

Desayuno de trabajo

13 Abril 2016

El nuevo marco legal de la responsabilidad de administradores

CMS Albiñana & Suárez de Lezo ha celebrado un desayuno de trabajo para analizar “El nuevo marco legal de la responsabilidad de administradores”, tras las últimas reformas de la Ley de Sociedades de Capital y la Ley Concursal. El encuentro, presentado por César Albiñana, socio director del despacho, y dirigido por Juan Ignacio Fernández Aguado, socio de Procesal experto en derecho concursal, ha congregado a un centenar de directivos y administradores.

Los ponentes explicaron las novedades y tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad penal de los administradores, a la luz de las últimas reformas legislativas y primeras resoluciones judiciales. En particular, el delito de administración desleal y su convivencia con el tipo de apropiación indebida centraron gran parte del debate. En la regulación del Código Penal de 1995 ambos tipos chocaban, por lo que la jurisprudencia fue matizando uno y otro hasta alcanzar un consenso en el criterio del Tribunal Supremo, que entendía que la distinción debía hacerse en función del grado de intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor.

La nueva regulación de los delitos de administración desleal y apropiación indebida

Sin embargo, la reforma del Código Penal establece una nueva regulación del delito de administración desleal, que vuelve a dejar en el aire numerosas cuestiones interpretativas, al recoger una figura controvertida del Derecho alemán. En este ordenamiento hubo un debate constitucional a causa

de la amplitud del tipo penal, pues se consideraba que en muchos casos permitía la expropiación. Además, la norma española es aún más abierta que la del Derecho alemán, por lo que “existe riesgo de criminalizar toda la gestión del administrador”, en opinión de los ponentes.

La definición del delito de administración desleal que efectúa el nuevo Código Penal podía haber establecido precisiones respecto a la voluntad del sujeto, la identidad del perjudicado o los atributos del perjuicio, pero lo cierto es que es una norma imprecisa por excesivamente amplia, lo que en la práctica plantea una serie de problemas.

La primera dificultad se da a la hora de determinar qué puede ser constitutivo de un exceso en el ejercicio de las funciones del administrador. Probablemente, la doctrina del Tribunal Supremo considerará el exceso intensivo como criterio para diferenciar el delito de apropiación indebida del de administración desleal, pero surge una segunda duda a la hora de fijar cuáles son los deberes del administrador. El Derecho español contiene numerosas referencias a la “diligencia de un buen padre de familia”, mientras que la Ley de Sociedades de Capital (LSC) hace especial referencia a dos deberes: el de dedicación adecuada y el de utilizar los procedimientos adecuados de decisión y de información.

Otro problema será determinar si cualquier infracción de estos deberes que cause daño patrimonial ajeno es susceptible de constituir un delito de administración desleal. Dado que el tipo no lo define, uno de los criterios interpretativos considera que hay que vincularlo con el principio de culpabilidad y que este delito no puede darse por mera negligencia. Además, se echa en falta que la Ley hubiera precisado el concepto de “fraude”.

El segundo gran problema es determinar si puede darse comisión por omisión en el delito de administración desleal. El tipo penal debería preverlo, pero no dice nada y algunos autores consideran que sí puede darse, puesto que hay infracciones que están directamente relacionadas con la inactividad. Sin duda, esta cuestión deberá ser precisada por la jurisprudencia, puesto que además existen muchos matices, al incluirse entre los deberes del administrador conductas activas para preservar el patrimonio del administrado.

La tercera gran dificultad para delimitar el delito de administración desleal es determinar qué es el perjuicio patrimonial y si este incluye la frustración de un beneficio legítimo, como ocurre en otras legislaciones. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha afirmado que no se protege exclusivamente el patrimonio individual, sino el interés económico derivado de la explotación económica de los recursos.

En conclusión, para los expertos de CMS Albiñana & Suárez de Lezo, el tipo penal del delito de administración desleal en el nuevo Código Penal no respeta el principio de taxatividad.

La responsabilidad civil de los administradores

Juan Ignacio Fernández Aguado trató de las principales decisiones habidas en la aplicación de las novedades legales que en materia de responsabilidad civil de administradores y directivos han sido introducidas en fechas recientes en la Ley de Sociedades de Capital y Ley Concursal .

La LSC ha moderado el deber de diligencia y reforzado el deber de lealtad, de manera que el deber de diligencia se ve matizado por la naturaleza del cargo y funciones del administrador consejero y la business judgement rule establece los criterios que permiten al administrador evitar la responsabilidad (actuar de buena fe, sin interés personal, con formación suficiente y conforme a un procedimiento de decisión adecuado). A estos efectos, se configura la información como un derecho y un deber del administrador. De otra parte, se ha reforzado el régimen del deber de lealtad de los administradores, conforme a dos pilares: el deber de buena fe y la actuación en interés de la sociedad. Además, la LSC dice expresamente qué es lo que no puede hacer el administrador y establece un régimen novedoso de autorización y dispensa.

Respecto a la responsabilidad por daños, las últimas reformas han supuesto un notable agravamiento de este régimen. Así, siempre que exista actuación u omisión, ilicitud, daño a los socios o acreedores de una compañía, nexo causal y dolo o culpa -conceptos recuperados en la reforma- podrá darse la responsabilidad por daños y, además, esta podrá alcanzar a administradores de hecho y de derecho y a directivos de diferentes rangos, pues por primera vez la Ley hace mención expresa a estos en lugar de limitarse a los administradores, simplificando la derivación de responsabilidad hacia las personas físicas que representan a la persona jurídica.

En cuanto al ejercicio de acciones contra los administradores, Juan Ignacio Fernández Aguado explicó que, con la nueva regulación, existe duplicidad del régimen de prescripción de las mismas, puesto que antes de la reforma el plazo era de cuatro años desde el cese de los administradores, pero la LSC después de la reforma establece que el plazo comienza a contar desde el día en que se hubiese podido ejercitar la acción, introduciendo un elemento de incertidumbre respecto a la acción individual y a la acción social, que no está claro si debe aplicarse también a la acción de responsabilidad por pérdidas. Algunos autores mantienen que esta última debe seguir rigiéndose por el plazo de prescripción antiguo, mientras otras tesis defienden que los plazos de prescripción deberían ser idénticos.

Responsabilidad de administradores y concurso de acreedores

Juan Ignacio Fernández Aguado explicó la problemática de la acción de responsabilidad por pérdidas en concurrencia con el concurso de acreedores, puesto que en el caso de que existan pérdidas y la empresa no solicite el concurso de acreedores en el plazo de dos meses desde el inicio del estado de insolvencia, se discute si la acción de responsabilidad por pérdidas con los administradores quedaría paralizada por el inicio del procedimiento concursal o la solicitud extemporánea no tendría este efecto. La jurisprudencia es encontrada.

También existen problemas relativos a la derivación de responsabilidad al administrador por deudas con la Administración. En concreto, existe discordancia de opiniones respecto a la jurisdicción competente en caso de que la Administración inicie una derivación de responsabilidad y luego el deudor solicite un concurso de acreedores tardío. El Tribunal Supremo ha manifestado que los tribunales contencioso administrativos son competentes, pero el problema es que estos están resolviendo estas cuestiones con criterios a veces diferentes de los de los juzgados mercantiles, que son los que tienen atribuida la competencia exclusiva y excluyente para conocer asuntos relativos a la LSC.

Otra cuestión novedosa relativa a la responsabilidad de administradores se da en la calificación del concurso. Hasta la última reforma de la Ley Concursal, operada por la Ley 9/2015, la administración concursal y el Ministerio Fiscal tenían atribuida en exclusiva la legitimación activa para solicitar la calificación del concurso como culpable o fortuito. Sin embargo, tras la reforma los acreedores que quieran ejercer la acción contra los administradores tienen capacidad como parte en el procedimiento. Así, incluso en el caso de que el concurso sea declarado fortuito por el Ministerio Fiscal y la administración concursal, si el acreedor solicita que el concurso se declara culpable, ya hay dos resoluciones, del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Alicante, que entienden que procedería.