



**Universidad**  
Zaragoza

## Trabajo Fin de Máster

# **“EL EJERCICIO DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD FRENTE A LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL DISUELTAS DE HECHO O INSOLVENTES COMO INSTRUMENTO PARA EL COBRO DE DEUDAS”.**

Javier Ferreira González

Directora:

Dra. D<sup>a</sup> Esther Hernández Sainz

Facultad de Derecho

2013

Máster de Especialización e Investigación en Derecho 2012/13.

## ÍNDICE

- 1 INTRODUCCIÓN
  - 1.1 Objeto de estudio: las acciones de responsabilidad que pueden ejercitarse contra los administradores de sociedades de capital.
  - 1.2 Planteamiento metodológico.
  
- 2 LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL FRENTE A LOS ACREEDORES SOCIALES Y VÍAS PARA SU EXIGENCIA.
  - 2.1 Posibles vías para la reclamación de la responsabilidad.
  - 2.2 Antecedentes legislativos.
  - 2.3 Regulación actual.
  
3. LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD
  - 3.1 Naturaleza jurídica.
  - 3.2 Ámbito de aplicación.
    - 3.2.1 Ámbito material.
    - 3.2.2 Ámbito subjetivo.
      - 3.2.2.1 La administración de hecho.
      - 3.2.2.2 Supuestos de administración plural.
  - 3.3 Presupuestos de la acción.
    - 3.3.1 Existencia de acción u omisión.
    - 3.3.2 La antijuridicidad de la actuación.
    - 3.3.3 La culpa del agente.
    - 3.3.4 El nexo causal.
    - 3.3.5 El daño.
  - 3.4 Problemas de índole procesal.
  
4. LA VÍA DEL ARTÍCULO 367 LSC
  - 4.1 Antecedentes y justificación de la norma.
  - 4.2 Naturaleza jurídica de la acción.
  - 4.3 Presupuestos y Ámbito de aplicación.
    - 4.3.1 Ámbito objetivo.
    - 4.3.2 Ámbito subjetivo.
  - 4.4 Supuestos conflictivos.
    - 4.4.1 La buena fe del actor.
    - 4.4.2 La irretroactividad de las modificaciones legales.
    - 4.4.3 La extensión de la acción a los administradores de hecho.
  
5. LA INDEBIDA UTILIZACIÓN DE LAS ACCIONES
  - 5.1 El uso de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad de capital como alternativa al concurso.
  - 5.2 La confusión de las acciones.
  
6. CONCLUSIONES

## **1.- INTRODUCCIÓN:**

### **1.1 Objeto de estudio**

Debido a los momentos de incertidumbre y crisis que vivimos, cada vez son más las sociedades mercantiles que se ven incapaces de cumplir regularmente sus obligaciones. Son, asimismo, cada vez más las que afrontan sus situaciones de insolvencia por medios diferentes a los propugnados por nuestro legislador, con el consiguiente menoscabo que para el tráfico mercantil conlleva tal situación.

Efectivamente, la Ley de Sociedades de Capital prevé que la situación de crisis de una sociedad mercantil haya ser afrontada mediante diversos mecanismos:

a) La disolución, cuando se produzca una serie de circunstancias que se expresan en el artículo 363 de la LSC (dejando de lado las causas de disolución de pleno derecho). El objeto de esta medida es impedir que empresas en situación de riesgo continúen operando de forma normal en el mercado, poniendo en peligro la confianza y seguridad del tráfico.

b) El concurso de acreedores en los supuestos en que se produzcan situaciones de insolvencia, y ello con un doble objetivo: o bien abrir una vía de acuerdo con los acreedores sociales para que la sociedad pueda continuar operando en el tráfico, o bien realizar una liquidación ordenada de la empresa inviable con el objeto de garantizar los derechos de los acreedores y el respeto de la *par condicio creditorum*.

c) La adopción de medidas excepcionales que remuevan los riesgos que padece la empresa, como puede ser el aumento o disminución de su capital, o bien la adopción de los acuerdos de refinanciación que el ordenamiento concursal tiene previstos<sup>1</sup>.

En todo caso, es evidente que la solución a la crisis individual de una sociedad mercantil (y a la general que estamos padeciendo) ha de articularse mediante el recuso a estas vías señaladas, porque están específicamente planteadas para proteger los legítimos derechos de los acreedores de las sociedades y de la propia empresa en crisis y, con ellos, la seguridad en el tráfico.

Muchas de las sociedades que se encuentran en tesitura de fracaso, se han visto abocadas a tal situación por una incorrecta gestión o por una infracapitalización; otras lo están por continuar operando pese a concurrir en ellas motivos para su disolución; en otros casos no se solicitó por los administradores el concurso en situaciones de insolvencia que podrían haberse paliado mediante el ordenado y preceptivo sistema concursal previsto por el legislador. Finalmente, un gran número, perteneciente al sector de Pequeñas y Medianas Empresas, opta por “desaparecer” del tráfico por la vía de hecho: un día cesan en su actividad, cierran sus líneas de teléfono, clausuran su domicilio social y su patrimonio desaparece; o, también frecuentemente, los despojos de su patrimonio se reparten entre los propios socios, o entre terceros “afines”, de forma desordenada y sin respeto por los principios de la *par condicio creditorum*.

---

<sup>1</sup> En relación con los acuerdos de refinanciación y otras medidas para el saneamiento de la empresa en crisis, véase PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de refinanciación*, La Ley, Madrid, 2012 y AA. VV. (dir. García-Cruces González, J. A.), *Los acuerdos de refinanciación y reestructuración de la empresa en crisis. Autonomía de la voluntad e insolvencia*, Bosch, Barcelona, 2013

En todos los supuestos señalados el resultado es el daño a los terceros acreedores, que ven cómo sus créditos quedan sin satisfacer, así como un grave trastorno al mercado. Y el denominador común de ellos es que dicho perjuicio irrogado al mercado y a los terceros es fruto de la falta de adecuación de la conducta de las sociedades a las disposiciones legales específicas.

Ello está generando un movimiento de reacción lógica de los acreedores, que se resisten a dar por perdidos sus créditos de forma irremisible y buscan en la actuación de los administradores el remedio de la pérdida sufrida. Sin embargo, tal aumento de demandas dirigidas hacia los administradores, que en buena parte puede colapsar los ya colmados Juzgados de lo Mercantil, plantea muchos interrogantes: ¿siempre y en todo caso ha de responder el administrador del fracaso social? ¿en qué condiciones?; si entendemos que el crédito insatisfecho al tercero por una sociedad de capital es imputable al administrador ¿no correremos el riesgo de dar al traste con la esencia misma de los conceptos de sociedad como persona jurídica con patrimonio y responsabilidad propias, y de responsabilidad inmanente de las sociedades de capital?

En nuestra opinión, todas estas dudas que surgen al reflexionar sobre la cuestión, pueden ser reconducidas a la formulación de una cuestión capital, que no es otra que el posible uso abusivo de las acciones de responsabilidad de los administradores sociales para satisfacer los intereses de los acreedores en detrimento de los cauces de solución de la insolvencia legalmente previstos. Si consideramos que el Ordenamiento prevé como específico recurso de los acreedores de una sociedad insolvente la solicitud del concurso necesario de su deudor, ¿no se estará produciendo un efecto indeseado consistente en el recuso por parte de los acreedores a la imputación de la deuda al administrador en lugar de acudir a la solicitud de concurso?<sup>2</sup> Si la respuesta a esta cuestión fuera afirmativa y, además, los Tribunales no actuaran con la debida precisión para repeler esta práctica, se estaría corriendo un severo riesgo de poner en peligro uno de los principios esenciales del Derecho mercantil societario, cual es el de la atribución de los actos de los órganos de administración a la sociedad y no a las personas que los componen.

Obviamente, si por parte de los Tribunales se hiciera una interpretación laxa de las acciones de responsabilidad de modo que pudieran convertirse en portillo para poder cobrar aquello que de otro modo no sería posible, la noticia no podría ser más halagüeña para los terceros acreedores, quienes por medio de procedimientos mucho menos costosos y laboriosos que el concurso, podrían aspirar a cobrar la totalidad de su deuda sin necesidad de someterse a la regla de la *par condicio creditorum*.

El trasfondo esencial de estos problemas no es de planteamiento contemporáneo, sino que pertenece al acervo de las cuestiones que la doctrina viene planteándose desde hace tiempo.<sup>3</sup> Pero, no siendo novedosos los problemas que

---

<sup>2</sup> No es una mera interrogación retórica. En los dos primeros trimestres del año en curso (2013), en España se han declarado 5.468 procedimientos concursales, de los cuales tan sólo 260 han sido necesarios; es decir menos del 5%. Fuente: INE, página web del Instituto: <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t30/p219&file=inebase>

<sup>3</sup> A modo de ejemplo, ya en 1995, ESTEBAN VELASCO, G., "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución." *RdS n.º 5 (1995)*, pp. 47-77 planteaba: "...en el plano político jurídico la cuestión central es cómo asegurar a los administradores facultades discrecionales necesarias para una

plantea la utilización de los remedios que el Derecho ofrece para garantizar los intereses de los terceros que operan en el mercado, sí que lo son la intensidad de la crisis y la sobreabundancia de situaciones de insolvencia de sociedades mercantiles, que provocan nuevos riesgos y retos que el jurista ha de abordar.

Resulta de sumo interés, por tanto, examinar con profundidad y detalle estos sistemas que desde el Derecho Societario utilizan los terceros que ven sus créditos insatisfechos, a fin de indagar en su naturaleza jurídica y sus presupuestos objetivos materiales y procesales con la vista puesta en el interrogante que nos hemos formulado a los efectos de cuestionarnos si dichos sistemas –acciones de responsabilidad- fueron concebidos por el Legislador para tal fin y si se están actualizando adecuadamente en el contexto actual. Por tanto, sentado que el objeto del estudio es la aproximación al detalle de las acciones individuales por responsabilidad que los terceros pueden ejercitar contra los administradores de las sociedades de capital que han dejado sus créditos impagados, procede concretarlo en el análisis detallado de las acciones contenidas en los artículos 241 y 367 de la Ley de Sociedades de Capital.

A fin de que el estudio que nos hemos propuesto no pierda de vista su objeto esencial –el examen de ambas acciones en el contexto actual- es necesario tomar perspectiva respecto de ambas y comenzar por encuadrarlas dentro del sistema general de la responsabilidad de los administradores que nuestro Ordenamiento tiene establecido. Una vez colocadas ambas acciones dentro de su marco, el estudio ha de continuar por profundizar en el significado específico y la naturaleza jurídica de ambas, a fin de precisar cada una de ellas y establecer su ámbito de aplicación. Siendo ambas acciones diferentes, ha de procurarse ser especialmente meticuloso en la técnica jurídica de su análisis para distinguir adecuadamente la una de la otra y poder vislumbrar en cada una de ellas los matices que las hacen diferentes, así como los problemas de diversa índole que genera el ejercicio de cada una de ellas ante los Tribunales.

Así, respecto de la acción individual de responsabilidad, sobre la que existe una consolidada doctrina, no siempre pacífica, ha de estarse en primer lugar en determinar su naturaleza jurídica, que sigue siendo controvertida pese al tiempo transcurrido desde su primera formulación en la LSA de 1951. Dentro del examen de su naturaleza, por fuerza habremos de detenernos en sus presupuestos, que han tenido un amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial. Especial hincapié habrá de realizarse en el preciso presupuesto de “daño directo” que ha de concurrir para que la acción prospere, pues dicho enunciado constituye, en nuestra opinión, la clave de bóveda de todo el sistema de la acción individual. Es de sumo interés constatar hasta qué punto y con qué límites ha sido dicho requisito perfilado por la doctrina y aplicado por la jurisprudencia. Buena parte de la respuesta que pueda darse a la pregunta de si se

---

*eficiente gestión de una empresa moderna, garantizando al mismo tiempo la protección de los intereses de todos aquellos que por distinto título arriesgan en la empresa societaria cuotas de su propio patrimonio (accionistas, acreedores, etc.) o se ven afectados por sus decisiones (trabajadores, intereses colectivos más o menos difusos). En el plano práctico las cuestiones más candentes se refieren hoy a la utilización de la acción individual por los terceros, en particular por los acreedores en caso de crisis económica de la empresa, y a sus relaciones con la acción social entablada por los acreedores y con la responsabilidad en supuestos especiales, singularmente en los casos de incumplimiento de deberes cuando concurren determinadas causas de disolución.”*

está produciendo un abuso del ejercicio de las acciones de responsabilidad con preterición del proceso concursal dependerá de la respuesta que obtengamos a esta particular cuestión. Por último, respecto de la acción individual de responsabilidad, hay que detenerse en dos cuestiones de índole procesal que han generado abundantes polémicas, tanto doctrinales, como jurisprudenciales: la admisión de su ejercicio acumulado a otras acciones con diferente causa de pedir y los problemas que genera tal acumulación; y la prescripción del ejercicio de la acción, con especial detención en el problema de la determinación del “*dies a quo*” para comenzar el cómputo del plazo –problema, por otra parte, consustancial a la propia naturaleza del instituto de la prescripción extintiva de acciones-.

Respecto de la que ha sido denominada como acción de “responsabilidad por no disolución”, que en muchos casos está siendo ejercitada acumuladamente con la individual de responsabilidad, su exégesis ha de centrarse, principalmente, en el análisis de su peculiar naturaleza jurídica, que ha generado multitud de pronunciamientos dispares y abundantes estudios doctrinales. Más aún, si cabe, que la acción individual, probablemente por la profusión de su uso ante los Tribunales debido a su excepcional contundencia y a la sencillez de su ejercicio para el actor. Al tratarse de una norma sin precedentes en nuestro ordenamiento, y sin parangón en otros, es de rigor realizar un examen del modo en que fue concebida e introducida en nuestra legislación, así como hacer un recorrido por sus diversas redacciones y vicisitudes, pues ello se antoja imprescindible para comprender y aprehender su verdadera naturaleza. Una vez perfilada su naturaleza jurídica, y dada la identidad de sus objetivos mediatos e inmediatos con la acción individual expresada en el artículo 241 LSC, es procedente profundizar en el contenido de sus presupuestos materiales y procesales, a fin de examinar ambas acciones en conjunto y determinar en qué grado pueden interferir entre sí de modo que se produzca un incorrecto traslado de presupuestos de una a otra en la práctica judicial. Además es objeto de estudio el examen de dos cuestiones de sumo interés que la práctica judicial ha puesto de manifiesto y que en la doctrina han tenido menor relieve: la necesidad de que la acción ex. art. 367 LSC sea ejercitada bajo presupuestos de buena fe, y la cuestión de la retroactividad de las diversas reformas que la redacción del precepto ha venido sufriendo en aras a la “suavización de su régimen”. Ha de añadirse como cuestión de interés doctrinal la de la posible legitimación pasiva del administrador de hecho que el tenor literal del precepto parece no permitir.

Y otra cuestión que, por último, merece interés respecto de la acción de responsabilidad por no promoción de la disolución, la constituye el muy frecuente supuesto de la desaparición de la sociedad deudora del tráfico mercantil tras varios ejercicios sin presentar cuentas, el oportuno cierre de su hoja registral y la baja en los registros de la Agencia Tributaria. Situación que, al respecto de la responsabilidad de los administradores, ha merecido soluciones contradictorias en los Tribunales, lo cual es prueba de la complejidad de las cuestiones que subyacen en su fondo.

En consecuencia, pretendo mediante el presente trabajo realizar un examen exhaustivo de la Jurisprudencia más reciente de nuestros Tribunales y ponerla en relación con las construcciones doctrinales más relevantes sobre el particular, a fin de poder dar cumplida respuesta a los interrogantes que han motivado la confección del presente estudio.

Obviamente, el examen de las acciones señaladas no es posible sin tener que abordar, si quiera sea de modo tangencial, otras cuestiones íntimamente relacionadas con ellas. Es inevitable tener que hacer mención al entendimiento de lo que son los deberes de los administradores, porque su responsabilidad, al fin y al cabo, nace por su incumplimiento; es asimismo insoslayable enfocar, aunque sea de modo difuso, la cuestión de la administración de hecho y los problemas que suscita en relación con su responsabilidad. Y, por último, es también de rigor hacer alusión a la influencia que la declaración de concurso de una empresa puede tener en las acciones de responsabilidad ya entabladas contra sus administradores.

Por concluir este primer epígrafe, quiero dejar sentado que, en mi opinión, no son baladíes las cuestiones que planteo y continúan candentes, pues existe cierta Jurisprudencia menor que, como se examinará a lo largo del presente estudio, está extendiendo el ámbito de responsabilidad de los administradores más allá de lo que la norma permite, basándose para ello únicamente en la evidencia de la insatisfacción del crédito de la cual se hace derivar –con excesivo automatismo y escaso rigor- la responsabilidad del administrador de turno. Prueba de que no son cuestiones de mera contemplación doctrinal es que nuestra Administración también ha reaccionado ante la situación, extendiendo el ámbito de la responsabilidad de los administradores por deudas tributarias y de Seguridad Social a supuestos que nunca formarían parte de la responsabilidad de un administrador en las condiciones que son objeto de este trabajo.

Y por ello, en mi condición de operador jurídico que ejerce la Abogacía, obligado por tanto a no dejar ninguna pregunta sin respuesta, este trabajo pretende ser una contribución mediante la reflexión sobre tales cuestiones.

## **1.2 Planteamiento metodológico**

Con carácter previo, dos son las cuestiones que deben ponerse de relieve a fin de dar cuenta de la metodología seguida para el tratamiento de las cuestiones planteadas.

La primera, de carácter teleológico, es la propia finalidad del trabajo y la condición de Abogado en ejercicio de su firmante, acostumbrado más a la búsqueda de soluciones palpables y efectivas para sus clientes, que a brillantes elucubraciones y disquisiciones doctrinales. Por fuerza ello ha de influir en el enfoque de la obra, llevada a cabo bajo una mirada eminentemente práctica. Esta perspectiva obliga a estudiar de modo principal el quehacer jurisprudencial que, a la postre, constituye el Derecho vivo que los justiciables se encuentran.

La segunda, de carácter epistemológico, es la absoluta convicción del firmante de que el Derecho es una disciplina de hechos humanos que, pese a tal condición, puede ser estudiada con criterios científicos sistemáticos. Nuestro ordenamiento no está conformado por resoluciones judiciales, sino que, a la inversa, se erige sobre un conjunto de normas a cuyo tenor se dictan las resoluciones judiciales. Por ello, dado que el Abogado ha de buscar la respuesta judicial más favorable para los intereses de su cliente, no puede en modo alguno prescindir del estudio previo de la norma

mediante un método lógico-formal que la encaje dentro del sistema en el que toma sentido. Esto así, ha de ser nuestra metodología necesariamente plural. Han de conjugarse, para dar una respuesta razonada y razonable a nuestros interrogantes, métodos que atiendan, tanto a la condición normativa del Derecho, como a la realidad sobre la que actúa. De forma simple, puede decirse que el método a emplear ha de ser, por fuerza, partir de la teoría para, mediante un examen crítico, llegar a la comprensión del modo en que la norma estudiada es practicada ante, y por, nuestros Juzgados y Tribunales. Por tanto, el concreto e inexorable punto de partida es el propio precepto legal sobre el que enfocamos nuestra mirada crítica: las concretas normas legales sobre la responsabilidad en que pueden incurrir los administradores de sociedades de capital durante el ejercicio de sus funciones.

Este punto de partida ha de contar, no sólo con el propio texto legal, sino con la copiosa interpretación doctrinal que sobre dichos preceptos legales nos ha precedido. Desde una postura de rigurosa humildad del investigador, antes de pronunciarse sobre cualquier cuestión, ha de entrarse de lleno en los debates teóricos sobre las cuestiones objeto de estudio que personas de mucho mayor abono y capacidad han dejado escritos con anterioridad. Sólo con este sistema de lectura atenta y crítica de las diversas opiniones precedentes de la cuestión, puede llegar el investigador del Derecho a adquirir un conocimiento de la sustancia real de aquello sobre lo que pretende investigar. Conocimiento que, claro está, es la única llave para poder adentrarse dentro de los múltiples matices que cualquier institución jurídica ofrece.

Simultáneamente la reflexión doctrinal ha de ir acompañada de una atenta observación de la realidad material de los hechos. Es necesario conocer cuál es la real utilidad de la norma objeto de estudio. Realidad que pasa por observar cómo, realmente, el número de procesos concursales ha crecido de forma vertiginosa; y cómo en la inmensa mayoría de ellos se termina por liquidar la empresa concursada sin apenas patrimonio con el que satisfacer a los acreedores. Mediante la lectura atenta de la prensa especializada, de las noticias de Tribunales que ofrecen bases de datos de editoriales jurídicas, así como de las propias estadísticas del INE y del Ministerio de Justicia, el observador atento puede hacerse cuenta cabal de que la crisis no está sólo instalada en las listas del paro, sino que tiene un reflejo claro en los Tribunales, tanto por el tipo de los procedimientos que se entablan –que nos dan cuenta de las pretensiones de los justiciables-, como de su número.

Adquirido el conocimiento material y real sobre la norma, queda el trabajo más arduo: el examen concienzudo de la jurisprudencia respecto de las soluciones que está aplicando cada día. Este examen jurisprudencial ha de dejarse como parte final del método de trabajo, pues sólo cuando se hayan abordado los pasos anteriores estará el intérprete en verdaderas condiciones de realizar un análisis riguroso y crítico de la adecuación de la jurisprudencia al contenido de los preceptos en relación, no sólo con su tenor literal, sino, en mayor medida, con su condición de preceptos que expresan normas de comportamiento cuya adecuación debe ser valorada. Al fin y al cabo, podemos concebir la jurisprudencia como el “producto final” de la tarea de los diferentes operadores jurídicos.

Ha de realizarse una importante precisión respecto de las pretensiones y el alcance de la presente obra: quiere su autor, quizá de modo excesivamente ambicioso, aunar bajo una misma perspectiva la doctrina y la práctica jurídica en los Tribunales.



La honesta pretensión con que se aborda el estudio no es otra que la de análisis de los tres parámetros con que todo Abogado trabaja cada día: el interés del cliente (realidad); la norma; y el modo en que es aplicada por los Tribunales creando una nueva realidad.

Por ello, el supuesto de hecho de partida de nuestro estudio (realidad) es siempre el mismo: el tercero acreedor de una sociedad mercantil que queda sin ver satisfechos sus créditos. Al indagar en las condiciones de su deudor, encuentra que su legítimo derecho va a quedar inane sin remedio porque su deudor es absolutamente insolvente, lo cual, como se ha dicho en el epígrafe primero, supone el punto de partida de nuestro estudio. Ante esta situación de imposibilidad absoluta de cobro, el acreedor frustrado, por medio de su Abogado, busca remedios legales para satisfacer su crédito. Esta es la realidad de la que parte el firmante para, mediante el estudio crítico de preceptos legales, doctrina y jurisprudencia llegar a dar una respuesta adecuada a los interrogantes planteados como objeto del trabajo.

## **2.- LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL FRENTE A LOS ACREEDORES SOCIALES Y VÍAS PARA SU EXIGENCIA.**

### **2.1 Posibles vías para la reclamación de la responsabilidad.**

Partamos del supuesto de hecho señalado en nuestra formulación metodológica: la legítima pretensión de un cliente que busca el modo de articular una reclamación con visos de prosperabilidad a fin de recuperar el crédito que le ha resultado impagado en un negocio jurídico con una sociedad de capital que ha devenido insolvente; situación constatada tras haberse realizado determinadas comprobaciones extrajudiciales (consultas a registros, prospección de mercado, llamadas de teléfono...) así como tras la falta de éxito de la reclamación en instancias judiciales mediante diferentes procedimientos (monitorios, declarativos, cambiarios, ejecutivos, etc.).

Obviamente, la solución que debería legalmente plantearse, que es la solicitud de concurso necesario, en muy raras ocasiones va a dar satisfacción a su pretensión, pues dejando aparte su coste económico, lo cierto es que el panorama dibujado en la mayoría de las ocasiones, hace muy difícil pensar que un acreedor ordinario llegue a cobrar su crédito –siquiera sea en parte- por medio de un proceso de liquidación concursal de la empresa. Baste a tal efecto con examinar las estadísticas judiciales para ver cuántos concursos acaban en convenio y cuántos en liquidación; y de éstos, en cuántos llega a pagarse a cada acreedor una cuota de su crédito que pueda estimarse digna<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Como muestra, en el período 2006-2009 el porcentaje máximo de convenios adoptados sólo alcanzó un 13,16 %. En 2010, sólo alcanzó el 11,3 % y en 2011 el 93% de las que iniciaron la fase sucesiva lo hicieron para ser liquidadas. Fuente: Van HEMMEN ALMANZOR, E., *Estadística concursal. Anuario 2011*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, Madrid, 2012.

Desde el punto de vista del Letrado en ejercicio, que ha de contemplar todos los intereses de su cliente (incluso la consideración de sus propios honorarios), ha de estimarse que tal solución, aunque tuviera éxito, podría considerarse como un triunfo pírrico, pues en los tan abundantes casos de mercantiles en situación de absoluta paralización y desaparición de hecho, es muy poco probable que llegue a encontrarse patrimonio que liquidar y, de haberlo, que no haya acreedores con algún tipo de privilegio que puedan frustrar la pretensión de nuestro cliente. Incluso si nuestro cliente tuviera alguna esperanza de obtener satisfacción en la ulterior pieza de calificación del concurso, ésta podría ser vana, pues en muchos casos la insolvencia se califica como fortuita, en cuyo caso no queda nada que hacer. Y en aquellos en que se declare la culpabilidad en la insolvencia y se declare la responsabilidad del administrador, se llegará a este punto tras un asendereado periplo judicial y en concurrencia con todos los acreedores concursales, lo que, lógicamente, reducirá las posibilidades de satisfacción del crédito íntegro de cada uno de ellos.

Ante tal situación, ha de partirse de la evidencia de que hay un comportamiento ilícito por parte de la mercantil inactiva e insolvente que no respondió a su insolvencia o incapacidad para seguir operando con los mecanismos que el ordenamiento mercantil tiene determinados para estos casos. Por tanto, si ha existido un defectuoso cumplimiento de las normas imperativas por parte de una persona jurídica, han de existir vías para poder reclamar a los responsables del incumplimiento sus consecuencias y los perjuicios que hayan causado con su conducta. Responsable del incumplimiento será el órgano social que tenga atribuida las competencias y facultades para obrar por cuenta de la mercantil: los órganos de administración. Dichas vías son las acciones de responsabilidad de los administradores actualmente objeto de regulación en la Ley de Sociedades de Capital.

Por tanto, tres son los caminos que debe considerar el Letrado a fin concluir si son, o no, ejercitables con garantía de éxito para su cliente:

El primero consistirá en el ejercicio de la acción de responsabilidad social prevista en el artículo 240 de la LSC de capital<sup>5</sup>, cuya finalidad es restituir al patrimonio de la propia sociedad insolvente el importe de los daños y perjuicios que la actuación de sus administradores haya podido irrogar al haber social. De tener éxito la reclamación, los administradores demandados deberán indemnizar a la sociedad que administraban en el importe que quede judicialmente determinado.

Podemos, también, optar por la formulación de la acción individual de responsabilidad del administrador prevista en el artículo 241 de la LSC, cuyo objetivo es la indemnización a socios y terceros que de modo directo hayan sufrido daños en su patrimonio por la actuación antijurídica de los administradores, quienes deberán indemnizar a los perjudicados con sus propios bienes.

Por último, hemos de considerar la vía del planteamiento de la acción de responsabilidad por deudas abierta por el artículo 367 de la LSC, cuyo tenor obliga a los administradores a responder con su propio patrimonio, de forma solidaria con la sociedad que administraron, por las deudas sociales que se hayan contraído después

---

<sup>5</sup> Nos referimos a la acción del artículo 240 LSC dado que el cliente que constituye el supuesto de hecho partida del presente estudio, es un tercero acreedor respecto de la sociedad deudora. De tratarse de un socio de dicha mercantil insolvente, la vía adecuada sería la formulación de la acción de responsabilidad prevista en el artículo 238 LSC de modo principal, o de modo subsidiario la apuntada en el art. 239. Ambas exceden las pretensiones de esta obra.

de que la sociedad se viera incurso en una de las causas de disolución previstas en el artículo 363 de la LSC sin que tal proceso ordenado de terminación de la sociedad fuera llevado a cabo por quien estaba obligado a promoverlo: los administradores.

La primera vía (acción social) viene a resolver los problemas del acreedor perjudicado, pero sólo de modo vicario pues, si la acción entablada prospera, habremos conseguido que los Administradores deban resarcir a la sociedad el daño que le infligieron con su conducta. Una vez restituido ese patrimonio menoscabado, nuestro cliente acreedor estará en condiciones –o no- de obtener la satisfacción de su crédito mediante la demanda a la sociedad deudora, pero es claro que su ejercicio está provisto de ciertos riesgos para el acreedor diligente que ha realizado la reclamación. El principal de ellos lo constituye la frecuente circunstancia de que, una vez restituida por el administrador a la sociedad el importe del crédito que nuestro cliente tenía contra ésta, pudiera existir algún acreedor privilegiado que haya instado en el ínterin el concurso o, éste se solicite antes de que nuestro cliente llegue a cobrar. El crédito privilegiado en sede concursal será preferente al de nuestro cliente y, por ello, éste verá frustrado su intento después del éxito de la acción. Otro riesgo, también frecuente, es que al socaire de nuestra demanda, y ante la perspectiva de que la sociedad pueda adquirir algo de patrimonio a costa de su administrador, otro acreedor instara el concurso necesario de la sociedad, por lo cual nuestro cliente quedaría inmediatamente sujeto a su resultado y a la regla de la *par condicio creditorum*, con elevadas posibilidades de ver su pretensión muy reducida

Por tanto, nuestro caso queda ceñido al análisis de las otras dos acciones, debiendo por ello realizar un concienzudo examen de sus presupuestos formales, materiales y procesales para determinar si es posible su ejercicio, en qué condiciones, con qué objeto y sus posibilidades de tener éxito y constituir, por tanto, una vía de satisfacción de la pretensión de nuestro cliente, abstracción hecha de la solvencia de las personas contra quienes dirigamos la demanda.

## 2.2 Antecedentes<sup>6</sup>

Aunque no sea pretensión y objeto de este trabajo realizar un examen exhaustivo de los precedentes históricos de la institución jurídica que abordamos, sí que resulta de todo punto necesario hacer una mínima alusión a los antecedentes cercanos de las normas objeto de estudio, porque ello permitirá comprender mejor su alcance, en buena medida fruto de las sucesivas modificaciones que ha sufrido la regulación de estas acciones. Efectivamente, en el Código de Comercio decimonónico, el administrador tenía el carácter de mandatario de la sociedad, por lo cual su artículo 156 excluía su responsabilidad personal en tanto se observaran las reglas del mandato.

---

<sup>6</sup> Puede consultarse, para mayor profundidad en el estudio de la evolución legislativa, DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*. Aranzadi, Cizur Menor, 2004, y VV. AA. (Coordi. Rojo, A. y Beltrán, E.) *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. 5ª Ed., Tiranch lo Blanch, Valencia, 2013.

Y, para el caso de contravención del mandato, fijaba para los administradores incumplidores un régimen de responsabilidad mancomunado. Consecuencia de ello era que, al estar referidas las obligaciones del administrador al contrato de mandato, en virtud de lo regulado en el Código Civil, la diligencia que cabía exigir al administrador era la de “un buen padre de familia”. Y dicho estándar de conducta era el que debía utilizarse para determinar el nacimiento y alcance de su responsabilidad<sup>7</sup>.

Este sistema resultaba insatisfactorio en un mundo que cada vez se hallaba más “mercantilizado” como consecuencia del desarrollo capitalista observado a lo largo de la primera mitad del siglo pasado. Fruto de una necesidad inaplazable, hubo de promulgarse en 1951 una Ley de Sociedades Anónimas que diera respuesta a las nuevas necesidades surgidas del importante desarrollo económico. Entre dichas necesidades se encontraba el conjunto de deberes y facultades de los administradores. Como consecuencia, el régimen de su responsabilidad fue completamente enmendado por la redacción de los artículos 79, 80 y 81 de la LSA de 1951, cuyos redactores partieron del abandono de la tradicional concepción contractualista de la administración de empresas. En palabras de uno de sus autores, *“la característica del sistema de la Ley de Sociedades Anónimas consiste en haber abandonado la referencia al contrato de mandato como modelo de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad ya no se funda en la calificación de los administradores como mandatarios, ni tiene carácter contractual alguno”*<sup>8</sup>. La reforma de 1951 supuso un hito que aproximó nuestro régimen de responsabilidad de los administradores sociales al común de los países de nuestro entorno. De forma muy sucinta, la mayor novedad consistió en que el artículo 79 de dicha Ley abandonó el tradicional modelo de diligencia según el paradigma de un “buen padre de familia” para pasar a uno nuevo que se concretaba en el desempeño del cargo *“con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal”*. Luego de señalar tan novedoso modelo de diligencia, el artículo mencionado establecía los supuestos de responsabilidad de éstos, señalando que responderían del daño causado *“por malicia, abuso de facultades o negligencia grave”*.

No obstante su evidente avance, esta regulación no tardó en ser objeto de crítica por parte de la doctrina a causa, sobre todo, de su benignidad respecto del régimen de responsabilidad del administrador, que no respondería por actos causados por culpa simple o leve. Además, la Ley de 1951 omitió la mención del régimen de responsabilidad aplicable cuando la administración estuviera atribuida a una pluralidad de personas o a un órgano colegiado.

La Ley de 1951 tampoco ofrecía respuestas a aquellas situaciones de sociedades abandonadas por quienes en ellas estaban interesadas y sin respeto a las exigencias legales sobre un ordenado proceso de disolución y liquidación. En estas situaciones en las que el acreedor social comprobaba la desaparición de hecho de su deudor, el TS intentó ofrecer una respuesta a través de los mecanismos que la propia LSA de 1951 proporcionaba, que a todas luces resultaban ineficaces e insuficientes.

---

<sup>7</sup> GARRIGUES/URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, I y II*, 3ª edición, revisada y puesta al día por Aurelio MENÉNDEZ y Manuel OLIVENCIA, Madrid, 1976. El interés de esta obra sobre este particular es sobresaliente al ser uno de sus autores, responsable de la reforma que al efecto se operó en 1951.

<sup>8</sup> GARRIGUES/URÍA, *Comentario... Ob. cit.*, p. 157.

Así, el TS consideró de aplicación lo dispuesto en los artículos 79 y ss. en los que se ordenaba el régimen de responsabilidad de los administradores de la sociedad.

Sin embargo, el problema, tal y como ha señalado GARCÍA-CRUCES<sup>9</sup> era que *“su aplicación a los efectos de resolver el problema que nos ocupa mostró un más que limitado éxito, pues como tuvo que exigir el alto tribunal, el sistema de responsabilidad por daños que en tal régimen se configuraba, requería cumplida prueba acerca de la necesaria relación de causalidad entre el daño sufrido y la actuación no diligente del administrador, pues –así lo entendió el TS- una actuación diligente por parte de éste no habría evitado aquél. De todo ello se derivaba la absolución de los administradores en los supuestos que nos ocupan.”*

Por ello, ante el fracaso general del sistema, el propio TS terminó por admitir en alguna ocasión que la ausencia de un proceso de liquidación de la sociedad efectuado conforme a los cánones constituía de por sí el daño que preveía el artículo 81 de la LSA, descargando de este modo al acreedor de obligaciones probatorias, en muchas ocasiones imposibles, y constituyendo de este modo un precedente del actual artículo 367 LSC. Como tendremos ocasión de comprobar, actualmente, en cierta medida, nos hallamos en ocasiones en el mismo punto del camino.

Estas críticas por la franquicia otorgada a los administradores y por las notables ausencias legislativas, arreciaron conforme el sistema económico español fue desarrollándose y el número de sociedades aumentando de forma considerable, al compás del cambio vertiginoso que experimentaron las circunstancias sociales, económicas y societarias de nuestro país durante las décadas de los años sesenta y setenta del pasado siglo. Esto generó un profundo sentimiento de que debía ser reformada la Ley a fin de dar respuesta a las nuevas realidades. El deseo renovador se convirtió en obligación tras la entrada de España en la CEE que impuso la necesidad de adecuar nuestro ordenamiento a las estructuras económicas europeas.

Fruto de todo ello, y tras un prolijo camino de varios años, con diversos anteproyectos de reforma, cuya exposición excede en mucho la pretensión de este trabajo, la reforma culminó con la publicación de la Ley de Sociedades Anónimas mediante Real Decreto Legislativo publicado en el BOE del 27 de diciembre de 1989. Unos años después, en 1995, vería la luz la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada<sup>10</sup>.

Por lo que corresponde a lo que es objeto de nuestro estudio, las novedades de mayor calado de dicha nueva Ley fueron las siguientes:

En primer lugar, la nueva redacción dada a los antiguos artículos 79, 80 y 81 de la LSA de 1951, que ahora, bajo la renumeración practicada pasaron a ser los artículos 133, 134 y 135 que contenían el régimen de las acciones social e individual de responsabilidad contra los administradores. La posterior LSRL, en su artículo 69, remitiría a estos artículos para la regulación de dichas acciones en los casos de sociedades de responsabilidad limitada.

Además, la ley promocionó la aparición de un artículo de extremada novedad: el artículo 262.5º (105.5º en la posterior LSRL), que sancionaba la responsabilidad que

---

<sup>9</sup> GARCÍA-CRUCES/GALÁN CORONA, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*. Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 51

<sup>10</sup> Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, BOE de 24 de marzo de 1995.

debían asumir los administradores de las sociedades anónimas frente a terceros, para el caso de que hubieran incumplido los deberes específicos regulados en el propio texto legal en el supuesto de que la sociedad por ellos administrada se viera incurso en causa de disolución legal.

La reforma de 1989 (y 1995) supuso un completo cambio respecto de la etapa anterior en materia de la responsabilidad de los administradores de empresa. Porque la reforma operada en las acciones social e individual de responsabilidad cambió de modo completo el estándar de diligencia exigible al empresario, de suerte que se suprimió la franquicia existente y ahora el precepto (art. 133 LSA 1989) exigía de los administradores responsabilidad cuando sus actos fueran *“contrarios a la Ley o a los estatutos o realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo”*. Obviamente, el nuevo tenor del precepto contenía mucho mayor rigor porque abría las puertas a la reclamación por culpa, antes inexistente. Porque, además, el nuevo artículo 262.5ª se mostró inmediatamente como una verdadera puerta de escape para reclamar a los administradores de sociedades de capital cualquier deuda que éstas pudieran tener con terceros en el momento en que hubiera sospecha de que la sociedad deudora pudiera estar incurso en causa de disolución que no se había sido abordada por la vía legal establecida. Y, si el tenor literal del precepto de la LSA de 1989 no aclaraba si las deudas de que debían responder solidariamente los administradores eran tan sólo las posteriores a la ocurrencia de la causa de disolución o debían de ser todas, el tenor literal del posterior artículo 105.5ª de la LSRL vino a introducir un grado de contundencia y dureza inusitadas, pues literalmente señalaba que debían responder por *todas las deudas sociales*.

La importancia de la reforma es indiscutible y se vio pronto constatada por el súbito aumento de demandas de reclamación de responsabilidad a los administradores bajo el nuevo régimen, especialmente por el conducto abierto por los artículos 262.5ª LSA y 105.5ª LSRL, que se mostró sumamente efectivo para el cobro de deudas sociales. Así, si el régimen de las acciones individuales de responsabilidad no suscitó quejas importantes –sí, por descontado, interesantes polémicas doctrinales y vacilaciones jurisprudenciales sobre concretos problemas que se examinarán en su momento-, el nuevo cauce de la responsabilidad por no promoción de la disolución recibió fundadas críticas por su excesiva dureza que, en ocasiones, podía dar lugar a pensar que se tambaleaba el sistema general de atribución a la sociedad de las actuaciones de sus órganos legalmente establecidos<sup>11</sup>.

Desde la publicación de ambas normas, el tenor de los preceptos que regulan la acción individual ha sufrido modificaciones que no alteran en lo sustancial su contenido y eficacia, pero el régimen de la responsabilidad por no promoción de la disolución social ha sufrido una muy conspicua redefinición, como seguidamente se verá. En 2003 fue aprobada la Ley 26/2003 de 17 de julio por la que se modificaba el Texto Refundido de la LSA a fin de reforzar su transparencia<sup>12</sup>. Por lo que a nuestra

---

<sup>11</sup> Efectivamente, una muy cualificada voz como la de BERCOVITZ se preguntaba (GARCÍA-CRUCES/ESLAVA GALÁN, ob. cit. p. 23) si *“...el legislador no ha ido en este caso demasiado lejos, estableciendo un supuesto excesivo de responsabilidad, especialmente por la interpretación que a esa norma dan muchos tribunales, considerando que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva.”*

<sup>12</sup> Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto

materia concierne, la reforma consistió, esencialmente, en introducir una serie de deberes concretos de los administradores que materializaban y concretaban en algunos aspectos la diligencia que les era exigible<sup>13</sup>. De este modo, al artículo 127, que señalaba que el cargo de administrador debía ser desempeñado con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal, se añadían los artículos 127 bis, ter y quáter, que concretaban dichos modelos de diligencia en los deberes de fidelidad y lealtad, haciendo explícito el interés social como patrón de su comportamiento, prohibiendo o imponiendo diversas actuaciones a fin de garantizar su lealtad. En esa línea, el nuevo artículo 127 quáter incluía un novedoso y específico deber de secreto. La trascendencia de esta reforma radicó en la expresión explícita, más allá de la genérica diligencia, de unos deberes de actuación concretos cuya infracción culpable susceptible de generar un daño, puede generar responsabilidad del administrador aun más allá de la pérdida de su condición de administrador<sup>14</sup>.

Además de la citada concreción de deberes, el régimen de responsabilidad fue objeto de modificación por la vía de introducción en el artículo 133 de dos enmiendas importantes. La primera consistió en añadir a los actos por los que debían responder los administradores la disyuntiva "...u omisiones", de modo que se hizo explícito lo que ya jurisprudencia y doctrina venían manteniendo: la posibilidad de incurrir en responsabilidad por simple inobservancia u omisión. Y la segunda, de mayor calado, consistía en dar introducción por primera vez en el ordenamiento mercantil a la responsabilidad por la "administración de hecho" bajo los mismos parámetros con que se medía la de los administradores "de derecho". A tal fin se añadió un párrafo al artículo 133 que equiparaba los deberes de los administradores de hecho a los de quienes formalmente ostentasen la condición de administrador. Sin embargo, ni entonces ni hoy, ha ofrecido el legislador una definición del término, lo cual ha sido fuente de diversos problemas que tendremos oportunidad de acometer con posterioridad.

Fue de suma importancia en ese mismo año la promulgación de la Ley 22/2003 de 9 julio, Concursal<sup>15</sup>, que, además de su innegable trascendencia jurídico-material sobre todo el ordenamiento mercantil, en la concreta materia de nuestro análisis hubo de influir de modo decisivo en varios frentes, aparte de las concretas modificaciones de los preceptos que regulan las acciones de responsabilidad individual y responsabilidad por no promoción de deudas.

La aparición de la Ley Concursal fue especialmente relevante porque vino a fijar un sistema para afrontar las situaciones de insolvencia obligatorio para las sociedades

---

Legislativo, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. BOE 171/2003 de 18 de julio.

<sup>13</sup> Puede consultarse al efecto de la reforma introducida en los deberes de la administración: JUSTE MENCÍA, J. e IGARTUA ARREGUI, F., "Deberes de los administradores. (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)", *RdS*, nº 24 (2005).

<sup>14</sup> A modo de ejemplo sobre el particular, resulta muy ilustrativa del concreto desempeño de dichos deberes la STS 502/2012 de 03.09.12, por la que se terminaba condenando a un administrador único que, incumpliendo el deber de lealtad para con la empresa que administraba, nada más renunciar de forma voluntaria a su cargo y quedar desvinculado de la empresa, se aprovechó en su propio beneficio de concretas oportunidades de negocio que habían sido conseguidas por él mismo en su condición de administrador.

<sup>15</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE 164/2003 de 10 de julio.

mercantiles, lo cual, como es evidente, hubo de poner en colisión ambos sistemas. Sin que sea oportuno en este momento realizar un estudio detallado de los múltiples problemas y disfunciones jurídico materiales y procesales que genera la coordinación de ambos sistemas<sup>16</sup>, lo cierto es que en concreto plano material de los preceptos que nos ocupan, las modificaciones más relevantes fueron: el establecimiento de unas normas para el caso de que se declarase el concurso estando vivas acciones de responsabilidad ya entabladas (art. 48 LC) y, más importante aún, la inclusión de la declaración del concurso en el artículo 262.1, como una de las obligaciones que debe considerar el administrador en caso de insolvencia de la sociedad, con la consecuencia añadida de que la responsabilidad por deudas regulada en el artículo 262.5º también alcanzará al administrador si no promueve la declaración de concurso en el modo y plazo previstos por la propia Ley Concursal. La trascendencia práctica de esta norma operó, como veremos, en sentido inverso, pues hasta la publicación de la Ley Concursal los Tribunales venían entendiendo que la declaración de suspensión de pagos o quiebra voluntarias no eximía a los administradores de la obligación de disolver la sociedad y, por tanto, de la responsabilidad señalada en el artículo 262.5º<sup>17</sup>. Ha de decirse sobre este particular, que idéntica reforma fue operada en la LRSL en sus artículos 104 y 105 por la Disposición Adicional Veintiuno de la LC.

Pero además de ello, la Ley Concursal introdujo una pieza separada de calificación del concurso, que en el supuesto de que fuera declarado culpable, obligaba a efectuar un pronunciamiento judicial sobre la responsabilidad de los administradores (y otras personas) en la insolvencia de la sociedad, creándose un evidente sistema dual cuyo análisis pormenorizado queda fuera de este trabajo.

Por último, como novedad de innegable trascendencia, la Ley Concursal trajo aparejada la creación de los Juzgados de lo Mercantil mediante la inclusión de un artículo 86 ter en la LOPJ, los cuales, por su especialización, quedaban asignados al examen, no sólo de los concursos, sino también de todas aquellas demandas que se promovieran *“al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas”*.

Dos años más tarde, la Disposición Final Primera de la Ley 19/2005 sobre la Sociedad Anónima Europea<sup>18</sup> introdujo una importantísima modificación en el régimen de la acción de responsabilidad por no promoción de la disolución, al limitar las deudas por las que deben responder los administradores tan solo a las que fueren posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, introduciendo además una cláusula de carácter valorativo de indudable trascendencia que sentaba una presunción *“iuris tantum”* de posterioridad de las deudas a la causa de disolución, volcando de este modo la carga de la prueba en el administrador demandado. Curiosamente, con ser tan trascendente la modificación efectuada para la institución señalada, no fue mencionada, ni siquiera de modo tangencial, en la Exposición de Motivos de la Ley que

---

<sup>16</sup> Vid., a tal ejemplo, “Ejercicio de las acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la Sociedad concursada” en VV. AA. (Director, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.), *Insolvencia y responsabilidad*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 247 y ss.

<sup>17</sup> SSTs 386/2000 de 13.04.2000; 1219/2004 de 16.12.2004; y 205/2008, de 01.12.2008.

<sup>18</sup> Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España. BOE 273/2005, de 15 de noviembre.



la contenía, prueba, quizás, de que el legislador trataba de paliar lo más silenciosamente posible un efecto indeseado del anterior tenor literal.

En esta situación se llegó a la última de las reformas de importancia: el Real Decreto Legislativo 1/2010 de Sociedades de Capital<sup>19</sup> que tenía por objeto “*superar la tradicional regulación separada de las formas o tipos sociales designadas con esa genérica expresión*”, al decir de su propia Exposición de Motivos. Sin embargo, el mandatario que recibió la encomienda de refundir los textos, no se limitó a ello, sino que, en sus propias palabras, “regularizó, aclaró y armonizó” las normas a refundir, introduciendo por ello diversas modificaciones, alguna de las cuales ha sido calificada como transgresora del encargo recibido por excederlo.

En fin, fruto de dicha armonización se redactaron los preceptos objeto de nuestro estudio (arts. 236, 241 y 367) que ya no han sido afectados por ninguna otra reforma, salvo la importante modulación que respecto de su ejercicio introdujo la reforma de la Ley Concursal de 2011<sup>20</sup>. Al tratarse, por tanto, de lo que constituye la regulación actual, debe terminar en este punto el presente epígrafe, no sin señalar que la Ley de Sociedades de Capital ha sufrido varias reformas desde la señalada, que no afectan a la materia de este trabajo y que, por ello, es ocioso citar.

### **2.3. Regulación actual.**

En su formulación actual, los preceptos que en la LSC regulan de forma directa la responsabilidad individual de los administradores sociales son los siguientes:

#### **Artículo 236. Presupuestos de la responsabilidad**

*1. Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.*

*2. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.*

#### **Artículo 241. Acción individual de responsabilidad**

*Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos.*

#### **Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores**

*1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la*

---

<sup>19</sup> RDLeg. 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE 161/2010, de 3 de julio.

<sup>20</sup> Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE 245/2011, de 11 de octubre.

*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 haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.*

*2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.*

Siendo, por tanto, evidente que la reforma operada por la refundición no ha llevado a cabo cambios sustanciales salvo en la reorganización de los preceptos que anteriormente tenían expresión en la LSA y la LSRL.

Cabe llamar la atención, sin embargo, en el hecho de que, el actual artículo 241 ha suprimido la cláusula introductoria “*No obstante lo dispuesto en artículos precedentes*” con que se abría el anterior artículo 135 de la LSA<sup>21</sup>. No es una modificación insignificante, como veremos al analizar la naturaleza jurídica de la acción, pues la supresión del matiz adversativo de dicha proposición supone por parte del legislador la expresa manifestación de una clara voluntad de incluir esta particular acción dentro del sistema general de acciones societarias.

Además, la regulación de los deberes de los administradores ha quedado sistematizada en el Capítulo III del Título VI de la Ley: “*La Administración de la Sociedad*”, que ha sistematizado el anterior conjunto de obligaciones de los administradores tal y como venían expresados en la Ley, debiendo señalarse, como única cuestión relevante a los efectos de este estudio, que por mor de la refundición efectuada, se han equiparado los deberes de diligencia y lealtad exigibles a los administradores de las SA y las SRL<sup>22</sup>. Por último, las causas que pueden dar lugar a responsabilidad de los administradores por no promover la disolución, solicitud de concurso o remoción de la causa, han quedado sistematizadas en el artículo 363 LSC, el cual, en la redacción actual operada tras la reforma llevada a cabo por la Ley 25/2011 de 1 de agosto, de Reforma de la Ley de Sociedades de Capital, recoge lo dispuesto en los anteriores artículos 262 de la LSA y 104 LRSL.

### **3.- LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD**

#### **3.1 La naturaleza jurídica**

---

<sup>21</sup> También se ha operado una curiosa modificación que más parece una errata: la supresión del artículo en el complemento circunstancial “por actos de administradores”. Sin embargo en los posteriores BOE no se ha efectuado corrección del error, por lo que, o es un yerro que permanece inadvertido, o es una mera corrección de estilo que en nada modifica el tenor del precepto.

<sup>22</sup> ESTEBAN VELASCO ha estudiado con detalle el alcance y trascendencia de la refundición efectuada en lo que se refiere al Libro VI de la LSC en “La administración de las sociedades de capital”, *RdS*, nº 36 (2011), pp. 149 y ss.

El artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital se ha mantenido inalterado hasta la reforma última operada por la refundición llevada a cabo en 2010, pues su tenor literal desde la Ley de 1951 comenzaba por la expresión “*No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes...*”. A mi juicio, la supresión de dicha proposición adversativa en la refundición, ha de considerarse un acierto, pues el significado recto de la conjunción “no obstante” implica una oposición con lo anterior, de suerte que el significado de la oración introducida por la mencionada conjunción indica una excepción al contenido general de lo anterior. Y, ciertamente, la experiencia ha demostrado que no era así; que la acción individual de responsabilidad no era una acción residual o excepcional que se ejercitara en defecto de las anteriores o de modo diferente, independiente y separado. En mi opinión, la redacción actual proporciona mejor encaje sistemático a la acción individual de responsabilidad dentro del capítulo V dedicado a la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Discrepo por ello de DÍAZ ECHEGARAY<sup>23</sup>, quien antes de la reforma mencionada afirmaba:

*“... es una acción independiente de la regulada en los arts. 133 y 134 [de la LSA], como el propio precepto se encarga de poner de manifiesto al señalar que “no obstante lo dispuesto en artículos precedentes...”.*”

En mi opinión, la pretendida independencia de tal acción, de la cual se afirmaba su condición de cuerpo extraño de carácter civil introducido en el ordenamiento mercantil, queda ventilada con la eliminación de la apostilla mencionada y con el hecho, hoy pacífico, de que el plazo de prescripción de tal acción individual se sujete al plazo de cuatro años del artículo 949 del Código de Comercio porque, según dejó sentado ya el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de abril de 1999 –paradigmáticamente reproducida en una pacífica línea posterior<sup>24</sup>–, el espíritu y la

---

<sup>23</sup> DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004. p. 317.

<sup>24</sup> Vid. a tal efecto la STS 749/2011 de 20 de julio de 2011, que al concreto efecto señalaba: “*La polémica en torno a la naturaleza contractual o extracontractual de la acción individual contemplada en el art. 135 LSA cuando la ejerciten los terceros frente a los administradores es en cierta medida estéril: primero, porque cuenta con una regulación propia en dicho precepto que la especializa o especifica respecto a la obligación genérica, contemplada en el art. 1902 CC, de reparar el daño causado por culpa o negligencia; segundo, porque la parcial coincidencia de los requisitos o presupuestos de la obligación reparadora o indemnizatoria contemplada en cada uno de dichos preceptos no significa necesariamente identidad total, dada la conexión del art. 135 LSA con sus arts. 133 y 127.1, con la consiguiente referencia a un determinado modelo de diligencia cuya inobservancia determina la culpa del administrador, y la exigencia*

*legal de que la lesión causada a los intereses de los terceros por los actos de los administradores sea directa; tercero, porque la acción individual contemplada en el art. 135 LSA lo es de indemnización “por actos de los administradores”, es decir en cuanto tales administradores o por razón de su cargo, lo que refuerza la aplicabilidad del art. 949 C.Com; cuarto, porque nada impide que junto con la acción del art. 135 LSA, por la conducta ilícita del administrador en su actividad orgánica, coexista la acción genérica del art. 1902 CC por los daños que el administrador hubiera podido causar a socios o terceros al margen de esa actividad, es decir no ya como tal administrador; quinto, porque si el art. 135 LSA se entendiera referido a la responsabilidad del administrador en su esfera personal, resultaría un precepto superfluo que perdería su justificación más segura como excepción a las reglas de imputación normalmente derivadas del carácter orgánico de la actuación del administrador; y sexto, porque la presunta nitidez de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad de los administradores frente a quienes no sean socios se desdibuja en gran medida cuando, como suele suceder en la práctica y ocurre también en el caso examinado, la acción se ejercita contra el administrador o administradores por un acreedor social*

letra de la Ley [LSA de 1989] es considerar al administrador como un órgano societario y por ello es indiscutible la consideración de sus actuaciones en el sistema de la responsabilidad contractual, lo cual, a la postre, es demostrativo de que la acción en cuestión, con independencia de su naturaleza, se encuentra sistemáticamente acogida dentro del conjunto mercantil de la responsabilidad de los administradores.

Es por ello obvio que el legislador-refundidor al suprimir dicho párrafo introductorio ha querido evidenciar el encaje sistemático de dicha acción en el conjunto de las que se pueden ejercitar con carácter resarcitorio o indemnizatorio contra los administradores.

De este modo quedan también puestas en entredicho algunas teorías (ALFARO<sup>25</sup>) que consideraban el artículo 135 LSA como una norma de remisión a cualesquiera otras que impongan responsabilidad externa al administrador. Como argumento primero de tal tesis argumentaba ALFARO, precisamente, la existencia de tal cláusula introductoria que en la actualidad ha desaparecido, pues, según su doctrina, el uso de tal conjunción adversativa, unido a la enunciación del verbo en modo subjuntivo, expresaba de modo directo que el legislador quería dejar claro que la acción individual debía reconducirse a la disciplina propia de la responsabilidad civil según el título de imputación que se ejercitara contra el demandado. Apoyaba ALFARO su tesis con argumentos de Derecho comparado y también con la inclusión en dicho artículo de una remisión a los artículos precedentes que regulan la acción social de responsabilidad, lo cual era prueba, a su juicio, de que el artículo 135 se apartaba de la unidad que formaban los precedentes 133 y 134, con la importantísima consecuencia de que, siguiendo a dicho autor, no resultaban de aplicación a la acción individual los presupuestos de la responsabilidad de los administradores que sentaba el artículo 133.

Tales argumentos han sido enervados por la nueva redacción del texto que, mediante la supresión de la proposición adversativa anterior que la alejaba de los artículos precedentes, ha incluido de modo sistemático y literal el precepto dentro del conjunto general de la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital frente a socios y terceros por daños causados en el desempeño de su cargo. Esta constatación de la inclusión de la acción individual como parte del sistema general se deduce, en última instancia, de su formal inclusión dentro del capítulo V del Título VI de la LSC específicamente intitulado "*La responsabilidad de los administradores*".

No es una cuestión banal, como se verá, la de la incardinación del artículo dentro del sistema general pues, como se puede adivinar, su inclusión o no dentro del sistema general de la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital ha de tener influencia en la calificación que se haga acerca de su naturaleza jurídica y, lo que es más relevante, de la normativa aplicable. Pero, el interés inicial del debate sobre esta cuestión, que no era otro que el de la determinación del plazo de prescripción de la acción, ha decaído desde el momento en que el Tribunal Supremo, en aras de la necesaria seguridad jurídica, dejó completamente zanjada la cuestión, tal y como en su lugar adecuado se expondrá.

---

*que lo es precisamente en virtud de uno o varios contratos celebrados con la sociedad a través del propio administrador*".

<sup>25</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales", *RdS*, nº 18, (2002), pp. 45 y ss.

Una vez encuadrada dentro de su natural sistema, la primera cuestión que se plantea al operador jurídico es la naturaleza jurídica de dicho régimen de responsabilidad, y, más concretamente su condición contractual o extracontractual, cuestión, vaya por delante, nada pacífica, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia.

La acción individual de responsabilidad tiene por finalidad restaurar el patrimonio individual de los socios o terceros que haya resultado directamente dañado por un acto u omisión culpable de un administrador de una sociedad de capital. Y tal es la primera y capital diferencia con la acción fundada en el artículo 367 LSC, cuya naturaleza es de apariencia sancionadora, pero en todo caso sustancialmente distinta, como se verá más adelante.

Dado el tenor literal del artículo 241 LSC, la naturaleza indemnizatoria de la acción que se ejercite sobre su base, es indiscutible, pues el objeto de la acción es la restitución de un daño. Ahora bien, pese a tal evidencia sobre el resultado pretendido, no existe acuerdo sobre la naturaleza jurídica que late en la institución, cuyos perfiles son difíciles de aprehender porque el supuesto de hecho generador de la responsabilidad admite multitud de casos diferentes –y, a veces, contrarios- cuyas características comunes son difíciles de definir. Por ello, entre las cuestiones más debatidas al respecto de esta acción de reclamación, se encuentra precisamente la de la determinación de su naturaleza. Las diferentes posturas doctrinales que se han mantenido sobre esta cuestión abarcan todas las posibles explicaciones y la esencia de sus discrepancias se halla en la concepción que sus autores tengan sobre la naturaleza y el alcance de los deberes de los administradores, habida cuenta que la acción se ejercita en tanto en cuanto exista una vulneración de dichos deberes –antijuridicidad-.

Los problemas no son fáciles de resolver ni, probablemente, admitan una respuesta unívoca, pues la realidad material de los supuestos, que se revela siempre una vez que los hechos han acaecido, no tiene contornos precisos, por lo cual el esfuerzo intelectual de tratar de comprenderla mediante categorías jurídicas es siempre difícil y producirá siempre resultados sometidos a crítica. Por ello, no está de más advertir que en el sustrato íntimo de cada una de las diferentes corrientes doctrinales que a continuación se exponen, late la concepción que el intérprete tenga sobre la propia naturaleza jurídica de la sociedad, sus órganos de administración y las relaciones entre ambos.

Así, respecto de esta cuestión de la naturaleza de la acción individual de responsabilidad, ha habido, en primer lugar quien la ha considerado como una acción de naturaleza siempre contractual, tesis sostenida principalmente por LLEBOT MAJÓ<sup>26</sup>. Para dicho autor, dado que la LSA no hace otra cosa que integrar las diferentes relaciones contractuales cuyo nexo de unión es la sociedad, la naturaleza de la acción será siempre contractual, tanto sea ejercitada por los socios, como por terceros ajenos a la sociedad. En el caso de los socios porque la acción se dirigirá siempre a la denuncia de la infracción por parte del órgano de administración de un deber que integra la relación obligatoria de éste con la sociedad, que es de naturaleza contractual. La naturaleza también contractual de la acción ejercitada por un tercero la justifica el autor citado mediante la consideración de que la acción tiene por fundamento la conducta de los administradores que infrinja un deber que forma parte

---

<sup>26</sup> LLEBOT MAJÓ, J.O., “El sistema de responsabilidad de los administradores. Doctrina y Jurisprudencia”, *RdS*, nº 7 (1996), pp. 49 y ss.

del contenido de la relación obligatoria integrada por los deberes que la Ley de Sociedades de Capital impone a los administradores frente a terceros. Por ello, según LLEBOT, la acción será siempre de carácter societario, y por tanto contractual, porque dichos deberes le son impuestos a los administradores como órgano de la sociedad encargado de tutelar la relación jurídica obligatoria existente entre el grupo de socios instrumentalmente unificado (v. gr. la sociedad) y los terceros.

Para otra corriente doctrinal, con apoyo fundamental en la doctrina italiana, la naturaleza de dicha acción es siempre extracontractual porque, tanto sea ejercitada por los socios, como por los terceros, trata siempre de reparar un daño directo ocasionado por la infracción de un deber general de cuidado al modo de lo que previene el artículo 1902 CC, dado que entre el administrador infractor y el perjudicado no existe ningún vínculo contractual previo. En esta línea, ESTEBAN VELASCO considera que es una acción de responsabilidad extracontractual de carácter especial con relación a la acción general prevista en el art. 1902 CC. Es una acción que deriva del deber del administrador de evitar daños relacionados con el ámbito de su competencia orgánica, pero siempre encuadrables en la responsabilidad extracontractual al faltar una previa relación jurídica entre el perjudicado y el administrador<sup>27</sup>. Para dicho autor, la confusión existente al respecto nace de no separar la relación entre el tercero, o el socio, y la sociedad, cuyo vínculo puede ser contractual o extracontractual, de la que afecta a la acción individual, que es la existente entre el socio, o tercero, y el administrador, que será siempre extracontractual.

La concepción extracontractual de la acción ha sido acogida por parte de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la Sentencia del TS de 09.01.2006 la calificaba inequívocamente como *“un supuesto especial de responsabilidad extracontractual ya que el tercero no ha contratado con el Administrador contra quien se ejercita, sino con la sociedad”*<sup>28</sup>. En parecidos términos se habían expresado anteriormente las Sentencias del mismo Tribunal de 23-02-2004 (110/2004), 17-02-2005 (101/2005) y 28-05-2005 (416/2005).

Algún autor ha llegado, incluso, siguiendo esta teoría, a negar la real existencia de una acción individual de responsabilidad social al considerar que la verdadera

---

<sup>27</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, *RdS* nº 5 (1995), pp. 47 y ss.

<sup>28</sup> Efectivamente, la Sentencia citada (STS 1055/2006, de 09.01.06) en su Fundamento de Derecho QUINTO razonaba: *“La acción de responsabilidad llamada “individual” es, en efecto, distinta, como señalan los recurrentes, y exige un daño, relación de causalidad entre la conducta de los administradores y el daño e imputación subjetiva, por falta de diligencia ( Sentencias de 20 de noviembre de 2003 y de 16 de febrero de 2004), y se presenta como un supuesto especial de responsabilidad extracontractual, ya que el tercero no ha contratado con el Administrador contra quien se ejercita, sino con la sociedad. Tiene, por ello, como telón de fondo y norma de integración, el artículo 1902 del Código civil y la copiosa teorización que doctrina y jurisprudencia han desarrollado al respecto en la técnica de interpretación y aplicación del citado precepto, que se encuentra en el thesaurum de la tradición jurídica civil (Sentencias de 20 de febrero y 26 de mayo de 2004, entre las últimas), aunque es bien cierto que la posición del tercero que reclama resulta favorecida por el régimen de prueba, por la solidaridad declarada expressis verbis y por el plazo de prescripción (cuatro años, ex artículo 949 CCom). En esta acción, el presupuesto básico viene constituido por la existencia de un daño directo, que no puede consistir meramente en la insolvencia de la sociedad (Sentencias de 10 de diciembre de 1996 y 21 de noviembre de 1997)”*.

intención del artículo 135 LSA (241 LSC) es la de ser norma de remisión a cualesquiera otras que impongan responsabilidad externa al administrador. Así, ALFARO ÁGUILA-REAL<sup>29</sup> sostiene que dicho precepto en realidad acoge una norma declarativa que únicamente pretende dejar constancia de que las acciones que los socios y terceros puedan dirigir contra los administradores no tienen un régimen común porque se fundará cada una de ellas en el título que constituya la causa de pedir. Según dicha doctrina, la verdadera explicación del precepto estriba en legitimar a los perjudicados para que dirijan sus acciones contra los administradores fundándolas en el título que el ordenamiento tenga previsto según la norma de cuidado que haya sido infringida por el administrador.

La doctrina mayoritaria, aunque con diferentes matices, ha venido a señalar el carácter especial y orgánico de dicha acción que, en esencia, le dotará de naturaleza contractual o extracontractual según sea el fundamento de las pretensiones que se ejerciten en relación con los deberes infringidos por el administrador. Se ha sostenido que no hay una única acción que dé respuesta a todos los supuestos contingentes, sino acciones diversas en función del titular que la ejercite y el contenido último de la pretensión, por lo que su naturaleza jurídica no es única. Para este sector doctrinal, las acciones indemnizatorias tendrán naturaleza contractual cuando se ejerciten entre socios y administrador, porque en ese caso el daño se produce dentro de las relaciones jurídicas internas de la organización societaria surgida de la constitución de la sociedad, y, en consecuencia, su naturaleza es contractual. Por el contrario, las acciones indemnizatorias tendrán naturaleza extracontractual cuando el daño que se cause a terceros, o bien a socios actuando como terceros de la sociedad, dado que en ese supuesto el daño es ajeno a las relaciones jurídicas internas propias de la sociedad.

En cualquier caso, el debate sobre la naturaleza de la acción, fuera de su tratamiento doctrinal, ha perdido gran parte de su sentido original habida cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2001 ya citada (vid. supra, nota 24), la cual, a propósito de pronunciarse respecto del plazo de prescripción de la acción, calificó la polémica al respecto de estéril al definir la acción de responsabilidad individual como una acción regulada en una norma mercantil cuyo “complemento debe buscarse en el Código de Comercio” que, además, remite a un determinado modelo de diligencia señalado en la propia Ley de Sociedades de Capital, lo cual la individualiza y especializa frente a cualquier intento de calificar su naturaleza contractual o extracontractual debido a la complejidad de los intereses que pone en juego.

Como quiera que la Sentencia citada formuló tales asertos con vocación de sentar doctrina sobre el plazo de prescripción, y la posterior Jurisprudencia ha sido ya constante y pacífica al respecto<sup>30</sup>, es evidente que el interés práctico de la cuestión se ha visto muy mermado.

Con independencia de la solución que adoptemos, lo cierto es que en la praxis cotidiana ante los Tribunales no tiene excesiva utilidad práctica la naturaleza de la responsabilidad de los administradores, no obstante lo cual el debate doctrinal en

---

<sup>29</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”, *RdS* nº 18 (2002), pp. 45 y ss.

<sup>30</sup> Vid la STS 981/2008 de 21.10.08 con la profusión de Sentencias ratificadoras de la mencionada que en ella se relatan.

torno a ella –siempre interesante y necesario para un jurista- ha tenido la virtud de haber permitido perfilar y consolidar determinados presupuestos de la responsabilidad que, con independencia de su naturaleza, definen y determinan las condiciones de la acción que se ejercite para reclamarla. Presupuestos que, por ello tienen la utilidad práctica de la necesidad de su consideración por el Abogado antes de formular una demanda en ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores, porque, en razón de la prueba que sobre ellos se articule, se obtendrá un resultado favorable o contrario.

Por consiguiente, considerando el asunto desde la perspectiva de la práctica ante los Juzgados y Tribunales, conviene delimitar los contornos de la acción para su correcto ejercicio. Por ello, siguiendo en esencia a MUÑOZ PÉREZ<sup>31</sup> pueden resumirse los siguientes presupuestos de la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital frente a terceros o socios por daños directos causados a su patrimonio:

Se trata de una responsabilidad de carácter jurídico-privado, si bien tiene como finalidad la defensa de intereses públicos, lo que explica que no pueda ser estatutariamente limitada. Los intereses públicos protegidos son, precisamente, aquellos que protegen la confianza en el tráfico mercantil. Debido a su propia estructura y finalidad tuitiva de los legítimos intereses de terceros, pese a que no esté expresamente previsto, se comportan como verdaderas normas de orden público, lo cual comporta su indisponibilidad como regla de principio: serán nulas las cláusulas estatutarias que pretendan hacer más benevolente el régimen legal de responsabilidad; tampoco pueden admitirse cláusulas que amplíen los supuestos en que el administrador se libere de responsabilidad, ni las que la refieran a un importe máximo. Por eso, la renuncia y la transacción sólo serán posibles en los supuestos legalmente previstos y con los límites expresos señalados por el legislador (art. 238.2 LSC). Sin embargo, son admisibles cualesquiera cláusulas que agraven el régimen de exigencia y rigor para el administrador.

Es una responsabilidad de naturaleza orgánica porque se inserta dentro del marco de relaciones que definen las competencias del órgano de administración, puesto que, precisamente, su nacimiento se deriva del incumplimiento de las obligaciones derivadas de dichas competencias, que son fuente de deberes, no sólo para con la sociedad, sino también frente a socios y terceros. Pero, pese a ser una responsabilidad orgánica, es personal en cuanto que es exigible, no al órgano como tal, sino a las personas que asumen el ejercicio de sus competencias.

Es una responsabilidad que, en todo caso, nace tras la actuación carente de la diligencia de un ordenado empresario en el cumplimiento de un deber objetivo de cuidado en relación con la esfera personal de los socios, individualmente considerados, o de los terceros. Por ello precisa siempre la existencia de un comportamiento antijurídico. Además, para su efectivo nacimiento –y por ello como presupuesto de su exigibilidad- requiere la existencia de un daño que haya sido causado de forma directa en el patrimonio del agraviado en directa relación causal con el acto antijurídico. Por último, para su efectivo nacimiento no basta con la existencia de tal acto jurídico que

---

<sup>31</sup> MUÑOZ PÉREZ, A. F., “Presupuestos de responsabilidad de los Administradores”, En AA. VV. (Coord. Guerra Martín, G.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, Las Rozas, 2011, pp. 105 y ss.



causalmente daña de modo directo el patrimonio del socio o tercero, sino que requerirá la existencia de un elemento subjetivo de imputación: la culpa.

Por tanto, a modo de compendio de cuanto se ha dicho sobre el particular, la acción de responsabilidad individual ha de ejercitarse con arreglo a los siguientes requisitos: Se tratará de una acción personal de reclamación extracontractual de daños de carácter especial con relación a la acción del art. 1902 CC habida cuenta su incardinación dentro del ordenamiento mercantil y su carácter orgánico. Puede acumularse a las acciones derivadas del contrato que une a la sociedad y al tercero (o socio), y se dirigirá contra las personas que compongan el órgano de administración, las cuales responderán solidariamente entre sí. Conforme con los presupuestos de la acción aquiliana, y según la ya consolidada jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, para que prospere una acción ejercitada con fundamento en el artículo 241 LSC, habrá de acreditarse en el oportuno procedimiento la concurrencia de los siguientes requisitos (Vid., por todas, STS 55/2008 de 08-02-2008):

- A) Un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores.
- B) Que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración por ser negligente o dolosa.
- C) Que la conducta sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos sociales o no ajustarse al canon de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal.
- D) Que el actor haya sufrido un daño en su patrimonio.
- E) Que dicho daño haya sido inferido a su patrimonio de modo directo.
- F) Que, además, dicho daño directo tenga su origen causal en la actuación del administrador productor del daño.

## **3.2. Ámbito de aplicación**

### **3.2.1. Ámbito objetivo**

El art. 241 LSC se refiere a la responsabilidad de los administradores por actos llevados a cabo en el ejercicio de sus propias tareas de “administrar”, y no en el ámbito de su esfera personal ajena a la gestión societaria. Dicho ámbito personal deberá ser reconducido, en todo caso, al régimen general del artículo 1902 CC de responsabilidad civil extracontractual.

Por tanto, el contenido principal de la cuestión de delimitación del ámbito objetivo será el de delimitar convenientemente los supuestos en que los actos de los administradores se realizan en el desempeño de sus funciones –que son los que desplegarán las consecuencias jurídicas previstas en los preceptos sobre responsabilidad de referencia-, o en el desenvolvimiento de su esfera privada de actuación, en cuyo caso no caerá el supuesto de hecho bajo la cobertura de las normas reguladoras de la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital.

La delimitación de uno u otro ámbito de actuación del administrador no debe, en principio, causar mayores problemas en cuanto que será fácil discernir cuándo el concreto acto de un administración ha sido llevado a cabo en uso de su facultad de representación o gestión societaria y, por ello, sus efectos han de ser imputados a la sociedad por él administrada. Cuestión diferente es la señalar el límite que diseña el conjunto de esas específicas actuaciones del administrador a los efectos de conocer el alcance de sus obligaciones. Pero tal es una cuestión que tiene que ver más con la antijuridicidad porque del ajuste de la conducta del administrador a los deberes que tenga, dependerá que se califique su actuación como correcta o incorrecta. En tal sede, por tanto, se abordará tal cuestión.

Dentro de la determinación de cuáles sean los límites, a veces borrosos, del ámbito objetivo de la acción individual de responsabilidad, es necesario determinar el alcance de la expresión “lesionar directamente” que formula el artículo 241 LSC, sin perjuicio de su consideración desde otro punto de vista en la formulación de los requisitos propios de la acción. De forma generalizada se entiende que la expresión de la lesión directa que generan los actos de los administradores, significa que la finalidad de la acción es la reparación del patrimonio dañado de los socios y terceros, ajeno al social. Con el mismo grado de acuerdo casi unánime, se ha indicado justamente, que esta lesión directa es la que separa la acción social de responsabilidad, de la individual, aunque el discernimiento de cuál sea el patrimonio dañado en la práctica no resulte siempre tan fácil.

Dado que el daño, desde sus diferentes perspectivas, se constituye como un presupuesto más de la acción, el análisis de los diversos problemas que plantea este concreto imperativo de la lesión “directa”, lo diferimos para el posterior momento del tratamiento del daño.

### **3.2.2. Ámbito subjetivo**

Dentro del ámbito de aplicación de la norma, poco hay que decir sobre los legitimados para el ejercicio de la acción: quienes hayan resultado perjudicados de modo directo por la actuación de los administradores sociales, tanto sean personas físicas, como jurídicas; ajenos por completo a la sociedad, o socios de ella. Cabrá, por tanto, cualquier forma en la legitimación activa, salvo la de la propia sociedad administrada, cuyo daño por la actuación de sus administradores tiene acomodo en otro cauce procesal.

Pero refiriéndonos al legitimado pasivo las cosas no son tan simples, pues conviene también hacer determinadas precisiones sobre supuestos que pueden generar determinados problemas en el ejercicio de la acción individual de responsabilidad. Aunque es evidente que la legitimación pasiva de la acción ha de ser siempre la de los administradores responsables, en la práctica nos encontramos con un primer problema constituido por las situaciones de administración de hecho de la sociedad. Además, la frecuente existencia de varios administradores, o de un órgano de administración plural (consejo de administración) con facultades delegadas, e incluso de una persona jurídica administradora de la sociedad (art. 212), genera en la práctica dificultades a la hora de determinar la persona o personas contra quienes

dirigir la acción, el título de imputación frente a estos y el régimen solidario o mancomunado de su responsabilidad. Estas cuestiones señaladas, merecen nuestra atención por separado.

### **3.2.2.1. La administración de hecho**

La administración de hecho, es generadora hoy de menos dudas de lo que ha sido con anterioridad. El actual tenor literal del artículo 236 LSC no deja lugar a dudas de que el administrador de hecho está sometido al mismo régimen de responsabilidad que el administrador de derecho. La dificultad, por tanto, estriba en la determinación de quién sea administrador de hecho y, sobre todo, en la acreditación de tal condición ante el Tribunal.

Haciendo una brevísima reseña de la introducción de la figura de la administración de hecho, ha de comenzarse por expresar que, como tal, no ha sido introducida en nuestro ordenamiento hasta la reforma del Código Penal de 1995, y ello como reacción a las situaciones de impunidad que propiciaba el tenor literal de los tipos penales de los delitos socioeconómicos, que exclusivamente hablaba de los “administradores de las empresas”, lo cual, habida cuenta el carácter restrictivo de la interpretación de las normas penales, dejaba fuera del tipo a todo autor del delito cuyo cargo de administrador no estuviera debidamente inscrito en el Registro Mercantil.

Antes de tal aparición, la denominación “administrador de hecho” tan sólo había tenido acogida expresa en el ámbito registral para referirse a aquellas personas cuyo nombramiento estaba “viciado” (por nulidad en el nombramiento, principalmente) o que, por determinadas razones, había dejado de tener validez. Las resoluciones de la DGRN elaboraron una doctrina que, a los efectos de evitar la paralización de las sociedades, legitimó excepcionalmente la actuación de estos individuos que buscase la promoción de junta general. La aparición en 1989 del Reglamento del RM cambió las cosas, pues el texto prorrogó el mandato de los administradores más allá del vencimiento del plazo, hasta la celebración de la primera junta general o hasta el transcurso, en su caso, del plazo para la celebración de la junta que haya de resolver sobre la aprobación de las cuentas anuales.

Posteriormente a la introducción de la figura del administrador de hecho en la legislación penal, la Reforma de la Ley del Mercado de Valores de 1998 operada por Ley 37/1998 de 16 de noviembre, introdujo dicha figura como posible sujeto de responsabilidad administrativa sancionable. También la Ley 22/2003 Concursal lo menciona en varios de sus preceptos, equiparando su responsabilidad a la de los administradores de derecho. Asimismo, en la LGT 58/2003 de 17 de diciembre se aludía al administrador de hecho como responsable subsidiario de las personas jurídicas infractoras.

Finalmente, en lo que es objeto de nuestro estudio, en 2003 fue aprobada la Ley 26/2003 de 17 de julio por la que se modificaba el Texto Refundido de la LSA a fin de reforzar su transparencia, que, con fundamento en dicha promoción de la transparencia, introdujo la figura del administrador de hecho en el mismo plano de

responsabilidad que el de derecho en el artículo 133 de la LSA. Además, la aparición ese mismo año de la Ley Concursal fue crucial para la completa equiparación entre ambas figuras (arts. 48.3; 93.2.2º; 172.2.1º y 172.3 LC).

Llegados a este punto en el que ya es indiscutible la responsabilidad de los administradores de hecho en razón del tenor literal y, por tanto, es también incuestionable su legitimación pasiva como sujetos responsables ex. art. 241 y 236 LSC, la cuestión que debemos plantearnos es mucho más primaria: ¿quién es “administrador de hecho”? La respuesta a dicha cuestión, obviamente necesaria y urgente, no es dada por el propio texto legal, que nada dice sobre quiénes sean tales administradores, por lo cual su definición ha venido por las sendas de la doctrina y la jurisprudencia.

Son varios los autores que se han ocupado de estudiar a fondo esta figura para delimitar los rasgos característicos que permitan la identificación de tal persona. Deben destacarse los trabajos monográficos llevados a cabo por LATORRE CHINER, y PERDICES HUETOS, así como las contribuciones en obras genéricas de otros estudiosos, como DÍAZ ECHEGARAY o ALONSO UREBA<sup>32</sup>, principalmente.

De la doctrina elaborada por los autores señalados, junto con la pareja evolución jurisprudencial, se ha venido a determinar una serie de rasgos que definen la administración de hecho y cuya acreditación en el procedimiento dirigido contra ellos determinará su correcta legitimación pasiva y su ulterior condena.

En primer lugar, se ha indicado, la característica esencial del administrador es su falta de nombramiento válido, bien por no haber existido nunca, bien por fundarse en un título nulo, o bien por haber caducado el título válido preexistente.

En segundo lugar se ha determinado que la fundamental característica de quien “administra de hecho” es su voluntad de, precisamente, “administrar”, es decir, gestionar la sociedad desempeñando las funciones propias del administrador de derecho, bien sea de modo directo, bien por persona interpuesta (normalmente, el propio administrador con título válido).

Pero para que la calificación como administrador de hecho pueda prosperar, no basta sólo con la voluntad de actuar como propio administrador, sino que es necesario que se produzca una actividad positiva del legitimado pasivo que constate su existencia como tal administrador. Esto quiere decir que el ejercicio de gestión que realice ha de ser real, positivo, y efectivo, lo cual añade a su actuación la nota caracterizadora de permanencia y constancia de tal actividad, no limitada a meros actos ocasionales.

Además, el administrador de hecho, para ser considerado como tal y no como un mero apoderado, ha de actuar de forma autónoma, mostrando un verdadero poder de decisión independiente capaz de decidir el destino de la sociedad mediante la imposición de sus decisiones. La administración de hecho supone una influencia

---

<sup>32</sup> LATORRE CHINER, N., “Administrador de hecho y apoderado general. (Comentario a la STS de 28 de febrero de 2008)” *RdS* nº 32 (2009), pp. 389 y ss.; LATORRE CHINER, N., “El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA”, *RDM* nº 253 (2004), pp. 853 y ss.; PERDICES HUETOS, A., “Significado actual de los “administradores de hecho”: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre 2001”, *RdS* nº 18 (2002), pp.277 y ss.; ALONSO UREBA, a., *Algunas cuestiones en relación con el ámbito subjetivo de la responsabilidad de los administradores. (Administrador de hecho, administrador oculto y grupo de sociedades)*. En AA. VV. (Dr. GUERRA MARTIN, G.), Ob. cit. pp. 85 y ss.

decisiva en la vida social, en la misma medida que lo supone la administración orgánica legal. Lógicamente, esta capacidad de decisión soberana es sólo posible con el conocimiento y aquiescencia de la propia sociedad.

Desde el punto de vista del tráfico jurídico, PERDICES HUETOS<sup>33</sup> ha centrado el punto de mira en la voluntad de quien administra de hecho respecto a su apariencia externa:

*“Supuesta la falta de título válido de quien se ha calificado como «administrador de hecho», cabe distinguir dos tipos atendiendo como criterio a que el sujeto, participando y ejerciendo efectivamente la administración social, tenga la voluntad –y así lo haga- de manifestarse como tal en el tráfico o no. En el primer caso, cuando la persona que administra se presenta como tal, lo relevante es la protección del tráfico y con ello de la apariencia –y así aparece la figura de lo que llamaremos «administrador de hecho notorio»- que actúa como tal en el tráfico sin título válido para ello. En el segundo caso, cuando la persona que administra desea ocultar ese hecho, lo relevante es la seguridad jurídica; con ello la realidad material –y así aparece lo que llamaremos «administrador de hecho oculto», que domina, determina o suple mediata –desde la sombra- o inmediatamente –desde su condición de simple apoderado- la actuación del administrador de derecho-“.*

Criterio que, en nuestra opinión, resulta muy útil para deslindar las dos formas que en la práctica reviste la administración de hecho y que por su diferente apariencia requieren prueba diferente.

En el ámbito contractual y frente a terceros la actuación del administrador de hecho produce una vinculación por apariencia con la sociedad, siendo el nexo de imputación de sus actos a esta última la tolerancia manifestada por parte de la sociedad. El supuesto más frecuente en la práctica se caracteriza porque el administrador, aunque actúa externamente, no se presenta como tal ante terceros. Habitualmente se caracteriza, a la luz de la experiencia forense, por producirse entre parientes y en sociedades familiares, así como por tener el administrador oculto la pretensión de asegurar su posición de control por medio de la condición de apoderado de la sociedad. En estos supuestos de administración de hecho visible, los problemas en materia de responsabilidad surgen principalmente al determinar si la responsabilidad del administrador de derecho –o aparente- se extiende al que de hecho administra la sociedad y, asimismo, si el administrador aparente puede exonerarse de responsabilidad por el hecho de ser otro quien realmente tiene la condición de gestor social. En este sentido, el que el administrador se manifieste al exterior permite más fácilmente probar y recalificar su actuación, y, por ello, imputarle las consecuencias correspondientes.

Por lo que respecta al administrador “oculto” la dificultad estriba, lógicamente, en la recopilación de material probatorio suficiente para acreditar su condición de administrador de hecho.

Por otra parte, la dicción literal de los preceptos legales y la interpretación jurisprudencial actual de ellos, no deja lugar a dudas de que la responsabilidad de cuantos concurren en la administración de una sociedad, sea con título o “de hecho”, lo hagan de forma aparente u oculta, responderán solidariamente de los daños que

---

<sup>33</sup> PERDICES HUETOS: “Significado...”, Ob. cit. p.280.

causen de forma directa a socios o terceros por los actos realizados contraviniendo la ley, los estatutos, o la diligencia que les es exigible en el desempeño de sus cargos.

En definitiva, estos criterios de delimitación conceptual de la figura de la administración de hecho, progresivamente adoptado también por la jurisprudencia en sus resoluciones, ha sido dirigida a identificar la administración fáctica como vía para proteger la apariencia creada en el tráfico, evitando que los administradores reales eludan su responsabilidad, erigiéndose la figura del administrador de hecho como una construcción encaminada a imputar responsabilidad al sujeto que ejerce las funciones propias de un administrador social de derecho sin serlo.

En esta dirección se ha movido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien ha partirse de una consideración de suma importancia: que la prueba de la administración de hecho ha sido considerada como una cuestión de hecho vedada, por tanto, en casación, por lo cual las Sentencias que sobre este particular pueden acceder al más Alto Tribunal, son pocas. Corolario de ello es, además, que la verdadera dificultad de la legitimación pasiva de los administradores de hecho radica en la dificultad probatoria que compete al actor en razón de la carga procesal de la prueba señalada por el artículo 217 LEC.

Pese a tal restricción, la Sala ha establecido una definición de tal figura que, por su indudable repercusión práctica reproducimos como colofón de este apartado:

*"quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición".<sup>34</sup>*

### **3.2.2.2. Supuestos de administración plural**

La siguiente cuestión de interés referida al ámbito subjetivo de la acción constituye el problema que genera la pluralidad de administradores, bien porque sean varios que actúan de forma solidaria o mancomunada, bien porque existe un órgano plural de administrador (consejo de administración), o bien porque, por último, la administración sea ejercida por una persona jurídica.

Aunque la esencia del problema sea el mismo y la solución aparente parezca sencilla (todos responden solidariamente), lo cierto es que la práctica revela ciertas dificultades en cada uno de los casos.

En cuanto al primero de los asuntos señalados, el tenor literal de la norma no deja lugar a dudas respecto del carácter solidario de la obligación de responder. Las consecuencias, por tanto, son las propias de tal clase de obligación tal y como están expresadas en los artículos 1137 a 1144 CC. Así, el actor puede elegir (*ius eligendi*) contra quién dirigir su acción y puede demandar a uno o varios de los administradores

---

<sup>34</sup> SSTs: 261/2007, de 14.03.07; 55/2008, de 08.02.08; 79/2009, de 04.02.09; 240/2009 de 14.04.09; y 721/2012, de 04.12.12.

tanto simultánea, como sucesivamente (*ius variandi*) hasta lograr la satisfacción total de su crédito. En el plano interno de los administradores, rige la norma general del derecho del administrador que haya pagado todo o parte del crédito reclamado a ejercitar la vía de regreso contra los demás administradores, rigiendo en este supuesto la regla de la responsabilidad *pro quota* que establece el artículo 1145 CC: el que hizo el pago podrá reclamar de los otros codeudores la parte que a cada uno corresponda, más los intereses del anticipo. En suma, en el plano de las relaciones entre los administradores corresponsables, no existirá la solidaridad.

Cuestión importante en el análisis del ejercicio de la acción de responsabilidad contra una pluralidad de administradores, lo constituye la potencial efectividad de las excepciones individuales que cada uno de ellos pueda oponer a la demanda formulada. Se hace necesario, a este efecto, distinguir entre la solidaridad en la culpa y la solidaridad en el resarcimiento del daño<sup>35</sup>.

La imposición del régimen de solidaridad del precepto legal (art. 236 LSC) establece una presunción de culpa que opera sobre el conjunto de los administradores y no sobre cada uno de ellos individualmente, aunque algún autor<sup>36</sup> haya planteado que la presunción no es de culpa, sino de imputación del acto antijurídico al órgano porque nuestro sistema culpabilístico es siempre personal. Sea de un modo u otro, no ha de entenderse tal afirmación como una exoneración al demandante de tener que acreditar la culpa en la actuación de la administración –pues, anticipando contenidos, nuestro sistema de responsabilidad civil es subjetivo y requiere, salvo excepciones tasadas, la prueba de la culpa del agente–, sino que ha de entenderse en el sentido de que el legislador concibe al “administrador” como un órgano, como un cuerpo único con independencia de su organización interna, lo cual implica que el actor viene obligado a la acreditación en el proceso de la culpa en la actuación del órgano de administración, pero no la de cada uno de los diferentes integrantes de la administración.

Por tanto, una vez acreditada la antijuridicidad de la acción y su comisión culposa, cada uno de los individuos demandados (en el caso de varios administradores solidarios o mancomunados) sólo podrá exonerarse si, conforme a la norma procesal de la carga de la prueba del artículo 217 LEC, consigue acreditar la inculpabilidad personal de su propia actuación. En la práctica, esta posibilidad de oposición tendrá verdadera virtualidad en el supuesto de varios administradores solidarios, pues en el caso de varios que actúen mancomunadamente, y así esté registrado, el concreto acto que no vaya ratificado por todos los administradores no puede tener efecto frente a terceros, salvo supuestos de fraude o falsificación, que deberán conducirse por las sendas del Derecho Penal.

Las mismas consideraciones cabría hacer, en principio, en el caso de un órgano de administración pluripersonal (consejo de administración), no sólo legalmente posible según la propia LSC, sino habitualmente elegido por las sociedades de capital con pluralidad de partícipes que exceden del ámbito familiar.

La composición plural del órgano de administración no ofrece especialidad en el hecho de que el demandante perjudicado no tiene que acreditar la culpa de cada uno de los miembros del órgano de administración, sino que bastará con que lo haga

---

<sup>35</sup> DIAZ ECHEGARAY: *Deberes y...* Ob. cit. p. 238

<sup>36</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA: “Deberes y responsabilidad...”, Ob. cit. p. 199

respecto del órgano de la administración para que la presunción de culpa se extienda a todos y cada uno de los miembros del consejo de administración.

No obstante, y siguiendo las mismas consideraciones que anteriormente, el carácter subjetivista de nuestro régimen de responsabilidad civil impone que cada uno de los miembros del consejo pueda librar su responsabilidad acreditando la ausencia de culpa en su propia e individual actuación. Pero el carácter colegiado del órgano de administración impone la solidaridad de cada miembro del consejo de administración con carácter mucho más rotundo que en el supuesto anterior. Esta es la razón por la cual el régimen de responsabilidad que señala el artículo 237 LSC contiene, precisamente, la vía por la cual puede exonerarse la responsabilidad de un miembro del consejo de administración de una sociedad de capital:

La cuestión a valorar y acreditar es que el administrador no participase en la adopción del acuerdo lesivo, lo cual sólo puede encontrar explicación por el desconocimiento de la adopción del acuerdo; o su ausencia en el momento de su adopción; o su oposición a la adopción.

Ha de señalarse que, desde el punto de vista de la praxis forense, estas cuestiones pertenecen al ámbito fáctico necesitado del oportuno soporte probatorio que siempre correrá a cargo del miembro del consejo que pretenda su liberación de la obligación de responder, lo cual en la práctica limita considerablemente, como veremos, el número de supuestos en los que la exoneración es efectiva.

Dejando para más adelante la cuestión de la aplicabilidad de este supuesto para los casos de la vía del artículo 367 LSC, conviene hacer un sucinto examen práctico de las concretas causas de oposición recogidas en el precepto. En primer lugar puede el administrador alegar desconocimiento absoluto del acuerdo dañino adoptado de forma culposa. Es evidente, en primera instancia, que la alegación de tal causa de exoneración ya sienta una presunción de culpa en contra de quien la alega por falta del cumplimiento del deber de informarse que sienta el artículo 227 LSC como modelo de diligencia exigible al administrador. Por tanto, sólo en los casos en que el consejero que opone la excepción pertinente esté en condiciones de demostrar que los restantes miembros del consejo le ocultaron de forma maliciosa la necesaria información para adoptar el acuerdo a sus espaldas, podrá tener esperanzas de que prospere su alegación. Pero, aún, en este caso, deberá muy probablemente acompañar a su alegación la prueba de que impugnó, o trató de hacerlo, el acto lesivo así tuvo conocimiento de su adopción en consejo, pues un acto de este tipo sería claramente anulable por el modo de su adopción y el deber de lealtad a la empresa le exigiría tal conducta activa en defensa del interés social.

En segundo lugar, el administrador que pretenda su exoneración puede liberarse si acredita su ausencia en el momento en el acto incorrecto generador de daño fue adoptado. Pero no es, ni mucho menos, la cuestión tan sencilla, pues han de hacerse las siguientes precisiones: su ausencia en el consejo en que se adoptó el acuerdo ha de ser explicable y justificada, pues el deber de diligente administración, como se ha dicho, exige la participación activa del administrador en los asuntos sociales. Por tanto, si la ausencia no obedeció a una causa justificada y acreditada, no podrá pretender alegar tal causa de exoneración que lleva implícito un reconocimiento de actuación pasiva. Si se admitiera de forma simple e incondicionada tal excepción, se estaría favoreciendo y premiando, precisamente, la falta de diligencia, pues al



consejero le saldría siempre a cuenta no asistir a ninguna reunión para quedar eximido de cualquier atisbo de culpa.

La tercera vía de excepción que puede oponer el consejero con arreglo al acuerdo lesivo, es acreditar que ha empleado todos los medios a su alcance para impedir la ejecución de la medida dañosa, bien tratando de evitar el daño, bien buscando su fracaso, pues tal es la concreción material de lo que el precepto legal define como *“hacer todo lo conveniente”*. Conviene hacer la precisión de que el adverbio de cantidad *“todo”* exige la prueba de su absoluta diligencia en esta oposición, debiendo demostrar en un juicio *“ex post”* que, de acuerdo con las circunstancias del caso, agotó todos los recursos a su alcance para impedir la adopción del acuerdo o, en caso de que fuera adoptado con su oposición, su eficacia y causación del daño. La valoración que en sede judicial se haga de su conducta, habrá de tomar en consideración todas las circunstancias particulares concurrentes para determinar, bajo los estándares de la diligencia exigible y la buena fe, si la actuación opositora pugnaz permite tener por acreditada su falta personal de culpa.

La última consideración a tener en cuenta respecto de estas causas de exoneración personal de los miembros de un consejo de administración, es que ninguna de ellas puede tener en la práctica perspectiva alguna de éxito cuando el fenómeno desencadenante de la responsabilidad no sea un acto del consejo de administración, sino, precisamente, una omisión. En dicho caso, puesto que la omisión ha de ser entendida como no hacer aquello que se estaba obligado a hacer, su aparición será antijurídica y casi siempre se presumirá culpable, por lo cual, o consigue el órgano colegiado en su conjunto acreditar que tal conducta omisiva no fue merecedora de reproche, o cada uno de los miembros del consejo a título individual sólo podrá despojarse de su culpa si demuestra que hizo *“todo lo conveniente”* para evitar la pasividad del órgano colegiado. Ante un consejo de administración que no adopta una resolución exigida por la Ley de cuya inobservancia se deducen daños concretos a un tercero (o socio), un consejero podrá oponer que exigió la discusión del asunto en el Orden del Día de las reuniones y trató activamente de que el Consejo adoptara la resolución en cuestión.

Más complicada, y doctrinalmente polémica, se aparece la cuestión de la delegación de funciones dentro del órgano de administración. La delegación es una facultad del propio órgano de administración que, por ello, puede, o no, ejercitar según lo estime conveniente en la medida en que los estatutos no la prohíban y con respeto a los límites impuestos por el propio artículo 249 LSC.

El problema, en esencia, radica en que nada señala la Ley respecto de las relaciones entre el consejo y los delegados y que, habida cuenta, por una parte, del hecho de que los diferentes consejeros responden de forma solidaria por la responsabilidad del órgano de administración; y, de la otra, que el régimen subjetivo de la responsabilidad impone el examen de las conductas concurrentes, la cuestión que se ha formulado la doctrina es si el régimen de solidaridad se puede ver afectado por la existencia de delegación de funciones o no.

Partiendo del hecho de que el régimen de la delegación impone la responsabilidad de los actos a quien delega, la cuestión no afectará tanto a los supuestos en que la delegación de facultades se efectúe en alguien ajeno al Consejo, pues en estos supuestos el consejo delegante vendrá obligado a responder de los

actos cometidos por sus delegados en virtud de *culpa in eligendo, in vigilando e in instruendo*, pues tanto la elección de los delegados, como su vigilancia y la impartición de las oportunas instrucciones imponen la responsabilidad al delegante que tiene la obligación originaria de administrar conforme a los estándares de diligencia legalmente establecidos.

El verdadero interrogante nace en los supuestos en que el delegado sea un miembro del consejo de administración que, por tanto, asume concretas competencias que incumben al órgano colegiado. Aunque, en principio, sigue siendo vigente la norma de que el resto de los miembros del consejo, por el hecho de la delegación a otro de facultades del órgano colegiado no quedan en modo alguno liberados de sus obligaciones de diligencia y lealtad, lo cierto es que nuestro sistema de imputación subjetiva de culpa genera dudas acerca de si seguirá imperando la solidaridad entre todos los componentes del consejo o se introducirá alguna regla de subsidiariedad para el supuesto de que el daño sea consecuencia de un acto culposo propio de un consejero-delegado precisamente en cumplimiento de la facultad delegada. Por otra parte, aunque se trate de una delegación de funciones dentro del propio Consejo, que muchas veces obedece a la imposibilidad de que “todos resuelvan todo” (piénsese el conjunto de asuntos que pueden derivarse en la gestión cotidiana de una S.A. con miles de accionistas y un volumen de negocio muy elevado), lo cierto es que el principio que atribuye la responsabilidad a quien delega sigue plenamente vigente.

Parte de la doctrina ha entendido que para ese concreto supuesto ha de entenderse derogada la norma de la solidaridad porque el hecho es causalmente imputable a la conducta de un concreto individuo (o comisión ejecutiva) que, ejercitando la competencia delegada, incumplió los cánones legales de diligencia exigibles. Así lo han entendido autores de innegable autoridad como SÁNCHEZ CALERO,<sup>37</sup> entre otros. Para este autor, la delegación supondría la inaplicación del régimen del artículo 237 LSC porque entiende que la colegiación del órgano no impide que las facultades puedan fraccionarse, de modo que la delegación dentro del propio órgano conlleva el traspaso de responsabilidad al delegado en tanto en cuanto éste tenga independencia en la gestión de los asuntos encomendados. La solidaridad será predicable entre los miembros de la comisión ejecutiva autora del acto lesivo.

Sin embargo otro importante sector doctrinal considera que la unicidad del órgano y su carácter colegiado imponen, siempre, la solidaridad porque la delegación no exonera a los delegantes de continuar ejerciendo vigilancia y control sobre todos los actos en razón de las obligaciones que imponen los estándares legales de diligencia exigible, especialmente el deber de informarse de la marcha de la sociedad. Ello, no obstante, la cuestión tendrá importancia en el ámbito interno de las relaciones entre los consejeros, que deberá dilucidarse mediante los procesos declarativos posteriores que puedan formularse entre ellos. En esta dirección puede señalarse la contribución de ALONSO UREBA<sup>38</sup>.

En nuestra opinión la respuesta no es sencilla porque, si bien ha de considerarse que el órgano de administración es único, no han dejarse de lado los razonamientos de quienes preconizan la primera teoría, sobre todo porque el

---

<sup>37</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson-Aranzadi, Cizur menor, 2ª ed, 2007, p. 218.

<sup>38</sup> ALONSO UREBA, Ob. cit. pp. 93 y ss,

mantenimiento a ultranza de la solidaridad podría conducir a situaciones exorbitantes de difícil justificación. Debe considerarse, a tal efecto, que bajo la misma norma cae el supuesto de una empresa cerrada, con pocos socios, modesta dimensión y un consejo de administración reducido, que el Banco de Santander, por ejemplo, con cientos de miles de accionistas, un consejo de administración muy complejo y una dimensión tal que hace imposible que un consejero pueda conocer todos los asuntos de la sociedad, por mucha diligencia que despliegue. Por ello, aunque siempre quede la vía de los procesos declarativos entre los miembros del consejo de administración, puede resultar contrario a la lógica (y a la interpretación que, conforme al artículo 3 CC debe darse a las normas) que por un concreto hecho ocurrido en una sucursal de dicho banco acaecido en un pueblo retirado de una provincia, se traiga al proceso al Presidente del Consejo de Administración del Banco. Ello sería de imposible sostenimiento para la mercantil en particular y el tráfico jurídico en general.

Por tanto, merece la pena en este punto traer a colación la postura mantenida por ALFARO<sup>39</sup> que, con su hipótesis de la inexistencia de una acción individual de responsabilidad y el fundamento del artículo 241 LSC como norma remitora a los regímenes específicos de responsabilidad que han de aplicarse en cada caso, aporta una solución quizá más satisfactoria en este particular porque, según el citado autor, la solidaridad o la mancomunidad vendrá determinada, no por el tenor del artículo 237 LSC, sino por la concreta norma del ordenamiento que fundamente en cada caso la responsabilidad del administrador.

Por último, en cuanto a la cuestión de la solidaridad como elemento subjetivo del ámbito material de la acción de responsabilidad individual, queda destinar un breve comentario al concreto problema de a quién atribuir la responsabilidad en caso de que la administración la ejerza, no una o varias personas físicas en cualquier modo posible de organización (administrador único, varios solidarios o mancomunados, consejo de administración), sino una persona jurídica. Figura que, a tenor de lo dispuesto en los artículos 212 y 212 bis deviene absolutamente posible y que en la actualidad, está siendo abundantemente utilizada.

La cuestión es de simple formulación: dado que no es discutible que la persona jurídica administradora tiene que designar un representante persona física ante la persona administrada, en los supuestos en que se dirima la responsabilidad del administrador ¿a quién imputársela? ; ¿a la persona jurídica administradora? ¿a su representante? ¿o ambas?; y caso de que sea a ambas, ¿lo será de forma solidaria o subsidiaria? Además, podríamos preguntarnos qué sucedería en el supuesto en que el designado como representante por el administrador se hubiera excedido en sus facultades.

No es fácil la respuesta, como suele ser habitual. Y no es tampoco sencillo establecer una norma segura ex ante porque la multitud de circunstancias que pueden concurrir la colmaría de excepciones y supuestos particulares. Como suele suceder en el ejercicio profesional, el supuesto práctico presentará una serie de aspectos insospechados que habrá que valorar y acreditar cumplidamente para que finalmente la respuesta judicial sea la correcta.

---

<sup>39</sup> ALFARO ÁGUILA REAL, J., "La llamada acción...", Ob. cit. pp.45 y ss.

La premisa es simple e insoslayable: la responsabilidad que señalan los artículos 236 y 241 LSC corresponde al administrador y, por ello, en tanto en cuanto que la persona jurídica tiene capacidad para obrar y ser parte en un procedimiento, a ella le corresponderá la legitimación pasiva. Por si hubiera dudas, la aprobación de la Ley 25/2011 de 1 de agosto<sup>40</sup>, dejó todo como estaba mediante la introducción del artículo 212 bis en la LSC, que, pese a que en la redacción que tenía en el Proyecto de Ley equiparaba los deberes y responsabilidad del representante de la persona moral a los de los administradores y sentaba la solidaridad en la responsabilidad entre persona moral administradora y su representante, en su tramitación parlamentaria sufrió importantes enmiendas que le confirieron la redacción actual, en la que nada se dice al respecto y, por tanto, se vedan tanto la equiparación de los deberes del representante a los de los administradores, como la solidaridad entre persona moral y representante<sup>41</sup>.

Pero una cosa es la *facto iuris* de la personalidad jurídica y de la atribución de los hechos, y otra es la comisión material, que siempre corresponde a las personas. Una vez más, la consideración del radical subjetivismo de nuestro sistema de responsabilidad ha de formar parte de la respuesta que demos a la cuestión, pero sin dejar de lado que la representación, a falta de otras concreciones, deberá regularse por las normas del mandato y el apoderamiento. Pero ello en modo simplifica la cuestión. Antes bien, la aceptación del cargo de representante de una persona jurídica administradora, a lo que da lugar es a una compleja articulación de carácter triangular que obliga a examinar las relaciones jurídicas entre representante y sociedad administrada por un lado; entre representante y sociedad moral administradora, por otro; y finalmente entre administrador (la sociedad moral) y la sociedad administrada<sup>42</sup>.

De todo ese elenco de relaciones jurídicas, nuestro interés se centra en el conocimiento del deber que tiene el representante de llevar a cabo la gestión encomendada. (art. 1718 CC). Este deber, que se concreta en la ejecución de las labores propias de un administrador en la sociedad administrada, ha de desempeñarlo con arreglo a la legalidad, a las instrucciones recibidas de la persona jurídica administradora, y, en su defecto, a los usos generales del tráfico (arts. 1719 CC y 259 CCom). El problema es la conciliación o preferencia de atención a los deberes legales de la LSC relativos al desempeño del cargo de administrador, y de atender al mismo tiempo las instrucciones recibidas de su mandante. En caso de colisión, la actuación del representante siempre ha de estar guiada por la defensa del interés de la sociedad administrada, aunque ello comporte un perjuicio para la entidad administradora o desoír sus instrucciones, y ello es así como muestra de la materialización del deber de

---

<sup>40</sup> Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, BOE 184/2011 del 11 de agosto.

<sup>41</sup> Para mayor información sobre el trámite parlamentario seguido y las consecuencias de las enmiendas adoptadas, puede consultarse: RODRÍGUEZ DÍAZ, I., "El representante del administrador persona jurídica", *RDBB* nº 128 (2012), pp. 35-66.

<sup>42</sup> Para el estudio con mayor detalle de las diferentes relaciones jurídicas que se integran dentro de la administración de sociedades por personas jurídicas, puede consultarse: HERNÁNDEZ SAINZ, E., "El administrador persona jurídica. Aspectos generales.", en VV. AA. (Dr. García-Cruces González, J.A.) *Insolvencia y responsabilidad*, Civitas, Cizur Menor, 2012.

lealtad a que hace referencia el artículo 226 LSC, que obliga directamente a la persona jurídica administradora, de forma que debe ajustar las instrucciones dadas a su representante a dicho deber.

Por tanto, en nuestra opinión, coincidente con la de la mayoría de la doctrina, la cuestión ha de decantarse por la consideración de que quien ha de responder (y ser, por ello demandado) es la persona jurídica que figura inscrita en el RM como administrador, por más que también figure registrada la condición del representante. Ello es la manera más fiable de proteger los intereses legítimos de los terceros perjudicados y no hará necesario para ellos tener que entrar en el juego de la acreditación del mandato recibido por el representante y su posible exceso o defectuoso cumplimiento. Estas cuestiones deberán quedar para ser dirimidas en un proceso ulterior entre la persona jurídica administradora y su representante con fundamento, precisamente, en las relaciones jurídicas que les unan. No ha faltado quien, sin embargo, ha considerado que, con fundamento en la obligación de obrar con respeto a Leyes y Reglamentos que el artículo 259 CCom impone a los comisionistas, ha considerado que existe una vía para reclamar directamente al representante persona física mediante la acción extracontractual del artículo 1902 CC<sup>43</sup>.

### **3.3. Presupuestos de la acción**

Como ya se ha señalado, los presupuestos de la acción individual de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital, tanto en su definición doctrinal, como en su formulación jurisprudencial consolidada son: la acción –u omisión–, la antijuridicidad, la imputación personal (culpa), el daño y el nexo causal entre la actuación y el resultado.

#### **3.3.2. Acción u omisión**

En nuestro sistema de responsabilidad del administrador de sociedades de capital frente a terceros el primer requisito para que nazca la responsabilidad de los administradores es la existencia de una actuación que desencadene el curso de los fenómenos que conducirán a la final declaración de responsabilidad. Obviamente, no puede existir ésta sin una previa actuación del administrador. Y ello es así, no sólo por la propia realidad material de las cosas, sino también porque la dicción del artículo 236 LSC es determinante y no necesita de mayor aclaración: serán responsables “*por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo*”.

Así ha sido expresado de forma reiterada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en su línea jurisprudencial actual señala como requisitos de prosperabilidad de la acción ex art. 241 LSC los ya citados con anterioridad. Por tanto, tal y como expresa la jurisprudencia del TS<sup>44</sup>, el punto de partida ha de establecerse

---

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante...”, Ob. cit. p. 60

<sup>44</sup> STS 477/2010, de 22 de julio de 2010.

en un comportamiento que sea plenamente identificable e individualizable y que, por ello, consista en el ejercicio de una actividad que genera resultados materiales y jurídicos, o en la falta de dicho ejercicio en aquellos momentos en que fuera necesario, que también producirá efectos reales y jurídicos. En este ámbito, la jurisprudencia (y también la doctrina) fueron por delante de la norma, que en la redacción inicial de 1989 sólo hablaba de “acciones”, si bien tanto una como otra, entendieron que en el mismo concepto debían incluirse todas aquellas ocasiones en las que la actuación del administrador consistió, precisamente, en no hacer algo.

El tenor de la norma “actos u omisiones” tiene una clara reminiscencia del contenido del artículo 1902 del CC que, referido al régimen general de responsabilidad civil extracontractual, afirma la obligación de indemnizar a quien “por acción u omisión” cause daño a otro, mediando culpa. En consecuencia, serán comportamientos susceptibles de generar responsabilidad todas aquellas actuaciones que impliquen la realización de un acto o su falta de puesta en práctica cuando sea requerido a tenor de las obligaciones legales, estatutarias o las propias que requiera la diligencia debida. Ahora bien, el hecho de que se trate de “comportamientos de los administradores”, exige que, efectivamente, sean conductas activas o pasivas relativas a la marcha social y ejercitadas dentro del desempeño propio de la actuación de administrar, bien sea en su vertiente representativa, bien lo sea en la gestora. No caerá, por tanto, dentro del concepto de actuación del administrador, cualquier acto u omisión que se refiera a la esfera privada de la persona física que ejerce la función de administrador. Pensemos, por ejemplo, en el administrador que, conduciendo un vehículo de la sociedad y con ocasión de asistir como representante a una reunión de negocios sociales, atropella a un viandante tras saltarse un semáforo. Pongamos en comparación esa misma situación realizada con el vehículo de empresa, pero con ocasión de un viaje de placer privado en un fin de semana. El contraste señala cómo por “comportamiento de los administradores” ha de entenderse la acción u omisión, llevada a cabo en el desempeño de las labores propias de la administración social, que serán las que vengan legal y estatutariamente definidas, y todas aquellas necesarias para el cumplimiento del objeto social.

### **3.3.1. La antijuridicidad de la acción:**

La antijuridicidad de una acción es un juicio valorativo respecto de un determinado hecho para determinar su objetiva vulneración del ordenamiento jurídico. Prescindiendo de valoraciones subjetivas, el juicio de antijuridicidad busca determinar si determinada actuación es contraria a una norma jurídica. En nuestro sistema de responsabilidad del administrador de sociedades de capital frente a terceros, es el primer requisito de enjuiciamiento de sus actos para determinar si son merecedores de imputación. Y ello es así porque la dicción del artículo 236 LSC es determinante y no necesita de mayor aclaración

Sin embargo, pese a la claridad expositiva de los requisitos, es de señalar que, como apuntó ESTEBAN VELASCO<sup>45</sup>, la jurisprudencia muchas veces, más allá de las referencias retóricas a la violación del principio *neminem laedere*, suele diluir la ilicitud en el marco de la valoración u omisión en términos de culpa o negligencia<sup>46</sup>. El juicio de antijuridicidad deberá determinar si ha existido una concreta vulneración de las leyes, los propios estatutos sociales y las concretas pautas de diligencia establecidas por la Ley.

Respecto al concepto de “ley”, ha habido quien lo ha entendido en su sentido más amplio, entendiéndola, por tanto, equiparable a “ordenamiento jurídico”<sup>47</sup> y quien, por el contrario, ha estimado que no es relevante cualquier infracción el ordenamiento jurídico a los efectos de la tutela de los intereses de socios y terceros, sino que habrá que tener en cuenta “...el fin de protección de la norma en relación con los daños que se trata de evitar y las personas amparadas por la misma y que, en relación con el deber de cumplir los deberes generales inherentes al cargo, debe partirse de las funciones y competencias que incumben a los administradores en controlar los riesgos que generan mediante su comportamiento personal y también los generados por las cosas que están sometidas a su ámbito de dominio”<sup>48</sup>

La contravención de los estatutos (y normas de régimen interno que estos hayan previsto) habrá de valorarse conforme a su tenor literal, en el entendimiento de que éstos tienen por límite las normas legales de carácter imperativo y los principios conformadores de la sociedad de capital.

La vulneración de los deberes inherentes al cargo, se refiere, no tanto a los específicos contenidos en la propia Ley –que, por su expresión concreta pasan a formar parte de la ley-, como a los que exija el estándar de diligencia del ordenado empresario y representante leal, por lo que no pueden ser fijados de antemano, sino que el juicio de antijuridicidad deberá versar sobre si el concreto acto u omisión vulnera el modelo de conducta diligente. Por ello será un juicio objetivo que se dirigirá a examinar si la actuación del administrador fue conforme a la conducta que cabría esperar, dejando postergadas las circunstancias particulares del caso, cuya atención deberá atacarse en el juicio de culpabilidad que se haga.

El juicio de antijuridicidad respecto de la contravención de los deberes inherentes al cargo, habrá de realizarse en relación con los medios que el administrador está obligado a desplegar (la diligencia), y no respecto de los resultados de su gestión, pues la obligación del administrador no es de resultados, sino de medios. En consecuencia, ni mucho menos, puede decirse que un resultado negativo de una sociedad mercantil sea consecuencia de una actuación falta de diligencia. El juicio que se haga “*ex post*” deberá, en consecuencia, ser un juicio no de verificación del acierto de la actuación en relación con el resultado, sino de su razonabilidad con arreglo a las propias circunstancias del momento.

---

<sup>45</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual...” Ob. cit. p. 178

<sup>46</sup> Sirva como referencia la STS 670/2010 de 4 de noviembre de 2010, en la que, pese a enunciarse los requisitos de la responsabilidad de los administradores en los mismos términos apuntados, lo cierto es que el juicio de antijuridicidad se centra en el “severo reproche” que merecía la conducta de los administradores demandados, sin mención alguna de cuáles eran las leyes, estatutos o concretos deberes infringidos por aquellos. Como se ve, una clara disolución de un requisito en el otro.

<sup>47</sup> DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad...*, Ob. cit. p. 197

<sup>48</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual...”, Ob. cit. p. 179

Todo lo expuesto hace necesario determinar cuáles son esas tareas propias de la administración que fijan la actuación del administrador porque su delimitación es, precisamente, la que traza la línea que separa el comportamiento exigible del antijurídico.

El artículo 209 LSC señala como competencia de los administradores *“la gestión y representación de la sociedad en los términos establecidos en esta Ley”*, de lo cual se deduce la existencia de dos funciones diferentes (gestionar y representar) que deben desempeñar los administradores para la consecución del fin social. Tradicionalmente se ha considerado que la función gestora tiene un contenido interno, mientras que las de representación lo presentan externo. Pero, con independencia de que dichas facultades proyecten la actuación de los administradores en el ámbito interno o externo de la sociedad, lo más relevante es que pertenecen al órgano de administración de forma exclusiva y excluyente, lo cual forma parte del sustrato de su responsabilidad que, como señala el artículo 236 de la LSC, es exigible tanto por actuar, como por no hacerlo cuando había obligación de ello.

Sin embargo, esa función de *“administrar”* que comprende la gestión y representación de la sociedad, no es definida por la legislación mercantil, que se limita a la exposición de una serie de deberes específicos que deben cumplir los administradores. Deberes que, además, pueden ser ampliados y modificados en virtud de la autonomía de la voluntad de los socios en los Estatutos, Reglamentos del Consejo de Administración,... Es obvio que la variedad y complejidad de las prestaciones y actividades que integran la relación de administración convierten en tarea imposible su previsión y calificación legal.

Pero es obligado el esfuerzo intelectual por encontrar sus perfiles esenciales, puesto que la obligación del órgano social de administrador no es la obtención de un resultado societario favorable (sin que ello obste a que tal sea su ideal), sino que se concreta en el despliegue de los medios necesarios para su consecución, de manera que el reproche final que se pueda realizar a su comportamiento no se centrará en la bonanza o miseria del resultado, sino en la calidad de los medios empleados.

Como consideración previa, ha de ponerse énfasis en que el administrador, sobre todo en su faceta gestora, ha de considerar siempre el interés social y adoptar y ejecutar en cada caso concreto la decisión que considere más adecuada para los fines sociales, lo cual requiere un ámbito de autonomía y poder de decisión que la Ley no puede invadir. Será el posterior juicio valorativo el que, con todas las circunstancias que concurrieron, determine si la decisión adoptada y ejecutada era razonable para el cumplimiento del fin pretendido y por ello adecuada.

Además de la natural dificultad para prever de antemano todos los actos que pueden llevar a cabo los administradores en el ejercicio de su competencia y de la necesidad de no interferir en el modo de administrar la sociedad, en el fondo de la cuestión sobre el alcance de sus deberes, subyace una rancia polémica sobre la propia naturaleza de la relación de administración, que no es en modo pacífica. Así, desde la antigua concepción del administrador como mandatario, que quedó contradicha con la publicación de la LSA en 1951, se han pasado a formular diversas teorías sobre la relación del órgano de administración con la sociedad que se pueden englobar en dos grandes grupos: el de aquellos autores que defienden una visión orgánica que entienden que la relación entre la sociedad y la persona que es titular del órgano de



administración tiene un carácter orgánico que nace mediante un acto jurídico unilateral de nombramiento o designación, entre quienes de modo señero cabe destacar a GARRIGUES y SÁNCHEZ CALERO<sup>49</sup>; y, de otra parte, el sector doctrinal que afirma el carácter contractual de la relación entre la sociedad y la persona titular, que se originaría como consecuencia de un negocio jurídico bilateral integrado por dos declaraciones de voluntad: la de la junta general mediante la designación y la de aceptación del administrador<sup>50</sup>.

Dada la intención práctica de este trabajo, la descripción de las múltiples teorías que se han elaborado desde uno u otro sector para explicar dicha compleja relación, debe quedar fuera de su contenido habida cuenta su prolija extensión, si bien puede acudir a las obras de los autores señalados (vid. notas a pie). No obstante, a título de reflexión personal hemos de expresar que, desde el punto de vista de un jurista práctico, para la delimitación de los deberes de un administrador a fin de conocer si una determinada actuación u omisión de un administrador ha infringido, o no, un deber que le era exigible, no tiene tanta trascendencia conocer si la relación de dicho administrador con la sociedad es una u otra, pues, con vistas a la formulación de una demanda contra dicho administrador, lo que realmente será esencial determinar es el contenido material de la conducta exigible al administrador en el supuesto de hecho concreto.

Por ello, lo que interesa es destacar que el conjunto de deberes de los administradores está regulado en dos niveles. Por un lado, a lo largo del texto legal de la LSC –y de todo el conjunto del ordenamiento mercantil, financiero, tributario...- se enumeran una serie de concretos y específicos deberes, cuya definición es normalmente fácil para el jurista porque se trata de normas imperativas. Así, puede hablarse de la obligación de los administradores de convocar las juntas, firmar las cuentas anuales, presentarlas en el Registro Mercantil, etc. También el resto del ordenamiento contiene multitud de disposiciones de este tipo: presentación de impuestos y declaraciones tributarias; firma de informes para los casos de reestructuraciones societarias; cumplimiento de específicas órdenes de declaración o registro de la sociedad según el sector económico en el que operen; adecuación de la actuación societaria a la normativa de consumidores y usuarios... En definitiva, es tan inabarcable el elenco de estas obligaciones, que, como se ha advertido por la doctrina, está conduciendo a una verdadera profesionalización de la administración de empresas. Desde el punto de vista de su concreción con vistas a la determinación de la posible existencia de responsabilidad por su incumplimiento, son deberes de fácil aquilatamiento por su expresión literal en una norma que hace expresión concreta de su contenido, por lo que no será operación excesivamente complicada subsumir su incumplimiento dentro del tenor del artículo 236 LSC (“...actos u omisiones contrarios a la ley...”).

---

<sup>49</sup> GARRIGUES, J., *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, t. II, Madrid, 1976, p. 73; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª ed., Thomson-civitas, Madrid, 2007, pp. 82 y 91-93

<sup>50</sup> POLO SÁNCHEZ, E., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* t. VI [Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima: (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)], Civitas; Madrid, 1992.

Pero la LSC contiene, además, una expresa formulación del contenido, no sólo de los deberes genéricos de los administradores, sino del canon de conducta que se exige al administrador en el desempeño de su función de administrar. La consecuencia práctica es que esa norma de conducta, legalmente expresada, ha de convertirse en la vara de medición para enjuiciar la actividad del administrador con vistas a la determinación de su responsabilidad. La dificultad estriba en que no puede realizarse una formulación concreta del conjunto total de actos que debe realizar el administrador para que pueda afirmarse que su conducta se ajusta al patrón legal establecido, por lo que la valoración sobre su adecuación a dicho estándar habrá de hacerse siempre a posteriori, tomando en consideración todas las circunstancias de hecho concurrentes.

Así, la LSC en sus artículos 225 y 226 formula dos genéricos deberes bajo cuya óptica habrán de examinarse los actos u omisiones de los administradores para determinar si fueron o no conformes al ordenamiento jurídico. Tales patrones de comportamiento en su formulación legal actual son el deber de *"diligente administración"* y el de *"lealtad"*, dedicándose a su formulación el contenido del Capítulo III del Libro VI de la LSC (arts. 225 a 232).

El "deber de diligente administración" es definido mediante el modelo del "ordenado empresario", que tiene un contenido de mucha mayor exigencia que el modelo de diligencia civil del "buen padre de familia". Dentro del concreto modelo de diligencia, el artículo 225.2 matiza una especial concreción de ella señalando un específico deber que concierne al administrador: el de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad<sup>51</sup>, lo cual contiene indudable efectos prácticos a la hora de enjuiciar la conducta del administrador y valorar su negligencia, que, salvo circunstancias excepcionales, no podrá escudarse tras el desconocimiento.

El específico deber de informarse de la marcha de la sociedad trasluce una obligación del administrador de participar de forma activa en el curso de los negocios sociales a fin de ejercer el debido control y vigilancia, pero no puede llegar a ser tan exorbitante como para exigir de él la obtención y dominación total y absoluta sobre todos los aspectos, facetas y detalles de la sociedad. Además, la imposición de dicho deber conlleva necesariamente el establecimiento del correlativo derecho del administrador a obtener información, cuyo ejercicio y límites trascienden del interés de este trabajo.

En cualquier caso, la trascendencia práctica del contenido de este deber desde el punto de vista del ámbito material de la acción radica en la necesidad que para el administrador tiene el cumplido conocimiento de la marcha de los asuntos sociales para la correcta toma de decisiones, máxime en un mercado cada vez más complejo, regulado y, por ello, profesionalizado. La concreta materialización de este deber-derecho se producirá en el debate judicial para determinar si a la hora de tomar una decisión susceptible de generar responsabilidad, el administrador imputado contaba

---

<sup>51</sup> Algún autor, como RIBAS FERRER ha realizado un encomiable esfuerzo por sistematizar dentro de un conjunto armónico todo el conjunto de deberes y obligaciones contenidos en el Capítulo III del Libro VI de la LSC, tomando todos ellos como derivaciones del principio general de la buena fe. Vid. RIBAS FERRER, V., "Deberes de los Administradores en la Ley de Sociedades de Capital", *RdS* nº 38 (2012), pp. 73 y ss.

con toda la información necesaria o, por el contrario, omitió su búsqueda pudiendo (y debiendo) hacerlo.

De este modo concebido, el deber de diligencia del ordenado empresario se constituye, por una parte, en la norma de conducta que la Ley señala a los administradores, pero también en una *“cláusula general residual para enjuiciar todas aquellas conductas de los administradores que ponen de manifiesto el tipo de conflictos de intereses que persigue evitar su imposición”*<sup>52</sup>.

En este sentido, dado nuestro interés, habrá que concluir que la verdadera relevancia del deber de diligencia –y su específica concreción del deber de informarse– como criterio delimitador del ámbito objetivo de la acción de responsabilidad individual, estriba en que el control judicial que se realice en sede de valoración jurídica de la conducta del administrador para determinar su encaje en el tipo de la acción de responsabilidad, no podrá consistir en un juicio de oportunidad que, *ex post*, sustituya el poder de decisión de los administradores para determinar cuál era la decisión más correcta que habrían de haber adoptado, sino que deberá el Juzgador valorar, mediante los criterios legales establecidos, si la decisión que adoptó el administrador, dadas las circunstancias del caso, traspasó, o no, el margen de discrecionalidad y, por ello, concluyó por tomar una opción que ha de ser calificada como “no razonable” a la vista de las circunstancias concurrentes. Si ese juicio determina la irracionalidad de la decisión adoptada en aquel momento, habrá de concluirse que se infringió el deber de administrar con diligencia, con independencia del resultado obtenido con la actuación.

El otro genérico deber señalado por la LSC para establecer el modelo de conducta del administrador lo constituye la actuación bajo los patrones del *“representante leal en defensa del interés social”*, entendiéndose éste, de modo tautológico, como interés de la sociedad. Además el concreto precepto (art. 226 LSC) concluye afirmando, quizá de modo innecesario, que deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y estatutos, lo cual es la expresión de un deber general.

A los efectos de determinación del ámbito material de la acción individual de responsabilidad, cabe hacer las mismas consideraciones que las formuladas para el deber de diligencia. Pero, además, conviene realizar determinadas precisiones:

El deber de lealtad ha sido descrito por LLEBOT MAJÓ como exigible al administrador sólo por la sociedad en que ocupa el cargo en razón de la naturaleza contractual del vínculo entre ambos<sup>53</sup>. La concreta finalidad de este deber y sus consiguientes especificaciones legales, es la de cohonestar los intereses propios del administrador y la sociedad para la que desempeña el cargo. Habida cuenta que estos intereses pueden no ser coincidentes, incluso pueden ser contrarios, la norma de conducta busca garantizar la anteposición del interés social al interés particular del administrador.

De este modo, el conjunto formado por la enunciación general del deber (art. 226 LSC) y sus concretas especificaciones (arts. 227 a 232) se advierte como un conjunto de obligaciones de “hacer” y de “no hacer” que el legislador ha puesto al

---

<sup>52</sup> LLEBOT MAJÓ, J.O., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, En AA. VV. ( Dres, ROJO, A. y BELTRÁN, E.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. 5ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. pp. 23 y ss.

<sup>53</sup> LLEBOT MAJÓ, J.O., “Los deberes y la responsabilidad ...”, Ob. cit. p. 33

servicio de la tutela del interés de la sociedad como objetivo primero de la actuación del administrador.

Por tanto, la valoración en sede judicial de la conducta del administrador para determinar si la actuación de un determinado administrador queda comprendida en el ámbito material de la acción individual ejercitada, habrá de versar sobre la adecuación de la conducta del administrador al interés social, dadas las concretas particularidades del caso circunstantes.

No obstante la evidencia de que el deber de fidelidad ha de ser exigido únicamente por la sociedad al ser ella la receptora de la conducta del administrador que anteponga el interés social a cualquier otra consideración, ha de señalarse que en la actualidad está tomando carta de naturaleza la concepción de que el deber de lealtad a la propia sociedad tiene implicaciones más allá del propio ente social. La sociedad no puede ser concebida como un ente aislado, sino como una realidad jurídica que opera en un mercado regido por las reglas de la buena fe y por concretas y abundantes normas tuitivas de los legítimos derechos de terceros (consumidores, usuarios, trabajadores, competencia, publicidad, normas medioambientales...).

El desenvolvimiento de la sociedad mercantil dentro de este complejo mercado cada vez más regulado, obliga a ésta a limitar el desarrollo de su objeto social en la medida en que pueda colisionar con los derechos de terceros y con las normas que los amparan. Entre otras, la concreta normativa laboral protectora de los derechos de los trabajadores; las normas tuitivas de los derechos de los consumidores y usuarios; las concretas que regulan la competencia; la normativa medioambiental que restringe la práctica de determinadas actividades; y, en fin, las comunes normas civiles y mercantiles contractuales de actuación bajo el dictado de la buena fe, son preceptos imperativos que limitan de un modo u otro todo interés social, concebido éste como un interés privado –por contraposición a público-.

Por tanto, no está de más decir que el respeto de todas ellas por parte del administrador en cuanto órgano mediante el que actúa la sociedad, en nuestra opinión, constituye una expresión del deber de fidelidad a la sociedad que administra porque su contravención generará indudables perjuicios a la sociedad. En definitiva, consideramos que el deber de fidelidad no puede quedar constreñido a la consideración del respeto al interés social, sino que han de ser puestos en juego los legítimos derechos ajenos en tanto en cuanto, por razones de propio mercado, limiten el interés social. En consecuencia, el deber de fidelidad, entendido como la defensa del interés social, no faculta al administrador para, en aras de dicho interés, lesionar legítimos derechos de terceros. Corolario de esta concepción de la sociedad como un “ente social”, será que la exigencia de los deberes de fidelidad al administrador no puede quedar sólo en manos de la propia sociedad por él administrada, sino que su contravención podrá ser denunciada por cualquier perjudicado ajeno a la sociedad que se haya visto, precisamente, dañado por su contravención<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Vid, al efecto, la STS 781/2012, de 26.12.12, en la que se examina un supuesto de vulneración del deber de abstención de administradores en situación de conflicto de intereses con la sociedad por ellos gestionada, en cuyas circunstancias ocurre que la demanda es formulada por varios socios contra la propia sociedad y los administradores, de lo que se deduce que la concreta exigencia de fidelidad que subyace en el fondo del asunto, no es exigible únicamente por la propia sociedad.

El abstracto deber de fidelidad expresado en el artículo 226 LSC, presenta en los preceptos posteriores la formulación de concretas obligaciones que persiguen la tutela del interés social, de modo que la norma de conducta se concreta en tres concretas prohibiciones (obligaciones de no hacer) y tres específicos deberes.

Las tres concretas prohibiciones son: utilizar el nombre de la sociedad o invocar el nombre de la sociedad para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas vinculadas a ellos (art. 227 LSC); aprovechar oportunidades de negocio que corresponden a la sociedad administrada (art. 228 LSC); y competir con la sociedad mediante el ejercicio por cuenta propia o ajena de actividades análogas a las que constituyen el objeto social de la de la empresa (art. 230 LSC). Por su parte, la expresión material de los específicos deberes se concreta en: comunicar a la sociedad cualquier situación de conflicto de intereses directo o indirecto y, a la vez, abstenerse de intervenir en la decisión que adopte la sociedad respecto de la operación conflictiva (art. 229.1 LSC); comunicar la participación que, tanto el administrador como las personas a él vinculadas, pudieran tener en el capital de una sociedad cuyo objeto social fuera el mismo, o análogo (art. 229.2 LSC); y, en fin, guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial sobre la sociedad administrada que pudieran haber conocido por razón del desempeño de su cargo (art. 232 LSC).

Estas seis obligaciones son manifestaciones concretas del genérico deber de lealtad, bien entendido que éste no se agota con ellas y que habrá que ponderarlo siempre en relación con el interés social, tal y como lo formula el texto legal.

La expresión legal de cada una de ellas, acompañada de la definición auténtica de lo que son las situaciones de conflicto de interés y las personas vinculadas a los administradores (arts. 229 y 231 LSC), no genera sobre el papel excesivos problemas de interpretación, si bien su valoración en sede judicial habrá de realizarse bajo la perspectiva del interés social y la infracción del específico deber de cuidado delimitado por la norma bajo el patrón general de la buena fe y en atención al conjunto de circunstancias de hecho concurrentes en el caso. Como ejemplo de la concreta ponderación que hacen los Tribunales de estas cuestiones, puede citarse la STS de 3 de septiembre de 2012, en la que se el Tribunal se pronunció sobre el específico deber de lealtad que incumbía al administrador materializado en la prohibición de aprovechamiento en su beneficio de negocio propio de la sociedad<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Efectivamente, en la Sentencia aludida (STS 502/2012, de 03.09.12) el Tribunal Supremo vino a determinar, tras un particular y obligado examen de las circunstancias concurrentes que: *“...el carácter fiduciario de la relación que vincula al administrador con la sociedad - en la que el estándar de buena fe cumple importantes funciones como regla de integración de su regulación - determina que, en ciertas circunstancias, aquel, no obstante haber cesado en el cargo y estar facultado, como regla, para emprender y desarrollar actividades en competencia con ésta, deba observar respecto de ella ciertos deberes de conducta impuestos por dicha buena fe. En los particulares supuestos referidos, la infracción de tales elementales deberes permite exigir al administrador responsabilidad por la vía prevista en el artículo 134 del Real Decreto Legislativo 1.564/1.989 -artículo 238 del Real Decreto Legislativo 1/2010-, con el fin de lograr la reparación del daño que hubiera causado a la sociedad, aun habiendo cesado en sus funciones.*

*1. Uno de tales supuestos que la práctica ha permitido individualizar consiste en la intencionada preparación del aprovechamiento de la oportunidad de negocio por parte del administrador, mientras lo era, aunque no logre su propósito hasta después de dejar de serlo, en ejecución del plan concebido. [...] Otro de los supuestos es el de la apropiación, en determinadas circunstancias contrarias al modelo de buena fe, por quien fue administrador de las oportunidades de negocio que se considera ya pertenecían*

### 3.3.2. La culpa del agente

En nuestro Ordenamiento no existe responsabilidad sin culpa. Aunque tradicionalmente existan diferentes ámbitos en los que se ha predicado la pervivencia de una responsabilidad objetiva en virtud de la cual el agente causante del daño responde por la mera ocurrencia de éste, dadas determinadas circunstancias –así, por ejemplo, ha sido calificada la responsabilidad del propietario de animales domésticos por daños que éstos causen-, y aunque puedan existir determinados sectores de la actividad humana o económica en la que el régimen culpabilístico se atenúe en razón del riesgo generado o del beneficio obtenido, lo cierto es que el contenido subjetivo de reproche culpabilístico está plenamente vigente y nunca ha desaparecido. Todo lo más, en determinados sectores de la actividad se han modificado los parámetros de la carga probatoria en atención a la dificultad que pueda tener el perjudicado para obtenerla –así, por ejemplo, en concretos casos de la actividad sanitaria-.

Tras varios años en los que el Tribunal Supremo pareció vacilar en la consideración del rigor subjetivista con que debía siempre valorarse la responsabilidad civil, lo cierto es que hoy nuestro más alto Tribunal ha sentado una doctrina jurisprudencial de afirmación sin paliativos del contenido subjetivista de nuestra responsabilidad que es incontestable y que nos obliga a considerar la concreta materia que nos afecta dentro de dicho contexto<sup>56</sup> desde el entendimiento de que la culpa es una cuestión de derecho que será, por ello, revisable en casación. En este sentido, SEIJAS QUINTANA<sup>57</sup> (cuya opinión tiene el valor añadido a su competencia doctrinal, de ser Magistrado de la Sala Primera del TS habitual ponente de asuntos de responsabilidad civil), ha insistido en que el reproche culpabilístico sigue siendo básico en nuestro ordenamiento positivo en razón de lo que dispone el artículo 1902 CC, y que no admite otras excepciones que las que estén expresamente previstas en la Ley. Vaya por delante que nuestro supuesto no es una de ellas.

Por tanto, como punto de partida ha de tomarse la enunciación del principio de que no basta con que la actuación, activa o pasiva, de los administradores sea antijurídica, sino que debe existir un subjetivo criterio de imputación: la culpa o el dolo. Es decir, en lo que nos atañe, no puede aceptarse en ningún caso la apreciación de la culpa objetiva, que consistiría en determinar la responsabilidad por la simple antijuridicidad de la acción.

Ambos conceptos, para lo que nos interesa, han de ser entendidos en su dimensión civilista, por lo cual definiremos el dolo como la conciencia del agente de

---

*prácticamente al activo de la sociedad. Este es el caso que algunos de los hechos declarados probados por el Tribunal de apelación nos llevan a entender concurrente.”*

<sup>56</sup> Vid. a tal efecto las SSTs 43/2010, de 12.02.10 y 477/2010, de 22.07.10 que así expresamente lo declaran, señalando, además, que la culpa es una cuestión de derecho revisable en casación.

<sup>57</sup> VV. AA. (Coord. Seijas Quintana, J.A.) *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*, Sepín, Las Rozas, 2007, pp. 33 y ss.

que la actuación que lleva a cabo es antijurídica y, pese a tal conciencia, impone su voluntad de llevarlo a cabo. Dolo que puede ser eventual si el agente es consciente de que el acto antijurídico puede causar el daño, pero a pesar de tal conocimiento lo lleva a cabo<sup>58</sup> con menosprecio de sus posibles resultados. La culpa, en primera instancia, la tomaremos como la actuación que omite la diligencia debida.

Por ello, en un primer acercamiento al problema podría afirmarse, en clave simplificadora que, si la antijuridicidad requiere una ponderación objetiva de la conducta del administrador demandado, el juicio de imputación subjetiva requerirá siempre un examen pormenorizado de las circunstancias materiales y personales en el que acto fue adoptado. Y así, si la actuación ilícita fue adoptada de modo doloso el administrador responderá siempre, mientras que el examen de la culpa exige la consideración de saber si el administrador estaba en condiciones de prever las consecuencias antijurídicas de su actuar falto de diligencia. Es decir, mediante una valoración de las circunstancias de hecho en el supuesto, habrá de realizarse el doble juicio de considerar si la actuación antijurídica era, de modo previsible, susceptible de causar el daño al socio y tercero, y si el administrador tuvo, o no, ocasión de haber actuado de otro modo; es decir, si su conducta se adecuó a la conducta que es exigible para un administrador de sociedades de capital en las circunstancias del caso.

Nuestro sistema civilista ha distinguido tradicionalmente diversos grados de culpa según el grado de exigencia que la conducta debida tenga para el obligado a ellas. Así se ha hablado de culpa leve o culpa grave dependiendo de cuáles sean los específicos deberes de cuidado transgredidos. No es lo mismo equivocarse en la expresión del domicilio de un accionista a quien, por tanto, no le llega una convocatoria para una Junta, que omitir por entero la citación al accionista a dicha Junta. Si finalmente la Junta se celebra y adopta acuerdos que posteriormente son anulados con causación de daño a algún socio o tercero, es evidente que el resultado es el mismo pero la diligencia omitida exigible ha sido de mucho mayor calado en el segundo caso que en el primero. Pues bien, nuestro ordenamiento, sobre este concreto particular, no hace en modo alguno diferenciación entre tales grados de culpa, debiéndose concluir, por tanto, que los administradores responderán del daño causado con independencia de la calificación que merezca el grado de culpa en que incurrieron.

Cuestión más peliaguda son los criterios con los que valorar la conducta para examinar su concordancia con el estándar de diligencia exigible, puesto que no basta con la constatación de la antijuridicidad.

SEIJAS QUINTANA<sup>59</sup> señala que el reproche *“viene referido a un comportamiento no conforme a los cánones o estándares establecidos, que de contener un elemento de imprevisión, de falta de diligencia o de impericia, pero que, en definitiva, se ha de deducir de la relación entre el comportamiento dañoso y el requerido por el ordenamiento, como una conducta llevada a cabo por quien no cumple*

---

<sup>58</sup> Así lo califica ALFARO (“La llamada acción...”, Ob. cit. pag 70) para resolver uno de los supuestos que, en mi opinión, más resoluciones dispares e injustas está produciendo: la responsabilidad del administrador de empresa insolvente que, consciente de las dificultades de la sociedad, decide, pese a todo, contratar en nombre de la sociedad con un tercero aun con la conciencia de que, con toda probabilidad, la mercantil incumplirá sus obligaciones.

<sup>59</sup> VV. AA. (Coord. SEIJAS QUINTANA, J.A.) *Responsabilidad Civil*. Ob. cit. pp. 33 y ss.

*los deberes que le incumben, o como una infracción de la diligencia exigible, que en todo caso habría que identificar con un cuidado normal y no con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto”.*

Sin embargo, un sector doctrinal ha señalado que la valoración de la conducta del administrador con vistas a su imputación subjetiva no es necesaria para los supuestos de contravención de las leyes y los estatutos, pues en esos casos la responsabilidad sería profesional y la propia comisión del acto infractor llevaría implícito el reproche oportuno. Por tanto, según esta concepción<sup>60</sup>, el régimen de la responsabilidad por culpa quedaría constreñido a los supuestos de mero incumplimiento de la diligencia con deben desempeñar el cargo.

Ante tal planteamiento ha de afirmarse que contraviene el principio general de nuestro régimen de responsabilidad de imputación por culpa o negligencia y que no responde a los efectos pretendidos por el legislador de promocionar, por encima de todo, la diligencia de los administradores. Sin embargo ha de reconocerse que, a efectos prácticos, esta solución no dista mucho de la realidad porque, cuando el previo análisis de antijuridicidad ha determinado el incumplimiento de una norma legal o estatutaria, los términos del debate jurídico procesal se suelen invertir, de manera que ante tal constatación más queda obligado el administrador demandado a acreditar que su incumplimiento fue excusable, que a acreditar el actor la culpa del administrador. No obstante, la mera enunciación de la posibilidad de que el administrador demandado, aun ante el incumplimiento de una norma imperativa, pueda alegar y acreditar excepciones que acrediten su inculpabilidad, supone una afirmación rotunda del régimen culpabilista de la institución. Que queda ratificada si consideramos que el artículo 237 LSC contiene la expresión de una serie de motivos de justificación para los componentes de un consejo de administración de una sociedad.

El criterio más común de medición de la conducta del administrador a efectos de la valoración subjetiva de su conducta es el juicio de previsibilidad, que tiende a examinar “ex ante” si la omisión de los deberes específicos y generales de diligencia que exige la posición de administrador es susceptible de generar el daño. Si tal juicio es afirmativo la conducta antijurídica será, por lo común culpable.

Por último, respecto de la culpa cabe hacer una referencia a la carga de la prueba aunque sin olvidar, como hemos dicho (*vid supra*) que en el procedimiento la culpa es una cuestión de derecho, por lo cual nuestra prueba ha de ir dirigida a los hechos sobre los que sustente la existencia de negligencia. En principio las normas procesales de la carga de la prueba (art. 217 LEC) obligan a que quien pretende hacer valer los efectos jurídicos de determinados hechos, cargue con la carga de su prueba. Por tanto en un plano procesal teórico, el socio o tercero perjudicado deberá acreditar en el procedimiento declarativo correspondiente la antijuridicidad de la acción del demandado, así como las circunstancias de las que, en valoración jurídica, se infiera su culpa. Mientras, el administrador que contesta la demanda, ha de conducir su prueba en sentido contrario: en la acreditación de los hechos que demuestren su falta de culpa.

---

<sup>60</sup> Vid, como máximo exponente de este sector doctrinal, POLO SÁNCHEZ, E., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* t. VI [Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima: (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)], Civitas; Madrid, 1992.



Ahora bien, hay que tomar en consideración determinadas circunstancias que los Tribunales habrán de valorar adecuadamente. La primera tiene que ver con la facilidad de la prueba y su acceso (art. 217.7 LEC). Normalmente el procedimiento necesitará de unos medios de prueba (documentales esencialmente) que estarán en poder del propio administrador, por lo cual éste tiene mayor facilidad de acreditación de los hechos. Tendrán mucha importancia, normas procesales como la posibilidad del ejercicio de diligencias preliminares para recabar documentos (libros de la sociedad, actas, cuentas...) y el deber de exhibición documental entre las partes. Ambas habrán de ser tenidas en cuenta por el Letrado de la actora.

En segundo lugar, si cuanto hemos afirmado respecto de la necesidad probatoria es cierto, también lo es que la realidad forense a veces es más sencilla y menos expuesta a disquisiciones doctrinales, por lo que en muchas ocasiones, acreditada la flagrancia de la actuación antijurídica (p. e. en el caso de contravención de pactos estatutarios que causan lesión a un socio) existe la lógica tendencia a fusionar el juicio de antijuridicidad con el de culpabilidad, de manera que se invierte la carga de la prueba y habrá de acreditar el administrador su falta de responsabilidad mediante la concurrencia de una causa de justificación. No es técnicamente muy ortodoxo pero responde a la realidad.

### **3.3.3. Nexo causal:**

El nexo causal es un elemento de la teoría general de responsabilidad civil, que tiene naturaleza fáctica y se refiere a la relación que se produce entre el comportamiento del agente –supuesto que sea antijurídico y culpable- y el daño. Es un presupuesto que nace de la propia dicción del tipo (“que causen”) y que ha sido explicitado como tal por la reiterada Jurisprudencia del TS y la doctrina unánime.

En el supuesto de la responsabilidad individual de administradores de sociedades de capital concurre una peculiar dificultad para determinarlo de forma adecuada porque el legislador introdujo en el tipo un elemento definidor del daño –su condición de que sea “directo”- que puede ocasionar problemas de interpretación si se confunde con el nexo causal. Ello obliga al intérprete jurídico a acendrar más aún, si cabe, su análisis para definir en el curso de los acontecimientos el nexo causal entre unos y otros con independencia de la inmediatez con que el patrimonio ajeno a la sociedad es dañado (daño directo).

Porque, como hemos visto, el daño directo es un requisito legal de carácter objetivo que obliga a considerar su presencia en primer lugar, de manera que, por mucha relación causal que exista entre la acción del agente y el daño producido, si éste no ha sido causado de modo directo, no puede establecerse la responsabilidad del administrador.

Como se señalará más adelante mediante varios ejemplos, éste es, en nuestra opinión, uno de los más reiterados y comunes errores que está cometiendo la jurisprudencia “menor” de las Audiencias Provinciales, consistente en identificar el juicio de causalidad con el de apreciación de la existencia de un daño directo,

entendido como lesión inmediata y autónoma del patrimonio ajeno a la sociedad administrada por el responsable.

Sirva como muestra la SAP de Tarragona de 19 de abril de 2012<sup>61</sup>, en la que se aprecia la responsabilidad de un administrador de una SL por un crédito de un tercero impagado por la sociedad. Como hechos probados de la Sentencia, a efectos de la crítica que hacemos, se ha de destacar que la deuda reclamada es anterior a que el demandado adquiriera la condición de administrador, y que en el momento de su nombramiento, la sociedad ya se encontraba en situación de grave crisis. La concreta acción fue fundada únicamente en el artículo 135 LSA (actual 241 LSC). El acto antijurídico imputado al administrador fue la inactividad ante la situación de insolvencia de la sociedad y la falta de adopción de cualquier tipo de medidas encaminadas a promover el saneamiento de la sociedad o bien su disolución ordenada. Admitiendo, como no puede ser de otro modo, que existe un daño en el patrimonio del reclamante –admitamos también a efectos dialécticos su condición, más que dudosa, de daño dudosamente “directo”–, y habida cuenta la innegable ilicitud de la conducta omisiva y su imputación culposa al administrador, en nuestra opinión en la Sentencia falla estrepitosamente la oportuna acreditación del nexo de causalidad, pese a que en su fundamentación jurídica se explicita la necesidad de su acreditación.

Pues, si se examina el tenor de la Sentencia citada, se observará que el Juzgador no efectúa ni un solo razonamiento acerca de la relación causal que existe entre la falta de disolución de la sociedad, que no tenía bien alguno, y el daño padecido por el demandante; pues éste, en todo caso, será consecuencia, no de la falta de disolución de la sociedad, sino de su insolvencia, que en modo alguno consta que fuera provocada por una actuación negligente del administrador. Y, menos aún, puede hablarse de existencia de relación causal entre la actuación del administrador y el daño reclamado cuando en el supuesto de hecho sucedía que el nombramiento del administrador fue posterior al impago de la deuda y a la situación de insolvencia de la sociedad.

Anticipando conclusiones, lo que sucede es que esta Sentencia, como otras muchas, confunde la acción del artículo 241 LSC con la del 367, que con frecuencia se ejercitan de forma yuxtapuesta y que, pese a la aparente similitud de sus presupuestos de hecho, son completamente diferentes. El efecto de la confusión se funda, primordialmente, en la omisión del juicio oportuno sobre el nexo causal, dado que la acción de responsabilidad por deudas del artículo 367 LSC, como se verá, no lo requiere. En este mismo sentido, deben ser traídas a colación, además de las ya citadas, las SSAP de: Gerona 20.09.11; Ciudad Real, 30.03.12; Madrid, 04.05.12; Murcia, 04.10.12; y Valencia 07.02.13<sup>62</sup>. Todas ellas comparten el defecto de suplir el necesario juicio de causalidad con la mera constatación de la existencia de causa de responsabilidad del artículo 367, produciendo así un trasvase indeseable de presupuestos de una acción a la otra. Como acreditación de nuestra opinión, valgan como muestra de una acertada ponderación de las relaciones causales las Sentencias

---

<sup>61</sup> SAP Tarragona, sec. 1ª, 143/2012, de 19.04.2012. Pte: CARRIL PAN, A.

<sup>62</sup> SSAP: Gerona, sec. 1ª, 360/2011, de 20.09.2011. Pte. SOLER NAVARRO, M.I.; Ciudad Real, sec. 2ª, 81/2012 de 30.03.12. Pte: TAPIA CHINCHÓN, J.M.; Madrid, sec. 28ª, 135/2012 de 04.05.12. Pte: GALGO PECO, A.; Murcia, sec. 4ª, 624/2012 de 04.10.12. Pte: MORENO MILLÁN, C.; y Valencia, sec. 9ª, 48/2013 de 07.02.13. Pte: MARTORELL ZULUETA, P.

de las Audiencias: Toledo, 28.02.07; Zaragoza, 19.01.12; Palencia, 23.03.12; Madrid, 21.12.12; y La Rioja, 14.05.13<sup>63</sup>. En todas ellas, pese a constatar el Magistrado Ponente la existencia de actuación antijurídica culpable del administrador de las que reprime el artículo 367 LSC, no se sigue condena porque, ejercitada la acción individual, no se acredita relación causal entre la conducta acreditada y el daño reclamado, habitualmente un crédito societario impagado.

La relación causal es, pues, una cuestión de hecho necesitada por ello de prueba a cargo de quien reclama la indemnización. Pero, como quiera que la una relación causal pertenece al ámbito de los juicios de inferencia, lo que se habrá de acreditar no es dicha relación causal en sí (materialmente imposible), sino la concurrencia de los necesarios presupuestos prácticos que permitan un razonamiento adecuado que establezca dicho resultado. Por tanto, siendo cuestión de hecho los presupuestos sobre los que fundar la relación causal, ésta pertenece propiamente al razonar jurídico, que ha de buscar criterios formales para poder atribuir causalmente un resultado dañoso a la conducta de un individuo. De algún modo se trata de examinar si el resultado se habría producido cualquiera que fuera actuación del administrador, así como determinar si una actuación conforme a la diligencia exigible habría producido un resultado no dañoso.

Nuestra doctrina civilista que se ha ocupado de tal cuestión ha manejado varias teorías para fijar dichos criterios. Entre las teorías más seguidas, se encuentra la de la “equivalencia de las condiciones”, que, para hallar criterios válidos que permitan delimitar el nexo causal, propugna la consideración de todas y cada una de las diversas concausas que hayan contribuido a la producción del resultado dañoso siempre y cuando éste no hubiera acaecido de faltar algunas de las condiciones o circunstancias que hayan estado presentes en el supuesto de hecho. De tal manera, en términos escolásticos, se identifica esta tesis con la de la “*condicio sine qua non*”: esto es, sólo se tendrán en cuenta aquellas circunstancias cuya concurrencia ha sido determinante en el resultado dañoso. O dicho en forma negativa, que, de no haberse dado habrían provocado la ausencia de resultado dañoso alguno o, sencillamente, otro resultado dañoso distinto al efectivamente ocurrido.

Otra parte de la doctrina, desde los terrenos propios del Derecho Penal, ha considerado como medio adecuado para la aprehensión del nexo causal, la que es dada en llamarse “teoría de la adecuación o de la causa adecuada”, cuyo fundamento estriba en considerar que la causa-origen del daño sólo puede determinarse atendiendo a la adecuación entre aquélla y éste. Si el daño objetivamente contemplado era de esperar como una derivación natural del curso de los acontecimientos, en tal caso podrá hablarse de relación causal.

Con menos predicamento entre nuestros autores, la jurisprudencia inglesa habla, con relativa frecuencia, de la necesidad de que entre el daño y la serie de concausas haya una relación de proximidad, de forma tal que las posibles causas de origen remoto deban ser desechadas. En sentido muy parecido a la anterior doctrina inglesa, conocida como la teoría de la “causa próxima”, la jurisprudencia española

---

<sup>63</sup> SSAP: Toledo, sec. 1ª, 65/2007 de 28.02.07. Pte: BUCETA MILLER, E.; Zaragoza, sec. 5ª, 13/2012 de 19.01.12. Pte: MARTÍNEZ ARESO, A.M.; Palencia, sec. 1ª, 80/2012, de 22.03.12. Pte: MIGUÉLEZ DEL RÍO, C.; Madrid, sec. 28ª, 396/2012 de 21.12.12. Pte: ARRIBAS HERNÁNDEZ, A.; y La Rioja, sec. 1ª, 172/2013 de 14.05.13. Pte: SOLSONA ABAD, F.

prefiere hablar en algunos supuestos de la causa eficiente, quizá para evitar que la nota de proximidad de la causa pueda traer consigo la exclusión de causas menos próximas que, sin embargo, son las verdaderamente determinantes del resultado dañoso. Este último modo de abordar la explicación del nexo causal se conoce como “teoría de la causa eficiente”.

En cualquier caso, sea cual sea el método racional de inferencia que se lleve a cabo dentro de un procedimiento judicial de determinación de responsabilidad de un administrador de sociedad de capital, lo relevante es que debe fundarse sobre hechos probados y seguir un curso razonable que no sea arbitrario ni contrario al curso habitual del devenir de las cosas.

### 3.3.4. El daño

El problema esencial del daño como presupuesto de la acción de responsabilidad es la exigencia de que sea inferido de “forma directa”, porque, pese a la casi unanimidad entre doctrina y jurisprudencia sobre la condición de tal daño directo como presupuesto para el ejercicio de la acción, es, precisamente, en la determinación de la concurrencia de este concreto límite objetivo de la acción donde radica la mayor dificultad y vacilación de la jurisprudencia, pues si bien en el plano teórico no es difícil aprehender el significado literal del adverbio “directamente”, en la práctica no resulta tan fácil diferenciar cuándo el acto del administrador ha dañado el patrimonio ajeno “directamente”, o, por el contrario, la lesión producida no tiene esa característica de inmediatez fenomenológica. En la mayoría de los supuestos su correcta enunciación sólo será posible mediante una acendrada ponderación de los supuestos de hecho concurrentes.

Por tanto, *“es conveniente separar con cuidado el plano de la imputación de la actuado por los administradores a la sociedad como persona jurídica que actúa a través de aquéllos y consiguiente responsabilidad indemnizatoria de la sociedad (con sus propios presupuestos y fundamentos de imputación que pueden variar), y el plano de la responsabilidad de los administradores por daño directo imputable a los mismos en el caso concreto”*<sup>64</sup>.

Pues, como se ha señalado en el capítulo de justificación y explicación de este opúsculo, es precisamente en el campo de la ejecución de relaciones contractuales de la sociedad con sus acreedores, donde más difícil resulta determinar la repercusión directa de la actuación del administrador en el patrimonio del acreedor, pues no cabe olvidarse, como *ut supra* se ha establecido, que el administrador es un tercero ajeno y diferente en dicha relación contractual y por ello, salvo que concurren otras circunstancias, ha de quedar fuera de las consecuencias dañosas que se produzcan por un incumplimiento o por una ejecución defectuosa de las obligaciones que incumben a la empresa.

Y si ya es, en ocasiones, muy difícil saber hasta dónde debe extenderse el rigor del requisito de la lesión directa al patrimonio del socio o del tercero, existen dos factores que han contribuido no poco a introducir mayor confusión en la cuestión: el

---

<sup>64</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad”, En AA. VV. (Dres. ROJO/BELTRÁN), Ob. cit. pp.161 y ss.

primero es la existencia de la acción sancionadora del artículo 367 de la LSC que, en una interpretación banal, puede contribuir a confundir los dos planos de imputación que hemos señalado: el de la imputación a la sociedad de lo actuado por los propios administradores y la propia responsabilidad de éstos, puesto que la imputación directa al patrimonio de los administradores de las deudas sociales que dicho artículo efectúa, resulta una tentación irresistible para acudir a dicha vía porque, justamente, exime de tener que acreditar la naturaleza del daño sufrido. El segundo factor que ha contribuido a dificultar la visión del adecuado perfil del requisito de la repercusión directa del daño en el patrimonio del acreedor es, en nuestra opinión, cierto automatismo por parte determinados Juzgados y Tribunales a la hora de estimar su concurrencia sin realizar una verdadera ponderación fáctica y jurídica de las circunstancias de hecho del particular caso. Como he tenido oportunidad de comprobar, en la Jurisprudencia de determinadas Audiencias Provinciales existen ciertas expresiones que han triunfado, de manera que, deducida una demanda por un tercero contra un administrador por el impago de su crédito, desencadenan de forma irreflexiva la consideración de que el crédito impagado por la sociedad, es un daño directo sufrido por el tercero, omitiendo el necesario análisis de las circunstancias del caso<sup>65</sup>. Lamentablemente, aunque estas confusiones son cuestiones de derecho que tendrían acogida en casación, las actuales limitaciones impiden el acceso a dicha vía como recurso para la corrección de Sentencias injustas.

Por la concurrencia de estas dificultades añadidas a la propia de los límites que señala el adverbio modal “directamente”, es necesario rehuir cualquier automatismo en la calificación de los hechos y desentrañar realmente el punto en el que centrar el daño. ESTEBAN VELASCO<sup>66</sup>, en mi opinión, ha puesto el acento en el centro de mayor interés para afrontar esta espinosa cuestión al señalar como criterio que permite deslindar un daño de otro, en la autonomía del daño del patrimonio ajeno respecto del patrimonio social. Siguiendo a este autor, hay casos en los que el patrimonio de la sociedad no sufrirá daño alguno, por lo que no existirá problema para identificar el daño del tercero (o socio) como “directo”. Pero en multitud de ocasiones serán ambos los patrimonios dañados y, en ese caso, la labor del jurista ha de consistir en resolver el problema mediante el análisis de la autonomía del daño del patrimonio ajeno respecto del sufrido por el social, descartando aquellos supuestos en los que el daño sufrido por el patrimonio ajeno no sea sino un reflejo, o una consecuencia mediata del que ha sufrido el de la sociedad de modo inmediato.

No puede en modo alguno establecerse una fórmula satisfactoria que despeje tal incógnita, por lo cual la única solución posible es, no nos cansaremos de reiterarlo,

---

<sup>65</sup> Vid. a modo de ejemplo la SAP de la sec. 1ª de Asturias 298/2012 de 02.07.12, en la que su autor, pese a expresar adecuadamente la necesidad de que el daño infligido lo sea de modo directo, considera como hecho desencadenante de la responsabilidad individual del administrador, la concesión por la sociedad por él administrada de un crédito a los Administradores a cargo del patrimonio de la sociedad que, a la postre, despatrimonializaría la mercantil. En nuestra opinión dicha Sentencia, por desgracia no única ni aislada, es un patente ejemplo de confusión por falta del adecuado análisis de los hechos. Creo más apropiado señalar que esa concreta reclamación debería haberse conducido por los trámites de la acción social de responsabilidad con la finalidad de que el dinero prestado volviera al patrimonio de la sociedad, que fue la verdadera perjudicada por el acto claramente antijurídico y desleal del administrador.

<sup>66</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual...”, Ob. cit. p. 166.

la ponderación crítica de las circunstancias de cada caso por parte de los diferentes operadores jurídicos. Valoración que, por supuesto, ha de rehuir la aplicación mimética o irreflexiva de resoluciones anteriores sin la debida consideración de los peculiares hechos. Análisis que, en los presentes momentos de sobreabundancia de créditos impagados, merece mayor rigor.

Por lo demás, los condicionantes respecto del daño reclamado son exactamente los mismos que concurren en cualquier supuesto de reclamación fundada en responsabilidad civil:

El “daño” comprende, no sólo la indemnización del daño emergente, sino también de lucro cesante que sea objeto de prueba, y su valoración habrá de referirse al momento en que se causó el daño o el perjudicado tomó conocimiento de su producción. Se trata de una cuestión de hecho que ha de ser por entero acreditada por el actor reclamante, no sólo en la certeza de su existencia, sino también en el de cada uno de los extremos de su alcance y de todos y cada uno de los diferentes conceptos que lo integren.

Se tratará de una deuda de valor que, por tanto, desde su causación generará interés moratorio hasta su completo resarcimiento, pues quien causa un daño está obligado a su reparación desde el mismo momento de su causación.

### **3.4. Problemas procesales**

Varios son los problemas de índole procesal que cabe señalar ante el ejercicio de la acción individual: la acumulación de acciones, la prescripción de la acción y la determinación del *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo de prescripción.

Quizá, el más relevante de ellos, sea el de la admisión, o no, de la acumulación del ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores de una sociedad con la que pudiera ejercitarse contra la sociedad por ellos administrada en virtud de las relaciones jurídicas del actor con aquélla.

El supuesto de hecho comúnmente más conflictivo ha sido la reclamación acumulada a una determinada sociedad de la deuda contraída por ésta en virtud de un negocio jurídico (ejercitando la acción que corresponda según dicho negocio) y la reclamación a sus administradores con fundamento en la responsabilidad que les pueda ser imputable conforme al artículo 241 LSC.

El problema surgió al redactarse el artículo 86 ter. 2 de la LOPJ en la reforma operada en el conjunto del Ordenamiento por la Ley Concursal de 2003, dado que hasta dicha reforma no existían Juzgados de lo Mercantil y, por tanto, toda controversia era resuelta por los Juzgados de Primera Instancia, por lo que no existía cuestión sobre el particular dado que el Juzgado de Primera Instancia tenía competencia para resolver ambas, por lo que con arreglo a lo que disponen los artículos 76 y ss. de la LEC, era perfectamente posible la acumulación.

Ahora bien, una vez creados los Juzgados especializados de lo Mercantil, y en relación con lo que ordenan los artículos 44 a 46 y 73 de la LEC, no está claro si el Juzgado de lo Mercantil tiene competencia para resolver la acción de naturaleza civil que se acumule a la de responsabilidad del administrador –de carácter

específicamente mercantil a tenor de lo dispuesto en el artículo 86 ter. 2 LOPJ-, porque la meritada acción civil ha de ser atribuida a un Juzgado de Primera Instancia. Pero tampoco es evidente que el Juzgado de Primera Instancia pueda aceptar la acumulación al caer la acción de responsabilidad fuera de su competencia. Como, además, existe una clara conexión entre una acción y otra, se genera una evidente prejudicialidad entre ambos Juzgados que tampoco la LEC contribuye a despejar.

La cuestión no fue en modo alguno pacífica, pues existieron líneas jurisprudenciales diferenciadas entre las diversas Audiencias Provinciales, de modo que, parte de ellas admitían la acumulación ante los Juzgados de Primera Instancia; otras la conducían a los especiales Juzgados de lo Mercantil; y, en definitiva, otras, simplemente negaban la posibilidad de la acumulación con fundamento en el artículo 73 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y exigían que cada una de las acciones se ventilase por separado ante el Juzgado cuya competencia exclusiva y excluyente determina la LOPJ<sup>67</sup>.

Lo cierto es que, como se señala en la Sentencia que luego se dirá, éste era uno de los supuestos en los que el legislador omitió dar una respuesta concreta y por tanto había que recurrir a los diferentes criterios hermenéuticos legales para integrar la laguna, existiendo por ello diferentes respuestas contradictorias todas ellas plausiblemente razonadas.

Finalmente, la controversia al respecto hubo de zanjarse con la publicación de la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012<sup>68</sup>, que ha dejado determinadas, sin lugar alguno a dudas, tanto la posibilidad del ejercicio simultáneo de ambas acciones, como la competencia exclusiva de los Juzgados de lo Mercantil para su conocimiento.

Dicha resolución, en esencia, se funda en la apreciación que hace la Sala de la existencia de una laguna en la legislación, pues si bien es cierto que las dos acciones no serían acumulables entre sí porque ello implicaría que, fuera el Juzgado ante el que fuera, el Tribunal no tendría competencia para resolver una de las acciones en virtud de lo dispuesto en el artículo 73 LEC, también lo es que la ley no prevé los mecanismos oportunos para resolver la prejudicialidad entre los juzgados civiles y los mercantiles. Sin embargo, según la Sala, el mantenimiento de la negativa a la acumulación, por la disparidad de los criterios de la distintas Audiencias podría producir una quiebra de la tutela judicial efectiva, por lo cual, entrando en la cuestión, afirma que el artículo 73 de la LEC, en su dicción literal, admite excepciones concretas, y que la presente lo es porque *“la regulación de la responsabilidad de los administradores sociales, con los caracteres que se han destacado, en estrecha relación con la insolvencia de la sociedad y con el impago de sus deudas conlleva implícitamente el mandato, exigido por el respeto al derecho tutela judicial efectiva proclamado por la CE, de la posibilidad de acumulación de ambas acciones”*. Finalmente, entiende la Sala que la especialidad de

---

<sup>67</sup> Para ver la oscilación de la Jurisprudencia sobre este particular, compárense las SSAP 133/2012 de Tenerife, 29.03.12 (sec. 4ª) que entiende que no son acciones acumulables; 28/2012 de Las Palmas, 18.04.12 (sec. 4ª), que estima que ha de ser el Juzgado de Primera Instancia; y 173/2012 de Barcelona 03.05.12 (sec. 15ª), que se inclina por el Juzgado de lo Mercantil. Como es de ver, casi simultáneamente, ofrecieron las tres diferentes soluciones apuntadas.

<sup>68</sup> STS 539/2012, de 10.09.12. Ponente: XIOL RÍOS, J.A.

la norma mercantil constituye la acción principal, lo cual justifica su atribución al Juzgado de lo Mercantil

Otra cuestión de índole procesal que merece la pena ser destacada, bien que hoy tenga una resolución pacífica unánimemente reconocida por doctrina y jurisprudencia, es la de la prescripción de la acción. Aunque hoy es comúnmente aceptado que el plazo de prescripción de la acción es el de cuatro años que señala el artículo 949 del CCom., lo cierto es que antes de llegar a dicha solución, que fue fijada en la paradigmática Sentencia del T.S. de 21 de junio de 2001, hubo una encendida polémica doctrinal y jurisprudencial sobre el plazo de prescripción aplicable a la acción individual de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital<sup>69</sup>.

No obstante, el hecho de que el Tribunal Supremo fijara de forma definitiva el plazo de prescripción hace más de una década, no ha convertido la cuestión en supuesto pacífico, pues las circunstancias de cada supuesto particular hacen que existan determinadas cuestiones espinosas al respecto, especialmente la que se refiere al día en que ha de señalarse como inicio para el cómputo del plazo de prescripción. Prueba de ello es que, pese a la rotundidad y claridad del contenido de la Sentencia que puso fin a la polémica, se ha seguido dictando un importante número de resoluciones sobre este concreto particular por parte del Tribunal Supremo, lo que evidencia que siguen existiendo dificultades en la aplicación de la prescripción a los concretos supuestos de hecho<sup>70</sup>.

Como se ha dicho, la cuestión litigiosa recurrente en tal acervo jurisprudencial, es la determinación del *dies a quo* que debe contarse para el inicio del cómputo de la prescripción extintiva de la acción, debido generalmente a los problemas que genera la fijación por parte del TS de la fecha de cese efectivo de los administradores como inicio del cómputo de la prescripción en aquellos supuestos en que dicho cese no es

---

<sup>69</sup> En el núcleo de las posiciones divergentes sobre tal cuestión se hallaba la concepción que cada polemista tuviera sobre la naturaleza jurídica de la acción. Así, quienes sostenían su carácter extracontractual, entendieron que el plazo para el ejercicio de la acción –en aquel momento contenida en el artículo 135 LSA- era el de un año, al tratarse de una acción extracontractual y ser de aplicación, por ello, el plazo que para este tipo de acciones impone el artículo 1968 CC. En cambio, para quienes consideraban su naturaleza contractual, el plazo debía ser el propio de la acción contractual que justificase la acción o, en su defecto, el genérico de quince años señalado por el Código Civil para aquellas obligaciones que no tuvieran plazo de prescripción específico señalado por ley. Por último, hubo otra parte de la doctrina –que, a la postre, acabaría por ver triunfar sus tesis- que razonaba que, por mucho que la naturaleza de la acción pudiera ser contractual o extracontractual, ello no obstaba a que se tratara de una acción claramente mercantil dirigida en el ámbito societario contra los administradores de sociedades mercantiles, por lo cual habría de encontrar mucho mejor acomodo en el plazo específico señalado en el artículo 949 del Código de Comercio al tratarse del enjuiciamiento de la actividad de los administradores como órgano de la Sociedad.

Esta solución fue la dada por el Alto Tribunal en mérito de argumentos sistemáticos que ubican la norma dentro del ordenamiento mercantil; otros de tipo teleológicos que incidían en la vacuidad de la polémica entre la naturaleza contractual o extracontractual de la acción ejercitada cuando lo relevante es la condición de órgano de sociedad mercantil de capital del demandado; y argumentos que, en fin, recurriendo a la seguridad jurídica y la interpretación restrictiva del instituto de la prescripción extintiva abogaban por el reconocimiento del plazo del Código de Comercio como el más conveniente.

<sup>70</sup> Entre otras, cabe citar: SSTs: 158/2004 de 1 marzo de 2004; 937/2004 de 5 de octubre de 2004; 465/2005 de 15 de junio de 2005; 994/2005 de 22 de diciembre de 2005; 187/2006 de 6 de marzo de 2006; 152/2007 de 21 de febrero de 2007; 304/2008 de 30 de abril de 2008; 669/2008, de 3 de julio de 2008; 710/2008 de 10 de julio de 2008; 124/2010 de 12 de marzo de 2010; 206/2010 de 15 de abril de 2010; 700/2010 de 11 de noviembre de 2010; y 810/2012 de 10 de enero de 2013.



inscritos en el Registro Mercantil o se hace mucho más tarde. Asimismo, son conflictivos los supuestos en los que no existe un acto efectivo de cese que fija un concreto día, sino que, sencillamente, la sociedad deja de operar hasta su desaparición *de facto*.

El artículo 949 CCom fija como día para el inicio del cómputo del plazo el del “cese efectivo” de los administradores, que, con ser un día con apariencia de certeza, es de imposible fijación en el caso de administradores que no llegan a cesar, y de difícil determinación para los supuestos en los que, existiendo un efectivo cese, los terceros de buena fe no lo pueden conocer por su falta de publicidad registral. Han de añadirse aquellos supuestos en los que existe una administración de hecho por caducidad del cargo sin posterior renovación.

Para la resolución de este tipo de supuestos, la Jurisprudencia del TS ha puesto en liza las siguientes consideraciones: que la inscripción registral no tiene carácter constitutivo, por lo cual los hechos inscritos no serán oponibles a terceros de buena fe sino desde la publicación del asiento en el boletín del registro. Por otra parte, los plazos de prescripción extintiva de las acciones por responsabilidad según el artículo 1969 CC han de comenzar a contabilizarse desde que el agraviado pudo ejercitarlas, si bien el Código de Comercio fija como *dies a quo* el del cese efectivo de los administradores. Ahora bien, no puede dejar de considerarse que ese cese puede acaecer por cualquier motivo o razón legal, incluida la caducidad.

Sobre tales presupuestos la Jurisprudencia del TS ha insistido en proteger los derechos de los terceros de buena fe al establecer que *“entre los efectos materiales o sustantivos que se siguen de la falta de inscripción del cese del administrador en el Registro Mercantil y los efectos formales que afectan al cómputo del plazo de prescripción. En el plano material, la falta de inscripción del cese no comporta por sí misma que el administrador cesado siga siendo responsable frente a terceros, salvo excepciones derivadas del principio de confianza, ni que asuma obligaciones sociales por incumplir deberes que ya no le incumben, dado que la inscripción no tiene carácter constitutivo. A meros efectos formales, y en orden a dilucidar si la acción ejercitada está o no prescrita, el criterio seguido por este Tribunal es que si no consta el conocimiento por parte del afectado del momento en que se produjo el cese efectivo por parte del administrador, o no se acredita de otro modo su mala fe, el cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento de la inscripción, dado que sólo a partir de entonces puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su desconocimiento.”*<sup>71</sup>

Así, mediante la conjugación de los presupuestos señalados, la actual postura del Tribunal Supremo es considerar como fecha de inicio del cómputo de la prescripción la del cese efectivo del administrador en su cargo sea cual fuere la causa (resolviendo así los supuestos de caducidad), si bien no será efectivo frente a terceros hasta la publicación del cese en el boletín del Registro Mercantil oportuno, salvo que

---

<sup>71</sup> Así, SSTs: 810/2012 de 10.01.13; 123/2010 de 11.03.10; y 206/2010 de 15.04.10, entre otras muchas en idéntica línea.

conste que los terceros tuvieron conocimiento del hecho por otros conductos, en cuyo caso dejarán de ser de buena fe<sup>72</sup>.

Ha de advertirse que la cuestión del *dies a quo*, es una cuestión de hecho que, por tanto, quedará sujeto a la prueba de los hechos que las partes aleguen. De especial relevancia será la prueba que se practique sobre el conocimiento que tuvo el actor del cese de los administradores anterior a su inscripción, que competirá al demandado que oponga tal conocimiento como excepción; y también lo será la prueba sobre la posible administración de hecho ejercitada tras la caducidad del nombramiento, cuya carga corresponde al actor.

Aunque ésta ha sido y es la postura reiterada por el Tribunal Supremo, no han faltado voces discrepantes en la doctrina. Así, ALFARO<sup>73</sup> ha estimado que la fijación del *dies a quo* en el momento del cese del administrador es correcta para el supuesto de la acción social porque la sociedad no conocerá con exactitud los actos de los administradores hasta que no abandonen el cargo, pero no tiene sentido para la acción individual, que, habida cuenta su condición de norma remisoras, tendrá que ser coherente con el título por cuya razón se ejercite la acción correspondiente, que es el que fijará su propio *dies a quo*. Por su parte, BELTRÁN<sup>74</sup> cree más apropiado señalar que, en realidad, se trata de dos plazos diferentes y compatibles: el primero, de prescripción, que comenzará a contar desde el momento en que se produjo el crédito reclamable y el segundo, de caducidad, que operará en el momento en que sea inscrito el cese del administrador en el Registro y permitirá el ejercicio de la acción durante cuatro años.

Respecto de esta cuestión debemos señalar, por último, la existencia de una corriente doctrinal, que entendía como más adecuada la adopción del criterio de "*actio nata*" que el de la fecha de inscripción, por más que en su contra cuenta con el argumento sistemático de su formulación en el Código Civil (art. 1969) y no en una norma mercantil. Aunque entendemos que dicha solución daría acogida a supuestos en los que el daño se manifiesta después del cese del administrador o aquellos otros, no infrecuentes, de daños continuados que se alargan en el tiempo, lo cierto es que en su contra tiene el irrefutable tenor del art. 2 CCom que define el específico sistema de fuentes mercantil. Tal dificultad sólo podría soslayarse sosteniendo que la acción objeto de estudio, no tiene naturaleza mercantil.

Este criterio fue esporádicamente acogido por el TS en alguna resolución (14.03.07 y 11.11.08) aunque, como se ha visto, no es el que finalmente ha prevalecido.

#### **4.- LA VÍA DEL ARTÍCULO 367.5**

---

<sup>72</sup> Así, las SSTs: 812/2012 de 10.01.13; 184/2011, de 21.03.11; y 96/2011, de 15.02.11.

<sup>73</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, "La llamada acción..." Ob. cit. p. 52 y ss.

<sup>74</sup> BELTRÁN, E., "La responsabilidad de los administradores..." Ob. cit. p. 291.

#### 4.1. Antecedentes y justificación de la norma

Para determinar el origen del precepto hay que remontarse a la situación que se generó durante la vigencia de la LSA de 1951 en lo que respecta a aquellas sociedades abandonadas por quienes en ellas estaban interesadas y sin respeto a las exigencias legales sobre un ordenado proceso de disolución y liquidación.

Nos remitimos a lo ya expuesto en el capítulo de antecedentes legislativos (2.2.) a fin de no reiterar innecesariamente lo que ya se dijo, si bien es conveniente realizar alguna precisión concreta del particular artículo.

Al aprobarse la LSA en 1989, ésta contenía una disposición transitoria que concedía un plazo de adaptación de los estatutos sociales de las mercantiles existentes a las disposiciones de la nueva ley, con la prevención de disolución de la sociedad para aquellas que no realizaran la adaptación en el plazo preceptuado, lo cual era un motivo más para justificar la dureza del artículo, puesto que era previsible que hubiera un número indeterminado de empresas que no realizasen en cambio obligado.

En su redacción de 1989, el precepto citaba rezaba:

*Art. 262.5. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales 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 o que no soliciten la disolución judicial 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 haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución*

Debiendo observarse, ante todo, que el citado precepto hacía responsables a los administradores por “las deudas sociales”, sin referencia alguna a la fecha de su nacimiento, por lo que prontamente la jurisprudencia, primero de las Audiencias Provinciales, y después del TS señaló que, pese a su rigor, el contenido de la norma obligaba a considerar como responsables a los administradores que no promovieran la disolución de la sociedad, de todas las deudas de la sociedad, tanto las nacidas a partir de la concurrencia de la causa de disolución, como las que hubieran nacido antes.

Desde su aparición, y debido a la oportunidad que abría a los acreedores frustrados, originó un innumerable conjunto de procedimientos fundados en su tenor, orillando en parte la formulación de demandas al amparo del artículo 135 LSA debido a que ambas compartían en apariencia presupuestos de hecho.

Como es lógico, el pronunciamiento reiterado que el TS hubo de hacer sobre las cuestiones que le iban llegando, hizo que los requisitos y naturaleza jurídica de dicha acción se fueran perfilando, no sin oscilaciones. Pero si hubo una cuestión en que tanto doctrina como jurisprudencia se pusieron de acuerdo, fue en considerar que la imposición de la obligación del pago de todas las deudas sociales al administrador que no había promovido la disolución de la sociedad, era difícilmente justificable, sobre todo en aquellos supuestos en que dichas deudas habían vencido con anterioridad al hecho imputado al administrador o, incluso, éste había sido designado con posterioridad al vencimiento de las deudas. Ello casaba mal con nuestro sistema de responsabilidad culpabilista y subjetivo, y con la propia jurisprudencia del alto tribunal

que ya por los primeros años de la década de los 2000 (es decir, once años más tarde de la aprobación de la LSA) comenzaba a sugerir que el precepto, pese a establecer una responsabilidad formal, no debía desconsiderar causas subjetivas de exoneración del administrador en razón de su comportamiento.

La aprobación de la Ley Concursal en el año 2003 (en la DA 20 de la Ley 22/2003) supuso una importante variación en el texto del artículo 262 al introducirse como una de las opciones preceptivas del administrador de las sociedades en crisis la de solicitud del concurso en aquellos supuestos en que la crisis consistiera en insolvencia sobrevenida o inminente. Esto despejaba una de las cuestiones que habían generado honda polémica: la de la imputación, o no, de responsabilidad a aquellos administradores que, sin haber removido la causa de disolución o haber promovido ésta, habían procedido a instar un procedimiento de quiebra o suspensión de pagos conforme al procedimiento legal. La aparición de la solicitud de declaración de concurso como obligación del administrador en caso de insolvencia de la sociedad, tuvo como consecuencia que aquellos administradores que, conforme a lo dispuesto en la propia Ley Concursal, solicitaran el concurso en los plazos y modos legalmente establecidos, quedarían exonerados de la imposición de esta responsabilidad, sin perjuicio del resultado de la posterior pieza de calificación del concurso que se instara dentro del propio concurso.

En este estado de la cuestión, en la reforma operada en la LSA en el año 2005 mediante la Disposición Final Primera contenida en la Ley 19/2005, se produjo una reforma de calado del precepto legal que vino a cambiar sustancialmente las cosas, pues el legislador introdujo una importante matización que consistía en expresar que las deudas por las que debía responder el administrador eran las “*posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución*”. Con dicha reforma, como es evidente, el régimen se suavizó ostensiblemente aunque, como tendremos ocasión de comprobar, se generaron problemas por la aplicación temporal de la reforma y la determinación del *dies a quo*.<sup>75</sup> Además, la reforma operada en dicho momento incluía una norma de índole procesal que establecía una presunción a favor del demandante al ordenar que las obligaciones sociales reclamadas se presumirían de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución salvo que los administradores acreditaran que eran de fecha anterior.

Desde la reforma, el precepto señalado ha permanecido sin cambios sustanciales, ocupando actualmente el numeral 367 de la LSC en virtud de la refundición operada recientemente.

#### **4.2 Naturaleza jurídica.**

---

<sup>75</sup> Antes, dicha determinación tampoco era fácil pero es evidente que su trascendencia era menor habida cuenta que el administrador responsable debía responder por “todas las deudas sociales”. Su importancia, por tanto, se limitaba a determinar el ámbito temporal en el que debía fijarse la imputación del administrador, pero no la cuantía de la deuda.

No ha sido pacífica, ni lo es, la cuestión de la naturaleza jurídica de este régimen de responsabilidad, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia. Pues, pese a la calificación del régimen establecido por el precepto como de “responsabilidad”, lo cierto es que contiene ciertos presupuestos que lo alejan de la concepción arraigada en nuestra tradición jurídica sobre la naturaleza de la responsabilidad por daños.

Por tanto, antes de hacer una breve incursión sobre las polémicas doctrinales y las oscilaciones jurisprudenciales, es conveniente señalar qué presupuestos de la norma la hacen diferente del normal régimen de responsabilidad.

En primer lugar, cualquier operador jurídico ha de tomar nota de la llamativa circunstancia de la ubicación sistemática del precepto, que, regulando aparentemente una acción de responsabilidad, encuentra su acomodo en lugar completamente dispar del capítulo que regula la responsabilidad de los administradores. Ello no es fruto del azar. En segundo lugar, es también muy relevante que la redacción del precepto no deja lugar a dudas respecto del objeto de cobertura de la norma: las deudas sociales y no los daños, lo cual, lógicamente, comporta la consideración de que no puede tratarse de un régimen que busca el resarcimiento de un perjuicio, sino que tiene otra finalidad. Otra circunstancia que tiene sus consecuencias es que, frente al régimen de responsabilidad que se contiene en el artículo 236, el precepto señala la solidaridad del administrador con la propia sociedad, lo que aleja a este tipo de responsabilidad con la analizada anteriormente. Y, en fin, consecuencia inmediata de que el objeto de la responsabilidad sean las deudas sociales, es que sólo podrán estar legitimados para ejercitar la acción quienes sean acreedores sociales, quedando fuera los perjudicados, salvo en aquellos casos en que éstos, con posterioridad a la causa disolutiva, hubieran convertido su deuda de valor en deuda social, por un reconocimiento de deuda a cargo de la sociedad, o por mandato judicial.

Por último, aunque con singular relevancia, ha de señalarse cómo, en apariencia, el precepto parece anudar de forma automática el incumplimiento de unos específicos deberes en unas circunstancias tasadas al nacimiento de la responsabilidad, prescindiendo por ello de la consideración de la culpa del agente, el nexo causal y el daño. Por tanto, es de rigor considerar el artículo 363 de la LSC que establece las causas de disolución de la sociedad, dado que éstas se constituyen en el presupuesto material objetivo que genera una obligación para el administrador cuyo incumplimiento tendrá como consecuencia el nacimiento de la obligación prevista por el artículo 367.

Con estas cuestiones sobre la mesa, ha de comenzar la delimitación de la naturaleza jurídica de esta excepcional acción por exponer que la mayoría de nuestra doctrina ha venido a señalar de forma rotunda que la responsabilidad solidaria de los administradores que impone el artículo 367 de la LSC no es una responsabilidad por daños, sino un precepto de naturaleza sancionadora que tiene por objeto la prevención de la existencia en el tráfico jurídico de sociedades gravemente dañadas que, por ello, deben desaparecer o bien adoptar medidas para atajar su insolvencia o su descapitalización.

Se ha llegado a señalar que la norma tiene una condición “preconcurso” por su búsqueda de la represión de aquellas conductas que, en situaciones de crisis societaria, continúan contrayendo deudas y, por ello, agravando la situación de la sociedad.

Así, RODRÍGUEZ RUIZ y HUERTA VIESCA<sup>76</sup> han destacado su función “preventiva del concurso, tendente a evitar que se contraigan nuevas deudas sociales por la SA con un futuro más que incierto, por la concurrencia de determinadas causas de disolución, o, ya como medida última, el que esas obligaciones sociales contraídas se hagan efectivas con el patrimonio social existente antes de que devenga la insolvencia.

BELTRÁN<sup>77</sup> ha destacado el papel de “garantes solidarios” que adquieren los administradores que incumplan los deberes legamente impuestos, por lo que, en su opinión, parece innegable que la responsabilidad establecida en el artículo 367 tiene un carácter sancionador que obliga a los administradores incumplidores a soportar una pena<sup>78</sup> –de carácter civil- consistente en la asunción de la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales sin que sea necesario probar la existencia de un daño ni, en consecuencia, la relación de causalidad entre el incumplimiento del deber y el daño. Se trata, por ello, de una responsabilidad “ex lege”.

Con similar razonamiento, DÍAZ ECHEGARAY<sup>79</sup> abunda en este carácter sancionador independiente del sistema de responsabilidad por daños a la sociedad, los socios o los terceros. Señala este autor, como otros, que si el régimen de la responsabilidad por no promoción de la disolución fuera asimilable, sin más, al estatuido en los artículos 236 a 241 LSC, resultaría, simplemente, un precepto superfluo. Idéntico planteamiento ha hecho al efecto SACRISTÁN<sup>80</sup> quien añade la relevancia del hecho de que los administradores deban responder por una deuda ajena y no por los daños y perjuicios causados, lo que la aleja del régimen de responsabilidad indemnizatoria.

GARCÍA-CRUCES<sup>81</sup>, en fin, ha cuestionado la calificación de la norma como “preconcurso” atendiendo a que la finalidad de la norma es, sí, la promoción de la disolución, pero no sólo por causa de pérdidas cualificadas, sino por cualquiera de las que previene el artículo 363, que pueden no tener relieve patrimonial. Este autor ha caracterizado la responsabilidad que ordena este artículo como “personal, ilimitada, autónoma, no objetiva, de carácter cumulativo y solidaria”, atendiendo a su condición de responsabilidad por la que, sin otro límite que la propia deuda social, el administrador ha de responder con su patrimonio de modo personal y solidario con la propia sociedad, por su propio comportamiento contrario al mandato legal y de forma acumulada a otras responsabilidades que se le pudieran exigir (individual, societaria o concursal). Ha de destacarse en la configuración de este autor su insistencia en el carácter no objetivo de la responsabilidad.

---

<sup>76</sup> RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M<sup>a</sup> J., *Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital en Crisis (En las Leyes de Sociedades de Capital, Concursal, General Tributaria y de Responsabilidad Medioambiental)*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra). 2012, pp. 562..

<sup>77</sup> BELTRÁN, E., “La responsabilidad...” Ob. cit. pp. 274 y ss.

<sup>78</sup> Así la ha calificado el TS en diversas ocasiones. En la STS de 28.04.06 (Roj 2921/2006), señala el Tribunal que la expresión, evoca, no tanto la idea de pena, cuanto el concepto de una reacción del ordenamiento ante el defecto de promoción de la liquidación de una sociedad incurso en causa de disolución. En la misma línea, las SSTs: 238/2004 de 26.03.04 y 118/2006 de 16.02.06.

<sup>79</sup> DÍAZ ECHEGARAY: *Deberes...* Ob. Cit. pp. 344 y ss.

<sup>80</sup> SACRISTÁN BERGIA, F., *La responsabilidad de los administradores por no promover la disolución en las sociedades de capital*. En AA. VV. (Coord. GUERRA MARTÍN, G.), Ob. cit. p. 252.

<sup>81</sup> GARCÍA-CRUCES: *Insolvencia...* Ob. cit. pp. 67 y ss,

MARÍN DE LA BÁRCENA<sup>82</sup>, por el contrario, discrepa de este criterio mayoritario al entender que el contenido del artículo 367 no puede escindirse de nuestro sistema general de responsabilidad, por lo que, aunque el legislador con su formulación trate de eliminar o atenuar las consecuencias negativas del incumplimiento de las obligaciones que incumben a los administradores en caso de crisis a fin de proteger el tráfico jurídico, y, pese a que la consecuencia del incumplimiento no sea indemnizadora, no puede por ello calificarse de sancionadora. Este autor rechaza que, como consecuencia de la calificación de responsabilidad sancionadora o la interpretación estricta de su tenor, se obvien elementos esenciales de su régimen jurídico, especialmente el subjetivo

En nuestra opinión, es evidente que el régimen del artículo 367 no puede asimilarse al de responsabilidad de los administradores del Capítulo III del Libro VI de la LSC porque ello, además de convertirlo en un precepto superfluo, podría generar distorsiones en el sistema. Realmente la finalidad pretendida por el legislador ha sido la de obligar a los administradores a extremar la diligencia en determinados supuestos de crisis societaria en que la inacción puede causar perjuicios al tráfico jurídico. Con independencia de que se quiera denominar como sanción o como responsabilidad “ex lege”, lo cierto es que el precepto tiene una consecuencia de primer orden en el orden práctico: que el acreedor social se encuentra en posición procesal mucho más favorable debido a que ha de acreditar tan sólo la existencia de la causa de disolución, la inacción del administrador y la existencia de su deuda. Ahora bien, como se ha señalado, ello no supone, sin más, el nacimiento de la responsabilidad de modo automático, puesto que al administrador siempre le quedará el recurso de acreditar la falta de culpa de su incumplimiento, por lo cual, como afirmaba GARCÍA CRUCES (vid. Supra) el régimen no es objetivo. Desde una perspectiva pragmática, los efectos procesales de la norma en el curso de un procedimiento son los de sentar una suerte de presunción “*iuris tantum*” en contra del administrador en cuanto se acredite la causa de disolución y la falta de adopción de las medidas que el precepto ordena. Esta afirmación se hace desde el convencimiento de que no debería ser así en modo alguno, pero en la práctica forense opera de tal modo porque, quien demuestra que el administrador no cumplió con el mandato legal, está poniendo de relieve que, pese a haber podido obrar conforme a la norma, tener obligación de ello y ser tal obligación expresión de un mandato legal que como administrador ha asumido, por lo cual, será el demandado, con inversión de la carga de la prueba, quien deberá acreditar su inimputabilidad.

Por último, en respuesta a quienes mantienen la naturaleza sancionadora objetiva como contenido de sus tesis, puede argumentarse con fundamento que si se trata de una sanción, su propia naturaleza exigiría la prueba de la culpa, en aplicación del principio *nulla poena sine culpa*. De lo contrario podría llegarse a resultados objetivamente injustos como la sanción a un administrador que, al tiempo de concurrencia de la causa de disolución, se encontrase ingresado en un hospital por una

---

<sup>82</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., “Responsabilidad civil de los administradores de sociedad anónima por incumplimiento de sus deberes en caso de pérdidas. Comentario a la SAP Madrid (Sección 11ª) de 28 de enero de 2002” *RdS* 19 (2002), pp. 179-198.

grave enfermedad durante más tiempo del que la Ley le señala para el cumplimiento del mandato.

Es precisamente la condición objetiva, cuasi-objetiva o subjetiva excepcional del régimen de responsabilidad la cuestión que más oscilación jurisprudencial ha generado. Así, en ocasiones la jurisprudencia señaló que se trataba de una responsabilidad sancionadora, constituyendo la condena *“una pena civil por la inactividad de aquellos al no solicitar el acuerdo de la disolución de ésta en aquellos casos en que tal causa puede colocar a la entidad en una situación de insolvencia frente a los acreedores”*<sup>83</sup>. Consecuencia de tal pensamiento era la aplicación automática de la sanción en cuanto se acreditaban los dos presupuestos del precepto legal. Pero, en sentido contrario, la STS de 30 de junio de 2010 negaba el carácter sancionador sobre la base de que no puede ser sanción la obligación que genera un correlativo derecho en el acreedor y, además, concede al “sancionado” un derecho subrogatorio contra el obligado principal<sup>84</sup>.

Como señaló desde el primer momento BELTRÁN<sup>85</sup> en un artículo pionero publicado tan pronto las Audiencias comenzaron a dictar Sentencias sobre esta materia (1992), la oscilación entre las conceptualizaciones jurídicas sobre el nuevo régimen de responsabilidad creado en la LSA de 1989 entre unas Audiencias y otras era insostenible por la diferencia existente entre unas y otras. Así, en las primeras resoluciones emanadas de las Audiencias Provinciales convivían aquellas resoluciones que otorgaban a la responsabilidad una naturaleza cuasi objetiva que eximía al actor de acreditar nexo causal, daño e imputación subjetiva, con aquellas otras que estimaban que el matiz subjetivo de nuestro régimen general no podía ser dejado de lado y, por tanto, tenían que existir en la demanda datos fácticos que permitieran la imputación subjetiva del administrador.

La propia Jurisprudencia del TS ha titubeado ofreciendo, como se ha visto, resultados dispares, de modo que durante un tiempo prosperó en el Alto Tribunal la calificación de la responsabilidad como “objetiva” o “cuasiobjetiva”<sup>86</sup>. En estas resoluciones, mantenidas de forma constante hasta, por lo menos, el año 2006, el Tribunal Supremo mantiene en sus resoluciones que el sistema no requiere la acreditación de culpa ninguna, porque queda implícita en la propia antijuridicidad del

---

<sup>83</sup> Así lo expresaba la STS 651/1997 de 15.07.97, confirmada posteriormente en otras: 1092/1999 de: 22.12.99; 1055/2006 de 09.01.06; y 664/2006 de 26.06.06.

<sup>84</sup> Concretamente, la Sentencia aludida (STS 458/2010 de 30.06.10) reza:

*“33. Ahora bien, las peculiaridades de la responsabilidad regulada en el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, determinantes de que con frecuencia se halla calificado de “responsabilidad abstracta” o de “responsabilidad formal”, no alteran su naturaleza para transformarla en “sanción”, como lidlo prueban:*

*1) El hecho de que no sólo determina un efecto negativo para el administrador, sino un correlativo derecho para los acreedores.*

*2) Que la norma no impide al administrador subrogarse en la posición del acreedor y repetir contra la sociedad con éxito en el caso de que la sociedad, pese a estar incurso en causa de disolución, tenga bienes suficientes para atender su crédito.”*

<sup>85</sup> BELTRÁN, E., “Pérdidas y responsabilidad de los administradores. (Comentario a las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 23 de noviembre de 1991 y de la Audiencia Provincial de Oviedo de 1 de diciembre de 1992)”, *RDM* nº 205 (1992), pp. 471-486.

<sup>86</sup> Así lo hacen las SSTs: 1093/2002 de 14.11.02 y 158/2004 de 01.03.04. En ésta última expresamente se señala que tal responsabilidad es *“objetiva y solidaria”*.



acto de no proceder a la disolución concurriendo causa material para ello. Tal falta de necesidad de la acreditación de negligencia distinta a la contravención de la norma, unida al hecho de que tampoco se considerara necesaria la demostración de nexo causal -porque en puridad no se reclaman “daños”, sino que se impone una sanción-, eran las razones de fondo que movían al Tribunal Supremo al dictado de esta doctrina.

Sin embargo, tal régimen objetivo es un cuerpo extraño dentro de nuestro ordenamiento de la responsabilidad civil, lo que obligó al propio Tribunal Supremo a ir matizando progresivamente su propia doctrina. El punto de partida lo constituyó la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 28 de abril de 2006, en un momento coincidente con una importante renovación de Magistrados de la Sala que procederían a revisar paulatinamente toda la doctrina sobre los principios subjetivos de la responsabilidad civil en el Derecho español, no sólo del concreto particular que nos atañe, sino derivada de cualesquiera actividades. Así, dicha Sentencia constituyó un hito en cuanto que el Tribunal se decantó por revisar la propia concepción de la responsabilidad como pena, indicando que ello no puede significar el alejamiento, sin más, del régimen de la responsabilidad civil, bien que con rasgos muy específicos<sup>87</sup>. Aunque todavía, desde entonces, aparezcan numerosas Sentencias en las que se señale el carácter sancionador de la norma y la aplicación *ope legis* de la sanción en cuanto se verifiquen la existencia de la causa de disolución y el incumplimiento por parte del administrador de sus deberes<sup>88</sup>, lo cierto es que el Tribunal comenzó a incluir entre los presupuestos de la acción, la necesaria imputación al administrador de la conducta pasiva.

Esta línea de consideración de la imputación, aunque en un modo peculiar, ha calado en la actual doctrina del TS. Véase al efecto la crucial Sentencia de 13 de junio de 2012 en la que expresamente se señalaba como requisito de prosperabilidad de la acción la imputabilidad al administrador de la conducta pasiva y la inexistencia de causa justificadora de la omisión<sup>89</sup>. Esta deriva hacia posiciones más subjetivistas

---

<sup>87</sup> Esta Jurisprudencia fue avalada por numerosas resoluciones posteriores que reproducían la misma argumentación: SSTS 05.10.2006; 22.11.2006; 21.02.2007; y, entre otras muchas, 20.11.2008.

<sup>88</sup> En este sentido, SSTS 14.05.2008; 10.07.2008; 23.07.2008; 12.02.2009 ; 12.03.2010; y 30.06.13.

<sup>89</sup> Concretamente, la Sentencia (STS 371/2012 de 13.06.12) expresaba: “43. A su vez, para el caso de incumplimiento de tal obligación, en la fecha en la que se desarrollaron los hechos litigiosos la Ley imponía a los administradores la responsabilidad solidaria por todas las deudas sociales, al amparo de lo que dispone el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 367.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -, para lo que, tratándose de disolución por pérdidas, era preciso que concurriesen los siguientes requisitos:

1) La causa de disolución prevista en el número 4 del artículo 260.1 del propio texto refundido - [l]a sociedad anónima se disolverá: (...) 4º Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente”.

2) La omisión por los administradores de la convocatoria de junta General para la adopción de acuerdos de disolución o de remoción de sus causas.

3) El transcurso de dos meses desde que la concurrencia de la causa de disolución fue conocida o pudo serlo.

4) La imputabilidad al administrador de la conducta pasiva.

5) Inexistencia de causa justificadora de la omisión.

44. No requiere, por el contrario, la existencia de daño o perjuicio a terceros -concepto que no coincide con el de asumir la “obligación” de la sociedad frente a acreedores-, ni, claro está, relación de causalidad directa o indirecta entre el comportamiento omisivo y el daño.

coherentes con nuestro sistema, que es la actualmente mantenida, ha provocado también un cambio en la denominación de la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad, que ha pasado de calificarse como “objetiva o cuasi objetiva”, a ser merecedora de las fórmulas, “abstracta”, “formal”, “*ex legis*”. En tales términos la matizan las SSTs de 30 de junio de 2010 (la cual expresamente, como se ha dicho, niega el carácter sancionador de la norma), y 19 de noviembre de 2011, entre otras.

Hoy, en definitiva, la Jurisprudencia no se ha despojado del concepto de base que entiende la norma como sancionadora, sin embargo, por la vía de la negación del objetivismo inicialmente concebido, ha introducido criterios que permiten aproximar la institución, dentro de su excepcionalidad, al régimen de responsabilidad por daños en el sentido de que ha de tomarse en consideración el juicio de imputabilidad del administrador. En los últimos cuatro años ésta es la línea que se está manteniendo de manera cada vez más consolidada.

Línea que se ve ratificada por la admisión, como veremos en epígrafe posterior, de supuestos de exoneración de los administradores diferentes al cumplimiento de los deberes impuestos por el tipo, y por el rechazo, en ocasiones, de demandas que no han sido ejercitadas bajo la buena fe, entendiendo por ello los supuestos en los que el demandante era conocedor de la situación de insolvencia de la sociedad con que contrató. En este sentido resulta necesaria la citación de la muy interesante Sentencia del TS de 5 de diciembre de 2007, que, con cita de anteriores (28.04.06 y 05.10.06) señala que el régimen instaurado por el artículo 367 LSC no puede estar a espaldas de los principios del sistema de responsabilidad general que pueden determinar la moderación de la apreciación de la responsabilidad y sus consecuencias según la valoración que se haga de la conducta de los responsables atendiendo a las concretas circunstancias del supuesto de hecho<sup>90</sup>.

Sin embargo, las cosas son muy diferentes en las Audiencias Provinciales, ancladas muchas de ellas en la concepción puramente objetiva de la acción con

---

45. Como ha reiterado la doctrina, se trata de una institución preconcursal por la que los administradores están obligados a promover la disolución y liquidación de la compañía por vía societaria cuando la sociedad aún puede cumplir íntegramente sus obligaciones, sin esperar a que el deterioro del patrimonio la coloque en situación de insolvencia concursal”.

<sup>90</sup> Concretamente, la STS 1325/2007 de 05.12.07 aludida, expresa que “...tal y como se precisa en las Sentencias de 28 de abril de 2006 (del Pleno) y de 5 de octubre de 2006, esta caracterización de la responsabilidad no obsta a que los principios del sistema de responsabilidad general, y en especial la necesaria conexión entre las responsabilidades de la Ley de Sociedades Anónimas y las reglas generales de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil -y la jurisprudencia que los desarrolla-, determinen la necesidad de atemperar su apreciación y consecuencias, en razón de la valoración de la conducta de los responsables atendiendo a las circunstancias de carácter objetivo y subjetivo concurrentes; valoración a la que también es necesario llegar -como indica la Sentencia de 28 de abril de 2006 - si se parte de una concepción de la responsabilidad de que se trata como una suerte de sanción. En esta Sentencia se explica esta modulación, partiendo de que la responsabilidad de los artículos 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, constituye un supuesto de responsabilidad extracontractual -no obstante decisiones orientadas en otro sentido- que requiere la existencia de un daño, por lo general, el impago del crédito que se reclama, el cual se presenta como indirecto desde la perspectiva del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas - toda vez que la insolvencia de la sociedad deudora no puede tomarse como un supuesto de lesión directa causada por los administradores-, y enlazado causalmente de forma muy laxa con el comportamiento omisivo de los administradores como son la carencia de convocatoria en plazo, o la omisión del deber de solicitar la disolución judicial o el concurso”.

fundamento en la primera doctrina de nuestro más Alto Tribunal. En nuestra opinión, con apoyo en la propia línea apuntada por el TS y en las posiciones doctrinales apuntadas, debe ser calificada como errónea toda Jurisprudencia “menor” que hoy todavía califica la responsabilidad reseñada como “objetiva”<sup>91</sup>. Calificar la responsabilidad por este supuesto como “objetiva” supone, claramente, examinarla desde la perspectiva tradicional de la responsabilidad por daños<sup>92</sup>, pero es obvio que en este supuesto no es así porque lo que exige la norma no es la existencia de un daño -que el tercero podrá reclamar por la vía de los artículos 238 ó 241 LSC-, sino de una deuda posterior a la concurrencia del supuesto prevenido por el artículo 367 de la LSC, lo cual es muy diferente.

Prueba judicial de la completa diferencia que hay entre una cosa y otra la constituye la SAP de Madrid de 21 de septiembre de 2012<sup>93</sup>, en la que, formulada en su día una demanda al albur del artículo 105.5 LSRL, la Sala terminó por desestimar la demanda por entender que no existía deuda al haber existido un mutuo incumplimiento previo de las respectivas obligaciones por parte de ambos litigantes, lo que hizo entender a la Sala que no existía título que expresara que la reclamada fuera una deuda social.

#### **4.3. Presupuestos y ámbito de aplicación de la norma.**

El presupuesto que funda la responsabilidad ex. art. 367 es la concurrencia de una causa legal de disolución que obliga al administrador a adoptar una serie de deberes, que serán el ámbito objetivo de la norma. El problema consistirá, por tanto, en perfilar adecuadamente el alcance de dichas causas de disolución y, especialmente, el momento en que surjan, tanto para contar el tiempo que tiene el administrador para obrar, como para calificar las deudas de “posteriores” –y por ello objeto de la acción-, así como el momento en que nace la posibilidad del ejercicio de la acción.

Primero hay que determinar con exactitud las causas que provocan la disolución de la sociedad. Son las expresadas en el artículo 363.1 LSC y, si bien hay algunas que no generan excesivos problemas para delimitar su real ocurrencia material y el momento de su eclosión, hay otras en las que la tarea no es tan sencilla.

Así, la causa establecida en el artículo 363.1 a) (cese en el ejercicio de la actividad) resulta de no muy difícil acreditación para el actor en los supuestos de desaparición o cierre de facto de la sociedad, pues existirá un número indeterminado de indicios que señalen de forma inequívoca dicho cese (no presentación de cuentas; baja en los registros tributarios y de S. Social por impago; cierre del domicilio social; inatención de línea de teléfono y correo...). El tenor del precepto (*se entenderá que se ha producido el cese tras un periodo de inactividad superior a un año*), desde el punto

---

<sup>91</sup> La SAP Zaragoza, sec. 5ª, 678/2010 de 11.11.2010, y la generalidad de la Jurisprudencia de esta Audiencia, literalmente, señala: “Por ello, ha de estimarse que, a la vista de las pretensiones de la parte actora, que insta tanto la responsabilidad subjetiva del art. 133 LSA como la objetiva del art. 105 LSRL”

<sup>92</sup> SACRISTÁN BERGÍA, F., *La responsabilidad de los administradores...cit. pag. 253* afirmaba que “La consideración de este supuesto como de responsabilidad objetiva, lo aproximaría a un supuesto de responsabilidad indemnizatoria, cuya calificación ha sido descartada dada su naturaleza sancionatoria”.

<sup>93</sup> SAP Madrid, sec. 28ª, 258/2012 de 29.09.12. Pte: GALGO PECO, A.

de vista de la práctica forense nos viene a indicar que el actor cumplirá con acreditar dicho año de inactividad (ininterrumpido), tras el cual nacerá la causa de disolución.

El supuesto siguiente del ordinal b) (conclusión de la empresa) resulta de muy difícil prueba y poco operativo, pues en la mayoría de los casos las mercantiles tienen una aspiración de duración indefinida. En este punto ha de prestarse especial cuidado a no confundir la duración de la empresa que, de estar fijada en los estatutos, producirá su disolución de pleno derecho ex. art. 361.1a) LSC en el momento en se cumpla el plazo señalado, con la conclusión de la empresa, que tiene que ver con una concreta actividad cuya terminación podrá dar lugar a la liquidación de la sociedad, pero también podrá eludirse ésta mediante una modificación del objeto social. En cualquier caso, será esta segunda opción la que requiere una conducta activa del administrador social.

La causa expresada en el artículo 363.1 c) (imposibilidad manifiesta de consecución del fin social) muchas veces es acreditada mediante la concurrencia de la existencia de otras causas de disolución, que justificarán, precisamente que de forma inequívoca la sociedad no puede cumplir sus objetivos. Así, será causa que impida el cumplimiento del fin social una notoria infracapitalización en relación con el volumen de las operaciones emprendidas<sup>94</sup> o, la inactividad de la empresa de la sociedad por causas sobrevenidas (p.ej. el caso de empresas de distribución de carbón doméstico, que ha quedado prohibido). En todo caso, desde el punto de vista práctico, es la señalada una causa cuya invocación redundará en el éxito de la acción.

La que se refiere en el artículo 363.1 d) paralización de los órganos sociales, que será de difícil acreditación desde el exterior. El supuesto más común, que requerirá la actuación positiva del administrador es el de pequeñas sociedades con pocos partícipes que se ven bloqueadas por la existencia de dos facciones irreconciliables con la mitad de las participaciones cada una de ellas. Problema muy relevante en este caso será el de determinar el día en el que se puede decir que no queda otra solución que la liquidación.

Las expresadas en los epígrafes f) y g) resultan de más fácil comprobación, pues siempre responderán a una decisión adoptada en junta general que tendrá más fácil comprobación mediante las oportunas Actas de la Junta General. Además, dichas causas tienen un señalamiento de su ámbito temporal más sencillo, en cuanto que su generación será fruto de un concreto acto. Respecto de la h) (previsiones estatutarias), lógicamente habrá que estar a su expresión literal para conocer por qué se generan y cuándo.

Hemos dejado para el final la causa expresada en el artículo 363.1 e) (pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o reduzca en la medida suficiente y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso) porque, en buena medida, es la

---

<sup>94</sup> Este supuesto de la infracapitalización ha sido muy abundante en el contexto actual de crisis de la construcción, en la que hemos visto cómo pequeñas S.L. con un capital social mínimo de 3.000 euros han afrontado operaciones de varios millones de euros. Sin embargo, no he tenido oportunidad de encontrar Sentencias en los últimos años en que tal fuera la causa que justificara el ejercicio de la acción ex. 367 LSC, aunque en algunas de las citadas en este trabajo se cite tal causa como un elemento más para tratar de acreditar la actuación culpable de los administradores.

verdadera causa alegada en la mayoría de supuestos que hemos tenido posibilidad de estudiar.

Indudablemente el precepto genera problemas, sobre todo, de concepción temporal, pues no es fácil aprehender el momento exacto en que las pérdidas reducen el patrimonio neto por debajo del límite concreto establecido. Además, no contribuye a despejar el panorama el hecho de que el legislador haya añadido la circunstancia de la procedencia de declaración de concurso, cuya causa es la insolvencia concurrente o inminente, que no necesariamente significa situación de pérdidas agravadas, sino mera imposibilidad de atender a las obligaciones corrientes.

En primer lugar ha de estarse a que “patrimonio neto” se refiere, sin lugar a dudas, a la definición que se expresa en el artículo 36 del CCom, y su contabilización deberá hacerse con arreglo a las normas contables establecidas en el propio Código de Comercio y la normativa contable vigente. Por su parte, el capital social deberá referirse al valor nominal de las acciones suscritas.

Pero, como es de ver, el problema esencial radica en determinar el momento en que las cuentas determinen estos resultados que obliguen a los administradores a convocar la Junta para la adopción del acuerdo pertinente. Es lógico considerar que las cuentas, por mucha diligencia que se empeñe en ellas, no permiten realizar un balance de comprobación diario –aunque sí trimestral-, pero hay que partir del deber general de diligencia que incumbe a los administradores y, muy especialmente del que le obliga a mantenerse informado de la marcha de la sociedad.

Esto así, la respuesta no ha sido pacífica en nuestros Tribunales, aunque exista una línea mayoritaria marcada últimamente por el Tribunal Supremo. Parte de nuestros Tribunales entendió que, dado que el concepto de “pérdidas” no es materialmente aprehensible hasta el momento en que se cierre el ejercicio social, el que habrá de tomarse como de concurrencia de la causa de disolución, y, por tanto, del nacimiento de las obligaciones del administrador, será el de la formulación de las cuentas anuales, y si este plazo se incumpliere, el del último día señalado para ello –tres meses desde el cierre del ejercicio social-. Así, p. ej., STS de 23.02.04. Esta fijación, sin embargo, no resuelve los casos en que concurren circunstancias sobrevenidas inmediatas de extrema gravedad que obligan a la adopción urgente de alguna medida por parte de los administradores, sobre todo en situaciones de insolvencia.

Por ello, habida cuenta además que el fin de la norma es claramente tuitivo de los intereses de los terceros acreedores y del tráfico jurídico, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a determinar que la causa de disolución tendrá lugar desde el mismo momento en que los administradores tengan conocimiento de los hechos que la motivan, o debieran haberlo tenido. Esta segunda posibilidad indica, una vez más, el deber de los operadores jurídicos de realizar un examen a posteriori de las circunstancias del caso para determinar si, con arreglo a los estándares de diligencia exigible a los administradores, les era dado conocer en un momento dado la existencia de dicha causa. En esta línea se han inscrito un importante número de resoluciones del TS que, desde la de 30.10.00, han ido remarcando que el dato decisivo para el cómputo lo constituye el conocimiento que los administradores han adquirido,

o podido adquirir, del acaecimiento de la causa. Así, SSTs 16.07.07, 23.10.08, 14.07.10 y 17.03.11, entre otras muchas<sup>95</sup>.

#### 4.3.1. **Ámbito objetivo.**

A priori, no resulta en exceso conflictivo qué es lo hay que reclamar y en qué condiciones, pero, como se verá, existe un problema que ha generado multitud de Sentencias: la determinación del momento en que se ha de considerar que surge la causa de disolución y el consiguiente plazo que tiene el administrador para convocar la junta general que adopte la decisión consecuenta con el tipo legal. Dejamos para más adelante tal cuestión.

En primer lugar, como cuestión poco conflictiva debe decirse que el precepto extiende la responsabilidad de los administradores exclusivamente a las deudas sociales nacidas con posterioridad a la causa de disolución. Por tanto, el momento en que dicha causa de disolución nazca marcará el inicio de la cuenta de las deudas sociales que pueden reclamarse a los administradores de forma solidaria con la propia mercantil.

Para la concreta delimitación de la deuda reclamable, habrá que estar al concreto título jurídico que la otorgó, así como tomar en consideración que el administrador demandado, en razón de su solidaridad pasiva podrá oponer, además de sus propias excepciones, todas las que deriven de la naturaleza de la obligación social (art. 1148 CC)<sup>96</sup>.

La norma, no obstante, contiene una previsión de carácter procesal que permite al actor tener a su favor la presunción de que las deudas que reclame serán anteriores a dicha causa de disolución en tanto en cuanto el administrador no esté en condiciones de acreditar que son anteriores –o, lógicamente, que no existió tal causa

---

<sup>95</sup> Concretamente la última aludida (STS 173/2011 de 17.03.11) expresa: *“La posición de esta Sala sobre la fecha inicial del cómputo del plazo bimensual previsto en el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas ha sido sintetizada en la sentencia 460/2010, de 14 de julio, y aparentemente oscila entre la que sostiene que debe contarse desde el momento en que los administradores “conocieron o pudieron conocer” la situación de desequilibrio patrimonial ( sentencia 986/2008, de 23 de octubre), y la que mantiene que el cómputo debe iniciarse cuando “fue conocida” la situación económica sostenida en la 977/2000, de 30 de octubre, pasando por la que fija el dies a quo en la fecha en la que el administrador “no podía ignorar” la grave situación de descapitalización de la sociedad, afirmada en la sentencia 766/2002 de 18 de julio.*

20. Ahora bien, como tenemos declarado en la sentencia 680/2010, de 10 de noviembre, las divergencias indicadas no pasan de ser una simple apariencia fruto del necesario casuismo de la respuesta al caso concreto, ya que, como sostienen, entre otras muchas, las sentencias 1219/2004, 16 de diciembre, 986/2008, de 23 de octubre; y 14/2010, de 12 de febrero, día inicial del cómputo de los dos meses para la convocatoria de la Junta de la sociedad es aquel en que los administradores efectivamente conocieron la concurrencia de causa de disolución, o en que la habrían conocido de ajustar su comportamiento al de un ordenado empresario, entre cuyos deberes figura el de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad, a tenor de lo dispuesto hoy en el artículo 225.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y en la fecha en la que se desarrollaron los hechos en el artículo 127.2 de la Ley de Sociedades Anónimas”.

<sup>96</sup> Vid. a tal efecto, las SS. AA. PP Madrid, sec. 28ª, 258/2012 de 21.09.12, y Barcelona, sec. 15ª, 295/2012 de 14.09.12.

de disolución o tal deuda-. Se trata de una previsión lógica habida cuenta que, habitualmente, quien tendrá en su mano la prueba de los hechos será el propio administrador, poseedor de los libros de contabilidad de la sociedad. Esta previsión tiene especial eficacia en los muchos supuestos en los que, por falta de presentación de las cuentas de la sociedad en el Registro Mercantil, el actor se ve en la imposibilidad de acreditar el momento exacto de acaecimiento de la causa de disolución. En estos supuestos, la Jurisprudencia ha venido a entender que se produce una inversión de la carga de la prueba debiendo ser el administrador el que acredite que la sociedad no estaba en causa legal de disolución, o bien, que la causa de disolución fue posterior a la deuda reclamada<sup>97</sup>.

Pero la cuestión realmente importante dentro de la delimitación del ámbito objetivo de la norma consiste en la definición de los deberes que originan la responsabilidad. Así, el deber que impone con carácter primero el precepto es el de convocar en el plazo de dos meses desde el conocimiento de la concurrencia de la causa de disolución junta general. Dicha junta general, lógicamente, tendrá como objetivo afrontar las medidas previstas en el artículo 363.1 e) LSC: disolución o corrección del capital para conjurar la causa. Ha de señalarse que dicha junta general no puede tener por objetivo el que la Junta se pronuncie sobre la necesidad de la solicitud de concurso, puesto que la solicitud de concurso es un específico deber atribuido al administrador por los artículos 2, 3 y 5 LC. Pero se plantea la duda, a tenor de lo dispuesto en el art. 365.1 primer párrafo *in fine*, de si previamente es necesario un acuerdo de la junta general. Esto es, si la decisión de solicitar el concurso es competencia del administrador, o por el contrario es competencia de la junta, limitándose el administrador a ejecutar el acuerdo de junta. A este respecto, hay que recordar que el artículo 236.2 LSC expresamente evita que el administrador pueda exonerar sus deberes mediante el recurso al acuerdo de la Junta General. Por ello, a los efectos prácticos, tanto si es competencia de la junta, como si, como sostengo, es una facultad (y deber) específico del administrador, la situación de insolvencia debe tener la respuesta de la solicitud del concurso voluntario. Además, creo que ha de tener preferencia en este supuesto el claro mandato de la Ley Concursal por su condición de legislación especial frente a la societaria.

Siguiendo adelante, la mera convocatoria de Junta en el plazo de dos meses no agota el concreto deber estipulado para el administrador, puesto que si ésta no se celebrare por causas no imputables al administrador o, celebrada ésta, la Junta General fuera refractaria a la adopción de cualesquiera de los acuerdos necesarios para la remoción de la causa, el administrador vendrá obligado a solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses desde la fecha en que debió celebrarse la Junta o en que ésta adoptó el acuerdo contrario a la disolución.

Por lo tanto, el cumplimiento de los deberes legales sólo se entenderá perfeccionado en los supuestos indicados: solicitud de concurso en caso de insolvencia en los plazos señalados por la propia Ley Concursal; convocatoria de la junta o, subsidiariamente, solicitud de concurso.

Un supuesto que en la práctica se ha generado en abundancia es el del cumplimiento tardío de las obligaciones legales, o bien la sanación posterior de las

---

<sup>97</sup> Vid STS 27.05.04 y la muy reciente de la AP de La Rioja, sec. 1ª, 172/2013 de 14.05.13.

cuentas de la empresa que enervó la causa de disolución. Respecto de la segunda de las cuestiones, si el propio funcionamiento de la sociedad hizo que con posterioridad a las pérdidas agravadas tuviera ganancias que recompusieran su patrimonio neto, hay que concluir que, pese a ello, la responsabilidad nació porque no se cumplieron los deberes preceptuados, pero el propio hecho de que la sociedad volviera a la senda de la solvencia hace que el supuesto de hecho sea difícil de concebir y, además, tenga poco sentido, porque siendo la sociedad solvente, tendrá más sentido reclamar a ésta como verdadera obligada que al administrador solidariamente obligado.

La primera cuestión, la del cumplimiento tardío tiene que ver con los supuestos en los que, existiendo causa de disolución, por parte del administrador se da cumplimiento al deber de convocatoria de junta (o de solicitud de disolución judicial o, en su caso, concurso), pero se hace en tiempo más dilatado del que la norma previene. Para el TS el plazo es inexorable y son irrelevantes, tanto las causas que subyacen en la inobservancia del plazo, como la magnitud del retraso. Así lo ha señalado en Sentencias reiteradas: 09.03.06, 28.04.06 y 17.07.10.

Sin embargo, hay que considerar que, si admitimos que la responsabilidad no es de naturaleza objetiva y que, por tanto, requiere un juicio de imputabilidad de la conducta de los administradores, deberían admitirse, como ha señalado GARCÍA-CRUCES<sup>98</sup> supuestos en los que el administrador logre acreditar que la causa del retraso no le sea imputable, por ejemplo en casos en que ha agotado el plazo en encontrar con diligencia posibles vías de refinanciación o reflatamiento de la sociedad. Hoy ha de matizarse la cuestión porque la Ley Concursal por mor de la última reforma efectuada por la Ley 38/2011, ha incluido un específico artículo 5 bis que permite al deudor (por medio de su administrador) poner en conocimiento del Juez de lo Mercantil que sea competente para la tramitación del concurso *“que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio”*. El efecto primordial de esta situación preconcursal es que si se produce la comunicación dentro del plazo legal para solicitar el concurso, *“no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario”*, por lo cual debemos entender que la suspensión extenderá sus efectos al contenido del artículo 367 y, aquel administrador que dentro del plazo para solicitar el concurso, inicie las negociaciones para la refinanciación (o adhesión a convenio) y así lo comunique al Juzgado, quedará exonerado de responsabilidad si cumple con el resto de la condición exigida por el artículo 5 bis: la solicitud nuevamente del concurso en el plazo de un mes desde que transcurran tres de la comunicación al Juzgado si persistiera la situación de insolvencia.

#### **4.3.2. Ámbito subjetivo**

Las consecuencias del incumplimiento, la responsabilidad, se imponen a los administradores sociales, es decir, a quienes, de manera individual, plural o colegiada, constituyan el órgano de administración conforme a la forma dispuesta para la concreta sociedad en sus estatutos sociales.

---

<sup>98</sup> VV.AA. Director GARCÍA-CRUCES: *Insolvencia y responsabilidad*. Ob cit. pp. 45 y ss.



Son de aplicación al caso cuantas consideraciones hemos efectuado para la acción individual respecto de la responsabilidad solidaria de los miembros de un consejo de administración, así como de la falta de estimación de la delegación como posible causa de exoneración de los administradores. En este supuesto tiene más sentido mantener el rigor de la imputación, pues el objeto de la norma obliga a un deber reforzado que el delegante no puede eludir y, además, las específicas obligaciones que el precepto impone (convocatoria de junta, solicitud de concurso o solicitud de disolución judicial de la sociedad) se refieren a facultades que sólo el órgano de administración puede llevar a cabo, por lo cual no puede ninguno de sus miembros tratar de exonerarse por mor de la delegación de facultades efectuada.

La norma requiere que la condición de administrador concorra en la concreta persona responsable, en el momento de producirse la causa de disolución y el consiguiente incumplimiento del deber. Los problemas en este punto vienen de aquellos supuestos en los que el administrador deja de serlo después del incumplimiento. En este sentido conviene recordar el problema ya abordado respecto de la eficacia del cese aunque no sea publicado en el Registro Mercantil, o lo sea con posterioridad. La solución que aporta nuestra Jurisprudencia es la misma: el cese será eficaz siempre que se acredite su existencia material, pero no tendrá efectos frente a terceros de buena fe en tanto no sea publicado en la hoja registral de la sociedad<sup>99</sup>.

Esto así, si el cese se produce una vez ocurrida la causa de disolución, pero antes de los dos meses que establece el precepto, la solución más lógica es considerar que no puede ser declarado responsable dicho administrador en tanto que no tuvo oportunidad de cumplir el mandato en plazo legal. A salvo, claro está, de que el cese sea fraudulento y continúe ejerciendo una administración de hecho oculta, por lo cual, la prueba del cese y de su falta de intencionalidad corresponde al propio administrador. En ese supuesto, en mi opinión, no debería ser causa de exoneración una renuncia pura y simple cuyo objetivo fuera, precisamente, la elusión de la posible responsabilidad ante las dificultades societarias. Por tanto, para que fuera eficaz como exoneración la dimisión debería ir acompañada de la convocatoria de junta.

Por otra parte, el cese efectuado con posterioridad al transcurso del plazo legal sin que el administrador cesado hubiera llevado a cabo el cumplimiento de las obligaciones legales, ha de suponer la imposición de la responsabilidad. Sin perjuicio, claro está, de que dicha fecha tardía de cese señale el inicio del cómputo del plazo de prescripción de cuatro años.

Por último, en caso de cese de administradores, los nuevos incurrirán asimismo en responsabilidad si en el plazo de dos meses desde que acceden a la administración y por ello toman conocimiento (o deberían tomarlo) de la causa de disolución "heredada", no adoptan las medidas preceptivas.

Ha de señalarse, que al igual que ocurre en la acción individual, la responsabilidad de los administradores es personal y solidaria de todos los que la ejerzan. Pero en este caso es solidaria, además, con la propia sociedad. Ello hace que los administradores que paguen en nombre de la sociedad tengan una vía de regreso contra ésta para el supuesto de que tenga bienes. En el caso de pluralidad de administradores, además de la vía de regreso contra la propia sociedad, en el plano

---

<sup>99</sup> Así como paradigmas, SSTS 700/2010 de 11.11.10 y 435/2013 de 10.01.13, con todas las que en ellas se citan.

interno tendrán la posibilidad de repetir a cada uno del resto de los responsables por la cuota que le corresponda. La cual, a su vez, podrá ser reclamada a la sociedad por quien tuvo que pagar su cuota.

Por último, como ya se ha dicho, se trata de una responsabilidad cumulativa, lo que implica que su declaración no obsta a la declaración de responsabilidad por los mismos hechos conforme a otras acciones. Así, es posible que se acumule la responsabilidad por esta vía a la de la acción individual y, además, que pueda ser sumada a la que se pueda deducir en la pieza separada de calificación del concurso en razón de ser declarado culpable con atribución de responsabilidad.

#### **4.4. Supuestos conflictivos**

El epígrafe en cuestión trata de hacer parada en los supuestos que han generado más conflicto de forma reiterada en el ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas sociales ante los Tribunales.

##### **4.4.1. La buena fe del actor**

Como hemos afirmado, la Jurisprudencia del TS sobre el ámbito de aplicación de la responsabilidad estatuida por el art. 367 LSC y sobre su naturaleza, ha matizado su rígido formalismo inicial, eliminándose la idea de un inatacable objetivismo y estableciendo, en consecuencia, la concurrencia de un régimen de imputación al administrador que ha sido calificado como especial.

La originaria interpretación del artículo impedía cualquier excepción a favor de los administradores demandados en el momento en que se acreditaba que, al tiempo de administrar la sociedad, se produjo una causa de disolución que no fue atendida mediante los rígidos cauces establecidos en la Ley.

Sin embargo, fruto de la elaboración doctrinal y jurisprudencial que cuestionó el régimen objetivo, se fue abriendo camino en las resoluciones judiciales el planteamiento de que, si las deudas sociales eran posteriores al acaecimiento de la causa de disolución y el propio acreedor era conocedor de la situación de insolvencia de la sociedad, quizá no debiera imponerse responsabilidad al administrador porque el propio acreedor asumió por entero el riesgo y ventura de la operación. En el fondo de la cuestión late el principio de la buena fe mercantil.

Así, desde el año 2006, primero de forma tenue, pero posteriormente con mayor reiteración, se ha declarado por el Tribunal Supremo que la buena fe es exigible en el ejercicio de la acción en la medida en que no cabe apreciar responsabilidad de los administradores cuando la pretensión rebase los límites de aquélla. El fundamento de tal apreciación radica en la concepción de que los derechos deben ser ejercitados conforme a la buena fe, según lo que dispone el artículo 7.1 CC, que obliga a considerar que el acreedor no actuaría de manera “razonable, honesta y adecuada a las circunstancias” si, existiendo sospechas de solvencia de una empresa, se despreocupa de ello y opera imprudentemente con ella sin ningún límite<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> La STS 118/2006 de 16.02.06, pionera en esta cuestión, señala que: “No obstante, existen situaciones muy cualificadas en que ello es una carga inevitable en lógica comercial, y es cuando hay motivos

Es una cuestión de hecho que, por tanto, queda sujeta a la prueba de la concurrencia de las circunstancias que acrediten que la acción fue ejercitada pese a que, en el momento de concluir el negocio jurídico que concluyó en el impago, el actor conocía la situación de insolvencia y los riesgos derivados de la contratación.

Resulta paradigmática en este ámbito la STS de 18 de junio de 2012<sup>101</sup> por la fijación que realiza de los criterios a tomar en consideración para que prospere una excepción de ejercicio de mala fe de la acción de responsabilidad solidaria por deudas de los administradores. Excepción que, por supuesto, deberá ser planteada por los administradores demandados en la contestación a la demanda y cuya prueba de sus hechos acreditativos le incumbe a él. Los requisitos perfilados por la Jurisprudencia apuntada apuntan fundamentalmente a que el mero conocimiento de la precaria situación de la sociedad no puede tomarse por sí solo como indicio de la mala fe, sino que requerirá una serie de circunstancias de hecho concurrentes que acrediten, no además de dicho conocimiento, la voluntad fehaciente del demandante de llevar a cabo el negocio jurídico con plena asunción de los riesgos inherentes a dicha delicada situación, o bien la obligación profesional del demandante de investigar la situación patrimonial de la sociedad deudora antes de concluir el negocio jurídico oportuno (en el caso, p. ej., de Entidades Financieras)<sup>102</sup>. Así pues, habrá que estar a las circunstancias del caso para valorar la concurrencia de la mala fe en el ejercicio como parte de un ejercicio de imputabilidad subjetiva de los administradores. En el caso de la Sentencia referida, se estimó la excepción formulada porque el actor había sido miembro del Consejo de Administración de la sociedad administrada por el demandado<sup>103</sup>.

#### **4.4.2. La irretroactividad de las disposiciones legales.**

La segunda cuestión que merece nuestra atención por el poso dejado en la Jurisprudencia, aunque haya tenido menor desarrollo doctrinal, la constituye la regulación de las situaciones generadas por las sucesivas reformas operadas en el precepto legal, y muy especialmente por la introducida en el año 2005 que modificó un capítulo tan sustancial como es la limitación de las deudas sociales reclamadas a sólo aquellas que se produzcan después de acaecida la causa de disolución desatendida.

---

*suficientes o indicios racionales de la insolvencia. No puede amparar la norma al que se despreocupa de ello y opera sin ninguna cortapisa, por ejemplo, suministrando géneros al cliente de solvencia sospechosa. No puede pretender que jueguen entonces a su favor la imposición de la solidaridad de los administradores con la sociedad para el pago de las deudas sociales, no se actuaría entonces de la manera razonable, honesta y adecuada a las circunstancias de acuerdo con el art. 7.1 Código civil."*

<sup>101</sup> STS 395/2012 de 18.06.12.

<sup>102</sup> En la misma línea se habían pronunciado las Sentencias del TS 173/2011, de 17 de marzo de 2011; 826/2011, de 23 de noviembre de 2011; y 942/2011, de 29 de diciembre de 2011.

<sup>103</sup> Desde la apertura de esta línea de interpretación jurisprudencial del TS, se han pronunciado en el mismo sentido diversas Sentencias de las Audiencias Provinciales. Así, entre otras, las Sentencias de las AA. PP. de Salamanca sec. 1ª, 315/2012 de 05.06.12; Burgos sec. 1ª, 409/2012 de 15.11.12; y Valencia, sec. 9ª, 421/2012 de 27.11.12.

Han sido numerosos los supuestos de demandas formuladas al albur del actual artículo 367 LSC después de la reforma operada por la Ley 19/2005 fundadas, empero, en hechos anteriores a la demanda. Es decir, se trata de demandas posteriores a 2005 que pretenden la condena a los administradores “a todas las obligaciones sociales” al referir el hecho de la causa de disolución a momentos anteriores a la reforma.

En dichos supuestos ha sido habitual que los administradores hayan tratado de oponer una “pluspetición” al considerar, precisamente, que dado el carácter sancionador del precepto, tal y como fue definido por la propia Jurisprudencia mayor y menor, debe regir el principio de retroactividad de las normas sancionadoras más favorables que rige en nuestro ordenamiento.

Desde el momento en que se formularon tal tipo de excepciones, la respuesta, esta vez sí, de la Jurisprudencia, tanto del TS como de las Audiencias, ha sido unánime y reiterada: no existe tal retroactividad y, por tanto, en los supuestos que todavía puedan plantearse (que son muchos, a la vista del régimen de prescripción establecido) respecto de causas de disolución constatadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 19/2005, la respuesta es que las deudas por las que deberá responder el administrador serán, no sólo las nacidas con posterioridad a la ocurrencia de la causa, sino también las anteriores.

El interés de esta cuestión, por tanto, estriba no tanto en la existencia de polémica dentro de la evolución Jurisprudencial, sino en la coherencia y pertinencia de los argumentos utilizados por su indudable interés práctico a la hora de determinar la real, y peculiar, naturaleza jurídica del precepto.

De este modo, tomando como epítome de toda la consolidada Jurisprudencia la STS de 20 de junio de 2013, cabe destacar la interpretación que hace el Tribunal de la regla transitoria tercera del CC, según la cual, cuando una falta que el Código Civil sanciona con penalidad civil esté penada en la legislación anterior tras una reforma, deberá aplicarse la más benigna de las dos. Según el Alto Tribunal, esa máxima de retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables contenida, no sólo en el CC, sino “*a sensu contrario*” en el artículo 9.3 de la Constitución Española, no es aplicable al caso porque la norma del artículo 262.5 LSA, tal como fue reformada por la D.F. Primera de la Ley 19/2005 no es sancionadora, “*empleada la expresión en sentido propio*”.

Porque, según describe el TS, el término “sanción” sólo puede admitirse respecto de esta norma en un sentido impropio aunque su resultado sea aflictivo para el administrador, y ello como consecuencia de que no persigue sino remotamente un interés general, reiterándose, además, el argumento expresado en la ya citada STS de 30 de junio de 2010 (Vid. supra) de que no puede considerarse en puridad de conceptos como sanción la consecuencia que genera, de forma correlativa al empobrecimiento del sancionado, el enriquecimiento del auspiciador de la sanción; ni puede serlo si el sancionado tiene un posterior derecho de repetición contra la sociedad. Concluye, por tanto, el TS afirmando que, no siendo una disposición sancionadora, no puede tener carácter retroactivo por no haberlo previsto así de modo específico la propia norma de reforma: la Ley 19/2005.

Por tanto, con independencia del particular régimen de irretroactividad señalado por el TS en su pacífica Jurisprudencia, es ilustrativa y elocuente la argumentación ofrecida por el Tribunal respecto a la naturaleza sancionadora del

precepto, que, por ello, debe ser medida en sus términos apropiados y no llevarse más allá del ámbito mercantil para el que fue redactada.

#### 4.4.3. La extensión de la responsabilidad a los administradores de hecho.

Otro concreto supuesto de hecho conflictivo que ha merecido nuestra atención lo constituye la particular polémica, más doctrinal que jurisprudencial, a propósito de la extensión de la responsabilidad regulada en el artículo 367 de la LSC a quien no sea el administrador de la sociedad que obra en el Registro Mercantil, pero opere como “administrador de hecho”, ya lo haga de forma notoria u oculta.

La razón de la polémica estriba en la ubicación sistemática del precepto, alejado del concreto Capítulo en que se regula la responsabilidad de los administradores y las acciones social e individual para exigirla. Así, mientras el artículo 236 LSC expresamente señala como sujetos a responsabilidad a los administradores “*de derecho o de hecho como tales*”, el artículo 367 LSC no menciona a los de hecho y habla únicamente de “los administradores”.

Esta diferencia dio pie a parte de la doctrina (y de la Jurisprudencia) a entender que el régimen de responsabilidad por no promoción de la deuda no podía ser extendido a los administradores de hecho porque la propia Ley no los ha señalado expresamente como en el caso de las acciones de responsabilidad por daños<sup>104</sup>. Los defensores de esta tesis señalan en su apoyo que es muy significativo que, frente a lo que ha ocurrido en el caso del régimen de responsabilidad general de los administradores, la norma no ha variado en este punto desde su inicial aprobación en 1989, lo cual revela, sin duda, una voluntad del legislador de no hacer el supuesto extensible a los administradores de hecho. Además de este criterio de literalidad de la norma, quienes sostienen esta tesis señalan que los administradores de hecho –pensando fundamentalmente en los que han sido llamados “ocultos”– no pueden efectuar válidamente por sí las concretas operaciones (disolución, remoción de la causa o solicitud de concurso) que ordena el precepto, por tratarse de actuaciones que se corresponden con facultades exclusivas del administrador (la convocatoria de junta general o la solicitud de concurso). Por ello, sería de todo punto injusto imponer una consecuencia tan drástica a quien no está en condiciones de obrar de otro modo.

Esta es, además, la postura que ha mantenido ocasionalmente el TS con anterioridad, y alguna de las Audiencias Provinciales con fundamento, sobre todo, en la voluntad del legislador que no discrimina donde podría haberlo hecho<sup>105</sup>.

Por su parte, la mayoría de la doctrina ha mantenido lo contrario, precisamente con fundamento en la propia delimitación que jurisprudencia y doctrina han realizado de los perfiles del administrador de hecho. Entiende el conjunto de autores que apoyan la aplicación del régimen del artículo 367 al administrador de hecho, (GARCÍA-

---

<sup>104</sup> Así la STS 417/2006 de 28 de abril de 2006, sin paliativos, expresaba: “...se trata de una responsabilidad que sólo ha de ser exigida, por su naturaleza, a los administradores de derecho, no a los de hecho.”

<sup>105</sup> Así, entre otras, SS. AA. PP. de Córdoba, 12.01.07; Zaragoza, 13.07.07; Valencia, 16.04.08. Para el TS, vid. STS de 23.03.06.

CRUCES, BELTRÁN, HUERTA VIESCA/RODRÍGUEZ RUIZ, MARÍN DE LA BÁRCENA, LATORRE CHINER, PERDICES HUETOS...<sup>106</sup>) que el criterio formalista alegado en primer lugar no es en modo alguno decisivo, pues el artículo 367 no puede leerse de modo aislado, sino que ha de hacerse de modo conjunto y sistemático con el artículo 236 que establece un régimen general del cual los demás preceptos que regulan las diferentes acciones no son sino expresiones particulares.

Considera, además, el conjunto de los autores señalados, representativo de la mayoría de nuestra doctrina, que si la interpretación formalista fuera correcta, el legislador estaría “premiando” de modo injusto y absurdo la administración de hecho, favoreciéndola de este chocante modo.

Pero, afinando la cuestión, la citada doctrina entiende que los administradores de hecho han de responder no tanto por no convocar la junta general para adoptar las decisiones que señala el artículo 363, sino en cuanto que, como administradores de hecho, tienen exactamente las mismas obligaciones que el administrador de derecho. Y, por ello, si la finalidad del precepto es conseguir la disolución o saneamiento de una sociedad en mal estado a los efectos de proteger la seguridad del tráfico mediante la prevención, el administrador de hecho estará obligado a emplear cuantos medios estén a su alcance para conseguir los efectos deseados por la norma.

La identificación de tales medios es una cuestión más compleja. Así HUERTA VIESCA/RODRÍGUEZ RUIZ<sup>107</sup> entienden que los administradores de hecho sí que están obligados a convocar la Junta General y por tanto ésa será la conducta exigible. Entienden dichos autores que ello es consecuencia de que el artículo 236, que equipara la administración de hecho a la de derecho en toda su extensión, no sólo define un régimen de responsabilidad de los administradores, sino también un régimen general de actuación para estos, de modo que cuando en dicho precepto se habla de los “deberes inherentes al cargo” se está afirmando que todos los deberes de la administración “de derecho” son exigibles al administrador de derecho.

Sin embargo el mero voluntarismo del administrador de hecho no es suficiente, pues el problema reside en que la convocatoria de la junta por un administrador de hecho será nula y en consecuencia, también cualquier acuerdo que se adopte en la junta, dado que únicamente los administradores debidamente nombrados y con cargo vigente pueden convocar la junta (art. 166 LSC). En cualquier caso, más allá del modo en que el administrador de hecho pueda conseguir que el administrador de derecho convoque la determinante Junta General, lo cierto es que la imputación de su conducta habrá de realizarse sobre el conjunto de su actuación al concurrir la causa de disolución, debiendo por ello realizarse el oportuno juicio de imputación sobre la adecuación de su conducta a la consecución del fin previsto por la norma por cuantos medios estén a su alcance.

Finalmente, la Jurisprudencia del TS parece haber acogido esta tesis en su Sentencia de 14 de abril de 2009, en la que se afirma tal posibilidad pero sin argumentación alguna al respecto.

---

<sup>106</sup> Vid. para todos ellos Obs. cit.

<sup>107</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA/HUERTA VIESCA, *La responsabilidad...* Ob. cit. pp. 196 y ss.

## **5.- LA INDEBIDA UTILIZACIÓN DE LAS ACCIONES.**

El título del epígrafe no es caprichoso. El camino recorrido nos pone en condiciones de abordar dos cuestiones de suma importancia en el momento actual, que tienen que ver ambas con el uso indebido que, a nuestro juicio, se está efectuando de las diferentes acciones objeto de nuestro estudio. Uso indebido que, en unos casos tiene su causa en la búsqueda de atajos que eviten el concurso, que debería ser la norma de referencia para los supuestos de crisis societaria, y en otros tiene su raíz en un inadecuado análisis de los presupuestos de cada acción.

### **5.1. El uso de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad de capital como alternativa al concurso.**

El objeto de este apartado es el examen de la interacción entre el complejo proceso concursal y las acciones de responsabilidad, con el objeto de aclarar si se trata de sistemas independientes o, por el contrario, interfieren el uno sobre el otro de manera que hayan de arbitrarse mecanismos de coordinación. Y todo ello con el objeto último de averiguar si la existencia de los dos sistemas está propiciando, de algún modo, que se produzca un “abuso” (o uso indebido, como hemos titulado) en el ejercicio de las acciones de responsabilidad con postergación del mecanismo legal preferente: el concurso de acreedores.

Se parte, como hipótesis, de la idea de que la última reforma concursal ha venido a rectificar el sistema anterior que, lejos de animar a los acreedores insatisfechos de sociedades de capital insolventes a que instaran el concurso necesario para el cobro de sus créditos y posteriormente, si procedía, solicitaran en pieza separada la declaración de concurso culpable con la oportuna declaración de responsabilidad, no sólo de los administradores, sino también de otros cómplices responsables, lo que vino a consagrar es la posibilidad de que los acreedores de todas aquellas sociedades que no solicitaban la declaración de concurso en situaciones de insolvencia, prefirieran acudir a la vía del ejercicio de las acciones de responsabilidad, de tránsito mucho más breve y despejado.

El punto de partida necesario para el examen de esta cuestión lo constituye el tratamiento que en la Ley Concursal se otorga a las acciones societarias de responsabilidad que se hallen pendientes al momento de declararse el concurso y a las que se pretenda iniciar una vez el concurso haya sido abierto, siendo indiferente que el proceso concursal sea voluntario o necesario.

Dejando de lado el tratamiento que se dé a la acción social de responsabilidad, cuyos efectos serán beneficiosos para la masa activa porque, de prosperar, el administrador deberá restituir al patrimonio social el importe del daño que le causó, conviene detenerse en el tratamiento que se dispensa a las acciones instituidas en los artículos 241 y 367 de la LSC.

Por lo que respecta a la primera, nada dice la Ley Concursal respecto de ella, dado que su resultado, aparentemente, no tendrá ninguna trascendencia en el concurso, pues se trata de una acción ejercitada por un tercero contra quien no es parte legítima en el concurso, por lo que, si finalmente prospera la acción, no se producirá ningún efecto inmediato en el activo ni en el pasivo de la sociedad concursada,

ya que el crédito que asiste a quienes hayan accionado, perjudicados de modo directo por el administrador demandado, no puede ser nunca calificado como concursal. En consecuencia, al no existir referencia alguna sobre ello en la LC, la acción de tal tipo que esté en curso o se entable, continuará su procedimiento ante el Tribunal ante el que se haya ejercitado, que puede no ser el mismo que conozca del concurso.

Es evidente que si las acciones se ejercitan con exactitud tal riesgo es mínimo y, como se ha dicho por nuestra doctrina más cualificada “...desde el punto de vista del Derecho Concursal esta acción [ex art. 241 LSC] es irrelevante y no parece que tenga sentido que la declaración de concurso deba desplegar efecto alguno sobre ella.”<sup>108</sup>

Pero, aun con toda la razón que asiste a dicho autor, la realidad es que, una cosa es que no tenga relevancia alguna para el Derecho Concursal, y otra muy diferente que en la práctica forense no tenga consecuencias prácticas, puesto que existe en nuestra Jurisprudencia menor cierta confusión en el concepto de “daño directo” que impone el tenor de la acción individual de responsabilidad, de modo que en ocasiones ocurre que se califica como acción individual lo que no debiera serlo, porque el daño fue infligido a la sociedad y no directamente al tercero. Obviamente en estos supuestos de declaración equivocada de responsabilidad del administrador social la consecuencia perniciosa para el concurso es evidente, pues créditos que deberían haber aumentado el conjunto de la masa activa, son indebidamente calificados por otro Juez como debidos directamente a los acreedores reclamantes, de manera que devienen irrelevantes para el concurso.

A título de ejemplo, véase la SAP Gerona de 20 de septiembre de 2011<sup>109</sup>, en la que se condena de modo absolutamente equívoco, a nuestro juicio, a los administradores de una S.L., a pagar el importe de unas deudas de la sociedad que administraban sin que en modo alguno estuviese acreditado que el daño que sufrieron los actores fuera directo, sino que, en todo caso, fue un daño causado a la propia sociedad que administraban (el equívoco de la Juzgadora llega, incluso, a condenar por la acción del artículo 241 LSC (135 LSA) a la propia sociedad). Por ello, dicha acción, entablada como acción individual de responsabilidad, no debió prosperar y sí podría haberlo hecho una que se hubiera entablado con fundamento en el daño causado a la sociedad, que sí tiene trascendencia concursal. Si simultánea o posteriormente la mercantil demandada hubiera sido declarada en concurso, el perjuicio habría sido evidente. En el mismo sentido, en nuestra opinión, podríamos citar las SAP de La Coruña de 2 de febrero de 2012; Orense de 27 de marzo de 2013 y Zaragoza, de 28 de febrero de 2012.<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “La responsabilidad concursal”, en VV. AA. (Directores, ROJO/BELTRÁN): *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 345.

<sup>109</sup> SAP Gerona, Secc. 1ª. Sentencia nº 360/2011 de 20.09.2011. Pte: Soler Navarro, M.I. En los hechos probados no se advierte actuación alguna de los administradores que provocara la insolvencia de la sociedad. Lo más llamativo de la Sentencia es que, se absolvió al administrador de la acción ejercitada con fundamento en el artículo 367, pero se le condenó por la ejercitada al amparo del 241, utilizando para ello los criterios de la insolvencia de la sociedad.

<sup>110</sup> Tal vez, vid. *Infra*, ocurra que se esté haciendo un tratamiento indebido y confuso de ambas acciones (241 y 367 LSC) en parte de la jurisprudencia de las Audiencias, consistente en una mezcla de presupuestos de una y otra que produce el efecto de trasvasar el concepto abstracto o formal de la segunda a la primera, de modo que se obvia el análisis riguroso de los requisitos que deben concurrir en la primera.



Consecuencia práctica de ello puede ser que, a la vista de cierta laxitud con que nuestros Tribunales examinan los requisitos que deben concurrir en la acción individual de responsabilidad, se esté favoreciendo el recurso de los acreedores a este remedio extraconcursal, con la consecuencia de que, créditos que deberían ser trascendentes para el concurso porque podrían aumentar la masa activa con que satisfacer a los acreedores, no son calificados como tales al ser examinados por otro Tribunal. Como además la LC no previene nada acerca del ejercicio de la acción individual de responsabilidad pendiente el concurso, es perfectamente posible que un acreedor concursal avisado intente recobrar su crédito sometido a la masa pasiva del concurso por la vía indirecta de la acción individual de responsabilidad ejercitada directamente contra el administrador. Si, efectivamente, se trata de un crédito nacido bajo las circunstancias previstas por el artículo 241 LSC, no existe relevancia alguna en el proceso concursal (antes bien, incluso podría resultar beneficioso para éste que prospere la demanda al restarse de la masa pasiva un crédito concursal). Pero si sucede como se ha señalado, realmente existirá un perjuicio al conjunto de los acreedores al ser calificado como crédito individual de un solo acreedor uno que debería pertenecer a la masa activa en virtud de la acción social de responsabilidad, se producirá una minoración en las cuotas que correspondan al resto de acreedores al no aumentarse la masa activa para el caso de que exista liquidación; y para el caso de que se llegue a un convenio, es claro que el hecho de que el crédito obtenido por el acreedor que accionó no pase a formar parte del patrimonio de la empresa y, por ello, aumenta el riesgo de incumplimiento del convenio.

Podría objetarse que esta segunda acción entablada por el acreedor concursal que pretende utilizar una senda paralela al concurso, pudiera ser enervada mediante la oposición de una excepción por litispendencia o prejudicialidad, pero no está nada claro porque resulta evidente que ambas acciones (concursal e individual de responsabilidad) se dirigen contra legitimados pasivos diferentes (la sociedad en un caso, los administradores en el otro) y se sustentan sobre distintas causas de pedir: el negocio jurídico subyacente entre acreedor y concursada en un supuesto, y las causas que justifiquen la responsabilidad del administrador deudor, en el segundo. Además, su objeto tampoco coincide en rigor: en un caso se trata de la deuda social, en el otro de un “daño”, que además del importe de la deuda puede comprender otros gastos, intereses, lucro cesante...

Por otra parte, en estos supuestos, no sería insólito que sucediera que el Juez Mercantil que examine la acción individual fuera diferente del que examina el concurso. Porque la competencia exclusiva y excluyente del Juez del Concurso definida en el artículo 8 LC no alcanza a la acción individual, dado que la competencia definida en el art. 8.7ª se extiende a las acciones de responsabilidad por daños a “*la persona jurídica concursada*”. Y porque tampoco sería infrecuente que el domicilio del administrador fuera diferente al de la sociedad concursada, por lo cual, con arreglo a las normas de fuero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, podría darse el supuesto de que la acción individual de responsabilidad se ejercitase ante el Juez de lo Mercantil de otro Partido Judicial. O, podría suceder, que aun teniendo el administrador el mismo domicilio que la mercantil concursada, las normas de reparto de los Juzgados Decanos de aquellas localidades con varios Juzgados de lo Mercantil (caso de Zaragoza, por ejemplo), señalaran un Juzgado de lo Mercantil diferente para el conocimiento de esa

acción individual. Como tampoco existe ninguna norma procesal, ni razón sustantiva jurídico-material que impida el ejercicio de dicha acción hasta su terminación, es real la posibilidad de que esa acción individual dirigida contra el administrador de una sociedad en concurso pueda ser examinada ante un Juzgado Mercantil diferente del que tramita el concurso.

Por ello, a fin de evitar este efecto modificativo producido por repercusión en la masa activa del concurso, quizá debería el legislador haber previsto que las acciones individuales de responsabilidad, se hallasen en el estado que se hallasen, fueran también competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso con conocimiento de los administradores concursales, a fin de evitar que se produzca este efecto secundario de no adición de lo que deberían ser bienes sociales a la masa activa del concurso, tal y como se establece en los artículos 50 y 51 LC para las otras acciones de responsabilidad.

Porque, con independencia de este riesgo, que más depende de un criterio interpretativo jurisprudencial que de la propia norma, el ejercicio de una acción individual de responsabilidad contra el administrador de una empresa en concurso, sí que puede tener trascendencia en determinados supuestos más allá de la realidad jurídico procesal de ambos procesos (concurso y de responsabilidad). Pues cabe preguntarse qué sucedería si, finalmente, en la pieza de calificación del concurso éste es declarado culpable y se efectúa declaración de responsabilidad del propio administrador. En ese supuesto, si un tercero que consideró que la administración fue negligente se anticipó y logró detraer del patrimonio del administrador su crédito con anterioridad habida cuenta la mayor brevedad del proceso declarativo correspondiente, puede haber dejado al propio administrador en situación de insolvencia en detrimento de los demás acreedores concursales, lo cual abundaría en la conveniencia de que se hubiera arbitrado por el legislador alguna medida correctora de estas faltas de coordinación que pueden terminar perjudicando la *par condicio creditorum*.

En este sentido se ha manifestado ALONSO UREBA<sup>111</sup> señalando que *“a pesar de que en principio la acción individual sólo afecta a quien la ejercita (socio o tercero) y a los administradores, y por tanto no a la sociedad, el artículo 48.2 de la Ley Concursal debería haber previsto también la competencia del juez del concurso para conocer de la acción individual de responsabilidad cuando el concurso sea calificado de culpable y por tanto entre en concurrencia la responsabilidad individual de los administradores frente a determinados terceros en base al artículo 135 LSA con la responsabilidad concursal de los administradores frente a los terceros acreedores en base al artículo 172.3 de la Ley Concursal”*.

No obstante, otros autores<sup>112</sup> han considerado que el silencio que al respecto guarda la LC es por completo correcto porque se trata del crédito de un tercero que acciona, no como acreedor concursal, sino como tercero ajeno al concurso contra una persona diferente a la mercantil concursada, por lo cual, establecer cualquier medida de

---

<sup>111</sup> ALONSO UREBA: “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal. (El art. 172.3 de la LC y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)”, en VV. AA., *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Madrid, 2003. p. 560.

<sup>112</sup> GARCÍA-CRUCES, “La responsabilidad concursal”, ob. cit. p. 349.

coordinación entre ambas instituciones carece de sentido por ser innecesaria. El autor señalado, con apoyo en la doctrina, considera que no sería admisible incluir en la Ley Concursal cualquier medida que pudiera restringir el derecho de los acreedores a dirigirse contra quienes lesionaron de forma directa sus derechos.

En mi opinión, siendo tales argumentos impecables desde el punto de vista formal y procesal, pierden su eficacia en el supuesto de que se produzca el error apuntado en las Sentencias señaladas (no infrecuente), cuyo riesgo podría ser enervado con la mera atribución al juez del concurso, también de las acciones individuales promovidas al amparo del artículo 241 LSC. La consecuencia es que, como ha señalado algún autor,<sup>113</sup> esta posibilidad de formularse tal acción con independencia del proceso que se haya instado para la gestión de la crisis de la sociedad, supone un aliciente para su práctica. Aliciente que posterga el concurso en preferencia del patrimonio del administrador en cuenta del social de la mercantil deudora.

En cambio, la acción de responsabilidad por deudas regulada en el artículo 367 LSC sí que tiene una indudable trascendencia directa en el proceso concursal. Porque, aunque mediante su ejercicio contra los administradores los acreedores reclamantes no afecten directamente a la masa del concurso, es cierto que, si prospera la demanda entablada, conseguirán que los administradores demandados tengan que abonar con su propio patrimonio créditos que necesariamente son concursales por tratarse de deudas sociales, de tal manera que teóricamente se beneficiará al conjunto de los acreedores al disminuirse el conjunto total de la masa pasiva, pues, aunque los administradores que hayan pagado en virtud de la condena tengan vía de regreso contra la propia sociedad por la cual han pagado, sus créditos serán siempre subordinados en virtud de lo que dispone el artículo 95 de la Ley Concursal. No ocurre así en la acción individual, en la que los administradores no tienen posibilidad alguna de regreso pues son únicos responsables.

Sin embargo, la Ley Concursal, en su actual redacción, contiene unas normas de coordinación entre ambos sistemas que no favorecen el ejercicio de esta acción. Antes bien, el artículo 50.2 LC ordena al juez del concurso repeler cualquier acción que se formule con fundamento en el artículo 367 LSC una vez que se haya abierto el proceso concursal, y hasta tanto no termine. Parece que trata la norma de evitar un vaciamiento prematuro del patrimonio del administrador con la vista puesta en la posible declaración de culpabilidad del concurso y la consecuente declaración de responsabilidad del administrador. Con esa misma finalidad, el sistema preventivo del patrimonio del administrador se cierra con la previsión del artículo 51 bis. 1 que ordena la suspensión de los procedimientos de responsabilidad del administrador por deudas que estuvieran en curso en el momento de la declaración del concurso. Dicha norma ordena el mantenimiento de la suspensión hasta la terminación del concurso. Por nuestra parte opinamos que esta protección del patrimonio del administrador que se pretende conseguir a ultranza con la suspensión de las acciones con base en el art. 367 LSC, viene a ratificar nuestra tesis de la necesidad de arbitrar también alguna medida de coordinación con la acción individual ex. art. 241 LSC. En lo que nos interesa

---

<sup>113</sup> SALDAÑA VILLOLDO B., "La acción individual de responsabilidad en el marco de la crisis disolutiva y concursal de la sociedad de capital. Especial referencia al cierre de hecho" *RDM*, nº 274 (2009), p. 1.334

sobre la cuestión, la Ley Concursal cierra el camino a cualquier acción ex. art. 367 LSC, en curso o futura, que se ejercite contra los administradores de la sociedad declarada en concurso desde el mismo momento de la apertura del concurso.

Sobre la conveniencia y eficacia de dicha norma, suscribimos por completo las tesis de GARCÍA-CRUCES sobre el particular<sup>114</sup> quien considera desacertada tal medida que pretende justificarse por conjurar el riesgo del vaciamiento del patrimonio de los administradores de la sociedad concursada en previsión de la contingente declaración posterior de responsabilidad personal de dichos administradores en caso de calificación culpable del concurso. Sostiene el mencionado autor que dicho riesgo podría evitarse mediante la adopción conjunta del embargo preventivo y la introducción de un requisito previo de procedibilidad que obligase a quien pretenda demandar con fundamento en el art. 367 LSC a poner antes en conocimiento de la administración concursal su pretensión y los escuetos fundamentos jurídicos de ésta, de modo que la administración de la concursada, en el plazo que se señale, pudiera solicitar embargo preventivo de los bienes de los administradores (art. 48 ter. 1 LC) para así evitar el vaciamiento del patrimonio de los demandados. Con dichas medidas se cumpliría el mismo objetivo y no se impediría el uso legítimo de una acción que el propio ordenamiento concede.

En nuestra opinión sobre este particular existe una cuestión más que poner en discusión: el uso completamente sólito del ejercicio acumulado de las acciones del artículo 241 y 367 LSC. Según se ha señalado, ante su uso acumulado, el juez del concurso habrá de suspender la que se ejercite con fundamento en el segundo precepto, pero no podrá evitar en modo el ejercicio de la primera. Ahora bien, si, como hemos expresado, sucede con más frecuencia de la deseable que los requisitos de la acción del 367 son considerados por cierta Jurisprudencia como apropiados para justificar los que exige el artículo 241 –y muy particularmente el daño directo-, ¿no estará igualmente propiciando el legislador de forma involuntaria el ejercicio oportunista de la acción del artículo 241? Porque, si no se impide en modo alguno el ejercicio de esta acción individual en el momento de declaración del concurso, y simultáneamente se obstaculiza el ejercicio de la personal por no disolución a causa de deudas, al acreedor se le está “invitando” a ejercitar la acción individual. Invitación que adquiere mayor relieve por la circunstancia –ésta, obviamente, no imputable al Legislador- de que los perfiles entre una y otra acción en ocasiones se muestran difusos para parte de la Jurisprudencia.

En todo caso, por cerrar el presente capítulo, sería deseable, pese a las autorizadas opiniones en contra, incluir algún mecanismo de control por parte del juez del concurso y la administración concursal, sobre el ejercicio de la acción individual de responsabilidad, a fin de no propiciar su abuso por su ejercicio lateral.

---

<sup>114</sup> GARCÍA-CRUCES: “La responsabilidad concursal”, Ob. cit. pp. 354 y ss.

## 5.2 La confusión de las acciones

En íntima conexión con el problema de la preterición del proceso concursal, como hemos expuesto, nos surgen los problemas que genera de la confusión a veces existente entre dos acciones sustancialmente diferentes.

Como se ha visto, la acción individual ex. art. 241 LSC es una acción de naturaleza indemnizatoria que exige un juicio de antijuridicidad y culpabilidad del demandado, así como una prueba cumplida del daño padecido en el propio patrimonio de modo directo y de la relación causal entre la actuación antijurídica y culpable y el daño ocasionado. Por el contrario, la que nace ex. art. 367 LSC, lo es de tipo formal y de finalidad preventiva, y requiere prueba de la concurrencia de una causa de disolución, una conducta pasiva injustificada del administrador ante dicha causa y una deuda social nacida con posterioridad a la causa de disolución.

Es común que se ejerciten ambas acciones simultáneamente. Incluso, en la mayoría de las ocasiones, sin establecer alternancia o subsidiariedad, por lo cual el Tribunal ha de pronunciarse sobre ambas. Pues bien, es más frecuente de lo deseable que, pese a que el Tribunal –nos referimos a la Audiencia- efectúe una definición correcta de los presupuestos de una y otra, finalmente dicta una Sentencia –habitualmente condenadora- en la que se “mezclan” indistintamente los presupuestos de una y otra, de modo que se producen resultados indeseables por un indebido razonamiento de derecho que, en la mayoría de los supuestos, ya no va a tener remedio ante la actual restricción objetiva del acceso a la casación.

Generalmente, estos casos se producen en situaciones de empresas insolventes, desaparecidas de facto, sin patrimonio alguno y, por supuesto, alejadas de la correcta y legal disolución ordenada o el concurso de acreedores, que son demandadas por sus acreedores, junto con sus administradores en un intento desesperado por cobrar la deuda que ha devenido imposible.

De nuestra observación, hemos observado que el error más común es que, desde la consideración innegable de la antijuridicidad que supone la conducta del administrador consistente en la omisión de la promoción de la disolución o el concurso en los supuestos previstos por el artículo 363, el juzgador pasa de modo automático a considerar dicha conducta antijurídica como presupuesto de la condena por el régimen del artículo 241, omitiendo toda ponderación de culpabilidad. Si es verdad que, como hemos visto, ha habido mucha Jurisprudencia del TS que ha dicho que no es necesaria exigir otra negligencia que la propia que se deduce del incumplimiento de la obligación legal de disolución, esta afirmación sólo es predicable respecto del régimen del artículo 367, pero no puede serlo nunca del régimen subjetivista del artículo 241.

Además de lo anterior, o en su consecuencia, el Juzgador omite también el debido examen del análisis del nexo causal. En los supuestos observados, no se realiza una verdadera ponderación de la prueba practicada con arreglo a los principios de la sana crítica que determine, con arreglo a criterios lógico-jurídicos la relación causal existente entre la actuación imputada y el resultado producido. La falta de valoración conlleva una ausencia de motivación. Por otra parte, esta falta de motivación se suele suplir con la inclusión automática de un argumento que, si puede ser cierto, lo será en la medida en que el actor acredite su existencia, pues se trata de una cuestión de

hecho. Tal argumento es del tipo: “como quiera que la sociedad se hallaba en situación insolvente y el administrador no informó a los actores contratantes de esta situación, el daño que ha causado al actor con su actuación es directo”. Sin embargo, en estos supuestos criticados no se razona con arreglo a las pruebas practicadas en qué fue deficiente la información del administrador; ni qué información se le pidió; ni siquiera si conocía, o no, la situación de insolvencia; ni, por último, cómo puede establecerse sin más el nexo causal si no se demuestra que la sociedad reclamante otorgó el contrato precisamente a causa de la información que tenía...

Lamentablemente, por medio del mismo camino se suele omitir también el razonamiento de por qué los daños reclamados se consideran como directos, cuando, a priori, el patrimonio lesionado en primera instancia es el de la propia sociedad, que aumenta sus obligaciones en momentos en que no debiera hacerlo. Ello ocurre porque en muchas ocasiones no existe prueba ni análisis detallado del daño, trasvasándose el concepto entre las dos acciones de forma irreflexiva. Si se condena por el artículo 367, el pago será de la deuda social posterior a la concurrencia de la causa de disolución. Por el contrario, si la condena se funda en el ejercicio de la acción individual, la condena será a la indemnización del daño, que no tiene por qué coincidir con la deuda social. De hecho, si la actuación que se ha reputado como desencadenadora del daño ha sido la falta de promoción de la disolución, deberíamos en derecho concluir que el único daño causalmente relacionado con esa conducta sería la pérdida de la *par condicio creditorum* por parte del acreedor expectante de un procedimiento ordenado de concurso o disolución. Por lo que si, finalmente, se condena al administrador a abonar “la deuda” por conducto del artículo 241, se le está obligando a pagar más de lo que el acreedor habría cobrado, muy probablemente, en el caso de que hubiera cumplido con la obligación de la disolución legal. Esta condena superior es resultado de la confusión de ambas acciones.

También se ha detectado en ocasiones que, dentro del “*totus revolutum*” que forman algunos Tribunales, llegue a condenarse por la vía del artículo 367 a deudas anteriores a la concurrencia de la causa de disolución, como si no hubiera existido la reforma de 2005, siendo la explicación de tal desacierto que, precisamente, se entremezclen el concepto de daño del artículo 241, con el de deuda del 367.

A modo de paradigma de lo expuesto, presento tres razonamientos recientes de tres Audiencias diferentes<sup>115</sup>:

En la SAP de Gerona de 25 de febrero de 2013 (sec. 1ª, nº 72/2013, Pte: LACABA SÁNCHEZ, F.), concurría el supuesto de hecho de que por parte de un tercero acreedor se formuló demanda frente al administrador de una sociedad mercantil acumulando las acciones de responsabilidad por deudas y la individual ex. art. 135 LSA. Los hechos en que fundaba la actora su demanda era la concurrencia de causa de disolución en el año 2006 por pérdidas de la mercantil administrada por el demandado, que no fue acompañada de la adopción de una de las medidas necesarias ordenadas por la legislación. El actor reclamaba una determinada suma por las deudas posteriores a aquella fecha contraídas por la mercantil que no fueron abonadas. El

---

<sup>115</sup> No son, por desgracia, las únicas. En línea similar de desacierto: Gerona sec. 1ª, 360/2011 de 29.09.11; La Coruña sec. 4ª, 36/2012 de 02.02.12; Ciudad Real sec. 2ª, 81/2012 de 30.03.12; Madrid, sec. 28ª, 351/2011 de 04.05.12; Asturias sec. 1ª, 298/2012 de 02.07.12; Gerona sec. 1ª, 72/2013 de 02.02.13; y Orense, sec. 1ª, 128/2013 de 27.03.13.

administrador demandado fue declarado en rebeldía y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil fue condenatoria. Recurrída en apelación, la Audiencia confirmó el fallo y, en lo que nos interesa, el razonamiento respecto de la acción individual fue el siguiente:

*“Incurriendo la entidad societaria en causa de disolución, el mero incumplimiento por su administrador de la obligación contenida en el art. 105 LSRL (actual art. 367 LSC) produce “ex lege” la responsabilidad del administrador prescindiendo del daño que, tal comportamiento omisivo, pudiera haber causado por actuar culpable o negligente, sin necesidad de acreditar ningún nexo causal.*

*Es más, la Sentencia impugnada no analiza la acción de responsabilidad de administradores, llamada objetiva, de los arts. 133 y 135 LSA (actual art. 236 LSC). Ello no obsta a declarar que, esta responsabilidad es individual y junto con la otra responsabilidad sí analizada (art. 105 LSRL) se halla en concurso ideal, de modo que, cuando la insolvencia de la sociedad provocada por la negligencia de los administradores causa una lesión directa a los acreedores se puede dar paso a la responsabilidad individual que comprende la acción y la omisión (STS 17/10/05, 30/10/05, 09/03/06, 23/06/06 entre otras).*

*Corolario de lo expuesto es que, la desaparición de empresas sin haberse practicado la oportuna liquidación comporta una vulneración de la ley y puede llevar consigo un perjuicio para los titulares de créditos pendientes que no han podido controlar la liquidación de la mercantil ni el destino final de su patrimonio. La vulneración de un deber legal tan esencial comporta la existencia de culpa, salvo prueba por parte de los administradores de que su actuar individual no fue negligente, lo que aquí no acontece”*

La cual, como es de ver, contiene un erróneo planteamiento en la interpretación de los presupuestos de la responsabilidad individual, trasladados sin el menor atisbo de crítica, ni valoración probatoria, por parte del Juzgador de una a otra institución (en la Sentencia se dice que se hallan “en concurso ideal”), produciéndose con ello un resultado técnicamente inadecuado y, por ello, injusto.

En este supuesto, el centro nuclear de la cuestión radica en que el Tribunal considere, sin prueba alguna al efecto, que la insolvencia de la sociedad fuera provocada por la negligencia de los administradores y en el hecho de que se considere asimismo que dicha insolvencia es un daño directo a los terceros, puesto que, si efectivamente fue causada por negligencia del administrador, es claro que el patrimonio lesionado fue el de la propia sociedad.

Falta, además, una debida consideración del nexo causal, pues, por mucho que se mire, no se atisba relación causa-efecto entre la falta de promoción de la disolución (o concurso) y la insolvencia. Será, más bien, al contrario: la insolvencia provocó un deber de actuar que no fue atendido.

En parecida línea equívoca hay que situar la SAP de Tarragona de 19 de abril de 2012 (sec. 1ª, 143/2012, Pte. CARRIL PAN, A.), cuyo supuesto de hecho de este caso era idéntico al anterior, bien que las fechas, lógicamente eran otras. Pero la causa de pedir se fundaba en una desaparición de facto de la sociedad sin practicarse la oportuna de liquidación, de manera que se reclamaban las deudas sociales acumulando ambas acciones. Los hechos fueron enjuiciados con el tenor legal de la LSA anterior a la reforma de 2005, por lo que las deudas sociales que se reclamaban al administrador, eran todas.

La Sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, considerando acreditado que la sociedad se vio incurso en causa de disolución sin que se adoptase ésta. La de apelación la confirma en todos sus extremos, considerando

responsable al administrador por las dos acciones ejercitadas, con arreglo a los siguientes fundamentos de derecho:

*“...debemos atenernos a la doctrina establecida en la sentencia del TS de 3/5/2007, según la que: "Es frecuente, como se indica en la Sentencia de esta Sala de 22 de marzo de 2006, que la acción individual de responsabilidad de los administradores se apoye en el incumplimiento por éstos de las obligaciones que pesan sobre ellos en orden a promover la disolución de la sociedad y su ordenada liquidación o, en su caso, a promover la oportuna declaración de concurso, y que este incumplimiento de los deberes legales se identifique con la negligencia que aboca a la declaración de responsabilidad ex artículos 133 y 135 de la Ley de Sociedades Anónima.*

*(...) Debe notarse, empero, que para que sea posible esta asimilación es menester que se pruebe la negligencia por parte de los administradores en el incumplimiento de su obligación de promover de forma ordenada la disolución de la sociedad y el nexo de causalidad entre esta negligencia y el daño producido a los acreedores. En esta línea, la Sentencia de 19 de abril de 2001 EDJ -que es transcrita parcialmente por la de 22 de marzo de 2006-, declara que "...los demandados llevaron a cabo el cierre del establecimiento social, sin haber abonado el crédito pendiente con la entidad actora, y sin haber llevado a cabo, conforme a Ley, la suspensión, quiebra, liquidación o disolución de la sociedad. Todo ello lleva a determinar una actuación negligente, puesto que sin llegar a una declaración de responsabilidad civil cuasi-objetiva, la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha llegado a declarar que los administradores no pueden limitarse a eliminar la sociedad sin más, ya que deben liquidarla en cualquiera de las formas para salvaguardar los intereses de terceros en el patrimonio social. Por lo que la no liquidación en forma legal del patrimonio social cuando la sociedad se encuentra en situación de insolvencia es susceptible de producir daño a terceros (sentencias de 21 de mayo de 199, y de 22 de abril de 1994, entre otras)".*

*Partiendo de esa doctrina jurisprudencial y del hecho acreditado en los autos, y así reflejados en la sentencia recurrida, de la desaparición e inactividad de la sociedad deudora del tráfico jurídico por más de tres años, sin que el demandado, último administrador de la sociedad, de la que se hizo cargo cuando su inactividad y situación de impagos había comenzado, sin que el mismo acredite la más mínima actividad encaminada a enderezar la situación o a su ordenada liquidación, se impone confirmar la sentencia recurrida y la desestimación del recurso.”*

En cuyo planteamiento se aprecia, de nuevo, el error consistente en la aplicación automática de la antijuricidad de la conducta prevista por el artículo 367 de la LSC como antijuricidad y culpa del tipo del artículo 241 LSC, sin realizar (pese a que la propia Sentencia afirma lo contrario) el necesario juicio valorativo de la acreditación del nexo causal. Pues, una vez más, si el tenor literal de la doctrina del TS citada por la Audiencia afirma que la falta de liquidación en forma legal *“...es susceptible de producir daño a terceros”*, ello obliga a considerar que la “susceptibilidad” implica tener que realizar un verdadero juicio crítico de la relación de causalidad, pero también de la acreditación del daño (puesto que al tratarse de la acción individual de ello debemos hablar, y no de deuda social) y del necesario requisito de su causación directa. De todo ello está ayuna la resolución mostrada, que incurre en el vicio de tomar la propia actividad antijurídica (la inactividad) como nexo causal.

En este supuesto es mayor la evidencia de la confusión judicial por la circunstancia de que, como se deduce del tenor de la resolución, las deudas sociales que se reclamaban eran anteriores a la concurrencia de la causa de disolución. No cabe duda de ello porque la Sentencia expresa que se imponen dichas deudas, aun siendo anteriores, porque el régimen a aplicar era el anterior a la reforma. Por tanto, si se trataba de deudas anteriores a la existencia de la causa de disolución, ¿qué relación pudo tener la no promoción de la disolución con su impago?; es decir, en el supuesto de que se hubiera promovido la disolución, y dado que la mercantil era insolvente, con toda certeza la cuota que habría correspondido a la acreedora habría



sido mínima o nula. Y, caso de que, pese a todo, se estimara culpa del administrador y relación causal directa, el daño debería ser valorado conforme a la cuota líquida que se habría percibido al disolver ordenadamente la sociedad.

Es verdad que, con arreglo al tenor del antiguo art. 262.5ª LSA, el resultado habría sido el mismo puesto que entonces se imponían a los administradores “todas las deudas sociales”, pero ello no priva de ser desacertado el tratamiento técnico dado a esta concreta acción y la respuesta que debemos exigir a nuestros Tribunales ha de ser siempre fundada.

En la SAP de Zaragoza de 15 de junio de 2012 (sec. 5ª, 372/2012, Pte. MARTÍNEZ ARESO, A.M.) concurría un supuesto de hecho cuya causa de pedir era idéntica a los anteriores casos presentados: reclamación del daño sufrido por el acreedor proveedor de la mercantil administrada por los demandados a quienes se reprocha no haber promovido las medidas oportunas ante la insolvencia de ésta. En este particular se daba la particularidad de que se ejercitó exclusivamente la acción individual de responsabilidad y no la correspondiente a la atribuible por no promoción de la disolución.

La Sentencia de Primera Instancia fue estimadora de la demanda con fundamento en que la actuación de los demandados desde que se originó la deuda no fue diligente, y desde el momento en que se produjo la insolvencia de la sociedad no llevaron a cabo actuación alguna al objeto de promover su disolución o el concurso de acreedores. La Sentencia de la Audiencia confirmó la condena con arreglo al siguiente argumento:

*“El ejercicio de la acción individual de responsabilidad responde por ello con frecuencia a supuestos en que los derechos de crédito de acreedores de la sociedad se han visto perjudicados por la actuación de los administradores que, ante situaciones de grave crisis económica, no adoptan medidas para la regularización de su patrimonio o no proceden a su disolución a través de los cauces legales, impidiendo controlar a los terceros interesados el destino del patrimonio social. Es cierto que la acción encaminada a exigir la responsabilidad ope legis (por ministerio de la ley) fundada en el art. 262.5 LSA elude la dificultad de probar la concurrencia de los requisitos necesarios para que prospere la acción individual (negligencia, daño y relación de causalidad); pero esto no supone que el ejercicio de la acción individual sea improcedente, en estos supuestos, si se demuestra la existencia de negligencia y de un daño concreto en el patrimonio de los acreedores.... Se observa asimismo, la existencia de una relación de causa a efecto entre la culpa y el daño, pues, ante las dificultades económicas de la empresa, los administradores no se ha probado que realizaran actuación alguna eficaz para respaldar las obligaciones de la sociedad, y, una vez constatada la imposibilidad de cumplir el fin de la sociedad y desaparecidos prácticamente sus activos, no procedieron a la disolución, sino que se limitaron a negociar con los acreedores de manera desordenada acuerdos para saldar sus respectivos créditos o buscar fórmulas de reflatamiento de la empresa que no tuvieron viabilidad alguna, colocando a los acreedores sociales en una situación de imposibilidad para el cobro total o parcial de sus créditos mediante una liquidación ordenada de la sociedad que respetase el principio par condicio creditorum (igual condición de todos los acreedores)” ( STS de 14 de marzo de 2007 y 14 de marzo de 2008, seguidas por las de esta Sala de la Audiencia Provincial de Zaragoza en sentencias de 12 de marzo de 2010 y 14 de marzo de 2012).*

Constituye la resolución presente el ejemplo más palmario del vicio que hemos señalado de manejo indiscriminado de los presupuestos de una y otra acción, ya que,

ejercitada acción de responsabilidad individual por los daños y perjuicios nacidos con anterioridad a la existencia de insolvencia sin que se promoviera la disolución o el concurso, resulta que el Juzgador –pese a su afirmación- toma los presupuestos de la acción del artículo 367 para fundamentar la condena. Que, de haberse ejercitado, nunca podría haber prosperado por la vía de este artículo por cuanto las deudas eran anteriores al momento del acaecimiento de la causa que obliga al administrador a promover la disolución.

Una vez más resulta vacío de argumentación el nexo causal que exista entre la actuación consistente en la no promoción de la disolución y el impago de la deuda que ya había acaecido al ocurrir aquélla. Como resulta injustificada la falta de consideración de la afección “directa” del patrimonio de los acreedores. Y, por último, resulta también materialmente injusta la equiparación del daño con la deuda impagada, puesto que en puridad el daño causado es la pérdida de la expectativa de cuota de liquidación que pudiera haberle correspondido a la actora en caso de se hubiera adoptado la liquidación, o de la parte que habría cobrado si se hubiera promovido concurso de acreedores concluido mediante convenio.

En conclusión, el conjunto de resoluciones que marcan esta línea, causan una perturbación en la percepción de los operadores jurídicos que, en vez de acudir a las vías adecuadas para la resolución del problema, actúan indiscriminadamente contra los administradores concursales en busca del crédito íntegro sin respeto a la consideración del riesgo y ventura propio del tráfico, ni de la *par condicio creditorum*. El resultado es que, en ocasiones, se convierte al administrador en garante de las deudas sociales.

No obstante, es justo reconocer que el panorama no es sólo el expuesto. Abundan, afortunadamente, ejemplos de la adecuada ponderación de los requisitos de una y otra acción con abundantes Sentencias de la Jurisprudencia menor que señalan como inapropiado el cauce del artículo 241 LSC cuando la antijuridicidad de la conducta del administrador se limita a los supuestos de responsabilidad del artículo 367 LSC<sup>116</sup>.

## **6.-CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El sistema de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por daños causados a socios y terceros acreedores que nuestro ordenamiento tiene establecido, es un sistema complejo formado por diferentes vías reguladas en preceptos distintos que trata, cada una de ellas, de atender a supuestos diferentes.

Es un sistema no completamente armonizado por el legislador, lo cual se traduce en la falta de acuerdo doctrinal y jurisprudencial sobre la verdadera naturaleza

---

<sup>116</sup> Así: SS. AA. PP. de: Zaragoza sec 5ª, 13/2012 de 19.01.12; Gerona sec. 1ª, 310/2012 de 12.07.12; Salamanca, 15.01.13; Tarragona, 15.01.13; Toledo sec. 1ª, 65/2013 de 28.02.13; La Rioja sec. 1ª, 172/2013 de 14.05.13

y presupuestos de cada una de las vías y en resultados dispares en su ejercicio ante los Juzgados y Tribunales.

**SEGUNDA.-** Consecuencia de lo anterior es que se producen interferencias entre unos sistemas y otros, con el indeseable efecto de que puedan llegar a ponerse en riesgo principios que constituyen la esencia del Derecho Societario: la atribución a la sociedad de las actuaciones de sus órganos y la irresponsabilidad de los socios por las deudas sociales.

La existencia de un sistema difícil de interpretar y de complicada armonización, requiere una depurada técnica jurídica por parte de los operadores que no siempre existe, lo cual es camino que nos puede conducir al riesgo señalado.

Pese a su aparente similitud y a la búsqueda de un mismo objetivo desde el punto de vista del acreedor, la acción individual del artículo 241 LSC; la “sancionadora” del artículo 367 LSC y las opciones que la pieza separada de calificación del concurso ofrece para recobrar el crédito no percibido de la masa del concurso, son acciones completamente diferentes que tienen naturaleza y presupuestos completamente desemejantes, lo cual requiere por parte del operador jurídico una acendrada ponderación de los intereses que busca proteger.

Si es lícito que el acreedor intente conseguir por una vía más corta lo que el ordenamiento quiere que se obtenga por una más asendereada (al fin y al cabo nos movemos en el plano del derecho dispositivo), no lo es que los Tribunales no distingan el trampantojo por falta de depuración técnica. Ello produce resultados injustos contrarios a la tutela judicial efectiva.

**TERCERA.-** Por la senda de la falta de rigor en el estudio minucioso del tenor del artículo actual 241 LSC, que obliga a que el daño sea causado de modo “directo” en el patrimonio del actor; y mediando también una importante relajación del examen riguroso del nexo causal que ha de unir la conducta de los administradores con el daño producido, se ha llegado al resultado, a mi juicio indeseable, de atribuir en más ocasiones de las debidas responsabilidad al administrador en multitud de supuestos en los que no se debería haber atribuido. Supuestos que, en todo caso, deberían haber tenido acogida bajo la cobertura de la acción social de responsabilidad, pero nunca bajo la individual.

A ello han contribuido varios factores en los que la intervención de todos los operadores jurídicos ha estado presente en un modo u otro:

Aquellos Juzgadores que han olvidado la concepción siempre subjetiva del sistema de responsabilidad de nuestro Ordenamiento expresamente ratificada en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo, convirtiendo la responsabilidad por la falta de promoción de la responsabilidad en un supuesto de despiadada objetividad con la justificación de su condición sancionadora.

También han contribuido aquellos Juzgadores, que con falta del debido rigor, confunden acciones tan diferentes, convirtiendo los presupuestos de una en fundamentos de la otra. No es infrecuente la identificación extensiva y directa que se realiza en varios supuestos entre el incumplimiento de los deberes impuestos en los artículos 363 LSC con la conducta culpable que causa un daño que exige el artículo 241 de la LSC, de suerte que se produce el efecto pernicioso de que al actor de una

demanda en ejercicio de la acción individual se le exonera de tener que acreditar la existencia de una conducta antijurídica y culpable, un daño y un inequívoco nexo causal, provocando así un fallo del sistema que puede conducir a la atribución inmediata de responsabilidad a los administradores siempre que exista insolvencia.

Porque, en definitiva, lo que ha venido a ocurrir con la aceptación de la acumulación indiscriminada de ambas acciones y su confusión es, precisamente, que en los supuestos de paralización de una sociedad por insolvencia ya no se exige que se pruebe la “crisis irreversible con acreditada falta de capital” ni “la concurrencia de conocimiento suficiente por los administradores de que la sociedad atravesaba fase de grave endeudamiento”, sino que se ha tomado como causa genérica de imputación de responsabilidad al administrador de una sociedad de capital por daños en el patrimonio de un tercero, la mera inobservancia de la obligación de disolución que pudiera incumbirle, haciéndole de este modo pechar, no sólo con las obligaciones posteriores al nacimiento de la obligación de disolución, sino también con las anteriores –como en el régimen precedente–, lo cual es absolutamente contrario a nuestro ordenamiento, como hemos tenido oportunidad de demostrar.

También somos responsables de esta desviación, cómo no, los Abogados, que, si podemos ofrecer como excusa que nuestra obligación principal es dar satisfacción a los intereses de nuestro cliente, no podemos argüirla como justificación del uso que del Derecho hagamos. El empobrecimiento técnico de los Letrados, aunque se escude tras un supuesto interés supremo del cliente que busca unos resultados concretos, es coadyuvante de la postrera falta de rigor técnico de que adolecen algunas resoluciones judiciales.

Y, cómo no, el legislador también tiene su tanto de culpa en la cuestión. Por dos motivos, en mi opinión: el primero, el grado de complejidad que en este supuesto particular ha introducido por la vía del procedimiento concursal, dejando pasar en el momento de su redacción la oportunidad de armonizar los sistemas de responsabilidad y creando una adecuada interrelación entre las diversas acciones. El legislador es consciente de que el verdadero interés de los acreedores puede no ser la ordenada disolución o liquidación de la sociedad insolvente, sino en el cobro de sus créditos, por lo cual su intención será la búsqueda de cualquier camino para hacerlo efectivo sin consideración alguna a los principios esenciales del Derecho. Cuando resulta que el legislador, mediante la obligatoria suspensión de las acciones del artículo 367 que hubiera pendientes en el momento de abrirse el concurso, pretendía que el proceso concursal fuese el mecanismo adecuado para gestionar la insolvencia de las sociedades, el resultado se alejado de sus previsiones porque el coste, complejidad y los habituales magros resultados del procedimiento concursal, han animado a los acreedores a emprender otros caminos. Por ello, si la Ley no ata adecuadamente las vías que han de ser utilizadas y deja diversos caminos abiertos, aquellos buscarán los acreedores; y si la Ley ofrece atajos de mucho menor coste, tales serán los que transitarán quienes únicamente tengan el afán de su pretensión.

La segunda razón por la cual el legislador contribuye a la existencia de fallos, la constituye su evidente intención de dificultar el acceso a la Justicia. Mediante la imposición de tasas desorbitadas para el ejercicio del recuso y el establecimiento de límites objetivos de acceso a la casación, simplemente delirantes, se está limitando

peligrosamente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuyo carácter nomofiláctico y corrector es esencial para una institución jurídica tan compleja como la presente.

**CUARTA.-** No ha sido ajena a toda esta suma de factores la instalación en nuestro sistema de una crisis sin precedentes, cuyo transcurso es semejante al del caminante que, por más que ande, no deja de ver el horizonte siempre a la misma lejana distancia. Esta situación está deshaciendo el tejido empresarial de España (sustentado por sociedades mercantiles). Y, precisamente en tiempos y situaciones de crisis, el desorbitado coste económico que para una sociedad constituye la solicitud del concurso de acreedores, disuade a buena parte de ella de su emprendimiento. En la otra cara de la moneda, el acreedor social tampoco encuentra alicientes en la solicitud de concurso forzoso por su elevado coste (que puede minorar de forma trascendente la masa activa), su larga tramitación y su incierto resultado. Más fácil será para él utilizar la puerta trasera de las acciones de responsabilidad que, si prosperan, le ofrecerán un mejor resultado que formar parte de una masa pasiva de acreedores.

**QUINTA.-** Estamos asistiendo, probablemente, a un momento de renacimiento de la acción individual de responsabilidad, que durante un tiempo quedó orillada a causa de sus cargas probatorias procesales. Efectivamente, si anteriormente la acción de responsabilidad por no promoción de la disolución acaparó la mayoría de las resoluciones judiciales por la mayor facilidad de su ejercicio –el actor únicamente tenía que esforzarse en acreditar la existencia de la deuda y la situación de insolvencia de la mercantil deudora-, con la reforma de 2005, primero, que limitó el ámbito de las deudas reclamables por esta vía, y con la reforma concursal de 2011, después, que ha optado por suspender el curso de las acciones ejercitadas por este cauce hasta tanto no se resuelva el concurso, lo cierto es que los riesgos derivados de su ejercicio han aumentado mientras que se ha limitado ostensiblemente su posible beneficio (deudas posteriores a la concurrencia de la causa de disolución). A ello tampoco ha sido ajena la labor jurisprudencial de nuestro más alto Tribunal, que, desde un punto de partida absolutamente objetivista, ha revertido la situación hasta llegar a la actual concepción subjetivista de la acción engarzada dentro de nuestro sistema general de responsabilidad, aunque no por ello deje tal acción de tener sus peculiaridades.

Ello ha devuelto el interés a la acción del artículo 241, que no está sujeta a la suerte del concurso ni del proceso de disolución, lo cual debería ser tenido por una buena noticia en tanto en cuanto los operadores jurídicos (Abogados y Juzgados y Tribunales) realicen adecuadamente su función de ajustar las resoluciones al contenido de la Ley. Si así se hace, el mercado societario saldrá beneficiado porque la exigencia de las cumplidas acreditaciones que exige el tipo de la responsabilidad societaria, permitirá que exista un justo equilibrio entre el derecho a la indemnización de aquellos acreedores que hayan sido real y directamente dañados y los principios de nuestro derecho mercantil de atribución a la sociedad de los actos de sus órganos y la integridad e independencia patrimonial de la sociedad mercantil.

Pero, en caso de que, como se ha constatado, existiera una interpretación perversa de dicha acción por ser confundida con la que nace del artículo 367, la consecuencia de cuanto se ha expuesto es evidente: se estará llevando el régimen de responsabilidad de los administradores a límites exorbitantes que, en modo alguno

fueron previstos por el legislador, y que, además, contravienen los principios esenciales del ordenamiento societario al convertir al administrador en responsable de las deudas de la Sociedad.

**SEXTA.-** Ha sorprendido al autor el escaso uso que de la vía de la acción social ejercitada por los terceros para la restauración del patrimonio social se ha hecho en los casi veinticinco años de vigencia de la LSA, así como la nimia utilización del procedimiento de solicitud del concurso forzoso de acreedores. Quizá tenga que ver, desde un punto de vista sociológico, con el atávico individualismo español, que, con escasa conciencia social y con poco apego al interés público, difícilmente concibe ejercitar una acción para beneficiar a otras personas aparte de a sí mismo.

Pero, es muy probable que, además de esta consideración idiosincrática, tenga un importante peso la escasa utilidad práctica que para un acreedor en contemplación de su individual pretensión tienen ambas acciones, que sólo le proporcionarán satisfacción de modo parcial, alejada en el tiempo y, por supuesto, contingente y con muchos riesgos e incertidumbres al abrir el camino.

Sea cual sea la verdadera razón, mi conclusión sobre el particular tras este estudio, es que buena parte de los supuestos que se están formulando como acciones individuales de responsabilidad –y, lo que es peor, que han tenido acogida en la instancia- deberían haber sido conducidos por dichas vías.

## BIBLIOGRAFÍA

**ALCALÁ DÍAZ, M<sup>a</sup> A.**, “Acción individual de responsabilidad frente a los Administradores (STS de 21 de mayo de 1992)” *RdS* nº 1 (1993), pp. 166-175.

**ALFARO ÁGUILA-REAL, J.** “La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”, *RdS* nº 18 (2002), pp. 45-76.

**ALONSO ESPINOSA, F. J.**, *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores*, Civitas, Cizur Menor, 2006.

**ALONSO UREBA, A.**, “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal. (El art. 172.3 de la LC y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)” en AA. VV., *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*. Madrid, 2003, p. 560 y ss.

**BELTRÁN, E.**, “Pérdidas y responsabilidad de los administradores. (Comentario a las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 23 de noviembre de 1991 y de la Audiencia Provincial de Oviedo de 1 de diciembre de 1992)”, *RDM* nº 205 (1992), pp. 471-486.

**DÍAZ ECHEGARAY, J. L.**, *Deberes y responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*. Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

**DÍAZ ECHEGARAY, J. L.**, *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

**ESTEBAN VELASCO, G.**, “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución.” *RdS* nº 5 (1995), pp 47-77.

**ESTEBAN VELASCO, G.**, “La administración de las sociedades de capital”, *RdS* nº36 (2011), pp. 149-170.

**ESTERUELAS FOJ, M<sup>a</sup>.**, “La acumulación de acciones contra la sociedad y su administrador. Un problema de peregrinaje jurisdiccional sin resolver”, *RdS* nº 38 (2012), pp. 325-331.

**GARRIGUES/URÍA**, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, I y II*, 3ª edición, (revisada y puesta al día por MENÉNDEZ, A y OLIVENCIA, M), Mc. Graw-Hill, Madrid, 1976.

**GARRIGUES WALKER, A.**, *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.

**Van HEMMEN ALMANZOR, E.**, *Estadística concursal. Anuario 2011*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, Madrid, 2012

**JUSTE MENCÍA, J. e IGARTUA ARREGUI, F.**, “Deberes de los administradores. (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, *RdS*, nº 24 (2005),

**LATORRE CHINER, N.**, “Administrador de hecho y apoderado general. (Comentario a la STS de 8 de febrero de 2008 [RJ 2008, 2664])”, *RdS* nº 32 (2009), pp. 389-398.

**LATORRE CHINER, N.**, “El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA”, *RDM* nº 253 (2004), pp. 853-899.

**LLEBOT MAJÓ, J. O.**, “El sistema de la responsabilidad de los administradores: doctrina y jurisprudencia” *RdS* nº 7 (1996), pp 49-70.

**MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F.**, “Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital”. *RdS*, 24, 2005 pp. 91-120.

**MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F.** “Responsabilidad civil de los administradores de sociedad anónima por incumplimiento de sus deberes en caso de pérdidas. Comentario a la SAP Madrid (Sección 11ª) de 28 de enero de 2002”, *RdS* nº 19 (2002), pp. 179-198.

**MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F.**, “Responsabilidad por deudas y derecho de daños. STS (Sala de lo Civil) de 5 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 8899)”, *RdS* nº 31 (2008), pp. 397-410.



**MOYA BALLESTER, J.**, “El plazo de prescripción aplicable a la acción individual de responsabilidad de administradores de sociedades de capital (Comentario a la STS de 3 de julio de 2008”, *RdS* nº 33 (2009), pp. 279-291.

**MOYA JIMÉNEZ, A.** *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 8ª Ed., Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2012.

**PAREDES SERRANO, C.**, “Pérdidas, acuerdo social de disolución, disolución judicial y responsabilidad de los administradores (STS, Sala 1ª, de 30 de junio de 1997)” *RdS* nº 13 (1999), pp. 322-332.

**PEÑAS MOYANO, Mª. J.**, “De nuevo sobre la responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad. STS de 22 de diciembre de 1999”. *RdS* nº 15 (2000), pp 247-257.

**PERDICES HUETOS, A.** “Significado actual de los “administradores de hecho”: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre 2001”, *RdS* nº 18 (2002), pp. 277-287.

**POLO SÁNCHEZ, E.**, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles t. VI* [Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima: (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)], Civitas; Madrid, 1992.

**PULGAR EZQUERRA, J.**, *Preconcurso y acuerdos de refinanciación*, La Ley, Madrid, 2012.

**QUIJANO GONZÁLEZ, J.**, “La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración”, *RdS* nº 19 (2002), pp. 73-87.

**RIBAS FERRER, V.**, “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *RdS* nº 38 (2012), pp. 73-145.

**RODRÍGUEZ DÍAZ, I.**, “El representante del administrador persona jurídica”, *RDBB* nº 128 (2012), pp. 35-66.

**RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, Mª J.**, *Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital en Crisis (En las Leyes de Sociedades de Capital, Concursal, General Tributaria y de Responsabilidad Medioambiental)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

**SACRISTÁN BERGIA, F.**, “La naturaleza de la responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución (SAP de Zaragoza de 8 de julio de 1995)”, *RdS* nº 6 (1996), pp 268-275.

**SALDAÑA VILLOLDO, B.**, “La acción individual de responsabilidad en el marco de la crisis disolutiva y concursal de la sociedad de capital. Especial referencia al cierre de hecho”, *RDM* nº 274 (2009), pp. 1.329-1.368.

**SÁNCHEZ CALERO, F.**, *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson-Aranzadi, Cizur menor, 2ª ed, 2007.

**SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.** *La acción social de responsabilidad (algunos apuntes)*, en AA. VV. (Coord. Piloñeta Alonso, L. M. e Iribarren Blanco, M.), *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor José maría Muñoz Planas*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

**VELA TORRES, P. J.** “La culpa extracontractual en la responsabilidad civil de los administradores de sociedades mercantiles”, en: *Ponencias del XI Congreso de la A. Nacional de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Sepin, Madrid, 2011.

**VV. AA.**, *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Madrid, 2003.

**VV. AA.** (Dr. García-Cruces González, J.A.) *Insolvencia y responsabilidad*, Civitas, Cizur Menor, 2012.

**VV. AA.** (Dres. Rojo, A. y Beltrán, E.), *La liquidación de las Sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

**VV. AA.** (Coord. Guerra Martín, G) *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*. La Ley, Las Rozas, 2011.

**VV. AA.** (Coord. Galán Corona, E y García-Cruces González, J.A.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Tecnos, Madrid, 1999.

**VV. AA.** (Coord. Rojo, A. y Beltrán, E.) *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. 5ª Ed., Tiranch lo Blanch, Valencia, 2013.

**VV. AA.** (Dir. García-Cruces González, J.A.) *Los acuerdos de refinanciación y reestructuración de la empresa en crisis. Autonomía de la voluntad e insolvencia*, Bosch, Barcelona, 2013

**VV. AA.** (Coord. Seijas Quintana, J.A.) *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*, Sepín, Las Rozas, 2007.

**ANEXO I**  
**RELACIÓN DE SENTENCIAS RELATIVAS AL ASUNTO EXAMINADAS POR EL AUTOR, ORDENADAS POR**  
**TRIBUNAL Y CRONOLOGÍA:**

**TRIBUNAL SUPREMO:**

**1997:**

15 de julio

**1999:**

29 de abril

07 de junio

22 de diciembre

**2000:**

13 de abril

30 de octubre

20 de diciembre

**2001:**

20 de julio

31 de mayo

**2003:**

20 de octubre

**2004:**

23 de febrero

26 de febrero

01 de marzo

26 de marzo

16 de abril

26 de mayo

27 de mayo

05 de octubre

**2005:**

17 de febrero

25 de marzo

28 de mayo

15 de junio

22 de diciembre

**2006:**

09 de enero

16 de febrero

06 de marzo

09 de marzo

23 de marzo

28 de abril

26 de junio

05 de octubre

22 de noviembre

**2007:**

30 de enero  
21 de febrero

14 de marzo  
16 de julio

05 de diciembre

**2008:**

08 de febrero  
30 de abril  
14 de mayo  
03 de julio  
10 de julio

21 de octubre  
23 de octubre  
11 de noviembre  
20 de noviembre  
27 de noviembre

01 de diciembre  
02 de diciembre

**2009:**

04 de febrero  
12 de febrero

01 de abril  
14 de abril

**2010:**

13 de enero  
12 de febrero  
11 de marzo  
12 de marzo  
25 de mayo

01 de junio  
20 de junio  
30 de junio  
14 de julio  
17 de julio

22 de julio  
10 de noviembre  
11 de noviembre

**2011:**

15 de febrero  
23 de febrero  
17 de marzo  
19 de mayo  
21 de marzo

23 de junio  
29 de septiembre  
04 de noviembre  
19 de noviembre  
23 de noviembre

19 de diciembre  
23 de diciembre  
29 de diciembre

**2012:**

08 de febrero  
01 de junio  
13 de junio  
18 de junio

26 de junio  
03 de septiembre  
10 de septiembre  
04 de diciembre

08 de diciembre  
26 de diciembre

**2013:**

10 de enero  
11 de enero  
27 de febrero

27 de mayo  
20 de junio  
27 de junio

30 de junio

## AUDIENCIAS PROVINCIALES:

### **2007:**

Córdoba, 12 de enero

Guadalajara, 10 de mayo

Zaragoza, 13 de julio

### **2008:**

Valencia, 16 de abril

### **2010:**

Zaragoza, 12 de marzo

Gerona, 29 de septiembre

Zaragoza, 11 de noviembre

### **2011:**

Asturias, 30 de junio

Palencia, 13 de julio

Gerona, 20 de septiembre

Tenerife, 21 de noviembre

Baleares, 22 de noviembre

### **2012:**

Zaragoza, 19 de enero

La Coruña, 2 de febrero

Zaragoza, 14 de marzo

Zaragoza, 28 de febrero

Palencia, 22 de marzo

Tenerife, 29 de marzo

Ciudad Real, 30 de marzo

Las Palmas, 18 de abril

Tarragona, 19 de abril

Barcelona, 3 de mayo

Madrid, 4 de mayo

Salamanca, 5 de junio

Zaragoza, 15 de junio

Asturias, 2 de julio

Gerona, 12 de julio

León, 12 de julio

Barcelona, 14 de septiembre

Madrid, 21 de septiembre

Barcelona, 21 de septiembre

Murcia, 4 de octubre

Burgos, 15 de noviembre

Tarragona, 16 de noviembre

Valencia, 27 de noviembre

Madrid, 21 de diciembre

Cuenca, 28 de diciembre

### **2013:**

Castellón, 13 de enero

Salamanca, 15 de enero

Tarragona, 15 de enero

Granada, 18 de enero

Gerona, 2 de febrero

Barcelona, 6 de febrero

Salamanca, 6 de febrero

Valencia, 7 de febrero

Gerona, 25 de febrero

Toledo, 28 de febrero

Gerona, 8 de marzo

Orense, 27 de marzo

Alicante, 3 de abril

Madrid, 8 de abril

Madrid, 26 de abril

Rioja, 14 de mayo