubre de 1990); regla general sentada en el artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP y PAC («no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento»).

Como excepciones al principio se encuentran los casos de sanciones en los que el sujeto activo además de venir ligado al Estado y su organización por un vínculo de supremacía general, como cualquier ciudadano, se halla sujeto por otro de supremacía especial merced al cual puede ser sancionado simultáneamente en vía penal y administrativa.

⁸⁹ Viene desde hace años proclamando SILVA SÁNCHEZ («El Derecho Penal bancario en España», *Act. Penal*, 1994-III, pp. 912-917), que las facultades administrativas en materia de intervención bancaria, el sistema de protección del orden bancario a través del Derecho Administrativo Sancionador, es de enorme contundencia (difícil de alcanzar por el Derecho Penal, el cual, únicamente añadiría un efecto de estigmatización con inmediata repercusión en el plano de los medios de comunicación, pero con consecuencias devastadoras para la solvencia, por retirada de fondos, de la entidad-afectada)-y, por-ello: «[...] cuando no hay necesidad de protección penal en un determinado ámbito, una mínima consideración del carácter subsidiario del Ordenamiento punitivo obliga a abstenerse de intervenir [...]». Huelga que el legislador ha hecho oídos sordos a tan sensatas palabras.

De modo homólogo, podríamos fijarnos en el ordenamiento del sector de Seguros y del Mercado de Valores. Vid. MORERA PÉREZ, J.: «La responsabilidad personal de los administradores de Sociedades de Seguros, tras la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados», *La Ley*, n.º 4083, Diario de 19 de julio de 1996, pássim.

⁹⁰ Sobre el mismo, por ejemplo, CARBONELL MATEU, J. L.: *Derecho Penal: Concepto y Principios constitucionales*, 2.ª ed., adaptada al CP de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 150 ss.

Quiere decirse que es jurisprudencia pacífica en sede constitucional y ordinaria la de que la aplicación conjunta o cumulativa de ambas sanciones sólo es posible cuando la norma administrativa atienda a un interés público específico que no haya sido tenido en cuenta por la norma penal en esa relación de sujeción especial, o lo que es lo mismo, que aquella norma posea un fundamento diferente al que justifica la norma penal. La sanción administrativa únicamente podrá coexistir con la penal cuando cada una tutele bienes jurídicos diferenciados y la penal no subsuma íntegramente, y de modo proporcionado en la respuesta, lo que fundamenta a la primera, en cuyo caso no podría hacerse el reproche de la connotación del *non bis in idem*.

Dicho esto, las disposiciones administrativas que disciplinan los mercados sujetos a supervisión se han cuidado de respetar la preferencia del orden penal, suspendiendo el procedimiento administrativo sancionador ante la apertura del proceso penal, pero, dada la relación de sujeción especial en que se insertan, autorizando la eventual concurrencia de ilícitos y sanciones⁹¹.

Siendo indiscutible que entre la conducta del artículo 294 CP y las significadas de la normativa sectorial administrativa existe identidad de sujetos y hechos, la doctrina penal se ha planteado si concurre también la de fundamento, o sea, si los fines de protección de ambas son idénticas o diferenciadas, lo que repercute en la aplicación o no del *non bis in idem*.

Y en la búsqueda de criterios delimitadores⁹² de tales infracciones en relación al objeto de protección, predomina la opinión de los que mantienen que las conductas que acogen no presentan notas distintivas, y que el legislador no ha identificado claramente el fenómeno que en el ámbito funcional u operativo de las sociedades mercantiles era necesario combatir mediante la reacción penal; de otro modo: ninguna nota diferenciadora se descubre para la elevación a la categoría de delito de un ilícito administrativo que viene a acoger lo que no es más que un incumplimiento de deberes formales de naturaleza administrativa⁹³.

⁹¹ Artículo 2 LDEIEC: «El ejercicio de la potestad sancionadora a que se refiere la presente Ley será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal [...]», con similar contenido en el artículo 47 LOSSP y 96 LMV.

⁹² Para la mayoría de imposible localización material, pues en las fronteras próximas entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, diferenciar la infracción administrativa de lo penal sólo podrá fundamentarse en consideraciones formales (órgano que castiga y tipo de sanciones), o cuantitativas (gravedad en relación con el mantenimiento del orden social), etc.

Cfr. BAJO FERNÁNDEZ y otros: *Manual...*, cit., pp. 586 ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Práxis, Barcelona, 1996, pp. 13-14.

⁹³ Vid. DEL ROSAL BLASCO, B.: *Ponencia...*, cit., pp. 20-22; VALLE MUÑOZ, J. M.: *op. cit.*, p. 1328. Algún autor, como SÁNCHEZ ÁLVAREZ (*op. cit.*, pp. 195-199), pretende encontrar el matiz, indicando que la norma administrativa pretende asegurar el ejercicio de las funciones inspectoras y supervisoras, y el artículo 294 sólo el de las supervisoras, argumento que no se cohesta con la literalidad de este último.

No se tuvo en cuenta la propuesta de SILVA SÁNCHEZ (pássim) de que los tipos penales de incidencia en el sector bancario se hubieran configurado como de lesión o peligro concreto, y por su parte la infracción administrativa se hubiera mantenido en el nivel de peligro abstracto; lo que hubiera permitido la imposición cumulativa de sanciones.

Consecuencia insoslayable de todo ello es la de que la compatibilidad de ambas sanciones aún afirmada en la normativa sectorial referida, viene puesta en entredicho, al no destacarse un interés público tutelado de forma distinguida que consienta otorgarles un divergente fundamento, y siendo ello así, se rechaza la aplicación acumulada, cerrando el paso la norma penal a la actuación sancionadora de la Administración, a fin de que no sea desconocido el *non bis in idem*⁹⁴.

4. ESPECIFICIDAD DE LA SINGULAR APLICACIÓN DE LAS LLAMADAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

El apartado segundo del artículo 294 contiene una coletilla final de remisión (única de entre los delitos societarios), por virtud de la cual se autoriza al Juez que conozca de este tipo penal a imponer o acordar lo que designa genéricamente como «medidas» del artículo 129, y que no son sino lo que este último precepto acoge bajo el nombre de «consecuencias accesorias» del delito.

Punto novedoso del Código es la previsión de estas consecuencias específicas, configuradas como un catálogo de formas de reacción frente al delito cometido en el marco de las personas jurídicas, pero que su caracterización, naturaleza jurídica, presupuestos de aplicación, etc., se presentan oscuros y difíciles de concretar, ya que, se sitúan como *tertium genus* con respecto a las penas y medidas de seguridad, no guardando conexión directa ni con la gravedad del hecho, ni con la culpabilidad del sujeto activo del delito, ni con la peligrosidad criminal de éste⁹⁵.

Como remedio político-criminal propuesto para la eliminación de la delincuencia desenvuelta a través de la persona jurídica, se han llegado a considerar una «ficción» legal, un artificio, que el legislador crea para mantener intacto y no revisar los tradicionales principios de que la persona jurídica carece de capacidad de acción, la culpabilidad es de contenido personal y la naturaleza de las penas conlleva su aplicación exclusiva a las personas físicas...⁹⁶; modulándose en el artículo 129 con un contenido muy dispar cuantitativa y cualitativamente (desde la clausura de la empresa temporal o definitiva, la suspensión de la actividad de la sociedad o ente colectivo, la prohibición «pro futuro»,

Por ello, en «Los delitos...», cit., pássim, sugiere una interpretación teleológica que restringa el tenor de la norma penal a los supuestos en que se advierta la existencia de una conducta realmente peligrosa en el caso concreto, de modo que el peligro sea algo más que presunto.

⁹⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *op. cit.*, pp. 90-91; EIRANOVA ENCINAS, E.: *op. cit.*, pp. 206-207; MATA MARTÍN, R.: *op. cit.*, pp. 53-54.

⁹⁵ Por todos, GRACIA MARTÍN, L. y otros: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 34-35, 445 a 463; MAPELLI CAFARENA, B., y TERRADILLOS BASOCO, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Cívitas, Madrid, 1996, pp. 22-27, 215 a 219.

⁹⁶ Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «¡*Societas delinquere potest!* Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión», *La Ley*, 1996-5, pp. 1490 ss.; en pro de la superación del axioma *societas delinquere non potest* en nuestro Derecho Positivo.

temporal o definitiva, de actividades, operaciones mercantiles o negocios en cuyo ejercicio surgió el delito, hasta la intervención de la misma y su muerte civil —disolución—).

Por lo que aquí importa han venido destacados como aspectos críticos, su carácter improvisado y descoordinado de lo que ya viene previsto en la normativa sectorial, el que pretendiendo fenómenos de criminalidad «en la empresa» su previsión no es coherente ni ajustada al principio de proporcionalidad, máxime cuando la remisión en bloque o global conculca la taxatividad de los tipos penales y cuando ni siquiera se han desarrollado (sólo se enumera la exigencia de audiencia de los titulares de la entidad, y no de los múltiples terceros afectados, y la motivación) las garantías que han de presidir su aplicación, por su contenido aflictivo, etc.⁹⁷.

Quizás la crítica más severa es la de su innecesariedad, y efectos perturbadores sobre el ejercicio de las facultades que, con parecido objeto, tienen conferidas las autoridades supervisoras, con hipotética superposición de medidas simultáneas adoptadas por el órgano jurisdiccional y aquellas (Banco de España, Ministerio de Economía, etc.). No se olvide que el artículo 25.1 LDEIEL prevé la ejecutividad inmediata de las sanciones impuestas por aquellas autoridades.

De otra parte, si el número 3 del susodicho artículo 129 manifiesta que las consecuencias están orientadas a «prevenir» la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos, parece obvio que quien de modo inmediato está en condiciones de cortar de raíz sucesivos impedimentos o negativas a su actuación supervisora e inspectora es la agencia de control con aquel haz de medidas que se reseñaron en el apartado anterior, sin que precise del concurso o ayuda —siempre posterior y dilatado en el tiempo— del órgano judicial.

Uno de los problemas interpretativos que se ha puesto de relieve, fruto de una defectuosa integración entre ambas normas, es el de la efectiva posibilidad de que el Juez instructor durante la tramitación de la causa pueda imponer la clausura de la empresa o la suspensión de sus actividades por tiempo determinado. *A priori*, el tenor del número 2 del 129 lo autoriza de modo concluyente, pero, a su vez, el apartado 2.º del 294 al emplear la locución «Además de las penas...» parece estar pensando que las consecuencias accesorias pueden establecerse «junto a» o «a mayor abundamiento de», con lo cual, delimitaría como único legitimado para imponerlas al Juez sentenciador, excluyendo al instructor, prevaleciendo el mandato de la regla más específica⁹⁸.

En última instancia, como su adopción atenta de modo grave contra sujetos ajenos a la conducta típica (accionistas, trabajadores, terceros acreedores, impositores, etc.), corriéndose el riesgo de transferir tales consecuencias a éstos, que ordinariamente nada habrán tenido que ver con la acción delictiva de los administradores, constatada la no existencia de peligrosidad objetiva y

⁹⁷ MORENO CANOVÉS, A., y RUIZ MARCO, F.: *op. cit.*, p. 332; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Análisis...*, *cit.*, p. 193; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.ª: *op. cit.*, pp. 92-93; VALLE MUÑOZ, J. M.: *op. cit.*, p. 1332.

⁹⁸ Sobre este punto: GONZÁLEZ VIZCAYA, E.: *op. cit.*, p. 421.

subjetiva de la persona jurídica como tal, ha de compartirse el criterio de que el Juez penal, satisfaciendo de modo generoso el condicionamiento de la previa audiencia (y no sólo de los «titulares», sino de todos los colectivos afectados), ha de ser muy restrictivo a la hora de acordarlas (problema que en el futuro, si se presenta, será *rara avis*), ponderando que a fin de cuentas quien va a sufrir sus efectos no es el administrador, sino el ente colectivo del que éste se ha servido; esto es, que no hay correlación entre el sujeto activo del delito y el destinatario de alguna de sus consecuencias.

V. CONSIDERACIONES FINALES

A modo de recapitulación de lo que ha venido torpemente expuesto en las páginas anteriores, pueden sentarse las siguientes observaciones:

1.^a Desde luego es digna de aplauso la inquietud del legislador de 1995 encaminada a que el Derecho Penal asuma un papel decisivo en el aseguramiento de que las sociedades mercantiles y demás entidades que participan en el mercado, por su reconocida incidencia en el entramado de la actividad macroeconómica del país, actúen y se desarrollen con respeto escrupuloso a las directrices de un orden saneado que responda a las difusas expectativas del texto constitucional; protagonismo actualizado con la incriminación de aquellos comportamientos más onerosos que lesionen o pongan en peligro los intereses socioeconómicos (de carácter público estatal), e individuales de los sectores comprometidos en dicho orden.

Sería, por tanto, el Derecho Penal, como ha señalado MARTÍN PALLÍN, el último baluarte para alcanzar que las sociedades mercantiles, *ad intra* y *ad extra* se acomoden a las reglas de «mínimum ético» que han de presidir sus relaciones, pues no puede aquella rama jurídica desentenderse y desconocer el rol que las mismas cumplen en el tráfico jurídico y económico, el cual precisa confianza en el papel garantizador de sus instituciones.

Desde esta perspectiva, el propósito del CP de dar respuesta adecuada a determinadas manifestaciones de la delincuencia económica en general (como son las desarrolladas en el mundo societario), mediante la tipificación de una serie de conductas en el capítulo XIII del Título XIII del Libro II, se corresponde con las exigencias de un Código moderno y actualizado, y merece por ello favorable acogida, al superar y colmar —además— las deficiencias y lagunas que la legislación derogada mantenía, tratándose de tipos patrimoniales clásicos ineficaces para subsumir todas las modalidades delictivas que, en los últimos tiempos, se han mostrado más propicias para desarrollarse en el seno de las sociedades.

2.^a Pero, dicho esto, en la selección de comportamientos que alcanzan el grado necesario para merecer el reproche penal, calculando la repercusión del mismo en las relaciones jurídico-privadas, también desde un enfoque mercantil, el legislador no se ha mostrado extremadamente cuidadoso, en especial cuando ha querido endurecer el régimen de responsabilidad de los admi-

nistradores societarios, por su capacidad de controlar el funcionamiento y dirigismo de las sociedades en favor de grupos oligárquicos minoritarios, llevando a cabo por lo que acaece con los tipos penales aquí examinados, un movimiento pendular radical que ha oscilado de una situación de relativa impunidad de las últimas décadas a otro de hipercriminalización de su función, colocándolos, como sujetos activos exclusivos de los mismos.

3.^a El impedimento o negativa del ejercicio de algunos derechos del socio, como conducta tipificada en el artículo 293, responde eventualmente a una fundamentación político-nominal harto discutible, por cuanto la careada insuficiencia o ineficiencia de los mecanismos de protección del socio, uno de los capitales aspectos del bien jurídico que puede asignársele, no se ha demostrado con el rigor exigible su plasmación en la realidad sociológico-jurídica y baste para ello un cuidadoso análisis de los repertorios jurisprudenciales de todo orden para deducir la magnitud de los ilícitos civiles directamente relacionados con los derechos objeto de tutela.

Y si la justificación se busca en la trascendencia que para el orden socio-económico tengan aquéllos, no consideramos que la aportación del reproche penal añada nada decisivo, a salvo de un genérico efecto disuasorio de carácter más publicista que otra cosa, en razón de que la penalidad prevista no satisface los fines que la propia norma se autoasigna.

Sin embargo, provocando un solapamiento o superposición de ilícitos penales y civiles (y otro tanto se produce en el caso del art. 294 con respecto a ilícitos administrativos), lleva al intérprete a un mar de dudas a la hora de descubrir el «plus» de antijuricidad o elemento de dañosidad o lesividad adicional a la antijuricidad civil, por mucho que se destaque el carácter supraindividual de los intereses amparables, con lo cual su encuadre dentro de los límites del principio de intervención mínima resulta complicado.

Desde una perspectiva material retributiva o reparadora del daño causado al socio, la pretendida protección penal puede volvérsese en su contra, pues tras la tramitación de una prolija causa penal, que no tiene por qué durar menos que un sencillo proceso civil, encontrará una satisfacción cuasimoral, inoperante, sin que la condena le garantice en el futuro nuevas negativas e impedimentos en su contra (el administrador «condenado» puede seguir en su cargo) y todo ello con la desventaja de corresponderle la probanza del delito, limitándose el administrador a invocar su derecho a la «presunción de inocencia».

Y potenciados últimamente los mecanismos jurídicos de «reintegración» del socio a la vida societaria, corrigiendo el desplazamiento de que había sido objeto (contemplados en la LSA y LSRL), así como los de evitación de la elusión de la responsabilidad de parte de los administradores, más los que se anuncian *pro futuro* (Código de buen gobierno en las empresas, acerca del Informe sobre los Consejos de Administración —Comisión «Olivencia»—) tendentes a facilitar la entrada de profesionales independientes en el Consejo de Administración, no vinculados al grupo de gestión ni a los núcleos accionariales que más influyen sobre aquél, lo que permitirá dar soluciones extrapenales de modo voluntario a los excesos cometidos por los gestores o grupos de control dentro del seno de las grandes sociedades de capital, etc., no cabe concluir

sino que el tipo penal cumplirá una función simbólica, cogiendo al legislador con el «pie cambiado».

4.^a Con la tipificación del impedimento o negativa a la actuación inspectora y supervisora de la Administración en el artículo 294, el legislador de manera poco reflexiva, ha venido a establecer un doble tipo de sanciones (penal y administrativa), sin justificar su necesidad, quedándonos *in albis*, asimismo, respecto a la carga lesiva que pudiera fundamentar su incriminación, cuestionándose nuevamente la proporcionalidad, subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal.

Y es que, presumir que las agencias de control (Banco de España, Comisión Nacional de Valores, etc.) no cuentan con medios coactivos eficaces, de carácter administrativo, para poner «firmes» (permítasenos la expresión) a unos administradores que le niegan o coartan su actuación inspectora o supervisora, y que se hace preciso o imprescindible acudir al auxilio del Poder Judicial, no tanto para la imposición de una pena, sino para poner freno, cautelarmente, a tales desmanes, supone, con todos los respetos, una falacia, que no puede ni siquiera explicarse a la luz de los escándalos financieros que han saltado en los últimos años a la luz.

No sería de recibo enmarcar este precepto bajo resabios autoritarios en la relación entre la Administración y tan especiales entidades, pero, en todo caso, los comportamientos más intolerables —sin necesidad de ampliar el catálogo de delitos societarios alegremente— debían y podían ser atajados como figuras comunes, como la desobediencia o las coacciones, en la primera de las cuales, también subyacen intereses supraindividuales y colectivos, cual es el respeto al principio de autoridad pública.

5.^a El examen de la regulación, desde un punto de vista de técnica legislativa, muestra deficiencias evidentes, siendo de resaltar, respecto al artículo 293 la exasperante proliferación de elementos normativos, cargados de significado extrapenal —leyes en blanco— a rellenar, para acotar el injusto, con los contenidos de las leyes societarias, con los cuales tampoco se ha guardado la necesaria coordinación normativa facilitadora de una flexible aplicación, que pudo evitarse mediante su configuración desde una óptica interdisciplinar, erradicando el planteamiento —ante la Jurisdicción penal—, o al menos el intento, de farragosas cuestiones prejudiciales devolutivas excluyentes.

En esta línea, esos procesos civiles ágiles, acompañados de un sistema específico de medidas cautelares (y la LEC que se avecina es una oportunidad insoslayable) además de constituir el cauce natural de tutela judicial de los derechos del socio, arrinconarán el tipo penal, salvo para aquellos que instrumentalicen la acción penal para fines espurios.

Y junto a otros problemas de forzamiento interpretativo de sus términos (se pensó en la SA, pero la cláusula del art. 297 tiene vocación extensiva...), que habrán de resolverse bajo criterios restrictivos, se añaden los propios del artículo 294 referidos al principio *non bis in idem* ya reseñados, que sólo tangencialmente podrán ser aclarados por la jurisprudencia unificadora del Tribunal Supremo.

En conclusión, estamos, como ha afirmado STAMPA BRAUN, ante tipos penales residuales, impracticables, ante los cuales no estaría justificado un «alarmismo» entre la «clase» de los administradores societarios, y cuya desaparición —que ya ha sido propuesta por algunos autores— no provocaría convulsión alguna.

Reconociendo que son múltiples las virtudes que adornan al Código de 1995, de alguna manera compendio del esfuerzo de reflexión en la ciencia penal española para poner al día nuestro Derecho punitivo, no podemos, sin embargo, extenderlas a las figuras delictivas que han sido objeto de comentario en este trabajo.

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE ENTIDADES EN MATERIA TRIBUTARIA

TOMÁS MARCOS SÁNCHEZ

*Miembro de la Asociación Española de Asesores fiscales. Abogado.
Inspector de Finanzas del Estado (en excedencia)*

I. INTRODUCCIÓN. II. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. 1. *Supuestos*. A) Causantes o colaboradores en la infracción tributaria. B) Sociedades integrantes de un Grupo. C) Copartícipes o cotitulares de las entidades del artículo 33 LGT. D) Socios o partícipes en el capital de socios o entidades disueltas y liquidadas. E) Supuestos de falta de colaboración en los embargos, impidiendo la traba administrativa. F) Supuestos de responsabilidad solidaria proclamados en el Derecho privado. 2. *Contenido y alcance de la responsabilidad*. 3. *Procedimiento*. III. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA. 1. *Supuestos*. A) Administradores de personas jurídicas que cometan infracciones tributarias simples, los cuales no hubieran realizado los actos necesarios que fueran de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas, consintieran el incumplimiento por quienes de ellos dependan o adoptaran los acuerdos que hicieran posible tales infracciones (art. 40.1, párr. 1.º LGT). B) Administradores de personas jurídicas que cometan infracciones tributarias graves, los cuales no hubieran realizado los actos necesarios que fueran de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas, consintieran el incumplimiento por quienes de ellos dependan o adoptan los acuerdos que hicieran posible tales infracciones. C) Administradores de las personas jurídicas que hubieren cesado en sus actividades, quienes responden, en todo caso (art. 40.1, párr. 2.º LGT). D) Síndicos, interventores, liquidadores de quiebras, concurso, sociedades y entidades en general, cuando por negligencia o mala fe no realicen las gestiones necesarias para el íntegro cumplimiento de las obligaciones tributarias devengadas con anterioridad a dichas situaciones y que sean imputables a los respectivos sujetos pasivos. 2. *Contenido y alcance de la responsabilidad*. 3. *Procedimiento*. IV. CUESTIONES COMUNES. 1. *Cómputo de la prescripción*. 2. *Concurrencia de varios responsables*. 3. *Los administradores pasivos*. 4. *Actuaciones de la inspección*. 5. *Las medidas cautelares*. 6. *La inscripción registral*.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 37 de la Ley General Tributaria proclama que *la Ley podrá declarar responsables de la deuda tributaria, junto a los sujetos pasivos o deudores principales, a otras personas, solidaria o subsidiariamente*. Manteniendo al mismo tiempo que *salvo precepto expreso en contrario, la responsabilidad será siempre subsidiaria*.

Un acusado problema doctrinal es el de definir el fundamento o naturaleza de esta responsabilidad tributaria. En principio se trata de una institución de garantía o aseguramiento de la deuda tributaria, que no nace de la relación del deudor con el hecho imponible, sino de la relación o posición del responsable con el deudor principal. Pero es discutible si su naturaleza es de fianza civil de origen legal, o si tiene carácter sancionador, sobre todo en el caso de los administradores que responden a partir de su colaboración en la comisión de infracciones simples o graves, o si se trata de responsabilidad por hecho ajeno, o de subrogación en la postura del deudor, o de una asunción de deuda.

Alfonso MANTERO («Los Administradores de sociedades y su responsabilidad tributaria», en *Carta Triutaria*, Monografías, n.º 275) entiende que todos los casos de responsabilidad se reconducen a *supuestos de responsabilidad civil, con apoyo en previa imputabilidad de naturaleza penal: se trata de un supuesto del artículo 1.902 del Código civil: es preciso que existan acción u omisión, culpa o negligencia, y esto no se dirime en un proceso penal.*

Lo que ocurre es que el mencionado artículo 1.902 del Código civil instituye supuesto de responsabilidad por actos propios frente al perjudicado, mientras que en el caso de responsabilidad tributaria, si bien puede mantenerse la imputación de responsabilidad por actos propios, esta responsabilidad no se predica respecto del perjudicado (la sociedad indebidamente administrada, que ha de afrontar la deuda ante la Hacienda Pública), sino ante la Administración Tributaria. Y si se sostuviese que el auténtico perjudicado es el Tesoro Público, entonces habría que admitir que el acto causante del perjuicio es el realizado por la entidad infractora y deudora, y no por el Administrador al que se imputa, por elevación, la responsabilidad. Y sólo tendría sentido la derivación de responsabilidad por las sanciones en la primera de las interpretaciones: responsabilidad por actos propios (incluidos los grados de participación que la Ley pueda establecer en la comisión de infracciones), mientras que no sería posible su proclamación en caso de responsabilidad por actos de terceros.

En mi opinión, aun fuera del proceso penal, los supuestos de responsabilidad tributaria de los administradores de entidades, o bien tienen naturaleza claramente sancionadora (art. 38.1 LGT), o bien, sin estar dotados de tal naturaleza, tienen su fundamento en infracciones tributarias sancionadas cometidas por terceros, pero mediante la actividad instrumental del responsable. En ambos casos, pero sobre todo en el primero, es preciso aplicar con plenitud los principios propios del proceso penal en la medida en que son trasladables al procedimiento administrativo sancionador, bien sea aplicables tales principios en el propio procedimiento de derivación de responsabilidad, bien en el momento previo a iniciación de tal procedimiento de derivación, pero con reflejo y efecto inmediato en tal procedimiento.

Aunque estas controversias doctrinales tienen trascendencia práctica a la hora de definir el contenido concreto de cada supuesto de responsabilidad, entiendo que es más útil un enfoque preferentemente práctico de la responsabilidad tributaria que nos ocupa.

A continuación haremos referencia a los supuestos concretos de responsabilidad, solidaria y subsidiaria, que la Administración puede imputar a los administradores de entidades, por razones tributarias, en las diferentes situaciones en que éstos pueden encontrarse en la realidad diaria.

II. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

1. SUPUESTOS

A) *Causantes o colaboradores en la infracción tributaria*

Están mencionados en el artículo 38.1 de la Ley General Tributaria.

Se extiende la responsabilidad a las «obligaciones tributarias». En la redacción anterior se exigía actuación dolosa y que los colaboradores lo fueran de manera directa y principal con el sujeto pasivo.

En principio, si eliminamos el requisito del dolo, este supuesto puede ser coincidente con el de responsabilidad subsidiaria prevenido en el artículo 40.1 de la misma LGT. La doctrina (Alfonso MANTERO en «Los Administradores de sociedades y su responsabilidad tributaria», en *Carta Tributaria*, Monografías, n.º 275), sigue exigiendo la concurrencia del dolo para encajar este supuesto (el del art. 38) en el campo del Derecho Sancionador y no en el de la responsabilidad. De tal forma que se derivarían las sanciones, incluso en el caso de colaboradores (sin necesidad de que sean colaboradores o cooperadores necesarios, en terminología penal: «Artículo 28 CP: Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro de que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo, b) los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría ejecutado.» Así la Instrucción del Departamento de Recaudación de la AEAT de 2 de noviembre de 1995:

La responsabilidad alcanzará a la totalidad de la deuda tributaria inicialmente liquidada al deudor principal, *con excepción de las sanciones* salvo cuando dicha responsabilidad resulte de la participación del responsable como *causante o colaborador* en la comisión de la infracción tributaria, en cuyo caso no estamos realmente ante un supuesto de responsabilidad sino ante la *imputación de la comisión de la infracción tributaria al declarado responsable*.

[...]

Sin embargo sí procederá incluir el importe de las sanciones impuestas al deudor principal en la deuda tributaria exigida a éste cuando se den los casos regulados en los apartados 1 y 2 del artículo 38 de la Ley General Tributaria, y ello a pesar de lo que dispone el apartado 3 del artículo 37 de la Ley General Tributaria según la redacción dada por la Ley 25/1995.

La justificación de tal postura la hemos de encontrar en primer lugar en que, aunque la formulación legal del artículo 38 es anterior a la reforma introducida por la señalada Ley 25/1995, el legislador mantiene los términos del citado artículo 38, cuando, de haber pretendido alterar el régimen de responsabilidad en el mismo establecido cuando menos lo habría derogado o modificado; y en segundo lugar, y especialmente por lo que al apartado 1 del artículo 38 de la Ley General Tributaria se refiere, porque es evidente que la responsabilidad que cabe exigir a los causantes o colaboradores en la comisión de una infracción tributaria es *consecuencia directa de la traslación de los principios del derecho penal al administrativo sancionador de personalidad y culpabilidad en la comisión de la infracción sancionada*.

Sin embargo, esta identificación entre los supuestos de responsabilidad solidaria por colaboración en la infracción, y los supuestos de responsabilidad subsidiaria del artículo 40.1 LGT, debe ser rechazada aun después de la supresión de la referencia legal específica al dolo en el artículo 38. Porque el principio de personalidad en la imputación de conductas sancionables y en la aplicación de las sanciones, impide la extensión del ámbito de la responsabilidad en la forma que en el común de los casos quiere la Administración Tributaria. Un claro ejemplo de esto lo constituye la *Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1997 (Ar. 9205)*, que sobre estimar la nulidad de pleno derecho del artículo 46.1 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar,

aprobado por RD 877/1987, que imputa responsabilidad solidaria al titular del negocio desarrollado en el local de situación de la máquina y a la empresa operadora en las infracciones por falta de requisitos reglamentarios de las máquinas, proclama adicionalmente la imposibilidad de imputación solidaria de las sanciones:

[...] no sólo vulnera el principio de legalidad, sino que contraviene el de responsabilidad personal sobre el que se asienta todo el sistema punitivo, ya que, nadie puede ser condenado o sancionado sino por actos que, bien a título de dolo o culpa, le puedan ser directamente imputados.

La responsabilidad solidaria como forma eficaz de garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales o extracontractuales, no puede penetrar en el ámbito del derecho sancionador porque, de lo contrario, se derrumbaría el fundamento del sistema punitivo, según el cual cada uno responde de sus propios actos, sin que quepa, con el fin de una más eficaz tutela de los intereses públicos, establecer responsabilidad alguna sancionable solidariamente por actos ajenos. Cuestión distinta es la posible tipificación de conductas que, por acción u omisión, puedan estimarse por Ley formal sancionables, o que ésta disponga diferentes formas de participación en el hecho tipificado como tal infracción y señale expresamente la sanción que a estas formas participativas corresponda, pero lo que no cabe es la imputación solidaria de responsabilidades punibles. [...]

Tal imputabilidad solidaria impide la efectividad de otro principio básico del orden sancionador, cual es el de proporcionalidad, al no ser susceptible la sanción impuesta solidariamente de graduación o moderación atendiendo a las circunstancias personales e individuales de cada uno de los infractores, lo que, en definitiva, corrobora la vulneración del principio fundamental, antes aludido, de responsabilidad personal.

En el mismo sentido, y con referencia al supuesto de responsabilidad solidaria del artículo 38.1 LGT que examinamos se ha pronunciado el TEAC en su Resolución de fecha 21 de febrero de 1996 (RJT 302/1/96):

la responsabilidad solidaria se le declaró fundamentándola únicamente en el hecho de ser Consejero Delegado de la entidad deudora, sin que en todo el expediente conste ninguna otra circunstancia concreta que sirva de base para tal imputación, no pudiendo por tanto este Tribunal Económico Administrativo Central admitir por ese solo dato que el interesado haya sido causante o colaborador en la comisión de una infracción tributaria en los términos previstos en el artículo 38 de la Ley General Tributaria, debiendo señalar también que la nueva redacción dicho artículo dada por la Ley 10/1985 no establece un sistema de responsabilidad objetiva y directa sino que la responsabilidad solidaria allí prevista se mueve en el marco establecido con carácter general para los ilícitos tributarios por el artículo 77 de la Ley General Tributaria que gira en torno al principio de culpabilidad tal y como estableció la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de abril de 1990, y como arguye el reclamante la Administración debería haber probado el elemento intencional del reclamante en la comisión de las infracciones tributarias por la entidad, sin que, como se menciona al inicio de este considerando exista en todo el expediente de gestión ninguna imputación al mismo como causante o colaborador en la comisión de dichas infracciones [...]

Siendo esto así, parece confirmarse la incorrección sistemática de la regulación contenida en el artículo 38.1 LGT, en cuanto contiene normas incardinables más en el defecto sancionador que en el ámbito de la responsabilidad tributaria por deudas ajenas. Pero la habitual tesis administrativa de asimilar a los supuestos del artículo 38; de responsabilidad solidaria, los del artículo 40.1

de responsabilidad subsidiaria, es aún más improcedente. Lo que el principio de personalidad y proporcionalidad en la imputación de sanciones, aun por vía de responsabilidad, exigen, es la fundamentación del intento de incluir en la responsabilidad el concepto e importe de las sanciones, en la acreditación efectiva de la participación culposa del responsable en las infracciones y sanciones imputadas al deudor principal. Y ello supone tanto como reconducir en la práctica, necesariamente, los supuestos de responsabilidad imputable a los administradores de entidades con inclusión de sanciones impuestas a estas últimas, a la vía del artículo 38 LGT, excluyendo expresamente los supuestos del artículo 40.1 de la misma Ley.

Esta diferencia entre los grados de responsabilidad tiene importancia en casos de concurrencia simultánea de varios responsables, porque la pervivencia de una responsabilidad solidaria, excluye la responsabilidad subsidiaria de los restantes administradores no colaboradores. Así lo estima la Resolución del TEAC de 10 de junio de 1996:

tampoco lo es pasar por alto el más que probable encaje de la actuación (del Presidente del Consejo de Administración), en el artículo 38 LGT, porque, como firmante de unas declaraciones que luego no ingresaba, fue el causante principal y directo de una infracción tributaria, en términos necesarios, siendo lógico suponer que con su conducta pretendía enmascarar tal hecho frente a sus socios. Esta circunstancia tiene especial importancia porque no es posible derivar la responsabilidad subsidiaria, habiendo un responsable solidario, sin dirigirse antes contra él.

Sobre el examen relevante de las circunstancias de hecho que nos ayudan a diferenciar los distintos grados de responsabilidad de los Administradores activos y pasivos, se ocupa directamente la Resolución del TEAC de 19 de diciembre de 1996:

La responsabilidad exigida se deriva exclusivamente de la participación del afectado en la realización de una infracción tributaria, como socio, que, además y por serlo, dada la constitución de la sociedad en la que todos sus miembros participaban en los órganos directivos de la misma, y ello bien directamente («causen») bien indirectamente («colaboren»), eliminando además por la citada Ley 10/1985 el requisito de conducta dolosa que exigía en la redacción primitiva del precepto. Del expediente queda demostrado que el interesado no solamente no conoció de forma pasiva los acuerdos constitutivos de la infracción, sino que intervino en ellos en la forma que se refleja en las Actas de la sociedad, aprobó el Balance del que se derivaron las Actas de inspección y era tan plenamente consciente de las consecuencias jurídicas de los acuerdos que rehusó confirmar la delegación de poderes en el Presidente e insistió en ello hasta percibir las cantidades que se le adjudicaron, sin cerciorarse de si efectivamente la entidad había regularizado su situación tributaria ni de la forma en que lo hizo, de modo absolutamente insuficiente; después tampoco expresó su rechazo a las irregularidades que denuncia ahora en la redacción y aprobación de las Actas y su incorporación al libro en que éstas se recogen y sí consta en cambio su participación en la aprobación del balance. La ausencia de lucro no puede admitirse como eximente de responsabilidad por cuanto no se exige el mismo para la declaración de ésta en la Ley General Tributaria, existiendo por otra parte un lucro indirecto desde el momento en que el interesado ingresó el importe de la participación de la venta en la comunidad hereditaria de la que también era miembro; y la ausencia de derivación de responsabilidad hacia terceros, a juicio del recurrente más directamente implicados en el cometimiento de la infracción que él mismo, no es razón para excluir al recurrente de la suya, sin contar con que uno

de los socios por él citado tiene planteada ante este Tribunal una reclamación por este motivo, por lo que no se ha dado la oportuna discriminación en contra del recurrente en la forma que alega.

B) *Sociedades integrantes de un Grupo*

Que son responsables solidarios del pago de la deuda tributaria, con exclusión de las sanciones, según el artículo 80 de la Ley 43/1995, que deroga implícitamente, por incompatibilidad y Ley posterior en el tiempo, el supuesto de responsabilidad por las infracciones cometidas en este régimen de tributación, según el artículo 38.2 de la Ley General Tributaria.

C) *Copartícipes o cotitulares de las entidades del artículo 33 LGT*

Que responden solidariamente, en proporción a sus respectivas participaciones de las obligaciones tributarias de dichas entidades.

D) *Socios o partícipes en el capital de socios o entidades disueltas y liquidadas*

Que responden de las obligaciones tributarias pendientes de las mismas, que se transmiten a los socios o partícipes, que responden de ellas solidariamente y hasta el límite de la cuota de Liquidación adjudicada (art. 89.4 LGT).

Éste es un supuesto de responsabilidad solidaria al decir de la Administración Tributaria, expresado en la Instrucción del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria relativa a los responsables en el pago de las deudas tributarias de *2 de noviembre de 1995*:

b) Artículo 89.4 de la Ley General Tributaria Liquidación de sociedades:

El supuesto del artículo 89.4 de la Ley General Tributaria, prevé la concurrencia de una posible liquidación indebida de una Entidad, que no ha tenido en cuenta las deudas tributarias pendientes de ésta a la hora de determinar el pasivo y, en consecuencia, la cuota de liquidación, lo que, en definitiva, ha determinado un reparto impropio a los socios que debe ser, en tal sentido, rectificado.

Por ello, las sanciones, y en su caso, el recargo de apremio, habrán de estar incluidas en la deuda tributaria que en su caso quepa exigir, al amparo de lo establecido en el artículo 89.4 de la Ley General Tributaria, a los socios o partícipes en el capital en caso de sociedades disueltas y liquidadas cuyas obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a aquellos que responderán de ellas solidariamente y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiera adjudicado.

Pero lo que la Ley dice es que existe transmisión de obligaciones a los socios de las entidades disueltas y liquidadas, que responden, *ente ellos, solidariamente*. Se trata de un problema de sucesión *inter vivos*, pero no de responsabilidad. Y que, por lo que respecta a las sanciones, debe tener en cuenta el principio de personalidad de las penas, que impide su transmisión, sin más, a los socios de la entidad disuelta.

E) *Supuestos de falta de colaboración en los embargos, impidiendo la traba administrativa*

Responden solidariamente del pago de la deuda tributaria pendiente, hasta el valor de los bienes o derechos que se hubieren podido embargar: *a)* los que sean causantes o colaboren en la ocultación maliciosa de bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir su traba, *b)* los que mediando culpa o negligencia incumplan las órdenes de embargo, y *c)* los que, con conocimiento del embargo colaboren o consientan en el levantamiento de bienes (art. 131.5 LGT).

F) *Supuestos de responsabilidad solidaria proclamados en el derecho privado*

Alfonso MANTERO («Los Administradores de sociedades y su responsabilidad tributaria», en *Carta Tributaria*, Monografías, n.º 275), nos ilustra con dos ejemplos que mueven al asombro:

— *Utilización de la previsión del ordenamiento mercantil en casos de concurrencia de causa de disolución de las prevenidas en el artículo 260.3, 4, 5 y 7 LSA:* Son responsables solidariamente de las obligaciones sociales, los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la Sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución (art. 262.5 LSA).

Supuesto verdaderamente barroco de responsabilidad solidaria pretendida por la Administración tributaria con arreglo a su fuero especial privilegiado, pero del que ya existe un ejemplo concreto de utilización en la Delegación Balear.

— *Responsabilidad solidaria de los Administradores por no haber adaptado sus Estatutos a la nueva Ley de Sociedades Anónimas, disposición transitoria 3.ª del RD Legislativo 1.564/1989:* Así lo ha entendido el Tribunal Económico Administrativo Regional de Navarra en su Resolución de 20 de febrero de 1996:

el ejercicio de la autotutela cuestionado por el reclamante, deriva de la naturaleza tributaria, incuestionable, de la deuda cuyo pago se requiere al reclamante, y no del carácter tributario de la norma en que se establezca la responsabilidad, como se deduce de la redacción del precitado artículo 37 de la Ley General Tributaria, cuando dispone que «la Ley podrá declarar responsables de la deuda tributaria [...]», donde la exigencia del carácter tributario se predica de la deuda, no de la ley que establezca la responsabilidad, lo que permite establecer la diferenciación conceptual entre el nacimiento de la responsabilidad solidaria que requiere una norma con rango de ley formal, sea o no tributaria, y el procedimiento para su exigencia, que está en función de la naturaleza de Derecho Público Tributario de la relación jurídica obligacional principal que liga al sujeto pasivo con la Hacienda Pública, naturaleza de la que participa la

obligación del responsable dada su accesoriadad respecto a la obligación del sujeto pasivo.

Por el contrario el TEAC en Resolución de 24 de octubre de 1990 (RG 15949/1987), sostuvo como no admisible la invocación de la Ley de Sociedades Anónimas efectuada por el centro directivo (recurrente), pues se basa precisamente en la no extensión de dicha responsabilidad de dichas sociedades a sus socios y administradores por el simple hecho de tener esta condición.

2. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD

Las sanciones:

El artículo 37.3 LGT previene que la responsabilidad alcanzará a la totalidad de la deuda tributaria con exclusión de las sanciones.

Este precepto ha sido introducido en lo que ahora nos afecta por la Ley 25/1995, y plantea serios problemas de coordinación con otros preceptos de la Ley General Tributaria que no fueron modificados con ocasión de dicha Ley 25/1995. Concretamente con los artículos 38 y 39 LGT.

La posición de la Administración Tributaria es la de generalizar la excepción al principio legal de la no inclusión de las sanciones, mediante la transformación de los supuestos de responsabilidad solidaria en supuestos de comisión de la infracción o participación en dicha comisión de infracción. Así se expresa en la Instrucción de la AEAT de *2 de noviembre de 1995*:

La responsabilidad alcanzará a la totalidad de la deuda tributaria inicialmente liquidada al deudor principal, con excepción de las sanciones *salvo cuando dicha responsabilidad resulte de la participación del responsable como causante o colaborador en la comisión de la infracción tributaria*, en cuyo caso no estamos realmente ante un supuesto de responsabilidad sino ante la imputación de la comisión de la infracción tributaria al declarado responsable.

En concreto *no se exigirá el importe de la sanción* en el supuesto contemplado en el artículo 39 de la Ley General Tributaria, que determina la responsabilidad solidaria, y en proporción a sus respectivas participaciones, de los *copartícipes o cotitulares*, de las Entidades jurídicas o económicas a que se refiere el artículo 33 de la Ley General Tributaria, respecto a las obligaciones tributarias de dichas Entidades.

Sin embargo *sí procederá incluir el importe de las sanciones* impuestas al deudor principal en la deuda tributaria exigida a éste cuando se den los casos regulados en los *apartados 1 y 2 del artículo 38* de la Ley General Tributaria, y ello a pesar de lo que dispone el artículo 3 del artículo 37 de la Ley General Tributaria según la redacción dada por la Ley 25/1995.

La justificación de tal postura la hemos de encontrar en primer lugar en que, aunque la formulación legal del artículo 38 es anterior a la reforma introducida por la señalada Ley 25/1995, el legislador mantiene los términos del citado artículo 38, cuando, de haber pretendido alterar el régimen de responsabilidad en el mismo establecido cuando menos lo habría derogado o modificado; y en segundo lugar, y especialmente por lo que al apartado 1 del artículo 38 de la Ley General Tributaria se refiere, porque es evidente que la responsabilidad que cabe exigir a los causantes o colaboradores en la comisión de una infracción tributaria es consecuencia directa de la traslación de los principios del derecho penal al administrativo sancionador de personalidad y culpabilidad en la comisión de la infracción sancionada.

Sin embargo, y *a priori*, al contrario de lo que nos enseña la práctica diaria, no puede entenderse como posible la derivación a las sanciones incluidas en la liquidación efectuada al deudor insolvente. Porque así lo impone incondicionalmente el artículo 37.3 de la Ley General Tributaria, redactado por la Ley 25/1995, en cuyo proceso de discusión parlamentaria se eliminó expresamente toda referencia a la posible derivación de sanciones incluso en el caso en que un precepto legal previniese lo contrario. Así puede examinarse el párrafo tercero del artículo 37 redactado en el proyecto de modificación de la Ley General Tributaria (*Boletín Oficial del Congreso* de 5 de diciembre de 1994, y *Carta Tributaria*, ref. 5290) que proclamaba que la responsabilidad alcanzaría a la totalidad de la deuda tributaria con excepción de las sanciones pecuniarias, *salvo precepto legal en contrario*. Sin embargo, en sede parlamentaria fue eliminada esta posibilidad de que las sanciones fueren derivadas cuando un precepto legal contrario al párrafo 3 del artículo 37 LGT así lo estableciese. Queda patente entonces la voluntad auténtica del legislador que es precisamente la no derivación de las sanciones *ni a pretexto de precepto legal en contrario*, y mucho menos si este precepto fuese anterior a la entrada en vigor de la modificación de la Ley General Tributaria operada por la Ley 25/1995.

Es por ello que cualquier interpretación legal que favorezca la derivación de responsabilidad por las sanciones contra este texto normativo expreso incurre en contradicción con preceptos legales posteriores y específicos que han de aplicarse con independencia de las opiniones personales del funcionario que interpreta la norma mediante instrucción interna. Y que, además, lo hace con rango normativo imposible. Habida en cuenta que la disposición final 2.ª de la Ley 25/1995 autorizó al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para su desarrollo y ejecución carece de sentido la elaboración de una Instrucción interna de la AEAT, que ignora incluso la capacidad interpretativa de las Órdenes del Ministerio de Hacienda en materia Tributaria (art. 18 LGT).

Igualmente mantiene la Administración tributaria que las limitaciones del artículo 37 de la Ley General Tributaria no se aplican en supuestos análogos a los de la responsabilidad solidaria, pero que tienen naturaleza distinta y fundamento diferente:

b) Artículo 89.4 de la Ley General Tributaria. Liquidación de Sociedades.

El supuesto del artículo 89.4 de la Ley General Tributaria, prevé la concurrencia de una posible liquidación indebida de una Entidad, que no ha tenido en cuenta las deudas tributarias pendientes de ésta a la hora de determinar el pasivo y, en consecuencia, la cuota de liquidación, lo que, en definitiva, *ha determinado un reparto improcedente a los socios que debe ser, en tal sentido, rectificado*.

Por ello, las sanciones, y en su caso, el recargo de apremio, habrán de estar incluidas en la deuda tributaria que en su caso quepa exigir, al amparo de lo establecido en el artículo 89.4 de la Ley General Tributaria, a los socios o partícipes en el capital en caso de sociedades disueltas y liquidadas cuyas obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a aquellos que responderán de ellas solidariamente y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiera adjudicado.

c) Artículo 131.5 de la Ley General Tributaria. Incumplimiento de las órdenes de embargo.

El artículo 131.5 de la Ley General Tributaria, contempla la responsabilidad que afecta a aquellos sujetos que debiendo colaborar, de una a otra forma, en el embargo de

bienes o derechos no lo hicieron así, determinando su indebido proceder que tales bienes o derechos no pudieran ser trabados.

En este supuesto, *la responsabilidad no queda determinada por los conceptos incluidos en la deuda tributaria, sino que se extiende hasta el importe del valor de los bienes o derechos que se hubiesen podido embargar.*

Por ello es claro que en este caso no resulta de aplicación la exclusión de sanciones establecida en el artículo 37 de la Ley General Tributaria, como tampoco, evidentemente, cabrá retrotraer el procedimiento al período voluntario de pago.

Intereses de demora y recargo de apremio:

El artículo 37.3 LGT establece que el recargo de apremio sólo será exigible al responsable una vez transcurrido el plazo de ingreso voluntario que deberá concedérsele al efecto.

La repetida instrucción de la AEAT de 2 de noviembre de 1995 respeta y aclara esta previsión legal:

Se exigirán al responsable solidario los intereses de demora ya liquidados al deudor principal, *pero no se practicará nueva liquidación de intereses de demora.*

Sólo se exigirá el recargo de apremio al responsable solidario cuando transcurrido el período voluntario que se le concederá para el ingreso de la deuda, no se efectúe el pago, de conformidad con lo establecido en el artículo 37.3 de la Ley General Tributaria.

Una vez requerido el pago al responsable, los intereses que se produzcan desde la finalización del plazo de ingreso en período voluntario que se le otorgan, hasta el ingreso de la deuda le serán exigibles, así como, en su caso, las costas del procedimiento de apremio.

3. PROCEDIMIENTO

A) *Acto de derivación de responsabilidad*

En el punto 4 del artículo 37 de la Ley General Tributaria se declara que la derivación de la acción administrativa para exigir el pago de la deuda tributaria a los responsables requiere acto administrativo, en que, previa audiencia de los interesados, se declare la responsabilidad y se determine su alcance.

La falta de este acto de derivación determina la improcedencia de la derivación y la nulidad de actuaciones destinadas al cobro de la deuda tributaria derivada (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1996, Ar. 9592).

B) *Trámite de Audiencia*

En los términos previstos en el artículo 84 de la Ley 30/1992, o incluso antes del trámite de audiencia por el procedimiento prevenido en el artículo 79 de la misma Ley 30/1992. Con anterioridad a la modificación de la Ley General Tributaria operada por la Ley 25/1995, la Administración Tributaria, a pesar de la doctrina de los Tribunales de Justicia, señaladamente en esta materia el Tribunal Superior de Justicia de Baleares (Sentencia de 7 de marzo de 1990, RGD 556-557, 1991, p. 941), negaba la procedencia del trámite de Audiencia.

cia. Así consta en el Informe de la Dirección General de la Inspección Financiera y Tributaria de 21 de diciembre de 1990:

¿Es necesario el trámite de la previa audiencia al responsable subsidiario antes de dictar el acto administrativo de derivación de responsabilidad?

Formando parte de la fase de instrucción del procedimiento, el artículo 91 LPA establece un trámite específico de vista y audiencia al interesado, que la jurisprudencia viene calificando tradicionalmente de esencialísimo y que, incluso, ha tenido acogida expresa en el artículo 105.c) de la Constitución.

De conformidad con el apartado 1 del citado precepto, «concluidos los expedientes e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes». Esta función que el trámite de audiencia y vista del expediente está llamado a cumplir explica que el apartado 3 del artículo que comentamos permita prescindir de él «cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que las aducidas por el interesado».

La LGT no contempla este trámite en el procedimiento de gestión (salvo lo previsto en el artículo 81.2), y lo mismo acontece con las normas reglamentarias que la desarrollan con la notable excepción del artículo 9.º del Real Decreto 2.631/1985, sobre procedimiento para sancionar las infracciones tributarias.

Dado que la derivación de la acción administrativa contra el responsable, sin perjuicio de su naturaleza compleja, no tiene estrictamente el carácter de un expediente sancionador, entendemos que a la vista de las normas señaladas no será preceptivo el trámite que nos ocupa. No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en Sentencia de 7 de marzo de 1990 anuló diversas resoluciones de la Dependencia de Gestión Tributaria, con fundamento en que la derivación de la responsabilidad requiere la tramitación del oportuno expediente administrativo, en el que el trámite esencial sería la audiencia del interesado que impone el artículo 91 LPA (Fundamento de Derecho Tercero).

A nuestro juicio, no debe desorbitarse la aplicación supletoria de esta última Ley. De forma que si la resolución de derivación de responsabilidad está debidamente motivada y notificada, con expresión de su fundamento y de los recursos que contra la misma proceden, no hay, o al menos, no debería apreciarse la indefensión del interesado, aunque se haya omitido el repetido trámite.

En la actualidad el derecho a formular alegaciones en el trámite correspondiente se reconoce a los contribuyentes en el artículo 3.k) de la Ley 1/1998, de 16 de febrero, sobre Derechos y Garantías de los Contribuyentes, y en los artículos 21 y 22 de la misma Ley con referencia concreta a los procedimientos de gestión tributaria.

C) *Notificación del acto de derivación*

Dicho acto ha de ser notificado con expresión de los elementos esenciales de la liquidación en forma reglamentaria, confiriendo desde dicha notificación a los responsables todos los derechos del deudor principal (art. 37.4 LGT). En el mismo sentido el artículo 32 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, exige la notificación al responsable del acto, en que previa audiencia del interesado, se declare la responsabilidad y se determine el alcance de ésta.

La competencia corresponde al Jefe de la Dependencia de Recaudación y debe estar *motivado*, según Instrucción de 2 de noviembre de 1995:

2.º Se dictará, por el Jefe de la Dependencia de Recaudación, acto administrativo que declarará la responsabilidad solidaria y determinará el alcance de la misma.

Este acuerdo habrá de estar *motivado*, con expresión de los fundamentos de hecho y de derecho de la declaración de responsabilidad.

El contenido del acto es igualmente reglado, expresando *elementos esenciales* de la deuda, medios de impugnación, y lugar y forma de pago. Según Instrucción de 2 de noviembre de 1995:

3.º El acuerdo de declaración de responsabilidad solidaria se notificará al interesado, requiriéndole a éste para el pago de la deuda.

En concreto, el contenido de la notificación expresará:

a) Los elementos esenciales de la liquidación.

b) El texto íntegro del acuerdo de declaración de responsabilidad.

c) Los medios de impugnación que pueden ser ejercitados, contra el acto de declaración de responsabilidad, plazos para interponerlos y órganos competentes para conocer de tales recursos.

d) Lugar y forma en que habrá de ser satisfecha la deuda y plazos para el ingreso de la misma que, en concreto, serán los previstos en los párrafos a) y b) del apartado 2 del artículo 20 RGR.

Vencido el plazo de ingreso en período voluntario, si la deuda no ha sido satisfecha, se iniciará el período ejecutivo en los términos señalados en el artículo 127 de la Ley General Tributaria, expidiéndose providencia de apremio a nombre del responsable solidario.

A este respecto debe recordarse que el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en Sentencias de 5 de enero de 1996, 5 de junio de 1996 y 19 de abril de 1995, RJT 510/1995, ha anulado actos concretos de derivación de responsabilidad por inexistencia de los elementos esenciales de las liquidaciones derivadas en los actos recurridos:

El acuerdo se limitaba a fijar una cantidad global por todos los ejercicios sin especificar la correspondiente a cada uno de ellos. El anexo del acuerdo contiene la identificación del valor, ejercicio a que corresponde y el objeto tributario, y el importe de la liquidación; pero no contiene expresión de los elementos esenciales de la liquidación, como bases imponibles, tipos de gravamen o tarifas aplicables, etc. Por tanto, se debe llegar a la conclusión de que con la notificación conjunta de la declaración de fallido y derivación de responsabilidad, no se hubiere producido indefensión al recurrente, si al mismo tiempo se le hubiere notificado las liquidaciones con expresión de los elementos esenciales de aquéllas; cosa que no ocurrió, vulnerándose con ello el artículo 124 LGT [...]

Nuestro ordenamiento jurídico impone como principio general la necesidad de notificar a los ciudadanos los actos administrativos de los que derivan derechos u obligaciones, relacionados con ellos. Sin que pueda admitirse la existencia de actos administrativos *in pectore*, con relevancia suficiente para producir efecto jurídico alguno en el patrimonio e intereses de los ciudadanos a los que afectan.

En el ámbito específicamente tributario, la Ley General Tributaria impone la notificación a los sujetos pasivos de las liquidaciones tributarias, con expresión de sus elementos esenciales, medios de impugnación, forma y plazos de

pago. Mientras que la misma Ley confiere al responsable tributario, sobre el que se deriva la responsabilidad del sujeto pasivo, todos los derechos de este último. Incluido, claro está, el requisito procedimental imprescindible para el oportuno ejercicio del derecho a la defensa, de la notificación de los actos liquidatorios y los medios de impugnación procedentes.

En concordancia con ello, el vigente reglamento de recaudación en su artículo 14.2, impone la necesidad de notificar al responsable subsidiario, los elementos esenciales de la liquidación; los medios de impugnación que puedan ser ejercidos por el responsable subsidiario, tanto contra la liquidación practicada, como contra la extensión y fundamento de la responsabilidad, con indicación de los órganos ante los que habrán de ser interpuestos; y el lugar, plazo y forma en que deba ser satisfecha la cantidad a que se extiende la responsabilidad subsidiaria, en los términos que para el período de ingreso en voluntaria, prevé el artículo 20 del reglamento de recaudación.

Es evidente que la falta de estas precisiones, provoca la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa al no poder utilizar los medios a que tal fin provee la legislación vigente, con infracción del artículo 24 de la Constitución Española, y subsiguiente nulidad de pleno derecho.

Sin que puedan estimarse subsanados estos defectos tan sustanciales, ni a pretexto del artículo 125 LGT, por la interposición de la correspondiente reclamación, puesto que el Tribunal Supremo ha prohibido la utilización del artículo 125 de la Ley General Tributaria en este sentido, en su Sentencia de fecha 30 de enero de 1989, Ar. 57:

[...] Tampoco puede admitirse que la notificación quedara convalidada por lo dispuesto en el artículo 125.1 de la Ley General Tributaria. Dice el precepto: Las notificaciones defectuosas surtirán efecto a partir de la fecha en que el sujeto pasivo se dé expresamente por notificado, interponga el recurso pertinente o efectúe el ingreso de la deuda tributaria; pero esta norma no puede entenderse en el sentido de ser convalidatoria cuando el sujeto pasivo se dé expresamente por notificado precisamente para impugnar la notificación, como sucede en el caso de autos. Si así fuera, nunca podrían atacarse los defectos de la notificación, porque al impugnarla habría que suponerla convalidada. En realidad, una cosa es que la notificación «surta efecto», y otra es que «sea defectuosa»; y lo que expresa el artículo 125.1 es que siendo defectuosa (y sin dejar de ser defectuosa, y por tanto impugnabile por ello), la notificación puede surtir efectos en determinadas circunstancias que la Ley establece en aras del principio de seguridad jurídica. De ahí que a los fines de este proceso no pueden entenderse actos sanados o subsanados los defectos de la notificación en función de la conducta del notificado.

- III. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA

El artículo 37.2 de la Ley General Tributaria impone que salvo precepto legal en contrario, la responsabilidad será siempre subsidiaria. En la práctica es lo cierto que dejando a un lado las diferencias de procedimiento entre ambos tipos de responsabilidad, el contenido de la responsabilidad subsidiaria imputable en el artículo 40 LGT a los administradores de entidades con personalidad jurídica es similar al de la responsabilidad solidaria, por cuanto se imputa en la generalidad de los casos responsabilidad por infracciones y sanciones tributarias, a partir de la presunción implícita de que todo administrador es

partícipe, por acción, omisión, distracción, o inacción, de las deudas omitidas en los casos de infracción cometida por la entidad que administra.

El fundamento de esta actuación administrativa es la traslación de los criterios penales de responsabilidad por actos de personas jurídicas, tal y como afirma la Instrucción del Departamento de Recaudación de la AEAT de 2 de noviembre de 1995:

[...] porque es evidente que la responsabilidad que cabe exigir a los causantes o colaboradores en la comisión de una infracción tributaria es consecuencia directa de la traslación de los principios del derecho penal al administrativo sancionador de personalidad y culpabilidad en la comisión de la infracción sancionada.

Conviene entonces traer al recuerdo el artículo 31 del Código Penal:

El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o personas en cuyo nombre o representación obre.

Pero la responsabilidad por omisión culpable de un comportamiento obligado o esperable por un tercero, puede tener fundamento civil más cercano, sin necesidad de acudir a la preceptiva general penal. Así el artículo 1.902 del Código civil, proclama: *El que por acción u omisión causa daño a otro intervinendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.* Pero ello siempre que se acepte la interpretación de que la responsabilidad de los administradores dimana de actos propios (o participados en términos de autoría) de los citados administradores.

En ambos preceptos se parte para constituir la responsabilidad de un supuesto previo de imputación de conducta culpable o negligente, pero el Derecho Civil asume más cómodamente una responsabilidad objetiva subsecuente a tal premisa, que puede incluir sanciones, que el Derecho Penal en el que rige de forma radical el principio de personalidad de las penas y sanciones incompatible con cualquier forma de responsabilidad objetiva.

Y si en el ámbito de la responsabilidad solidaria proclamada para los administradores causantes o colaboradores en las infracciones tributarias ya hemos visto que no existe responsabilidad objetiva, tampoco existe este tipo de responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad subsidiaria, por cuanto su proclamación exige como dato previo preconstituido la existencia de conducta negligente y, por tanto, imputable, del Administrador derivado, de la que se siga la existencia de infracción tributaria. De forma que, como veremos, constatada la diligencia debida, no puede derivarse responsabilidad alguna al administrador diligente.

1. SUPUESTOS

- A) *Administradores de personas jurídicas que cometan infracciones tributarias simples, los cuales no hubieran realizado los actos necesarios que fueran de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas, consintieran el incumplimiento por quienes de ellos dependan o adoptaran los acuerdos que hicieran posible tales infracciones (art. 40.1, párr. 1.º LGT)*

Se exige la concurrencia de la condición de administrador con la comisión de infracciones tributarias simples por la entidad administrada, y una cierta negligencia culposa en el administrador responsable. Se constituyen como fuente de responsabilidad los supuestos de *acción* (adopción de acuerdos infractores), *omisión* (no realización de actos necesarios para el cumplimiento de obligaciones), y de *distracción* (consentimiento del incumplimiento por los dependientes).

La diferencia del supuesto de responsabilidad siguiente, en el que se exige la concurrencia de infracción tributaria grave, se define por el Informe de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria de 21 de diciembre de 1990 (*Carta Tributaria*, 3385):

El artículo 40.1 LGT, en su actual redacción determina el alcance de la responsabilidad de los administradores de manera distinta según exista infracción tributaria simple o grave, ciñéndola en el primer caso al importe de la sanción y extendiéndola, en el segundo, a la totalidad de la deuda tributaria (esto es, la demanda en el art. 58 LGT). La diferencia entre ambos supuestos reside en el hecho de *que las infracciones simples no aparecen directamente relacionadas con la evasión de deudas tributarias*.

Por la misma razón, en aquellos tipos de infracciones graves que no dan lugar a un perjuicio económico directo (esto es, los contemplados en las letras *c*) y *d*), actualmente *d*) y *e*), del artículo 79 LGT) no cabe hablar de responsabilidad en la deuda (que técnicamente no existe), sino solamente en la sanción.

El RGR, además de ser una norma de rango inferior a la de la LGT, tiene un carácter eminentemente procedimental, lo que no impide que en muchos casos pueda ser utilizado para completar la regulación de la LGT en los aspectos no contemplados por ésta.

- B) *Administradores de personas jurídicas que cometan infracciones tributarias graves, los cuales no hubieran realizado los actos necesarios que fueran de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas, consintieran el incumplimiento por quienes de ellos dependan o adoptaran los acuerdos que hicieran posible tales infracciones*

Se exige igualmente en este caso la condición de Administrador y la existencia de infracciones tributarias graves cometidas por la entidad administrada, junto con la omisión de la conducta y diligencia debida por el administrador, que realiza o consiente u omite actos que son presupuesto de dicha infracción tributaria grave.

Igualmente se constituyen como fuente de responsabilidad los supuestos de *acción* (adopción de acuerdos infractores), *omisión* (no realización de actos necesarios para el cumplimiento de obligaciones), y de *distracción* (consentimiento del incumplimiento por los dependientes).

Las infracciones de esta naturaleza se definen en el artículo 79 de la Ley General Tributaria, cuya redacción actual se debe a la Ley 25/1995:

Constituyen infracciones tributarias graves las siguientes conductas:

- a) Dejar de ingresar dentro de los plazos reglamentariamente señalados la totalidad o parte de la deuda tributaria, salvo que se regularice con arreglo al artículo 61 de esta Ley o proceda la aplicación de lo previsto en el artículo 127 también de esta Ley.
- b) No presentar o presentar fuera de plazo previo requerimiento de la Administración tributaria o de forma incompleta e incorrecta las declaraciones o documentos necesarios para que la Administración tributaria pueda practicar la liquidación de aquellos tributos que no se exigen por el procedimiento de autoliquidación.
- c) Disfrutar u obtener indebidamente beneficios fiscales, exenciones desgravaciones o devoluciones.
- d) Determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos de impuesto, a deducir o compensar en la base o en la cuota de declaraciones futuras propias o de terceros.
- e) Determinar bases imponibles o declarar cantidades a imputar a los socios, por las entidades sometidas al régimen de transparencia fiscal, que no se correspondan con la realidad.

Tanto en el supuesto de infracciones simples como de infracciones graves, cabe preguntarse si la responsabilidad del administrador es objetiva, y derivada del mero concurso de los hechos que acreditan la infracción y la condición de Administrador. O si es preciso que tales hechos hayan sido directa o indirectamente promovidos y conocidos por el Administrador al que se deriva la responsabilidad tributaria.

Tanto la definición legal del régimen de responsabilidad tributaria, preferentemente subsidiaria, y sin inclusión de sanciones, salvo que ésta derive de la participación del responsable en su comisión (arts. 37, 38 y 40 LGT), como la jurisprudencia y doctrina administrativa exigen la demostración de la participación efectiva del administrador en los hechos imputados, sin que se lícito presumir esta participación, aunque ello no implique la transferencia mimética de los principios y reglas de la responsabilidad penal, (lo que personalmente considero deseable):

1) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1993, *Impuestos*, II/1993, p. 925:

El administrador [...] tendrá el *derecho de reembolsar* con cargo al patrimonio de la persona jurídica, por lo que, en definitiva, *su situación jurídica no es la propia del sancionado, ni, consecuentemente, pueden hacérsele extensibles las garantías inicialmente fijadas para los procesos penales [...]*. La protección jurídica de sus derechos no puede enmarcarse dentro del sistema del artículo 24.2 de la Constitución Española, sino en el régimen general de la tutela judicial efectiva regulada en el párrafo primero del propio artículo.

2) Resolución del TEAC de 22 de febrero de 1995, *Impuestos*, II/1995:

La condición de administración es un supuesto fáctico, exigido para la concurrencia de responsabilidad, y *ésta no viene dada por la denominación sino por el contenido y alcance de las funciones* a desempeñar de manera que la persona que efectivamente ejerza la gestión y lleve la dirección económica de la sociedad, como dice, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1985, será administrador, sea cual fuere la terminología utilizada [...]

3) Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1992, *Impuestos*, I/1993, p. 748:

El artículo 40.1 de la Ley General Tributaria *exige un comportamiento malicioso o negligente en el administrador suficientemente acreditado* que sirva de motivación al acto mediante al cual se deriva la responsabilidad tributaria en su contra [...] cuya prueba incumbe a la Administración [...] que no aparece cumplida en el expediente pues [...] el acto de la oficina gestora donde se acordó derivar la responsabilidad hacia el administrador no estaba motivado [...]

4) Resolución del TEAC de 24 de octubre de 1996, JT/1997, p. 919:

Incluso en una interpretación literal del artículo 40.1 de la Ley General Tributaria es dudosamente admisible derivar una responsabilidad por comisión o por omisión en el cumplimiento de las obligaciones tributarias a personas que *sólo por una presunción registral se entiende que intervinieron en tales actos o adoptaron esta postura*.

Atendida esta configuración del aspecto subjetivo de la responsabilidad subsidiaria de los administradores, cabe preguntarse por la posible aplicación, en vía de responsabilidad tributaria, de las causas de exclusión de la responsabilidad por sanciones tributarias, enumeradas en el artículo 77.4 de la Ley General Tributaria:

Las acciones u omisiones tipificadas en las leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se realicen por quienes carezcan de capacidad de obrar en el orden tributario.
- b) Cuando concorra fuerza mayor.
- c) Cuando deriven de una *decisión colectiva, para quienes hubieran salvado su voto o no hubieran asistido a la reunión en que se tomó la misma*.
- d) Cuando se haya *puesto la diligencia necesaria* en el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios. En particular se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el contribuyente haya presentado una declaración veraz y completa y haya practicado, en su caso, la correspondiente autoliquidación, amparándose en una interpretación razonable de la norma.

Es la propia Administración la que considera excluidos de la derivación a los Administradores exentos de responsabilidad por las sanciones tributarias que dan origen a la derivación, según consta en el Informe de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria de 21 de diciembre de 1990:

Si la gestión de la persona jurídica está encomendada a un Consejo de Administración u otro órgano colegiado, las decisiones de éste se entienden imputables a todos los miembros que lo integren. No obstante, debe excluirse de responsabilidad a *los administradores ausentes o que hubieran salvado expresamente su voto en la reunión en que fueron adoptados los acuerdos*. Esta excepción que estaba expresamente recogida

en el artículo 40.1 LGT, en su redacción anterior a la Ley 10/1985, puede encontrar ahora su fundamento en el artículo 77.4.c) de la propia LGT.

En cuanto a la calificación genérica de lo que se entiende como diligencia debida de un Administrador en el campo tributario, habida cuenta de la imputabilidad por acción, omisión y por distracción, exige un esfuerzo hercúleo que no está a mi alcance. Vale sin embargo advertir que el Tribunal Económico Administrativo Central ha admitido que causa de exclusión de la derivación, por conducta diligente acreditada, la denuncia de los Administradores diligentes contra el Administrador verdadero responsable de las infracciones. Triste supuesto en verdad, que sitúa la diligencia debida por los Administradores ante la Administración Tributaria más allá de la diligencia del ordenado comerciante, e incluso del simple pariente o del más elevado paradigma del buen padre de familia (al recuerdo, el art. 23 del Código Penal que introduce la circunstancia mixta de parentesco para graduar la responsabilidad penal según la naturaleza, motivos y efectos del delito). Dejemos testimonio en fin de que se estima por el TEAC como diligencia debida del administrador, excluyente de derivación de responsabilidad tributaria, la del buen denunciante: Resolución de 10 de julio de 1996, (RJT 1229/III/1996):

[...] los recurrentes no pudieron conocer, o al menos no era fácil que conociesen, las infracciones cometidas. Se cubrían las declaraciones procedentes para su presentación ante la Administración, señalándose en ellas las bases y cuotas correspondientes y las fechas correctas, e iban firmadas por quien era Presidente del Consejo. Al tener conocimiento los recurrentes de la irregular marcha general de la empresa, el 13 de septiembre de 1990, es decir, antes de que se dictase la primera de las providencias de apremio contra la empresa, requieren notarialmente al referido Presidente para que, en uso de las facultades y obligaciones que le eran propias, convocase reunión del Consejo, que era tanto como Junta General, al ser los Consejeros los únicos accionistas de la Sociedad, señalándose entre los asuntos a tratar la sustitución de la actuación solidaria por la mancomunada, la dación de cuentas, la desaparición de maquinaria de la empresa, etc., sin obtener respuesta alguna. Todas estas circunstancias las ponen en conocimiento del servicio de Recaudación en el mes de diciembre de 1990, así como el hecho de haberse cambiado a Bilbao el domicilio de la sociedad, dando también a conocer el del Consejero Presidente, sin que la Administración actuase en consecuencia, ya que las actuaciones de la Administración cerca de la sociedad para el cobro de la deuda, tales como las notificaciones de las providencias de embargo y de la declaración de falencia, siguen realizándose en un domicilio que ya no era el de la sociedad, y ante la evidencia de tal circunstancia mediante edictos en el *BOC* de Madrid y en el salón de anuncios del Ayuntamiento de este municipio. Igualmente las diligencias de embargo se realizan en las oficinas de entidades financieras de Madrid, sin que exista constancia en el expediente de la realización de ninguna gestión recaudatoria en Bilbao, donde parece que la empresa desarrollaba el grueso de sus actividades ni tampoco cerca de las empresas clientes principales de la sociedad que se mencionaba en la diligencia firmada por el Agente y en el requerimiento notarial [...]

[...] no es clara la existencia de responsabilidad subsidiaria en los recurrentes porque no existe un nexo causal entre aquéllos y el incumplimiento de los deberes fiscales, y porque para establecerla, teniendo en cuenta los hechos relatados y probados, sería preciso exigir una diligencia superior a la normal [...]

El Estatuto del Contribuyente, o Ley de Derechos y Garantías del Contribuyente, Ley 1/1998 de 26 de febrero, contiene una precisión que en relación a esta mate-

ria de la diligencia debida e interpretación razonable, puede ser inquietante, según la interpretación que prospere. Me refiero al apartado 2 del artículo 5:

En los términos establecidos por las leyes, quedarán exentos de responsabilidad por infracción tributaria los contribuyentes que adecuen su actuación a los criterios manifestados por la Administración tributaria competente en las publicaciones, comunicaciones y contestaciones a consultas las que se refiere el párrafo anterior.

Sabemos entonces que es diligente, y, por tanto, no incurre en responsabilidad, ni por vía de derivación, quien realice actos conforme al criterio manifestado por la Administración tributaria en publicaciones, contestaciones y consultas. El problema es si no existen otras interpretaciones razonables de la norma tributaria que las que emanan de la Administración Tributaria, o si no se van a reconocer como razonables otras interpretaciones que no procedan de tan honrosa fuente.

Finalmente debe concretarse que el administrador responsable es el que ostenta esta condición en la fecha en que se produce el hecho que motiva la derivación de la responsabilidad (comisión de la infracción), con independencia de quien ostente esta condición en el momento de la calificación de la infracción y la imposición de sanciones. Así lo admite el Informe de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria de 21 de diciembre de 1990:

¿Contra qué administrador haya que derivar responsabilidad: el que haya en el momento de la firma del acta o en el de la comunicación del apremio, suponiendo que sean personas distintas?

Ninguna de las dos circunstancias de hecho mencionadas en la pregunta (firma del acta o comunicación del apremio) tienen relevancia en sí mismas para determinar la persona o personas que han de tener la condición de responsables.

Esta condición vendrá determinada por la *realización del presupuesto de hecho previsto en la Ley, genérica o específicamente, como desencadenante de los especiales efectos jurídicos que dimanar de la responsabilidad tributaria* y que en el ámbito de la Ley General Tributaria, y en lo que se refiere a los administradores de las personas jurídicas, se concreta en las conductas o situaciones contempladas en el número 1 del artículo 40. Así, en el párrafo primero del artículo 40.1, el presupuesto de hecho que origina el nacimiento de responsabilidad a cargo de los administradores se compone de la *comisión de una infracción tributaria simple o grave por la persona jurídica y de una cierta conducta por parte de sus administradores* (omitir el cumplimiento de las obligaciones infringidas, consentir el incumplimiento o adoptar acuerdos que lo hicieran posible). Mientras que en el segundo párrafo del mismo artículo 40.1 el presupuesto de hecho sólo precisa la existencia de obligaciones tributarias pendientes a cargo de la persona jurídica y que ésta haya *cesado en sus actividades*.

C) *Administradores de las personas jurídicas que hubieren cesado en sus actividades, quienes responden, en todo caso (art. 40.1, párr. 2.º LGT)*

En este supuesto no se requiere más que la concurrencia de la condición de Administrador y la acreditación del hecho del cese en la actividad de la entidad administrada.

Se constituye aquí el fundamento de la responsabilidad en la *inacción* de la entidad administrada, que se supone consentida por el Administrador correspondiente sin atender al pago de las obligaciones pendientes, ni acudir a los procedimientos legales para supuestos de insolvencia total o parcial.

Se define pues el supuesto de responsabilidad como meramente objetivo, por lo que se impone la exclusión de las sanciones, como después veremos, aunque esto no sea aceptado siempre por la Administración tributaria. En cualquier caso, éste es un supuesto de responsabilidad diferente de los anteriores que puede afectar a distintos administradores, como patentiza el Informe de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria de 21 de diciembre de 1990:

El artículo 40 LGT, en sus dos apartados, establece tres distintos supuestos de responsabilidad subsidiaria a cargo de los gestores en sentido amplio de las personas jurídicas, que en determinados casos pueden actuar a modo de círculos secantes incidiendo simultáneamente sobre una misma porción de la realidad, y aumentando, en efecto, el número de responsables subsidiarios de una misma deuda tributaria:

a) El artículo 40.1 párrafo primero establece un supuesto genérico de responsabilidad sin distinguir la situación activa o inactiva en que se encuentre la persona jurídica. Concretando el ámbito de este precepto se suele entender que la responsabilidad fundada en él sólo alcanza a los administradores que ostentaran esta condición al tiempo de cometerse las respectivas infracciones.

b) De conformidad con el párrafo segundo del artículo 40.1, serán responsables subsidiarios, en todo caso, de las obligaciones tributarias pendientes de las personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades los administradores de las mismas.

Las principales cuestiones que plantea el análisis de esta norma se centran en concretar el sentido que ha de darse a las expresiones «en todo caso y obligaciones tributarias pendientes» y en precisar la extensión de la responsabilidad.

La expresión «*en todo caso*», literalmente interpretada, significa que podrá deducirse responsabilidad, al amparo del precepto que comentamos, siempre que se acredite que la persona jurídica ha cesado en sus actividades, que existe una obligación tributaria pendiente y que el *responsable ostenta la cualidad de administrador, cualquiera que haya sido la conducta de éste*.

No faltan, sin embargo, quienes matizan con reservas la expresión «*en todo caso*», entendiéndolo que no se puede exigir responsabilidad a la persona que ha actuado diligentemente.

Lo cierto es que la construcción literal de este supuesto de responsabilidad se aproxima bastante a lo que es la responsabilidad objetiva. Pero en la medida en que, como veremos más adelante, no pueden incluirse las sanciones, y atendido el fundamento legal de la responsabilidad en el incumplimiento de las obligaciones de los administradores de ultimar la vida societaria en los procedimientos de disolución y liquidación previstos por el ordenamiento, hemos de rechazar que éste sea un supuesto de responsabilidad objetiva. Sino que tiene su fundamento en un tácito supuesto de imputación al administrador que no realiza los actos necesarios para concluir la vida societaria en el mundo del derecho. De lo que se deduce la inexistencia de responsabilidad para el Administrador diligente.

Aunque ya sabemos que el nivel de exigencia para acreditar la diligencia es muy elevado. Incluso el Tribunal Superior de Justicia de Murcia ha llegado a decir en su Sentencia de 26 de junio de 1996 (RJT 779/II/1996), que no ener-

va la exigencia de responsabilidad por cese de actividad, la presunta negligencia de la Administración tributaria en el procedimiento de apremio contra el deudor principal declarado fallido, puesto que en tal hipótesis el administrador responsable puede solicitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios por mal funcionamiento del servicio público tributario:

La jurisprudencia a este respecto nos dice que los Administradores no pueden limitarse a eliminar a la sociedad anónima de la vida comercial e industrial sin más; han de liquidarla en cualquiera de las formas prevenidas legalmente, que están precisamente orientadas para salvaguardar los intereses de terceros en el patrimonio social, sin que ello signifique que no puedan intentar el arreglo extrajudicial con sus acreedores antes de llegar a ese trance siempre largo y costoso para los afectados (STS de 9 de noviembre de 1991). No es objeto de este proceso revisar si la actuación de la Administración en vía de apremio fue correcta o diligente, ni tampoco existen datos para ello, pero en cualquier caso, la derivación de la responsabilidad nada tiene que ver con tal cuestión. De entender el actor que existió un mal funcionamiento del servicio público tributario que le haya ocasionado perjuicios puede ejercitar las acciones específicamente previstas para su resarcimiento si es que hubiere lugar a ello.

D) *Síndicos, interventores, liquidadores de quiebras, concursos, sociedades y entidades en general, cuando por negligencia o mala fe no realicen las gestiones necesarias para el íntegro cumplimiento de las obligaciones tributarias devengadas con anterioridad a dichas situaciones y que sean imputables a los respectivos sujetos pasivos*

Se requiere la condición de Síndico, Interventor o Liquidador de entidades, junto con la existencia de obligaciones previas pendientes que no hayan sido atendidas por la omisión de gestiones cualificadas con negligencia o mala fe.

En el caso de que estas obligaciones tributarias pendientes incluyesen sanciones por infracciones tributarias simples o graves en cuya comisión hubieran colaborado (art. 38.1 LGT) o participado por acción, omisión o distracción (art. 40.1 LGT), anteriores Administradores sociales, son éstos, y no los Síndicos, Interventores o Liquidadores a los que se acredite negligencia o mala fe, los responsables. Así lo entiende la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 26 de junio de 1996, antes citada:

[...] la actora entiende que por aplicación del artículo 40.2 LGT la responsabilidad debió exigirse a los interventores de la suspensión de pagos; sin embargo, tal alegación no puede ser acogida, pues tal responsabilidad viene condicionada por la existencia de negligencia o mala fe no realizando las gestiones necesarias para el íntegro cumplimiento de las obligaciones tributarias devengadas con anterioridad, no constando que ello tuviese lugar, como expresamente ha reconocido la Administración demandada [...] Excluyendo tal responsabilidad específica, aquí no concurrente, dispone la Ley de suspensión de pagos que el comerciante suspenso conservará la administración de sus bienes y gerencia de sus negocios, sin perjuicio de la intervención (art. 6).

Cabe preguntarse entonces si los síndicos interventores y liquidadores no pueden ser responsables por las deudas tributarias posteriores a la situación de quiebra, suspensión de pagos o disolución y liquidación de las entidades. Lo cierto es que el precepto contempla un supuesto adicional de responsabilidad específica, que no obsta al que pueda aplicarse a estos síndicos interventores

y liquidadores, en cuanto ejercen funciones de administradores de entidades. Así lo entiende también el Informe de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria de 21 de diciembre de 1990:

De otro lado, la expresión «obligaciones tributarias devengadas con anterioridad» debe entenderse como sinónimo de obligaciones tributarias pendientes, por lo que cabe reproducir aquí lo que ya se dijo antes sobre esta materia; únicamente habría que constatar que esta responsabilidad no incluye las obligaciones devengadas durante el propio proceso de liquidación. La única solución a este aparente vacío consistiría en *hacer responsables subsidiarios a los liquidadores por las obligaciones nacidas durante su gestión, y no satisfechos, al amparo del artículo 40.1 párrafo primero, fundándose en una interpretación amplia del término «administradores» que comprenda a toda persona que tenga encomendada la gestión de los asuntos de la entidad.*

Sobre el origen y fundamento de la responsabilidad de los Liquidadores, y sobre la extensión o contenido de la misma se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de julio de 1985 (*Carta Tributaria*, 732):

[...] y a tenor de lo dispuesto por el artículo 235 del Código de Comercio tales liquidadores no pudieron exigir la entrega del haber social hasta no haber sido extinguidas todas las deudas y obligaciones de la Sociedad; y si, no obstante lo así dispuesto los socios liquidadores se adjudicaron el Activo de la Sociedad no pueden considerarse liberados de las obligaciones contraídas por la misma, sino que por el contrario, mediante tal adjudicación se subrogaron voluntariamente en el cumplimiento de dichas obligaciones, consecuencia ésta igualmente exigible en razón a lo dispuesto por el artículo 40.3 de la Ley General Tributaria, conforme a la que son responsables subsidiarios los liquidadores de Sociedades, cuando por negligencia o mala fe no realicen las gestiones necesarias para el íntegro cumplimiento de las obligaciones tributarias devengadas imputables a la Sociedad disuelta.

3.º CONSIDERANDO que según alegan los apelantes su responsabilidad subsidiaria no puede comprender las deudas contraídas con posterioridad a la disolución de la Sociedad; pero respecto a tales deudas ya declaró la Resolución Económico-Administrativa recurrida que los recurrentes, y ahora apelantes, no estaban incurso en la responsabilidad subsidiaria imputada; limitando esa responsabilidad a los demás conceptos impositivos que integran la deuda tributaria.

2. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD

A) *Las sanciones*

Ya hemos visto anteriormente que el artículo 37.3 de la Ley General Tributaria excluye por principio la extensión de la responsabilidad a las sanciones. Y que en el proceso de discusión parlamentaria de dicha disposición se eliminó la previsión expresa del proyecto normativo que contemplaba esta exclusión *salvo que existiera precepto legal en contrario*. Con lo cual la exclusión de las sanciones es principio apriorístico poco discutible por cuanto viene impuesto por la última reforma de la Ley General Tributaria operada por la Ley 25/1995. Ello sin embargo, no puede desconocerse que algunos supuestos legales de derivación de responsabilidad, y señaladamente el que corresponde a los Administradores de entidades, se configuran como un asesoramiento del crédito tributario a partir de la existencia de infracciones y sanciones a entidades,

que se relacionan con actos ilícitos imputables a los proclamados responsables. Considero que no es preciso ver incompatibilidades entre los artículos 37.3 y los artículos 38 y 40.1 de la Ley General Tributaria. Sino que es pertinente la proclamación general de la inexistencia de responsabilidad por las sanciones (que ha sido confirmada por la Ley 43/1995 para los Grupos de Sociedades, en contra incluso de la previsión del art. 38.2 LGT), junto con la admisión de supuestos de responsabilidad por existencia de infracción tributaria derivada de actos cometidos por el responsable al que, como es lógico, se imputa la sanción en vía de responsabilidad. Pero con todas las garantías personales y procesales precisas y con la exigencia de probar la relación entre los hechos que integran el ilícito y la voluntad libre del declarado responsable.

La Administración Tributaria tiende a proclamar la inclusión general de las sanciones en los casos de responsabilidad tributaria. Así se desprende de la Instrucción del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de 2 de noviembre de 1995:

Como señala el artículo 37 de la Ley General Tributaria, según la redacción dada por la Ley 25/1995, la responsabilidad alcanzará a la totalidad de la deuda tributaria con excepción de las sanciones.

De manera que, al igual que ocurre con el supuesto anteriormente contemplado, la responsabilidad subsidiaria se extenderá a la totalidad de la deuda tributaria inicialmente liquidada al deudor principal con exclusión de las sanciones.

Sin embargo, como excepción a este principio informador, que la misma Ley General Tributaria contempla, hay que señalar que *si se extenderá a las sanciones impuestas al deudor principal la responsabilidad subsidiaria que se impone en virtud del párrafo primero del apartado 1 y del apartado 2 del artículo 40 de dicha Ley*, y cuya redacción el legislador ha querido mantener, no obstante la modificación introducida en el artículo 37 de la misma Ley, por lo que hemos de entender que su contenido permanece vigente por razones de pura lógica legislativa, ya que, de otro modo, si extendemos el principio general de exclusión de las sanciones establecido en el artículo 37 de la Ley General Tributaria a estos supuestos, el señalado artículo 40 prácticamente quedaría vacío de contenido, lo cual no ha sido el propósito del legislador pues, de otro modo, no habría dejado intacta la redacción del mismo.

En estos casos especialmente, *será preciso motivar la derivación de responsabilidad con referencia a los supuestos de hecho que la determinan y al incumplimiento por parte de los administradores de las personas jurídicas de sus obligaciones como tales o a la negligencia y mala fe de Síndicos, Interventores o Liquidadores*.

Del mismo modo la Administración Tributaria, no sin dudas, extienda la responsabilidad al concepto de las sanciones en los supuestos de responsabilidad por obligaciones pendientes en el momento del cese en la actividad y en los de los síndicos interventores y liquidadores de entidades: Informe de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria de 21 de diciembre de 1990:

En cuanto a la extensión objetiva de la responsabilidad, no hay acuerdo entre los autores sobre si ésta se extiende o no a las sanciones que pudieran corresponder a las infracciones eventualmente cometidas. En favor de la exclusión de las sanciones cabe señalar dos argumentos. En primer lugar, que a diferencia de lo que acontece en el supuesto previsto en el párrafo primero del artículo 40.1, en el que ahora examinamos la responsabilidad tiene como *fundamento* no tanto la realización de un *acto ilícito* como a lo sumo una *conducta irregular* consistente en no promover los actos necesarios para la disolución, liquidación y extinción de la sociedad. En segundo lugar, hay

que llamar la atención sobre los diferentes *términos* en que se expresan los párrafos primero y segundo del artículo 40.1. Así, el primero se refiere a la totalidad de la *deuda tributaria* en los casos de infracciones graves, mientras que el segundo habla únicamente de *obligaciones tributarias pendientes*. De manera que si habiendo cesado en sus actividades la persona jurídica, concurren como responsables sus administradores junto a otros que han participado, por acción u omisión, en la comisión de infracciones, la responsabilidad por la deuda tributaria sería exigible a todos ellos, pero la correspondiente a las sanciones únicamente a los segundos. *Sin embargo como ya quedó dicho antes, la cuestión dista de ser pacífica, y no obstante reconocer lo fundado de esta posición, es claro que de la responsabilidad de aquel presupuesto y de la interpretación conjunta del artículo 40 LGT resulta la tesis contraria.*

c) El artículo 40.2 LGT dispone la responsabilidad subsidiaria de los Síndicos, Interventores, o Liquidadores de quiebras, concursos, sociedades y entidades en general, «cuando por negligencia o mala fe no realicen las gestiones necesarias para el íntegro cumplimiento de las obligaciones tributarias devengadas con anterioridad a dichas situaciones y que sean imputables a los respectivos sujetos pasivos».

La propia naturaleza del presupuesto de hecho del que deriva la responsabilidad y la exigencia expresa de culpa o mala fe determinan que se admita sin vacilaciones que la responsabilidad se extiende a las sanciones pecuniarias.

Sin embargo, la doctrina del TEAC ha proclamado reiteradamente que en el caso de responsabilidad tributaria por cese en las actividades, el término «obligaciones pendientes», no puede extenderse a tal término que se consideran en el mismo incluidas las sanciones. Así, por ejemplo, la Resolución de fecha 12 de junio de 1997 (RJT II/1997, 1050):

[...] En el supuesto del presente caso, la responsabilidad derivada a los administradores se hace exclusivamente en razón de estar desempeñando este cargo en el momento de cese en sus actividades de las personas jurídicas, sin que hayan de concurrir para que esa derivación de responsabilidad se produzca las circunstancias previstas para los supuestos del párrafo anterior y que son a las que alude el recurrente, si bien la responsabilidad derivada en el supuesto que se examina —y como se ha practicado efectivamente en el caso del recurrente— *se extiende únicamente a las obligaciones tributarias y no al resto de los integrantes de la deuda tributaria*. No es preciso por lo tanto probar la negligencia o el dolo en la actuación de los administradores, sino su simple condición de tal en el momento del cese en la administración de la empresa, lo que viene confirmado en este caso por la inscripción en el registro mercantil, y, por otra parte, no ha sido negado por el recurrente.

B) *Intereses de demora y recargo de apremio*

Como el artículo 37.3 de la Ley General Tributaria excluye en la derivación el recargo de apremio hasta el transcurso del nuevo período de ingreso en voluntaria que ha de concederse al responsable, la Instrucción del Departamento de Recaudación de la AEAT de 2 de noviembre de 1995 dice que:

No se practicará al responsable subsidiario nueva liquidación de intereses de demora.

La responsabilidad alcanzará a la deuda tributaria, que incluirá intereses de demora, inicialmente liquidada al deudor principal, con excepción en su caso de las sanciones, reponiéndose la deuda al período voluntario de pago.

3. PROCEDIMIENTO

A) *Acto de derivación de responsabilidad*

Ya hemos visto que su necesidad deriva del artículo 37 de la Ley General Tributaria en el que se declara que la derivación de la acción administrativa para exigir el pago de la deuda tributaria a los responsables requiere acto administrativo, en que, previa audiencia de los interesados, se declare la responsabilidad y se determine su alcance.

B) *Trámite de audiencia*

Sin especialidades en el trámite de responsabilidad subsidiaria [art. 84 de la Ley 30/1992, o incluso antes del trámite de audiencia por el procedimiento prevenido en el art. 79 de la misma Ley 30/1992, y art. 3.k) de la Ley 1/1998, de 16 de febrero, sobre Derechos y Garantías de los Contribuyentes, y los arts. 21 y 22 de la misma Ley con referencia concreta a los procedimientos de gestión tributaria]. Así se reconoce en la Instrucción del Departamento de Recaudación de 2 de noviembre de 1995:

Se dará audiencia al interesado del expediente en el que va a ser declarado responsable subsidiario, en los términos establecidos en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre), y ello sin perjuicio del derecho de los intereses a formular alegaciones y aportar documentos en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, según dispone el artículo 79 de la misma Ley 30/1992.

C) *Declaración de fallido del deudor principal*

El artículo 37.5 de la Ley General Tributaria tiene establecido que la derivación de responsabilidad subsidiaria requiere la previa declaración de fallido del deudor principal y de los demás responsables solidarios, sin perjuicio de las medidas cautelares que antes de esta declaración puedan adoptarse.

Esta declaración se efectúa conforme a las previsiones de los artículos 163 y siguientes del reglamento de recaudación por la propia administración tributaria. En la práctica se trata de actos meramente internos que no se notifican y respecto de los que no existe suficiente garantía, para los posibles interesados (deudores y responsables), sobre la constancia y veracidad de las fechas. Como se trata de actos que afectan a los intereses de los ciudadanos no cabe duda de que deben ser notificados formalmente. Máxime teniendo en cuenta su relevancia a efectos de constatar el transcurso o no de los plazos de prescripción.

En efecto, uno de los medios de extinción, si bien provisional, de las deudas tributarias, en nuestro derecho, es la declaración de insolvencia del sujeto pasivo.

De tal forma que, demostrada que fuere la insolvencia del sujeto pasivo y

demás responsables solidarios, serán declarados fallidos por los órganos de recaudación.

De tal declaración, integradora del correspondiente acto administrativo, derivan evidentemente consecuencias jurídicas para los sujetos pasivos y demás responsables de las deudas tributarias, en forma que afectan a sus derechos e intereses.

Puesto que el sujeto pasivo verá finalizar el expediente cobratorio, mientras que el responsable subsidiario, está sujeto a la iniciación del mismo expediente a su cargo, pero con el derecho expreso de exigir la previa declaración de falencia del deudor principal, según el artículo 14 del Reglamento de Recaudación.

Consecuentemente, un acto administrativo del que derivan tan decisivos efectos jurídicos, sustantivos y formales, debe ser notificado a los interesados con todas las garantías que previenen los artículos 79 y 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1992, 58 y 59 de la LRJAPPAC y 124 de la Ley General Tributaria.

Sin que pueda argumentarse de contrario que el acto de declaración de insolvencia reviste la categoría de acto interno, que no es preciso notificar a los interesados en el procedimiento, por cuanto nuestro derecho administrativo no reconoce eficacia jurídica alguna a tales actos *in pectore*, no notificados a los interesados o afectados por los mismos. Así lo entiende la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de diciembre de 1990 (Ar. 9991):

[...] el acto, por el sólo hecho de su no notificación, no rebasa la esfera interna administrativa, sin relevancia exterior, por ser de aquellos en los que la eficacia está condicionada a la práctica de la diligencia complementaria notificadora, conforme a lo dispuesto en el artículo 45.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Sin embargo, debe advertirse que el TEAC ha considerado innecesaria la notificación del acto de declaración de fallido del deudor principal a los administradores responsables subsidiarios que por su condición conocían perfectamente esta circunstancia (lo que también podría utilizarse para razonar *a sensu contrario* cuando este conocimiento no existiera), en su Resolución de 22 de noviembre de 1996 (RJT 1725/III/1996):

[...] en ningún momento del procedimiento recaudatorio aparece la exigencia de que se notifique a los interesados, ya sea en su condición de administradores o en la de eventuales responsables subsidiarios, esa declaración como tal [...] los administradores tuvieron conocimiento directo del embargo de bienes inmuebles y muebles de los que se deducía fácilmente la situación económica de la empresa que, por otra parte, los administradores no podían desconocer, dada su implicación inmediata en ella, por cuanto ellos mismos constituían la Junta General de Accionistas y existían entre todos ellos estrechísimos lazos familiares [...] no hubo por tanto infracción de procedimiento ni situación de indefensión de los interesados.

D) *Notificación del acto de derivación*

Dicho acto ha de ser notificado con expresión de los elementos esenciales de la liquidación en forma reglamentaria, confiriendo desde dicha notificación

a los responsables todos los derechos del deudor principal (art. 37.4 LGT). En el mismo sentido el artículo 32 de la Ley 1/1998 de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, exige la notificación al responsable del acto, en que previa audiencia del interesado, se declare la responsabilidad y se determine el alcance de ésta.

La competencia corresponde al Jefe de la Dependencia de Recaudación y debe estar *motivado*, según Instrucción de 2 de noviembre de 1995, como ya hemos analizado.

El contenido del acto es igualmente reglado, expresando *elementos esenciales* de la deuda, medios de impugnación, y lugar y forma de pago, según Instrucción de 2 de noviembre de 1995:

El acuerdo de derivación de responsabilidad deberá estar motivado con referencia expresa a los fundamentos de derecho en concreto que determinan tal derivación, y a cuantos hechos aparezcan acreditados en el expediente que den lugar a entender que se dan los presupuestos necesarios para proceder a tal derivación de responsabilidad.

IV. CUESTIONES COMUNES

I. CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN

Para decidir la respuesta a esta cuestión debe partirse por un lado del fundamento y naturaleza de la responsabilidad tributaria, y por otro lado de los actos que conocidamente integran el procedimiento reglado de derivación. Así, en el primer aspecto, si se entiende que la responsabilidad tiene la naturaleza de obligación accesoria que afianza civilmente a la obligación principal, se concluirá que el responsable se encuentra en la misma situación que el deudor principal, por lo que su deuda y responsabilidad seguirá en el contenido y en el tiempo las mismas vicisitudes de la obligación principal, de forma que interrumpida la prescripción para el deudor principal se interrumpe igualmente para el responsable. En cambio, si se entiende que la responsabilidad en un aseguramiento legal del crédito tributario que tiene relación con una conducta ilícita del responsable tributario, el carácter accesorio o incluso subsidiario de la garantía no impide que el responsable se encuentre en una situación personal no identificable con el deudor principal: de hecho no tiene la condición de deudor tributario, hasta que se le notifica de tal condición por la Administración Tributaria, y aun antes de este momento pueden adoptarse en relación con él medidas cautelares (art. 37.5 LGT).

Además, debe tenerse presente que el acto de derivación de responsabilidad tributaria es un acto complejo, como afirma Antonio DURÁN SINDREU, acogiendo la tesis de Fernando DE LA HUCHA CELADOR («La responsabilidad tributaria de los Administradores de Sociedades», *Revista de Técnica Tributaria*, n.º 25, 1994, pp. 45 ss.), que integra, por un lado la declaración de responsabilidad, y por otro la notificación de las liquidaciones a pagar por el responsable declarado, que aunque suelen concurrir en unidad de acto temporal, son actos distintos ontológicamente.

Desde esta segunda perspectiva, al ser preciso dictar un acto administrativo que concrete en supuesto legal de responsabilidad, y, en el caso de la responsabilidad subsidiaria, ser preciso además con carácter previo la declaración de fallido del deudor principal, lo que no es incompatible con la adopción previa de medidas cautelares, no es admisible el retraso incondicional en dictar estos actos administrativos, mientras se mantienen abiertos los recursos e incidencias en los procedimientos contra el deudor principal, sin dañar seriamente el principio de seguridad jurídica que es el fundamento del instituto prescriptivo.

Sin embargo de lo cual, los órganos de la Administración tributaria mantienen el criterio casi unánime de que el cómputo de la prescripción debe empezar a contarse, para los sujetos responsables, desde el momento de la notificación del acto de derivación de responsabilidad, y que hasta entonces el responsable está afectado por los actos de interrupción de la prescripción de las deudas tributarias derivadas realizados con el sujeto deudor principal.

Así se dice en el Informe de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria de 21 de diciembre de 1990:

¿Cuándo se inicia el cómputo de la prescripción: en el momento de la incoación del acta o en el de la comisión de la infracción? Interrumpida la prescripción, ¿se interrumpe para el sujeto pasivo y el responsable subsidiario o sólo para el primero?

La Ley General Tributaria contempla el instituto de la prescripción, como causa de extinción de la obligación tributaria, únicamente en relación con el sujeto pasivo. No obstante, algún sector de la doctrina entendiendo que los conceptos de determinación de la deuda tributaria y de devengo son, desde luego, aplicables a la responsabilidad subsidiaria y sobre la base del artículo 65 de la Ley en su redacción anterior a la reforma de la Ley 10/1985, vino a distinguir entre prescripción de la acción de derivación de responsabilidad cuyo plazo empezaría a contarse desde el «devengo», esto es, desde el momento de la realización del presupuesto de hecho que determina la responsabilidad, y prescripción de la acción administrativa para exigir el pago de la deuda tributaria al responsable, cuyo plazo comenzará a correr desde la fecha en que finalice el plazo de pago voluntario de la deuda liquidada al responsable.

Sin embargo, esta construcción resulta difícil de sostener a la vista de la actual redacción del artículo 65 LGT, que prescinde por completo de la mención del devengo, y de los problemas que podría suscitar en la práctica la determinación de la fecha en que se devenga la responsabilidad en los distintos supuestos contemplados en el artículo 40 de la Ley o la desconexión temporal derivada de no coincidir cronológicamente el presupuesto de hecho generador de la responsabilidad con el presupuesto de hecho del tributo.

A nuestro entender, la cuestión debe ser enfocada de manera diferente, entendiendo que el vínculo del responsable subsidiario estará vigente en tanto en cuanto subsista la deuda tributaria. En otras palabras, no cabe hablar simultáneamente de dos plazos de prescripción, uno relativo al sujeto pasivo y otro concerniente al responsable, sujetos a sus propias reglas cada uno de ellos. De forma que en un primer estadio, la prescripción atañe exclusivamente al sujeto pasivo del tributo, se interrumpe por las causas señaladas en el artículo 66 LGT y, una vez cumplida, podrá ser alegada por el sujeto pasivo o, en su caso, por el responsable.

Como se ha señalado repetidamente por la doctrina, la institución de la responsabilidad tributaria presenta numerosos puntos de semejanza con la fianza regulada en los artículos 1.822 y siguientes del Código civil, entendida como forma de garantía que se produce cuando un tercero asume la obligación contraída por el deudor. En ambas figuras debe distinguirse entre la obligación que podemos llamar principal y que compete al deudor en sentido estricto (sujeto pasivo en Derecho Tributario) y la obligación accesoria que incumbe ya al fiador ya al responsable. Esta relación de *accesoriedad*, en virtud de

la cual lo accesorio sigue las consecuencias jurídicas de lo principal, permite fundar la posición antes señalada respecto de la prescripción, y de ella se encuentran numerosas manifestaciones no sólo en el Código civil, a propósito de la fianza, sino también en las normas tributarias.

A este respecto, el artículo 64 RGR (antiguo) determina que «*la prescripción ganada aprovecha por igual al sujeto pasivo y a los demás responsables de la deuda*» y correlativamente que «*interrumpido el plazo de prescripción para uno, se entiende interrumpido para todos los responsables*».

Una tesis contraria ha sido defendida por la Resolución del TEAR de Valencia de 30 de septiembre de 1993:

[...] el responsable subsidiario, desde la notificación del acuerdo de derivación de responsabilidad, ocupa en la relación jurídico tributaria idéntica posición a la del sujeto pasivo —obligado principal—, y, por tanto, podrá el responsable subsidiario utilizar las mismas excepciones que el deudor principal, en la situación de aquél, podría utilizar, y entre ellas, la de la prescripción del poder de la administración para practicar liquidación a su cargo y convertirlo en deudor de su importe; de manera que en el supuesto ahora examinado en que la notificación de la derivación de responsabilidad, y, con ella, de la liquidación, se ha producido el día 23 de junio de 1992, esto es, cuando habida cuenta de los períodos a que corresponden las deudas, ya había transcurrido completamente el plazo de prescripción a que alude el artículo 64.a) de la Ley General Tributaria y, por tanto, ya se había extinguido la acción de la Administración para practicar liquidación por el concepto de que se trata a cargo del responsable subsidiario, sin que sea obstáculo para ello el contenido del apartado del artículo 62 del Reglamento General de Recaudación, pues *la interrupción del transcurso del plazo prescriptorio de la acción para liquidar a cargo del sujeto pasivo no afecta al transcurso del plazo para ejercitar dicha acción contra el responsable subsidiario, por no estar éste todavía obligado al pago*; de manera que si, omitiendo la administración la diligencia debida, no es notificada la derivación de la responsabilidad, —o, al menos, la adopción de las medidas cautelares a que se refiere el apartado 4 del repetido artículo 14 RGR— antes del fin del plazo legal de prescripción, cuyo cómputo se inicia, a tenor del artículo 65 LGT, desde el día en que finalizó el plazo de que disponía el deudor principal para presentar la correspondiente declaración, después ya no será posible al haber prescrito la acción de la Administración para exigirle el pago; conclusión ésta abonada por el principio de seguridad jurídica que, aplicado a la cuestión que ahora interesa, *impediría mantener al responsable subsidiario en una situación de incertidumbre respecto de la exigencia o no del pago de la deuda más allá del plazo que pueda serle exigido al sujeto pasivo.*»

Pero el TEAC aunque no acepta la tesis administrativa que considera interrumpida la prescripción para el responsable en la misma forma y manera que con el deudor principal, tampoco acepta que la prescripción pueda contarse desde el momento en que se producen las circunstancias fácticas de las que deriva la responsabilidad sino que ordena computar el período de prescripción desde la notificación del acuerdo de derivación. Así en las Resoluciones de fechas 10 de abril de 1997 (RJT II/1997, 635), y 13 de mayo de 1997 (RJT II/1997, 799, anulando otra del TEAR de Valencia de 30 de junio de 1994):

Ha de rechazarse consecuentemente la tesis mantenida en el acuerdo impugnado conforme al cual, al no estar el responsable subsidiario obligado al pago, la interrupción del plazo de prescripción para el deudor principal, no interrumpe la prescripción para el responsable subsidiario; y *ello precisamente porque el responsable subsidiario no viene aún obligado al pago puesto que legalmente —según se ha visto—, no puede*

ser declarado como tal hasta tanto se culmina con la declaración de fallido todas las actuaciones contra los deudores principal y solidario, por lo que no puede computarse a su favor, como si ya se hubiese producido para él la acción para exigir el pago de las deudas tributarias, —lo cual según se ha dicho es inexacto, pues tal acción comienza con la apertura del procedimiento del acto de derivación de responsabilidad—, el plazo de prescripción del artículo 65 desde que el deudor principal queda obligado al pago, como quiere el Tribunal Regional, por lo que es de apreciar el recurso interpuesto en este extremo, si bien no por la razón aducida por el recurrente, quien pretende, por el contrario, que el responsable subsidiario está obligado al pago desde el momento de producirse los hechos presupuestos de esa responsabilidad, tesis que no encuentra un mínimo apoyo en la legislación. Obsérvese de otra parte, que la postura mantenida por el Tribunal Regional conduciría a resultados contrarios al ordenamiento jurídico, pues si se declara la prescripción del responsable subsidiario en la forma por él establecida, en virtud del artículo 62.1 del Reglamento General de Recaudación habría que entender que esa prescripción ganada aprovecharía al deudor principal y a los solidarios, que sí son evidentemente obligados al pago a pesar de todas las actuaciones interruptoras comprendidas en el artículo 66 de la Ley General Tributaria lo que, entre otras cosas, haría imposible la rehabilitación de los créditos incobrados en los términos previstos en el artículo 167 del Reglamento General de Recaudación.

Esta tesis que interpreta literalmente la Ley (art. 37 LGT), es netamente parcial e injusta, por cuanto tomada en sus propios términos deja literalmente al arbitrio de la Administración tributaria, la fijación del momento del inicio del cómputo del período prescriptivo. Porque partiendo de que el acto de declaración de fallido en los expedientes de responsabilidad subsidiaria no se notifica, y de que en todos los expedientes de responsabilidad el trámite de recaudación previo contra el deudor principal no tiene tiempo reglamentario de duración establecido (RD 803/1993 dictado en desarrollo de la disposición adicional 5.ª de la Ley 30/1992: dice que los procedimientos continuarán hasta su terminación), se concluye con facilidad que la Administración puede dictar el acto de derivación cuando quiera, hasta tanto la deuda tributaria principal subsista (períodos de trámite de recursos incluidos, aun estando abierto el apremio y sin suspender la ejecución del acto recurrido por el deudor principal), y sólo a partir de entonces se comienza a computar el período de prescripción para el responsable de cinco años, fácilmente se concluye que esta situación es incompatible con el principio y derecho a la seguridad jurídica. Así lo proclama la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia en su Sentencia de 5 de enero de 1996:

Es evidente que la acción de la Administración sobre los deudores principales no puede interrumpir la prescripción respecto al responsable subsidiario, pues nos encontramos con derechos subjetivos, y en otro caso se podría dar el caso de que transcurridos un número indefinido y dilatado de años en que las actuaciones se dirigieron inútilmente contra los responsables principales, pudiera derivarse la responsabilidad hacia el responsable subsidiario, ajeno a aquellas relaciones, y recayendo sobre él los defectos de funcionario de la Administración, impidiéndole además probablemente en dicha fecha una defensa real de sus derechos.

En el mismo sentido la Sentencia del mismo Tribunal de Valencia de fecha 5 de febrero de 1996:

Teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 64 y 65 de la Ley General Tributaria, que fijan como plazo de prescripción el de cinco años y que el acto de derivación de responsabilidad se notifica al recurrente el 10 de marzo de 1993, comoquiera que el demandante pretende que se declare prescrita la deuda tributaria hasta el año 1987, procederá acceder a su petición y considerar prescritos los ejercicios 1985, 1986 y 1987.

Y sobre el argumento de las consecuencias antijurídicas de la tesis condenada por el TEAC la del Regional de Valencia, en base a las previsiones del artículo 62.1 RGR (Interrumpido el plazo de prescripción para uno se entiende interrumpido para *todos los obligados al pago*), hay que decir que tal precepto es incompatible con la Ley General Tributaria en la misma materia, que en su artículo 66 LGT se refiere exclusivamente a actuaciones interruptoras con conocimiento formal del sujeto pasivo. Y en esta materia rige la reserva de Ley del artículo 10 LGT (Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 25 de noviembre de 1987, RGD n.ºs 520-521, y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 14 de mayo de 1990, *Impuestos*, I/1991, p. 739).

Para acabar de confundir la cuestión, el propio TEAC ha mantenido otra posición diferente en su Resolución de 19 de diciembre de 1996 (RJT 1756/III/1996), fijando el momento inicial del cómputo del plazo de prescripción el día siguiente a la declaración de fallido del deudor principal, lo que resulta más razonable, siempre y cuando tal declaración de fallido se produzca con la diligencia exigible a la Administración (art. 103 CE) en el procedimiento recaudatorio, sin abusar de la falta de término material de duración de este procedimiento:

[...] siendo necesaria la declaración de fallido del deudor como *conditio sine qua non* para proceder al cobro de la deuda al presunto responsable subsidiario, es desde el día siguiente a dicha declaración cuando se inicia el plazo de prescripción para efectuar la referida acción.

En definitiva, entiendo que el artículo 37.4 de la Ley General Tributaria y el artículo 32 de la Ley 1/1998 de 26 de febrero, que exigen acto administrativo de derivación notificado en el que se declare la responsabilidad y se determine su alcance, lo que establecen es un mero requisito de procedibilidad para *la derivación de la acción administrativa para exigir el pago de la deuda tributaria a los responsables*. Pero es claro a la luz de nuestro derecho positivo tributario que tal acto no constituye a los responsables en obligados tributarios *ex novo*, sino que meramente faculta a la administración para inicial la acción de cobro. Pero es indiscutible que antes, tal vez mucho antes, de tal acto de inicio del procedimiento para el cobro, los responsables tienen la naturaleza de obligados tributarios frente a la Administración Tributaria, que tiene plenas facultades, salvo la aludida acción de cobro para dirigirse contra ellos. Así:

1.º Deben comparecer ante la Inspección [art. 24.1.e) RIT], los responsables solidarios, y los Administradores que ejercían al tiempo en que debieron cumplirse los deberes y obligaciones tributarias (art. 26.3 RIT).

2.º En las actas ha de hacerse constar la conformidad o disconformidad del responsable solidario [art. 145.1.d) LGT y art. 49.2.f) RIT].

3.º Tienen derecho a la reducción proporción del 30 por 100 por conformidad en las sanciones por infracciones graves (art. 82.3 LGT).

4.º La inspección ha de constatar en diligencia la identidad de los responsables solidarios y la de quienes pudieran ser responsables subsidiarios [art. 47.2.d) RIT].

5.º La inspección emite informe de la situación de los bienes y derechos del responsable (art. 48.4 RIT).

6.º Existe procedimiento específico para formalizar actas al responsable solidario y para notificarle las actas de inspección (art. 71 RIT).

7.º El artículo 37.5 LGT, en relación con el artículo 128 de la misma LGT, reconocen la posibilidad de dictar medidas cautelares sobre los bienes y derechos del responsable, antes del inicio de la acción para el cobro de las deudas tributarias que se inicia con el acto de derivación de responsabilidad, y estas medidas son extensibles a los responsables subsidiarios (art. 14.4 RIT).

Siendo así las cosas, el inicio del término de la prescripción ha de coincidir con el momento en que la Administración Tributaria tiene acción para dirigirse contra el responsable que no es otro que el momento en que se realizan los actos que provocan la responsabilidad, es decir, el momento en que se cometen las infracciones tributarias (arts. 38.1 y 40.1, párr. 1.º, y 40.2 LGT), o el momento en que se produce el cese de actividad (art. 40.1, párr. 2.º LGT). Por cuanto desde tal momento el responsable está a la plena disposición de la inspección de Hacienda como el deudor principal, aunque en el seno de otro tipo de relación jurídica.

Mientras que el acto de derivación de responsabilidad, como requisito de procedibilidad para la acción del cobro de la deuda tributaria derivada, es el momento de inicio para el cómputo de la prescripción de la acción para el cobro de la deuda al responsable. Y, naturalmente, no puede existir responsable si previamente ha prescrito el término de cinco años para que la Administración se haya dirigido a dicho responsable desde la realización de los hechos que así lo configuran, en el procedimiento de inspección correspondiente.

2. CONCURRENCIA DE VARIOS RESPONSABLES

El artículo 37.6 de la Ley General Tributaria establece que *cuando sean dos o más los responsables solidarios o subsidiarios de una misma deuda, ésta podrá exigirse íntegramente a cualquiera de ellos*. Lo que viene a proclamar una regla de solidaridad interna entre cada clase de responsables ya conocida anteriormente (antes de la reforma de la Ley 25/1995), por el artículo 12.7 RGR para los responsables solidarios. Situación que resulta contraria a la regla general de la mancomunidad del artículo 1.137 del Código civil, pero que actualmente tiene el respaldo legal suficiente a partir de la Ley 25/1995. Cierto es que anteriormente, este mismo texto legal se introdujo como apartado 5 del artículo 37 LGT, por el artículo 85 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de presupuestos del Estado para el ejercicio 1992. Lo que ocurre es que esta

modificación legal tiene graves sospechas de inconstitucionalidad, habida cuenta de que las modificaciones de los artículos 111.3 y 128 LGT operadas en la misma Ley (arts. 84 y 86) de Presupuestos de 1992, han sido declarados inconstitucionales por Sentencia del Tribunal Constitucional número 125/1994 de 28 de junio (*Impuestos*, II/1994, p. 775).

La regla de la solidaridad era también la opinión manifestada en el Informe de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria de 2 de noviembre de 1990:

En caso de existir varios administradores y con distintas funciones, ¿contra cuál de ellos hay que derivar la responsabilidad? Exclusión de voto y responsabilidad.

[...]

Una vez concretado el ámbito de las personas responsable, la determinación de aquella o aquellas contra las que se derive la acción administrativa de cobro constituye *actividad discrecional de la Administración Tributaria*.

En efecto, ante el silencio de la Ley General Tributaria, el Reglamento General de Recaudación resuelve la concurrencia de una pluralidad de responsables subsidiarios disponiendo en su artículo 11.4 que «si los responsables subsidiarios, simultáneamente y en el mismo grado, son varios respecto de una misma deuda, la responsabilidad de los mismos frente a la Hacienda será solidaria, salvo que la Ley exponga expresamente lo contrario». Esto significa que en sus relaciones entre sí los responsables subsidiarios carecen de los beneficios de exclusión y división, de manera que la Administración, una vez declarada la insolvencia del sujeto pasivo, podrá dirigirse contra uno cualquiera de los responsables subsidiarios o contra todos ellos simultáneamente y por el importe total a que alcance la responsabilidad.

Pero esta norma reglamentaria en que se apoya el Informe era netamente ilegal (art. 37 LGT), antes de la Ley 31/1991, de presupuestos para el año 1992. Y con dicha Ley el artículo 37.5 era presumiblemente inconstitucional, hasta la entrada en vigor de la modificación del artículo 37 LGT operada por la Ley 25/1995.

Esta discrecionalidad de la Administración para administrar los casos de solidaridad entre varios interesados excluye la arbitrariedad, como pone de manifiesto el Tribunal Superior de Justicia de Murcia en su Sentencia de 7 de febrero de 1996 (RJT 95/I/1996):

[...] la elección discrecional de cualquiera de dichas posibilidades debe obedecer a razones justificadas y no a mera arbitrariedad. Con lo que es evidente que no basta la mera comodidad de la Administración si de ella se deriva un resultado injusto para uno de dichos propietarios. Y ello porque es sabido que uno de los sistemas con que se lleva a cabo el control de la discrecionalidad de la Administración es a través de los principios generales del derecho, rechazando los resultados que sean contrarios a tales principios, como son la buena fe, la proporcionalidad entre la sanción y la infracción, etc.

[...] por otro lado hay que tener en cuenta que es mucho más sencillo para la Administración exigir sus respectivas deudas tributarias a cada uno de los deudores, atendiendo a las potestades que al respecto les concede la Ley (incluida la posibilidad de seguir la vía de apremio en el caso de que no se satisfagan en período voluntario), que para el actor, que, después de abonar la totalidad de la deuda tributaria, se vería obligado a exigir a los demás deudores su parte, sin gozar de tales potestades ni prerrogativas; de forma que en el caso de que éstos no se las pagaran, se vería obligado a interponer contra ellos las respectivas acciones judiciales con los inconvenientes y gastos que ello conlleva.

Pero ante la concurrencia de responsables solidarios y otros responsables subsidiarios, el artículo 37.5 LGT y el art. 14.1.a) del Reglamento General de Recaudación impide la derivación de responsabilidad a los responsables subsidiarios mientras los deudores principales y responsables solidarios no hayan sido declarados fallidos.

Los problemas surgen cuando se trata de concurrencia de responsables subsidiarios de distintos tipos como los administradores al tiempo de la infracción y los distintos administradores al tiempo del cese. El TEAC o bien sortea el planteamiento de la cuestión (R de 1 de marzo de 1995) o bien imputa responsabilidad a todos los afectados. El problema es que el contenido de una u otra responsabilidad no coincide, pues en el caso de cese no se incluyen las sanciones, y sí se incluyen en el caso de infracciones graves o infracciones simples.

De otra parte en el caso de sociedades disueltas o liquidadas, ya hemos visto que la Instrucción de 2 de noviembre de 1995 supone en el artículo 89.4 una responsabilidad solidaria de los socios hasta su cuota de participación en la liquidación del haber social. Si tales socios responsables solidarios concurren con los liquidadores por las responsabilidades relativas al período de liquidación a los cuales la misma Administración considera administradores a estos efectos, está claro que la responsabilidad solidaria de los socios excluiría la subsidiaria de los liquidadores.

3. LOS ADMINISTRADORES PASIVOS

Un problema notable en la práctica, del que la Administración suele desentenderse a pesar de las instrucciones sobre la motivación de la culpabilidad y participación de los administradores responsables en las infracciones que motivan la responsabilidad, es el de los administradores que no tienen efectivas funciones de dirección, y cuya pertenencia a los órganos de administración se limita a tareas consultivas. Figura que la legislación conoce perfectamente en la nueva regulación del régimen de seguridad social de los administradores de entidades operada por la disposición adicional 43.^a de la Ley 66/1997, para excluirlos tanto del régimen general como del régimen de trabajadores autónomos.

Se trata de aquellos casos en que no se acredite suficientemente la participación o colaboración de los administradores en las infracciones tributarias. En estos casos parece claro que no puede haber responsabilidad de ningún tipo. Puesto que es requisito previo de tal institución la existencia de infracción relacionada con las actuaciones del responsable.

Aun cuando poco resquicio a la esperanza deja la forma de razonar del TEAC, en su Resolución de fecha 24 de octubre de 1996:

En cuanto a la argumentación del interesado de que toda la responsabilidad del Consejo de Administración recae en los Administradores gerentes, a los que se les conceden todas las facultades previstas para dicho Consejo, hay que señalar, como lo hizo el Tribunal Regional, que la delegación de facultades hecha por el Consejo de Administración a determinadas personas y además con carácter temporal no exime a aquél de la responsabilidad que le corresponde por prescripción legal.

Sin embargo de lo cual ha de recordarse la obligación de la Administración de probar la concurrencia de circunstancias que acrediten la participación o conocimiento de los actos que integran la infracción tributaria en los administradores a quienes se imputa la responsabilidad como reconocen las resoluciones y sentencias anteriormente citadas: Resolución del TEAC de 22 de febrero de 1995, Resolución del TEAC de 24 de octubre de 1996, y Sentencia del TS de 16 de diciembre de 1992.

4. ACTUACIONES DE LA INSPECCIÓN

A) *Obligación de comparecer ante la inspección*

En el artículo 24.1.e) del Reglamento de la Inspección se obliga a atender a la inspección de los tributos y a intervenir en el procedimiento de inspección a los *responsables solidarios* desde que sean requeridos por la inspección para personarse en el procedimiento.

Si bien es cierto que el responsable solidario se sitúa en la misma posición que el deudor principal, no parece muy correcto que a un responsable de una deuda tributaria se le pueda hacer comparecer en el procedimiento de gestión y liquidación previo a la cuantificación de dicha deuda, toda vez que la posición del responsable exige para que pueda considerarse obligado tributario un acto administrativo expreso de declaración de responsabilidad (art. 37 LGT).

Sin embargo, es lo cierto que el artículo 82.3 de la Ley General Tributaria previene la reducción en un 30 por 100 de las sanciones por infracciones tributarias graves cuando el responsable preste su conformidad a la propuesta de regularización que se le formule, y que el 145.1.d) LGT obliga a hacer constar en las actas, la conformidad, o disconformidad del responsable solidario. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 49.2.f) del Reglamento de la Inspección de los Tributos. Finalmente el artículo 47.2.d) del Reglamento de la Inspección de los Tributos obliga a la inspección a constatar en diligencia *la identidad de quienes sean responsables solidarios o puedan serlo subsidiariamente de la deuda tributaria, así como las circunstancias y antecedentes determinantes de tal responsabilidad*. Pudiendo la inspección emitir informe para *describir la situación de los bienes y derechos del responsable al objeto de facilitar la gestión recaudatoria del cobro de las deudas tributarias liquidadas* (art. 48.4 del Reglamento de la Inspección de los Tributos). En la misma línea el artículo 71 del Reglamento de Inspección regula el procedimiento para la extensión de las actas con propuesta de liquidación al responsable solidario, así como la notificación al responsable solidario de las actas extendidas al sujeto pasivo o deudor principal. Y el artículo 26.3 RIT exige la comparecencia a título personal y sin obligar a la sociedad de los administradores que ejercieron al tiempo en que debieron cumplirse las obligaciones y deberes tributarios.

Además, y desde esta nueva perspectiva, si es legal la comparecencia del responsable solidario en el procedimiento de inspección, antes de la liquidación, también es defendible que el plazo de prescripción para el responsable soli-

dario comienza a contarse desde que pudo citársele a tal procedimiento. Puesto que no puede admitirse que ésta sea una potestad discrecional de la Administración sin otro efecto en la esfera del interesado que el que la Administración decida en cada caso. Máxime si también pueden dictarse contra el responsable solidario, como así es, medidas cautelares previas a la declaración de responsabilidad.

Por el contrario, deben extenderse actas de inspección al responsable solidario, hacer constar en diligencia las circunstancias determinantes de la responsabilidad, e informar sobre los bienes y derechos del responsable. Luego no puede sostenerse que la inactividad a todos estos efectos de la inspección de los tributos, sea irrelevante ante el problema del cómputo de los plazos de prescripción. Que es lo que afirma la doctrina del TEAC que ordena computar este término desde la notificación de acuerdo de derivación de responsabilidad. Puesto que antes, tal vez mucho antes, la inspección debió extender actas, diligencias e informes, y la recaudación pudo, y tal vez debió, adoptar medidas cautelares en relación al responsable. Luego no puede legalmente sostenerse que la tesis de la *actio nata* (1969 del Cc), abona la doctrina del TEAC, defendiendo que hasta el acto de derivación la administración no pudo actuar contra el responsable, sino que la legislación vigente acredita que la actuación administrativa puede y debe ser anterior al acto concreto de derivación de responsabilidad.

B) *Lugar de actuaciones en entidades liquidadas*

Comentario aparte requieren en esta materia las actuaciones relativas a sociedades disueltas y liquidadas, y los hipotéticos responsables subsidiarios (liquidadores), o solidarios (socios adjudicatarios del haber social). En primer lugar se presenta problemática la facultad inspectora de examinar en el Registro Mercantil, los libros y la demás documentación de la empresa, por cuanto el artículo 33 del Código de Comercio impone que el reconocimiento de la contabilidad se efectuará en el establecimiento del empresario. En segundo lugar la inspección tiene que entenderse en el procedimiento con alguna persona.

El Reglamento de Inspección de los Tributos tras declarar obligado tributario a los responsables solidarios en el *artículo 24*, ha establecido en su apartado 5 las cautelas sobre el examen de la contabilidad en el Registro Mercantil:

Disuelta o liquidada una sociedad o entidad, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 89 de la Ley General Tributaria, incumbe a los liquidadores comparecer ante la Inspección si son requeridos para ello en cuanto representantes que fueron de la entidad y custodios en su caso, de los libros y la documentación de la misma. Si los libros y la documentación se hallasen depositados en un registro público, la Inspección podrá examinarlos en dicho registro, exigiendo si fuese precisa la presencia de los liquidadores.

El mismo Reglamento en su *artículo 26.3* previene la actuación de los administradores ante la inspección después de su cese, en su propio nombre y sin vincular a la sociedad:

Por las personas jurídicas, de naturaleza pública o privada, deberán actuar las personas que ocupen al actuar la Inspección los órganos a quienes corresponda su representación, por disposición de la Ley o por acuerdo válidamente adoptado. Quienes ocupasen tales órganos cuando se devengaron o debieron haberse cumplido las correspondientes obligaciones o deberes, deberán actuar en *su propio nombre, sin vincular a la entidad*, a requerimiento de la Inspección, si fuese conveniente para facilitar las actuaciones inspectoras.

La solución aportada por el Derecho mercantil parece más coherente con la realidad de las situaciones generadas tras las liquidaciones de entidades, que las ficciones legales empleadas en el Reglamento de Inspección que, además, tienen poca virtualidad práctica, porque no se concibe el título o condición por el que se puede comparecer personalmente sin obligar a la sociedad. Salvo por la consideración de que, antes de ser deudor obligado al pago tras la modificación del acto de derivación de responsabilidad, el responsable es obligado tributario, aunque no al pago de una deuda, y sujeto a las autoridades tributarias que pueden dirigir contra él actuaciones de inspección y medidas cautelares en el procedimiento recaudatorio.

En efecto, la jurisprudencia registral mercantil (*RRDGRN de 13 y 20 de mayo de 1992, Ar. 92/5250 y 92/5253*) ha venido admitiendo la vigencia de los poderes de representación social para el cumplimiento de los requisitos de los actos jurídicos que hayan de realizarse a nombre de la sociedad disuelta y liquidada. Además, en el artículo 123 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se da carta de naturaleza legal a esta doctrina, en forma aplicable al campo de las responsabilidades tributarias:

[...] 2.º Los antiguos socios responderán solidariamente de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que hayan recibido como cuota de liquidación, sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores en caso de dolo o culpa.

3.º Para el cumplimiento de los requisitos de forma relativos a actos jurídicos anteriores a la cancelación de los asientos de la sociedad, o cuando fuere necesario, los antiguos liquidadores podrán formalizar actos jurídicos en nombre de la sociedad extinguida con posterioridad a la cancelación registral de ésta. En defecto de liquidadores, cualquier interesado podrá solicitar la formalización por el Juez de Primera Instancia del domicilio que hubiere tenido la sociedad.

5. LAS MEDIDAS CAUTELARES

El artículo 37.5 *LGT* prevé que antes del acuerdo de derivación de responsabilidad contra responsables solidarios o subsidiarios, se adopten las medidas cautelares precisas dentro del marco legal previsto para las mismas. En el mismo sentido el artículo 14.4 *RGR*, para el supuesto de responsabilidad subsidiaria tiene previsto que el órgano de recaudación *pueda adoptar las medidas cautelares que procedan cuando existan indicios racionales para presumir actuaciones que puedan impedir la satisfacción de la deuda, antes de la declaración de fallidos de los deudores principales.*

Las medidas cautelares se regulan en el artículo 128 *LGT*, modificado por Ley 66/1998: Cuyas modificaciones más relevantes son: eliminación del con-

dicionado a los actos de peligro, concreción de medidas cautelares, autorización judicial en deudas no liquidadas:

— Para asegurar el cobro de la deuda tributaria, la Administración tributaria podrá adoptar medidas cautelares de carácter provisional, cuando existan *indicios racionales* de que, en otro caso, dicho cobro se verá afectado o gravemente dificultado.

— *Supresión de actos de peligro*: se suprime el apartado 2, que preveía que las medidas podrán adoptarse cuando el deudor realice actos que tiendan a ocultar, gravar o disponer de sus bienes, en perjuicio de la Hacienda Pública, siempre que se refieran a una deuda ya liquidada.

— Las medidas habrán de ser *proporcionadas* al daño que se pretenda evitar. En ningún caso se adoptarán las que puedan producir un daño de imposible o difícil reparación.

— Precisión de las medidas cautelares: a) retenciones de devoluciones tributarias y otros pagos, *sólo en la cuantía estrictamente necesaria para asegurar el cobro de la deuda, y deberá ser notificada al interesado juntamente con el acuerdo de devolución*, b) embargo preventivo de bienes y derechos, que se asegura con anotación en registros públicos o depósito de bienes muebles embargados, y c) cualquier otra legalmente prevista.

— Medidas cautelares en caso de deudas no liquidadas: pero devengadas y transcurrido el plazo reglamentario para el pago del tributo, para adoptar medidas cautelares se requerirá *autorización del Juez de Instrucción del domicilio del deudor*. Lo que resulta aplicable en el caso de administradores citados al procedimiento de inspección, antes de producirse la correspondiente liquidación.

— *Prórroga*: las medidas cautelares pueden convertirse en definitivas en el marco del procedimiento de apremio. En otro caso, se levantarán de oficio, *no pudiendo prorrogarse más allá del plazo de seis meses desde su adopción*.

— *Actividades lucrativas sin establecimiento y no declaradas*: se puede acordar embargo preventivo de dinero y mercancías en cuantía suficiente para asegurar el pago de la deuda tributaria.

— *Espectáculos públicos no declarados previamente*: pueden intervenir-se los ingresos.

Con ello en cuenta, y puesto que no es actualmente necesario acreditar por la Administración Tributaria la existencia de actos de peligro del responsable para la adopción de medidas cautelares a voluntad de la Administración, respetando el principio de proporcionalidad en las actuaciones, puede perfectamente sostenerse que el plazo de prescripción de las acciones contra el responsable tributario comienza desde que la Administración pudo dirigirse contra él, en tal condición, incluso antes de la declaración de fallido del deudor principal, y antes de dictarse el acto de derivación de responsabilidad.

6. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Según el artículo 125 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 58 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada previenen, el nombramiento de los administradores surte efecto desde la fecha de la aceptación, si bien deberá ser presentada para su inscripción en el registro en término de diez días desde la aceptación. De lo que se infiere que la inscripción en el Registro Mercantil no es constitutiva, aun siendo obligatoria, conforme al artículo 94.4.º RRM (STS de 25 de noviembre de 1970, y de 14 de junio de 1993). Al contrario de lo que acontece con los apoderados generales o delegación de facultades, que conforme al artículo 94.5.º RGM han de inscribirse obligatoriamente.

Comoquiera que las actuaciones de la administración en materia de derivación de responsabilidad se remiten legalmente a los Administradores, lo que suele suceder en la práctica, es que se toman como tales a quienes figuren inscritos en el Registro Mercantil en la fecha a la que se refiere la concreción de los hechos determinantes de la responsabilidad: comisión de las infracciones, o cese de la actividad social.

Es de todo punto evidente que la condición de Administrador no se determina exactamente por la inscripción registral, por lo que pueden existir casos de derivación indebida, atacable con la acreditación del cese o de nuevo nombramiento aceptado y pendiente de inscripción registral. Como tiene reconocido la jurisprudencia registral mercantil, que representa la Resolución de la DGRN de 17 de diciembre de 1997, Ar. 9496:

[...] es incuestionable la validez de las actuaciones jurídicas que en nombre de la sociedad anónima realice el Administrador desde el mismo momento de la aceptación del cargo válidamente conferido (art. 125 de la Ley de Sociedades Anónimas). Ciertamente la inscripción de tal cargo es obligatoria (arts. 22 del Código de Comercio, 125 de la Ley de Sociedades Anónimas y 4 y 94.4.º del Reglamento del Registro Mercantil), pero como el incumplimiento de la obligación de inscripción no afecta a la validez y eficacia del acto realizado en representación de la sociedad, tal incumplimiento cae fuera del ámbito de calificación que corresponde al Registrador de la Propiedad respecto del acto jurídico otorgado por aquel Administrador.

Ahora bien, si la interpretación conjunta de los preceptos legales citados no permite mantener el defecto impugnado, ello no debe llevar a desconocer las enormes dificultades prácticas que surgirán para inscribir en el Registro de la Propiedad el acto otorgado por el Administrador de una sociedad con cargo no inscrito en el Registro Mercantil, por cuanto en tal hipótesis habrá de acreditarse al Registrador de la Propiedad la realidad, validez y vigencia del nombramiento de Administrador en términos que destruyan la presencia de exactitud registral establecido en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil, siendo así que tales extremos dependen de múltiples elementos y circunstancias.

Así lo entiende también el TEAC en su Resolución de fecha 7 de noviembre de 1996 (RJT 1641/III/1996):

La presunción de exactitud y validez de las inscripciones registrales, [...] se constituye en presunción *iuris et de iure* aun cuando no se diga así específicamente en los textos normativos, por los acuerdos impugnados. Sin embargo, el carácter restrictivo de esta clase de presunciones no solamente viene demostrado por el principio gene-

ral de que toda presunción es *iuris tantum* en tanto no se exprese concretamente lo contrario, sino que viene ratificado por la propia jurisprudencia para situaciones mucho más extremas que la presente. Con referencia al Registro Civil y al estado de las personas el Tribunal Supremo tiene afirmado que el principio referido a la probanza por medio de las actas del Registro Civil no es de tan estricto rigor que no admita que esta prueba no pueda ser suplida por otras (Sentencias de 19 de diciembre de 1957, 23 de junio de 1966, y 29 de mayo de 1984, entre otras). Llevar el rigor de la ausencia de inscripción de la baja correspondiente en el Registro mencionado a seguir considerando en activo a quien cesó de hecho en virtud de acuerdos válidos y eficaces, aunque no inscritos, y ello nada menos que a los efectos de derivar hacia los interesados la responsabilidad solidaria [...] por infracciones cometidas después de ese cese puede tener una aparente fundamentación formal, pero carece de todo apoyo en una interpretación lógica de la finalidad de la norma discutida.

[...] la Hacienda Pública no puede invocar una situación similar a la de un tercero de buena fe, cuando cuenta con instrumentos legales más que suficientes para determinar en cada momento quiénes fueron las personas que se encontraban realmente al frente de la administración [...] y, consecuentemente, eran susceptibles de ser declarados responsables subsidiarios de las deudas tributarias de aquella. Sustituir esta prerrogativa de los órganos fiscales por la simple atribución a una certificación administrativa [...] de una validez temporal y excluyente de toda prueba a contrario que evita toda labor complementaria de comprobación resulta igualmente incompatible con la correcta aplicación de las normas jurídicas.

[...] Incluso en una interpretación literal del artículo 40.1 de la Ley General Tributaria es dudosamente admisible derivar una responsabilidad por comisión o por omisión en el cumplimiento de obligaciones tributarias a personas que sólo por una presunción registral se entiende que intervinieron en tales actos o adoptaron esta conducta [...] En definitiva se les está imputando una responsabilidad por hechos ajenos que ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional —por ejemplo en la Sentencia 164/1994 al estimar contraria a la Constitución la responsabilidad solidaria de los miembros de la unidad familiar que se establece en el artículo 7.2 de la Ley 20/1989—, máxime cuando esa responsabilidad se extiende a las sanciones por las infracciones tributarias. En la Sentencia 76/1990, el mismo Tribunal ha establecido que la falta de conocimiento de que la clase de comportamiento que realiza está sancionada debe excluir la sanción: en el presente caso, sin embargo, se sancionaría en virtud de una pura presunción registral, no ya un comportamiento, sino una presencia ficticia en un órgano rector de una persona que ya no pertenecía al mismo [...].

Respecto a los apoderados generales, entiendo no comprendida su posición jurídica en el ámbito de la responsabilidad subsidiaria de los Administradores de entidades, en cuanto carecen de tal entidad. Pero lo cierto es que en la práctica podrá reconducirse su situación, en muchos casos, al supuesto de responsabilidad solidaria como causantes o colaboradores en las infracciones tributarias (art. 38 LGT), con prueba de tales hechos y relaciones a cargo de la Administración Tributaria. El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en Sentencia de 9 de octubre de 1996 (RJT 1507/III/1996), reitera la responsabilidad en sede del Administrador, aunque exista apoderado general que ejerce las funciones directivas *de facto*:

[...] la argumentación del recurrente gira en torno al otorgamiento a su hermano [...] de un poder especial para el ejercicio de las facultades comprendidas en el artículo 10 de los estatutos de [...], en suma, de las que al actor le incumbían por su carácter de administrador único y que, según él, no podría llevar a cabo como consecuencia de la incapacidad laboral que le fue declarada.

Pretende con ello desviar, improcedentemente, la responsabilidad tributaria que por ministerio de la ley le está atribuida, ligada al hecho de esa su condición, que no perdió

por el otorgamiento de poder a favor de su hermano, acto que, como bien destacó la señora Abogado del Estado, venía a corroborar sus facultades gestoras de la sociedad, el pago de cuyas deudas, concurrentes, como lo son los aludidos presupuestos del impago con declaración de fallido, y la declaración administrativa de derivación de responsabilidad, quiere el legislador asegurar mediante la previsión de la subsidiaria de quienes tienen algún tipo de concreta y precisa relación con el débito insatisfecho por el deudor principal, responsabilidad que según la Sentencia de 22 de diciembre de 1993, perdura mientras se ostente el cargo de administrador, cuyo cese, de haberse producido debió acreditar el recurrente, quien en ningún momento aludió siquiera a tal circunstancia y sí simplemente al desempeño *de facto* de sus cometidos por su hermano, que trata de justificar con un apoderamiento que no hace sino confirmar la continuidad en el ejercicio del que atrae las consecuencias tributarias que sobre él deben gravitar.

También se plantean problemas en el momento del cese material o registral de la condición de Administrador. En principio, el cese del Administrador es también de obligatoria inscripción (art. 94.4.º RRM). En el caso de disolución y liquidación de entidades ya hemos visto que el artículo 24.5 del Reglamento de Inspección de los Tributos obliga a los Liquidadores a comparecer ante la inspección, igual obligación que tiene cualquier otro *responsable solidario* [art. 24.1.e) RIT], o los sujetos *infractores* [art. 24.1.g) RIT]. El mismo Reglamento de Inspección prevé la extensión de actas de inspección con *responsables tributarios* [art. 49.2.f) RIT], y la forma en que han de desarrollarse las actuaciones ante los *responsables solidarios* (art. 71 RIT).

En todas estas previsiones se trata con muy defectuosa técnica subvenir a los problemas planteados en supuestos en que o bien no existe la personalidad jurídica de las entidades deudoras, o bien no existen administradores con cargo vigente.

Pero en Derecho mercantil tales vacíos no es fácil que se detecten. Así, es cierto que los Administradores ejercen su cargo por el tiempo determinado en estatutos (art. 126 LSA y art. 60.2 LRSL). Pero es también cierto que el cese del Administrador no se produce por la mera circunstancia temporal de la caducidad del nombramiento.

El cese del administrador no se produce automáticamente al cumplirse el plazo para el que fue nombrado sino que después de ese momento y hasta su reelección o nombramiento de otros se encuentra todavía legitimado para ejercitar una serie de facultades totalmente necesarias, —en particular convocar Junta General—, pues de no ser así podría quedar la Sociedad sin representación legal y sin posibilidad de convocar Junta General de Accionistas (Sentencia del TS de 22 de octubre de 1994). Y también es doctrina conocida que cuando todos los miembros del Consejo de Administración renuncian voluntariamente a su cargo, hipótesis en la que no se puede proceder a nuevos nombramiento por cooptación, el mínimo deber de diligencia exigible obliga a los administradores renunciantes, pese a su decisión, a continuar al frente de la gestión hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación, lo que en un supuesto como el indicado supone subordinar la inscripción de las renunciaciones hasta que haya sido convocada la Junta General —que los renunciantes deben convocar—, para que en ella puedan nombrarse nuevos administradores, evitando así una paralización de la vida social inconveniente y perjudicial de la que ellos habrían de responder (RDGRN de

26 de mayo de 1992, 27 de mayo de 1992, 8 de junio de 1993 y 9 de junio de 1993). La misma idea resulta válida en cualquier otro supuesto en que la renuncia de un administrador conlleve que el cargo quede vacante o devengue inoperante, por ejemplo por renuncia del Administrador único (RDGRN de 24 de marzo y 26 de junio de 1994), o de un administrador mancomunado (RDGRN de 23 de junio de 1994).

Ello supone que la Administración pueda dirigir el procedimiento en casos de cese o caducidad de los administradores a quienes siguen ostentando esta condición *de facto*, por incumplimiento de los deberes que a tales administradores les incumben de solventar la situación proveyendo lo necesario para lograr la efectividad de nuevos nombramientos. Por cuanto hasta que esta circunstancia se produzca, no puede hablarse de cese en la condición de Administrador.

APÉNDICE DOCUMENTAL

ALFREDO ÁVILA DE LA TORRE

Profesor Ayudante de Derecho Mercantil. Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. PRELIMINAR. II. UNA PROPUESTA DE NORMAS PARA EL MEJOR FUNCIONAMIENTO DE LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN (CÍRCULO DE EMPRESARIOS, 1996). III. EL GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS (COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DE UN CÓDIGO ÉTICO DE LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES, 1998). 1. *Introducción*. 2. *La demanda de reformas*. 3. *La elaboración del informe*. 4. *Naturaleza del trabajo*. 5. El movimiento de reforma en España. 6. *Informe sobre el Consejo de Administración*. 7. *Código de Buen Gobierno (elaborado por la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejeros de Administración de las Sociedades. Madrid, 26 de febrero de 1998)*. IV. REGLAMENTO TIPO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN AJUSTADO AL CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO (CNMV, 1998). V. CARTA CIRCULAR 11/1998 CONTENIDO INFORMACIÓN AL MERCADO SOBRE LA ASUNCIÓN DEL CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO (CNMV, 1998).

I. PRELIMINAR

Uno de los debates tradicionales y recurrentes en el estudio de las Sociedades Anónima es el relativo a los específicos problemas que se plantean cuando este tipo de sociedad es utilizado por empresas de una gran dimensión. Dentro de tales discusiones, el debate se ha centrado preferentemente en torno a los problemas que plantean sus órganos de gestión y las posibles soluciones que su mejor funcionamiento y control reclaman. En este sentido, el crecimiento de la denominada «gran sociedad anónima», ha propiciado que, en su seno, se haya consolidado hace tiempo una fractura entre la propiedad y la gestión, debida a factores de muy distinto alcance. A este respecto, contribuyen de forma decisiva, entre otros, datos como la existencia de grandes masas de accionistas cambiantes, el gran número de socios con simple vocación de pura inversión y ajena a la participación en la vida de la sociedad (el denominado por los economistas *capital de ahorro*), la desaparición del accionista individual frente al grupo accionario, o la dejación de poderes en el consejo de administración. Todos estos factores han permitido que los gestores de las grandes compañías se conviertan en los reales detentadores del poder en la sociedad.

Por otra parte, esta fractura se ha visto acentuada por la denominada «managerial revolution», caracterizada por la intervención en la administración de las sociedades de unos dirigentes cuyas condiciones de aptitud no ofrecen duda, pero que apenas participan en el capital de las compañías. Su alta cualificación profesional les hacen aptos para el ejercicio del cargo, aunque su situación económica, ajena al riesgo que decida asumir la sociedad, puede conducirles a adoptar políticas empresariales faltas de la necesaria prudencia, fomentadas por el hecho de que, ante un fracaso en las mismas, ellos —a lo sumo— sólo pierden el empleo.

Ante esta situación, parece evidente que la articulación de mecanismos de

control constituye una necesidad, de primer orden, en aras a conseguir el correcto equilibrio entre propiedad y gestión que, en toda sociedad anónima, y con independencia de su dimensión, se reclama. La respuesta a los problemas apenas esbozados ya no puede quedar encargada, como la práctica bien ha enseñado, a los mecanismos clásicos de control que dispone el Derecho tradicional de Sociedades. En efecto, la confianza en el principio democrático y en el control que la propiedad pudiera ejercer mediante la Junta General de accionistas resultan inadecuados en estos supuestos en que el accionariado, múltiple y disperso, hace dejación de tales cometidos pues la actitud económicamente más racional les aconseja un ánimo puramente especulativo. De ahí que sea preciso buscar nuevos mecanismos que aseguren el control del poder que ahora detentan —*de facto*— los gestores sociales.

En esta búsqueda, interesa referirse —como una cuestión principal— al régimen de responsabilidad de los administradores de la sociedad. No existe duda de que un instrumento imprescindible para actuar el oportuno control de la gestión empresarial se da a través del establecimiento del adecuado régimen de responsabilidad que sancione las actuaciones indebidas de quienes administran la sociedad. En este sentido, y por lo que a nuestra LSA se refiere, la reforma operada en 1989, contribuyó a reforzar el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, al introducir un sistema más riguroso respecto del consagrado en la Ley de 1951, ya que suprimiendo la referencia a la «malicia, abuso de facultades o negligencia grave», sanciona un criterio de diligencia mucho más riguroso (art. 129 LSA) y, por otro lado, tipifica específicos deberes cuyo incumplimiento acarrea consecuencias sancionatorias que, alejadas de la idea indemnizatoria, constituyen un adecuado mecanismo de protección de terceros.

Sin embargo, este régimen de responsabilidad de poco o nada serviría si no se estableciesen los deberes y obligaciones, cuyo incumplimiento lo hace operativo. En este sentido, no puede desconocerse cómo la responsabilidad es consecuencia lógica de la imposición de una serie de deberes y cargas, cuyo origen es tanto legal como convencional. Cuanto más y mejor se encuentre regulado el régimen de actuación del órgano de administración, mayor operatividad tendrá el régimen de responsabilidad y en consecuencia, mejor se podrá controlar la actuación del órgano de administración. Es por ello que, ante la generalidad de los criterios legales y de su posible imprecisión, hayan proliferado en los últimos años una serie de tendencias —surgidas en los EEUU e importadas a comienzos de la presente década en nuestro continente— encaminadas a adoptar previsiones específicamente diseñadas para la dimensión empresarial subyacente y suplir el posible vacío legal existente, poniendo a disposición de las grandes sociedades anónimas que a él quieran acogerse, un código encargado de regular el funcionamiento y modo de actuación de los Consejos de Administración.

Nuestro país, no ha sido ajeno a este movimiento, surgiendo una serie de textos, de distinto origen que tratan de solventar las dificultades que plantea el gobierno de nuestras grandes compañías no sólo en lo que a sus pautas de actuación se refiere, sino también en relación con la función general del mismo, o su reestructuración interna. Estos textos, que a continuación incluimos, supo-

nen la traslación a las sociedades anónimas españolas de soluciones ya presentadas en otros países de nuestro entorno jurídico (*Code of Best Practice*, realizado en Inglaterra por el Comité *Cadbury* y fechado en diciembre de 1992 o el informe *Viannot* publicado en Francia en julio de 1995), e intentan que, de forma voluntaria, las grandes compañías de España adopten las recomendaciones que en ellos se incluyen. En este sentido, la primera aportación en la materia, es la llevada a cabo por el Círculo de Empresarios, bajo el título de «Una propuesta de normas para el mejor funcionamiento de los Consejos de Administración» que viene a completar o mejorar otra anterior, también del Círculo de Empresarios, publicada el 3 de octubre de 1995, con el título de «Reflexiones sobre la Reforma de los Consejos de Administración».

Sin embargo, y sin que ello suponga un menoscabo para importancia de tales aportaciones, lo cierto es que el texto más relevante en la materia que nos ocupa lo constituye el denominado «Código de Buen Gobierno», así como el informe que lo acompaña. Esta aportación supone el resultado de los trabajos de la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración, creada *ad hoc* por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de febrero de 1997, y de la que fueron designados sus miembros por OM del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de marzo de 1997, figurando como presidente el ilustre mercantilista profesor Olivencia Ruiz. En dicho Código se intentan atender todas las demandas que plantea la reforma sobre el Consejo de Administración de las grandes sociedades, incidiendo en cuestiones como la misión, composición, estructura, funcionamiento, nombramiento de sus miembros, deberes y facultades de los mismos, retribución, y sus relaciones con mercados, accionistas, o auditores. En él destaca, entre otros aspectos, el intento de reducir el número de consejeros, equilibrar la relación entre consejeros externos y aquellos que tienen participación en la sociedad, potenciar la figura del Secretario y del Presidente, solventar los posibles conflictos de intereses que puedan plantearse o el código de conducta aplicable a todos los consejeros.

Por último, conviene que destaquemos la aportación realizada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores que, con la intención de ajustarse al Código de Buen Gobierno, pone a disposición de las sociedades que cotizan en Bolsa un *Reglamento tipo del Consejo de Administración*, completado con el envío de una Carta Circular a sus presidentes, fechada en diciembre de 1998, con la finalidad de proporcionarles, no imponerles, a las grandes compañías y a sus administradores un modelo a seguir a la hora de regular la organización y el funcionamiento de sus propios Consejos.

II. UNA PROPUESTA DE NORMAS PARA EL MEJOR FUNCIONAMIENTO DE LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN (CÍRCULO DE EMPRESARIOS, 1996)

I. INTRODUCCIÓN

La salud económica de un país depende estrechamente de la competitividad de sus empresas y ésta, a su vez, está fuertemente condicionada por el buen funcionamiento de sus órganos de gobierno y control. Esta afirmación, tan tópica como cierta, justificaría por sí misma que se

prestara mucha más atención de la que se ha dado hasta la fecha a las normas —legales o consuetudinarias— que rigen la actuación de los Consejos de Administración de nuestras empresas.

El Círculo de Empresarios entiende además que es éste un momento particularmente oportuno para abordar esa cuestión. Por una parte, las recientes crisis empresariales, a veces de dimensiones alarmantes, que han impactado lógicamente a la opinión pública, han despertado el interés por conocer hasta qué punto los Consejos de Administración de esas Compañías, no han sabido diseñar, implantar y mantener los necesarios dispositivos de control interno susceptibles de evitar las situaciones mencionadas. Muchos pequeños inversores e incluso accionistas institucionales, además de ver afectados sus patrimonios por esas crisis, se sienten desprotegidos y perplejos al observar la reacción de algunos consejeros que afirman, por distintas causas, no sentirse conocedores y/o responsables de lo acontecido.

Por otro lado, que los Consejos de Administración funcionen con corrección y eficacia no sólo es deseable para evitar y prevenir casos de extrema gravedad, sino simplemente para la mejor defensa de los intereses generales de la empresa y de todo el entorno que se ve afectado por ella (accionistas, empleados, proveedores, clientes, etc.) lo cual, en sí mismo, debería convertir esta materia en objeto de constante preocupación y análisis.

Por último, la oportunidad de ocuparse de esta importante cuestión está también marcada por la atención que se le viene prestando en otros países, particularmente en los de tradición anglosajona y que se ha materializado en significativos informes (los de Cadbury y Viennot, entre los más completos y prestigiosos) en cuya lectura se han inspirado no pocos de los comentarios y sugerencias contenidas en este documento.

Conviene precisar desde un principio cuál es el objetivo, el alcance y las limitaciones de este trabajo. Queremos manifestar en primer lugar que el Círculo de Empresarios es muy consciente de que el funcionamiento de los Consejos es una materia que se puede examinar y enjuiciar desde muchas perspectivas distintas, entre las que destacan la del jurista y la del auditor. Y, en segundo término, que el enfoque que aquí se ha utilizado es el de la eficacia y la ética que debe presidir la gestión empresarial y la actuación de los Consejos de Administración.

No es que se haya ignorado la existencia de una Ley de Sociedades Anónimas, pero no se ha querido hacer una revisión crítica de esa norma ni se ha considerado hasta qué punto las consideraciones que se contienen en este documento podrían verse obstaculizadas por dicha Ley o cuáles de ellas deberían traducirse en modificaciones de la normativa vigente. Un tratamiento serio y profundo de «lo jurídico» excedía claramente de las pretensiones del Círculo, lo cual no impide que a continuación se apunten, a modo de ejemplo, algunas preocupaciones en este terreno.

Para empezar hay que preguntarse si la Ley de Sociedades Anónimas no deja demasiados grados de libertad a los estatutos sociales para dictar la normativa a la que han de ajustarse los órganos de gobierno de la empresa, estatutos que, por otra parte, no son muy difíciles de alterar por el Consejo de Administración utilizando la delegación de voto «en blanco» que nuestra legislación hace posible. En la práctica, es difícil además que los pequeños accionistas tengan acceso a los estatutos para profundizar en su contenido.

Podría plantearse también la conveniencia de que la Ley distinguiera entre la gran empresa, con miles de accionistas, cotizada en Bolsa y la de menor dimensión, no cotizada, con muy pocos accionistas. En el primer caso, los miles de accionistas que conjuntamente son propietarios de mayorías significativas del capital social no cuentan con la protección legal suficiente como para ejercer sus derechos como verdaderos dueños de la empresa. Algunos preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas que tratan de brindar esta protección son difíciles o imposibles de aplicar¹, otros son contrarios a esa protección y faltan en cambio los que pudieran poner coto a comportamientos o interpretaciones abusivas de algunas cláusulas de blindaje para impedir OPAS que se pudieran considerar hostiles para el Consejo, pero no necesariamente para el conjunto del accionariado.

Otro campo de lo jurídico para la reflexión y el análisis sería el de las responsabilidades de los consejeros, incrementadas por recientes modificaciones legislativas, y los delitos societarios introducidos en el nuevo Código Penal. Tampoco se entra en este trabajo a estudiar el

¹ El art. 48 sobre el derecho a la información y a promover la acción social de responsabilidad o el art. 137 sobre la elección de consejeros.

impacto de esas novedades normativas o el peligro que conllevan de criminalizar en exceso algunas conductas de los consejeros, mermando su capacidad de decisión.

En todo caso, ese incremento de las responsabilidades responde a las necesidades de esta época histórica y puede y debe servir para aumentar no sólo el nivel de exigencia ética sino también el de eficacia económica.

Al abordar el tema principal de este trabajo —que es el modo de funcionar y la eficacia de los Consejos de Administración— de lo que en realidad se está hablando es del poder en la empresa, porque es en el Consejo donde se dirimen los conflictos de intereses entre propiedad y gestión y donde se define quién ejerce y controla realmente la empresa. Precisamente uno de los problemas que con frecuencia se presenta en sociedades con el capital muy repartido entre numerosos accionistas es cómo editar que el poder se concentre excesivamente en determinados grupos que pueden sentirse tentados a que sus intereses particulares prevalezcan sobre los de los restantes accionistas.

Para hacer frente a esas situaciones y buscar el equilibrio de las fuerzas en juego se ha robustecido en los últimos tiempos la figura del consejero «externo» o «independiente» de la gerencia, que está llamado a jugar un importante papel en los conflictos de intereses entre propietarios y gestores, y en defensa de aquellos accionistas que no pueden o no quieren designar un representante en el Consejo, como ocurre con frecuencia en el caso de los accionistas institucionales que no desean formar parte de ellos.

Lo que late, en definitiva, detrás de este trabajo es la preocupación por conseguir que los Consejos de Administración desarrollen su actividad con arreglo a principios de justicia y eficiencia. En tal sentido, el Círculo de Empresarios elaboró hace aproximadamente un año un primer trabajo, «Reflexiones sobre la reforma de los Consejos de Administración» (3 de octubre de 1995) que proponía ya algunas recomendaciones para acercarnos a pautas existentes en países más avanzados. El presente documento pretende ser un paso más en esa dirección, con algo más de profundidad y amplitud, paso que, por cierto, han dado ya algunas compañías aunque con alcances bastante modestos todavía.

Un código voluntariamente aceptado no tiene por qué ser menos efectivo que una norma externa de obligado cumplimiento. Al aceptar y autoimponerse un código de esta naturaleza, las empresas se ganarían la confianza de los inversores. Este «sello de calidad», adoptado por unas pocas sociedades líderes en distintos sectores, se extendería hacia abajo en el escalafón empresarial a través de un efecto de «arrastre» o emulación.

A continuación figuran, ordenadas por materias, reflexiones y sugerencias de las que bien podría extraerse el contenido esencial de unas normas para un mejor funcionamiento de los Consejos de Administración.

2. SUGERENCIAS

A) *Misión del Consejo*

El Consejo de Administración (CA) es el máximo órgano de gobierno de una Compañía y como tal debe asegurar un correcto funcionamiento; aprobar, a propuesta de la dirección, la estrategia a seguir en su desarrollo; nombrar y separar al primer ejecutivo, valorar la actuación de sus directivos y controlar las desviaciones que se produzcan respecto a los objetivos y estrategias previamente aprobados. El CA podrá reservarse la capacidad de decidir sobre determinados asuntos o cuestiones que considere relevantes, con excepción de aquellos que la Ley asigna específicamente a la junta general de accionistas.

B) *Dimensión del Consejo*

La tendencia actual en todos los países apunta hacia una disminución del tamaño de los CA². Cuando el número de sus componentes es demasiado elevado, los debates son poco ope-

² Según SPENCER STUART, «Board Trends and Practices at Major American Corporations», el promedio es de trece miembros, y sólo doce corporaciones entre las cien estudiadas rebasan la

rativos y muchos de los consejeros no participan en ellos. Parece aconsejable, por tanto, no rebasar el número de quince consejeros y reducirlo aun más, siempre que sea posible.

C) Elección y clases de Consejeros

La elección de los miembros del CA es una responsabilidad que la Ley de SA reserva a los accionistas³, cuyo lógico objetivo será conseguir que sus intereses estén debidamente representados en el CA y que éste no pueda ser dominado por una persona o grupo singular frente a otras y otros, igualmente legitimados.

El acceso al CA puede producirse por distintas vías, dando lugar a tres clases de consejeros:

— Ejecutivos: que acceden al CA por su responsabilidad ejecutiva en la empresa, pudiendo ser o no al propio tiempo accionistas.

— No ejecutivos: que forman parte del CA por su condición de accionistas significativos o por designación de éstos, sin pertenecer al equipo directivo.

— Externo: que sin ser accionista (o siéndolo de modo simbólico) son llamados a formar parte del CA por su prestigio personal y profesional, por su experiencia y por su independencia⁴.

— Cuando el capital de la Compañía es muy grande y sus accionistas muy numerosos no es infrecuente el caso de que el capital representado por todos los miembros del CA sea muy inferior el 50 por 100 del total, con lo que los intereses de un gran número de accionistas no estarían directamente representados en el Consejo. En estas circunstancias, serían los consejeros externos los llamados a defender primordialmente los intereses de todos los accionistas.

D) Composición del Consejo

El Consejo de Administración debe guardar un buen equilibrio en su composición. La presencia de consejeros que al mismo tiempo desempeñan funciones ejecutivas es conveniente para asegurar un enlace adecuado entre el CA y los responsables de la gestión, pero su número debe limitarse en todo lo posible⁵. En la mayoría de los casos sería suficiente la presencia del

cifra de quince. El 97 por 100 de las Compañías tienen menos consejeros hoy que hace cinco años. Dentro del derecho positivo español es destacable que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada recoge la cifra de doce como número máximo de consejeros.

³ Art. 137 «La elección de los miembros del Consejo se efectuará por medio de votación. A estos efectos, las acciones que voluntariamente se agrupen hasta constituir una cifra de capital social o superior a la que resulte de dividir este último por el número de vocales del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. En la práctica, y cuando el número de accionistas es muy elevado la votación es imposible y este artículo es por completo inaplicable. Por tanto, estos pequeños accionistas, que en conjunto pueden poseer la mayoría del capital, no estarán nunca directamente representados en el Consejo.

⁴ VIENNOT señala que al menos deben existir dos consejeros externos, aunque cada Consejo debe buscar el equilibrio óptimo en su composición. CADBURY sólo hace referencia a los consejeros no ejecutivos, cuyo número debe ser suficiente para que sus puntos de vista tengan un peso significativo en las decisiones del Consejo, aunque recomienda que la mayoría de estos consejeros sea independiente de la Compañía (4.12).

Estos últimos consejeros, cuya presencia es de capital importancia para las funciones de control, deberían ser elegidos por el pleno del CA a propuesta del Comité de Nombramientos (si existiera) o, en caso contrario, después de realizado un proceso de selección formal, previo a su propuesta.

⁵ Según SPENCER STUART, el promedio de Consejeros ejecutivos presentes en los Consejos americanos es tres de trece y casi la mitad de la muestra sólo tienen uno o dos Consejeros eje-

primer ejecutivo de la Compañía. El resto de los consejeros deben llevar al CA la representación y defensa de los intereses de los accionistas: unos, los consejeros no ejecutivos, representando directamente paquetes accionariales importantes y otros, los consejeros externos, asumiendo los intereses de los restantes accionistas que no tienen presencia directa en el CA. El número de consejeros externos debería ser suficiente para asegurar que la gestión de la compañía no sea controlada exclusivamente por los consejeros ejecutivos ni por consejeros no ejecutivos que representen en conjunto participaciones muy reducidas del capital. En sociedades de accionariado mayoría y, en todo caso, tener una presencia significativa en sociedades con un gran número de pequeños accionistas cuya capacidad para hacerse representar directamente en el CA es, por definición, prácticamente imposible.

En el caso de que se decida nombrar consejero a una persona que haya pertenecido a la dirección de la Compañía como reconocimiento de los servicios prestados, debería considerarse que tal consejero forma parte del llamado grupo de consejeros ejecutivos.

E) *Obligaciones del Consejero*

La afirmación contenida en la norma legal vigente de que los administradores «desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal» debe hoy considerarse insuficiente e imprecisa. Con independencia de que las Compañías decidan establecer contenidos más exigentes en su propio «Estatuto del Consejero» las obligaciones mínimas exigibles a cualquier consejero deberían ser las siguientes:

- Orientar permanentemente su actuación hacia la consecución del interés general de la Sociedad que es el de todos los accionistas, antes que el suyo propio.
- Servir con total lealtad a la empresa, comportándose en todo momento con plena objetividad e independencia.
- Comunicar al CA cualquier situación de la que se pueda derivar un conflicto de intereses y abstenerse de participar en la deliberación correspondiente.
- Dedicar a su función el tiempo y la atención necesaria, asistiendo a todas las reuniones a las que sea convocado.

F) *Duración del mandato*

Fijar un límite a los mandatos de los consejeros tiene ventajas e inconvenientes. Renovar el CA supone disponer de nuevas ideas y aportaciones que pueden ser muy útiles, pero tiene el inconveniente de perder la experiencia acumulada durante muchos años acerca de la Compañía y de su sector de actividad. Una solución a esta disyuntiva puede consistir en revisar, transcurridos dos mandatos, la continuidad de cada uno de los consejeros por parte de un comité creado al efecto, presidido por el presidente de la Compañía.

G) *Edad de retiro*

La norma más extendida hoy en todos los países consiste en que, en ausencia de precepto estatutario, cada CA establezca libremente la edad de retiro de sus consejeros. En estos momentos, la edad límite más frecuente es setenta años.

cutivos. VIENNOT se limita a señalar que, en todo caso, deben ser «poco numerosos». La legislación francesa limita a un tercio el número de miembros del Consejo sujetos a un contrato de trabajo con la Sociedad.

H) *La información al Consejo*

La calidad de la información que reciba el CA es esencial para su mejor funcionamiento. El presidente debe responsabilizarse de que los consejeros reciban toda la información que necesitan para el desempeño de sus funciones, especialmente preparada para ellos y debidamente resumida. Conviene que el CA analice periódicamente la cantidad, calidad y presentación de esta información y que la referente a cada reunión del CA sea repartida con suficiente anticipación. Si un consejero considera que no dispone de la información necesaria para decidir sobre un asunto con pleno conocimiento de causa —especialmente, si lo considera trascendente— debe comunicarlo así al CA y solicitar su ampliación.

Disponer siempre de la información adecuada para poder fundamentar sus opiniones, propuestas y decisiones.

- Mantener absoluta reserva sobre la información que le sea facilitada en las sesiones de Consejo y sobre sus deliberaciones.

- Respetar escrupulosamente la normativa vigente en materia de operaciones relativas a títulos de la Sociedad o de sus empresas filiales y asociadas.

I) *Responsabilidad del Consejo en la formulación de cuentas*

El Consejo de Administración está obligado a formular las cuentas anuales de la Sociedad que deberán ser redactadas con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados sociales. Esa responsabilidad deberá extenderse, también, a mantener el adecuado archivo de todos los justificantes de las operaciones efectuadas y tomar las medidas adecuadas para detectar y evitar posibles fraudes e irregularidades.

J) *La auditoría externa*

La obligación que establece la Ley de que sean auditadas las cuentas anuales de todas las sociedades que superen una cierta dimensión, representa indudablemente una cierta garantía para todas aquellas personas o entidades interesadas en conocer la situación financiera de la sociedad auditada, al mismo tiempo que supone una ayuda inestimable para su CA.

Sin embargo, el alcance de la auditoría no ha sido siempre bien comprendido por muchos de los interesados en la marcha de la sociedad, que en ocasiones se han visto sorprendidos por el estallido de una grave crisis surgida en la empresa poco tiempo después de haber sido aprobadas sus cuentas con el correspondiente informe de auditoría sin ninguna clase de salvedades o reservas.

Por ello, se considera esencial precisar el verdadero significado del informe de auditoría para explicar la diferencia entre lo que el inversor medio cree que significa una auditoría «limpia» en términos de «garantía» y lo que realmente representa según las normas por las que se rige el trabajo del auditor. Es imprescindible, también, fijar una clara delimitación de las funciones y ámbitos de actuación de directivos, consejeros y auditores que permita clarificar las respectivas responsabilidades de cada uno.

El Círculo de Empresarios hace suyas las recomendaciones del informe *Cadbury* para que se mejoren las normas contables y éstas sean más estrictas, y para que creen comités de auditoría eficaces que contribuyan a que las auditorías sean cada vez más rigurosas y objetivas. El Círculo estima que esta combinación de acciones realzará el valor asignado al sistema auditor, que es conveniente reforzar. Un sistema de control interno efectivo es también imprescindible para la gestión eficiente de una empresa y a estos efectos es necesario que el CA evalúe periódicamente el nivel de eficacia de su sistema de control interno.

K) *Comités del Consejo*

La eficiencia del CA puede aumentarse con la especialización de su trabajo. La existencia de comités dentro del CA que refuercen su estructura y faciliten su mayor integración y parti-

cipación de los consejeros en sus tareas se ha confirmado en los últimos tiempos como algo muy efectivo y altamente recomendable. Entre todos los comités posibles, dos destacan por su importancia: el Comité de Auditoría y el de Auditoría Remuneraciones y Nombramientos. Ambos comités deberían estar formados por consejeros no ejecutivos y externos, con la presencia, cuando sea requerida, de los directivos que se estime conveniente. En cualquier caso, el CA decidirá, según las circunstancias de cada Compañía, el número y tipo de comités a crear fijando su función, sus límites y sus responsabilidades específicas.

L) *El Comité de Auditoría*

La existencia de un Comité de Auditoría puede coadyuvar de forma sustancial a una de las potenciales carencias de los CA, como es el nivel de información, al estar dicho Comité en una posición privilegiada para analizar en profundidad, con perspectiva y con independencia, la gestión de la gerencia y, al mismo tiempo, proporcionar el necesario apoyo al auditor externo.

El CA debe asegurar una adecuada relación con la auditoría externa con independencia de la que ésta mantenga con los directivos. La constitución de Comités de Auditoría ha venido dando los mejores resultados para facilitar a los miembros no ejecutivos del Consejo el acceso directo y sin restricciones a los auditores⁶. Por su parte, los auditores podrán exponer ante este Comité sus opiniones sobre la información que han examinado, pidiendo cuantas aclaraciones estimen oportunas para mejor interpretar las decisiones adoptadas por la gerencia o sobre aquellos hechos de singular importancia reflejados en las cuentas de la empresa.

Un Comité de Auditoría eficaz e independiente será la mejor garantía para el mejor funcionamiento del CA si cuenta con plena autoridad para investigar, recursos suficientes para hacerlo y pleno acceso a toda la información.

M) *El Comité de Retribuciones y Nombramientos*

Una de las misiones esenciales del Comité de Remuneraciones y Nombramientos consiste en presentar una vez al año al CA su propuesta de remuneración a sus miembros para lo que, dentro de los límites que fijen los estatutos, se debería tener en cuenta los niveles de remuneración medios existentes en el sector en que se desenvuelve la Compañía y la dimensión de ésta. La remuneración de los consejeros tendrá que tener en cuenta la dedicación que de ellos se solicita y el nivel de sus responsabilidades y no deberá ser tan elevada que haga peligrar su independencia y su libertad de crítica. El tratamiento de esta delicada materia debe estar presidido por la más completa transparencia, por lo que contiene que su publicación en la memoria anual se haga de forma individualizada y desagregada por conceptos.

Las decisiones sobre nombramientos y fijación de retribuciones a los ejecutivos del primer nivel de la empresa, deberían encomendarse también a este Comité, que convendría estuviese formado exclusivamente por consejeros no ejecutivos a quienes el presidente haría llegar su punto de vista sobre dichas cuestiones.

El acuerdo del CA por el que se establezca este Comité debería fijar claramente sus funciones en materia de política en retribuciones y las posiciones directivas cuya cobertura y nivel de remuneración le corresponda decidir.

⁶ En el Reino Unido las 2.500 empresas que cotizan en Bolsa han aceptado tener un Comité de Auditoría y un Comité de Remuneraciones y Nombramientos. En EEUU todas las sociedades que cotizan en Bolsa tienen por ley que tener un Comité de Auditoría compuesto solamente por Consejeros no ejecutivos y la gran mayoría de ellas cuentan también con un Comité de Remuneraciones.

N) *Autoevaluación del Consejo y evaluación del primer ejecutivo*

Sería conveniente que los CA procediesen una vez al año a una autoevaluación de su funcionamiento con objeto de incrementar su eficacia como órgano de gobierno. El CA deberá evaluar también anualmente la labor del primer ejecutivo de la Compañía. En el caso de que éste fuera el presidente, la evaluación se hará, sin su presencia en una sesión presidida por el vicepresidente y en ausencia de los restantes consejeros ejecutivos. Es práctica común en empresas anglosajonas evaluar también a los consejeros individualmente, labor que se encomienda a los consejeros externos.

Ñ) *Función del presidente*

La función del presidente de una Compañía es fundamental para aglutinar y dar cohesión a un CA que la gobierne y controle eficazmente. Sus responsabilidades incluirán:

Cuidar del buen funcionamiento del CA y estimular a los consejeros para que cumplan con sus respectivos cometidos.

Conocer en profundidad la situación de la Compañía y estar al corriente de su evolución día a día.

Asegurar que todos los asuntos importantes pasen por el CA. Vigilar que se lleve a cabo un adecuado control de la gestión de la Compañía.

Velar por que el secretario levante actas de las sesiones, las transcriba al libro de actas y las legalice, firmándolas con su visto bueno.

Presidir las juntas generales.

Establecer una correcta relación con los medios de comunicación y procurar que los accionistas, los analistas y el mercado en su conjunto dispongan de la información precisa para que puedan enjuiciar con conocimiento de causa la situación de la Sociedad, su evolución y sus perspectivas.

El presidente del CA tendrá siempre voto de calidad.

O) *División de funciones presidenciales y ejecutivas*

Dada la importancia de su función, puede ser conveniente que el presidente no sea al mismo tiempo el primer ejecutivo de la Compañía, ya que ello representaría una considerable concentración de poder con la sola limitación de aquellas facultades del CA que la Ley considera indelegables.

Caso de que el presidente fuera, al mismo tiempo, el responsable ejecutivo, debería existir en el CA una fuerte presencia de consejeros externos y la posibilidad de que éstos pudieran dirigirse a un vicepresidente para hacerle partícipe de sus preocupaciones por eventuales decisiones del presidente ejecutivo.

En todo caso, conviene recordar que siempre estará vigente el principio de que todos los vocales del CA tienen los mismos derechos y deberes y todos ellos responden solidariamente cuando aprueben decisiones tomadas por otras instancias del órgano administrativo (presidente, comisión ejecutiva, etc.).

P) *Los conflictos de intereses*

En el gobierno de las Compañías pueden presentarse conflictos de intereses entre los específicos de los ejecutivos y los más amplios de la Sociedad (fusiones y adquisiciones, nivel de inversiones, enajenaciones de activos, nombramientos, remuneraciones, etc.). En estos casos el presidente, con la ayuda de los consejeros externos, menos afectados por estos conflictos, procurará encontrar la mejor solución a estas situaciones.

Cuando un accionista o grupo controle de hecho una Sociedad, tiene la responsabilidad añadida —directa y distinta a la del propio CA— de tener en cuenta los intereses de todos los demás

accionistas y de asegurar la transparencia y fiabilidad de la información que se facilita al mercado. En algunos países, cuando esto sucede en Sociedades con cotización oficial, el organismo que supervisa el mercado de valores obliga a que en su CA los consejeros externos se encuentren en mayoría.

Q) *El secretario del Consejo*

El secretario del CA es una pieza fundamental para asegurar que éste, en su funcionamiento, cumpla de modo estricto la normativa legal vigente.

La secretaría del CA debería configurarse como un órgano de ayuda, asesoramiento e información para todos los miembros del mismo y, especialmente, para los consejeros externos y no-ejecutivos.

La preparación de las sesiones del CA, el establecimiento del orden del día de acuerdo con el presidente y la redacción de las actas son responsabilidades específicas del secretario del CA. Siempre que sea posible, sería aconsejable que actuase también como letrado asesor, para evitar duplicidades.

Las funciones del secretario son tan importantes que su cargo debería estar dotado de ciertas garantías de independencia y permanencia. Sería aconsejable que los estatutos de cada Compañía establecieran para él un período de mandato mínimo y las condiciones de su renovación.

Es particularmente deseable la independencia funcional y jerárquica del secretario del CA respecto de los consejeros ejecutivos, aunque ello no sea muchas veces fácil cuando el secretario desempeña otras funciones en la Compañía. Cuando el presidente sea también el primer ejecutivo, el nombramiento, cese o renovación del secretario debería ser una competencia del CA en pleno.

3. COMENTARIO FINAL Y RECOMENDACIONES

Las sugerencias que anteceden, casi siempre apoyadas en experiencias de valor probado, deberían servir para que los CA perfeccionaran sus pautas de funcionamiento, con el consiguiente efecto beneficioso para el conjunto del sistema económico. El Círculo de Empresarios cree firmemente que en la actuación de los CA de nuestras empresas existe un amplio margen de mejora.

Conviene insistir en que el presente trabajo se dirige, fundamentalmente, a las empresas cotizadas en Bolsa, que son aquellas en las que por su dimensión y el gran número de accionistas que en ellas participan, pueden plantearse conflictos de intereses con importantes repercusiones sobre terceras personas.

No quiere esto decir, sin embargo, que las líneas de actuación que se recomiendan no puedan o no deban ser seguidas por empresas de menor dimensión, con pocos accionistas y capital muy concentrado, o incluso por otras empresas relevantes de gran dimensión, aunque no formen parte del mercado de valores.

El próximo paso deberían darlo las propias empresas incorporando a su diario quehacer las recomendaciones incluidas en este documento, en todo o en parte.

Conviene recordar en este momento que, —de acuerdo con las facultades contenidas en el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas— el Consejo de Administración puede «regular su propio funcionamiento» y, en consecuencia, adoptar las normas que crea más convenientes para la mayor eficacia de la gestión y el mejor control de la empresa.

El Círculo de Empresarios se limita a recoger sugerencias que empiezan a estar en vigor en los países de nuestro entorno económico que han dedicado más atención a estos temas, y confía en el beneficioso efecto de «arrastre» que puede tener el ejemplo de las empresas líderes en sus respectivos sectores.

Éste sería el resumen de las recomendaciones derivadas de las reflexiones que se han ido desgranando a lo largo de este documento:

1.º El número de los componentes del CA deberá tender a reducirse, sugiriéndose que oscile entre un mínimo de cinco y un máximo de quince. El CA debe guardar un buen equilibrio en su composición y no ser dominado por un solo accionista o un solo grupo que sean minoritarios.

2.º Se recomienda la incorporación a los CA de consejeros «externos» que sin ser accionistas sean profesionales de la gestión empresarial de reconocido prestigio e independencia.

3.º Los consejeros deben orientar su actuación hacia la consecución del interés general de la Sociedad —que es el de conseguir el máximo valor de la empresa para sus accionistas—; comunicar cualquier situación de la que se pueda derivar un conflicto de intereses; mantener absoluta reserva sobre la información que les sea facilitada y respetar escrupulosamente la normativa vigente en materia de operaciones con títulos de la Sociedad o de sus filiales y asociadas.

4.º La permanencia de los consejeros debería ser revisada transcurridos dos mandatos. Se recomienda que, en ausencia de precepto estatutario, el CA establezca su edad de retiro.

5.º El CA debe evaluar periódicamente el nivel de eficacia de los sistemas de control interno y reforzar el sistema auditor constituyendo para ello un Comité de Auditoría.

6.º Se recomienda también la constitución de un Comité de Nombramientos y Retribuciones que, entre otras funciones, deberá fijar la remuneración de los consejeros habida cuenta de su dedicación y de su nivel de responsabilidad. Dicha remuneración no deberá ser tan elevada que haga peligrar su independencia y su libertad de crítica y figurará en la memoria anual de forma individualizada y desagregada por conceptos.

7.º El CA evaluará la labor del primer ejecutivo de la Compañía una vez al año.

8.º El presidente asegurará que todos los asuntos importantes pasen por el CA y que todos sus miembros reciban toda la información que necesiten, especialmente preparada para ellos y debidamente resumida. El CA analizará periódicamente la cantidad y la calidad de la información que reciba para su mejor funcionamiento.

9.º Se estima conveniente, con carácter general, que el presidente no acumule a su cargo el de primer ejecutivo de la Compañía. Si esto sucediera será preciso establecer fórmulas para evitar que nadie pueda tener un poder incontrolado y propiciar una mayor presencia de consejeros externos en el CA.

10. La importancia de la función del secretario del CA aconseja dotar a este cargo de ciertas garantías de independencia y permanencia, estableciendo para él un período de mandato mínimo y fijando las condiciones para su renovación.

III. EL GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS (COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DE UN CÓDIGO ÉTICO DE LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES. MADRID, 26 DE FEBRERO DE 1998)

1. INTRODUCCIÓN

El Consejo de Ministros, a propuesta del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, acordó, en su reunión de 28 de febrero de 1997, la creación de una Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades.

Por Orden Ministerial de 24 de marzo de 1997, el Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, en cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo de Ministros, designó a los miembros de la Comisión Especial:

El 30 de junio siguiente, se constituyó formalmente la Comisión Especial.

Presidente:	D. Manuel Olivencia Ruiz
Vicepresidente:	D. Luis Ramallo García.
Vocales:	D. Pedro Ballvé Lantero. D. Eduardo Bueno Campos. D. José María López de Letona y Núñez del Pino. D. Cándido Paz-Ares Rodríguez. D. Víctor Pérez Díaz. D. Enrique Piñel López. D. Jesús Platero Paz.
Secretario:	D. Antonio J. Alonso Ureba.

El 30 de junio siguiente, se constituyó formalmente la Comisión Especial.

El acuerdo del Gobierno encomienda a esta Comisión Especial un doble cometido: la redacción de un Informe sobre la problemática de los Consejos de Administración de las sociedades que apelan a los mercados financieros y la elaboración de un Código Ético de buen gobierno de asunción voluntaria por estas sociedades.

Responde este encargo a una de las medidas anunciadas por el Consejo de Ministros el 21 de febrero de 1997, en el marco de las reformas estructurales en el ámbito empresarial: la iniciativa de abordar el funcionamiento de los Consejos de Administración.

Entiende el Gobierno que con ello se ha de dar respuesta a una gran demanda, que desde sectores profesionales y desde los propios mercados viene reclamando mayores cotas de eficacia, agilidad, responsabilidad y transparencia en el gobierno de las sociedades que apelan a los mercados financieros, para alcanzar así, en definitiva, una más elevada credibilidad y una mejor defensa de los intereses de todos los accionistas.

Señala, además, el Gobierno en la parte expositiva del Acuerdo por el que crea la Comisión, que la necesidad de esta medida se acrecienta por la política de privatizaciones y venta de sociedades públicas, que se traducirá en un muy notable aumento del número de accionistas, con derecho a ejercer mayor protagonismo en su administración.

2. LA DEMANDA DE REFORMAS

La Comisión Especial ha dedicado prioritaria reflexión a los motivos del encargo del Gobierno. La gran demanda que, en la expresión del Acuerdo del Consejo de Ministros, reclama un mejor gobierno de las sociedades que apelan a los mercados financieros, define un movimiento de reforma, surgido en los últimos años y en amplios sectores de la opinión pública, cuyo origen puede encontrarse en el mundo anglosajón, pero cuya expansión a muchos otros países acusa el fenómeno de la globalidad de la economía y la internacionalización de los mercados.

El movimiento de reforma propugna cambios en los modos de organizar el gobierno de las sociedades, fundamentalmente de aquellas cuyas acciones cotizan en los mercados de valores. La aspiración al cambio denota una insatisfacción respecto de prácticas anteriores, cuya mejora se propone conseguir, pero la demanda no se dirige tanto a los poderes públicos, por la vía de las reformas legislativas, como a las propias sociedades, para que, al amparo de las autonomía de la voluntad privada y de las facultades de autorregulación de sus órganos, adopten las decisiones conducentes a su mejor gobierno.

En las causas de esa corriente reformista se halla una de fondo, que puede considerarse constante en la naturaleza de las sociedades que apelan a los mercados de capitales: la separación entre propiedad y gestión. Si bien esta separación puede producir ventajas, como la especialización de las funciones financieras y gerenciales, lleva inherente el riesgo de conflictos de intereses. A este riesgo se suma el derivado de la existencia de diversos grupos de accionistas. Junto a los accionistas significativos, el creciente número de los pequeños inversores y el peso cada vez mayor de los institucionales son factores que introducen tensiones internas en la propiedad de las sociedades. Por eso, a medida que aumenta el grado de separación entre propiedad y gestión y la importancia relativa de los inversores pequeños y de los institucionales, se acentúa la necesidad de nuevas fórmulas de equilibrio en la organización del gobierno de las sociedades cotizadas. Todos los accionistas son, en su conjunto, los dueños de la sociedad, pero el distinto papel de cada uno de los grupos en que se encuadran requiere la adopción de medidas de moderación o contrapeso, al objeto de que ninguno de ellos se arrogue un poder a expensas o en detrimento de los intereses de los otros.

Han sido algunos excesos cometidos por gestores y grupos de control los que, al desembocar en casos de crisis financieras, han puesto más agudamente de manifiesto —en los propios mercados, en la opinión pública y en las instancias políticas— la necesidad de evitar o corregir los males padecidos. Pero no es necesario llegar a esas consecuencias extremas para percibir que el verdadero mal está en las causas, y que éstas radican en el desequilibrio que se produce cuando las sociedades concentran excesivamente el poder de dirección en instancias de gobierno en las que no encuentran la debida representación los intereses de los diversos grupos, y en la falta de transparencia y de fluidez en la información, cuando no en la ocultación o en el falseamiento de ésta. De ahí que la exigencia a quienes controlan el gobierno de las socie-

dades de dar cuenta y razón de su proceder, sea una constante de todo el movimiento reformador. Este principio de buen gobierno, aun teniendo valor en sí mismo, no basta si no va vinculado al de eficacia —al que no puede contraponerse—, en función y al servicio del interés de la sociedad.

Inspiradas en tales principios y orientadas en ese objetivo último, las medidas de buen gobierno de las sociedades han de centrarse, como núcleo fundamental, en los Consejos de Administración, en su funcionamiento y en las conductas de sus miembros. La Comisión Especial entiende que en la reflexión sobre estos temas y en la propuesta de criterios y medidas que puedan contribuir al mejor gobierno de nuestras sociedades radica la razón de ser de su trabajo.

3. LA ELABORACIÓN DEL INFORME

El propio Acuerdo del Consejo de Ministros señala a la Comisión Especial algunas pautas relativas a su método de trabajo: la previa realización de una amplia consulta con todos los agentes y entidades que actúan en el mercado, o sus organizaciones más representativas, y la facultad de requerir de los órganos y entes de la Administración los datos, antecedentes, informes, auxilio y colaboración necesarios para el desarrollo de su actuación. De acuerdo con estas disposiciones, los miembros de la Comisión Especial, aun antes de su constitución formal, iniciaron los trabajos preparatorios, consistentes en la recopilación, análisis y sistematización de los informes y estudios realizados sobre esta materia tanto en España como en otros países, el seguimiento de la aplicación de los Códigos de mejor práctica o de buen gobierno y el tratamiento doctrinal de las corrientes de reforma enmarcadas en lo que, en expresión inglesa, se denomina *Corporate Governance*.

Conscientes de que la tarea encomendada ha de partir precisamente de la concreta realidad económica sobre la que se propone operar, los miembros de la Comisión Especial realizaron en la primera fase de su trabajo un estudio sobre la estructura del accionariado y de los Consejos de las sociedades cotizadas españolas, así como una encuesta para el conocimiento del estado actual de un amplio repertorio de temas que, por su naturaleza, forman parte del contenido necesario del Informe solicitado por el Gobierno, y de la que fueron destinatarias las treinta y cinco sociedades más líquidas del mercado bursátil, que integran el denominado índice IBEX-35. Todas las sociedades consultadas contestaron al cuestionario, lo que ha permitido un estudio muy amplio de la problemática abordada y de las tendencias observadas para su tratamiento en la práctica española.

A esa encuesta sobre el estado de la cuestión, siguió otra sobre opiniones y sugerencias acerca del contenido que habrían de abarcar el Informe y el Código Ético de buen gobierno encomendados a la Comisión. El cuestionario se distribuyó entre numerosos sectores empresariales y del mercado de valores, organizaciones representativas de intereses económicos, colegios profesionales, entidades académicas y otras instancias, públicas y privadas, cuyo parecer estimó la Comisión de necesaria consulta para la elaboración del Informe. El estudio de las respuestas recibidas ha constituido una valiosa ayuda para el conocimiento de las corrientes de opinión existentes en España sobre la materia objeto de estudio y para la formulación de los criterios inspiradores del Informe de esta Comisión Especial.

El régimen de trabajo interno de la Comisión ha consistido, fundamentalmente, en la elaboración de un proyecto de temario general; distribución de su contenido en ponencias encomendadas a los distintos miembros; sometimiento de cada ponencia a análisis crítico, observaciones y enmiendas de los demás miembros; examen de los textos en reuniones de la Comisión y discusión de cada tema hasta su aprobación final por consenso. En total, han sido cuarenta y dos sesiones plenarios de la Comisión con más de doscientas horas de deliberación, aparte de las reuniones del grupo de redacción.

Desde la fase inicial, la Comisión Nacional del Mercado de Valores ha venido prestando a estos trabajos y a todas las actividades de la Comisión Especial, el apoyo que el Acuerdo del Consejo de Ministros recabó de ella, a través de servicios especialmente valiosos.

La valoración de los datos obtenidos a través de esta metodología ha llevado a la Comisión a establecer aquellas características de las sociedades cotizadas en bolsas españolas que las diferencian de otros modelos extranjeros y que, por consiguiente, han de ser tenidas en cuen-

ta a la hora de formular recomendaciones sobre reglas de buen gobierno. Muy principalmente, el análisis de la estructura accionarial de nuestras sociedades muestra que la mayor parte de las sociedades cotizadas en el mercado continuo están controladas por un socio mayoritario o por un grupo de socios significativos. No obstante, aunque sean minoría las sociedades cotizadas en las que el volumen de acciones de libre circulación (*free float*) supera el 75 por 100 del capital social, su participación en el mercado en términos de capitalización bursátil se aproxima a la mitad de éste.

Pero ni el análisis de la realidad, ni la conclusión que de él se desprende respecto a las características del mercado español, eximen de valorar las experiencias comparadas, que la Comisión ha tenido muy en cuenta en su trabajo. Incluso aquellas características propias de la realidad española en esta materia hay que valorarlas poniéndolas en relación, y en su caso hasta en contraste, con otras exteriores. En efecto, resulta imposible aislar un supuesto modelo español, ya que, cada vez más, la globalización de la economía y la internacionalización de los mercados imponen una clara tendencia a converger en estructuras de capital y en sistemas de gobierno.

Por último, ha de resaltarse que este Informe tiene, en el aspecto coyuntural, la ventaja de haber sido elaborado en una fase de expansión económica, lo que ha favorecido el clima de serenidad en la reflexión que exige un trabajo de esta naturaleza. Las circunstancias de tiempo en que se ha realizado el trabajo han permitido a la Comisión disponer de un gran volumen de antecedentes, textos, aplicaciones prácticas, resultados y valoraciones críticas en relación con otros países que ya han vivido esta experiencia, y han facilitado la posibilidad de dar al Informe el tono que reclama su naturaleza.

4. NATURALEZA DEL TRABAJO

La expresión «Código Ético», con la que el Gobierno ha denominado el encargo hecho a la Comisión Especial, ha sido interpretada por ésta en el sentido que estima más acorde con la naturaleza y la finalidad del mandato recibido.

Aunque el vocablo «Código» tiene una acepción que lo refiere a cuerpo de normas jurídicas, no es ése el sentido con que se utiliza en este documento. No se trata aquí de imponer deberes cuyo incumplimiento desencadene responsabilidades, ni obligaciones cuyo cumplimiento sea exigible. Este «Código» no viene impuesto desde los poderes públicos en el ejercicio de la potestad legislativa o reglamentaria y, por tanto, no contiene normas de Derecho imperativo ni dispositivo.

Por su parte, el vocablo «ético» ha de entenderse en su sentido más amplio, referido a reglas, principios y modelos de conducta, que responden a criterios de corrección y racionalidad. Por la connotación más usual de la palabra (la referente a los valores permanentes de la moral), que aquí resulta equívoca, la Comisión prefiere utilizar la denominación de «Código de Buen Gobierno».

La Comisión desea dejar constancia expresa de la relatividad de sus formulaciones, que si bien están inspiradas en el propósito de sintetizar las prácticas de buen gobierno y se refieren a situaciones concretas de lugar y tiempo, habrán de ser ponderadas en cada caso, valoradas en su adecuación a las características de cada sociedad y enmarcadas en un proceso dinámico que determinará su continua adaptación al cambio de circunstancias. Se respeta así el amplio ámbito de autonomía que a las sociedades anónimas reconoce la ley de esta materia, y la facultad de autorregulación que confiere al Consejo de Administración. Sólo si en uso de esa libertad los estatutos sociales, al disponer la estructura del órgano de administración y su régimen de actuación, o el Consejo de Administración, al regular su propio funcionamiento, asumen las recomendaciones contenidas en el Código, pasarán éstas a tener vigencia, pero no como normas de Derecho positivo, sino como reglas de origen convencional o negocial.

Es precisamente el marco de la libre autonomía de la voluntad el que permite a las sociedades concretas y adecuar a sus propias características el régimen legal de la administración social, establecido en nuestro Derecho con un carácter genérico, que no distingue entre los muy diversos supuestos que caben en el tipo social de la anónima española, desde la sociedad familiar hasta la sociedad abierta, que apela a los mercados financieros. Son, preferentemente, las sociedades que captan recursos ajenos en estos mercados, las que, por sus especiales características, determinadas por la pluralidad de intereses que presenta el cuerpo social, se contempla como las

primeras destinatarias de este Código. Más que por sus dimensiones, estas sociedades reclaman una adecuada regulación de sus órganos de gobierno por la presencia en su accionariado de numerosos ahorradores o inversores privados que, junto a otros mayoritarios o titulares de paquetes significativos, representan intereses dignos de una específica tutela.

Pero el hecho de que las recomendaciones del Código tengan como primeras destinatarias a las sociedades que cotizan en mercados de valores y, en especial, a las que presentan un mayor porcentaje de acciones de libre circulación (capital flotante), no significa que sólo sean útiles para estas sociedades. Las recomendaciones están también indicadas para todas las sociedades que captan recursos financieros en los mercados de capitales, aunque sus acciones no coticen en Bolsa. Y, sin duda, otras sociedades, ajenas a las características señaladas, podrán optar, dentro del ámbito de su libertad de organización, por inspirarse en este Código para configurar sus estructuras de gobierno.

5. EL MOVIMIENTO DE REFORMA EN ESPAÑA

Los ejemplos que ofrece la práctica española muestran que medidas encuadradas en el moderno movimiento de buen gobierno han comenzado a ser adoptadas libremente por algunas sociedades, aun antes de que existiese indicación o recomendación alguna por parte de los poderes públicos en esta materia y de acuerdo con la evolución conocida en otros países. En las respuestas a la encuesta realizada por la Comisión, se encuentran ya sociedades —precisamente aquellas en las que el *free float* es mayor— que afirman disponer de código éticos o de conducta, estatutos del consejero u otras reglas internas de funcionamiento de los órganos de gobierno.

La iniciativa emprendida por algunas de nuestras más importantes asociaciones profesionales y sociedades ha propiciado la adopción en la práctica española de medidas concretas que se vinculan al movimiento de reforma de los órganos de gobierno, tales como la incorporación de consejeros independientes, la reducción del número de miembros del Consejo, la existencia de Comisiones de estatuto del consejero, de retribuciones, de auditoría u otras instancias de control interno, así como una información adicional a la legalmente impuesta.

Se trata de una evolución en las estructuras de gobierno de las sociedades que no viene impuesta por el Derecho, sino surgida de la realidad social, demandada por exigencias de los propios sectores económicos y vivida en la práctica. Como tal, es un fenómeno que se plasma en nuevos modelos de organización, cuya observancia o inobservancia, al margen de toda consecuencia jurídica, es objeto de una valoración por los mercados, con repercusiones cada vez más notorias sobre la credibilidad de las sociedades que apelan a ellos.

Esa evolución, que responde a la dinámica de la economía moderna, de apertura a los mercados y a la libre competencia, no debería encontrar en su desarrollo el obstáculo del inmovilismo, contrario a toda reforma.

6. INFORME SOBRE EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

A) *Misión del Consejo de Administración*

a) La función general de supervisión

Con frecuencia se contempla al Consejo de Administración como un verdadero órgano de gestión, cuya función primordial es conducir los negocios ordinarios de la compañía. Sin embargo, en las sociedades que superan un mínimo de dimensión —entre las que se incluyen todas las que cotizan en Bolsa—, las funciones de gestión están fundamentalmente en manos del equipo de dirección, que trabaja bajo la autoridad inmediata del primer ejecutivo de la compañía. Y así tiene que ser necesariamente, pues el Consejo, por su funcionamiento discontinuo, por su estructura colegiada y por su carácter deliberante, no es el órgano idóneo para llevar a cabo la administración de aquellas empresas.

Pero esta constatación no significa que el Consejo haya quedado y, menos aún, que deba quedar vacío de contenido ni relegado a una función decorativa o simplemente representativa. Todo

lo contrario, invita a potenciar su papel en relación con aquellas tareas que mejor puede desarrollar y que más valor pueda añadir al gobierno de la sociedad. Los debates foráneos sobre la reforma del Consejo y la sensibilidad que comienza a aflorar en nuestra propia experiencia indican que esas tareas se refieren todas al mismo objetivo: el control de la gestión. Y es lógico que así sea, pues en la fase actual de desarrollo de nuestro mercado de capitales, caracterizada por un espectacular crecimiento de la inversión del público y de la afluencia de inversores institucionales, nacionales y extranjeros, es preciso disponer de estructuras de gobierno aptas para hacer frente al mayor riesgo de divergencia de intereses entre la propiedad y la gestión que trae consigo el incremento del capital flotante.

En este contexto, el Consejo de Administración debe configurarse básicamente como un instrumento de supervisión y control, dirigido a alinear los planes de quienes gestionan la sociedad con los intereses de quienes aportan los recursos y soportan el riesgo empresarial. Esta Comisión estima que la función general de supervisión es la más genuina del Consejo de las sociedades cotizadas y, dentro de ella, desglosa tres responsabilidades fundamentales: orientar la política de la compañía, controlar las instancias de gestión, y servir de enlace con los accionistas. El énfasis puesto en la función de supervisión no debe conducir, sin embargo, a plantear la relación entre el Consejo y el equipo ejecutivo en términos antagónicos, sino a contemplarla en términos constructivos. La mutua confianza y la leal colaboración entre el Consejo y la alta dirección serán siempre de inestimable valor para el adecuado gobierno de la sociedad.

b) El núcleo de las facultades indelegables

El buen gobierno de la compañía debe comenzar con la toma de conciencia por parte del propio Consejo de Administración de que el núcleo de su cometido institucional radica en esa función general de supervisión y, a tal efecto, esta Comisión recomienda que el Consejo asuma expresamente las responsabilidades siguientes: a) aprobación de las estrategias generales de la sociedad; b) nombramiento, retribución y, en su caso, destitución de los más altos directivos de la sociedad; c) control de la actividad de gestión y evaluación de los directivos; d) identificación de los principales riesgos de la sociedad e implantación y seguimiento de los sistemas de control interno y de información adecuados; e) determinación de las políticas de información y comunicación con los accionistas, los mercados y la opinión pública.

La Comisión estima que el Consejo debe asumir como indelegables las funciones enunciadas. La importancia que revisten desde el punto de vista del control de la gestión hace necesario, en efecto, que las decisiones que hayan de tomarse en estos ámbitos se adopten por el Consejo de Administración en pleno y sólo por él. La delegación de facultades decisorias sobre tales materias en otras instancias podría poner en entredicho la efectividad y credibilidad de la función general de supervisión y la propia misión del Consejo. Naturalmente, ello no ha de ser óbice para que el Consejo encomiende a otras personas u órganos de la sociedad labores informativas, consultivas o simplemente ejecutivas en relación con dichas materias.

c) Creación de valor para el accionista

El buen gobierno de las sociedades reclama una clara definición de los fines que debe perseguir la administración de la sociedad. La Comisión ha llegado al convencimiento de que la llamada solución «financiera» es la más adecuada para que haya un ejercicio efectivo y preciso del principio de responsabilidad y la que mejor responde a las expectativas de los inversores, que es a quienes, en definitiva, ha de darse cuenta y razón de la gestión. Por ello, recomendamos establecer como objetivo último de la compañía y, consiguientemente, como criterio que debe presidir la actuación del Consejo, la maximización del valor de la empresa o, para decirlo con una fórmula que ha arraigado en medios financieros, la creación de valor para el accionista. Frente a otras definiciones o interpretaciones más amplias —pero también más confusas— del llamado «interés social», nos parece preferible ésta por varias razones: en primer lugar, porque proporciona al Consejo y a las instancias ejecutivas sujetas a su supervisión una directriz clara, que facilita la adopción de decisiones y la evaluación de sus prestaciones; en segundo lugar,

porque, en mercados competitivos, favorece la formación del capital y la más correcta asignación de recursos; en tercer lugar, porque acompaña eficientemente el diseño de la organización a los incentivos y riesgos de todas las partes implicadas en la empresa.

Pero esto no significa que el Consejo y la dirección de la compañía hayan de perseguir los intereses de los accionistas a cualquier precio, desconsiderando o considerando insuficientemente los que atañen a otros grupos implicados en la empresa y a la propia comunidad en que ésta se ubica. En este sentido, el interés de los accionistas proporciona una guía de actuación que necesariamente habrá de desarrollarse respetando las exigencias impuestas por el derecho (por ejemplo, normas fiscales o medio-ambientales), cumpliendo de buena fe las obligaciones contractuales explícitas e implícitas concertadas con otros interesados (trabajadores, proveedores, acreedores, clientes) y, en general, observando aquellos deberes éticos que razonablemente sean apropiados para la responsable conducción de los negocios.

B) *Composición del Consejo*

a) La figura del consejero independiente

Desde el punto de vista de la efectividad y credibilidad de la función general de supervisión, el análisis de las pautas de composición de nuestros Consejos de Administración revela la conveniencia de introducir algunas innovaciones. Las más importantes afectan a la composición cualitativa del órgano y, en definitiva, a la procedencia o perfil de los consejeros. Nuestra principal recomendación en este punto se basa en la figura del consejero independiente, cuya misión primordial consiste en hacer valer en el Consejo los intereses del capital flotante.

La Comisión utiliza la denominación del consejero independiente por tratarse de un término aceptado convencionalmente en esta materia, aunque no exprese con exactitud la figura de consejero que trata de identificar ni sus diferencias con los otros grupos. En realidad, se denominan así aquellos consejeros que no están vinculados con el equipo de gestión ni con los núcleos accionariales de control que más influyen sobre éste. Naturalmente, ello no significa que el consejero independiente haya de ser ajeno al capital social, ni que basten esos datos de desvinculación para definir su perfil. Es preciso, además, que esas notas se completen con la de experiencia, competencia y prestigio profesional, que han de ser siempre características del consejero independiente.

La Comisión confía en que la entrada de consejeros de esta índole, con peso específico en el órgano de gobierno de la compañía, incrementará su representatividad, ampliará sus puntos de vista y, sobre todo, elevará la disposición y la capacidad del Consejo para desarrollar con eficiencia la función de supervisión.

Algunos de los informantes de nuestra encuesta expresan ciertas reservas sobre el papel y el valor de los consejeros independientes: piensan que puede faltarles motivación para el ejercicio del cargo y abrigan dudas sobre la posibilidad de ser verdaderamente independiente de quienes procuran su nombramiento. A juicio de la Comisión, esta opinión reviste un gran interés en tanto advierte que riesgos ciertos frente a los que conviene alertar; pero no puede compartir en cuanto aconseja prescindir de una figura que viene avalada por el criterio de los grupos de trabajo y foros de debate más prestigiosos en la escena internacional, y por la evidencia empírica acumulada en los mercados de capitales más desarrollados. En efecto, los estudios realizados en este campo confirman la existencia de resultados positivos asociados al anuncio de designación o de aumento del número de consejeros independientes. Y esta favorable reacción de los mercados sólo puede ser interpretada en el sentido de que los inversores están dispuestos a confiar en la independencia de esta clase de consejeros. Naturalmente, esa confianza será tanto mayor cuanto mayor sea la reputación de los seleccionados, los mercados suelen medir la independencia en función de lo que tenga que perder el que la conculque.

Con todo, la Comisión es consciente de que el proceso de incorporación de la figura del consejero independiente a la praxis societaria tiene que dirigirse con prudencia. De un lado, no puede hacerse de espaldas a la estructura de propiedad altamente concentrada que presenta nuestro mercado bursátil. De otro, ha de verificarse de manera gradual, evitando alteraciones bruscas en la composición de los órganos de gobierno de nuestras sociedades cotizadas y al compás del propio desarrollo de lo que ha dado en llamarse el «mercado de los independientes». Si real-

mente aspiramos a que la independencia sea algo más que una etiqueta, habrá que impulsar una tradición, todavía muy incipiente entre nosotros de que personas con alta capacitación profesional presten sus servicios y asuman responsabilidades en sociedades a las que no les liga más vínculo que el que pueda derivarse de su participación accionarial. Las sociedades han de arbitrar las garantías necesarias para asegurar que el proceso de selección se realiza adecuadamente y que los candidatos elegidos se adaptan al perfil del puesto (a tal efecto se ofrecen algunas indicaciones más adelante: v. *infra* E.b). Nuestra impresión es que en los medios financieros se está extendiendo una interpretación un tanto ligera de lo que es el consejero independiente, más atenta a la letra que al espíritu de la denominación.

b) Clases de consejeros y equilibrios del Consejo

Una vez introducida la figura del consejero independiente, se hace preciso identificar los distintos grupos de consejeros que han de estar en el Consejo de Administración y determinar cómo se articula un equilibrio razonable entre ellos. El objetivo es evitar que el proceso de toma de decisiones dentro del órgano se concentre en manos de una sola persona o de un pequeño grupo de personas.

Es manifiesto que el Consejo ha de estar informado de la gestión de la sociedad y coordinado con los niveles ejecutivos que la dirigen. Por esta razón, consideramos altamente conveniente que formen parte de él las personas más significativas del equipo de gestión y, singularmente, el primer ejecutivo de la compañía. Pero al propio tiempo, el Consejo ha de mantener la capacidad para examinar con cierta distancia e imparcialidad la labor desarrollada por los directivos de la empresa. De lo contrario, la función general de supervisión podría quedar en entredicho. Ésta es precisamente la razón por la que se recomienda que una amplia mayoría de los miembros del Consejo sean consejeros externos, es decir, no ejecutivos, sobre todo en aquellas sociedades no participadas mayoritariamente por una persona, un grupo familiar o un grupo de empresas.

Dentro de la categoría de los consejeros externos han de distinguirse, por un lado, los ya mencionados consejeros independientes y, por otro, los que podemos denominar, con terminología más gráfica que exacta, consejeros dominicales. Los primeros, ya se ha dicho, son los llamados a formar parte del Consejo de Administración en razón de su alta cualificación profesional y al margen de que sean o no accionistas. Los segundos son los que acceden al Consejo por ser titulares o representar a los titulares de paquetes accionariales de la compañía con capacidad de influir por sí solos, o por acuerdos con otros, en el control de la sociedad. Aquéllos están llamados a representar los intereses del capital flotante (accionistas ordinarios). Éstos están vinculados al accionista o grupo de accionistas de control (accionistas significativos). Y aun cuando de todos ellos se espera que aporten un punto de vista distanciado del equipo de dirección, no puede desconocerse que la situación de unos y otros, en términos de incentivos, interés y vínculos, no es equivalente. Por ello, esta Comisión estima conveniente que la composición del grupo de consejeros externos se sujete a ciertas reglas que aseguren el debido equilibrio entre los independientes y los dominicales.

Es sobradamente conocido que el sistema proporcional, previsto en la legislación de sociedades anónimas para la designación de consejeros, ha encontrado dificultades insuperables en las sociedades cotizadas, a causa de la imposibilidad de agrupar las acciones de los inversores dispersos. El sistema proporcional contiene, sin embargo, un principio regulativo de indudable valor para orientar el gobierno de la empresa, y en él se inspira nuestra propuesta para determinar la composición del grupo de consejeros externos. El parecer de la Comisión es, en efecto, que la relación entre los consejeros independientes y los dominicales debe establecerse teniendo en cuenta la existente en el accionariado de la sociedad entre el capital flotante (en mano de inversores ordinarios) y el capital estable (en mano de accionistas significativos). No se trata obviamente de una regla matemática, sino de una regla prudencial, cuyo objetivo es asegurar que los consejeros independientes tengan un peso suficiente en la formación del criterio del Consejo. El carácter razonable y flexible de la regla permitirá administrarla en función de las circunstancias de cada tipo de sociedad. En este sentido, es manifiesto, por ejemplo, que a medida que aumente el volumen de su capitalización bursátil o el número de sus accionistas significativos, estará más justificado reducir las exigencias de la proporcionalidad estricta.

c) El tamaño del Consejo

Junto a su vertiente cualitativa, la composición del Consejo de Administración presenta una vertiente cuantitativa, que también merece alguna reflexión. El número de miembros que integran el Consejo representa un factor de indudable valor para apreciar la eficacia de su funcionamiento y la calidad de sus decisiones. Es preciso un mínimo de participantes para que el órgano tenga capacidad de deliberación y riqueza de puntos de vista, pero también es preciso no sobrepasar un límite máximo. En nuestra práctica, los Consejos son con frecuencia demasiado grandes, lo que va en detrimento de su deseable efectividad y, en ocasiones, incluso de su deseable cohesión. Los Consejos muy numerosos favorecen la inhibición del consejero, diluyen su sentido de la responsabilidad y fomentan actitudes pasivas. En esa medida, resultan poco propicios para el debate y proclives a conducirse de manera rutinaria o formularia.

La Comisión estima, por ello, que los Consejos deben analizar sus dimensiones para ajustar su composición. Autorizadas opiniones propugnan una reducción drástica hasta un tamaño ideal, cifrado, de acuerdo con modernos estudios sobre equipos y procesos de decisión conjunta, entre cinco y siete personas. Frente a esas tesis, la Comisión estima que no es posible ofrecer una directriz tan precisa en esta materia. De una parte, porque los supuestos contemplados bajo la denominación general de sociedades cotizadas son muy diversos en función de la estructura de su accionariado, de la composición de fuerzas o de circunstancias coyunturales (fusiones, por ejemplo). De otra, porque la eficacia resolutoria del órgano no debe ser el único criterio a tener en cuenta a la hora de ponderar su dimensión óptima, una magnitud que depende de circunstancias diversas, como la complejidad de la organización empresarial o el número y la composición de las Comisiones del Consejo. En consecuencia, parece prudente indicar como mínimo y máximo del número de consejeros una franja más amplia, entre los cinco y los quince, y recomendar que las sociedades que actualmente tengan Consejos sobredimensionados vayan ajustándose progresivamente a la magnitud que consideren adecuada a sus características.

C) *Estructura del Consejo de Administración*

a) Consideración preliminar

La reflexión sobre las distintas piezas que forman parte de la estructura del Consejo de Administración —la Presidencia, la Secretaría, las Vocalías y las Comisiones Delegadas— ha de partir también de la función general de supervisión que prioritariamente está llamado a desempeñar el órgano. La cuestión reviste aquí un notable interés, puesto que las pautas de organización del Consejo más extendidas en nuestra praxis societaria no siempre corresponden a los objetivos que se persigue. Las sociedades destinatarias del Informe que quieren ajustarse a las recomendaciones de buen gobierno que en él se contienen, necesariamente habrán de introducir algunas garantías (contrapesos de poderes, creación de órganos auxiliares, etc.) que faciliten la consecución de los objetivos propuestos de control y transparencia.

b) El Presidente del Consejo

A la cabeza del Consejo de Administración se encuentra el Presidente. Se trata de una figura que reviste una extraordinaria importancia, pues de ella depende, en última instancia, la eficacia operativa del Consejo. El Presidente, en efecto, no sólo ha de ocuparse de convocar, formular el orden del día y dirigir las reuniones, sino que también ha de velar por que los miembros del Consejo reciban la información necesaria, participen de manera activa y se comprometan en sus tareas. Sobre el Presidente recae la responsabilidad de promover el buen funcionamiento del Consejo. La experiencia enseña que cuando el Presidente no ejerce debidamente su actividad de impulso y liderazgo, los Consejos decaen en el ejercicio de sus funciones genuinas y quedan relegados a jugar un papel de segundo orden dentro de la organización.

De los diversos problemas que se suscitan en este ámbito, el más delicado versa sobre la oportunidad de separar o de acumular los cargos de Presidente del Consejo y de primer ejecutivo de la sociedad. La Comisión es consciente de que cualquiera de las alternativas ofrece ventajas

e inconvenientes. La acumulación o combinación de cargos puede proporcionar a la compañía un liderazgo claro en el ámbito interno y externo; y, facilitar el reclutamiento de las personas más competentes para encabezar las sociedades cotizadas. Pero ello no debe hacer olvidar las dos principales desventajas que presenta esa solución, a saber: que concentra demasiado poder en manos de una única persona, y que puede confundir dos tipos de tareas y responsabilidades cualitativamente distintas como son la de dirigir el Consejo y la de gestionar la sociedad; todo lo cual puede hacer más difícil para el Consejo, en su conjunto, el eficaz desarrollo de la función de supervisión.

En tales circunstancias, considerando además que la conjunción de cargos es la pauta más generalizada en nuestro país, como en los de nuestro entorno, la Comisión reconoce que, en este momento, no es oportuno ofrecer una directriz general. No obstante, la preocupación por preservar las mejores condiciones para el buen desarrollo de la función general de supervisión nos lleva a aconsejar la adopción de algunas medidas de cautela para el caso de que se opte por la acumulación de cargos. De lo que se trata es de crear contrapesos que permitan al Consejo funcionar con la mayor independencia del equipo de gestión y conservar su capacidad para fiscalizarlo. Las medidas a que aludimos pueden arbitrarse de muchas maneras, aunque probablemente la más efectiva consista en designar, de entre los consejeros independientes, un Vicepresidente coordinador y con facultades subsidiarias de convocar el Consejo, incluir nuevos puntos en el orden del día, remitir información a los consejeros y, en general, hacerse eco de sus preocupaciones. En todo caso, parece aconsejable complementar las medidas con la previsión de que el Consejo evalúe una vez al año la labor del Presidente en su condición de tal y en su condición de primer ejecutivo de la compañía.

c) La Secretaría del Consejo

Otra pieza de notable importancia dentro de la estructura del Consejo de Administración es la Secretaría, sobre la que recae buena parte de las responsabilidades de intendencia y orden. El Secretario, en efecto, debe facilitar el buen desarrollo de las sesiones del Consejo, ocupándose muy especialmente de prestar a los consejeros el asesoramiento y la información necesarios, de conservar la documentación, de dejar constancia en los libros de actas del desarrollo de las sesiones, y de dar fe de sus resoluciones. Al propio tiempo, debe velar especialmente por la legalidad formal y material de las actuaciones del Consejo y garantizar que sus procedimientos y reglas de gobierno son respetados y regularmente revisados.

Siendo ello así, parece aconsejable dar mayor relieve a la figura del Secretario en el seno del Consejo y dotarla de ciertas garantías de independencia y estabilidad. En esta línea, podrían sugerirse medidas como la de establecer su dependencia jerárquica de una de las Comisiones delegadas de control, o incluso la de otorgarle la condición de consejero, a fin de reforzar su autoridad dentro del Consejo y hacer más exigente su régimen de responsabilidad. Se trata, en todo caso, de indicaciones a título de ejemplo, que podrán ser completadas o sustituidas por las compañías destinatarias del Informe, con otras fórmulas de análoga significación.

d) Las Vocalías del Consejo

Los consejeros, como tales, no tienen asignada ninguna función específica dentro de la estructura del Consejo. Todos ellos han de participar en las deliberaciones y decisiones colegiadas y han de responsabilizarse de ellas. Es indudable, sin embargo, que la contribución de cada uno puede ser diferente. Las indicaciones realizadas en su momento sobre la composición cualitativa del Consejo reflejan, en efecto, esta diferencia de contribuciones. De los consejeros que proceden de la línea ejecutiva se espera, sobre todo, que aporten información, valoración estratégica y propuestas de decisiones, mientras que de los consejeros externos se espera fundamentalmente independencia de juicio, capacidad de evaluación y autoridad para dilucidar los conflictos de intereses. En todo caso, esta Comisión quiere alertar frente al riesgo de que esa diferencia de contribuciones se traduzca en una dualización del Consejo, que, como órgano único, debe funcionar con unidad de criterio y de responsabilidad.

e) La Comisión Ejecutiva

La Ley de Sociedades Anónimas atribuye al Consejo de Administración amplias facultades para la creación de órganos delegados que le sustituyan y auxilien en el desempeño de sus cometidos, y la experiencia muestra que las sociedades —en particular, las cotizadas— hacen amplio uso de ellas. El fenómeno se aprecia sobre todo en relación a los Consejeros Delegados y las Comisiones Ejecutivas.

Las preocupaciones de esta Comisión se centran especialmente en las Comisiones Ejecutivas y en su manifiesto protagonismo en la vida de muchas compañías, que en ocasiones puede llegar a ensombrecer e incluso anular los papeles de liderazgo y fiscalización que cumple desempeñar al Consejo. Esto no significa, naturalmente, que se desaconseje la existencia de Comisiones Ejecutivas —instrumento de gran valor en el seno de las organizaciones más complejas—, aunque su necesidad tenderá a disminuir a medida que se vayan adoptando las recomendaciones contenidas en este Informe, sobre todo las relativas al tamaño del Consejo y a la frecuencia de sus reuniones. En todo caso, y con el fin de evitar que se atenúe el peso que deben tener en las estructuras de gobierno de las sociedades cotizadas los consejeros externos —sobre todo los independientes—, se recomienda que la composición de la Comisión Ejecutiva refleje fielmente la composición del Consejo y reproduzca en su seno el equilibrio entre los distintos tipos de consejeros.

La existencia de una Comisión Ejecutiva no releva ni reduce las responsabilidades del Consejo y de sus consejeros en el cumplimiento de sus funciones de supervisión, tantas veces mencionadas. Las relaciones entre ambos órganos han de estar presididas por un principio de transparencia y, en este sentido, la Comisión recomienda adoptar las medidas precisas para asegurar que el Consejo tenga conocimiento completo de todos los asuntos tratados y de las decisiones adoptadas por la Comisión Ejecutiva.

f) Las Comisiones delegadas de control

La tradicional estructura del Consejo de Administración necesita completarse con otros órganos delegados que comienzan a aparecer en nuestra práctica societaria. La Comisión estima, en efecto, que la función general de supervisión del Consejo depende en buena medida de la creación de ciertos órganos de apoyo a los que confiar el examen y seguimiento permanente en algunas áreas de especial relevancia para el buen gobierno de la compañía: información y control contable; selección de consejeros y altos directivos; determinación y revisión de la política de retribuciones; y evaluación del sistema de gobierno y de la observancia de sus reglas.

Por esta razón, se recomienda la creación de las correspondientes comisiones delegadas. La determinación de las funciones y competencias de cada una de ellas corresponde al Consejo, y en esa tarea hará bien en dejarse guiar por los criterios que han ido consolidándose en las mejores experiencias, tanto foráneas como propias. En cualquier caso, parece oportuno señalar cuáles son los cometidos básicos de las distintas comisiones. Los de la Comisión de Auditoría consisten fundamentalmente en evaluar el sistema de verificación contable de la sociedad, velar por la independencia del auditor externo y revisar el sistema de control interno. La función primordial de la Comisión de Nombramientos es cuidar de la integridad del proceso de selección de los consejeros y altos ejecutivos de la compañía, procurando que las candidaturas recaigan sobre personas que se ajusten al perfil de la vacante. La responsabilidad básica de la Comisión de Retribuciones consiste en auxiliar al Consejo en la determinación y supervisión de la política de remuneración de los consejeros y altos ejecutivos de la sociedad. La misión fundamental de la Comisión de Cumplimiento es vigilar la observancia de las reglas que componen el sistema de gobierno de la compañía, revisar periódicamente sus resultados y elevar al Consejo las propuestas de reforma.

Con carácter general, el papel de estas comisiones es fundamentalmente informativo y consultivo, aunque excepcionalmente puedan atribuírseles facultades de decisión. De lo que se trata no es de que sustituyan en sus decisiones al Consejo, sino de que le suministren elementos de juicio —información, asesoramiento y propuestas— para que éste desarrolle con efectividad su función de supervisión y mejore en este ámbito la calidad de sus prestaciones.

La eficacia de estas comisiones dependerá del valor de la información que produzcan y, puesto que éste depende del grado de rigor y de fiabilidad con que se elabore, son necesarias una cierta regularidad en su funcionamiento y una cierta independencia en su composición. En este último aspecto, estimamos que las Comisiones delegadas deben nutrirse única y exclusivamente de consejeros externos y reflejar, razonablemente en su composición, la relación existente en el Consejo entre consejeros dominicales y consejeros independientes. La presencia en ellas de ejecutivos podría restar credibilidad a la información, toda vez que ésta, en buena medida, tiene por objeto evaluar su gestión. Nada de ello debe impedir, sin embargo, la asistencia a sus reuniones de miembros del equipo de dirección, con fines informativos.

Corresponde al Consejo de Administración determinar el número de los órganos delegados y de los consejeros que deban integrarlos en función de sus necesidades y de sus disponibilidades. En este punto, conviene indicar que no resulta preciso crear una Comisión delegada diferente para cada área de responsabilidad (Auditoría, Nombramientos, Retribuciones y Cumplimiento), ni menos aún exigir que los consejeros que forman parte de cada una de ellas sean distintos. No obstante, salvo circunstancias especiales, entendemos que no es aconsejable unificar todas las responsabilidades en un único órgano, pues ello puede reducir su eficacia por sobrecarga de trabajo, concentración excesiva de poder y pérdida de protagonismo del Consejo. Parece conveniente disponer, al menos, de dos Comisiones, una encargada de las funciones relativas a la Auditoría y Cumplimiento y otra responsable en las áreas de Nombramientos y Retribuciones. A fin de asegurar su funcionamiento colegiado, se recomienda asimismo que cada una de las Comisiones que decidan constituirse estén compuestas de tres miembros como mínimo.

D) *Funcionamiento del Consejo de Administración*

a) Organización de las reuniones del Consejo

Es indudable que el Consejo debe reunirse con cierta periodicidad a fin de mantener una presencia constante en la vida de la compañía. No es fácil que pueda llevar a cabo la misión que tiene encomendada si no dedica regularmente un mínimo de tiempo a sus actividades. De los datos disponibles se desprende que nuestros Consejos están muy lejos de cumplir la «regla de las cien horas anuales» sugerida por algunos estudios de la materia e incluso con el más modesto objetivo de una reunión mensual. Conscientes de la dificultad de ofrecer pautas generales en esta materia, no mencionamos estas propuestas con el propósito de recomendar la adopción de alguna de ellas, sino para llamar la atención de los destinatarios del Informe acerca de la necesidad de reflexionar sobre estos extremos y fijarse objetivos más exigentes de los que son usuales en la práctica actual.

El nivel de exigencia también debe elevarse en relación a la planificación de las tareas del Consejo. En este sentido, la Comisión estima que el Consejo debería elaborar un plan anual de actividades ordinarias y disponer de un catálogo formal de materias reservadas a su conocimiento, con el fin de asegurar que el gobierno y el control de la compañía no escapan de sus manos. No es fácil hacer un inventario general de estas materias, pues su relevancia varía en función de las características de la sociedad y del sector en que opera. La confección del inventario es cometido formal del Consejo, que deberá asegurar que todos los asuntos que tienen un impacto relevante sobre la buena marcha de la empresa quedan convenientemente recogidos.

En la consecución de estos objetivos, el Presidente del Consejo tiene una especial responsabilidad, pues a él incumbe la convocatoria de las reuniones y la fijación del orden del día, sin que ello suponga inhibir o impedir la iniciativa de los demás consejeros en tales materias. En esta línea, la Comisión recomienda la adopción por parte de las compañías de los instrumentos oportunos para facilitar la participación de todos los miembros del Consejo en la determinación de aspectos tan importantes para la efectividad de las reuniones. En particular, como se ha sugerido ya, podría resultar oportuno prever una facultad subsidiaria de convocatoria a favor del Vicepresidente coordinador de los consejeros externos y, desde luego, hacer vinculantes para el Presidente las solicitudes de convocatoria o de inclusión de otros puntos en el orden del día cursadas por los distintos consejeros.

b) Preparación de las sesiones

Una adecuada preparación por parte de los consejeros de las sesiones convocadas tiene dos presupuestos indispensables: información y tiempo. Sin ellos, difícilmente el Consejo podrá hacer una contribución importante al gobierno de la compañía, con el riesgo de que el equipo de gestión asuma un protagonismo que no le corresponde. Los datos de que ha podido disponer esta Comisión indican que con cierta frecuencia las reuniones de los Consejos se convocan sin suficiente información y con poca antelación. Hay que recomendar, por ello, la adopción de las medidas necesarias para asegurar que los consejeros tengan acceso antes de las reuniones a la información relevante y que dicha información les llega con la antelación precisa.

En relación al primer punto, ha de atenderse a la cantidad de la información y a su calidad. Respecto a la cantidad, debe evitarse tanto la escasez de información como el exceso de documentación. La información remitida debe estar convenientemente elaborada y orientada hacia los aspectos relevantes, hacia el núcleo del asunto. Respecto a la calidad de la información, es importante que los consejeros no reciban sólo —como frecuentemente sucede— información histórica o financiera, sino también información tanto de carácter cualitativo como provisional. El Consejo tiene que disponer de aquella información que le ayude a valorizar los activos intangibles de la empresa, conocer las tendencias del mercado, el grado de satisfacción del cliente, la calidad del producto y todos aquellos otros elementos que le permitan orientar la estrategia y enmarcar adecuadamente las perspectivas de los negocios que lleva a cabo la compañía.

La política de información del Consejo constituye una responsabilidad primaria del Presidente, asistido por el Secretario. Uno y otro deben extremar el celo para lograr los objetivos indicados y para conseguir que la información llegue a sus destinatarios con una anticipación razonable, al objeto de que puedan familiarizarse con ella y aprovecharla para mejorar la calidad de su aportación a las deliberaciones del Consejo. La importancia y naturaleza reservada de la información, no puede servir de pretexto —salvo circunstancias excepcionales— a la inobservancia de esta regla, pues el primer deber del consejero es la confidencialidad.

c) Desarrollo de las sesiones

Otro aspecto esencial del funcionamiento del Consejo es el relativo al desarrollo de sus sesiones. Puede afirmarse que la eficacia de las reuniones del Consejo depende de la riqueza de puntos de vista y de la vitalidad del proceso de deliberación, que a veces se resiente en la práctica de un exceso de «presidencialismo». Desde esta perspectiva, la Comisión estima oportuno reiterar la conveniencia de presencia, participación e independencia de criterio de todos los miembros, y con ese fin propone algunas pautas en estas materias.

La primera versa sobre la representación de consejeros, que, a juicio de la Comisión, debe reducirse a casos indispensables. En general, no es una buena práctica, pues favorece la inasistencia y la falta de compromiso, y puede perjudicar la calidad de la deliberación del Consejo. En todo caso, si es preciso acudir a ella, debe procurarse que la representación se confiera con instrucciones y que sea ostentada por consejeros del mismo grupo.

Otro aspecto que debe cuidarse, con el fin de evitar la pasividad y la rutina, es la intervención y toma de posición de todos los consejeros en los asuntos objeto de la reunión. En este sentido es de singular importancia la labor del Presidente, sobre el que, en última instancia, pesa la responsabilidad de organizar el debate y de promover la participación de los consejeros.

d) Las actas del Consejo

Como todos los órganos colegiados, el Consejo de Administración tiene la obligación legal de reflejar adecuadamente en acta sus deliberaciones y decisiones. Sin embargo, la experiencia enseña que este cometido —que incumbe a la totalidad del Consejo, aunque la responsabilidad interna se haga recaer sobre su Secretario— no siempre se cumple satisfactoriamente. Las consecuencias pueden ser graves en ocasiones, puesto que las actas constituyen la memoria del gobierno de la compañía y un elemento de primer orden para evaluar la actividad de los consejeros y, eventualmente, su responsabilidad. Por todo ello, la Comisión, consciente además de la ex-

traordinaria importancia que reviste esta cuestión en el orden judicial y probatorio, recomienda muy vivamente que se esmere el cuidado en la redacción y se procure por todos los medios no caer en la rutina a la hora de confeccionar las actas.

e) Evaluación del funcionamiento

El Consejo ha de estar alerta frente al riesgo de la rutina y de la inercia. Resulta conveniente, por ello que, adopte pautas de autocontrol y, en esta dirección, se recomienda que el Consejo reflexione al menos una vez al año, a poder ser en sesión monográfica, sobre su propio funcionamiento. Se trata de valorar la calidad de sus trabajos, de evaluar la eficiencia de sus reglas y, en su caso, de corregir aquellos aspectos que se hayan revelado poco funcionales. En esta tarea, cuyo objetivo final es asegurar la efectividad del órgano y, en definitiva, su capacidad de supervisar la gestión de la compañía, habrá de tener muy en cuenta los informes de la Comisión de Cumplimiento.

E) *Designación y cese de consejeros*

a) El proceso de designación y la Comisión de Nombramientos

Aun cuando la competencia legal para la designación de consejeros recae sobre la Junta General de accionistas, es evidente que el Consejo de Administración desempeña un papel de primer orden dentro de este proceso. La facultad de cubrir provisionalmente las vacantes por el sistema de cooptación y de someter a la consideración de los accionistas las correspondientes propuestas de nombramiento, unida a la escasa participación del capital flotante en la Junta General, confieren al Consejo de las sociedades cotizadas una influencia decisiva en el proceso de designación, que ha de compensarse con la asunción expresa de la correspondiente responsabilidad y la previsión de los oportunos sistemas de control. De lo que se trata es de garantizar que las reglas de buen gobierno que el Consejo tenga a bien establecer en este ámbito —especialmente, las relativas a la composición cualitativa del órgano y al equilibrio dentro de él entre los distintos tipos de consejeros— se cumplan no sólo formalmente, sino también sustantivamente. Para el mejor logro de este objetivo, la Comisión recomienda instaurar procedimientos formales que propicien la transparencia y el escrutinio por parte de todos los miembros del Consejo de la selección de candidatos, atribuyendo un especial protagonismo a la Comisión de Nombramientos.

La misión de la Comisión de Nombramientos es velar por la integridad de proceso de designación de consejeros, y a tal efecto parece conveniente encomendarle las siguientes funciones: a) formular y revisar los criterios que deben seguirse para la composición del Consejo de Administración y la selección de candidatos; b) elevar al Consejo las propuestas de nombramiento de consejeros para que éste proceda directamente a designarlos (cooptación) o las haga suyas para someterlas a la decisión de la Junta; c) proponer al Consejo los miembros que deban formar parte de cada una de las Comisiones. Como es natural, en el desempeño de estas funciones y, especialmente, en la formulación de propuestas de nombramiento, la Comisión deberá considerar las sugerencias que le hagan llegar al Presidente, los miembros del Consejo, los directivos o los accionistas de la sociedad. Su función es examinar esas sugerencias, valorarlas e informar sobre ellas con criterios de objetividad e imparcialidad, para que el Consejo pueda obrar con conocimiento de causa. La función de la Comisión no es sustituir al Consejo, pero es conveniente que cuando éste decida apartarse de sus recomendaciones motive su decisión.

El sistema de designación, en su integridad, debe dirigirse a garantizar la debida representatividad del Consejo y la competencia, solvencia y experiencia de las candidaturas seleccionadas.

b) Especial referencia a la selección de consejeros independientes

El rigor que debe presidir el proceso de selección ha de extremarse, en todo caso, en relación a aquellos candidatos llamados a cubrir un puesto de consejero independiente, cuya impor-

tancia para el buen gobierno de las compañías cotizadas ya ha quedado oportunamente subrayada (*supra* 2.A). Para orientar la labor de las Comisiones de Nombramientos y, en general, de los Consejos de Administración que hayan de enfrentarse a esta delicada tarea, estimamos conveniente ofrecer algunas indicaciones.

La primera se refiere a la extracción profesional de los independientes. La idea fundamental aquí es el pluralismo: no hay un perfil único de consejero independiente. Por ello, no resulta aconsejable seleccionarlos exclusivamente de entre personas que hayan sido o sean ejecutivos significados de otras compañías, aunque esta procedencia les cualifique especialmente para orientar la estrategia y llevar a cabo con efectividad la función de supervisión. Es también conveniente incorporar personas de otra extracción profesional. Con ello, además de evitarse el riesgo de las «consejerías cruzadas», se logra que el Consejo se enriquezca con puntos de vista diferentes y con la aportación de experiencias plurales, incluso procedentes de ámbitos ajenos al mundo de la empresa.

La segunda indicación versa sobre la independencia. El proceso de elección debe cuidar de asegurar que el consejero independiente no se vea afectado por relaciones o intereses que puedan comprometer su capacidad para ejercer su juicio con imparcialidad y objetividad. Desde este punto de vista, lo primero que ha de verificarse es la independencia del candidato respecto del equipo ejecutivo, para lo cual es necesario examinar si tiene algún vínculo significativo —sea éste de índole familiar, profesional, comercial u otro análogo— con quienes desempeñan puestos ejecutivos. La noción del «vínculo significativo» es ciertamente ambigua, pero parece suficientemente expresiva. Siguiendo pautas bien establecidas en la práctica internacional, ya aceptadas por algunas de nuestras empresas más representativas, puede indicarse, a título de ejemplo, que están ligados por un vínculo de esa naturaleza: los antiguos ejecutivos de la compañía, los familiares inmediatos de un alto directivo o de quien lo haya sido en los últimos años, las personas que directa o indirectamente —a través de sociedades en las que participen de manera significativa o en las que ejerzan funciones ejecutivas— que tengan o hayan tenido en época reciente relaciones comerciales o profesionales de cierta entidad con la sociedad. Se trata, como es natural, de indicaciones meramente orientativas, que no eximen de comprobaciones ulteriores. La responsabilidad última de asegurar la efectiva independencia recaerá sobre la Comisión de Nombramientos y sobre el propio Consejo de Administración.

Nuestra última indicación versa sobre la participación del consejero independiente en el capital de la sociedad. Los responsables del proceso de selección del candidato han de velar también por la independencia respecto de los grupos accionariales de control que puedan ejercer influencia sobre el equipo ejecutivo. Sólo evitando la selección de candidatos que tengan vínculos sustanciales con tales grupos puede asegurarse, además, el deseable equilibrio entre consejeros independientes y consejeros dominicales.

Nada de esto debe interpretarse, sin embargo, en el sentido de desaconsejar la participación en el capital de los consejeros independientes. Todo lo contrario. La Comisión estima muy deseable esa participación con el fin de incrementar la motivación del consejero y reforzar su alineamiento con los intereses de los inversores. Hay, no obstante, un límite que no se debe superar: es el límite en el cual una persona deja de ser accionista ordinario para convertirse en accionista significativo, y esto se produce —conviene reiterarlo— cuando, a la vista de la estructura de propiedad de la sociedad, el accionista, por sí solo o por acuerdo con otros, está en condiciones de influir sobre el control de la compañía, pues en ese supuesto, la naturaleza de su relación con la sociedad sufre una alteración sustancial. La Comisión reconoce que en algunos casos no será fácil determinar si una persona que posea una participación accionarial de cierta entidad es accionista ordinario o accionista significativo. La responsabilidad de elegirla como consejero independiente recaerá, de nuevo, sobre la Comisión de Nombramientos y sobre el propio Consejo, que han de poner todos los medios para preservar la integridad del sistema de designaciones.

c) Programas de orientación de nuevos consejeros

Recogiendo pautas ya extendidas en la práctica, la Comisión estima que las compañías destinatarias del Informe deberían disponer de un programa de orientación para los nuevos consejeros que sirva de colofón al proceso de designación. El programa tendría por objeto advertirles de sus obligaciones legales, informarles sobre las reglas de gobierno de la compañía y

familiarizarlos con las características, la situación y el entorno de la empresa. En el marco de este programa sería muy útil ofrecer a los nuevos consejeros la oportunidad de conocer directamente la organización y de tomar contacto personal con sus principales responsables.

d) La reelección de consejeros

Las informaciones disponibles revelan que el proceso de reelección de consejeros no es siempre todo lo reflexivo que sería deseable. La inercia y la tendencia natural a soslayar las cuestiones personales son riesgos ciertos para los que conviene encontrar paliativos. La Comisión cree que el establecimiento de algún procedimiento formal puede contribuir a mejorar la situación y, en esta línea, recomienda que las compañías prevean como parte integrante del proceso de reelección la evaluación por la Comisión de Nombramientos del trabajo y de la dedicación efectiva al cargo del candidato durante el último mandato, con emisión del correspondiente informe. Cabe esperar que de este modo se reduzca el riesgo de automatismo que frecuentemente se achaca a las decisiones del Consejo en esta materia.

Un aspecto especialmente problemático es el relativo a la oportunidad de limitar los períodos de reelección. A juicio de esta Comisión, es claro que el debate ha de quedar circunscrito a los consejeros independientes. La reelección de los consejeros ejecutivos y dominicales no debe tener más restricciones que las derivadas de la propia evaluación y de la subsistencia de la confianza de los grupos de apoyo. Es más, satisfechas estas condiciones, la reelección debería propiciarse, pues la acumulación de experiencia y de conocimiento específico de la empresa que se consigue con el transcurso del tiempo hacen más valiosos a los consejeros para el desempeño de sus funciones.

El problema se plantea en relación con los consejeros independientes. Con frecuencia se argumenta que si bien es cierto que la antigüedad en el cargo incrementa la calidad del capital humano puesto al servicio de la empresa, también aumenta el riesgo de que debilite su independencia. El paso del tiempo —se afirma— favorece un clima de familiaridad y el estrechamiento de lazos personales con quienes deben ser supervisados. Y precisamente en atención a esta circunstancia, se propone limitar la posibilidad de reelección a un solo mandato. Con todo, esta Comisión no considera oportuna una recomendación tan drástica. Los escasos datos empíricos disponibles indican que los posibles costes asociados a una menor independencia no justifican renunciar a los beneficios de la experiencia acumulada. Más aún, la propia existencia de una limitación del horizonte temporal del consejero puede restarle incentivos para dedicarse a las tareas del Consejo y, en general, para implicarse y comprometerse con el futuro de la compañía. Por ello, la Comisión estima que ha de pensarse en medidas de otra naturaleza para minimizar los riesgos que tratan de paliarse y, en concreto, sugiere la posibilidad de establecer pautas de rotación interna de los consejeros independientes, en la adscripción a tareas específicas de control. De lo que se trata fundamentalmente es de evitar que estén adscritos siempre a la misma Comisión de control.

e) El cese de consejeros

La decisión de cese de consejeros sólo puede ser adoptada formalmente por la Junta General (separación) o por el propio consejero (dimisión), con independencia, claro está, de las causas legales o estatutarias de cese automático. Resulta aconsejable, por ello, que las compañías reflexionen sobre este extremo e incluyan en su normativa interna ciertas causas estatutarias de cese o, por lo menos, ciertas obligaciones de dimisión en supuestos que puedan afectar negativamente al funcionamiento del Consejo e incluso al crédito y reputación de la sociedad en el mercado. Adicionalmente, ha de recordarse que los deberes generales de lealtad que pesan sobre el consejero le obligan a dimitir siempre y cuando su permanencia en el Consejo pueda poner en riesgo los intereses de la sociedad o cuando desaparezcan las razones por las que fue nombrado (por ejemplo, cuando un consejero dominical se deshace de su participación en la compañía o un consejero independiente se integra en la línea ejecutiva).

En principio, las decisiones de dimisión del consejero deben ser respetadas, pues hay muchas razones —salud, compromisos familiares, exceso de trabajo, etc.— que pueden justificarlas, pero es deseable que esos procesos y sus causas sean transparentes.

Finalmente, conviene abordar el establecimiento de un límite de edad para el desempeño de la función de los consejeros. El criterio de la Comisión en este punto es que deben adoptarse algunas medidas que faciliten la sustitución de los consejeros de más edad, aun cuando dentro de ellas se otorgue a la sociedad un margen de maniobra para que pueda aprovechar la veteranía de ciertos consejeros. En este sentido, parece recomendable establecer una edad prudencial de retiro, que probablemente podría ser de sesenta y cinco a setenta años, para los consejeros ejecutivos y para el Presidente, y más flexible para el resto (puede pensarse, por ejemplo, en un límite porcentual del número de consejeros que puedan seguir prestando sus servicios al sobrepasar las edades de referencia).

F) *Las facultades de información del consejero*

a) Información y examen

Además de la responsabilidad que el Presidente y el Secretario tienen en el desarrollo de una buena política de información hacia los consejeros, ha de subrayarse la facultad y el deber que tiene individualmente cada consejero de recabar y obtener toda la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones de supervisión. Se recomienda por ello que la normativa interna de la sociedad reconozca formalmente el derecho de todo consejero a examinar los libros, registros y documentos de cualquier clase, a contactar con los responsables de los distintos departamentos y divisiones y a visitar las instalaciones y dependencias de la compañía.

Naturalmente, con el fin de no perturbar la gestión ordinaria de la compañía, será necesario en la generalidad de los casos establecer cauces dentro de la estructura del Consejo para asegurar un cierto orden en la petición, producción y canalización de la información. Lo normal será que los Consejeros cursen sus solicitudes de información a través del Presidente o del Secretario y que éstos las atiendan, facilitándoles directamente la información, ofreciéndoles los interlocutores apropiados o arbitrando las medidas para que puedan practicar *in situ* las diligencias de examen. La Comisión recomienda que se arbitren medidas para dirimir los conflictos que puedan suscitarse cuando las peticiones de información sean denegadas, retrasadas o defectuosamente atendidas. Una medida adecuada pudiera ser la de encomendar la decisión de eventuales conflictos a una de las Comisiones de control.

b) Intendencia y auxilio de expertos

La Comisión estima que la sociedad, al objeto de facilitar la labor de los consejeros, debe garantizar su acceso a los servicios de los expertos internos y, cuando circunstancias especiales lo hagan necesario, contratar expertos externos que puedan asesorarles en relación con los problemas que se plantean en el ejercicio del cargo.

Con el fin de evitar un uso indebido de esta prerrogativa en perjuicio de la compañía, ésta podrá establecer límites al ejercicio de tales derechos. En este aspecto, se consideran perfectamente justificadas las exigencias de que la contratación de expertos externos sea aprobada por la mayoría de los consejeros independientes o por una de las Comisiones delegadas de control, que sea comunicada al Presidente de la compañía y que pueda ser vetada por el propio Consejo cuando concurran causas justificadas (por ejemplo, por resultar innecesaria o excesivamente costosa).

G) *La retribución del consejero*

a) El control de las políticas de retribución

La retribución de los consejeros representa un tema de capital importancia en el buen gobierno de la compañía y, como tal, constituye una legítima preocupación de los accionistas, como se ha podido comprobar en los sondeos de opinión que hemos realizado. La información disponible nos hace pensar también que es éste un campo en el que todavía queda un largo tre-

cho por recorrer. Los accionistas esperan que la remuneración del Consejo no exceda de lo que sea necesario para atraer a personas competentes; que esté de alguna manera asociada a los rendimientos individuales y de la compañía, y que sea conocida para facilitar su escrutinio público. Y éstas son, en efecto, las directrices que a juicio de esta Comisión deben orientar la política que adopte cada compañía en esta área de responsabilidad. Para facilitar su implantación y control, insistimos en la conveniencia de que el Consejo constituya una Comisión de Retribuciones con las características a que ya se ha hecho referencia [*supra* C).f)] y formalmente le atribuya, al menos, las siguientes competencias: a) proponer al Consejo de Administración el sistema y la cuantía de las retribuciones anuales de los consejeros; b) revisar periódicamente los programas de retribución, ponderando su adecuación y sus rendimientos; y c) velar por la transparencia de las retribuciones.

b) El importe de la retribución

La compañía, aun gozando naturalmente de libertad para fijar las retribuciones, debe proceder con ciertas cautelas, orientándose por las exigencias del mercado y considerando la responsabilidad y el grado de compromiso que entraña el papel que está llamado a desempeñar cada consejero. La moderación es la regla que ha de presidir las decisiones que se adopten en este campo. Ciertamente, la retribución ha de calcularse de tal manera que ofrezca incentivos suficientes para la dedicación del consejero, pero que al propio tiempo no comprometa su independencia.

c) Estructura de la retribución

En este aspecto, la Comisión estima que deben favorecerse las modalidades que vinculen una parte significativa de las retribuciones de los consejeros, especialmente de los consejeros ejecutivos, a los resultados de la empresa, puesto que de esta manera se alinean mejor los incentivos de los consejeros con los intereses de los accionistas que se trata de maximizar. No entramos a valorar las ventajas o inconvenientes de cada elemento o modalidad retributiva (planes de incentivos, pago con acciones, opciones de compra o de venta sobre acciones, etc.), algunos de los cuales se encuentran hoy con ciertos obstáculos fiscales, inexistentes en otros países. Es responsabilidad de la Comisión de Retribuciones ponderar las distintas posibilidades de configuración y ajustarlas a las particulares circunstancias de cada compañía. Parece, en cambio, oportuno señalar que los sistemas de retribución más extendidos en nuestra práctica societaria no se ajustan a la recomendación establecida. Lo usual, según ha podido constatar esta Comisión, es la previsión de un porcentaje de los beneficios para retribuir al Consejo. El problema estriba en que ese porcentaje sólo opera como límite máximo, por lo que no puede considerarse en sentido estricto como una participación en beneficios ni, por tanto, consigue el efecto buscado.

En todo caso, resulta importante revisar periódicamente las políticas retributivas al objeto de asegurar la adecuación de su importe y estructura a las responsabilidades, riesgos y tareas de los consejeros. Desde este punto de vista, conviene que el propio Consejo, con la ayuda de los informes que a tal efecto le facilite la Comisión de Retribuciones, evalúe estos extremos al menos una vez al año e incluya en la memoria información sobre este aspecto.

d) Transparencia de la retribución

Un tema al que, por su importancia y delicadeza, la Comisión ha dedicado una especial reflexión es el de la transparencia de las retribuciones de los consejos, cuestión que puede considerarse de gran interés para asegurar la confianza de los accionistas y los mercados en los Consejos de Administración.

Al observar la realidad española en esta materia se percibe una larga tradición de opacidad, que nuestras leyes no han contribuido a desterrar. La exigencia legal de que se indique en la memoria anual el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase deven-

gadas por los miembros del órgano de administración y de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros respecto de los miembros antiguos y actuales, no pasa de imponer una información global por concepto retributivo que en su aplicación práctica no satisface enteramente el interés de los accionistas y de los mercados en esta materia, e incluso propicia una visión deformada de la realidad, fuente de frecuentes malentendidos.

La Comisión advierte que las expectativas generalizadas en esta materia y las orientaciones de reforma que se observan en las nuevas prácticas de buen gobierno de las sociedades tienden, inequívocamente, a la superación de las actuales exigencias legales, a favor de una transparencia cada vez mayor. Por ello, la Comisión recomienda que la política de información de las retribuciones de los consejeros se inspire en el principio de máxima transparencia.

La aplicación de este principio exige avanzar lo más rápido posible desde la situación actual hasta la más completa y detallada información sobre las retribuciones de los consejeros, lo que supone individualizarla para cada uno de éstos y pormenorizarla por conceptos, tanto los que corresponden a su condición de miembros del Consejo (retribuciones fijas, dietas, participación en beneficios, bonus, incentivos, pensiones, seguros, pagos en especie u otros) como los que, además de éstos, determinen remuneraciones a cargo de la sociedad por otras relaciones jurídicas (servicios profesionales, cargos de dirección o ejecutivos).

La Comisión recomienda que las sociedades destinatarias de este informe que no opten por una aplicación inmediata del principio de máxima transparencia, sino por su implantación gradual o por fases, y aquellas que opten por su aplicación parcial expliquen públicamente sus razones para ello en la Memoria anual de la sociedad. En uno y otro caso, esas sociedades deberían informar, al menos, de manera individualizada acerca de las retribuciones de todos los consejeros en su carácter de tales, por cada uno de los conceptos antes mencionados, y además, de los honorarios percibidos por sus servicios profesionales. De otra parte, las retribuciones de los consejeros ejecutivos se darían de forma global para todos ellos, indicando el número de los que las perciben por cada uno de los conceptos retributivos. Toda esta información sería incluida en la Memoria anual.

H) *Los deberes de lealtad del consejero*

a) Los deberes genéricos

La legislación sustantiva establece que el consejero ha de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. El carácter altamente abstracto o genérico de esta norma de conducta hace recomendable, en nuestra opinión, que las reglas de funcionamiento interno de la compañía recojan con detalle las principales obligaciones que dimanan de los deberes generales de diligencia y de lealtad, con el fin de estimular que los consejeros tomen conciencia de los compromisos que contraen al asumir el cargo y de facilitar la valoración de su actuación.

Al deber de lealtad se dedican los apartados siguientes. Aquí, conviene recordar las principales obligaciones derivadas del deber de diligencia, que incluyen, entre otras, las de informarse y preparar adecuadamente las reuniones del Consejo y de los órganos delegados a que pertenezca el consejero; asistir a las reuniones y participar activamente en las deliberaciones, a fin de que su criterio contribuya efectivamente a la toma de decisiones; realizar cualquier cometido específico que, dentro de su compromiso de dedicación, le encomiende el Consejo; trasladar cualquier irregularidad en la gestión de la compañía de la que haya tenido noticia; y vigilar las situaciones de riesgo que se puedan presentar, promoviendo al efecto la convocatoria de una reunión extraordinaria o la inclusión de los extremos convenientes en el orden del día de la primera que haya de celebrarse.

b) Conflictos de intereses

Uno de los aspectos más descuidados en nuestra práctica societaria y al propio tiempo más relevantes para fomentar el mejor gobierno de las compañías que recurren a los mercados de capitales, consiste en establecer reglas claras para afrontar las situaciones de conflicto de inte-

reses, es decir, aquellas en que entran en colisión el interés de la sociedad y los intereses personales, directos o indirectos, del consejero. La Comisión entiende que para el adecuado tratamiento de esta materia es preciso establecer con toda claridad, al menos, dos reglas fundamentales:

La primera es que el consejero se abstenga de asistir y de intervenir en las deliberaciones que afecten a asuntos en los que se halle interesado y, muy particularmente, en todas las relativas a su reelección o cese. La segunda se basa en la necesidad de limitar y rodear del máximo de cautelas la realización —por vías directas o indirectas— de transacciones profesionales o comerciales entre el consejero y la compañía, porque estas operaciones pueden resultar peligrosas para el interés social. A tal efecto, la Comisión estima que la normativa interna de la sociedad debería recoger formalmente el deber del consejero de informar anticipadamente de la situación de conflicto de intereses y establecer un mecanismo de control, que podría consistir —según enseña la mejor práctica— en la previsión de que estas operaciones hayan de ser aprobadas por el Consejo, previo informe por la Comisión delegada que corresponda. También, sería conveniente dar publicidad a estas operaciones.

c) Información no pública

En relación a la información de la sociedad a la que tienen acceso los consejeros, la Comisión recomienda que las reglas de funcionamiento interno de la compañía recojan expresamente las obligaciones de discreción y de pasividad.

La obligación de discreción impone al consejero no sólo el deber de guardar secreto de las deliberaciones del Consejo y de las Comisiones de que forme parte, sino también el de abstenerse de revelar cualquier información a la que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo.

La obligación de pasividad le obliga a no hacer uso de la información reservada de la compañía para fines privados. Obviamente, no es ésta una obligación absoluta, puesto que si la aplicación de la información resulta inocua para la sociedad, no hay razón para privar al consejero de la oportunidad de utilizarla; pero se recomienda a las compañías destinatarias del Informe que regulen los procedimientos a seguir en casos de duda en cuanto a que la utilización no cause perjuicio alguno a la compañía. En ningún caso se podrá utilizar dicha información para realizar operaciones de adquisición o venta de valores de la sociedad o cualquier tipo de actuación especulativa con dichos valores.

d) Usos de activos sociales y oportunidades de negocios

Las exigencias derivadas del deber de lealtad se manifiestan en muchos otros planos, que no siempre se hallan debidamente clarificados en nuestra experiencia societaria y, respecto de los cuales, en ocasiones se advierte un relajamiento de las buenas prácticas. El primer tema al que en este campo la Comisión recomienda que las compañías destinatarias del Informe dediquen atención y regulen expresamente, es el de la utilización por los consejeros de los activos sociales, con objeto de impedir su aplicación con fines exclusivamente privados o el aprovechamiento de ventajas patrimoniales.

El segundo tema versa sobre las denominadas «oportunidades de negocios». Bajo esta rúbrica, la Comisión incluye cualquier posibilidad de realizar una inversión u operación comercial que haya surgido en conexión con el ejercicio del cargo por parte del consejero. Recomendamos que las sociedades adopten normas claras que impidan a sus consejeros aprovechar en beneficio propio o de sus allegados una oportunidad de negocio que corresponda a la sociedad. Como siempre, serán admisibles excepciones razonables. En este sentido, juzgamos satisfactoria una regla que permita al consejero explotar una oportunidad de negocio de la sociedad siempre que, habiéndole ofrecido previamente la posibilidad de valerse de ella, la sociedad la hubiera rechazado, y lo autorice la Comisión delegada que corresponda.

e) Deberes de comunicación

El deber de lealtad implica también la obligación del consejero de revelar las situaciones personales, las de sus familiares más allegados e incluso de las sociedades en las que juegue un

papel relevante, relativas a participaciones, puestos que desempeñe y actividades que realice en otras compañías y entidades, pactos de sindicación de los que forme parte y, en general, cualquier hecho, situación o vínculo que pueda resultar relevante para su leal actuación como administrador de la sociedad. La Comisión recomienda que estas obligaciones, algunas de las cuales están ya sancionadas por la legislación del mercado de valores, se reflejen formalmente en la normativa interna de la compañía.

f) *Extensión de los deberes fiduciarios a los accionistas significativos*

La estructura de propiedad de las sociedades que integran nuestro mercado bursátil se caracteriza, como ya se ha indicado, por una notable concentración de capital y, por tanto, por una fuerte presencia de accionistas significativos (accionistas capaces de influir, individual o conjuntamente, sobre el control de la compañía). El reconocimiento de esta realidad nos ha llevado a propiciar la participación de estos accionistas en el Consejo («consejeros dominicales»), y asimismo ha de llevarnos ahora a aconsejar la adopción de medidas que puedan eliminar o, al menos, reducir el riesgo de que hagan uso de su posición privilegiada para obtener ventajas especiales, sean de índole informativa, contractual o patrimonial. El fundamento de estas medidas descansa sobre el deber de fidelidad, que también alcanza a los accionistas significativos, dada su especial posición en una sociedad cotizada. La Comisión recomienda por ello que los Consejos de Administración de las sociedades destinatarias de este Informe adopten o promuevan la adopción de medidas de salvaguardia o de garantía similares a las relativas a los consejeros y, singularmente, en los casos de conflictos de intereses y de uso de información no pública. A título orientativo, la Comisión sugiere tres reglas básicas.

La primera es una regla de competencia, de conformidad con la cual el Consejo de Administración debería reservarse formalmente el conocimiento de cualquier transacción directa o indirecta entre la sociedad y un accionista significativo, con la previsión de que en ningún caso procederá a aprobarla si previamente no ha sido emitido un dictamen por parte de la Comisión delegada que se estime más adecuada, que habrá que valorar la transacción desde el punto de vista de la igualdad de trato debido a todos los accionistas y de las condiciones de mercado. Tratándose de operaciones ordinarias, podría bastar una autorización genérica de la línea de operaciones y de sus condiciones de ejecución.

La segunda es una regla de transparencia, en cuya virtud el Consejo de Administración quedaría obligado a reflejar en la memoria anual de la sociedad información sobre las transacciones realizadas con accionistas significativos (volumen de las operaciones y naturaleza de las más relevantes) a fin de que todos los demás puedan conocer su alcance e importancia.

La tercera es una regla de abstención, que obligaría a los accionistas significativos a no votar en las decisiones de las juntas en las que, directa o indirectamente, tengan un interés propio (por ejemplo, medidas defensivas frente a ofertas de adquisición hostiles).

Respecto al uso de información no pública, la Comisión ha detectado la existencia de una cierta preocupación en los mercados por la distribución asimétrica de la información entre los accionistas y por el acceso de los accionistas significativos a información reservada de la sociedad. El Consejo de Administración deberá estar vigilante ante este tipo de situaciones, para determinar si ha habido alguna anomalía o filtración, con el objeto de exigir las correspondientes responsabilidades. En cualquier caso, no estará de más contemplar la extensión a los accionistas significativos del deber de confidencialidad y de no explotación de la información privilegiada.

1) *El Consejo de Administración y los accionistas*

a) *Las limitaciones de la Junta General de accionistas*

Aun cuando el examen del papel de la Junta General como foro de los accionistas para expresar sus puntos de vista y censurar la gestión social desborda los límites del encargo recibido, esta Comisión no puede ignorar una evidencia incontestable, y es que la efectividad de la Junta General de las sociedades cotizadas como instrumento de control y decisión está sujeta a muchas limitaciones estructurales. La experiencia muestra, en efecto, que la mayor parte de

los accionistas ordinarios se desentiende de las tareas de la Junta; y la ciencia enseña, además, que esta actitud es económicamente comprensible a causa de los problemas de «apatía racional» (frecuentemente el coste de participar en la asamblea es superior al rendimiento que puede obtenerse) y de «acción colectiva» (no es posible coordinar las iniciativas individuales de los accionistas dispersos, y, en esa tesitura, no hay incentivos para realizar esfuerzos que fundamentalmente aprovecharán otros). Nada tiene de extraño, por ello, que la Junta haya quedado reducida en muchas ocasiones a una reunión protocolaria o simplemente rutinaria.

En buena medida, el movimiento de reforma en que se inserta este Informe, orientado a impulsar el Consejo como órgano de supervisión, tiene su origen en la constatación de la escasa eficacia disciplinar de la Junta General. Siento todo ello así, esta Comisión abriga dudas sobre la efectividad de determinadas políticas encaminadas a reactivar la Junta General estimulando la participación de los accionistas (creando comités de accionistas, facilitando las convocatorias instadas por accionistas, recurriendo a las primas de asistencia, etc.). Ello no quiere decir, sin embargo, que deba descartarse cualquier actuación encaminada a incrementar la efectividad del control de los accionistas, ámbito que esta Comisión considera que todavía ofrece un amplio margen. Nos referimos fundamentalmente a aquellas medidas que tienden a hacer más transparente el mecanismo de delegación de votos, a acentuar la comunicación de la sociedad con sus accionistas; y estimular la actividad de aquellos accionistas que más pueden contribuir al control de la gestión: los inversores institucionales.

b) Delegación de votos

Es una evidencia incontestable que la participación del capital flotante en la Junta General se canaliza en la gran mayoría de las ocasiones a través de las delegaciones de voto. Es también sabido que el protagonismo en la gestión de este proceso se reparte entre las entidades depositarias de las acciones y el propio equipo de gestión de la sociedad, que tiene bajo su control la intendencia necesaria para llevarlo a efecto (edición de tarjetas de representación, materiales de propaganda, servicios postales, etc.). No es de extrañar por ello que en este contexto se haya expandido el temor de que el órgano que controla este mecanismo pueda controlar también la Junta General. De ahí surge una comprensible inquietud, que ha llevado a muchos a proponer medidas muy drásticas, tales como confiar la gestión del sistema de delegación de votos de las sociedades cotizadas a una instancia oficial o a un comité de accionistas (formado, por ejemplo, por los quince o veinte accionistas más importantes de la compañía, con un sistema de un voto por cabeza).

La Comisión desconfía mucho de la utilidad y conveniencia de esta clase de medidas, que pueden burocratizar la gestión y ser fuente de nuevos conflictos. Pero esto no significa que recomiende aceptar resignadamente la realidad que se ha impuesto. Pensamos, en efecto, que las pautas de funcionamiento del sistema de delegación de votos más extendidas en nuestra práctica pueden mejorarse sustancialmente, y en este sentido invitamos a los Consejos de Administración a reflexionar sobre ellas. La práctica de los mercados más desarrollados ofrece abundantes modelos de inspiración. En nuestra opinión, los esfuerzos deberían dirigirse básicamente en la dirección de mejorar la transparencia, y en este sentido pensamos que sería altamente positivo justificar de manera más detallada de la que suele ser usual las propuestas de votación que se ofrecen en la solicitud, al menos en relación a la adopción de acuerdos que revistan cierta importancia de delegación, y revelar la existencia de conflicto de intereses, siempre que pueda plantearse esta situación. Es evidente, por ejemplo, que en el caso de que se incluya una propuesta de introducir una medida defensiva frente a ofertas de adquisición hostiles, deberá indicarse que el Consejo de Administración está en una situación de conflicto. Adicionalmente, podría ser deseable promover medidas que faciliten la captación de delegaciones de votos por parte de grupos significativos de accionistas.

c) Comunicación con los accionistas

El frecuente absentismo de los accionistas y las limitaciones de la Junta General como foro de comunicación de la sociedad con sus inversores quizá justifiquen esfuerzos adicionales por

crear otros cauces o instrumentos de comunicación más flexibles. Las recomendaciones que se han hecho por parte de las instituciones y comités más activos en este campo son muy variadas. Unas veces, se ha sugerido la conveniencia de que el Consejo, después de cada Junta, dirija una carta a todos los accionistas ofreciéndoles una síntesis de los debates que han tenido lugar y de los resultados alcanzados. En otras ocasiones, se ha propuesto la celebración de seminarios informativos descentralizados (por ejemplo, a nivel regional o provincial) para los accionistas, o el envío periódico de ciertas circulares informándoles sobre la marcha de la empresa, sobre sus planes y, muy especialmente, sobre los asuntos relacionados con el gobierno de la compañía. Con la misma finalidad, se han sugerido también que, además de la información estándar que proporciona la sociedad en forma de memorias anuales, semestrales o trimestrales, se propicien reuniones con los analistas de los intermediarios del mercado, para que estas experiencias puedan llegar a los inversores. Especialmente interesantes nos parecen, en fin, las propuestas encaminadas a la creación de «oficinas de información del accionista». El objetivo que persiguen estas medidas es arbitrar cauces permanentes de comunicación con el accionista, complementarios del que proporciona el derecho de pregunta previsto por la Ley con ocasión de la celebración de la Junta General, a fin de que en cualquier momento puedan obtenerse de la sociedad las informaciones deseadas. La ventaja de este sistema es que, al propio tiempo, facilita la labor del Consejo, pues de este modo dispondrá de un instrumento adicional para pulsar las inquietudes de sus accionistas.

La Comisión es consciente de que cualquiera de estas medidas, enunciadas a título meramente indicativo u orientativo, tiene un alcance muy limitado. Nuestro propósito en este punto no es formular una recomendación precisa, sino solamente llevar al ánimo de los responsables de las compañías cotizadas la necesidad de experimentar e imaginar nuevas fórmulas de comunicación y cohesión, que sean capaces de aumentar la confianza de los accionistas en las compañías a las que han destinado sus inversiones. Naturalmente, en esta tarea el Consejo de Administración ha de ponderar los costes que entraña para la sociedad la puesta en marcha de cada una de estas iniciativas y valorar si están justificados desde el punto de vista de la utilidad que puede aportar para su buen gobierno.

d) Inversores institucionales

Dentro del capítulo dedicado a las relaciones del Consejo de Administración con los accionistas no debe faltar una referencia, siquiera sea breve, a los denominados inversores institucionales (fondos de inversión, fondos de pensiones, compañías de seguros, etc.), pues aun cuando el mercado español no ha alcanzado los niveles de inversión institucional que registran otros, la evolución más reciente muestra un espectacular incremento, que ha llegado a representar en el último año en torno al 25 por 100 de la inversión bursátil. Desde el punto de vistas del gobierno de las sociedades cotizadas, los inversores institucionales son agentes de gran relieve, puesto que los intereses de sus afiliados o partícipes (titulares de pólizas de seguros, de participaciones en fondos de inversión, etc.) coinciden en buena medida con los intereses de los accionistas ordinarios.

Es sabido que los inversores institucionales, nacionales y extranjeros, no han manifestado tradicionalmente especial interés por tener una presencia activa en la vida de las compañías, ni a través de una representación en el Consejo ni de una política participativa en los debates y votaciones de la Junta General. Con frecuencia, optan por tener las manos libres para salir de la sociedad cuando lo estimen oportuno. En una palabra, prefieren la liquidez al control. No obstante, es previsible que a medida que crece el volumen de sus inversiones y que, por tanto, se incrementa la dificultad de desinversión rápida (máxima, en mercados no suficientemente profundos como los nuestros) estas políticas pasivas experimenten algún cambio de orientación, y de hecho no faltan indicios de ello.

Está fuera de nuestro cometido orientar las políticas de los inversores institucionales recomendando una mayor implicación en el gobierno de la compañía, aunque desde luego pensamos que si adoptasen esas políticas activas deberían ser aceptadas de buen grado por parte de los Consejos de las sociedades cotizadas. En todo caso, parece oportuno recomendar a los Consejos la adopción de políticas de comunicación con los inversores institucionales. Esta Comisión considera, en concreto, que el Consejo debe propiciar un contacto regular con dichos inverso-

res para intercambiar puntos de vista y establecer un cauce que les permita proporcionar información valiosa a la dirección de la compañía para articular sus estrategias empresariales y de gobierno. No ignoramos que la puesta en marcha en estas iniciativas entraña siempre el riesgo de acceso a información sensible, y que ello pueda reducir la libertad de salida de los inversores institucionales que no apuestan por inversiones estables. Se trata, no obstante, de riesgos menores, que siempre pueden paliarse con la formulación de algunas normas de conducta.

En todo caso, y con independencia de la política de participación que en cada circunstancia decidan adoptar, la Comisión confía en el compromiso cada vez mayor de los inversores institucionales con la promoción de las reglas de buen gobierno y, en este sentido, les invita a revelar sus preferencias sobre las pautas de organización de los Consejos de administración y a hacer uso de su influencia para promover o favorecer su adopción por parte de las compañías destinatarias de sus inversiones.

1) *Relaciones del Consejo con los mercados*

a) Las exigencias del principio de transparencia

El principio de transparencia y la salvaguardia de los intereses de los inversores reclaman una especial atención por parte del Consejo de Administración de las sociedades destinatarias de este Informe. La política de transparencia informativa impone a estas sociedades la obligación de suministrar al mercado información precisa y fiable sobre sus actividades y resultados. El Consejo de Administración de una sociedad cotizada debe ser consciente de esta responsabilidad y, por tanto, de su obligación de adoptar un papel activo en esta materia.

Los deberes informativos de las sociedades cotizadas están regulados, en muchos casos, de forma detallada. En otros, las normas se limitan a recoger deberes genéricos, cuyo adecuado cumplimiento obliga a mayor exigencia y comporta un grado mayor de responsabilidad. En todo caso, esta Comisión recomienda que el Consejo de Administración extreme el celo ofreciendo información inmediata y suficiente no sólo sobre los hechos relevantes capaces de influir de forma sensible en la formación de los precios de Bolsa, sino también sobre aquellos que afectan a la estructura de propiedad de la sociedad (en especial, las variaciones de participaciones significativas, los pactos de sindicación y demás formas de coalición que puedan establecerse); que entrañen una modificación sustancial de las reglas de gobierno [se trata de una información adicional a aquella que se recomienda ofrecer en el punto K).b)]; que versen sobre operaciones vinculadas de especial relieve (transacciones dentro del grupo y con personas vinculadas a los miembros del Consejo de Administración); o que se refieren a los fondos propios de la sociedad. En relación con este último punto, la Comisión llama la atención sobre la necesidad de extremar el rigor en materia de autocartera. Las operaciones sobre acciones propias están muy extendidas en nuestra práctica y, a decir verdad, pueden resultar convenientes en muchas ocasiones. No obstante, dado los peligros que les son inherentes, deben sujetarse a la máxima transparencia. Cuando una sociedad se propone realizar una operación de importancia en este ámbito, sea a través de una única transacción o de una serie de ellas, deben hacer públicos sus proyectos, al objeto de que las órdenes que lleguen al mercado puedan ser correctamente interpretadas.

Desde el punto de vista procedimental, la aplicación del principio de transparencia hace aconsejable que el Consejo de Administración se responsabilice del contenido íntegro de toda la información de importancia que se transmita a los mercados.

b) Información financiera periódica

La información financiera anual constituye un elemento fundamental en la política de transparencia y, por esta razón, la Ley rodea su elaboración de toda clase de cautelas, incluida su verificación por un auditor externo. No obstante, los mercados de capitales necesitan un flujo informativo más frecuente, y de ahí que la normativa del mercado de valores imponga también la obligación de informar semestralmente y hasta trimestralmente y, que en muchos casos, la propia prudencia exija que el órgano de gobierno de la compañía ofrezca información financiera en

lapsos de tiempo aún más breves. En todos estos supuestos, los principios directrices deben ser los de máxima homogeneidad y máxima fiabilidad. Recomendamos, por ello, que la información financiera puesta a disposición de los mercados se elabore de acuerdo con los mismos principios, criterios y prácticas profesionales con que se elaboran las cuentas anuales, para asegurar así la transparencia a la hora de transmitir a mercados e inversores la «imagen sobre la actividad, los resultados y la razonabilidad en la continuidad» de la compañía. La experiencia indica que, en ocasiones, las informaciones trimestrales o semestrales se ven súbitamente desmentidas por las cuentas anuales, con grave daño para los inversores que previamente han confiado en una información periódica elaborada con ligereza. Sin llegar a preconizar la sujeción de esta información a una auditoría externa —ni siquiera a una auditoría menos exigente— parece oportuno recomendar que previamente sea examinada por la Comisión de Auditoría.

J) *Relaciones del Consejo con los auditores*

a) El papel de la Comisión de Auditoría

La auditoría de las cuentas anuales es una pieza de importancia capital dentro del sistema de controles de las sociedades anónimas. Los auditores son llamados para verificar los estados financieros preparados por el equipo de gestión y, en este sentido, contraen importantes responsabilidades. El Consejo de Administración ha de tomar las medidas necesarias para asegurar que los auditores realizan su misión convenientemente y, en especial, que trabajan libres de interferencias de la línea ejecutiva. Dentro de estas medidas destaca el establecimiento de una Comisión de Auditoría con las características y cometidos que vimos en su momento [v. *supra* C).f)]. Para cumplir su misión es necesario dotarla al menos de las siguientes competencias: a) proponer la designación del auditor, las condiciones de contratación, el alcance del mandato profesional y, en su caso, la revocación o no renovación; b) revisar las cuentas de la sociedad, vigilar el cumplimiento de los requerimientos legales y la correcta aplicación de los principios de contabilidad generalmente aceptados, así como informar las propuestas de modificación de principios y criterios contables sugeridos por la dirección; c) servir de canal de comunicación entre el Consejo de Administración y los auditores, evaluar los resultados de cada auditoría y las respuestas del equipo de gestión a sus recomendaciones y mediar y arbitrar en los casos de discrepancias entre aquéllos y éste en relación con los principios y criterios aplicables en la preparación de los estados financieros; d) comprobar la adecuación e integridad de los sistemas internos de control y revisar la designación y sustitución de sus responsables; e) supervisar el cumplimiento del contrato de auditoría, procurando que la opinión sobre las cuentas anuales y los contenidos principales del informe de auditoría sean redactados de forma clara y precisa.

b) La independencia de los auditores

La preocupación fundamental de los accionistas y de los mercados en este tema se centra en la efectiva independencia de los auditores. Queda fuera de nuestro cometido examinar la procedencia de adoptar nuevas regulaciones en este campo y, en su caso, de determinar su orientación y contenido. Nuestra impresión, sin embargo, es que en términos generales la mayor garantía de independencia estriba en la reputación de las firmas auditoras, pues todas ellas tienen fuertes razones comerciales para conservarla e incrementarla. No puede descartarse, sin embargo, que en ocasiones estén sometidas a presiones que lleguen a relajar sus estándares de conducta y, por ello, parece conveniente instar a los Consejos de administración y a las Comisiones de Auditoría para que estén atentos ante aquellas circunstancias de las firmas de auditoría que puedan ser indicativas de una situación de riesgo. En concreto, se recomienda que verifiquen el grado de diversificación de la auditora y que se abstengan de contratar a aquellas firmas en las que los honorarios percibidos de la compañía representen un porcentaje significativo —por ejemplo, superior al 10 por 100— de sus ingresos totales. También es frecuente que la firma auditora preste a la compañía servicios profesionales de otra naturaleza (consultoría, asesoría jurídica, etc.). Esta Comisión, aun considerando perfectamente legítima esta práctica, recomienda la adopción de algunas cautelas, tales como incluir los ingresos por estos conceptos en el cálculo del grado

de diversificación e informar públicamente de los honorarios globales que la sociedad satisfice a la firma auditora por servicios distintos de la auditoría.

c) Reservas y salvedades

La evidencia de que disponemos muestra que un elevado número de las opiniones emitidas por los auditores externos de las sociedades cotizadas en nuestros mercados contiene reservas y salvedades sobre los estados financieros que han sido objeto de verificación (un promedio del 27 por 100, en los últimos tres años, presentaban salvedades). Se trata, a juicio de esta Comisión, de una situación anómala, sin parangón en otros mercados desarrollados, que necesariamente tiene que ser enmendada. Es de esperar, en este sentido, que el mayor riesgo en la elaboración de las cuentas que propiciará la creación de Comisiones de Auditoría, ayudará a resolver el problema. Pero, en todo caso, encarecemos a los Consejos de Administración que eviten estas situaciones, causantes de tanta perplejidad entre los inversores. De todas formas, cuando ello no sea posible, la Comisión de Auditoría debe procurar que tanto el Consejo como los auditores informen claramente sobre las discrepancias, explicando su contenido y alcance a los accionistas y a los mercados.

K) *Adopción y publicidad de las reglas de gobierno*

a) Voluntariedad

Las reflexiones y recomendaciones que han venido desgranándose a lo largo de este Informe tienen fundamentalmente un propósito orientador. La Comisión entiende que no deben ser objeto de regulación legislativa ni ser impuestas a sus destinatarios, ni siquiera indirectamente a través de sistemas de control de su adopción que puedan desvirtuar el carácter voluntario del Código de Buen Gobierno. En nuestra opinión, la libertad y la autonomía de organización han de quedar plenamente salvaguardadas, pues de ellas depende en gran medida la capacidad de adaptación de nuestras sociedades a los condicionamientos internos y externos, que han de afrontar. Adicionalmente, ha de subrayarse el carácter singular de cada sociedad y la conveniencia de que, como tal, no se vea privada de su soberanía para diseñar sus propias estructuras de gobierno en función de sus preferencias, de sus circunstancias y de sus características idiosincrásicas. La imaginación y la capacidad de innovación son fuerzas que también en este campo deben promoverse, en lugar de limitarse contra el riesgo del inmovilismo.

Confiamos, sin embargo, en que nuestras recomendaciones puedan ser útiles en general para elevar los estándares de gobierno corporativo más extendidos en el mercado español. Elaboradas a partir de las mejores experiencias, pero teniendo en cuenta las características diferenciales de nuestra práctica societaria, serán particularmente provechosas para aquellos destinatarios que consideren que el valor de la organización se acrecienta con el incremento del control, de la transparencia y, en definitiva, de la disposición a dar cuenta y razón de sus decisiones. De otra parte, los criterios y reglas ofrecidas en este Informe han sido pensados para ser aplicados con flexibilidad e imaginación y no para trasponerlos mecánicamente, con el espíritu de quien cumple un trámite enojoso. El buen gobierno no se asegura con la simple apariencia externa de formalidades y procedimientos, sino que precisa la voluntad de asumir la filosofía y los principios que inspiran sus reglas.

b) Publicidad

No cabe duda de que las cuestiones de gobierno corporativo son sumamente relevantes, y así lo documenta la experiencia disponible. En general, los expertos en esta materia, analistas y gestores de fondos consideran que los estándares de gobierno corporativo revisten una notable importancia a la hora de adoptar decisiones de inversión, y los sondeos de opinión realizados corroboran esta impresión. Las compañías deben ser transparentes, al objeto de facilitar la evaluación por parte de los mercados de sus sistemas de gobierno. Por esta razón, aconsejamos

que las sociedades cotizadas informen públicamente sobre dichos sistemas, debiendo asegurarse que la Comisión delegada de Cumplimiento, cuyo cometido básico es evaluar la eficiencia de sus reglas de control y decisión y vigilar su efectiva observancia, participe en la elaboración de esta información.

De lo que se trata es de que el Consejo de Administración incluya en su documentación pública anual información de sus reglas de gobierno. Parece muy aconsejable que las compañías justifiquen sus decisiones de no seguir las pautas recomendadas en el Código de Buen Gobierno que resulta de nuestro Informe. Esta exigencia de información razonada servirá, además, para fomentar en las sociedades el hábito de reflexionar regularmente sobre sus estructuras de gobierno, estimulándolas a adaptarse a las exigencias de los mercados, en beneficio de una mayor credibilidad.

7. CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO (ELABORADO POR LA COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DE UN CÓDIGO ÉTICO DE LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES. MADRID, 26 DE FEBRERO DE 1998)

A) *Consideraciones generales*

1.º Sirven de base a este Código las consideraciones contenidas en el precedente informe sobre el Consejo de Administración, que constituyen una reflexión y, a la vez, una invitación a los destinatarios a reflexionar sobre las cuestiones más importantes que plantea en la actualidad el gobierno de las sociedades.

2.º El Código está dirigido, principalmente, a las sociedades españolas que cotizan en el mercado de valores y, en especial, a aquellas que presentan en la composición de su capital social un porcentaje mayoritario de acciones de libre circulación.

3.º El Código formula recomendaciones que pretenden sintetizar medidas o prácticas de buen gobierno en el estado actual de evolución de las sociedades españolas. No trata de proponer normas de Derecho objetivo, sino de ofrecer a la consideración de las sociedades destinatarias un catálogo de medidas que, en uso de la libre autonomía de la voluntad y de la facultad de autorregulación que nuestro ordenamiento jurídico les reconoce, podrán adoptar en sus estatutos o reglas de funcionamiento orgánico. Dado el carácter de relatividad y flexibilidad con que se formulan las recomendaciones, las sociedades que opten por aceptarlas podrán, además, adaptarlas a sus propias características y circunstancias.

4.º Las medidas que constituyen objeto de recomendación se centran en los Consejos de Administración y se inspiran en los principios de cuenta y razón —que incluye los de transparencia y responsabilidad del Consejo— y de eficacia, al servicio del interés social, definido conforme a la regla de creación de valor para el accionista.

B) *Recomendaciones*

Se recomienda a las sociedades destinatarias que tomen en consideración las medidas siguientes:

1.ª Que el Consejo de Administración asuma expresamente como núcleo de su misión la función general de supervisión, ejerza con carácter indelegable las responsabilidades que comporta y establezca un catálogo formal de las materias reservadas a su conocimiento.

2.ª Que se integre en el Consejo de Administración un número razonable de consejeros independientes, cuyo perfil responda a personas de prestigio profesional desvinculadas del equipo ejecutivo y de los accionistas significativos.

3.ª Que en la composición del Consejo de Administración los consejeros externos (dominicales e independientes) constituyan amplia mayoría sobre los ejecutivos y que la proporción entre dominicales e independientes se establezca teniendo en cuenta la relación existente entre el capital integrado por paquetes significativos y el resto.

4.ª Que el Consejo de Administración ajuste su dimensión para lograr un funcionamiento más eficaz y participativo. En principio, el tamaño adecuado podría oscilar entre cinco y quince miembros.

5.ª Que, en el caso de que el Consejo opte por la fórmula de acumulación en el Presidente del cargo de primer ejecutivo de la sociedad, adopte las cautelas necesarias para reducir los riesgos de la concentración de poder en una sola persona.

6.ª Que se dote de mayor relevancia a la figura del Secretario del Consejo, reforzando su independencia y estabilidad y destacando su función de velar por la legalidad formal y material de las actuaciones del Consejo.

7.ª Que la composición de la Comisión Ejecutiva, cuando ésta exista, refleje el mismo equilibrio que mantenga el Consejo entre las distintas clases de consejeros, y que las relaciones entre ambos órganos se inspiren en el principio de transparencia, de forma que el Consejo tenga conocimiento completo de los asuntos tratados y de las decisiones adoptadas por la Comisión.

8.ª Que el Consejo de Administración constituya en su seno Comisiones delegadas de control, compuestas exclusivamente por consejeros externos, en materia de información y control contable (Auditoría); selección de consejeros y altos directivos (Nombramientos); determinación y revisión de la política de retribuciones (Retribuciones); y evaluación del sistema de gobierno (Cumplimiento).

9.ª Que se adopten las medidas necesarias para asegurar que los consejeros dispongan con la antelación precisa de la información suficiente, específicamente elaborada y orientada para preparar las sesiones del Consejo, sin que pueda eximir de su aplicación, salvo en circunstancias excepcionales, la importancia o naturaleza reservada de la información.

10. Que, para asegurar el adecuado funcionamiento del Consejo, sus reuniones se celebren con la frecuencia necesaria para el cumplimiento de su misión; se fomente por el Presidente la intervención y libre toma de posición de todos los consejeros; se cuide especialmente la redacción de las actas y se evalúe, al menos anualmente, la calidad y eficiencia de sus trabajos.

11. Que la intervención del Consejo en la selección y reelección de sus miembros se atenga a un procedimiento formal y transparente, a partir de una propuesta razonada de la Comisión de Nombramientos.

12. Que las sociedades incluyan en su normativa la obligación de los consejeros de dimitir en supuestos que puedan afectar negativamente al funcionamiento del Consejo o al crédito y reputación de la sociedad.

13. Que se establezca una edad límite para el desempeño del cargo de consejero, que podría ser de sesenta y cinco a setenta años para los consejeros ejecutivos y el Presidente, y algo más flexible para el resto de los miembros.

14. Que se reconozca formalmente el derecho de todo consejero a recabar y obtener la información y el asesoramiento necesarios para el cumplimiento de sus funciones de supervisión, y se establezcan los cauces adecuados para el ejercicio de este derecho, incluso acudiendo a expertos externos en circunstancias especiales.

15. Que la política de remuneración de los consejos, cuya propuesta, evaluación y revisión debe atribuirse a la Comisión de retribuciones, se ajuste a los criterios de moderación, relación con los rendimientos de la sociedad e información detallada e individualizada.

16. Que la normativa interna de la sociedad detalle las obligaciones que dimanen de los deberes generales de diligencia y lealtad de los consejeros, contemplando, en particular, la situación de conflictos de intereses, el deber de confidencialidad, la explotación de oportunidades de negocio y el uso de activos sociales.

17. Que el Consejo de Administración promueva la adopción de las medidas oportunas para extender los deberes de lealtad a los accionistas significativos, estableciendo, en especial, cautelas para las transacciones que se realicen entre éstos y la sociedad.

18. Que se arbitren medidas encaminadas a hacer más transparente el mecanismo de delegación de votos y a potenciar la comunicación de la sociedad con sus accionistas, en particular con los inversores institucionales.

19. Que el Consejo de Administración, más allá de las exigencias impuestas por la normativa vigente, se responsabilice de suministrar a los mercados información rápida, precisa y fiable, en especial cuando se refiere a la estructura del accionariado, a modificaciones sustanciales de las reglas de gobierno, a operaciones vinculadas en especial relieve o a la autocartera.

20. Que toda la información financiera periódica que, además de la anual, se ofrezca a los mercados se elabore conforme a los mismos principios y prácticas profesionales de las cuentas anuales, y antes de ser difundida, sea verificada por la Comisión de Auditoría.

21. Que el Consejo de Administración y la Comisión de Auditoría vigilen las situacio-

nes que puedan suponer riesgo para la independencia de los auditores externos de la sociedad y, en concreto, que verifiquen el porcentaje que representan los honorarios satisfechos por todos los conceptos sobre el total de los ingresos de la firma auditoría, y que se informe públicamente de los correspondientes a servicios profesionales de naturaleza distinta a los de auditoría.

22. Que el Consejo de Administración procure evitar que las cuentas por él formuladas se presenten a la Junta General con reservas y salvedades en el informe de auditoría, y que, cuando ello no sea posible, tanto el Consejo como los auditores expliquen con claridad a los accionistas y a los mercados el contenido y el alcance de las discrepancias.

23. Que el Consejo de Administración incluya en su informe público anual información sobre sus reglas de gobierno, razonando las que no se ajusten a las recomendaciones de este Código.

IV. REGLAMENTO TIPO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN AJUSTADO AL CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO (ELABORADO POR LA CMNV Y PRESENTADO EN LA BOLSA DE MADRID EL 19 DE MAYO DE 1998)

CAPÍTULO PRIMERO PRELIMINAR

Artículo 1.º Finalidad.—1. El presente Reglamento tiene por objeto determinar los principios de actuación del Consejo de Administración de [...], las reglas básicas de su organización y funcionamiento y las normas de conducta de sus miembros.

2. Las normas de conducta establecidas en este Reglamento para los Consejeros serán aplicables, en la medida en que resulten compatibles con su específica naturaleza, a los altos directivos de la compañía.

Art. 2.º Interpretación.—El presente Reglamento se interpretará de conformidad con las normas legales y estatutarias que sean de aplicación y con los principios y recomendaciones de la *Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades*.

Art. 3.º Modificación.—1. El presente Reglamento sólo podrá modificarse a instancia del Presidente, de tres Consejeros o de la Comisión de Auditoría y Cumplimiento, que deberán acompañar su propuesta de una memoria justificativa.

2. Las propuestas de modificación deberán ser informadas por la Comisión de Auditoría y Cumplimiento.

3. El texto de la propuesta, la memoria justificativa de sus autores y, en su caso, el Informe de la Comisión de Auditoría y Cumplimiento deberán adjuntarse a la convocatoria de la reunión del Consejo que haya de deliberar sobre ella.

La convocatoria habrá de efectuarse con una antelación mínima de diez días.

4. La modificación del Reglamento exigirá para su validez acuerdo adoptado por una mayoría de dos tercios de los consejeros presentes.

Art. 4.º Difusión.—1. Los consejeros y altos directivos tienen la obligación de conocer, cumplir y hacer cumplir el presente Reglamento. A tal efecto, el Secretario del Consejo facilitará a todos ellos un ejemplar del mismo.

2. El Consejo de Administración adoptará las medidas oportunas para que el Reglamento alcance difusión entre los accionistas y el público inversor en general.

CAPÍTULO II MISIÓN DEL CONSEJO

Art. 5.º Función general de supervisión.—1. Salvo en las materias reservadas a la competencia de la Junta General, el Consejo de Administración es el máximo órgano de decisión de la Compañía.

2. La política del Consejo es delegar la gestión ordinaria de la compañía en los órganos ejecutivos y en el equipo de dirección y concentrar su actividad en la función general de supervisión.

3. No podrán ser objeto de delegación aquellas facultades legal o institucionalmente reservadas al conocimiento directo del Consejo ni aquellas otras necesarias para un responsable ejercicio de la función general de supervisión.

A estos últimos efectos, el Consejo se obliga, en particular, a ejercer directamente las responsabilidades siguientes:

- a) Aprobación de las estrategias generales de la sociedad;
- b) nombramiento, retribución y, en su caso, destitución de los más altos directivos de la sociedad;
- c) aprobar la política en materia de autocartera;
- d) control de la actividad de gestión y evaluación de los directivos;
- e) identificación de los principales riesgos de la sociedad, en especial los riesgos que procedan de operaciones con derivados, e implantación y seguimiento de los sistemas de control interno y de información adecuados;
- f) determinación de las políticas de información y comunicación con los accionistas, los mercados y la opinión pública;
- g) y en general, las operaciones que entrañen la disposición de activos sustanciales de la compañía y las grandes operaciones societarias;
- h) las específicamente previstas en este Reglamento.

Art. 6.º Creación de valor para el accionista.—1. El criterio que han de presidir en todo momento la actuación del Consejo de Administración es la maximización del valor de la empresa.

2. En aplicación del criterio anterior, el Consejo determinará y revisará las estrategias empresariales y financieras de la empresa de conformidad con las siguientes indicaciones:

- a) La planificación de la empresa debe centrarse en la obtención de ganancias seguras y en la maximización de los flujos de caja a largo plazo.
- b) La adopción de nuevos proyectos de inversión debe basarse en la obtención de un rendimiento adecuado en relación al coste de capital de la compañía.
- c) La tesorería discrecional que no sea necesaria para nuevos proyectos de inversión o para mantener la solidez financiera de la sociedad debe ser distribuida entre los accionistas.
- d) Las operaciones de la compañía deben ser revisadas permanentemente a fin de hacerlas coste-efectivas.

3. En el ámbito de la organización corporativa, el Consejo adoptará las medidas necesarias para asegurar:

- a) que la dirección de la empresa persigue la creación de valor para los accionistas y tiene los incentivos correctos para hacerlo;
- b) que la dirección de la empresa se halla bajo la efectiva supervisión del Consejo;
- c) que ninguna persona o grupo reducido de personas ostenta un poder de decisión no sometido a contrapesos y controles;
- d) que ningún accionista recibe un trato de privilegio en relación a los demás.

Art. 7.º Otros intereses.—La maximización del valor de la empresa en interés de los accionistas necesariamente habrá de desarrollarse por el Consejo de Administración respetando las exigencias impuestas por el derecho, cumpliendo de buena fe los contratos explícitos e implícitos concertados con los trabajadores, proveedores, financiadores y clientes y, en general, observando aquellos deberes éticos que razonablemente imponga una responsable conducción de los negocios.

CAPÍTULO III COMPOSICIÓN DEL CONSEJO

Art. 8.º Composición cualitativa.—1. El Consejo de Administración, en el ejercicio de sus facultades de propuesta a la Junta General y de cooptación para la cobertura de vacantes, pro-

curará que en la composición del órgano los consejeros externos o no ejecutivos representen una amplia mayoría sobre los consejeros ejecutivos.

A estos efectos, se entenderá que son ejecutivos los consejeros delegados y los que por cualquier otro título desempeñen responsabilidades de gestión dentro de la compañía.

2. El Consejo procurará igualmente que dentro del grupo mayoritario de los consejeros externos se integren los titulares o los representantes de los titulares de participaciones significativas estables en el capital de la sociedad (consejeros dominicales) y profesionales de reconocido prestigio que no se encuentren vinculados al equipo ejecutivo o a los accionistas significativos (consejeros independientes).

3. Con el fin de establecer un equilibrio razonable entre los consejeros dominicales y los consejeros independientes, el Consejo atenderá a la estructura de propiedad de la sociedad, de manera que la relación entre una y otra clase de consejeros refleje la relación entre el capital estable y el capital flotante.

Art. 9.º *Composición cuantitativa.*—1. El Consejo de Administración estará formado por el número de consejeros que determine la Junta General dentro de los límites fijados por los Estatutos de la sociedad.

2. El Consejo propondrá a la Junta General el número que, de acuerdo con las cambiantes circunstancias de la compañía, resulte más adecuado para asegurar la debida representatividad y el eficaz funcionamiento del órgano. El número propuesto no excederá en ningún caso de quince.

CAPÍTULO IV ESTRUCTURA DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Art. 10. *El Presidente del Consejo.*—1. El Presidente del Consejo de Administración será elegido de entre sus miembros y tendrá la condición de Primer Ejecutivo de la Compañía. En consecuencia, le serán delegadas todas las competencias delegables de conformidad con lo prevenido en la Ley, los Estatutos y este Reglamento y le corresponderá la efectiva dirección de los negocios de la Compañía, de acuerdo siempre con las decisiones y criterios fijados por la Junta General de Accionistas y el Consejo de Administración en los ámbitos de sus respectivas competencias.

2. Corresponde al Presidente la facultad ordinaria de convocar el Consejo de Administración, de formar el orden del día de sus reuniones y de dirigir los debates. El Presidente, no obstante, deberá convocar el Consejo e incluir en el orden del día los extremos de que se trate cuando así lo solicite el Vicepresidente o [...] consejeros.

3. En caso de empate en las votaciones, el voto del Presidente será dirimente.

Art. 11. *El Vicepresidente.*—1. El Consejo deberá designar necesariamente un Vicepresidente, que sustituirá al Presidente en caso de imposibilidad o ausencia.

2. El Vicepresidente deberá ser designado de entre los consejeros independientes, y gozará de las siguientes facultades:

a) Convocar el Consejo en caso de que el Presidente no haya atendido su solicitud y, en todo caso, una vez al año, para evaluar la labor del Presidente en su condición de tal y de Primer Ejecutivo de la compañía. En esta sesión, no estará presente el Presidente.

b) Actuar como coordinador de los consejeros independientes, pudiendo a tal efecto recabar de las distintas instancias de la organización social y remitir a los consejeros independientes la información que estime oportuna; convocar reuniones de este grupo de consejeros para valorar la eficacia de los sistemas de gobierno de la compañía y, en general, hacerse eco de sus preocupaciones.

3. El Consejo podrá además nombrar más de un Vicepresidente. En ese caso, la posición definida en el apartado anterior recaerá sobre el Vicepresidente Primero.

Art. 12. *El Secretario del Consejo.*—1. El Secretario del Consejo de Administración deberá ser elegido de entre sus miembros.

2. El Secretario auxiliará al Presidente en sus labores y deberá proveer para el buen

funcionamiento del Consejo ocupándose, muy especialmente, de prestar a los consejeros el asesoramiento y la información necesarias, de conservar la documentación social, de reflejar debidamente en los libros de actas el desarrollo de las sesiones y de dar fe de los acuerdos del órgano.

3. El Secretario cuidará en todo caso de la legalidad formal y material de las actuaciones del Consejo y garantizará que sus procedimientos y reglas de gobierno sean respetados y regularmente revisados.

Art. 13. *El Vicesecretario del Consejo.*—1. El Consejo de Administración podrá nombrar un Vicesecretario, que no necesitará ser Consejero, para que asista al Secretario del Consejo de Administración o le sustituya en caso de ausencia en el desempeño de tal función.

2. Salvo decisión contraria del Consejo de Administración, el Vicesecretario podrá asistir a las sesiones del mismo para auxiliar al Secretario en la redacción del acta de la sesión.

Art. 14. *Órganos delegados del Consejo de Administración.*—1. Sin perjuicio de las delegaciones de facultades que se realicen a título individual al Presidente o a cualquier otro consejero (consejeros delegados) y de la facultad que le asiste para constituir Comisiones delegadas por áreas específicas de actividad, el Consejo de Administración constituirá en todo caso una Comisión Ejecutiva, con facultades decisorias generales, una Comisión de Auditoría y Cumplimiento y una Comisión de Nombramientos y Retribuciones, estas últimas únicamente con facultades de información, asesoramiento y propuesta en las materias determinadas por los artículos siguientes.

2. La Comisión de Nombramientos y Retribuciones evaluará el perfil de las personas más idóneas para formar parte de las distintas Comisiones y elevará al Consejo las correspondientes propuestas. En todo caso, tomará en consideración las sugerencias que le hagan llegar el Presidente y el Vicepresidente.

3. Las Comisiones regularán su propio funcionamiento, nombrarán de entre sus miembros a un Presidente y a un Secretario y se reunirán previa convocatoria del Presidente. Las Comisiones elaborarán anualmente un plan de actuaciones del que darán cuenta al Consejo. En lo no previsto especialmente, se aplicarán las normas de funcionamiento establecidas por este Reglamento en relación al Consejo, siempre y cuando sean compatibles con la naturaleza y función de la Comisión.

Art. 15. *La Comisión Ejecutiva.*—1. La Comisión Ejecutiva estará compuesta por [...] Consejeros.

La composición cualitativa de la Comisión Ejecutiva deberá reflejar razonablemente la composición del Consejo y el equilibrio establecido en este órgano entre consejeros ejecutivos, dominicales e independientes.

2. La adopción de los acuerdos de nombramiento de los miembros de la Comisión Ejecutiva Permanente requerirá el voto favorable de al menos los dos tercios de los miembros del Consejo de Administración.

3. Actuará como Presidente de la Comisión Ejecutiva el Presidente del Consejo de Administración y desempeñará su secretaría el Secretario del Consejo, que podrá ser asistido por el Vicesecretario.

4. La delegación permanente de facultades por parte del Consejo de Administración a favor de la Comisión Ejecutiva comprenderá todas las facultades del Consejo, salvo las que legal o institucionalmente indelegables o las que no puedan ser delegadas por virtud de lo dispuesto en el presente Reglamento.

5. La Comisión Ejecutiva celebrará sus sesiones ordinarias con periodicidad, en principio, quincenal.

6. En aquellos casos en que, a juicio del Presidente o de tres miembros de la Comisión Ejecutiva, la importancia del asunto así lo aconsejara, los acuerdos adoptados por la Comisión se someterán a ratificación del pleno del Consejo.

Otro tanto será de aplicación en relación con aquellos asuntos que el Consejo hubiese remitido para su estudio a la Comisión Ejecutiva reservándose la última decisión sobre los mismos.

En cualquier caso, los acuerdos adoptados por la Comisión Ejecutiva serán válidos y vinculantes sin necesidad de ratificación posterior por el pleno del Consejo.

7. La Comisión Ejecutiva ha de informar al Consejo de los asuntos tratados y de las decisiones adoptadas en sus sesiones.

Art. 16. La Comisión de Auditoría y Cumplimiento.—1. La Comisión de Auditoría y Cumplimiento estará formada por [...] consejeros externos y, en su composición, reflejará razonablemente la relación existente en el Consejo entre consejeros dominicales y consejeros independientes.

2. Sin perjuicio de otros cometidos que le asigne el Consejo, la Comisión de Auditoría y Cumplimiento tendrá las siguientes responsabilidades básicas:

a) proponer la designación del auditor, las condiciones de contratación, el alcance del mandato profesional y, en su caso, la revocación o no renovación;

b) revisar las cuentas de la sociedad, vigilar el cumplimiento de los requerimientos legales y la correcta aplicación de los principios de contabilidad generalmente aceptados, así como informar las propuestas de modificación de principios y criterios contables surgidos por la dirección;

c) servir de canal de comunicación entre el Consejo de Administración y los auditores, evaluar los resultados de cada auditoría y las respuestas del equipo de gestión a sus recomendaciones y mediar en los casos de discrepancias entre aquéllos y éste en relación con los principios y criterios aplicables en la preparación de los estados financieros;

d) comprobar la adecuación e integridad de los sistemas internos de control y revisar la designación y sustitución de sus responsables;

e) supervisar el cumplimiento del contrato de auditoría, procurando que la opinión sobre las cuentas anuales y los contenidos principales del informe de auditoría sean redactados de forma clara y precisa;

f) revisar los folletos de emisión y la información financiera periódica que deba suministrar el Consejo a los mercados y sus órganos de supervisión;

g) examinar el cumplimiento del Reglamento Interno de Conducta en los Mercados de Valores, del presente Reglamento y, en general, de las reglas de gobierno de la compañía y hacer las propuestas necesarias para su mejora. En particular, corresponde a la Comisión de Auditoría y Cumplimiento recibir información y, en su caso, emitir informe sobre medidas disciplinarias a miembros del alto equipo directivo de la Compañía.

4. La Comisión de Auditoría y Cumplimiento se reunirá periódicamente en función de las necesidades y, al menos, cuatro veces al año. Una de las sesiones estará destinada necesariamente a evaluar la eficiencia y el cumplimiento de las reglas y procedimientos de gobierno de la sociedad y preparar la información que el Consejo de Administración ha de aprobar e incluir dentro de su documentación pública anual.

5. Estará obligado a asistir a las sesiones de la Comisión y a prestarle su colaboración y acceso a la información de que disponga, cualquier miembro del equipo directivo o del personal de la Compañía que fuese requerido a tal fin. También podrá requerir la Comisión la asistencia a sus sesiones de los Auditores de Cuentas.

6. Para el mejor cumplimiento de sus funciones, podrá la Comisión de Auditoría y Cumplimiento recabar el asesoramiento de profesionales externos, a cuyo efecto será de aplicación lo dispuesto en el artículo 27 de este Reglamento.

Art. 17. La Comisión de Nombramientos y Retribuciones.—1. La Comisión de Nombramientos y Retribuciones estará formada por [...] consejeros externos y, en su composición reflejará razonablemente la relación existente en el Consejo entre consejeros dominicales y consejeros independientes.

2. Sin perjuicio de otros cometidos que le asigne el Consejo, la Comisión de Nombramientos y Retribuciones tendrá las siguientes responsabilidades básicas:

a) formular y revisar los criterios que deben seguirse para la composición del Consejo de Administración y la selección de candidatos;

b) elevar al Consejo las propuestas de nombramiento de consejeros para que éste proceda directamente a designarlos (cooptación) o las haga suyas para someterlas a la decisión de la Junta;

c) proponer al Consejo los miembros que deban formar parte de cada una de las Comisiones;

d) proponer al Consejo de Administración el sistema y la cuantía de las retribuciones anuales de los consejeros y directores generales;

e) revisar periódicamente los programas de retribución, ponderando su adecuación y sus rendimientos;

f) velar por la transparencia de las retribuciones;

g) informar en relación a las transacciones que impliquen o puedan implicar conflictos de intereses y, en general, sobre las materias contempladas en el capítulo IX del presente Reglamento.

3. La Comisión deberá considerar las sugerencias que le hagan llegar el Presidente, los miembros del Consejo, los directivos o los accionistas de la sociedad.

4. La Comisión de Nombramientos y Retribuciones se reunirá cada vez que el Consejo o su Presidente solicite la emisión de un informe o la adopción de propuestas y, en cualquier caso, siempre que resulte conveniente para el buen desarrollo de sus funciones. En todo caso, se reunirá una vez al año para preparar la información sobre las retribuciones de los Consejeros que el Consejo de Administración ha de aprobar e incluir dentro de su documentación pública anual.

CAPÍTULO V

FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO

Art. 18. Reuniones del Consejo de Administración.—1. El Consejo de Administración se reunirá, de ordinario, mensualmente y, a iniciativa del Presidente, cuantas veces éste lo estime oportuno para el buen funcionamiento de la compañía.

2. La convocatoria de las sesiones ordinarias se efectuará por carta, fax, telegrama o correo electrónico, y estará autorizada con la firma del Presidente o la del Secretario o Vicesecretario por orden del Presidente.

La convocatoria se cursará con una antelación mínima de tres días.

La convocatoria incluirá siempre el orden del día de la sesión y se acompañará de la información relevante debidamente resumida y preparada.

3. Las sesiones extraordinarias del Consejo podrán convocarse por teléfono y no será de aplicación el plazo de antelación y los demás requisitos que se indican en el apartado anterior, cuando a juicio del Presidente las circunstancias así lo justifiquen.

4. El Consejo elaborará un plan anual de las sesiones ordinarias y dispondrá de un catálogo formal de las materias que serán objeto de tratamiento. Además de la sesión a que hace referencia la letra a) del artículo 11.2, el Consejo dedicará al menos una sesión al año a evaluar su funcionamiento y la calidad de sus trabajos.

Art. 19. Desarrollo de las sesiones.—1. El Consejo quedará válidamente constituido cuando concurran al menos la mitad de sus miembros, presentes o representados.

Los consejeros harán todo lo posible para acudir a las sesiones del Consejo y, cuando no puedan hacerlo personalmente, procurarán que la representación que confieran a favor de otro miembro del Consejo corresponda a otro del mismo grupo e incluya las oportunas instrucciones.

2. El Presidente organizará el debate procurando y promoviendo la participación de todos los consejeros en las deliberaciones del órgano.

3. Salvo en los casos en que específicamente se hayan establecido otros quorums de votación, los acuerdos se adoptarán por mayoría (simple o absoluta) de los asistentes.

CAPÍTULO VI

DESIGNACIÓN Y CESE DE CONSEJEROS

Art. 20. Nombramiento de consejeros.—1. Los consejeros serán designados por la Junta General o por el Consejo de Administración de conformidad con las previsiones contenidas en la Ley de Sociedades Anónimas.

2. Las propuestas de nombramiento de consejeros que someta el Consejo de Administración a la consideración de la Junta General y las decisiones de nombramiento que adopte dicho órgano en virtud de las facultades de cooptación que tiene legalmente atribuidas deberán estar precedidas de la correspondiente propuesta de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones.

Cuando el Consejo se aparte de las recomendaciones de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones habrá de motivar las razones de su proceder y dejar constancia en acta de sus razones.

Art. 21. Designación de consejeros externos.—1. El Consejo de Administración y la Comisión de Nombramientos y Retribuciones, dentro del ámbito de sus competencias, procurarán que la elección de candidatos recaiga sobre personas de reconocida solvencia, competencia y experiencia, debiendo extremar el rigor en relación a aquellas llamadas a cubrir los puestos de consejero independiente previstos en el artículo 8 de este Reglamento.

2. El Consejo de Administración no podrá proponer o designar para cubrir un puesto de consejero independiente a personas que tengan alguna relación con la gestión de la compañía o se hallen vinculadas por razones familiares, profesionales o comerciales con los consejeros ejecutivos o con otros altos directivos de la sociedad.

En particular, no podrán ser propuestos o designados como consejeros independientes:

- a) las personas que desempeñen o hayan desempeñado en los dos últimos años puestos ejecutivos en la compañía;
- b) los familiares de quien sea o haya sido en los últimos dos años consejero ejecutivo o alto directivo de la sociedad;
- c) las personas que directa o indirectamente, a través de sociedades en las que participen de manera significativa, hayan hecho o hayan recibido pagos de la compañía que pudieran comprometer su independencia.
- d) las personas que tengan otras relaciones con la compañía que, a juicio de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones, puedan mermar su independencia.

Art. 22. Reelección de consejeros.—1. Las propuestas de reelección de consejeros que el Consejo de Administración decida someter a la Junta General habrán de sujetarse a un proceso formal de elaboración, del que necesariamente formará parte un informe emitido por la Comisión de Nombramientos y Retribuciones en el que se evaluarán la calidad del trabajo y la dedicación al cargo de los consejeros propuestos durante el mandato precedente.

2. El Consejo de Administración procurará que los consejeros externos que sean reelegidos no permanezcan adscritos siempre a la misma Comisión Delegada.

Art. 23. Duración del cargo.—1. Los consejeros ejercerán su cargo durante el plazo máximo de [...] años, pudiendo ser reelegidos.

2. Los consejeros designados por cooptación ejercerán su cargo hasta la fecha de reunión de la primera Junta General.

3. El Consejero que termine su mandato o por cualquier otra causa cese en el desempeño de su cargo no podrá prestar servicios en otra entidad que tenga un objeto social análogo al de la Compañía durante el plazo de dos años.

El Consejo de Administración, si lo considera oportuno, podrá dispensar al consejero saliente de esta obligación a acortar el período de su duración.

Art. 24. Cese de los consejeros.—1. Los consejeros cesarán en el cargo cuando haya transcurrido el período para el que fueron nombrados y cuando lo decidan la Junta General o el Consejo de Administración en uso de las atribuciones que tienen conferidas legal o estatutariamente.

2. Los consejeros deberán poner su cargo a disposición del Consejo de Administración y formalizar, si éste lo considera conveniente, la correspondiente dimisión en los siguientes casos:

- a) Cuando alcancen la edad de setenta años. El Presidente, los Vicepresidentes, los Consejeros Delegados y el Secretario del Consejo cesarán a los sesenta y cinco años, pero podrán continuar como consejeros.
- b) Cuando cesen en los puestos ejecutivos a los que estuviere asociado su nombramiento como consejero.
- c) Cuando se vean incurso en alguno de los supuestos de incompatibilidad o prohibición legalmente previstos.
- d) Cuando resulten procesados por un hecho presuntamente delictivo o sean objeto de un expediente disciplinario por falta grave o muy grave instruido por las autoridades supervisoras.

e) Cuando resulten gravemente amonestados por la Comisión de Auditoría y Cumplimiento por haber infringido sus obligaciones como consejeros.

f) Cuando su permanencia en el Consejo pueda poner en riesgo los intereses de la sociedad o cuando desaparezcan las razones por las que fueron nombrados (por ej., cuando un consejero dominical se deshace de su participación en la compañía).

Art. 25. Objetividad y secreto de las votaciones.—1. De conformidad con lo previsto en el artículo 33 de este Reglamento, los consejeros afectados por propuestas de nombramiento, reelección o cese se abstendrán de intervenir en las deliberaciones y votaciones que traten de ellas.

2. Todas las votaciones del Consejo de Administración que versen sobre el nombramiento, reelección o cese de consejeros serán secretas.

CAPÍTULO VII INFORMACIÓN DEL CONSEJERO

Art. 26. Facultades de información e inspección.—1. El consejero se halla investido de las más amplias facultades para informarse sobre cualquier aspecto de la compañía, para examinar sus libros, registros, documentos y demás antecedentes de las operaciones sociales y para inspeccionar todas sus instalaciones. El derecho de información se extiende a las sociedades filiales, sean nacionales o extranjeras.

2. Con el fin de no perturbar la gestión ordinaria de la compañía, el ejercicio de las facultades de información se canalizará a través del Presidente o del Secretario del Consejo de Administración, quienes atenderán las solicitudes del consejero facilitándole directamente la información, ofreciéndole los interlocutores apropiados en el estrato de la organización que proceda o arbitrando las medidas para que pueda practicar *in situ* las diligencias de examen e inspección deseadas.

Art. 27. Auxilio de expertos.—1. Con el fin de ser auxiliados en el ejercicio de sus funciones, los consejeros externos pueden solicitar la contratación con cargo a la sociedad de asesores legales, contables, financieros u otros expertos.

El encargo ha de versar necesariamente sobre problemas concretos de cierto relieve y complejidad que se presenten en el desempeño del cargo.

2. La decisión de contratar ha de ser comunicada al Presidente de la compañía y puede ser vetada por el Consejo de Administración si acredita:

a) que no es precisa para el cabal desempeño de las funciones encomendadas a los consejeros externos;

b) que su coste no es razonable a la vista de la importancia del problema y de los activos e ingresos de la compañía; o

c) que la asistencia técnica que se recaba puede ser dispensada adecuadamente por expertos y técnicos de la compañía.

CAPÍTULO VIII RETRIBUCIÓN DEL CONSEJERO

Art. 28. Retribución del consejero.—1. El consejero tendrá derecho a obtener la retribución que se fije por el Consejo de Administración con arreglo a las previsiones estatutarias y de acuerdo con las indicaciones de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones.

2. El Consejo procurará que la retribución del Consejero sea moderada en función de las exigencias del mercado y que en una parte significativa se halle vinculada a los rendimientos de la compañía.

3. La retribución de cada consejero será plenamente transparente. Con esta finalidad, la Comisión de Nombramientos y Retribuciones redactará una memoria anual sobre la política de retribución de los consejeros y el detalle de la percibida por cada uno de ellos con desglose de todas las partidas que la integren (sueldo base, dietas, bonus o gratificaciones, esquemas de incentivos, pensiones, seguros, beneficios en especies, etc.). Esta memoria,

una vez aprobada por el Consejo, será trasladada a los accionistas en la Junta General ordinaria.

Art. 29. Retribución del consejero externo.—El Consejo de Administración y la Comisión de Nombramiento y Retribuciones adoptarán todas las medidas que estén a su alcance para asegurar que la retribución de los consejeros externos se ajusta a las siguientes directrices:

- a) El consejero externo debe ser retribuido en función de su dedicación efectiva.
- b) El consejero externo debe quedar excluido de los sistemas de previsión financiados por la sociedad para los supuestos de cese, fallecimiento o cualquier otro.
- c) El importe de la retribución del consejero externo debe calcularse de tal manera que ofrezca incentivos para su dedicación, pero no constituya un obstáculo para su independencia.

CAPÍTULO IX DEBERES DEL CONSEJERO

Art. 30. Obligaciones generales del consejero.—1. De acuerdo con lo prevenido en los artículos 5 y 6, la función del consejero es orientar y controlar la gestión de la compañía con el fin de maximizar su valor en beneficio de los accionistas.

2. En el desempeño de sus funciones, el consejero obrará con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, quedando obligado, en particular, a:

- a) informarse y preparar adecuadamente las reuniones del Consejo y de los órganos delegados a los que pertenezca;
- b) asistir a las reuniones de los órganos de que forme parte y participar activamente en las deliberaciones a fin de que su criterio contribuya efectivamente en la toma de decisiones.

En el caso de que, por causa justificada, no pueda asistir a las sesiones a las que ha sido convocado, deberá instruir al consejero que haya de representarlo. Los consejeros externos no podrán hacerse representar más que por consejeros de la misma clase.

c) Realizar cualquier cometido específico que le encomiende el Consejo de Administración y se halle razonablemente comprendido en su compromiso de dedicación.

d) Investigar cualquier irregularidad en la gestión de la compañía de la que haya podido tener noticia y vigilar cualquier situación de riesgo.

e) Instar a las personas con capacidad de convocatoria para que convoquen una reunión extraordinaria del Consejo o incluyan en el orden del día de la primera que haya de celebrarse los extremos que considere convenientes.

Art. 31. Deber de confidencialidad del consejero.—1. El consejero guardará secreto de las deliberaciones del Consejo de Administración y de los órganos delegados de que forma parte y, en general, se abstendrá de revelar las informaciones a las que haya tenido acceso en el ejercicio de su cargo.

2. La obligación de confidencialidad subsistirá aun cuando haya cesado en el cargo.

Art. 32. Obligación de no competencia.—1. El consejero no puede prestar sus servicios profesionales en sociedades que tengan un objeto social total o parcialmente análogo al de la compañía. Quedan a salvo los cargos que pueden desempeñarse en sociedades del grupo.

2. Antes de aceptar cualquier puesto directivo en otra compañía o entidad, el consejero deberá consultar a la Comisión de Nombramientos y Retribuciones.

Art. 33. Conflictos de interés.—1. El consejero deberá abstenerse de asistir e intervenir en las deliberaciones que afecten a asuntos en los que se halle interesado personalmente.

Se considerará que también existe interés personal del consejero cuando el asunto afecte a un miembro de su familia o a una sociedad en la que desempeñe un puesto directivo o tenga una participación significativa.

2. El consejero no podrá realizar directa o indirectamente transacciones profesionales o comerciales con la compañía a no ser que informe anticipadamente de la situación de conflicto de intereses, y el Consejo, previo informe de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones, apruebe la transacción.

Art. 34. *Uso de activos sociales.*—1. El consejero no podrá hacer uso de los activos de la compañía ni valerse de su posición en la sociedad para obtener una ventaja patrimonial a no ser que haya satisfecho una contraprestación adecuada.

2. Excepcionalmente podrá dispensarse al consejero de la obligación de satisfacer la contraprestación, pero en ese caso la ventaja patrimonial será considerada retribución indirecta y deberá ser autorizada por el Consejo, previo informe de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones.

Si la ventaja es recibida en su condición de socio, sólo resultará procedente si se respeta el principio de paridad de trato de los accionistas.

Art. 35. *Información no pública.*—1. El uso por el consejero de información no pública de la compañía con fines privados sólo procederá si se satisfacen las siguientes condiciones:

a) que dicha información no se aplique en conexión con operaciones de adquisición o venta de valores de la compañía;

b) que su utilización no cause perjuicio alguno a la compañía; y

c) que la compañía no ostente un derecho de exclusiva o una posición jurídica de análogo significado sobre la información que desea utilizarse.

2. Complementariamente a la condición prevista en la anterior letra a), el consejero ha de observar las normas de conducta establecidas en la legislación del mercado de valores y, en especial, las consagradas en el *Reglamento Interno de Conducta en los mercados de valores* de la Compañía.

3. La condición prevista en la anterior letra c) puede suplirse observando las reglas contenidas en el artículo anterior.

Art. 36. *Oportunidades de negocios.*—1. El consejero no puede aprovechar en beneficio propio o de un allegado una oportunidad de negocio de la compañía, a no ser que previamente se le ofrezca a ésta, que ésta desista de explotarla y que el aprovechamiento sea autorizado por el Consejo, previo informe de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones.

2. A los efectos del apartado anterior se entiende por oportunidad de negocio cualquier posibilidad de realizar una inversión u operación comercial que haya surgido o se haya descubierto en conexión con el ejercicio del cargo por parte del consejero, o mediante la utilización de medios e información de la compañía, o bajo circunstancias tales que sea razonable pensar que el ofrecimiento del tercero en realidad estaba dirigido a la compañía.

Art. 37. *Operaciones indirectas.*—El consejero infringe sus deberes de fidelidad para con la compañía si, sabiéndolo de antemano, permite o no revela la existencia de operaciones realizadas por familiares suyos o por sociedades en las que desempeña un puesto directivo o tiene una participación significativa, que no se han sometido a las condiciones y controles previstos en los artículos anteriores.

Art. 38. *Deberes de información del consejero.*—1. El consejero deberá informar a la compañía de las acciones de la misma de las que sea titular directamente o a través de sociedades en las que tenga una participación significativa. Asimismo deberá informar de aquellas otras que estén en posesión, directa o indirecta, de sus familiares más allegados, todo ello de conformidad con lo prevenido en el *Reglamento Interno de Conducta*.

2. El consejero también deberá informar a la compañía de todos los puestos que desempeñe y de las actividades que realice en otras compañías o entidades, y, en general, de cualquier hecho o situación que pueda resultar relevante para su actuación como administrador de la sociedad.

Art. 39. *Transacciones con accionistas significativos.*—1. El Consejo de Administración se reserva formalmente el conocimiento de cualquier transacción de la compañía con un accionista significativo.

2. En ningún caso, autorizará la transacción si previamente no ha sido emitido un informe por la Comisión de Nombramientos y Retribuciones valorando la operación desde el punto de vista de la igualdad de trato de los accionistas y de las condiciones de mercado.

3. *Tratándose de transacciones ordinarias*, bastará la autorización genérica de la línea de operaciones y de sus condiciones de ejecución.

Art. 40. Principio de transparencia.—El Consejo de Administración reflejará en su información pública anual un resumen de las transacciones realizadas por la compañía con sus consejeros y accionistas significativos. La información tendrá por objeto el volumen global de las operaciones y la naturaleza de las más relevantes.

CAPÍTULO X RELACIONES DEL CONSEJO

Art. 41. Relaciones con los accionistas.—1. El Consejo de Administración arbitrará los cauces adecuados para conocer las propuestas que puedan formular los accionistas en relación con la gestión de la compañía.

2. El Consejo, por medio de algunos de sus consejeros y con la colaboración de los miembros de la alta dirección que estime pertinentes, podrá organizar reuniones informativas sobre la marcha de la Compañía y de su Grupo, para los accionistas que residan en las plazas financieras más relevantes, de España y de otros países.

3. Las solicitudes públicas de delegación del voto realizadas por el Consejo de Administración o por cualquiera de sus miembros deberán justificar de manera detallada el sentido en que votará el representante en caso de que el accionista no imparta instrucciones y, cuando proceda, revelar la existencia de conflictos de intereses.

4. El Consejo de Administración promoverá la participación informada de los accionistas en las Juntas Generales y adoptará cuantas medidas sean oportunas para facilitar que la Junta General de Accionistas ejerza efectivamente las funciones que le son propias conforme a la Ley y a los Estatutos sociales.

En particular, el Consejo de Administración, adoptará las siguientes medidas:

a) Se esforzará en la puesta a disposición de los accionistas, con carácter previo a la Junta, de toda cuanta información sea legalmente exigible y de toda aquella que, aún no siéndolo, pueda resultar de interés y ser suministrada razonablemente.

b) Atenderá, con la mayor diligencia, las solicitudes de información que le formulen los accionistas con carácter previo a la Junta.

c) Atenderá, con igual diligencia, las preguntas que le formulen los accionistas con ocasión de la celebración de la Junta.

Art. 42. Relaciones con los accionistas institucionales.—1. El Consejo de Administración establecerá igualmente mecanismos adecuados de intercambio de información regular con los inversores institucionales que formen parte del accionariado de la compañía.

2. En ningún caso, las relaciones entre el Consejo de Administración y los accionistas institucionales podrá traducirse en la entrega de éstos de cualquier información que les pudiera proporcionar una situación de privilegio o ventaja respecto de los demás accionistas.

Art. 43. Relaciones con los mercados.—1. El Consejo de Administración informará el público de manera inmediata sobre:

a) los hechos relevantes capaces de influir de forma sensible en la formación de los precios bursátiles;

b) los cambios en la estructura de propiedad de la compañía, tales como variaciones en las participaciones significativas, pactos de sindicación y otras formas de coalición, de las que haya tenido conocimiento;

c) las modificaciones sustanciales de las reglas de gobierno de la compañía;

d) las políticas de autocartera que se proponga llevar a cabo la sociedad al amparo de las habilitaciones obtenidas en la Junta General.

2. El Consejo de Administración adoptará las medidas precisas para asegurar que la información financiera semestral, trimestral y cualquiera otra que la prudencia exija poner a disposición de los mercados se elabore con arreglo a los mismos principios, criterios y prácticas profesionales con que se elaboran las cuentas anuales y que goce de la misma fiabilidad que esta última.

A este último efecto, dicha información será revisada por la Comisión de Auditoría y Cumplimiento.

3. El Consejo de Administración incluirá información en su documentación pública anual sobre las reglas de gobierno de la compañía y el grado de Cumplimiento del Código de Buen Gobierno. En la hipótesis de que no considere conveniente seguir las pautas recomendadas, justificará su decisión de manera razonada.

Art. 44. Relaciones con los auditores.—1. Las relaciones del Consejo con los auditores externos de la compañía se encauzarán a través de la Comisión de Auditoría y Cumplimiento.

2. El Consejo de Administración se abstendrá de contratar a aquellas firmas de auditoría en las que los honorarios que prevea satisfacerle, en todos los conceptos, sean superiores al 5 por 100 de sus ingresos totales durante el último ejercicio.

3. El Consejo de Administración informará públicamente de los honorarios globales que ha satisfecho la compañía a la firma auditora por servicios distintos de la auditoría.

4. El Consejo de Administración procurará formular definitivamente las cuentas de manera tal que no haya lugar a salvedades por parte del auditor. No obstante, cuando el Consejo considere que debe mantener su criterio, explicará públicamente el contenido y el alcance de la discrepancia.

V. CARTA CIRCULAR 11/1998 CONTENIENDO INFORMACIÓN AL MERCADO SOBRE LA ASUNCIÓN DEL CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO (ELABORADA POR LA CNMV Y DIRIGIDA A LOS PRESIDENTES DE SOCIEDADES COTIZADAS EN BOLSAS DE VALORES EL 17 DE DICIEMBRE DE 1998)

El Consejo de Ministros acordó, en su reunión de 28 de febrero de 1997, la creación de una Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las sociedades.

El acuerdo encomendó a la Comisión Especial un doble cometido: la redacción de un informe sobre la problemática de los Consejos de Administración de las sociedades que apelan a los mercados financieros y la elaboración de un Código Ético de buen gobierno de asunción voluntaria por estas sociedades.

El 23 de febrero de 1998 la Comisión Especial entregó al Gobierno el informe y el Código de Buen Gobierno, dando así cumplimiento al encargo realizado por el Consejo de Ministros. Transcurrido casi un año desde esa fecha, la experiencia acumulada ha sido muy positiva, como demuestra el hecho de que numerosas sociedades hayan modificado sus Estatutos o sus Reglamentos del Consejo para adaptarse, total o parcialmente, a las recomendaciones del Código. La buena aceptación que está teniendo el Código contribuirá, sin duda, a mejorar el gobierno de las sociedades españolas, fortaleciendo la posición de los accionistas, especialmente de los minoritarios, e introduciendo así un nuevo factor de competitividad en nuestros mercados.

Ahora bien, la implantación por parte de las sociedades de los principios del Código no estaría completa si no se proporciona la suficiente información a los accionistas y al mercado en general. Por este motivo, el acuerdo del Consejo de Ministros establece que: *«Pese al carácter voluntario para los órganos de gobierno de las sociedades de someterse al Código Ético, la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá recabar a las sociedades cotizadas la información sobre si ha sido o no asumido dicho Código.»*

En cumplimiento de este principio, las sociedades cotizadas deberían informar al mercado, a través de su informe público anual, si han asumido o no las recomendaciones del Código de Buen Gobierno. En caso de asunción parcial o si la sociedad tiene planes para adoptarlas en el futuro, debería informar a estos extremos.

Por su parte, el Código de Buen Gobierno prevé en su Recomendación 23.^a *«que el Consejo de Administración incluya en su informe público anual información sobre sus reglas de gobierno, razonando las que no se ajusten a las recomendaciones del Código.»*

Siendo el Código de Buen Gobierno de asunción voluntaria por las empresas, su Reco-

mendación 23.^a sólo es aplicable a aquellas sociedades cotizadas en el mercado bursátil que hayan decidido asumirlo.

La CNMV considera que la información es más eficaz si llega a sus destinatarios con un contenido y una presentación sistemática, homogénea y fácilmente comprensible. Para eso, las sociedades deberían elaborarla siguiendo unas pautas determinadas y de una manera uniforme, respetando la idiosincracia de cada sociedad.

Por este motivo, la CNMV ha elaborado un modelo para aquellas sociedades que decidan asumir el Código. Este modelo se debería incluir en el informe público anual, como documento adicional a las cuentas anuales, memoria, informe de gestión y auditoría, y debería ser difundido conjuntamente con éstos en el mercado mediante su remisión a las Sociedades Recretoras y a la CNMV, de acuerdo con la disposición adicional 3.^a del RD 251/1992, de 27 de marzo.

MODELO

Tendrá dos apartados:

1. *Información sobre las reglas de gobierno aplicadas por la Sociedad*

El informe debería comenzar con una breve exposición, en forma narrativa, que recoja los principios que rigen el gobierno de la sociedad y las razones que, en su caso, justifican la implantación de unas prácticas concretas o de un modelo de gobierno diferente del previsto en el Código.

La sociedad identificará el documento en el que se recogen sus reglas de gobierno, ya sea en los Estatutos, en el Reglamento del Consejo, en ambos, o en cualquier otro.

También deberá reseñar las modificaciones introducidas durante el ejercicio en cuestión que afecten a sus reglas de gobierno.

2. *Información sobre la asunción de las Recomendaciones del Código*

El informe debe exponer, siguiendo la estructura ordenada del Código, el grado de implantación de cada una de las recomendaciones, explicando, en su caso, las razones por las que cada recomendación no ha sido recogida o lo ha sido de forma parcial.

En esta parte del informe es conveniente respetar el orden de las recomendaciones que establece el Código, haciendo referencia separada a cada una de ellas, y señalando el grado y la forma de asunción. Además deberían tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

A) En la Recomendación 1.^a debe especificarse cuáles son las facultades indelegables del Consejo.

B) En relación con la Recomendación 2.^a, describir el perfil de cada uno de los consejeros independientes.

C) Cuando se haga referencia a la composición del Consejo (Recomendación 3.^a) debe identificarse a todos los miembros, incluyendo su antigüedad en el cargo.

D) En la Recomendación 8.^a, se especificarán las funciones de cada una de las comisiones delegadas, así como las personas que las componen.

E) En la Recomendación 15.^a, si la sociedad aplica una política de máxima transparencia informativa en materia de retribuciones, debería proporcionar la retribución que recibe cada consejero con el desglose que recomienda el Código. Si la sociedad no ha optado por la máxima transparencia informativa en esta materia, deben exponerse las razones que justifican dicha decisión y si existen planes para una implantación gradual o por fases del principio de máxima transparencia.

F) En relación con las Recomendaciones 16.^a y 17.^a, debe hacerse referencia a la existencia de normas internas que tengan por objeto regular las operaciones realizadas por la sociedad con sus consejeros o accionistas significativos.

G) En relación con la Recomendación 19.^a, se informará sobre las medidas adoptadas para dotar de transparencia y publicidad a las operaciones vinculadas de especial relevancia

con consejeros o accionistas significativos, y a las adquisiciones y enajenaciones de acciones propias. Se precisará dónde y cómo está disponible dicha información.

H) En relación con la Recomendación 21.ª, deberá señalarse dónde y cómo se informa públicamente de los honorarios satisfechos a los auditores por servicios profesionales de naturaleza distinta a los de auditoría.

COLECCIÓN
PRÁCTICA JURÍDICA

- Manual de documentos administrativos* (2.ª ed.).
Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas. Índice y notas de J. M. GARCÍA MADARIA.
- ABELLA SANTAMARÍA, J.: *La ordenación del mercado de valores: un ordenamiento dinámico*.
- ABELLÁN HONRUBIA, V., y otros: *Prácticas de Derecho comunitario europeo*.
- ÁLARCÓN GARCÍA, G.: *El presupuesto general de los municipios*.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., y otros: *Supuestos básicos de seguridad social*.
- ÁLVAREZ CORTINA, A. C.: *El Derecho eclesiástico español en la jurisprudencia postconstitucional (1978-1990)*.
- ÁLVAREZ CORTINA, A. C.; CAMARERO SUÁREZ, M.; GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., y VILLA ROBLEDO, M. J.: *Textos, jurisprudencia y formularios de Derecho eclesiástico del Estado y Derecho matrimonial canónico*. Manual práctico.
- AMORÓS GUARDIOLA, M., y MADERO JARABO, E.: *Jurisprudencia registral II (1986-1990)*.
- AMORÓS GUARDIOLA, M., y PAU PEDRÓN, A.: *Jurisprudencia registral I (1978-1985)*.
- AMORÓS GUARDIOLA, M., y otros: *Jurisprudencia registral III (1991-1996)* (2 vols.).
- ÁVILA ÁLVAREZ, A. M.; CASTILLO URRUTIA, J. A., y DÍAZ MIER, M. A.: *Regulación del comercio internacional tras la Ronda Uruguay*.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., y otros (coords.): *Contratos y cuasicontratos: Casos y cuestiones*.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., y otros (coords.): *Derechos reales: Casos y cuestiones*.
- BASTANTE JIMÉNEZ, V.: *Guía práctica del IVA* (2.ª ed.).
- BELMONTE NAVARRO, J.: *Derecho Procesal Laboral*. Prácticas ante los Tribunales comentadas.
- BELMONTE NAVARRO, J.: *Formularios prácticos de Derecho Laboral y Seguridad Social*.
- BERNAL HERRER, J.: *Formación general de Seguridad e Higiene del Trabajo*. Aspectos teóricos, prácticos y legales de la salud laboral.
- BLÁZQUEZ GONZÁLEZ F.: *La policía judicial*.
- BOCCIO, J. M., y DELGADO, J. M.: *Manual práctico de la Comunidad Europea*. Vol. I: Libro comercio.
- CABANILLAS BERMÚDEZ, J. M.: *El Pacto de Toledo*. Análisis descriptivo del Sistema Nacional de la Seguridad Social en España.
- CALVO SOLER, R., y otros: *Prácticas de introducción al Derecho*.
- CAMPOS SÁNCHEZ, M.: *La reforma de la prisión preventiva*. Selección de jurisprudencia.
- CANO RICO, J. R.: *Diccionario de Derecho*. Español-inglés-francés.
- CANO RICO, J. R.: *Diccionario económico financiero y bursátil*. Español-inglés-francés.
- CANO RICO, J. R.: *Enciclopedia básica de la Bolsa y del inversor financiero*.
- CANO RICO, J. R.: *Manual práctico de contratación mercantil*. Tomo I: Contratos mercantiles en general (4.ª ed.).
- CANO RICO, J. R.: *Manual práctico de contratación mercantil*. Tomo II: Contratos bancarios, y sobre Títulos-Valores (4.ª ed.).
- CARCELÉN CONESA, J. M.: *Planes de pensiones y sistemas de jubilación*. Guía simplificada de su contenido y posibilidades.
- CARRERA HERNÁNDEZ, F. J. y NAVARRO BATISTA, N.: *El espacio de libertad, seguridad y justicia en La Unión Europea*. Textos Fundamentales. Actos en materia de asilo, inmigración, cruce de fronteras, Europol, cooperación judicial penal, cooperación aduanera, acuerdos de Schengen...
- CARRERAS, J.: *Ejercicios prácticos de Derecho procesal*.
- CASANOVAS Y LA ROSA, O.: *Casos y textos de Derecho internacional público* (4.ª ed.).
- CASCAJO CASTRO, J. L., y GARCÍA ÁLVAREZ, M.: *Constituciones extranjeras contemporáneas* (3.ª ed.).
- CHÁVARRI ZAPATERO, J.: *Régimen disciplinario militar*.

- CORRAL SALVADOR, C., y URTEAGA EMBIL, J. M. (dirs.): *Diccionario de Derecho canónico*.
- DIEGO DÍAZ-SANTOS, R., y FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coords.): *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*.
- DÍEZ DE VELASCO, M., y otros: *Prácticas de Derecho internacional privado* (3.ª ed.).
- ESCRIBANO, F.; CASANA, F.; MARTÍN, J.; MONTES, M.; NATERA, R., y SILES, A.: *Casos prácticos de Derecho tributario*.
- ESTADELLA YUSTE, O.: *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*.
- FAJARDO GARCÍA, I.-G.: *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*.
- FERRER PEÑA, R. M.: *Los derechos de los extranjeros en España*.
- GALÁN CORONA, E. y GARCÍA- CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (cords.): *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*. Aspectos civiles, penales y fiscales.
- GALIACHO, J.: *Formación profesional de seguridad privada y pública*.
- GARAU SOBRINO, F. F.: *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*. Sistemas general y convencional.
- GARAU SOBRINO, F. F.: *Régimen legal de las inversiones comunitarias en España y de las españolas en países comunitarios*. Análisis de la normativa comunitaria y española.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M. P.: *Materiales de prácticas de Derecho internacional público* (2.ª ed.).
- GONZÁLEZ-HABA GUIASADO, V. M.: *Derecho administrativo para opositores*. Tests para el ingreso en las Administraciones Públicas.
- GONZÁLEZ-HABA GUIASADO, V. M.: *Ejercicios de Derecho administrativo y Derecho constitucional* (2 vols.).
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los supuestos de readmisión en el despido*.
- GOULD IV, W. B.: *Nociones de Derecho norteamericano del Trabajo*.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., y CALVO CARAVACA, A. L.: *Textos de Derecho internacional público*.
- HIDALGO, M.: *Licencia municipal de obras* (3 vols.).
- JUSTE RUIZ, J., y BERMEJO GARCÍA, R. (eds.): *Organizaciones internacionales universales del sistema de las Naciones Unidas*. Convenios constitutivos.
- LÁZARO BENITO, F.: *La ordenación constitucional de los recursos forestales*.
- LOIS CABALLÉ, A. I.: *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*.
- LÓPEZ GARRIDO, D.; MARTÍNEZ HIGUERAS, A. J., y HERNÁNDEZ F. DEL VALLE, I.: *Materiales de Derecho comunitario europeo*. Tratado CEE refundido, legislación y jurisprudencia comentada sobre libertades económicas y derechos fundamentales.
- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *Manual de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas* (2.ª ed.).
- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *Manual de asociaciones*. Doctrina, legislación, jurisprudencia, formularios (3.ª ed.).
- MADRID PARRA, A.: *Contratos y mercados de futuros y opciones*.
- MARTÍN OSTOS, J.: *El Secretario Judicial a examen*.
- MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Casos prácticos y materiales de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (2.ª ed.).
- MILLÁN GARRIDO, A. (coord.): *Legislación mercantil básica* (3.ª ed.).
- MOLTÓ GARCÍA, J. I.: *El régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales*. Real Decreto 1.627/1997, de 24 de octubre, y su aplicación al ámbito de las Administraciones Públicas.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado en el sistema de pensiones*. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones.
- MONTERO AROCA, J. (dir.): *Legislación orgánica y procesal. Sistematizada y concordada*.
- MONTESINOS OLTRA, S.: *El procedimiento de liquidación de los impuestos locales*.
- MORENO CÁNOVES, A.: *Régimen jurídico del litoral*.
- NEVADO FERNÁNDEZ, M.ª J.: *Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo*.
- NIETO ALONSO, J.: *Apuntes de criminalística*.
- OTADUY, J. de: *Régimen jurídico español del trabajo de eclesiásticos y religiosos*.

- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.; GOÑI SEIN, J. L., y SASTRE IBARRECHE, R.: *Prácticas de Seguridad Social* (2.ª ed.).
- PERÁN ORTEGA, J.: *La responsabilidad civil y su seguro*.
- PÉREZ ALENCART, A.: *El Derecho comunitario europeo de la seguridad y la salud en el trabajo*.
- PÉREZ ALENCART, A., y REGUERO CELADA, J.: *Manual práctico de seguridad e higiene en el trabajo*.
- PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, N.: *El Tribunal Constitucional*. Formularios y doctrina procesal.
- PORTILLO, J. M., y ÁVILA, A. M.: *Manual práctico de comercio exterior*.
- PRIETO-CASTRO, L.: *Modelos para la práctica jurídica procesal civil* (4.ª ed.).
- RODRÍGO HERNÁNDEZ, A. J.: *Las resoluciones obligatorias de las Organizaciones internacionales de cooperación*.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *La regulación legal del contrato de trabajo en los países de la Comunidad Económica Europea*.
- RUIZ MIGUEL, C.: *La ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*.
- RUIZ-RICO, J. J., y CÁMARA VILLAR, G. (coords.): *Casos prácticos de Derecho constitucional*.
- SÁNCHEZ GIL, J. L., y GONZÁLEZ-HABA GUIASADO, V. M.: *Cien cuestiones registrales*.
- SANZ DE HOYOS, C.: *Derecho cambiario*. Análisis de la Ley Cambiaria y del Cheque.
- SAURA ESTAPÁ, J.: *Delimitación jurídica internacional de la plataforma continental*.
- SERRA MALLOL, A. J.: *El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*.
- SERRA MALLOL, A. J.: *Las Agrupaciones de Interés Económico: Una nueva forma social*.
- SERRA MALLOL, A. J.: *Las Sociedades Anónimas Laborales*. Examen práctico de su regulación.
- SERRA MALLOL, A. J.: *Ley Cambiaria y del Cheque*. Teoría y aplicación práctica.
- SOLAS RAFECAS, J. M. de: *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*.
- VEGA MORENO, J. A.: *Agentes Judiciales*. Práctica jurídica comentada y textos legales.
- VEGA VEGA, J.-A.: *La sociedad anónima: teoría y praxis*.
- VEGA VEGA, J.-A.: *Sociedades anónimas laborales*. Con formularios prácticos y legislación.
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.: *La cuestión prejudicial en el Derecho comunitario europeo*.