

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES.

The patrimony responsibility of corporations administrators.

M.SC. YURI LÓPEZ CASAL

- Juez del Tribunal de Apelaciones Civil y Laboral de Heredia.
- Magistrado suplente de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.
 - Licenciado en Derecho de la Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Egresado del programa de Doctorado en Derecho, área Derecho Procesal Civil y Derecho Comercial de la Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Máster en Derecho Civil (énfasis en responsabilidad civil por productos defectuosos) de la Universidad de Heidelberg, República Federal de Alemania.
 - Autor de libros y ensayos jurídicos.

4

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES.

The patrimony responsibility of corporations administrators.

Resumen.

Este ensayo pretende explicar la importante labor que llevan a cabo los administradores de las sociedades, así como las normas legales y los requisitos con base en los cuales la sociedad, sus socios o los acreedores podrían exigirles responsabilidad patrimonial por el incumplimiento de sus deberes. El principal resultado del trabajo es la ausencia de una regulación clara y ordenada de las acciones de responsabilidad contra los administradores de sociedades y lo complicado que es exigirles responsabilidad por los daños causados.

Summary.

This essay attempts to explain the paramount importance of the work performed by the corporation administrators, as well as the legal norms and requirements on which the corporation is based. The partners or creditors could demand patrimony responsibility for non-compliance of their duties. This works main result is the absence of a clear and ordered regulation of liability actions against the corporation administrators, and how complex it is to demand responsibility for damages caused.

Palabras clave.

administrador, sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, deber de lealtad, conflicto de interés.

Keywords.

Manager, corporation, limited liability corporation, duty of loyalty, conflict of interest.

Contenido.

I. CAPÍTULO PRIMERO: GENERALIDADES SOBRE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES Y SU FUNCIÓN EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA. a. El contenido de la función administrativa en la sociedad comercial. b. Composición y funciones de la Junta Directiva o Consejo de Administración. c. El nombramiento de los administradores y los requisitos de su designación. d. Cesación del cargo de los administradores. II. CAPÍTULO SEGUNDO: LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD. a. Concepto. b. Requisitos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. c. Legitimación activa. d. Legitimación pasiva. e. Exoneración de responsabilidad. f. Prescripción. III. CAPÍTULO TERCERO: LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD. a. Concepto y finalidad. b. Requisitos constitutivos. c. Legitimación activa. d. Legitimación pasiva. e. Exoneración de responsabilidad. f. Prescripción. IV. CAPÍTULO CUARTO: OTROS RÉGIMENES JURÍDICOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ADMINISTRADORES. a. Acción de responsabilidad por deudas sociales. b. Responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos. c. Responsabilidad por el pago de tributos. d. Responsabilidad civil derivada de la impugnación de actos o contratos. CAPÍTULO V. EXCURSUS: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS GERENTES Y SUB GERENTES EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL D & O. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

Introducción.

El tema de este trabajo, a saber, la responsabilidad patrimonial de los administradores en las sociedades mercantiles más usadas en Costa Rica (la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada), no solamente es muy amplio, sino que, al mismo tiempo, de vital importancia para la sociedad, los socios y los acreedores sociales, dado que les permite, cumplidos los requisitos legales correspondientes, ejercer pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios, contra los administradores sociales, en la medida en que éstos, con sus acciones u omisiones, hubiesen causado daños y perjuicios a la sociedad, a los socios o a los acreedores sociales.

El presente trabajo consta de cinco capítulos, en los cuales se aborda la transversalidad que posee la responsabilidad patrimonial de los administradores sociales de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada en Costa Rica.

En el capítulo primero, el lector encontrará una sucinta base jurídica sobre la función administrativa que, legalmente, les compete a los administradores de esas sociedades mercantiles. Es por eso que en ese apartado se hace referencia a las atribuciones específicas que engloba la función administrativa, la composición y funciones de la Junta Directiva en una sociedad anónima, el nombramiento de los administradores y los requisitos para su válida designación y los supuestos de hecho en los cuales pueden cesar en el ejercicio de sus cargos.

El capítulo segundo se refiere a la acción social de responsabilidad y en él se tratan los aspectos que se han considerado más relevantes para su correcta comprensión y aplicación, entre los cuales figuran sus requisitos, la legitimación activa, la legitimación pasiva, la exoneración de responsabilidad y lo relacionado con el plazo de prescripción y otros detalles sobre ésta.

Luego, en el capítulo número tres, se hace una breve aproximación a la llamada acción individual de responsabilidad, la cual, como se verá en el desarrollo de la monografía, plantea preguntas y retos muy importantes a nivel jurídico, los cuales se derivan de su absoluta falta de regulación normativa en el Código de Comercio de Costa Rica y sus reformas. En dicho capítulo, de una manera análoga a lo que se explica en el capítulo segundo, se tratan los aspectos que se han considerado más relevantes para su correcta comprensión y aplicación, entre los que figuran sus requisitos, la legitimación activa, la legitimación pasiva, la exoneración de responsabilidad y lo que concierne a suprazo de prescripción y otros detalles relacionados con ésta.

En el capítulo cuarto del trabajo se procede con la explicación de otras fuentes de responsabilidad patrimonial de los administradores sociales, tales como la llamada acción de responsabilidad por deudas sociales, la responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos en los cuales pueden incurrir, como autores, los administradores sociales, la responsabilidad que les asiste a éstos por la falta de pago de tributos de la sociedad y el interesante tema de la responsabilidad civil que también puede nacer como consecuencia de la impugnación de actos o contratos que hubieran celebrado en contravención con su deber de lealtad.

Finalmente, el quinto y último capítulo de la monografía versa sobre la responsabilidad patrimonial que pueden llegar a tener los gerentes y sub gerentes en la sociedad de responsabilidad limitada y hace una breve referencia al seguro de responsabilidad civil de los administradores sociales (conocido por sus siglas en inglés D&O), el cual se erige como una alternativa muy atractiva para ellos, dado que el nivel de diligencia y de lealtad que la ley les impone es elevado y los puede exponer a múltiples riesgos en el ejercicio de su importante función a lo interno de la sociedad comercial.

La responsabilidad patrimonial de los administradores de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada

Capítulo I: Generalidades sobre los administradores sociales y su función en la sociedad mercantil.

a. El contenido de la función administrativa en la sociedad comercial.

De acuerdo con el autor Gastón Certad Maroto, "la función administrativa en sentido lato ha sido distinguida en deliberativa, ejecutiva y representativa: la primera comprende el poder, dentro de ciertos límites discrecionales, de decidir sobre el cumplimiento de los negocios sociales; la segunda, está dirigida a ejecutar las decisiones de los socios en asamblea y de las de los propios administradores en el consejo (consejo de administración) y la tercera está destinada a realizar, frente a terceros, actos estipulados a nombre y por cuenta de la sociedad, y como tales, directamente productores de efectos jurídicos que inciden en su esfera jurídica y patrimonial"¹.

La función deliberativa coincide con el llamado "poder de gestión" de los administradores sociales, cuyo núcleo consiste en la adopción y ejecución de todos los actos que se orienten a dar cumplimiento al objeto social², salvo las limitaciones que resulten de la ley o del pacto constitutivo. Según Certad Maroto, "el objeto social constituye el límite y determina la extensión, tanto del poder de gestión, como también del poder de representación de los administradores"³.

El poder de gestión recae en el consejo de

1 Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima I. Composición y funcionamiento del órgano gestor. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 69, año 1991, página 147.

2 El objeto social hace referencia al objeto que persigue la sociedad, de la manera en que así lo refiere el artículo 18 inciso 5) del Código de Comercio y sus reformas.

3 Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima. II. Poderes de gestión y poderes de representación. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 71, año 1992, página 16.

administración o Junta Directiva, que es un órgano colegiado, compuesto, como mínimo, por tres miembros (presidente, secretario y tesorero), que pueden ser socios o no, cuyas decisiones deben ser tomadas por la mayoría de los consejeros presentes en la sesión respectiva (artículos 181 y 184 del Código de Comercio y sus reformas), en tanto que el poder de representación⁴ recae sobre el presidente de la Junta Directiva⁵ y también en los demás consejeros que se hubieran indicado en la escritura constitutiva de la sociedad, de conformidad con los artículos 18 inciso 12) y 182 del Código de Comercio y sus reformas.

b. Composición y funciones de la Junta Directiva o Consejo de Administración.

La Junta Directiva o Consejo de Administración es un órgano social colegiado, compuesto, como mínimo, por tres miembros (presidente, secretario y tesorero), los cuales pueden ser socios o no.

De acuerdo con el Código de Comercio y sus reformas, le corresponde al presidente de la Junta Directiva llevar a cabo las siguientes labores:

a) Representar judicial y extrajudicialmente a la sociedad frente a terceros. Es importante aclarar que los socios tienen la facultad de extender esta función a otros consejeros,

4 El poder de representación consiste en el poder de manifestar, frente a terceros ajenos a la sociedad, la voluntad social. Al respecto consúltese Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima. II. Poderes de gestión y poderes de representación. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 71, año 1992, página 13.

5 Según Certad Maroto, "la circunstancia de que nuestra ley disponga en el (nuevo) artículo 182 que es el presidente quien deberá ejercer la representación social significa, a nuestro criterio, que los poderes representativos han sido trasladados ex lege del Consejo de Administración (al que por competencia generalmente corresponden, al presidente". El mismo autor agrega también: "La situación después de la reforma del '90 es tal que nos lleva a preguntarnos ¿no será el presidente un nuevo órgano de la sociedad anónima cuya esfera de competencia es, precisa y limitadamente, la representación judicial y extrajudicial de la sociedad?" (al respecto ver Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima I. Composición y funcionamiento del órgano gestor. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 69, año 1991, página 158 y nota de pie de página número 30, en página 158).

para que actúen conjunta o separadamente. (artículo 182 del Código de Comercio).

b) Ejercer en las sesiones del Consejo de Administración el doble voto en caso de empate. (artículo 184 párrafo segundo del Código de Comercio y sus reformas).

c) Presidir las asambleas de accionistas. (artículo 168 del Código de Comercio y sus reformas).

d) Firmar las actas de las asambleas de socios (artículo 172 del Código de Comercio y sus reformas) y las del consejo de administración (artículo 260 del Código de Comercio y sus reformas).

e) Nombrar funcionarios administrativos, apoderados o agentes, para atender los negocios sociales o aspectos especiales de éstos. (artículo 187 párrafo primero del Código de Comercio y sus reformas)⁶.

f) Convocar a sesiones al Consejo de administración y dirigirlos. (artículo 184 párrafo primero del Código de Comercio y sus reformas).

Por su parte, al secretario de la Junta Directiva le corresponden las siguientes funciones:

a) Asistir y fungir como tal en las asambleas de socios (artículo 168 del Código de Comercio y sus reformas).

⁶ El autor Certad Maroto expresa que "(...) nuestra legislación contempla dos procedimientos distintos para articular el órgano gestor: indirectamente al no prohibirlo y siempre que el pacto social la faculte (la delegación) y además el apoderamiento. Con fundamento en el primero, como hemos visto, se pueden crear las figuras del comité ejecutivo y del consejero o consejeros delegados, mientras que con base en el segundo es posible dar vida a una amplia gama de figuras que abarcan desde el director o gerente general hasta el simple apoderado singular para el negocio concreto. En síntesis, ambos procedimientos consisten en atribuir a determinadas personas una esfera de competencia integrada por funciones que en principio corresponden al órgano administrativo en sentido estricto (administrativa y ejecutiva) o a quienes ejercen la representación social (representativa)". (Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima I. Composición y funcionamiento del órgano gestor. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 69, año 1991, páginas 170-171).

b) Firmar las actas de las asambleas de socios. (artículo 172 del Código de Comercio).

c) Firmar las actas del consejo de administración (artículo 260 del Código de Comercio y sus reformas).

d) Ser depositario de los libros de actas de asamblea, del consejo de administración y del registro de socios. (artículo 253 párrafo primero del Código de Comercio y sus reformas).

Finalmente, al tesorero de la Junta Directiva, la ley le encomienda la obligación de ser el depositario de los libros contables y del registro de obligaciones. (artículo 253 del Código de Comercio y sus reformas).

c. El nombramiento de los administradores y los requisitos de su designación.

En términos generales, los administradores de la sociedad son nombrados por la asamblea ordinaria de accionistas (artículo 155 inciso c) del Código de Comercio y sus reformas)⁷ y el acuerdo respectivo debe ser inscrito en el Registro Mercantil (artículo 235 inciso e) del Código de Comercio y sus reformas).

El hecho de que los administradores sean nombrados por la asamblea ordinaria de accionistas no significa que estén subordinados a seguir las instrucciones de los socios, pues "los administradores se han transformado de simples mandatarios de los socios en órganos autónomos de la sociedad, que reciben sus facultades directamente de la ley o de la es-

⁷ El nombramiento de los administradores sociales también puede hacerse de las siguientes maneras: a) en la escritura social (artículo 18 inciso 12) del Código de Comercio y sus reformas); b) en la asamblea de suscriptores (artículo 116 inciso e) del Código de Comercio y sus reformas); c) en asamblea general, para el supuesto de hecho del artículo 185 del Código de Comercio y sus reformas); d) por el propio órgano gestor (sustitución por cooptación); e) por el órgano de vigilancia; f) por algún o algunos terceros designados y; g) en cualquier otra forma establecida por los socios en el pacto social. Al respecto ver Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima. II. Génesis y conclusión de la relación de administración. Retribución de los administradores. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 70, año 1991, página 123.

critura social (artículo 152 párrafo segundo del Código de Comercio y sus reformas), de modo que no pueden estar vinculados a seguir las instrucciones de los socios"⁸. Nótese, incluso, cómo el Código de Comercio y sus reformas le atribuyen al consejo de administración la facultad de dictar los estatutos y reglamentos de la sociedad. (artículo 188 del Código de Comercio y sus reformas).

El Código de Comercio y sus reformas no establece cuáles deben ser los requisitos subjetivos que deben tener las personas para ostentar el cargo de administradores de una sociedad anónima. Por ello, los socios pueden, en la escritura constitutiva, establecer esos requisitos, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 18 inciso 19) del Código de Comercio y sus reformas.

Del mismo modo, ese cuerpo normativo no prescribe cuáles son los supuestos de hecho que impiden elegir a una persona como administradora de una sociedad anónima. Por ello, con base en el artículo 2 del Código de Comercio, es menester acudir a las reglas jurídicas sobre capacidad de las personas, previstas en el Código Civil y con base en esta integración normativa, es posible concluir que no pueden ser designados como administradores de sociedades anónimas el menor de edad (artículo 37 del Código Civil) y el incapaz legal de actuar (artículo 41 del Código Civil)⁹.

Si la causa de inelegibilidad se verifica o el requisito de idoneidad establecido en la escritura constitutiva se pierde con posterioridad a la aceptación del cargo por parte del administrador designado, ambas situaciones producen la caducidad del nombramiento,

8 Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima I. Composición y funcionamiento del órgano gestor. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 69, año 1991, página 155.

9 De acuerdo con la doctrina societaria costarricense, "En principio es dable admitir la posibilidad de que una sociedad anónima integre la administración de la otra". Al respecto ver Hernández Aguilar, Alvaro. Nuevas propuestas sobre la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades anónimas. En: Revista Iustitia, año 18, número 213-214, setiembre-octubre de 2004, página 19.

la cual genera, ipso facto, la cesación del cargo de administrador¹⁰.

Los administradores de la sociedad anónima serán nombrados por un plazo fijo, el cual se definirá en la escritura constitutiva, la cual podrá además disponer el nombramiento de consejeros suplentes. (artículo 185 párrafo segundo del Código de Comercio y sus reformas).

El consejero debe ejercer su cargo de manera personal, de modo que no lo puede desempeñar a través de representante. (artículo 183 del Código de Comercio y sus reformas)

d. Cesación del cargo de los administradores.

Los administradores de una sociedad anónima pueden finalizar sus funciones con base en las siguientes causas:

a) Por la revocación de su nombramiento: En términos generales, la asamblea general de accionistas es el órgano de la sociedad competente para revocar el nombramiento de los administradores sociales, de conformidad con el artículo 155 inciso c) del Código de Comercio y sus reformas.

La revocación no tiene que ser motivada, salvo que se fundara en una justa causa, precisamente para evitar el ejercicio, por parte del administrador destituido, de una demanda de responsabilidad civil en contra de la sociedad¹¹.

Existe justa causa para revocar el nombramiento de los administradores sociales cuando ha habido un incumplimiento grave e injustificado de las obligaciones consustanciales con la función administrativa lato sensu considerada o bien porque surja una situación que vulnere o ponga en tela de duda el

10 Al respecto ver Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima. II. Génesis y conclusión de la relación de administración. Retribución de los administradores. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 70, año 1991, página 124.

11 *Ibidem.*, página 129.

vínculo de confianza y de colaboración que debe existir entre la sociedad y sus administradores.

La revocación produce efectos inmediatos y la asamblea general ordinaria de accionistas debe proceder a nombrar los sustitutos de los administradores destituidos.

b) Por el vencimiento del plazo del nombramiento: Esta causa de cesación está prevista en los numerales 185 y 186 del Código de Comercio y sus reformas¹².

c) Por renuncia.

d) Por muerte.

Capítulo II: La acción social de responsabilidad.

a. Concepto.

La acción social de responsabilidad es aquella en virtud de la cual la sociedad actúa contra sus propios administradores para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios que ha sufrido, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que, a tales administradores, les impone la ley, la escritura constitutiva o los estatutos¹³.

Su fundamento jurídico se encuentra en los artículos 189 a 192 del Código de Comercio y sus reformas.

b. Requisitos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

¹² En relación con la interpretación y aplicación del numeral 186 del Código de Comercio y sus reformas puede consultarse, entre muchos otros, la sentencia número 20-F de las 15:35 horas del 12 de enero de 2000 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y el voto número 66 de las 15:10 horas del 26 de febrero de 2010 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda.

¹³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias números 12-88 de las 16:00 horas del 11 de marzo de 1988 y 879-F de las 8:20 horas del 14 de diciembre de 2007. Del mismo modo, sobre esa misma acción, ver Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias números 308-F de las 9:00 horas del 21 de junio de 1996 y número 1384-2008 de las 9:21 horas del 21 de noviembre de 2008.

Es necesario que concurren los siguientes requisitos:

a) Comportamiento activo u omisivo de los administradores consistente en la transgresión de deberes legales o de la escritura constitutiva o de los estatutos o de sus deberes inherentes al cargo (deberes de diligencia y de lealtad).

b) La producción de un daño.

c) Culpa o dolo.

d) Nexo de causalidad entre el comportamiento del administrador y el daño causado a la sociedad.

En relación con el primer requisito, es menester recalcar la pluralidad de fuentes de atribución de responsabilidad civil, así como la relación que tiene este primer requisito con el de la culpa o el dolo, pues la acción social de responsabilidad civil es de tipo subjetivo¹⁴.

Dentro de las violaciones de obligaciones estrictamente legales, que son capaces de activar el ejercicio de la acción social de responsabilidad, se encuentran las de los artículos 27, 30, 129, 155 inciso a), todos del Código de Comercio y sus reformas, la violación de la obligación de convocar a la asamblea de accionistas por solicitud de uno o más socios, el deber de la sociedad de cancelar obligaciones tributarias, la no rendición de cuentas de su administración, el incumplimiento de lo establecido en el artículo 32 del Código de Comercio y sus reformas en cuanto a aporte de créditos u otros valores, el incumplimiento de la obligación contenida en el penúlti-

¹⁴ Al respecto ver Certad Maroto Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (I). En: Revista Judicial número 56, junio de 1992, página 46. Por otro lado, según este mismo autor, en el marco de aplicación de la acción social de responsabilidad, la responsabilidad de los administradores es considerada, pacíficamente, como una responsabilidad contractual y así lo ha establecido la Sección Única de la casación italiana, en sentencia número 5241 del 6 de octubre de 1981. Al respecto ver Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (II). En: Revista Judicial número 57, setiembre de 1992, nota de pie de página número 2, página 14.

mo párrafo del artículo 32 bis del Código de Comercio y sus reformas, relacionado con el pago de sus acciones al socio recedente, el incumplimiento en aumentar o disminuir el capital social cuando hubiere habido delegación por parte de la asamblea general de accionistas a tenor de lo dispuesto en el párrafo final del artículo 106 del Código de Comercio y sus reformas, la violación al artículo 124 de ese mismo cuerpo normativo, el incumplimiento de lo establecido en los artículos 126 y 128 del Código de Comercio y sus reformas, la no emisión de las acciones sociales dentro de los plazos establecidos en la ley (artículo 133) o en el pacto social, la no formación de la reserva legal o el uso injustificado o ilegítimo de ella (artículo 142), el no pago oportuno de dividendos a los socios y la inexecución oportuna de los acuerdos tomados por las asambleas de socios.

Otra de las fuentes de responsabilidad de los administradores es el posible incumplimiento de sus deberes de diligencia y de lealtad¹⁵.

El artículo 189 del Código de Comercio y sus reformas establece que los administradores de la sociedad anónima deben actuar con la diligencia del mandatario. Según la doctrina costarricense¹⁶, los aspectos que deben tomarse en consideración para valorar la diligencia del administrador son:

- a) La expectativa de la sociedad de lograr un resultado económico positivo y;
- b) La naturaleza de la actividad ejercida, es decir, la naturaleza de la específica relación jurídica y todas las circunstancias de hecho que concurren a determinarla. En relación con este aspecto, agrega Certad Maroto que “esta adecuación del modelo abstracto de la diligencia a la concreta actividad del

sujeito se traduce —con referencia a los administradores de sociedades— en una valoración más rigurosa de la diligencia exigida, porque la medida de la normalidad debe tomar en consideración exclusivamente conductas referidas a una actividad específica (administración de sociedades), que es particularmente calificada y que requiere prudencia, cuidados y atenciones superiores o más específicas que las del hombre medio”¹⁷.

Dado que el nivel de diligencia que se le exige a los administradores es elevado, la doctrina española ha establecido que, para la consecución del objeto social, ellos gozan de un marco de actuación exento de responsabilidad, el cual recibe el nombre de discrecionalidad empresarial.

De acuerdo con la autora española Eva María Martínez Gallego, ese concepto implica “que el administrador actúa con la diligencia de un ordenado empresario (“duty of care”) cuando sus decisiones estratégicas y de negocios se ajustan a los siguientes requisitos: a) adopción de la decisión con información suficiente y con arreglo a un procedimiento adecuado y; b) actuación de buena fe y sin interés personal en el asunto objeto de decisión. Cumplidas estas condiciones, el juez no puede enjuiciar el mayor o menor acierto de la decisión tomada por el administrador a efectos de determinar su responsabilidad (“business judgment rule”). Con ello se asienta el principio general de que los administradores sociales sólo responden cuando, en la toma de decisiones empresariales, hayan sido negligentes”¹⁸. Debido a lo anterior, si los administradores han cumplido con todas sus obligaciones pero, a pesar de ello, cometieron errores o asumieron iniciativas excesivamente riesgosas o efectuaron operaciones o negocios poco convenientes para la socie-

15 Estos deberes ya cuentan con un asidero legal claro y vigoroso en el artículo 189 párrafo segundo del Código de Comercio, el cual fue reformado por el artículo 1 de la Ley de protección al inversionista minoritario, Ley número 9392 de 24 de agosto de 2016.

16 Al respecto ver Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (I). En: Revista Judicial número 56, junio de 1992, páginas 37 a 38.

17 *Ibidem.*, página 38.

18 Martínez Gallego, Eva María. Responsabilidad mercantil. Obligaciones del administrador. En: Martínez Gallego, Eva María y Fernández González, Víctor (Coordinadores). Acciones de responsabilidad contra el órgano de administración. Ámbitos mercantil, concursal, penal y laboral. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, año 2019, página número 34, número al margen 211.

dad, no hay responsabilidad¹⁹.

El otro deber que le asiste al administrador es el deber de lealtad. Esto significa que el administrador debe actuar con buena fe y en el mejor interés de la sociedad.

El deber de lealtad se materializa en una serie de obligaciones genéricas tales como²⁰:

a) Ejercitar sus facultades conforme a los fines para los que le han sido concedidas;

b) Guardar secreto sobre las informaciones a que ha tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso tras su cese, salvo en los casos en que la ley permita o requiera su divulgación;

c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos en los que él, o una persona vinculada, tenga un conflicto de intereses, excluyendo aquellos que le afectan en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración (en estos casos, el administrador sí puede participar en la votación);

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal, con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros y;

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

19 Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (I). En: Revista Judicial número 56, junio de 1992, página 35.

20 Guillamón Ruiz, Moisés. Responsabilidad mercantil. Acciones derivadas de la infracción de los deberes del administrador. En: Martínez Gallego, Eva María y Fernández González, Víctor (Coordinadores). Acciones de responsabilidad contra el órgano de administración. Ámbitos mercantil, concursal, penal y laboral. Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, año 2019, página número 77, número al margen 509.

De tales obligaciones generales, particular importancia tiene el conflicto de intereses²¹. Según la doctrina española, la obligación de prohibición de conflicto de interés del administrador social se traduce en las siguientes prohibiciones concretas²²:

a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad;

b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas;

c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, para fines privados;

d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad;

e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía y;

21 Según el jurista costarricense Gastón Certad Maroto, "el conflicto de intereses afecta el poder de representación orgánica del administrador; se presenta como un impedimento para el normal desarrollo de la relación representativa. Quien actúa en conflicto de intereses queda privado del ejercicio del poder representativo por incompatibilidad con el fin por el que le ha sido conferido. De ello nace un peligro de daño para el representado, a causa de este ejercicio ilegítimo, peligro que no se determina en relación con las consecuencias patrimoniales del acto por sí mismo, sino con referencia a la ilegitimidad del ejercicio del poder". Al respecto ver Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima III. Poderes de gestión y poderes de representación. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 71, año 1992, página 28. La definición del conflicto de interés se encuentra en el numeral 2 del Reglamento al artículo 3 de la Ley Protección al Inversionista minoritario No. 9392 del 24 de agosto de 2016. Ese reglamento corresponde al Decreto Ejecutivo número 40406 de 9 de mayo de 2017.

22 Ibidem., página 77, número al margen 510.

f) Desarrollar actividades por cuenta propia o ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad (prohibición de competencia).

En Costa Rica, "el administrador que, en una determinada operación, tenga, por cuenta propia o ajena, un interés en conflicto con el interés social, debe denunciarlo así a los restantes administradores y abstenerse de participar en aquellos acuerdos del consejo que, directa o indirectamente, tengan que ver con dicha operación. En el caso de inobservancia, el administrador responde personalmente de las pérdidas que se deriven para la sociedad de la ejecución de tal operación; además, el acuerdo del consejo, siempre que pueda causar un daño a la sociedad, puede, dentro de un determinado plazo, generalmente corto, ser impugnado judicialmente, siempre que, sin el voto del administrador que debía abstenerse, no se hubiera podido alcanzar la mayoría necesaria. Tenemos entonces, por un lado, una sanción directa al administrador que actúe no obstante el conflicto, consistente en el hecho de tener que asumir las pérdidas generadas por el negocio concluido y, por el otro, la posibilidad de impugnar el acuerdo del consejo por parte de los administradores ausentes o disidentes, siempre que se den dos supuestos inderogables, que responden al principio general de la "conservación del negocio jurídico": que el acuerdo pueda perjudicar a la sociedad y que el voto del administrador en conflicto haya sido esencial para alcanzar la mayoría necesaria"²³.

23 Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima III. Poderes de gestión y poderes de representación. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 71, año 1992, página 28. Antes de la entrada en vigor del artículo 1 de la Ley Protección al inversionista minoritario número 9392 de 24 de agosto de 2016, el mismo autor decía que "Inexplicablemente, nuestro código sólo contempló el conflicto de intereses para el fiscal o fiscales (art. 200) y no para la Junta Directiva, ni para la asamblea de accionistas". *Ibidem.*, página 28. Para solucionar tal vacío normativo, Certad Maroto propuso aplicar analógicamente el artículo 200 del Código de Comercio y sus reformas "al administrador que, encontrándose en conflicto, no se abstiene de actuar (...). Esta solución nos lleva a concluir que no sólo el

El segundo requisito necesario para el ejercicio de la acción social de responsabilidad es la producción de un daño al patrimonio de la sociedad.

La jurisprudencia costarricense conceptualiza el daño como el resultado derivado de la comparación entre la situación del patrimonio del damnificado, después del acaecimiento del hecho dañoso y la situación patrimonial, que habría tenido, si el hecho generador del daño no hubiera sucedido²⁴. De este modo, sin decirlo expresamente, se avala la llamada "teoría de la diferencia" (en alemán: "Differenzhypothese", que es una de las teorías que, en la doctrina del Derecho de Daños, se ha propuesto para explicar qué es el daño²⁵.

El daño, para que tenga el atributo de "daño resarcible", debe tener las siguientes características: a) Debe ser cierto, real y efectivo. Es necesario aclarar que no debe confundirse la certeza con la actualidad, pues es admisible la reparación del daño cierto, pero futuro; b) Debe mediar una lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de tutela, por parte del Ordenamiento Jurídico; c) Debe poder serle imputable al deudor de la obligación (en la responsabilidad civil contractual) o al agente causante del daño (en la responsabilidad civil extracontractual); d) Debe tratarse de un daño subsistente, es decir, que no hubiese sido reparado por la persona que lo causó o bien por un tercero (por ejemplo, el asegurador) y; e) Debe existir una relación de causalidad entre el daño y el hecho que lo causó²⁶.

El tercer requisito de la acción social de res-

administrador quedaría obligado a resarcirle a la sociedad los daños y perjuicios ocasionados con su maldada actitud sino, además, la sociedad podría impugnar aquellos negocios ejecutados por sus administradores en conflicto de intereses". *Ibidem.*, página 29.

24 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 590-F de 18 de agosto de 2000.

25 Mehrings, Jos. Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts. München, Vahlen Verlag, 3. Auflage, Seite 435.

26 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 139 de las 14:15 horas del 16 de octubre de 1992.

ponsabilidad es el actuar culposo o doloso del administrador.

De acuerdo con Certad Maroto, "la confirmación de que la responsabilidad de los administradores es una responsabilidad por culpa emerge: a) de la expresa referencia en el párrafo primero del artículo 189 a la diligencia como criterio de responsabilidad, pues el legislador ha unido la responsabilidad no al hecho de que los administradores no hayan objetivamente cumplido sus obligaciones, sino que las hayan cumplido "con diligencia"; b) del penúltimo párrafo del artículo 189, el cual le permite al administrador eximirse de responsabilidad si prueba que estaba inmune de culpa; c) de la circunstancia de que, si los administradores tienen la obligación fundamental de administrar con diligencia y esta diligencia se pone, indudablemente, como criterio de responsabilidad, no sería coherente que, refiriéndose a las obligaciones especificadas por la ley o el pacto social, los administradores tuviesen una responsabilidad objetiva"²⁷.

Con base en lo anterior, para que surja la responsabilidad del administrador es necesario que haya actuado con dolo o culpa y corresponde a la sociedad probar alguno de esos criterios de imputación de la responsabilidad civil subjetiva, salvo que la acción u omisión consista en una obligación concreta y específica consagrada en la ley o en el pacto constitutivo o en los estatutos, en cuyo caso se invierte la carga de la prueba: en tal caso, bastará con que la sociedad alegue que la acción u omisión es culposa y le corresponderá al administrador demostrar la ausencia de culpa o de dolo, para poder liberarse de responsabilidad²⁸. De esta manera, cuando al administrador social se le imputa el incumplimiento de alguna obligación que forma

parte de sus deberes de diligencia y lealtad, la sociedad tiene la carga de la prueba en relación con el comportamiento culposo o doloso del administrador social²⁹, es decir, no opera ninguna inversión de la carga de la prueba en cabeza del administrador social.

Finalmente, el cuarto requisito constitutivo de la acción social de responsabilidad es la necesaria existencia de nexo de causalidad entre el comportamiento del administrador y el daño causado a la sociedad.

c. Legitimación activa.

La legitimación activa para la interposición de la acción social de responsabilidad le corresponde a la sociedad.

Para tal fin, es necesario que la asamblea general de accionistas se reúna y adopte el acuerdo respectivo y también tendrá que designar a la persona que ejercerá la acción social de responsabilidad. (artículo 192 del Código de Comercio y sus reformas)³⁰.

Como acertadamente lo ha expuesto el autor Certad Maroto, el requisito probatorio que establece esa norma jurídica normalmente dificulta mucho el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores porque éstos "están generalmente ligados, de múltiples maneras, a la mayoría de la asamblea que los ha nombrado, la que frecuentemente no es ajena a sus violaciones y que, por ende, no intentará actuar en

²⁷ En contra de esta opinión se manifiesta Certad Maroto, quien afirma que "para probar el incumplimiento de una obligación de diligencia consideramos necesario y suficiente rendir prueba de una conducta objetivamente negligente; no nos parece, de conformidad con la disciplina vigente, que se deba demostrar también la culpabilidad del comportamiento". Al respecto Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (I). En: Revista Judicial número 56, junio de 1992, página 34.

³⁰ Contra esta norma jurídica fue planteada una acción de inconstitucionalidad, la cual fue declarada sin lugar, mediante voto número 1207-98 de las 15:54 horas del 24 de febrero de 1998 de la Sala Constitucional. Según el Tribunal Constitucional, el hecho de que, con ocasión de la aplicación de esa norma, se dé prevalencia a la voluntad de la mayoría por encima de la voluntad de la minoría, no constituye afectación alguna al principio de igualdad.

²⁷ Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (I). En: Revista Judicial número 56, junio de 1992, página 46.

²⁸ Martínez Gallego, Eva María. Responsabilidad mercantil. Obligaciones del administrador. En: Martínez Gallego, Eva María y Fernández González, Víctor (Coordinadores). Acciones de responsabilidad contra el órgano de administración. Ámbitos mercantil, concursal, penal y laboral. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, año 2019, página número 43, números al margen 274 y 275.

responsabilidad contra sus propios administradores. Es ilusorio pensar que la mayoría, que escoge, nombra, sostiene y, en algunos casos, se identifica con los administradores, pueda realmente ser el medio a través del cual se puedan evitar y reprimir los ilícitos cometidos por los administradores y se pueda eficazmente asegurar una gestión correcta y diligente; al contrario, frecuentemente los administradores son el instrumento de que se vale la mayoría para cometer abusos en perjuicio de una minoría³¹.

Para evitar esos abusos, en países como España se les reconoce y confiere, a los socios y acreedores sociales, legitimación activa subsidiaria³² para que puedan ejercer la acción social de responsabilidad contra los administradores sociales.

Dicha legitimación surge cuando la acción social de responsabilidad no es ejercida por la sociedad, por alguna de las siguientes causas:

- a) Cuando los administradores no convocan la junta general, pese a haber sido solicitada por algún socio;
- b) Convocada y celebrada la Junta, ésta no toma ninguna decisión o decide no ejercer la acción y;
- c) Acordado el ejercicio de la acción por la Junta, la misma no se ejercita en el plazo de

31 Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (II). En: Revista Judicial número 57, setiembre 1992, página 14.

32 Martínez Gallego, Eva María. Responsabilidad mercantil. Obligaciones del administrador. En: Martínez Gallego, Eva María y Fernández González, Víctor (Coordinadores). Acciones de responsabilidad contra el órgano de administración. Ámbitos mercantil, concursal, penal y laboral. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, año 2019, páginas número 38 y 41, números al margen 255 y 261. De acuerdo con los autores Ricardo Juan Sánchez y Manuel Ortells Ramos, los supuestos de hecho previstos en los numerales 239 y 240 de la Ley de Sociedades de capital española no corresponden a ejemplos de sustitución procesal, sino a casos especiales de legitimación activa, porque el legitimado no pretende para sí, sino para la persona jurídica. Al respecto ver Juan Sánchez, Ricardo y Ortells Ramos, Manuel. La legitimación. En: Ortells Ramos, Manuel (Coordinador). Derecho Procesal Civil. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 18. edición, año 2019, página 125.

un mes desde la adopción del acuerdo.

De esta manera, con carácter subsidiario a la sociedad, el artículo 239 de la Ley de Sociedades de capital española concede legitimación activa para el ejercicio de la acción social al socio o socios que posean, individual o conjuntamente, una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, es decir, socios con al menos el cinco por ciento del capital social.

Por su parte, el numeral 240 de la Ley de Sociedades de capital española le confiere legitimación activa subsidiaria, a los acreedores sociales, para ejercer la acción social de responsabilidad, siempre y cuando se verifiquen los siguientes requisitos:

- a) Que no haya sido previamente ejercida por la sociedad o los socios y;
- b) Que demuestren la insuficiencia del patrimonio social para la satisfacción de sus créditos.

Otro factor que frustra la adopción del acuerdo de la asamblea general de accionistas, previsto en el numeral 192 del Código de Comercio y sus reformas lo es que, de conformidad con el numeral 163 de ese mismo cuerpo normativo, la decisión sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad debe incluirse, obligatoriamente, en el orden del día, lo cual da margen, a los administradores sociales, para preparar debidamente su defensa y para pedir y fraguar el apoyo de los socios que los respaldan y lograr así que no se alcance la mayoría suficiente y necesaria para obtener, en la asamblea mencionada, el acuerdo afirmativo para el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

El ejercicio de la acción social de responsabilidad no conlleva, necesariamente, la revocación automática de los administradores sociales, salvo que la asamblea disponga lo contrario, en cuyo caso deberá proceder a nombrar los sustitutos respectivos.

d. Legitimación pasiva.

La acción social de responsabilidad debe dirigirse contra los administradores sociales que hubiesen incumplido, culposa o dolosamente, las obligaciones establecidas en la ley o en el pacto constitutivo o en los estatutos o hubiesen transgredido sus deberes de diligencia y de lealtad y ello se hubiese materializado en un daño en el patrimonio de la sociedad.

La asamblea general de accionistas puede tomar la decisión de ejercer la acción social de responsabilidad solamente contra algunos (no todos) de sus administradores sociales, quienes son responsables solidarios frente a la sociedad.

e. Exoneración de responsabilidad.

Dado que la responsabilidad civil de los administradores sociales es una responsabilidad civil de tipo subjetivo, ellos pueden exonerarse de responsabilidad si logran demostrar alguno de los supuestos de hecho que tienen la virtud de romper el nexo causal, tales como el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero³³.

Adicionalmente, como ya se explicó *ut supra*, los administradores sociales pueden invocar y probar que actuaron en ejercicio de la discrecionalidad empresarial.

Los artículos 189 y 191 del Código de Comercio y sus reformas establecen, respectivamente, otros supuestos de exoneración y de extinción de la responsabilidad civil de los administradores sociales, que se exponen a continuación.

El primer numeral antes mencionado contiene una serie de supuestos específicos de exoneración de responsabilidad civil de los

³³ En el mismo sentido aquí indicado ver Parra Lucán, María Ángeles. Responsabilidad civil de administradores de sociedades. En: Busto Lago, José Manuel y Reglero Campos, Luis Fernando (Coordinadores). Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 5. edición, año 2014, páginas 844 a 846.

administradores.

En primer lugar, el párrafo primero del artículo 189 del Código de Comercio y sus reformas establece, como regla general, que todos los administradores son solidariamente responsables frente a la sociedad, pero contiene una excepción, cual es que, si se tratase de obligaciones específicas de uno o varios consejeros, entonces solamente éste o éstos serán los responsables frente a la sociedad y no aquéllos que no tenían a su cargo el cumplimiento de dichas obligaciones específicas.

Ejemplo de lo anterior es la delegación de funciones que puede hacer la Junta Directiva (si el pacto constitutivo así lo permite) en alguno de sus miembros (comité ejecutivo) o en uno solo o varios de ellos (consejero o consejeros delegados). Así, de acuerdo con Certad Maroto, “la delegación excluye la responsabilidad solidaria de los consejeros delegantes por la inobservancia de los deberes relativos al ejercicio de las atribuciones delegadas (doctrina del párrafo primero del art. 189). En consecuencia, aparte de la responsabilidad —que evidentemente permanece— respecto a las funciones no delegadas, los delegantes responden sólo por la falta de vigilancia sobre el andamio general de la gestión delegada y por no haber hecho lo posible para impedir el cumplimiento de actos u omisiones perjudiciales”³⁴.

En segundo lugar, el párrafo segundo de esta disposición legal³⁵ no contiene ningún supuesto de exoneración de responsabilidad civil de los administradores sociales, sino que lo que realmente contempla es la atribución, a dichos administradores, de los siguientes

³⁴ Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima I. Composición y funcionamiento del órgano gestor. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 69, año 1991, página 167.

³⁵ El actual párrafo segundo del artículo 189 del Código de Comercio y sus reformas no existía en la versión original, es decir, en la versión normativa existente antes de la entrada en vigor de la Ley de protección al inversionista minoritario, Ley número 9392 de 24 de agosto de 2016. El artículo 1 de esa ley especial tuvo la virtud de agregar el texto que, actualmente, es el párrafo segundo del artículo 189 del Código de Comercio y sus reformas.

deberes en el ejercicio de sus funciones: el deber de diligencia, el deber de lealtad y el deber de actuar en el mejor interés de la empresa (teniendo en cuenta, para ello, el interés de la sociedad y de los accionistas). La inobservancia de esos deberes se convierte en el hecho generador de responsabilidad civil solidaria frente a la sociedad.

En tercer lugar, el párrafo tercero de esa misma norma legal impone una responsabilidad civil solidaria, en cabeza de los administradores, por no haber vigilado la marcha general de la gestión o por sí, estando en conocimiento de actos perjudiciales, no hubieran hecho lo posible por impedir su realización o para eliminar o atenuar sus consecuencias.

Ejemplo de lo anterior sería el caso en el cual, a lo interno de un consejo de administración, hubiese uno o alguno de ellos que pudiese verse afectado por una prohibición de competencia o concurrencia. Al respecto, Certad Maroto explica que “los demás administradores (o sea, aquellos que no están afectados o inmersos en la prohibición de competencia o concurrencia) o alguno o algunos de ellos pueden resultar responsables si se demuestra cuál es el incumplimiento en que incurrieron (por lo general se tratará de la violación de los deberes de vigilancia e intervención ejemplo art. 189, por no haberse dado cuenta del incumplimiento de los demás administradores o por no haber hecho lo posible por impedirlo o eliminar o atenuar sus dañinas consecuencias); pero no obstante tratarse de una obligación distinta (art. 189) respecto a lo violado por los administradores en situación de competencia, el daño es solidariamente resarcible por todos los administradores, porque cuando varios sujetos, aunque con hechos y medidas diversas y aunque violando obligaciones distintas, han concurrido a determinar un único evento dañino, ellos responden, cada uno por la totalidad, es decir, en sólido con los otros co-partícipes”³⁶

36 Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (I). En: Revista Judicial número 56, junio 1992, página 47.

En cuarto lugar, el párrafo cuarto del artículo 189 del Código de Comercio contiene otra causal de exoneración de responsabilidad civil de los administradores, la cual consiste en que éstos no serán responsables cuando hayan ejecutado acuerdos de la asamblea de accionistas y en la medida en que dichos acuerdos se caractericen por (i) no ser notoriamente ilegales o (ii) no ser contrarios a normas estatutarias o reglamentarias de la sociedad. Llama la atención la gran similitud que existe entre esta norma jurídica y la dispuesta en el numeral 191 inciso c) del Código de Comercio y sus reformas. La única diferencia parece estar en que ésta última norma se refiere solamente a acuerdos de la asamblea general que no fueran notoriamente ilegales, mientras que el artículo 189 párrafo tercero del Código de Comercio lo amplía a los acuerdos contrarios a normas estatutarias o reglamentarias de la sociedad. Sin embargo, en el fondo el efecto jurídico, que persiguen ambas normas, es el mismo.

La doctrina societaria costarricense no ha analizado por qué razón no le asiste, a los administradores sociales, ninguna responsabilidad en la hipótesis prevista por el artículo 189 párrafo cuarto del Código de Comercio y sus reformas. Nuestro criterio es que ello es así debido a que esa norma jurídica establece, implícitamente, una causa de justificación, a saber, el cumplimiento de la ley o el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 25 del Código Penal). En efecto, como así se expuso en los albores de este trabajo, forma parte del contenido de la función administrativa, asignada por ley a los consejeros, la ejecución de los acuerdos adoptados por los socios en las respectivas asambleas, de modo entonces que los administradores, al llevar a cabo esa labor, se limitan a dar cumplimiento a uno de los deberes ínsitos en la función administrativa que les corresponde³⁷.

37 El autor Certad Maroto expresa que “administrar la sociedad significa ser titulares de un “droit-fonction” (poder-deber), porque administrar no es únicamente ejercer un poder, sino también y sobre todo cumplir un deber”. Al respecto ver Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (I). En: Revista Judicial número 56, junio 1992, página 43.

En quinto lugar, el párrafo quinto del artículo 189 del Código de Comercio y sus reformas establece dos causales de exoneración de responsabilidad civil, que son las siguientes: a) Por un lado, en beneficio del administrador o administradores que, no siendo culpables del incumplimiento de los deberes que les impone la ley y los estatutos, hubiese hecho anotar, por escrito, sin retardo, un disentimiento³⁸ y hubiese dado inmediata noticia de ello, también por escrito, al fiscal y; b) Por otro lado, si el consejero hubiera estado ausente en el acto de deliberación del acuerdo del Consejo de Administración.

En sexto y último lugar, el párrafo sexto del artículo 189 del Código de Comercio y sus reformas estatuye que los consejeros y demás administradores serán solidariamente responsables, conjuntamente con sus inmediatos antecesores, por las irregularidades en que éstos hubieran incurrido en una gestión, si en el momento de conocerlas no las denuncia por escrito al fiscal.

Esta norma parece ser una reiteración de lo dispuesto en su párrafo tercero. La lógica del mandato jurídico es que, si los nuevos administradores conocen las irregularidades de sus inmediatos antecesores y no las denuncian por escrito al fiscal de la sociedad, entonces se convierten en cómplices culpables de los ilícitos societarios y deben por ello responder solidariamente de los daños causados a la sociedad. Solamente se podrán exonerar de responsabilidad si denuncian por escrito, al órgano de vigilancia de la sociedad, las irregularidades que pudieron haber cometido los inmediatos anteriores administradores sociales.

Finalmente, el artículo 191 del Código de Comercio y sus reformas contempla un elenco taxativo de supuestos de hecho que tienen

38 Este disentimiento y sus formalidades se asemeja a las excepciones que los artículos 108 y 109 de la Ley General de la Administración Pública establecen al deber de obediencia del funcionario público frente a las órdenes que le imparte su superior jerárquico. Al respecto puede consultarse Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 290-F de las 13:30 horas del 12 de mayo de 2005.

la virtud de producir la extinción de la responsabilidad civil de los administradores frente a la sociedad.

La sociedad bien podría renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad, siempre y cuando así lo acuerde la mayoría de la asamblea general de accionistas, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 191 inciso b) del Código de Comercio y sus reformas.

Según Certad Maroto, el hecho de que se verifique el supuesto fáctico previsto por el artículo 191 inciso c) del Código de Comercio y sus reformas, ciertamente exonera de responsabilidad a los administradores frente a la sociedad, "pero no ante los acreedores sociales, ni mucho menos frente a los socios o terceros"³⁹.

El ejercicio de la acción social de responsabilidad le corresponde a la persona que designe, por acuerdo de mayoría, la asamblea general de accionistas. (artículo 192 del Código de Comercio y sus reformas).

f. Prescripción.

La acción social de responsabilidad cuenta con el plazo prescriptivo de 1 año, de conformidad con el artículo 984 inciso a) del Código de Comercio y sus reformas.

Contrario a la opinión de algunos⁴⁰, se trata de un plazo de prescripción, no de caducidad, porque el término de la caducidad es rígido, mientras que el término de la prescripción es susceptible de reproducirse indefinidamente mediante la interrupción y puede ampliarse mediante la suspensión⁴¹. El artículo 976 inci-

39 Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (II). En: Revista Judicial número 57, setiembre 1992, página 18.

40 Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima I. Composición y funcionamiento del órgano gestor. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 69, año 1991, página 165.

41 Al respecto ver Pérez Vargas, Víctor. Derecho Privado. San José, Litografía e Imprenta LIL, 2. edición, año 1991, páginas 205 y 206 y Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 43 de las 14:40 horas del 28 de mayo de 1997.

so f) del Código de Comercio establece que es causal de suspensión de la prescripción el hecho de que los administradores estén ejerciendo los cargos, de modo entonces que es posible concluir que el plazo |, previsto por el numeral 984 inciso a) del Código de Comercio, es un plazo de prescripción y no de caducidad.

En relación con el día inicial del cómputo (dies a quo) del plazo de prescripción de la acción social de responsabilidad, es menester indicar que, al tratarse de una acción expresamente regulada por el Código de Comercio y sus reformas, le resultaría aplicable lo dispuesto en el numeral 969 de ese cuerpo normativo, de manera tal que el punto de partida sería el día en que tal derecho pudo hacerse valer.

Sin embargo, lo que allí establece la ley no es nada claro y se presta para diversas interpretaciones. Por ejemplo, en Costa Rica, el autor Certad Maroto consideraba que el dies a quo del plazo de prescripción previsto en el numeral 984 inciso a) del Código de Comercio y sus reformas era el momento en el cual se causaba el daño a la sociedad⁴². Por el contrario, en España se debatía en torno a si el punto de partida era el cese del administrador (con base en el artículo 949 del Código de Comercio español) o desde el momento en que la acción social de responsabilidad pudo haber sido ejercida, conforme lo prescribe el artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de capital española⁴³.

Con base en la opinión del autor español Manuel Jesús Marín López⁴⁴, nosotros considera-

42 Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (II). En: Revista Judicial número 57, setiembre 1992, página 17.

43 Al respecto ver García-Villarrubia Bernabé, Manuel. Responsabilidad de administradores de sociedades. En: Soler Presas, Ana y Del Olmo García, Pedro (Coordinadores). Practicum Daños 2019. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, año 2019, página 558.

44 Marín López, Manuel Jesús. La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: Influencia del Derecho alemán y efectos en el Derecho español. En: Revista CESCO de Derecho de Consumo, número 42/2022, ISSN 2254-2582, página 159. En sentido similar ver Blanco García-Lomas,

mos que el dies a quo del plazo de prescripción de la acción social de responsabilidad es el día en el cual concurren los siguientes requisitos:

a) Que concurren o se verifiquen todos los requisitos de la acción social de responsabilidad, expuestos en el punto número 2 del capítulo segundo de este trabajo;

b) Que la sociedad tenga conocimiento efectivo o bien, debiera haber conocido, si hubiese actuado diligentemente, de los requisitos de la acción social de responsabilidad y;

c) Que la sociedad tenga la posibilidad real y efectiva de ejercitar la pretensión, esto es, que no concorra alguna circunstancia (verbi gratia, un evento constitutivo de fuerza mayor) que le impidiese reclamar.

Capítulo III: La acción individual de responsabilidad.

a. Concepto y finalidad.

La acción individual de responsabilidad es aquella que se dirige a la reparación de los daños directos causados por los administradores en el patrimonio de los socios y terceros. En consecuencia, la compensación o indemnización que se pueda obtener a resultas de la acción individual ingresará directamente en el patrimonio de esos socios o terceros⁴⁵.

No está regulada en el Código de Comercio de Costa Rica, pero algún sector de la doctrina costarricense⁴⁶ considera que se trata

Leandro. Acción individual. En: Martínez Gallego, Eva María y Fernández González, Víctor (Coordinadores). Acciones de responsabilidad contra el órgano de administración. Ámbitos mercantil, concursal, penal y laboral. Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, año 2019, página número 53, número al margen 353.

45 García-Villarrubia Bernabé, Manuel. Responsabilidad de administradores de sociedades. En: Soler Presas, Ana y Del Olmo García, Pedro (Coordinadores). Practicum Daños 2019. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, año 2019, página 570.

46 Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (II). En: Revista

de una acción de responsabilidad civil contractual, que puede sustentarse en los artículos 702, 703 y 704 del Código Civil, con base en el artículo 2 del Código de Comercio.

No consideramos que se trate de una responsabilidad civil contractual, pues entre los administradores sociales (legitimados pasivos) y los socios o terceros (legitimados activos) no existe ninguna relación contractual.

Al no estar expresamente regulada por el Código de Comercio y sus reformas, consideramos que, con base en lo dispuesto en el artículo 2 de ese mismo cuerpo normativo, la acción individual de responsabilidad ejercida por socios o terceros (como lo podrían ser, ad exemplum, los acreedores de la sociedad) podría basarse en el numeral 1045 del Código Civil⁴⁷.

b. Requisitos constitutivos.

Es necesario que concurren los siguientes requisitos:

a) Comportamiento activo u omisivo de los administradores consistente en la transgresión de deberes legales o de la escritura constitutiva o de los estatutos o de sus deberes inherentes al cargo (deberes de diligencia y de lealtad).

b) La producción de un daño.

c) Culpa o dolo.

d) Nexo de causalidad entre el comportamiento del administrador y el daño causado a la sociedad.

Con la excepción que se dirá más adelante, son aplicables, a los requisitos antes mencionados, las explicaciones que se dieron en el punto número 2 del capítulo segundo de

Judicial número 57, setiembre 1992, páginas 19 y 23.

47 De acuerdo con el autor Gastón Certad Maroto, "es opinión mayoritaria en la jurisprudencia y doctrina italianas, que la responsabilidad de los administradores frente a socios y terceros tiene naturaleza extracontractual". *Ibíd.*, página 23.

este trabajo.

Sin embargo, la diferencia esencial entre la acción social y la acción individual de responsabilidad yace en el requisito de la producción del daño.

En efecto, mientras que en la acción social de responsabilidad el daño repercute o incide en el patrimonio de la sociedad, en la acción individual de responsabilidad debe tratarse de un daño directo en el patrimonio de los socios y de los terceros⁴⁸.

La clave está en definir qué debe entenderse por daño directo en el patrimonio de los socios y de los terceros⁴⁹. Según la doctrina española, en el caso de los socios, "En términos generales, pueden calificarse como daños directos a los socios los derivados de la ilícita intromisión del administrador en las relaciones societarias del socio con la compañía. Son hipótesis de privación de la condición de socio o de infracción de derechos de participación y económicos de los socios, que tienen como efecto una lesión directa del socio en su condición de tal, bien por provocarle un quebranto económico, bien por disminuir el valor de su participación en el capital de la sociedad. Se han identificado como comportamientos de este tipo el impedimento del ejercicio del derecho de voto, el desconocimiento del derecho de suscrip-

48 En el mismo sentido ver Hernández Aguilar, Alvaro. Nuevas propuestas sobre la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades anónimas. En: *Revista Iustitia*, año 18, número 213-214, setiembre-octubre de 2004, página 25.

49 En la doctrina española, el daño indirecto al socio no es susceptible de reparación mediante el ejercicio de la acción individual de responsabilidad. Un ejemplo de daño indirecto al socio (también llamado reflejo o secundario) es, por ejemplo, la disminución del patrimonio social. "La disminución del patrimonio social genera la correlativa disminución del valor de las acciones o participaciones sociales de las que es titular el socio, y puede determinar que no se repartan dividendos, o se repartan en menor medida. En tal caso, la conducta ilícita del administrador produce un daño indirecto al socio (también llamado reflejo o secundario), pero no un daño directo. Ese daño indirecto no es susceptible de reparación mediante el ejercicio de la acción individual". García-Villarrubia Bernabé, Manuel. *Responsabilidad de administradores de sociedades*. En: *Soler Presas, Ana y Del Olmo García, Pedro (Coordinadores). Practicum Daños 2019*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, año 2019, página 571.

ción preferente, la amortización indebida de acciones o la negativa del administrador a realizar el pago de un dividendo acordado en junta general⁵⁰.

Por su parte, en el caso de daños directos a los terceros (especialmente a los acreedores de la sociedad), sobresalen hipótesis tales como las siguientes⁵¹:

a) Daños extracontractuales causados por los administradores por omisión de los deberes generales de seguridad y protección frente a terceros ajenos a la sociedad;

b) El suministro de informaciones falsas o incorrectas durante el periodo de formación de una relación contractual o el de ocultación de información relevante que, de haberse proporcionado, hubiera sido decisiva para la concertación del negocio jurídico.

c. Legitimación activa.

La legitimación activa la tiene el socio o el tercero que resultaran directamente afectados por la conducta culposa o dolosa del administrador.

d. Legitimación pasiva.

La legitimación pasiva recae sobre el administrador societario autor del daño directo en perjuicio del socio o del tercero.

e. Exoneración de responsabilidad.

Dado que la responsabilidad civil de los administradores sociales es una responsabilidad civil de tipo subjetivo, ellos pueden exonerarse de responsabilidad si logran demostrar alguno de los supuestos de hecho que tienen la virtud de romper el nexo causal, tales como el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero⁵².

50 *Ibidem.*, página 571.

51 *Ibidem.*, páginas 572 y 573.

52 En el mismo sentido aquí indicado ver Parra Lucán, María Ángeles. Responsabilidad civil de administradores de sociedades. En: Busto Lago, José Manuel y Reglero Campos, Luis Fernando (Coordinadores). Tratado de responsa-

Adicionalmente, como ya se explicó *ut supra*, los administradores sociales pueden invocar y probar que actuaron en ejercicio de la discrecionalidad empresarial.

Con base en el artículo 1046 del Código Civil, la responsabilidad de los administradores causantes de los daños a los socios o a los terceros es de tipo solidario, salvo que alguno o algunos de ellos demostraran que no actuaron culposa o dolosamente.

f. Prescripción.

Dado que el Código de Comercio y sus reformas no regula, en lo absoluto, la acción individual de responsabilidad por parte de socios y de terceros, somos del criterio de que, al estar basada en el numeral 1045 del Código Civil⁵³, el régimen jurídico de la prescripción aplicable es el que disponen los numerales 865 y siguientes de dicho cuerpo normativo.

De este modo, consideramos que el plazo de prescripción aplicable sería el de 10 años, previsto en el artículo 868 párrafo primero, oración primera, del Código Civil, si bien es respetable también la posición jurídica de quienes consideran que el plazo de prescripción debería ser el de 4 años, previsto por el Código de Comercio y sus reformas, por tratarse de una acción de responsabilidad civil que surge con ocasión de daños causados en el marco de sociedades mercantiles.

Ahora bien, tomando en cuenta que hemos aceptado la doctrina del daño directo en el

bilidad civil. Tomo II. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 5. edición, año 2014, páginas 844 a 846.

53 Compartimos el criterio jurídico del autor español, Ángel Carrasco Perera, para quien "la acción individual no es propiamente societaria, sino una pretensión de daños de derecho civil (TS 6-9-13), por lo que, a su juicio, las reglas de prescripción quedarían fijadas, en su caso, por la normativa autonómica (y en este sentido el artículo 121.21.d del Código Civil de Cataluña fija en tres años el ejercicio de las acciones de responsabilidad)". Al respecto ver Blanco García-Lomas, Leandro. Acción individual. En: Martínez Gallego, Eva María y Fernández González, Víctor (Coordinadores). Acciones de responsabilidad contra el órgano de administración. Ámbitos mercantil, concursal, penal y laboral. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, año 2019, página número 53, número al margen 351.

patrimonio del socio o del tercero, como criterio distintivo entre la acción social y la acción individual de responsabilidad y en vista de que tal tipo de daño es, según lo expuesto en el punto 2 del capítulo tercero de este trabajo, más fácilmente constatable, somos del criterio de que el inicio del plazo de prescripción de la acción individual de responsabilidad sería, de conformidad con el numeral 874 del Código Civil, aquél en el cual se hubiera generado el daño directo en el patrimonio del socio o del tercero.

Capítulo IV: Otros regímenes jurídicos de responsabilidad patrimonial de los administradores sociales.

a. Acción de responsabilidad por deudas sociales.

Cuando se verifica alguno de los supuestos de hecho que establece el numeral 201 del Código de Comercio, es decir, aquéllos que dan lugar a la disolución de la sociedad mercantil, los administradores tienen la obligación de llevar a cabo una serie de acciones tendentes a lograr dicha disolución y, con ello, entrar de lleno al posterior proceso de liquidación de la sociedad.

El incumplimiento de esas acciones, por parte de los administradores, es lo que da lugar al ejercicio de la llamada acción de responsabilidad por deudas sociales, cuyo principal efecto jurídico es convertir a los administradores en responsables solidarios de las obligaciones sociales surgidas con posterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad.

Como lo explica el autor español Manuel García-Villarrubia Bernabé, “El incumplimiento de los deberes específicos de los administradores a que se acaba de hacer referencia tiene consecuencias de gran relevancia para dichos administradores. Según el artículo 367.1 LSC, responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución 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, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso 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 ha constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución”⁵⁴.

El Código de Comercio y sus reformas no establece, de una manera clara y sistemática, este tipo de responsabilidad patrimonial que puede corresponderles a los administradores sociales.

Sin embargo, consideramos que el fundamento jurídico de esa responsabilidad patrimonial se encuentra en los artículos 189 párrafos primero y tercero y 208 del Código de Comercio y sus reformas.

En el marco de este régimen jurídico de responsabilidad, los hechos generadores de responsabilidad patrimonial de los administradores son: a) el incumplimiento del deber convocar a asamblea de socios para discutir y decidir sobre la disolución de la sociedad, por la concurrencia de la causa legal que le da sustento y; b) la omisión de presentar, ante el Juez competente, formal solicitud de disolución judicial de la sociedad, en caso de que el acuerdo de la asamblea de socios hubiese sido contrario a la disolución de la sociedad o dicho acuerdo no hubiera podido conseguirse por cualquier otro motivo distinto⁵⁵.

Sobre la naturaleza jurídica de dicha acción de responsabilidad por deudas sociales, la doctrina española indica que “Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de este singu-

⁵⁴ García-Villarrubia Bernabé, Manuel. Responsabilidad de administradores de sociedades. En: Soler Presas, Ana y Del Olmo García, Pedro (Coordinadores). Practicum Daños 2019. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, año 2019, página 579.

⁵⁵ Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, Sección Primera. Sentencia número 601/2019 de 8 de noviembre de 2019 (ROJ: STS 3526/2019),

lar régimen de responsabilidad. Se ha hablado de si podía considerarse un supuesto de responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva, o de responsabilidad-sanción. Con mayor propiedad podría hablarse de una responsabilidad formal ex lege, con un régimen propio y específico que se aparta de la tradicional responsabilidad por daños⁵⁶. En el Derecho de sociedades español, “El Tribunal Supremo, tras una primera etapa que defendía la naturaleza extracontractual y culpabilística de la acción de la LSC art. 367, ha superado esa posición y defiende que la mentada acción es una acción de responsabilidad por deuda ajena ex lege⁵⁷”.

Según el profesor español, Alberto Díaz Moreno, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil⁵⁸, ha indicado, en cuanto a la acción de responsabilidad del administrador por deudas sociales, lo siguiente:

1) El artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) constituye a los administradores en garantes personales y solidarios de las obligaciones de la sociedad posteriores a la fecha de concurrencia de la causal de disolución;

2) El plazo de prescripción de la acción para exigir esta responsabilidad no puede ser el del artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que se refiere exclusivamente a la acción social y a la acción individual de responsabilidad y no juega en relación con la acción de responsabilidad por deudas sociales prevista en el referido artículo 367 de

⁵⁶ Ibídem., página 579.

⁵⁷ Blanco García-Lomas, Leandro. Responsabilidad por deudas. En: Martínez Gallego, Eva María y Fernández González, Víctor (Coordinadores). Acciones de responsabilidad contra el órgano de administración. Ámbitos mercantil, concursal, penal y laboral. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, año 2019, página número 61, número al margen 410. Recientemente, sobre la acción de responsabilidad del administrador por deudas sociales pueden consultarse las siguientes sentencias del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil: Sentencia número 1512/2023 de 31 de octubre de 2023, 217/2024 de 20 de febrero de 2024 y 275/2024 de 27 de febrero de 2024.

⁵⁸ Las sentencias están identificadas en la nota de pie de página número 57 de este trabajo.

dicha ley; de hecho, desde el punto de vista sistemático, el primer precepto está incluido en el capítulo V (“La responsabilidad de los administradores”) del título VI (“La administración de la sociedad”) de la Ley de Sociedades de Capital, mientras que el artículo 367 se ubica en el Capítulo I (“La disolución”), sección 2 (“Disolución por constatación de causal legal o estatutaria”) del título X (“Disolución y liquidación”) de esa misma ley.

3) Las acciones de responsabilidad individual y social tienen una naturaleza diferente a la de la acción de responsabilidad por deudas, puesto que las dos primeras son típicas acciones de daños, mientras que la última es una acción de responsabilidad legal por deuda ajena con presupuestos propios.

4) Con posterioridad a la ley 31/2014 de 3 de diciembre, el artículo 949 del Código de Comercio (C. Com.) sólo resulta aplicable a las sociedades personalísimas reguladas en dicho cuerpo legal.

En consecuencia:

a) La acción de responsabilidad por deudas sociales del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital tendrá el mismo plazo de prescripción que la obligación garantizada cuyo cumplimiento se reclama (la deuda social) según la naturaleza de ésta (por tanto, según se trate de obligación contractual, dimanante de responsabilidad civil extracontractual, etc.);

b) La relación entre el administrador responsable y la sociedad deudora es de solidaridad “propia” por su origen legal, de manera que juegan frente al administrador las causas de interrupción previstas en el artículo 1973 del Código Civil (CC) en los mismos términos previstos en el artículo 1974 del mismo cuerpo legal (aunque, sobre este extremo, véanse las observaciones formuladas más adelante en relación con la aplicación de la normativa mercantil) y;

c) el día a quo del plazo de prescripción de

la acción contra el administrador será el mismo que el de la acción contra la sociedad deudora⁵⁹.

En cuanto a la legitimación activa para el ejercicio de esta acción, la posee aquel acreedor de la sociedad, cuyo derecho de crédito hubiese nacido con posterioridad al acaecimiento de la causal de disolución.

Por su parte, la legitimación pasiva recae sobre quien ocupe el cargo de administrador en el momento en el que nace la obligación social objeto de reclamación judicial, siempre que este momento sea posterior al acaecimiento de la causa de disolución, pues el administrador solo responde, en virtud de este título, de las deudas posteriores.

Estrechamente relacionado con el tema que nos ocupa, el autor Certad Maroto consideraba lo siguiente: “Un análisis especial amerita la hipótesis del administrador que efectúa nuevas operaciones (no dirigidas, directa ni indirectamente a la liquidación) después de haberse producido la disolución de la sociedad (art. 208). Como es bien sabido, la disolución de la sociedad limita automáticamente la responsabilidad de los administradores, al verse restringida la personalidad jurídica de la sociedad, que sólo puede realizar válidamente actos tendentes a su propia liquidación (art. 209). Siendo ésta una limitación que se deriva de la ley, en estricto rigor normativo, la sociedad puede oponerles a los terceros dichas limitaciones al poder del administrador y, por lo tanto, negarse a responder de esas operaciones. Pero en la práctica es muy raro que la sociedad se niegue a responder: las causas legales de disolución (art. 201) —con excepción del plazo social, por razones obvias— están sujetas a publicación en el periódico oficial (art. 207) y a inscripción en el Registro Mercantil (art. 206 in fine); de modo que hasta que no se haya cumpli-

do con la publicidad prescrita en virtud de normas generales de publicidad registral, son inoponibles a terceros (salvo, claro está, el vencimiento del plazo social)”⁶⁰.

En relación con el plazo de prescripción y el dies a quo del plazo prescriptivo, nos parece que, para el Derecho de Sociedades costarricense, resultaría aplicable lo dispuesto, para el caso español, por las recientes sentencias del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, números 1512/2023 de 31 de octubre de 2023, 217/2024 de 20 de febrero de 2024 y 275/2024 de 27 de febrero de 2024, así como los comentarios que, sobre tales sentencias, ha expresado el profesor español, Alberto Díaz Moreno⁶¹.

b. Responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos.

El artículo 74.8 de la Ley Concursal de Costa Rica, ley número 9957 de 14 de abril de 2021, reformó varios artículos del Código Penal, que tienen relación directa con la materia concursal.

Concretamente, la Ley Concursal de Costa Rica reformó los siguientes artículos del Código Penal: a) artículo 238 (Concurso fraudulento); b) artículo 239 (Concurso culposo); c) artículo 240 (Responsabilidad de personeros legales) y; d) artículo 241 (Administración fraudulenta concursal).

De esos artículos del Código Penal, reformados por la Ley Concursal, tiene especial relevancia el numeral 240, por cuanto establece que se les puede imponer las penas previstas en los artículos 238 y 239 de ese mismo código, cuando se les impute los hechos tipifi-

⁵⁹ Díaz Moreno, Alberto. De nuevo sobre el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad del administrador por deudas sociales (y un apunte para mercantilistas). En: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2024/03/Plazo_prescripcion_376LSC.pdf

⁶⁰ Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima. III. Poderes de gestión y poderes de representación. En: Revista de Ciencias Jurídicas número 71, año 1992, página 30. Según este mismo autor, “la disolución de la sociedad origina una incapacidad o carencia de legitimación de la sociedad al cumplimiento de operaciones que nada tengan que ver, directa ni indirectamente, con su liquidación, como consecuencia de una mutación en el objeto social que se proyecta al poder representativo de los administradores”. *Ibidem.*, nota de pie de página número 31, página 30.

⁶¹ Díaz Moreno, Alberto. *supra* nota número 58.

cados en esas normas penales, a los representantes legales, apoderados generales o generalísimos de las personas concursadas, los directores, administradores, gerentes, apoderados o liquidadores de las personas jurídicas.

El tipo objetivo del artículo 238 del Código Penal dice lo siguiente: “Concurso fraudulento. Artículo 238- Se impondrá prisión de dos a seis años e inhabilitación de tres a diez años para el ejercicio del comercio o de las actividades productivas que realiza, a la persona deudora declarada en concurso judicial que, en fraude de sus acreedores o causando perjuicio a la masa concursal o a los derechos de ellos, haya incurrido en alguno de los hechos siguientes: 1) Simular deudas, enajenaciones, gastos, pérdidas o créditos; 2) Sustraer u ocultar bienes que correspondan a la masa o no justificar su salida o su enajenación; 3) Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor; 4) Haber sustraído, destruido o falsificado, en todo o en parte, los libros u otros documentos contables, o los haya llevado de modo que se haga imposible la reconstrucción del patrimonio o el movimiento de los negocios, cuando tenga obligación de llevarlos”.

Por su parte, el numeral 239 del Código Penal dispone lo siguiente: “Concurso culposo. Artículo 239. Se impondrá prisión de seis meses a dos años, e inhabilitación de uno a cinco años para ejercer el comercio o las actividades productivas que realiza, a la persona declarada en concurso judicial que, por sus gastos excesivos en relación con el capital, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o actividades productivas, o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta, haya provocado su situación patrimonial general y no transitoria que le haya impedido satisfacer oportunamente sus obligaciones dinerarias, causando perjuicio a sus acreedores”.

Los administradores de sociedades mercantiles podrían tener que resarcir daños y perjuicios derivados de la comisión de esos de-

litos⁶², con base en los artículos 122 incisos 2) y 3), 135, 136 y 137 inciso 3) del Código Penal de 1941⁶³, que son reglas vigentes sobre responsabilidad civil según Ley número 4891 del 8 de noviembre de 1971.

c. Responsabilidad por el pago de los tributos.

Los administradores son responsables (en los términos en que así lo define el numeral 20 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Ley número 4755 de 3 de mayo de 1971) del pago de las obligaciones tributarias de las sociedades en las cuales se desempeñan (artículos 21 inciso b), 36 y 67 de esa misma ley especial. Se trata de una obligación solidaria. (artículo 16).

d. Responsabilidad civil derivada de la impugnación de actos y contratos.

Otra manera en virtud de la cual puede surgir responsabilidad civil para los administradores es mediante la impugnación de actos o contratos que hubiera celebrado en contravención con su deber de lealtad.

En el Derecho de sociedades español, esta posibilidad tiene asidero jurídico en el artículo 232 de la Ley de Sociedades de capital de ese país.

El autor español, Moisés Guillamón Ruiz lo explica de la siguiente manera: “Aparte de la responsabilidad de exigir responsabilidad personal al administrador por los daños causados por su conducta desleal, se pueden impugnar los actos y contratos desleales celebrados por él, con el objeto de eliminar los mismos y, en su caso, los efectos que hayan podido producir. A tal fin, la LSC art. 232 contempla una acción de impugnación que tie-

⁶² Otros hechos punibles que pueden acarrearle responsabilidad civil ex delicto a los administradores sociales son la estafa (artículo 216 del Código Penal), la administración fraudulenta (artículo 222 del Código Penal) y la apropiación y retención indebidas (artículo 223 del Código Penal).

⁶³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 492-F-93 de las 11:00 horas del 31 de agosto de 1993.

ne por objeto: a. Tratándose de actos del administrador (p. e., el uso personal que hace de un bien de la sociedad), se puede solicitar el cese del acto y, en su caso, la remoción de sus efectos; b. Tratándose de un contrato (p. e., el administrador compra un activo social, en condiciones ventajosas para él y perjudiciales para la sociedad), se puede pedir su anulación, con la consiguiente restitución de prestaciones, conforme al C.C. art. 1303. En todo caso, deben respetarse los derechos adquiridos por terceros de buena fe, lo que sucedería si el administrador vende a un tercero un activo que previamente compró a la sociedad, desconociendo dicho tercero el proceder desleal del administrador”⁶⁴.

La legitimación activa para el ejercicio de esta acción la tiene la sociedad.

La nulidad del contrato celebrado por el administrador en contraposición con el deber de lealtad se fundamentaría en que el negocio jurídico, celebrado en esas condiciones, tendría una causa ilícita, con lo cual el contrato sería absolutamente nulo⁶⁵ y junto con los efectos retroactivos y restitutorios, que trae consigo la nulidad absoluta del contrato, también podría surgir el efecto resarcitorio, es decir, el deber de pagar daños y perjuicios causados por el contrato absolutamente nulo.

Capítulo V: Excursus: La responsabilidad patrimonial de los gerentes y sub gerentes en la sociedad de responsabilidad limitada.

Brevemente haremos algunos comentarios en relación con las normas del Código de Comercio, relacionadas con la responsabilidad patrimonial de los gerentes y sub gerentes,

64 Guillamón Ruiz, Moisés. Acciones derivadas de la infracción de los deberes del administrador. En: Martínez Gallego, Eva María y Fernández González, Víctor (Coordinadores). Acciones de responsabilidad contra el órgano de administración. Ámbitos mercantil, concursal, penal y laboral. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, año 2019, página número 82, número al margen 545.

65 Ibidem., página 84, número al margen 550. En el mismo sentido puede consultarse la sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, Sentencia de 8 de abril de 2013.

tes, en la sociedad de responsabilidad limitada.

El numeral 89 de ese cuerpo normativo establece que las sociedades de responsabilidad limitada serán administradas por uno o varios gerentes o sub gerentes, los cuales pueden ser socios o personas ajenas a la sociedad.

Luego, el artículo 90 del Código de Comercio y sus reformas establece ciertas manifestaciones concretas del deber de lealtad, que están obligados a observar los gerentes o sub gerentes. En la medida en que todos los socios les hayan dado autorización expresa, a los gerentes y sub gerentes, para realizar las acciones mencionadas en esa norma jurídica, éstos pueden seguir ejerciendo sus cargos y no son responsables de los daños y perjuicios⁶⁶. Por el contrario, si los gerentes y sub gerentes llevan a cabo esas acciones sin autorización expresa de todos los socios, pierden inmediatamente sus cargos y serán responsables de los daños y perjuicios derivados de las acciones indicadas en esa disposición legal.

Pareciera que lo dispuesto en el numeral 90 del Código de Comercio y sus reformas hace referencia a una acción social de responsabilidad⁶⁷. Ante lo lacónico que es la regulación jurídica de las sociedades de responsabilidad limitada, nos parece que sí son aplicables, vía analogía (artículo 2 del Código de Comercio y 12 del Código Civil), a la acción social de responsabilidad contra gerentes y

66 En cuanto a la llamada dispensa del deber de lealtad, el autor Moisés Guillamón Ruiz expresa lo siguiente: “El régimen relativo al deber de lealtad, así como la responsabilidad por su infracción es de carácter imperativo, por lo que no son válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo. No obstante, en casos singulares, el administrador o persona vinculada al mismo, puede ser dispensado de su deber de lealtad, previo acuerdo de la junta general o en su caso del órgano de administración. Estos casos se refieren a: a) la realización de una determinada transacción con la sociedad; b) el uso de ciertos activos sociales; c) el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio o; d) la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero”. Ibidem., página 77, número al margen 511.

67 En igual sentido ver Certad Maroto, Gastón. La sociedad de responsabilidad limitada. San José, Imprenta Lil S. A., año 1996, página 131.

sub gerentes de sociedades de responsabilidad limitada, lo dispuesto en los numerales 189, 191 y 192 del Código de Comercio.

El artículo 92 del Código de Comercio hace alusión a una especie de acción individual de responsabilidad, prevista en beneficio de terceros, quienes, normalmente, podrían ser los acreedores de la sociedad mercantil. Por la amplitud que muestra la norma, podría decirse que se parece mucho a lo dispuesto, para las sociedades anónimas, en el numeral 189 párrafo segundo del Código de Comercio y sus reformas⁶⁸.

Para finalizar, tomando en cuenta la gran cantidad de deberes jurídicos que pesan sobre los administradores sociales y para hacer frente a demandas que podrían plantearse en contra de ellos, por presuntos incumplimientos de esas obligaciones, es que nacen los seguros de responsabilidad civil para directivos, también conocidos como seguros D&O, por sus siglas en idioma inglés, *directors & officers*⁶⁹.

Estos seguros no sólo asumen la responsabilidad económica objeto de condena, sino también los gastos de defensa jurídica, constitución de fianzas que pudieran resultar impuestas, multas, gastos de defensa en el caso de responsabilidad penal de la sociedad, pago de créditos concursales en caso de concurso en el que se declara la culpabilidad del administrador o el directivo, pago de deudas tributarias respecto de las que el directivo haya resultado declarado responsable subsidiario, garantía de retribuciones en caso de inhabilitación profesional, etc.

CONCLUSIONES

Después del desarrollo de este trabajo, es posible llegar a las siguientes conclusiones:

⁶⁸ Hay que recordar que el párrafo segundo del artículo 189 del Código de Comercio fue incorporado o agregado en virtud del artículo 1 de la Ley de protección al inversionista minoritario, Ley número 9392 de 24 de agosto de 2016.

⁶⁹ Para obtener más información sobre este importante tema puede consultarse a Roncero Sánchez, Antonio. El seguro de responsabilidad civil de los administradores. En: Revista InDret, Revista para el análisis del Derecho, número 1/2005, páginas 1 a 39.

1. La función administrativa que ejercen los administradores de la sociedad mercantil es de vital importancia para el debido cumplimiento del objeto social, dado que, en términos amplios, dicha función abarca las labores deliberativa, ejecutiva y representativa.

2. El nuevo párrafo segundo del artículo 189 del Código de Comercio y sus reformas —el cual fue agregado por imperio del artículo 1 de la Ley de protección al inversionista minoritario, Ley 9392 de 24 de agosto de 2016— produjo la introducción, con rango legal, en el campo del Derecho de Sociedades costarricense, de la atribución, a los administradores sociales, de los siguientes deberes en el ejercicio de sus funciones: el deber de diligencia, el deber de lealtad y el deber de actuar en el mejor interés de la empresa (teniendo en cuenta, para ello, el interés de la sociedad y de los accionistas). La inobservancia de esos deberes se convierte en el hecho generador de responsabilidad civil solidaria de los administradores sociales frente a la sociedad.

3. El Código de Comercio y sus reformas no contiene una disciplina ordenada, completa y detallada sobre las condiciones y requisitos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad ni para el ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas sociales.

4. A pesar de que el Código de Comercio y sus reformas regula, de manera lacónica, la llamada acción social de responsabilidad, lo cierto del caso es que el artículo 192 de ese mismo cuerpo normativo se ha erigido en un serio obstáculo para su real y efectivo ejercicio, el cual se agrava por el hecho de que la ley mercantil carece de la atribución legal, a los socios y acreedores sociales, de la legitimación activa subsidiaria, tal y como, *verbi gratia*, lo contemplan los numerales 239 y 240 de la Ley de Sociedades de capital española.

5. La ausencia de regulación legal de la acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales en el articulado del

Código de Comercio y sus reformas, conspira contra la existencia de un régimen propio, unitario y específico de acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades mercantiles.

6. Lo indicado en la conclusión anterior queda en evidencia con la acción individual de responsabilidad civil contra los administradores sociales, dado que, al tener que acudir, para su ejercicio, a las reglas de responsabilidad civil extracontractual subjetiva, con base en el artículo 2 del Código de Comercio y 1045 y siguientes del Código Civil, dicha acción pierde, de cierta manera, su pertenencia al campo del Derecho de Sociedades y se convierte, en lo esencial, en una acción propia y característica del Derecho de Daños, perteneciente al campo de la responsabilidad civil que regula el Código Civil y sus reformas.

7. La dificultad para cumplir con el requisito previsto en el numeral 192 del Código de Comercio y sus reformas y la ausencia legal de la legitimación activa subsidiaria en cabeza de cierto grupo de socios o de acreedores sociales, puede causar que la acción social de responsabilidad sea inoperante y que socios y acreedores prefieran ejercer la acción individual de responsabilidad, la cual gozaría de ventajas adicionales, tales como un plazo de prescripción negativa más extenso para su ejercicio.

8. El Código de Comercio y sus reformas no establece, de una manera clara y sistemática, la llamada acción de responsabilidad por deudas sociales. Sin embargo, consideramos que el fundamento jurídico de esa responsabilidad patrimonial se encuentra en los artículos 189 párrafos primero y tercero y 208 del Código de comercio y sus reformas.

9. La responsabilidad patrimonial de los administradores es un asunto jurídico transversal, que impacta en determinadas ramas del Ordenamiento Jurídico, tales como el Derecho Concursal, el Derecho Penal, el Derecho Contractual y el Derecho Tributario.

10. En lo que se refiere a las sociedades de responsabilidad limitada, pareciera que lo dispuesto en el artículo 90 del Código de Comercio y sus reformas hace referencia a una acción social de responsabilidad. Ante lo lacónico que es la regulación jurídica de las sociedades de responsabilidad limitada, nos parece que sí son aplicables, vía analogía (artículo 2 del Código de Comercio y 12 del Código Civil), a la acción social de responsabilidad contra gerentes y sub gerentes de sociedades de responsabilidad limitada, lo dispuesto en los numerales 189, 191 y 192 del Código de Comercio.

11. El artículo 92 del Código de Comercio hace alusión a una especie de acción individual de responsabilidad civil, prevista en beneficio de terceros, quienes, normalmente, podrían ser los acreedores de la sociedad mercantil. Por la amplitud que muestra la norma, podría decirse que se parece mucho a lo dispuesto, para las sociedades anónimas, en el numeral 189 párrafo segundo del Código de Comercio y sus reformas.

12. Debido a la gran cantidad de deberes jurídicos que pesan sobre los administradores sociales y para hacer frente a demandas que podrían plantearse en contra de ellos, por presuntos incumplimientos de esas obligaciones, es que nacen los seguros de responsabilidad civil para directivos, también conocidos como seguros D&O, por sus siglas en idioma inglés, directors & officers.

Referencias Bibliográficas.

I. LIBROS

Busto Lago, José Manuel y Reglero Campos, Luis Fernando (Coordinadores). Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 5. Edición, año 2014, 2144 páginas.

Certad Maroto, Gastón. La sociedad de responsabilidad limitada. San José, Imprenta Lil S. A., 1996, 187 páginas.

Martínez Gallego, Eva María y Fernández González, Víctor (Coordinadores). Acciones de responsabilidad contra el órgano de administración. Ámbitos mercantil, concursal, penal y laboral. Madrid, Ediciones Francis & Taylor, año 2019, 265 páginas.

Mehring, Jos. Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts. München, Vahlen Verlag, 3. Auflage, 2015, 739 Seiten.

Pérez Vargas, Víctor. Derecho Privado. San José, Litografía e Imprenta LIL S. A., 2. Edición, año 1991, 501 páginas.

Ortells Ramos, Manuel (Coordinador). Derecho Procesal Civil. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 18. Edición, año 2019, 855 páginas.

Soler Presas, Ana y Del Olmo García, Pedro (Coordinadores). Practicum Daños 2019. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, año 2019, 812 páginas.

II. ARTÍCULOS DE REVISTAS JURÍDICAS.

Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima I. Composición y funcionamiento del órgano gestor. San José, Revista de Ciencias Jurídicas número 69, año 1991, páginas 143-171.

Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima II. Génesis y conclusión de la relación de administración. Retribución de los administradores. San José, Revista de Ciencias Jurídicas número 70, año 1991, páginas 107-142.

Certad Maroto, Gastón. La administración de la sociedad anónima III. Poderes de gestión y poderes de representación. San José, Revista de Ciencias Jurídicas número 71, año 1992, páginas 9-36.

Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (I). San José, Revista Judicial número 56, año XVII, junio 1992, páginas 31-53.

Certad Maroto, Gastón. La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (II). San José, Revista Judicial número 57, año XVII, setiembre 1992, páginas 13-24.

Díaz Moreno, Alberto. De nuevo sobre el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad del administrador por deudas sociales (y un apunte para mercantilistas). En: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2024/03/Plazo_prescripcion_376L-SC.pdf

Hernández Aguilar, Alvaro. Nuevas propuestas sobre la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades anónimas. En: Revista Iustitia número 213-214, año 18, setiembre-octubre 2004, páginas 12-37.

Marín López, Manuel Jesús. La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios: Influencia del Derecho alemán y efectos en el Derecho español. En: Revista CESCO de Derecho de consumo, número 42/2022, ISSN 2254-2582.

Roncero Sánchez, Antonio. El seguro de responsabilidad civil de los administradores. En: InDret, Revista para el análisis del Derecho, número 1/2005, páginas 1-39.

III. RESOLUCIONES JUDICIALES.

Sala Constitucional. Sentencia número 1207-98 de las 15:54 horas del 24 de febrero de 1998.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 20-F de las 15:35 horas del 12 de enero de 2000.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 12-88 de las 16:00 horas del 11 de marzo de 1988.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 879-F de las 8:20 horas del 14 de marzo de 2007.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 590-F de 18 de agosto de 2000. de 2024.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 139 de las 14:15 horas del 16 de octubre de 1992.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 290-F de las 13:30 horas del 12 de mayo de 2005.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 43 de las 14:40 horas del 28 de mayo de 1997.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 308-F de las 9:00 horas del 23 de junio de 1996.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 1384 de las 9:21 horas del 21 de noviembre de 2008.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 492-F de las 11:00 horas del 31 de agosto de 1993.

Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda. Voto número 66 de las 15:10 horas del 26 de febrero de 2010.

Tribunal Supremo Español. Sala de lo Civil. Sección primera. Sentencia número 601/2019 de 8 de noviembre de 2019 (ROJ: STS: 35261/2019).

Tribunal Supremo Español. Sala de lo Civil. Sentencia de 8 de abril de 2013.

Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil. Sentencia número 1512/2023 de 31 de octubre de 2023.

Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil. Sentencia número 217/2024 de 20 de febrero de 2024

Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil. Sentencia número 275/2024 de 27 de febrero

TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN
DIGITAL

Edición 15 / 1, Agosto 2024

Costa Rica