

mecanizadores

ASPRONTEC

cooperación
análisis
gestión
valoración
sucesión
ventas
gerencia

mejorar
colaborar
analizar
optimizar
incrementar

alea  ción

vadillo asesores
grupo

"llegar donde otros no llegan"

www.grupovadillo.com
Tlfno. 945 22 27 62

NÚM. 21
ABRIL 2015

¿El cargo de administrador es una responsabilidad de riesgo?

José Antonio Gómez Vadillo. Administrador y Abogado

Antes de entrar a analizar el riesgo que conlleva la responsabilidad del cargo de administrador, vamos a realizar un repaso esquemático del contexto de esta figura.

Si analizamos la estructura de una empresa, la ciencia empresarial, en relación a la dirección de la misma, indica que hay que distinguir tres tipos de responsabilidades, pues tiene misiones distintas.

1. La propiedad, cuya principal misión es el retorno al capital invertido.
2. La administración, cuya principal misión es definir la estrategia y el control de la actividad.
3. La dirección, cuya principal misión es ejecutar con la eficacia y eficiencia requerida, para mantener la competitividad de la organización, orientada a la estrategia y alcanzando los resultados deseados.

Por tanto, es esencial que estas tres figuras estén diferenciadas. Y que cada una de ellas tenga el conocimiento y capacidades necesarias para desarrollar su misión.

Si repasamos las múltiples lecciones aprendidas en esta crisis que estamos empezando a superar, en materia de gestión, nos ha demostrado que las empresas tienen mucho oficio, capacidades y competencias para fabricar sus productos o servicios. Y que este oficio ha sido suficiente para un mercado de demanda. Ahora bien, cuando el mercado ha transformado su oferta y la competitividad es una de las clave de éxito, se ha descubierto que, además de oficio, es crítico incorporar capacidades de orientación al mercado y de gestión. Por lo que la responsabilidad de dirección y administración han adquirido un peso muy relevante para la sostenibilidad de las empresas.

Si analizamos nuestro entorno social, se demanda actualmente un comportamiento ético a todos los niveles, no sólo en la política sino también en la empresa. Por lo que se está dando valor social, a un concepto algo olvidado: “Intolerancia al riesgo legal”; “Riesgo legal cero”.

A esta necesidad de cambio, el legislador ha ido respondiendo con una batería de leyes, entre las que destacaríamos todas las relativas a materia concursal, donde se analiza la responsabilidad o no del administrador con su patrimonio ante terceros. O el reciente cambio legislativo de la Ley de Sociedades de Capital, donde se refuerza la responsabilidad de un administrador en estar capacitado para su función.

Completando todo lo anterior, y cerrando el círculo de los peligros que acechan a un administrador, está la reciente reforma del Código Penal. Destaco que hasta ahora hemos hablado de leyes mercantiles, pero ahora hablamos de “la artillería legal de más peso”: el Código Penal. En esta nueva normativa nos presentan un nuevo concepto: “el debido control”. Recuerdo que una de las misiones de un administrador es el control de lo que ocurre en la empresa. Por lo que si hay un delito cuya autoría es de un empleado en beneficio de la misma, la empresa, y en determinados supuestos, va a responder penalmente. Y por derivada, el administrador ante terceros por no haber ejercido su responsabilidad de debido control.

Lo que está ocurriendo es que el Estado no tiene medios suficientes para controlar el buen funcionamiento legal de las empresas y conocer su tolerancia ante el riesgo legal, por lo

Lo que está ocurriendo es que el Estado no tiene medios suficientes para controlar el buen funcionamiento legal de las empresas y conocer su tolerancia ante el riesgo legal

que traslada este control a su administrador, con medidas coercitivas sobre el mismo.

Así lo ha ratificado recientemente el ministro de Justicia, Rafael Catalá, que aseguró en unas recientes declaraciones que la reforma busca “crear un modelo de colaboración de las empresas con el Estado para la prevención de delitos y que la actividad de las empresas discurran en una actuación legal”.

Por tanto, de este análisis podemos concluir que la persona que asume la responsabilidad de administrador, además de tener capacidades y habilidades de estrategia y gestión empresarial, entre su misión está garantizar la responsabilidad social corporativa de su organización, con normas de comportamiento ético y con sistemas que comuniquen, formen y garanticen una tolerancia cero a los riesgos legales.

Pues con todo lo anterior, las micropymes mayoritariamente que hay en el sector de la mediación (empresas con menos de 25 trabajadores), con estructura familiar en gran número de casos, la figura del administrador es la de un “hombre orquesta”, pues en el mismo, confluyen las figuras de propietario (socio), administrador, director, director técnico, padre, esposo... Y en este cúmulo de funciones, se centra principalmente en lo que es bueno: la relación con los clientes, las compañías e incluso a veces a vender, cuando le queda tiempo. Y descuida su responsabilidad de administrador. Y en este batiburrillo de actividades, cae en un gran error, por autoengaño, ya que se tiene que proteger, pensando que su asesoría es la que le cubre de todas sus responsabilidades legales, cuando la responsabilidad es sólo y exclusivamente del administrador.

Este artículo quiere contribuir en lo posible a tomar conciencia de este autoengaño y que hay que tomar medidas proactivas para implantar eficientemente en la organización medidas sobre tolerancia cero al riesgo legal, no sólo por las consecuencias de sanciones administrativas, penales o patrimoniales, sino también por el riesgo reputacional. Hoy y en el futuro inmediato, este último riesgo es uno más que debemos gestionar.

Y aquí, entra una nueva idea. ¿Acaso este riesgo lo vamos a dejar a la buena suerte o al autoseguro? ¿O analizamos una cobertura específica de responsabilidad civil de los administradores?

Llegado a este punto, vamos a analizar esquemáticamente las amenazas y riesgos que puede tener un administrador desde distintas áreas legales, para un mayor conocimiento del riesgo.

Amenazas

La amenaza se puede simplificar en quién puede pedir responsabilidad a un administrador y por qué.

El administrador puede responder:

- por acciones u omisiones en su actuación como tal,
- que sean contrarios a la ley/o los estatutos, o que comporten un incumplimiento de los deberes legales y
- siempre que intervenga dolo o culpa; culpa que se presume (salvo prueba en contrario) cuando la acción u omisión es contrario a la ley o los estatutos sociales.

Esa responsabilidad se la puede exigir:

- la propia sociedad, por daños causados a la propia sociedad, mediante la acción social (que también la pueden ejercitar subsidiariamente y de forma indirecta, si la sociedad no lo hace, socios con un porcentaje mínimo del 5% del capital social. O los socios directamente si se ha infringido por el administrador el deber de lealtad),
- o un tercero (socios, acreedores...) por daños causados a sus intereses, mediante acción individual.



Esa responsabilidad se concreta en indemnizar los daños y perjuicio causados y en devolver el enriquecimiento injusto obtenido.

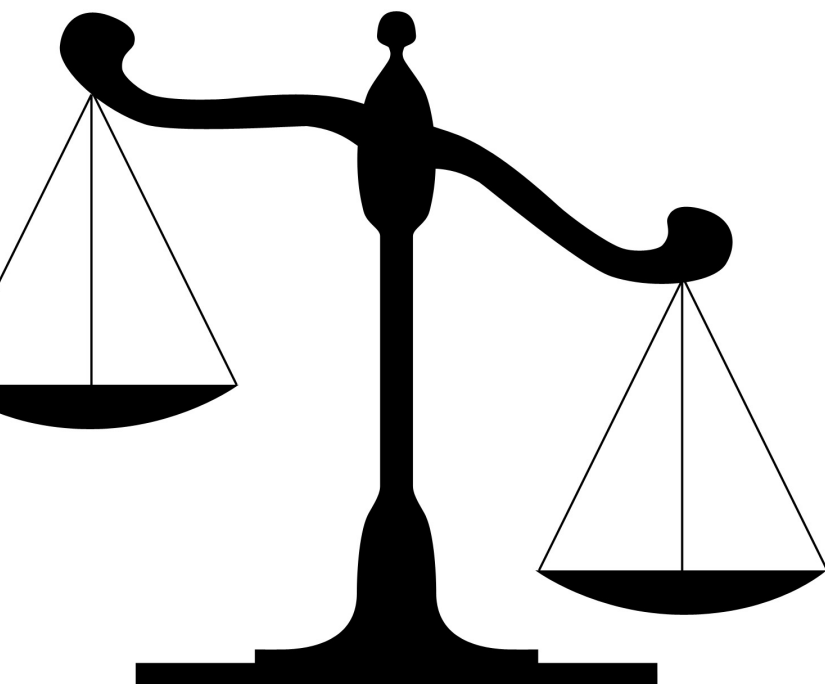
Así mismo, con la nueva legislación, no sólo puede responder el administrador de hecho o derecho, sino la alta dirección (directores generales), por lo que el ámbito de la póliza de responsabilidad civil en esta materia habrá que ampliarlo a otras personas, si procede.

Responden tanto:

- los administradores con cargo válido, en vigor e inscrito como tal en el Registro Mercantil,
- como los administradores “de hecho y/o ocultos”
 - a) los q desempeñen funciones propias de administrador de facto sin título, con título nulo o extinguido, o con otro título (por ejemplo testaferros)
 - b) aquél bajo cuyas instrucciones actúen administradores sociedad (por ejemplo, socios de control, matriz en un grupo de empresas...).
- Si no hay consejero delegado en la empresa, cualquiera que tenga atribuidas facultades de alta dirección d sociedad (por ejemplo el director general)
- En caso de que el administrador de la sociedad sea otra sociedad, responde también, y solidariamente, la persona física representante de dicha sociedad administradora.

Riesgos

Identificadas las amenazas vamos a poner algunos riesgos que se puede incurrir y sus consecuencias.



EN EL ÁMBITO MERCANTIL, ALGUNOS RIESGOS SON:

Realizar actos contrarios a la ley y/o los estatutos.

Incumplir con los deberes legales, esencialmente los deberes de lealtad y diligencia, los cuales generen, o de deudas a la sociedad por incumplimientos, como aprovecharse de oportunidades de negocio para beneficio propio, como conflicto de intereses propios con los de la sociedad, como competencia desleal, descapitalización (patrimonio neto por debajo del 50% del capital social), deudas (proveedores, entidades de crédito, hacienda, seguridad social, etc.).

La consecuencia de ello es la reclamación al administrador de:

- la indemnización por el daño causado
- y, si la reclamación es por infringir el deber de lealtad, la anulación de los actos y contratos celebrados con violación del deber de lealtad (por ejemplo eliminar la empresa paralela que haya podido constituir)
- El resarcimiento por enriquecimiento injusto obtenido por su actuación

RIESGOS EN EL ÁMBITO CONCURSAL

La responsabilidad de los administradores de una sociedad en situación de insolvencia, es una cuestión de enorme importancia y trascendencia. La Ley Concursal ha establecido un marco propio al efecto, en aras a la protección esencialmente de los acreedores que son los principales perjudicados por la insolvencia de la sociedad.

En sede concursal se revela esencial la evitación de la calificación del concurso como culpable. La propia normativa enumera algunos supuestos cuya concurrencia acarreará la calificación de culpabilidad y en concreto:

- Cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave
- Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.
- Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.
- Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio o por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.

- Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.
- Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.
- Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

Y en otras ocasiones se posibilitará dicha calificación de culpabilidad, admitiéndose prueba en contrario, y ante determinadas circunstancias, y en concreto:

- Se hubiera incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso.
- Se hubiera incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores.
- Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.
- Se hubieren negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71.bis 1 o en la Disposición adicional cuarta.

Y como consecuencias de la calificación de culpabilidad del concurso tenemos las siguientes:

En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previsto en el número 4º del artículo 165, en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo el acuerdo.

- Dicho ello tenemos, como una primera consecuencia, la inhabilitación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período.
- Una segunda consecuencia: la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.
- Una tercera consecuencia: de afectación a los declarados cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados.
- Una cuarta consecuencia, enmarcada como responsabilidad concursal. El Juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia.

EN EL ÁMBITO LABORAL:

Los administradores también pueden llegar a responder de sus actos u omisiones por el incumplimiento de la normativa referente a temas laborales y de la Seguridad Social.

Así tenemos por ejemplo, que es infracción grave no realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores conforme a la normativa de prevención de riesgos; o no llevar a cabo, por ejemplo, la evaluación de riesgos y, en su caso, sus actualizaciones y revisiones, así como los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores; así como no realizar aquellas actividades de prevención que resultaren necesarias a partir de los resultados de las evaluaciones con el alcance y contenidos establecidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

En el ámbito de la Seguridad Social, nos encontramos con un procedimiento de derivación de responsabilidad similar al establecido en el marco tributario. Dicho procedimiento faculta a la Administración a reclamar responsabilidades personales al administrador de la sociedad y a proceder la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, a extender actas a todos los sujetos obligados o alguno de ellos, en los supuestos de falta de afiliación y alta administrativa en el Sistema de la Seguridad Social o por diferencias de cotización, por ejemplo.

Y se pueden imponer penas de prisión de dos a seis años a quien deje de pagar o defraudar a la Seguridad Social por importes que excedan de los 120.000 euros, y multa por valor del doble al séxtuplo el importe dejado de pagar o defraudar.

El cumplimiento por parte de la empresa de las normas en el ámbito de riesgos laborales es realmente importante, ya que, aparte de poder existir responsabilidades laborales, la infracción de estas normas puede llegar a constituir un ilícito penal.

RIESGOS PENALES

En el mundo empresarial los ilícitos penales más comunes suelen ser el fraude, las estafas, el alzamiento de bienes, los

delitos societarios, los delitos contra los trabajadores, la falsificación de documentos, y los delitos contra el medio ambiente y los delitos contables.

Es notorio que en las sociedades mercantiles se desarrolla la mayor parte de la actividad económica, y por lo tanto, es donde opera el mayor número de delitos contra la Hacienda pública, como el fraude fiscal, la práctica de las deducciones indebidas, etc. Y por eso, en estos casos, y siempre que los delitos mencionados sean por cuantías superiores a los 120.000 euros, se podrá imponer al administrador una pena de prisión que irá desde un año a cinco años y una multa del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada.

Ahora bien, es importante destacar que para que el fraude fiscal sea considerado como delito penal ha de superar la cuantía de los 120.000 euros de fraude a la Hacienda Tributaria por impuesto y ejercicio fiscal. No obstante, la norma establece una cláusula de exoneración personal del administrador en el caso que éste regularice la situación tributaria antes que se notifique por parte de la Administración Tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación.

Y por poner otro ejemplo, tenemos cómo los administradores, que de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

A tener presente asimismo en este ámbito, como en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde diciembre del año 2010, las sociedades mercantiles, en determinados supuestos, pueden ser responsables penalmente de los



delitos cometidos en nombre de la sociedad por los administradores de hecho o de derecho, o por las personas sometidas a la autoridad de los administradores.

En estos supuestos, la pena más común que se impone a las sociedades es la multa. También pueden imponerse otras medidas como la disolución, la suspensión de actividades por un periodo máximo de 5 años, clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años, prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido encubierto el delito, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años, o la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, entre otros.

En esta concreta materia, debe traerse a colación la reciente reforma operada del Código Penal y llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y que implementa una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Se contempla ahora la posibilidad de exención de responsabilidad de la persona jurídica, y no como mera atenuación si se cumplen determinados requisitos que la norma prevé, y con especial mención a los contenidos y requisitos que deben contener y cumplir los modelos internos de organización y gestión que deberán incluir las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión

RESPONSABILIDAD EN ASPECTOS FISCALES

La normativa tributaria en determinados casos configura como responsable tributario al administrador, quien responderá de la deuda con Hacienda, independientemente que el hecho sea o no delito, por la cuantía defraudada.

Así, en caso de comisión de infracción tributaria, el administrador es responsable subsidiario si no ha realizado los actos de su incumbencia necesarios para el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la empresa. El caso más patente sería el de dejar de ingresar las cantidades por impuestos que correspondía pagar a la sociedad.

Y el cese en el cargo no es suficiente, ya que se seguiría respondiendo de todas las obligaciones tributarias que se hubiesen devengado hasta esa fecha.

En otras ocasiones, la responsabilidad del administrador puede venir dada de forma indirecta: si la empresa tiene que asumir responsabilidades tributarias de terceros por negligencia imputable al administrador.

En casos, por ejemplo de sucesión por cualquier concepto en el ejercicio de una explotación económica (compra, fusión, etc.), la empresa adquirente sería responsable subsidiaria de las obligaciones tributarias pendientes del anterior titular.

Y en casos de subcontratación dentro de la actividad principal de la empresa, de las obligaciones correspondientes al contrato no asumidas por la empresa subcontratista.

Pues bien, si el administrador no verificó en su día la situación tributaria de esos terceros, aunque frente a Hacienda el responsable sería la sociedad, ésta posteriormente podría ejercitar acción contra el administrador.

EN EL ÁMBITO DEL DERECHO TECNOLÓGICO:

Por incumplimiento de la LOPD las sanciones leves van desde 900 a 40.001 euros, las graves de 40.001 a 300.000 y las muy graves de 300.001 a 600.000 euros. Dichas sanciones se imponen al responsable del fichero que es la empresa, pero si los socios o la propia sociedad apreciases y demostrases que ha habido una actuación dolosa o negligente en este sentido del administrador (por ejemplo, por no estar debidamente adaptada la empresa a la normativa, o por haber habido un requerimiento previo por parte de la Agencia de Protección de Datos que no ha sido cumplido) podrían ejercitar la acción social contra el administrador para repercutirle dicha sanción.

Además, el ámbito de la mediación es especialmente crítico en materia de protección de datos no sólo por el tipo de datos que trata (con mucho tratamiento de datos de nivel alto, especialmente salud, y medio, especialmente infracciones y sanciones) sino por el volumen de datos que se manejan, por tratarse de un ámbito que precisamente “vive” del tratamiento de datos personales y por el beneficio que se obtiene por los mediadores y las compañías del tratamiento de ese tipo de datos, circunstancias que se suelen aplicar como agravantes en caso de sanción; siendo además el ámbito de las compañías y la mediación un ámbito habitual en los procedimientos sancionadores por parte de la Agencia de Protección de datos.

Resumiendo: si eres administrador de una sociedad, toma conciencia de que tienes que profesionalizar tu función, y asume el riesgo que ello implica, y que puedes incurrir por negligencia en el mismo, por lo que asegurar el mismo, con un contrato de responsabilidad civil de directivos, es una buena decisión, para ti y tus clientes.



ASPROMECA es la institución que organiza y da contenido a los Encuentros del Mecanizado. El punto de encuentro para la pequeña y mediana empresa de mecanizado.



Fomentamos la competitividad del mecanizado

Patrocinadores:

