

JOSÉ MARÍA GARRETA SUCH

**LA DILIGENCIA  
Y RESPONSABILIDAD  
DE LOS ADMINISTRADORES  
Y LA CONTABILIDAD**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

# ÍNDICE

	Pág.
<b>PREFACIO</b> .....	7

## CAPÍTULO I

### LA ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES

I. ADMINISTRAR.....	9
II. LOS ADMINISTRADORES SOCIALES: VINCULACIÓN CON LA SOCIEDAD; EL DOBLE VÍNCULO .....	14
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES (DE HECHO Y DE DERECHO).....	19
IV. EL ADMINISTRADOR OCULTO Y LOS GRUPOS EMPRESARIALES.....	26

## CAPÍTULO II

### LA DILIGENCIA

I. LA DILIGENCIA FRENTE A NEGLIGENCIA .....	35
II. LA DILIGENCIA COMO INTEGRANTE DEL ESTATUS DE ADMINISTRADOR (EXAMEN POSITIVO DE LA DILIGENCIA) .....	46
III. CONTENIDO .....	50
1. Ejercicio efectivo del cargo.....	50
2. Dedicación .....	52
3. Información.....	53

	Pág.
4. Cálculo de riesgos o consecuencias .....	56
5. La regla del buen juicio empresarial .....	58
6. Consecución del fin social.....	66

### CAPÍTULO III

#### **LA DILIGENCIA DEL ADMINISTRADOR Y LA LLEVANZA DE LA CONTABILIDAD. LA CONTABILIDAD COMO SISTEMA DE INFORMACIÓN ECONÓMICA**

### CAPÍTULO IV

#### **EL ANÁLISIS CONTABLE**

I. LA INFORMACIÓN EN LOS ESTADOS QUE CONFORMAN LAS CUENTAS ANUALES .....	105
1. El balance y la cuenta de pérdidas y ganancias.....	105
2. El estado de cambios en el patrimonio neto y estado de flujos de efectivo. ECPN.....	115
3. El Estado de flujos de efectivo. EFE .....	116
4. La memoria .....	117
5. El informe de gestión .....	124

### CAPÍTULO V

#### **LA RECLAMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR INSUFICIENTE LLEVANZA, SEGUIMIENTO O ANÁLISIS DE LA CONTABILIDAD. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN VÍA CIVIL O PENAL**

### CAPÍTULO VI

#### **JURISPRUDENCIA VARIA SOBRE DILIGENCIA Y CONTABILIDAD**

I. NO LIQUIDACIÓN. CIERRE A LA BRAVA.....	153
II. NO PRESENTACIÓN DE CONCURSO .....	161
III. ACTUACIÓN POCO AFORTUNADA COMERCIALMENTE PERO NO NECESARIAMENTE MALICIOSA O CULPABLE .....	165
IV. NO PRESENTACIÓN DE CUENTAS ANUALES.....	166
V. INCUMPLIMIENTOS DE INFORMACIÓN CONTABLE .....	171
VI. NECESIDAD DE ACREDITAR EL DAÑO; EXAMEN DE LAS CUENTAS ANUALES .....	188

	Pág.
VII. DILIGENCIA: OBLIGACIONES .....	198
1. Obligación de ejercer el cargo.....	198
2. Facilitar la información .....	201
3. Retribución excesiva .....	202
4. Velar por no contratación abusiva .....	203

**RELACIÓN DE SENTENCIAS**

I. NO LIQUIDACIÓN. CIERRE A LA BRAVA.....	209
II. NO PRESENTACIÓN DE CONCURSO .....	210
III. ACTUACIÓN POCO AFORTUNADA COMERCIALMENTE PERO NO NECESARIAMENTE MALICIOSA O CULPABLE .....	211
IV. NO PRESENTACIÓN DE CUENTAS ANUALES.....	211
V. INCUMPLIMIENTOS DE INFORMACIÓN CONTABLE .....	212
VI. NECESIDAD DE ACREDITAR EL DAÑO; EXAMEN DE LAS CUENTAS ANUALES .....	215
VII. DILIGENCIA: OBLIGACIONES .....	216
1. Obligación de ejercer el cargo.....	216
2. Facilitar la información .....	217
3. Retribución excesiva .....	217
4. Velar por no contratación abusiva .....	218

## **PREFACIO**

El propósito de este trabajo es tratar de conocer la forma en que los administradores de las compañías deben realizar su trabajo y la exigencia de que su actuación sea concorde con la profesionalidad que, hoy, se exige de ellos; la primera obligación legal que se les impone consiste en actuar diligentemente; intentaremos conocer lo que se entiende como diligencia del administrador y examinaremos que para actuar diligentemente todo administrador debe conocer la situación económica y financiera de la empresa que administra, lo que solo se puede alcanzar con una adecuada contabilidad que muestre la imagen fiel de aquella; pero la obligación del administrador no se cumple única y exclusivamente en cuidar de que se lleve una contabilidad ordenada, aunque permita el seguimiento cronológico de todas sus operaciones así como la elaboración periódica de balances e inventarios, sino que la diligencia exigible tiene un mayor alcance, supera el simple conocimiento cronológico, día a día, de las operaciones de la empresa; antes bien la formación periódica de inventarios supone que al administrador se le ofrecen toda una serie de informaciones económicas con las que el estado actual de la contabilidad permite hacer previsiones y proyecciones de cuya utilidad no puede dudarse, y será en muchas ocasiones base suficiente para decidir una inversión, rechazar la concesión de un préstamo o modificar un plan de negocio. Finalmente observaremos que en la actualidad existe un desencuentro entre lo que se espera hoy de la diligencia del empresario y lo que realmente se obtiene de él, que existe una constante sorpresa en nuestra comunidad por las noticias que periódicamente se nos ofrecen, entre ciertas actuaciones empresariales y su escasa repercusión en el ejercicio de las acciones de responsabilidad de los administradores que, a lo sumo, se reclaman con graves dificultades ante la jurisdicción penal, en lugar de dirigirlas hacia la jurisdicción civil; actos no siempre dolosos y generalmente culposos o negligentes que deberían ser

examinados ante los juzgados de lo mercantil, en lugar de direccionarlos hacia los de instrucción.

Para el estudio que nos proponemos iniciar, damos por supuesto que se conoce suficientemente cuanto se refiere a la organización de nuestras compañías y su funcionamiento; en particular sobre la constitución, objetivos y organización de nuestras sociedades de capital, sean anónimas o limitadas; en consecuencia, obviaremos todas aquellas cuestiones que son comúnmente aceptadas sin analizar detalladamente las mismas; no será preciso aclarar, detallar o insistir en el sistema de funcionamiento de las sociedades si bien haremos unas pequeñas referencias a los solos efectos de encuadrar más fácilmente el objeto de nuestro estudio.

# CAPÍTULO I

## LA ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES

### I. ADMINISTRAR

Las compañías, en cuanto que personas jurídicas que son, precisan de un órgano ejecutivo encargado de su gestión y representación y tales órganos, por su parte, reclaman el auxilio de personas físicas que ejecuten aquellas funciones. Resumidamente: los administradores constituyen el órgano de gestión y representación de la sociedad; su nombramiento corresponde a la junta general, atribuyéndoles la ley exclusivamente el ámbito de poderes de representación que no puede ser limitado por la sociedad. Como es bien sabido, se trata de un órgano necesario, y permanente sin cuya existencia la sociedad debería disolverse (la acefalía —carencia de órgano de dirección— o la paralización de su funcionamiento es causa de disolución prevista en el art. 363 LSC), órgano independiente de la junta general, en el sentido de que no está sujeto a sus directrices puesto que de su actuación será responsable el administrador y no la junta, si bien dependiente de esta en cuanto a su nombramiento y destitución.

Para establecer su vinculación con la sociedad se ha abandonado la anterior teoría del mandato para situarlo en la misma sede social. La legislación anterior confiaba la administración de las compañías a «...mandatarios o administradores amovibles...», pero que en la moderna sociedad anónima producía dificultades de implementación crecientes; indicaba el maestro GARRIGUES<sup>1</sup>: «La imposibilidad de que una sociedad anónima llegue a funcionar sin administradores es por sí suficiente para excluir la idea del man-

---

<sup>1</sup> J. GARRIGUES, en GARRIGUES y URÍA, *Comentarios a la LSA*, 1976, p. 26.

dato, ya que no se puede concebir la existencia de un mandato allí donde no hay posibilidad de la no existencia del mandato». Será a partir de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 cuando se abandone la idea del mandato, para concebir la administración de la compañía como órgano estructural de la misma; es la misma función necesaria de gestión y representación de la compañía la que impone la existencia de un «órgano» que gestione y represente; la administración de las compañías se confía, pues, a unos órganos y además de forma excluyente, puesto que sus funciones no pueden ser atribuidas, como norma general, a otro órgano diferente. El Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2 de julio de 2010, hoy vigente, recoge y amplía la formulación que se contenía en la Ley 19/1989 de «reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades», de tal manera que sigue viva la calificación de la «administración» como «órgano» necesario de la sociedad recogido en los estatutos en donde se hará constar (art. 23, Estatutos sociales LSC) «el modo o modos de organizar la administración de la sociedad» (mejor recogido en el art. 124 RRM en donde se indica que «en los estatutos se hará constar la estructura del órgano al que se confía la administración»; mención expresa de la condición de «órgano» que debería figurar en la LSC).

Admitida la actuación del órgano de administración como actuación de la misma sociedad, es la sociedad quien actúa tal y como se indica en la STS de 27 de julio de 2007, «en la representación orgánica, es el propio ente el que actúa y no puede siquiera afirmarse que haya una actuación *alieno nomine*, sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema legal y estatutariamente establecido»<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> STS de 27 de julio de 2007: «En este punto, conviene recordar que opera en el tráfico la sociedad como persona jurídica, en la que los administradores son los representantes orgánicos (SSTS de 12 de septiembre de 1994 SIC, 30 de diciembre de 1996, 24 de noviembre de 1998, etc.). En la representación orgánica, es el propio ente el que actúa y no puede siquiera afirmarse que haya una actuación *alieno nomine*, sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema legal y estatutariamente establecido. De modo que los incumplimientos contractuales se han de atribuir, en principio, a la sociedad como persona jurídica, sin responsabilidad, desde luego, de los socios [artículo 1 LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206)] y con posible responsabilidad de los administradores frente a los acreedores sociales (artículo 133.1 LSA) o terceros (artículo 135 LSA), que exige un acto u omisión contrario a la Ley o a los estatutos o que haya sido realizado con incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo. Este acto u omisión debe quedar precisamente determinado. Y además, ha de producir, en los términos del artículo 135 LSA, una “lesión directa” del interés del tercero. Sólo entonces cabe, en principio, buscar la responsabilidad de los administradores, más allá de la que cabe exigir a la propia sociedad. Lo que no será frecuente en materia de responsabilidad contractual, salvo que el incumplimiento contractual haya sido causado o agravado por una concreta acción u omisión de los administradores y quepa establecer una relación de causalidad entre tal comportamiento y el daño sufrido por el tercero, toda vez que la acción del tercero o del acreedor social contra los administradores de una determinada sociedad se ha de incardinar en los casos de responsabilidad extracontractual, como una especialidad del régimen establecido en los artículos 1.902 y ss. del Código civil (LEG 1889, 27), por lo que en todo caso exige un daño que pueda ser causalmente conectado con la acción u omisión de los administradores, y que sea objetiva y subjetivamente imputable [SSTS 6 (RJ 2006, 1892) y 28 de abril (RJ 2006, 4111), 26 de mayo (RJ 2006, 3319), 5 (RJ 2006, 3068) y 30 de junio (RJ 2006, 4615), 9 (RJ 2006, 8686) y 27 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8930), etc.]. No se ha establecido en el caso ni la concreta acción u omisión

En definitiva, pues, la sociedad precisa de un órgano de administración para alcanzar su objetivo y este órgano es parte de la misma sociedad; cuando el administrador actúa es la misma sociedad quien actúa sin ser necesario acudir al contrato de mandato para vincular su actuación con la sociedad; no obstante lo cual se reconoce la existencia de ciertas áreas conflictivas entre la sociedad y su órgano de administración o de ciertas «peculiaridades» que permiten calificar la relación jurídica entre ambos de «contrato de administración» o relación peculiar cuyo régimen debe construirse a partir de la interpretación de la propia normativa de la Ley de sociedades anónimas<sup>3</sup>.

Finalmente señalamos que los administradores de la sociedad «podrán ser personas físicas o jurídicas» (art. 212 LSC) y en este último caso «será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo» (art. 212 bis) sin que se requiera la condición de socio para ser nombrado administrador, salvo disposición contraria en los estatutos. Aunque los administradores no son empresarios sino que lo son la empresa que representan, cabe decir que la LSC describe a quienes se les prohíbe el ejercicio del cargo con referencia a quienes tienen vedado el ejercicio del comercio; así no podrán ser administradores: los «menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el periodo de la inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio» (art. 213 LSC).

«La competencia para el nombramiento de los administradores corresponde a la junta de socios» (art. 214 LSC); es ella la que nombra, controla y sustituye a los titulares del órgano de administración y cualquier modificación que sobre ello deseen los socios debe hacerse mediante modificación de los estatutos sociales, dada la calificación de órgano estructural de la misma sociedad<sup>4</sup>.

Administrar, según la RAE, significa gobernar, ejercer la autoridad, dirigir una institución, ordenar, disponer, organizar; probablemente son términos que nos permiten identificar el vocablo, pero no suficientes aquí; más detalladamente: administrar significa organizar los bienes económicos propios o ajenos y, si queremos dotar la definición de un carácter más científico

---

ni, desde luego, la relación causal directa, ni siquiera la existencia de un daño que pudiera derivar de la actuación de los administradores, y la referencia de la recurrente al “daño” que consistiría precisamente en la cantidad que se establece como a recuperar, por entregas no correspondidas con suministro, además de carecer del carácter que se le atribuye, es responsabilidad de la sociedad con la que contrató».

<sup>3</sup> F. VICENT CHULIA, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 1, p. 623.

<sup>4</sup> El Proyecto de Código Mercantil elaborado por la Comisión General de Codificación, no prevé aquí cambio alguno.

(o profesional), añadiremos que todo ello mediante la planificación, organización, dirección y control de los recursos (humanos, financieros, materiales, etc.), con el fin de obtener el máximo beneficio o rendimiento posible conforme a los objetivos perseguidos.

Administrar una sociedad, consecuentemente, exige ordenar, disponer, organizar, en definitiva actuar en la sociedad cumpliendo los dos deberes fundamentales recogidos en la LSA: con diligencia y con lealtad en la consecución del objeto social y es este tipo de conducta la que conforma el estándar de la actividad. En orden a la administración de la sociedad, el art. 209 LSC indica que quienes la administran tiene competencia sobre la «gestión y la representación» de la misma, añadiendo «en los términos establecidos en esta ley». La realidad es que los «términos establecidos en la ley» son imprecisos y muchas veces dejadas en manos de previsiones estatutarias. Gestión y representación que remiten a la actuación interna en el desarrollo de su objetivo empresarial y con proyección externa en cuanto se refiere a las facultades de representación, más detalladas en la LSC.

A nosotros nos importa aquí fundamentalmente, referirnos a las facultades de gestión.

Nos interesa resaltar que la administración comporta el ejercicio de todo un conjunto de facultades de índole económica puesto que la gestión que se les va a encomendar a los administradores, será movilizar recursos económicos o patrimonio que les serán confiados para alcanzar determinadas finalidades: la consecución del objeto o fin de la sociedad, y para ello deberán actuar con criterios económicos cuyos conocimientos deberán poseer. Recogemos su contenido de E. POLO<sup>5</sup>, para quien «la actividad de gestión implica el desarrollo de actuaciones no solo jurídicas, sino también técnicas y de contenido económico y financiero, pudiéndose hablar de una actividad de gestión inherente al ejercicio del tráfico económico, propiamente empresarial y no societaria, en cuyo desarrollo no entra efectivamente la Ley ni tan siquiera para conformar conceptualmente dicha actividad». Administrar no es cumplir con las formalidades jurídicas de la sociedad, sino gestionar bienes y derechos con las finalidades previstas en la creación de aquellas empresas y por tanto con conocimiento de los recursos económicos de los que dispone y de las técnicas requeridas para movilizarles en la dirección prefijada por quienes constituyeron la compañía; como veremos más adelante, tan importante es esta misión de «administrar» que en su ejercicio no se permitirá a la junta de socios inmiscuirse, dictar instrucciones o redactar los documentos contables que lo especifiquen y si así lo hicieren se establecerá que «en ningún caso exonerará de responsabilidad (de los administradores) la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general» (art. 236 LSC)<sup>6</sup>. Pese a que los

---

<sup>5</sup> E. POLO, *Comentarios al régimen legal de la sociedades mercantiles*, t. VI, p. 45.

<sup>6</sup> STS de 20 de julio de 2010 (resumen en anexo).

acuerdos de la junta general vinculan a todos los socios —art. 93, apartado 2 del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas—, el legislador ha reconocido a los administradores, al actuar en el ámbito de su competencia, una independencia o autonomía respecto de ellos, cuando sean antijurídicos y dañosos para la sociedad. En tal sentido, el art. 133, apartado 3, niega que queden exonerados de responsabilidad los administradores por la existencia de un acuerdo de junta, tanto si se adoptó previamente, como *ex post*.

Responde dicha norma a la idea de que los administradores no pueden realizar actos ilícitos —contrarios a la ley, a los estatutos o al deber general de diligencia: apartado 1 del mismo artículo— que dañen a la sociedad, incluso aunque un acuerdo de la junta general lo autorice o ratifique.

Hecha esta pequeña cita, volvemos a señalar: los administradores tienen competencia sobre las actividades de gestión y representación y, una vez ello manifestado, la LSC establece con posterioridad en los arts. 225 y 226 los deberes fundamentales a que son sometidos sus titulares, a saber:

1. El deber de diligencia («Los administradores desempeñaran su cargo con la diligencia de un ordenado empresario»), y
2. el deber de lealtad («Los administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social») <sup>7</sup>.

<sup>7</sup> El Proyecto de Código Mercantil, señala:

«Artículo 215-7. Deber de diligente administración:

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

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

Artículo 215-8. Deber de lealtad:

1. Los administradores deberán desempeñar lealmente el cargo con fidelidad a la sociedad.

2. Los deberes de lealtad previstos en este Código para los administradores de derecho son también exigibles a los socios de control, así como a los administradores de hecho.

3. La condena por infracción del deber de lealtad podrá incluir, además de la indemnización del daño causado al patrimonio social, la devolución del enriquecimiento injusto obtenido por el infractor».

En las recomendaciones de 14 de octubre de 2013 de la Comisión de Expertos CNMV creada por Orden de 21 de mayo de 2013 y respecto del deber de diligencia, se añade un tercer párrafo:

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

Con relación al deber de lealtad, la Comisión de Expertos, propone que expresamente se obre “en el mejor interés de la sociedad” y la obligación de indemnizar a la sociedad el daño causado al patrimonio social, así como reintegrarla “el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador”».

Las modificaciones previstas son confusas:

En el deber de diligencia al desempeño del cargo añaden «y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos»: ¡faltaría más!, ya lo decía el anterior art. 226 LSC y sin embargo se suprime la exigencia de «informarse diligentemente de la marcha de la sociedad» lo que, en estos momentos, supone una exigencia clara en contra de los administradores figurantes que de nada se informan y votan conforme a imposiciones o intereses de los terceros que les han nombrado. Respecto del deber de lealtad, señala que esta diligencia se adaptará a «la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos». Parece que quiere desprenderse de la responsabilidad solidaria de todos los administradores de la LSC actual, para atribuir responsabilidad en función del cargo —consejero-delegado; secretario, consejero-ejecutivo, etc.—; ello supone una relajación evidente de la responsabilidad hasta hoy exigida.