

La responsabilidad del administrador de la sociedad de responsabilidad limitada alemana (GmbH-Geschäftsführer) en el día a día de la empresa y en caso de crisis e insolvencia de la empresa

Dr. Bernhard Idelmann

I. Introducción

Las estadísticas corroboran de manera concluyente la popularidad de la sociedad de responsabilidad limitada (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH) en Alemania. Como forma jurídica empresarial, la GmbH cobra una importancia excepcional. El 1 de enero de 2015, los registros mercantiles de Alemania tenían inscritas 1.127.620 GmbH (S.L.). Esta cifra contrasta con la relativamente reducida cantidad de 24.539 sociedades colectivas (Offene Handelsgesellschaft, OHG), 254.013 sociedades en comandita (Kommanditgesellschaft, KG) y 24.534 sociedades anónimas (Aktiengesellschaft, AG)¹.

La representación de la GmbH (S.L. alemana) es asumida por uno o varios administradores (Geschäftsführer). Este administrador adquiere un papel clave al ser la figura central dentro de la organización de tipo GmbH, con una compleja relación de tareas y obligaciones. El administrador representa a la sociedad frente a sus socios y frente a terceros. La legislación y la jurisprudencia han concedido al administrador de la GmbH (S.L. alemana) un amplio margen de competencias comerciales y libertades empresariales. En este sentido, la responsabilidad del administrador de la GmbH se deriva de sus tareas y competencias.

En el régimen interno, le corresponde a él la dirección de la sociedad, según lo establecido en el artículo 37, apartado 1 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (GmbHG)². El administrador actúa como administrador fiduciario de intereses patrimoniales ajenos. Su cometido consiste, en este sentido, en garantizar que las operaciones empresariales se llevan a cabo de forma eficiente, económicamente razonable (orientación al beneficio) y en conformidad con las leyes y normativas, así como con los estatutos de la sociedad. Esto implica, asimismo, organizar las operaciones empresariales de tal modo que sea posible cumplir con las

prescripciones y los objetivos antes mencionados (organización del cumplimiento/ Compliance). El administrador de la GmbH (S.L.) debe resolver sus tareas con la diligencia que a un ordenado comerciante corresponde. En general, sus competencias para la gestión corriente de la sociedad son ilimitadas, lo que no obsta para que puedan restringirse en virtud del contrato de sociedad y los acuerdos adoptados por los socios (artículo 37, apartado 1 de la GmbHG).

En el régimen externo, el administrador es responsable de la representación de la GmbH (S.L. alemana) frente a terceros. En este sentido, el poder de representación del administrador en el régimen externo es ilimitado en cuanto al fondo (artículo 37, apartado 2 de la GmbHG). Con esta disposición, la legislación ha dejado claro que las limitaciones internas de las competencias de gestión establecidas en el artículo 37, apartado 1 de la GmbHG no surten efecto en el ámbito del régimen externo.

El alcance de la responsabilidad del administrador suele subestimarse y entenderse de forma errónea. Desafortunadamente, la legislación del Tribunal Supremo Federal y de los altos tribunales se muestra incoherente y poco definida en este punto, y contribuye a aumentar la incertidumbre actual, en lugar de disiparla mediante decisiones claras. Además, en la jurisprudencia se observa una tendencia a ampliar la responsabilidad del administrador de la GmbH (S.L. alemana) mediante un desarrollo de la ley en ocasiones cuestionable³.

A continuación, se ofrece una síntesis de los principales supuestos de responsabilidad civil del administrador de la GmbH (S.L. alemana). También se tratan las responsabilidades penales y de Derecho público de forma breve, dado que el espacio disponible no permite exponerlas en detalle en el presente artículo.

¹ Kornblum, GmbH-Rundschau, 2015, p. 687 ss.

² Véase Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider en Scholz, GmbHG, 11.ª edición 2014, § 37 núm. 2 ss.

³ Véase la crítica de Philipp Krohn en Frankfurter Allgemeine Zeitung del 12.01.2015 («Organhaftung»).

II. Responsabilidad del administrador de la GmbH (Geschäftsführer) frente a la sociedad (régimen interno)

1. Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de buena gestión (artículo 43, apartados 1 y 2 de la GmbHG)

La norma central que regula las obligaciones y la responsabilidad del administrador es el artículo 43 de la GmbHG. El artículo 43, apartados 1 y 2 de la GmbHG reza como sigue:

«(1) Los administradores deben aplicar la diligencia de un ordenado comerciante en los asuntos de la sociedad.

(2) Los administradores que incumplan sus obligaciones responderán de forma solidaria frente a la sociedad por los daños y perjuicios ocasionados.»

Del mismo tenor de la ley se desprende que el legislador ha aplicado un riguroso criterio de diligencia para los administradores. La particularidad se deriva del hecho de que el propio administrador debe cumplir las altas exigencias del comerciante mercantil a pesar de que no siempre es un comerciante. Según esto, el administrador –como administrador fiduciario autónomo de un patrimonio ajeno con un cargo directivo– está obligado a cumplir las mismas obligaciones de diligencia que un comerciante (“Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns”). En principio, la jurisprudencia ha confirmado este requisito del legislador y determinado que los administradores de la GmbH (S.L. alemana) responden de forma mancomunada por cualquier conducta dolosa o negligente con la que incumplan sus obligaciones. En esencia, el concepto jurídico de la «diligencia del ordenado empresario» mencionado sin ulterior especificación en el artículo 43, apartado 1 de la GmbHG significa lo siguiente:

- El administrador está sujeto al cumplimiento de leyes, reglamentos, demás normas y los estatutos de la sociedad;
- El administrador debe atenerse a los acuerdos sociales, excepto cuando sea evidente que estos son ilícitos;
- El administrador está sujeto al deber especial de lealtad a la sociedad y antepondrá los intereses de la sociedad a sus propios intereses.

Debido a la complejidad de las normas y disposiciones –por ejemplo, en el ámbito del Derecho tributario y social–, el administrador no podrá saber en todos y cada uno de los casos cuál es la forma de proceder coherente con la especial diligencia expuesta anteriormente. Por tanto, en caso de darse una situación jurídica poco clara o dudosa, está

obligado a recabar asesoramiento por parte de expertos, principalmente de un abogado, un asesor fiscal o un auditor de cuentas. El Tribunal Supremo Federal (BGH) ha determinado expresamente que un administrador que no disponga de los conocimientos especializados necesarios, deberá mantenerse siempre ampliamente informado⁴. Según esta disposición, el administrador solo cumplirá con esta obligación en tanto y cuando, exponiendo detalladamente la situación concreta y las circunstancias de la sociedad, consulte a un profesional independiente y competente en la materia, y someta el asesoramiento jurídico obtenido a un meticuloso examen de plausibilidad. En transacciones complejas, como por ejemplo la adquisición de una empresa, esto significa que estará obligado a realizar un exhaustivo estudio del proyecto (debida diligencia/Due Diligence).

La responsabilidad en virtud del artículo 43 de la GmbHG se deriva de la naturaleza del cargo de administrador, y es aplicable a partir del momento en que este asume sus funciones en la práctica. No es necesaria la inscripción del nombramiento del administrador en el Registro Mercantil. Esta tiene, por tanto, un carácter meramente declarativo.

Las reclamaciones contra el administrador derivadas del artículo 43 de la GmbHG prescriben a los cinco años (artículo 43, apartado 4 de la GmbHG). El plazo de prescripción comienza con la actuación y es independiente del conocimiento de la reclamación. Cuando concurren, sin embargo, varias reclamaciones derivadas, por ejemplo, del Derecho de responsabilidad civil, el plazo de prescripción es de tres años.

2. Responsabilidad en decisiones discrecionales («business judgement rule»)

En la actividad operativa son muchos los casos en los que no existe una «decisión correcta». Si el administrador tuviera que asumir la responsabilidad personal por cada decisión empresarial que toma, sería inviable cualquier negocio exitoso que aprovecha las oportunidades que se brindan, asumiendo los respectivos riesgos. Por ello, la jurisprudencia reconoce que en este sentido se da una situación de privilegio de la responsabilidad del administrador. Esto significa que el administrador responde únicamente en los casos en que sobrepasa

⁴ BGH, sentencia del 18.06.2013, II ZR 86/11; Kleindiek en Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18.ª edición 2012, § 43 núm. 13.

claramente los límites de una actuación responsable desde el punto de vista empresarial⁵.

En la práctica, esto implica que el administrador debe tomar sus decisiones tras una meticulosa identificación y un riguroso análisis de los hechos y las circunstancias relevantes. En la Ley de sociedades anónimas alemana (AktG), este privilegio de responsabilidad de los miembros de juntas directivas de sociedades anónimas está regulado por ley (artículo 93, apartado 1, frase 2 de la AktG). Los principios establecidos en la ley de sociedades anónimas para los miembros de juntas directivas rigen análogamente para los administradores de la GmbH. En consecuencia, el administrador al que se le acusa de incumplimiento de sus deberes conforme al artículo 93, apartado 2, frase 2 de la Ley de sociedades anónimas tiene que demostrar que ha aplicado la diligencia de un ordenado comerciante o bien que ha actuado por orden de los socios.

De lo anterior se deduce que en proyectos de gran importancia económica, como la adquisición o el establecimiento de empresas, el administrador debe examinar minuciosamente –ya por su propio interés– los riesgos que existen y, si fuera necesario, contratar a tal fin los correspondientes especialistas externos. En muchas ocasiones, se recomienda que el administrador describa en detalle los proyectos arriesgados y los someta previamente al conocimiento de los socios. A continuación, los socios pueden ejercer influencia sobre la gestión bien mediante las órdenes impartidas, bien mediante un acuerdo social. Dado que por lo general el administrador está obligado a acatar las órdenes de los socios, su responsabilidad personal queda suprimida. Lo mismo rige para los casos en que el administrador acate decisiones adoptadas válidamente.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el administrador no debe cumplir todas las órdenes de los socios sin haberlas sometido antes a un examen crítico. No debe acatar órdenes que contravengan preceptos y prohibiciones legales. Si ignora esta obligación, seguirá vigente su responsabilidad.

3. Responsabilidad conforme a los artículos 49, apartado 3, y 43, apartado 2 de la GmbHG (pérdida del capital social)

Cuando en el balance anual o un balance parcial se registre la pérdida de la mitad del capital social, el administrador está obligado a convocar inmediatamente una junta de socios. Si no cumple con esta obligación, responderá ante los socios por los daños y perjuicios ocasionados. Esta obligación rige igualmente para los administradores de una GmbH (S.L. alemana) en formación (Vor-GmbH), una sociedad limitada en comandita (GmbH & Co. KG) y una sociedad limitada unipersonal con un tercer administrador. En la GmbH liquidada solo es aplicable la responsabilidad con arreglo a los artículos 49, apartado 2, y 43, apartado 2 de la GmbHG⁶.

4. Responsabilidad conforme al artículo 43, apartado 3 de la GmbHG (incumplimiento de las disposiciones de conservación del capital)

El administrador de una GmbH responde personalmente cuando contraviene las disposiciones de conservación del capital contenidas en los artículos 30, 31 y 33 de la GmbHG por pagos a terceros.

La legislación concede máxima importancia a las disposiciones de conservación del capital social contenidas en la GmbHG. Y es que la limitación de la responsabilidad al patrimonio social típica de la GmbH (S.L.) solo se justifica en aquellos casos en que queda garantizado el estricto cumplimiento de las disposiciones de aportación y conservación del capital que figuran en el artículo 30 ss. de la GmbHG. Esta es la razón por la que en dichos casos el administrador de la GmbH también responde cuando ha actuado en virtud de un acuerdo social.

Cuando se infringe alguna disposición de conservación de capital, se presume un perjuicio por valor del pago realizado. Para el administrador esto significa que solamente puede rebatir el acaecimiento del perjuicio a sí mismo aportando la prueba de que el pago en cuestión se devolvió a la sociedad. Con frecuencia, esto tiene relevancia práctica en el caso de transferencias declaradas como préstamos o prórrogas de pago permanentes a otra sociedad del grupo. En este contexto, se consideran equiparables al pago: la renuncia al crédito y la compensación o la cesión del mismo.

⁵ Véase Uwe H. Schneider en Scholz, GmbHG, 11.ª edición 2014, § 43 núm. 50-53; Lutter, Die Business Judgement Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, p. 841 ss.

⁶ Seibt en Scholz, GmbHG, 11.ª edición 2014, § 49 núm. 19.

5. Responsabilidad conforme a los artículos 9a y 9b de la GmbHG (responsabilidad en la fase de formación)

El administrador que hace falsas declaraciones en la fase de constitución de la GmbH (S.L. alemana), es decir, antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderá ante la sociedad. La responsabilidad que el administrador asume junto con los socios de la GmbH es mancomunada y se rige por el principio de culpabilidad. En definitiva, la responsabilidad del administrador debe poner a la sociedad en una posición que haga suponer que las declaraciones del administrador eran correctas.

El derecho de reclamación que el artículo 9a, apartado 1, concede a la sociedad frente al administrador prescribe a los cinco años (artículo 9b, apartado 2, frase 1 de la GmbHG). El plazo de prescripción comienza en el momento de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

III. La responsabilidad del administrador de la GmbH frente a terceros (responsabilidad externa)

1. La responsabilidad del actuante en la fase de formación conforme al artículo 11, apartado 2 de la GmbHG

La GmbH queda establecida con su inscripción en el Registro Mercantil. Esto resulta indirectamente del artículo 11, apartado 1 de la GmbHG⁷. Antes de la inscripción y tras la formalización de la escritura de constitución existe aún una sociedad en formación, la llamada «Vor-GmbH» o «GmbH in Gründung». Para que esta Vor-GmbH sea operativa ya en la fase de constitución, los acreedores deben poder confiar en que existe un deudor que responderá de las obligaciones derivadas de contratos celebrados en nombre de la GmbH aún no existente a efectos legales. Este aspecto tiene importancia práctica para los acreedores en el caso particular de que la Vor-GmbH no se inscriba posteriormente en el Registro Mercantil por los motivos que sea, no llegando, así, a existir jamás como GmbH⁸.

Según lo estipulado en el artículo 11, apartado 2 de la GmbHG, el «actuante» (Handelnder) responde personal e ilimitadamente hasta el momento de la inscripción de la GmbH (S.L. alemana). Actuante de

acuerdo con esta disposición es únicamente el administrador, ya que esta disposición regula la responsabilidad de los directivos. Quien solamente actúa como apoderado o representante, no responde de conformidad con esta disposición.

La responsabilidad conforme al artículo 11, apartado 2 de la GmbHG solo rige para negocios jurídicos llevados a cabo en el marco de los poderes atribuidos. Por esta razón, el artículo 11, apartado 2 de la GmbHG no prevé otros casos de reclamación, tales como obligaciones fiscales o cuotas de la Seguridad Social incurridas en la fase de formación de la sociedad.

La responsabilidad del actuante está limitada temporalmente. Con la inscripción de la GmbH se extingue esta responsabilidad, ya que una vez establecida la GmbH los acreedores tienen la posibilidad de recurrir a un deudor. A partir de ese momento, el responsable –es decir, el obligado por ley– es exclusivamente la GmbH, que responderá únicamente con su propio patrimonio (artículo 13, apartado 2 de la GmbHG). A partir de este momento, el administrador queda liberado de toda responsabilidad.

Cuando al administrador se le reclamen daños y perjuicios con arreglo al artículo 11, apartado 2 de la GmbH, este tendrá un derecho de resarcimiento o exoneración frente a la Vor-GmbH o –tras la inscripción de la sociedad– frente a la GmbH. Dicha responsabilidad se determina con arreglo a las disposiciones penales generales contenidas en los artículos 675, 670 y 275 del Código civil alemán (BGB, Bürgerliches Gesetzbuch). Sin embargo, el administrador tendrá dificultades si la Vor-GmbH o la GmbH incurre en insolvencia, ya que entonces los citados derechos de resarcimiento carecen prácticamente de valor económico. Esta constelación muestra que el administrador –como actuante– debe proceder con máxima cautela a la hora de asumir obligaciones. Se recomienda, pues, documentar íntegramente por escrito que el administrador había sido apoderado por todos los socios para celebrar los respectivos negocios ya en la fase de constitución. De lo contrario, el administrador corre peligro como «representante sin poder de representación» de responder por obligaciones incurridas antes de la inscripción de la GmbH (artículo 179, apartado 1 del Código civil/ BGB). Si la sociedad se negara a autorizar *a posteriori* los negocios celebrados conforme al artículo 177 del Código civil (BGB), el administrador seguirá siendo contractualmente responsable sin posible limitación de su res/ponsabilidad.

⁷ Véase Bayer en Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18.^a edición 2012, § 11 núm. 1.

⁸ Bayer en Lutter/ Hommelhoff, GmbHG, 18.^a edición 2012, § 11 núm. 24; Masuch/Meyer (Ed.), ABC des GmbH-Geschäftsführers, 9.^a edición 2015, núm. 910.

2. Responsabilidad por falta de aclaración de que se actúa en nombre de la GmbH

Si en un negocio jurídico, el administrador no aclara debidamente a la otra parte contractual que actúa en nombre de la GmbH, el administrador responderá personalmente en virtud de la apariencia jurídica. En el artículo 4 de la GmbHG se establece explícitamente que en el tráfico jurídico es preciso aclarar en debida forma la circunstancia de la limitación de responsabilidad. Si se incumple esta obligación, el actuante responde personalmente en virtud del artículo 179 del Código civil y conforme a los principios de la apariencia jurídica. Examinando las circunstancias del caso concreto se determinará si se dan las condiciones de susodicha apariencia jurídica. La responsabilidad del administrador por apariencia jurídica queda excluida según el artículo 179, apartados 1 y 3 del Código civil, cuando la otra parte contratante tenía conocimiento de la falta de poder de representación.

3. Responsabilidad del administrador de la GmbH en caso de crisis e insolvencia de la empresa

a) Responsabilidad conforme al artículo 823, apartado 2 del Código civil en conexión con el artículo 15a, apartado 1 del Código de insolvencia (InsO)

El administrador de la GmbH está obligado según el artículo 15a del Código de insolvencia alemán (InsO, Insolvenzordnung) a solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia a más tardar tres semanas después de incurrir la sociedad en insolvencia provisional o definitiva⁹. Cabe destacar que el plazo de tres semanas rige solamente mientras exista la esperanza fundada de eliminar los motivos de la insolvencia. En cambio, si está claro que no existe posibilidad alguna de evitar la insolvencia, es preciso presentar inmediatamente la declaración de insolvencia. En la práctica, este caso se da con frecuencia cuando es evidente que las negociaciones de reestructuración con los inversores financieros (bancos) y/o los proveedores han fracasado definitivamente.

La finalidad del artículo 15a del Código de insolvencia (InsO) es proteger a los acreedores y evitar que terceros entablen una relación comercial con una parte contratante que ha incurrido en insolvencia pudiendo dañarles como consecuencia de ello. Un caso típico es la concesión de préstamos

adicionales o el suministro de mercancía durante la crisis empresarial con la consecuencia de que por la subsiguiente insolvencia de la empresa los acreedores no podrán cobrar las deudas pendientes.

b) Responsabilidad por pagos tras la insolvencia provisional o definitiva conforme al artículo 64, frases 1 y 2 de la GmbHG

Los administradores están obligados a asumir los pagos que ocasionen una reducción de la masa de la sociedad tras la declaración de la insolvencia material. La disposición sanciona con la responsabilidad personal del administrador las reducciones ilegales de la masa. En cambio, si el pago u otra reducción de la masa es conciliable con la diligencia del ordenado comerciante, queda excluida dicha responsabilidad (artículo 64, frase 2 de la GmbHG). La carga de la alegación y la prueba le corresponde al administrador. El administrador deberá examinar mediante contratación de expertos cualificados, esto es, abogados, asesores fiscales o auditores de cuentas, si se da una insolvencia material y, por consiguiente, una prohibición general de pago. El administrador no asumirá ninguna responsabilidad en el caso de no presentar la declaración de insolvencia cuando hubiese sido informado correspondientemente por asesores debidamente informados. Cabe señalar que puede estar justificado realizar pagos sustanciales durante la crisis empresarial, por ejemplo, cuando se tenga previsto sanear la empresa o mantenerla operativa por existir planes de venderla. En este contexto puede ser necesario y justificable efectuar pagos tras incurrir la empresa en insolvencia a fin de alcanzar los objetivos mencionados. La responsabilidad y la obligación de indemnización establecidas en el artículo 64 de la GmbHG rige igualmente para los liquidadores de la GmbH según consta en el artículo 71, apartado 4 de la GmbHG.

c) Responsabilidad por pagos que conducen a la insolvencia conforme al artículo 64, frase 3 de la GmbHG

Esta norma de responsabilidad amplía la obligación de indemnización del administrador por la realización de pagos conducentes a la incapacidad de pago, excepto cuando ello no fuera reconocible incluso en aplicación de la diligencia del ordenado comerciante¹⁰. La obligación de indemnización del administrador –que según lo estipulado en el artículo 4 de la GmbHG rige igualmente para los

⁹ Véase Kleindiek en Lutter/Hommelhoff, GmbHG. 18.^a edición 2012, Anhang § 64 núm. 45.

¹⁰ Para más detalle, véase Strohn, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NGZ; 2011, p. 1161 ss.

liquidadores— está limitada al importe de los pagos realizados. En esta norma no se recogen, sin embargo, los daños colaterales derivados de la insolvencia causada de tal forma.

En la práctica, es importante que el administrador tenga en cuenta el hecho de que la orden recibida de la junta de socios de que realice estos pagos no le exime de su responsabilidad de resarcimiento. Y es que al acatar las órdenes de la junta de socios, el administrador estaría violando una obligación legal. Cuando el administrador se vea expuesto a cumplir una orden que reconoce como ilícita, deberá cesar en su cargo. Del mismo modo, se recomienda que renuncie a su cargo de administrador en los casos en que tenga serias dudas de si una orden es conciliable con los preceptos legales del artículo 64, frase 3 de la GmbHG. En este caso, no solo puede verse condenado a pagar una indemnización por los daños materiales ocasionados, sino que también puede verse sujeto a las consecuencias penales por incurrir en el hecho de apropiación indebida conforme a lo establecido en el artículo 266 del Código penal alemán (StGB, Strafgesetzbuch).

d) Responsabilidad por impago de las cuotas de la Seguridad Social

La obligación del administrador de pagar las cuotas de la Seguridad Social en caso de crisis implica un gran riesgo personal del administrador en la práctica. En materia civil, se trata de un caso de responsabilidad delictual según lo dispuesto en el artículo 823, apartado 2 del Código civil en conexión con los artículos 266a y 14, apartado 1, número 1 del Código penal (StGB). El administrador está obligado a asegurar el pago en plazo de las cuotas de los empleados. Aun cuando el carácter punible establecido el artículo 266a del Código penal (StGB) solo se da en aquellos casos en que efectivamente existen fondos para realizar el pago —no dándose, por el contrario, cuando faltaren estos fondos— el administrador incurre un riesgo personal muy alto en estos casos. Ello es así porque, según la jurisprudencia, las empresas —y, por consiguiente, sus administradores— están obligados a asegurar el pago de dichas contribuciones mediante la creación sistemática de reservas. En general, se dará, pues, prioridad al pago de estas contribuciones pudiendo dar lugar el incumplimiento de estos preceptos tanto a la responsabilidad civil como la inculpación del administrador.

e) Responsabilidad para la restitución de indemnizaciones por insolvencia

Los empleados contratados en Alemania tienen derecho a percibir una indemnización por insolvencia

siempre que no hubieran cobrado sus retribuciones en los tres meses previos a la insolvencia (artículo 165, apartado 1 del tomo III del Código social [SGB III; Sozialgesetzbuch Drittes Buch]). Estos fondos los paga la Agencia Federal de Empleo (Bundesagentur für Arbeit). En la práctica jurídica, se observa que la Agencia Federal de Empleo afirma en numerosos casos que el administrador ha presentado la declaración de insolvencia demasiado tarde siendo por tanto responsable de los daños y perjuicio según lo dispuesto en el artículo 823, apartado 2 del Código civil alemán (BGB) en conexión con el artículo 64, frase 1 de la GmbHG. Junto a la responsabilidad civil, al administrador se le puede imputar, a su vez, la responsabilidad penal conforme al artículo 266a, apartado 1 del Código penal alemán (StGB).

IV. La responsabilidad penal del administrador y la obligación personal de pago de multas y sanciones

Como ya se expuso anteriormente, el administrador de la GmbH puede estar sujeto a las disposiciones penales en materia patrimonial y concretamente a los artículos 266 y 266a del Código penal alemán (StGB) por apropiación indebida o retención de retribuciones laborales. A ello, se suma la responsabilidad penal en caso de insolvencia o en situaciones cercanas a la insolvencia conforme al artículo 15a, apartados 4 y 5 del Código de insolvencia (InsO). Además, el administrador puede incurrir, como cualquier otra persona, en un delito de acuerdo con las disposiciones penales del Código penal (StGB) o por incumplimiento de las normas de la legislación tributaria. En la práctica también adquiere una creciente relevancia en muchos sectores la responsabilidad penal del administrador por violación de las normas medioambientales y alimentarias.

También la legislación de sociedades limitadas contiene disposiciones sobre multas y sanciones específicas de las empresas, concretamente en los artículos 82, 84 y 85 de la GmbHG. Las infracciones contra las obligaciones contables establecidas en la legislación mercantil dan lugar a la responsabilidad penal conforme al artículo 331 del Código mercantil alemán (HGB, Handelsgesetzbuch) o a la imposición de sanciones con arreglo a los artículos 334, apartado 5, y 334, apartado 3 del Código mercantil (HGB). En estos casos, las multas pueden ascender hasta 50.000 euros. La violación de las obligaciones de publicidad se sanciona con una multa con arreglo al artículo 335 refundido del Código mercantil (HGB).

V. Posibilidades de limitación de la responsabilidad, seguro de responsabilidad civil (seguro D&O)

El administrador de la GmbH no solo goza de amplias competencias y responsabilidades, sino que, además, asume una responsabilidad personal de gran alcance.

Esta responsabilidad no solo comprende la responsabilidad civil, sino en muchos casos también la responsabilidad penal a raíz de una actuación indebida.

Por tal razón, el administrador tiene un interés legítimo en limitar esta amplia responsabilidad personal. Dicha limitación de la responsabilidad no solo repercute en beneficio del administrador, sino en muchos casos también de la propia empresa. Desde el punto de vista de los riesgos personales que asume el administrador de una GmbH, ni esta ni sus socios, cuya actuación responde a un espíritu emprendedor, pueden estar interesados en que el administrador no actúe de manera emprendedora y activa mostrando, por el contrario, un comportamiento más bien pasivo y excesivamente cauto en cuanto a la asunción de riesgos a la hora de negociar.

Al administrador le debe ser posible aprovechar las posibilidades y las oportunidades de mercado y asumir riesgos en el marco de su responsabilidad empresarial. Solo así, la empresa que dirige puede subsistir con éxito en el mercado a largo plazo.

Una limitación equilibrada de la responsabilidad puede conseguirse, entre otros, a través de estipulaciones contractuales entre el administrador y la GmbH (contrato de administrador), de los estatutos de la GmbH (S.L. alemana) o de acuerdos sociales. Además, la gestión del administrador puede ser aprobada por la junta de socios o mediante un acuerdo de aprobación general celebrado por el administrador y la empresa.

En Alemania existe desde 1995 la posibilidad de contratar un seguro de responsabilidad civil por daños patrimoniales (seguro D&O, Directors and Officers Liability Insurance) para los administradores de la GmbH¹¹. Las partes contratantes son en este caso la compañía de seguros y la GmbH alemana. El beneficiario de la relación de seguro es el administrador, pudiendo ceder este su derecho de

exención a la sociedad (artículo 108, apartado 2 de la Ley de contratos de seguros [VVG¹²]).

La decisión de si es razonable y útil contratar un seguro D&O depende de las circunstancias concretas de cada caso. También deberán tomarse en cuenta las condiciones de seguro ampliamente estandarizadas (condiciones generales de seguro para miembros de consejos de vigilancia y juntas directivas, y administradores [AVB-AVG¹³]), los gastos de seguro y el respectivo perfil de riesgo de la actividad que ejerce el administrador.

En cualquier caso, se recomienda evaluar en detalle los puntos antes mencionados antes de proceder al nombramiento del administrador a fin de asegurar un rendimiento operativo óptimo del administrador y, con ello, de la propia GmbH.



Rechtsanwalt
Dr. Idelmann y Associates
Düsseldorf
idelmann@dr-idelmann.com;
www.dr-idelmann.com

¹¹ Véase Uwe H: Schneider en Scholz, GmbHG, 11.ª edición 2014, § 43 núm. 435.

¹² VVG – «Gesetz über den Versicherungsvertrag», Versicherungsvertragsgesetz.

¹³ AVB-AVG – Die «Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern»