



**Universidad
Zaragoza**

Trabajo Fin de Grado

La responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales
del art. 367 LSC

Directors' liability due to art. 367 LSC

Autora

Irene Martínez Moreno

Directora

María Gállego Lanau

Facultad de Derecho

Año 2018

ÍNDICE

I. Introducción	4
1. Cuestión tratada en el trabajo fin de grado.....	4
2. Razón de la elección y justificación de su interés	5
3. Metodología	6
4. Evolución legislativa y fundamento del sistema legal de responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales	7
II. Los deberes legales de los administradores cuando concurre una causa de disolución... 9	
1. Las causas de disolución	9
2. El deber de convocar la junta general	13
3. El deber de instar la disolución judicial	17
4. El deber de instar el concurso de acreedores.....	20
III. Consecuencias del incumplimiento de sus deberes: responsabilidad solidaria por las deudas posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución	21
1. Presupuestos de la responsabilidad	21
1.1 Incumplimiento de los deberes legales.....	21
1.2 Dificultad para determinar con precisión cuando ha acaecido la causa de disolución..	22
2. El ámbito de la sanción	24
2.1 Ámbito subjetivo de la responsabilidad	24
2.2 Ámbito objetivo de la responsabilidad. La presunción <i>iuris tantum</i> de que las deudas son posteriores (art. 367.2 LSC).....	31
3. El alcance de la responsabilidad	35
4. Naturaleza jurídica de la responsabilidad	37
IV. El plazo de prescripción de la acción para la exigencia de la responsabilidad por deudas.....	38
1. Situación hasta la aprobación de la reforma de la LSC por la ley 31/2014.....	38
2. El artículo 241 bis LSC. ¿Es aplicable al supuesto de responsabilidad del art. 367 LSC? .	39
V. Conclusiones	41
VI. Bibliografía	44

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art./arts	Artículo/artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
C.C	Código civil
CCom	Código de Comercio de 1885
Coord.	Coordinador
D.A.	Disposición Adicional
DGRN	Dirección General del Registro y del Notariado
Dir.	Director
Edic.	Edición
Et al	Y otros
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de capital (BOE 3 de julio de 2010)
LSRP	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
p./pp.	Página/páginas
RDGRN	Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado
RM	Registro Mercantil
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

TRLSA

Real Decreto Legislativo 1564/1989 de
22 de diciembre por el que se aprueba el
texto refundido de la Ley de Sociedades
Anónimas.

I. Introducción

1. Cuestión tratada en el trabajo fin de grado

Este trabajo tiene por objeto examinar la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital por las obligaciones sociales del art. 367 LSC. Debido al cargo que desarrollan en las mismas (su gestión y representación), les son impuestos una serie de deberes. Concretamente, nos centraremos en el deber de instar la disolución de la sociedad cuando concurre la causa legal del art. 367.1.e) LSC, es decir cuando haya pérdidas que reduzcan su patrimonio neto a la mitad del capital social. Alrededor de este tema surgen voces que critican la estricta dureza de la norma¹, que impone *ex lege* la responsabilidad del administrador cuando incumple con su deber de disolución de la sociedad, por no convocar la junta o no instar la disolución judicial o si procediera, el concurso en su caso.

Bajo el paraguas de esta temática, analizaremos cada uno de los hitos que debe seguir el administrador para no incurrir en tal responsabilidad, y del mismo modo sopesaremos las consecuencias de su incumplimiento.

En concreto la exegesis se dirigirá hacia el artículo 367 LSC. Partiendo de su inclusión en el nuestro marco legislativo, constataremos la debilidad de la norma que impide muchas veces determinar con total certeza la causa de disolución y el inicio del cómputo para exigirla. En este punto, perfilaremos supuestos que permiten al administrador exonerarse de tal responsabilidad; hasta llegar a contemplar la posibilidad de romper la presunción *iuris tantum* que se cierne sobre las deudas, ya que solo responde de las posteriores a las de la causa de disolución.

La jurisprudencia nos ayudará en este recorrido a concretar los presupuestos para determinar la responsabilidad. Analizaremos a su vez, el espectro de los sujetos responsables, ya que mucha doctrina y jurisprudencia ha evaluado la posibilidad de que se extienda a los administradores de hecho. Del mismo modo, la doctrina ha permitido una elaboración detallada de la solidaridad de los administradores entre ellos, y con la propia sociedad.

¹ Como señaló CERDÁ ALBERO, F, «Responsabilidad civil de los administradores ¿Solos ante el peligro?» Un análisis jurisprudencial (1990-2000) en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº1, 2001, p. 11: «El art. 262.5 LSA (y después el art. 105.5 LSRL) han introducido en el Derecho de Sociedades español un supuesto de responsabilidad de los administradores extremadamente riguroso y que no tiene parangón en el Derecho Comparado».

Por último, resulta de sumo interés abordar la prescripción. El planteamiento a este respecto se centra en la modificación introducida por La Ley 31/2014, de 3 de diciembre por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. En ella encontramos una nueva regla relativa al plazo de ejercicio de las acciones de responsabilidad de administradores de sociedades de capital. Aunque solo se ha mencionado expresamente sobre la acción individual y social, con lo que deja en interrogante la aplicación del art. 241 bis a la responsabilidad por deudas sociales.

2. Razón de la elección y justificación de su interés

Primeramente, la motivación parte de la propia figura del administrador que ha venido a definirse como una profesión de riesgo², que implica desarrollar y emplear facultades extraordinarias que incluso van más allá de la mera técnica jurídica. Pues como desde el derecho alemán indican la crisis «no cae del cielo» por lo que es el administrador el que debe conocer cómo actuar en esta situación³.

A ello se le une una España que renace de sus cenizas tras la profunda crisis económica, que todavía azota al país y que ha dejado muchas empresas en procedimientos concursales⁴.

Pero la dificultad que entraña el desempeño con diligencia de su cargo y el abundante número de empresas en esta situación no son sólo los motivos que han impulsado mi elección. En buena parte con este trabajo se pretende poner en orden las continuas reformas legislativas sobre las mismas materias, las distintas orientaciones

² Así lo define D. Jacinto José Pérez Benítez, magistrado de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Miembro de la División mercantil de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea (REDUE) y Corresponsal de la Red española de cooperación judicial internacional (REJUE) disponible en PÉREZ BENÍTEZ J.J., «El administrador societario: Una profesión de riesgo. La responsabilidad del administrador tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre», en *ELDERECHO.COM*, 15 de junio de 2015. En: https://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/administrador-societario-Ley_312014_11_826930001.html. Última visita 13/05/2018.

³ «Die Konkursreife fällt ja nicht vom Himmel. Sie ist das Ende eines oft länger währenden Prozesses» traducido en RECAMÁN GRAÑA E., «Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis» *Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades*, nº45, 2016, p. 35.

⁴ Según el Instituto Nacional de Estadística, el número de deudores concursados alcanza la cifra de 1.457 en el segundo trimestre de 2017, lo que supone un aumento del 4,3% respecto al mismo periodo del año anterior. Por tipo de concurso, 1.359 son voluntarios (un 4,8% más que en el segundo trimestre de 2016) y 98 necesarios (un 2,0% menos). Atendiendo a la clase de procedimiento, los ordinarios aumentan un 8,2% y los abreviados un 3,7%. Accesible en: <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0217.pdf>. Última entrada 11/06/2018.

jurisprudenciales que no siempre han sido pacíficas al respecto⁵, así como las muchas cuestiones debatidas en la doctrina sobre la finalidad de cada uno de los supuestos de responsabilidad. También la discutida naturaleza de la responsabilidad, me ha llevado a una indagación desde los cimientos del derecho civil, hasta su engarce con la especialización del derecho mercantil. Para terminar, afirmando, que se trata de una responsabilidad *ex lege* que ha marginado al régimen general de responsabilidad a un segundo plano con una virtualidad casi residual⁶.

3. Metodología

Como todo trabajo de investigación jurídica, el método que se ha seguido primordialmente es la técnica de interpretación consolidada en las ciencias jurídicas, así como el estudio doctrinal y jurisprudencial más relevantes en el sector.

Así pues, el ritmo de trabajo ha venido marcado por una certera comprensión de los preceptos analizados a la luz de argumentos doctrinales, y contrastados con la práctica de los aplicadores del derecho: Audiencias Provinciales, Tribunal Supremo, Tribunales inferiores y Resoluciones de la Dirección General del Registro y del Notariado.

Del mismo modo, no podemos olvidar que como juristas debemos enfrentarnos al estudio de cualquier cuestión de relevancia práctica y jurídica con otros utensilios metodológicos que ayuden a constatar la más certera de las realidades sociales. Se han empleado disciplinas que le otorgan mayor fidelidad al análisis vertido como la contabilidad, y la economía. De otra forma un estudio aislado del derecho deformaría su razón de ser.

Igualmente se ha partido de una interesante recopilación de información acerca de las premisas más básicas del derecho mercantil, los tipos de sociedades, contratos, responsabilidades y administradores.

Por supuesto como en todas las materias que componen el Derecho ha sido necesario servirmos de la interacción del Derecho Mercantil con el resto de áreas del Derecho. Por lo que, se ha conectado con el procedimiento liderado en los Tribunales por el Derecho

⁵ MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores*, 1ª edit., Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 351 Indica: «Una evolución, adelantamos, no exenta de pronunciamientos contradictorios que la más reciente jurisprudencia está en trance de superar».

⁶ QUIJANO GONZALEZ, J., «Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad», *Revista de derecho de sociedades*, N° 19, 2002, p. 83-84.

Procesal y las nociones básicas sobre obligaciones, contratación y responsabilidad que nos vienen dadas desde del Derecho Civil.

4. Evolución legislativa y fundamento del sistema legal de responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales

Con la aprobación de la Ley 19/1989, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas comunitarias se trata por vez primera el sistema legal de responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales. De esta norma pasó al régimen contemplado en el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA) concretamente en el art. 262.5º y Disposición Transitoria Tercera y posteriormente se incluyó en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) en los arts. 104 y 105. En su conjunto, la reforma establecía una responsabilidad para los administradores incumplidores haciéndolos responsables de todas las deudas de la sociedad anteriores y posteriores a la causa de disolución.

Este régimen responde a una función preventiva o preconcursal al introducir en nuestro ordenamiento jurídico un grado de responsabilidad excesivamente amplio. El capital social actúa como una cifra de garantía de los acreedores sociales. Impidiendo así que una sociedad con pérdidas graves continúe actuando en el tráfico mercantil y acabe siendo insolvente, con todos los problemas que ello acarrea.

Antes de la aprobación de la ley concursal en el año 2003 había una importante descoordinación entre las normas societarias y las insolvencias societarias. La coordinación entre ambas normativas se mejora con la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (en adelante, LC) estableciendo que en caso de pérdidas graves de capital los deberes legales de los administradores se entendían cumplidos con la convocatoria de junta, la solicitud de disolución judicial o instasen la declaración de concurso (modificación Disp. Final 20ª y 21ª LC). De este modo, si actuaban de esta forma, no se les aplicaba el régimen de responsabilidad previsto para los administradores incumplidores. Además, se incluyó una D.A. para que se adecuasen las normas de esta ley a la LSA y LSRL.

La Ley 19/2005 de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España introdujo una gran aportación que es la limitación de su ámbito objetivo a las

deudas posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución. Hasta el momento se extendía, como hemos visto, a todas las deudas, tanto las contraídas antes como las contraídas tras la causa de disolución.

Con la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio) se unificó el régimen de las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada. Para nuestro trabajo interesa lo regulado en cuanto a la responsabilidad por deudas. Esto es, el Título X capítulo I, sección 2ª que trata sobre «Disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria», concretamente el artículo que trataremos será el 367 LSC.

La última modificación viene de la mano de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en la que el supuesto de entrada de la sociedad en situación de concurso supondrá que los administradores no sean responsables por la no promoción de la disolución de la misma (50.2, 51 bis 1 y 60.3 LC). Una vez iniciado el concurso la LC prohíbe el ejercicio de reclamaciones de pago de los acreedores contra los administradores que hubieran incumplido los deberes legales y deja en suspenso las que se hubieran iniciado.

Esta ley ha tenido buenas críticas por suponer un avance en la técnica legislativa, sin embargo, JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ⁷, Magistrado de la Audiencia Provincial de Pontevedra, viene a decir que su función modificadora queda mermada en cuanto a aclarar los aspectos más sombríos de su ejercicio procesal. A mi entender no solo son sombrías las cuestiones más procesales puesto que hay ciertos problemas interpretativos esenciales que dificultan toda la atmosfera que rodea el ejercicio de la acción como valoraremos a lo largo del trabajo.

⁷ PÉREZ BENÍTEZ J.J., - «Responsabilidad por deudas del art. 367 LSC algunas cuestiones polémicas en torno al nacimiento de la obligación, en relación con la existencia de causa de disolución». en *ELDERECHO.COM*, 13 de enero de 2017, disponible: https://www.elderecho.com/foro_legal/mercantil/Responsabilidad-Ley-sociedades-capital-obligacion-disolucion_12_1043685001.html, Última visita 14/04/2018.

II. Los deberes legales de los administradores cuando concurre una causa de disolución

1. Las causas de disolución

Para encuadrar nuestro estudio debemos remitirnos al art. 363 de la LSC en el que se establece que «las sociedades de capital se disolverán por la existencia de causa legal o estatutaria debidamente constatada por la junta general o por resolución judicial»⁸. Entre las causas de disolución que contempla la ley encontramos⁹:

- a) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año.
- b) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto.
- c) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social
- d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.
- e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.
- f) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley.
- g) Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se estableciera la proporción en el plazo de dos años
- h) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

En concreto este trabajo se centra en examinar la del artículo 363.1. e), es decir, por pérdidas que dejen el patrimonio neto en una cantidad inferior a la mitad del capital social,

⁸ *Contrario sensu* la ausencia de la causa supone la inexistencia del supuesto de hecho, por lo que no sería aplicable la consecuencia jurídica: el procedimiento de disolución.

⁹ En cuanto a la sociedad comanditaria se le añade una causa de disolución debiendo disolverse también por fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de todos los socios colectivos, salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social (art. 363.3 LSC).

a no ser que este se aumente o reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

La disolución se puede producir por causa legal o estatutaria¹⁰. La disolución a su vez puede ser automática «de pleno derecho»¹¹ o necesitar de la promoción por parte de los administradores. En concreto la disolución por pérdidas es de carácter legal¹², pero se requiere del buen hacer del administrador para promover la disolución llevando a cabo los deberes que a continuación expondremos.

Es importante indicar como las causas legales vienen impuestas coactivamente a los socios y, por tanto, no pueden ser eliminadas por acuerdo de la junta general. Algunos autores la clasifican de indisponibles¹³. La causa objeto de análisis es indisponible, pero puede ser anticipada por los propios socios, a tenor del principio de la autonomía de la voluntad que preside el contrato social: «Ya que ellos son los señores de los designios sociales y no pueden verse obligados a continuar bajo condiciones inaceptables para ellos»¹⁴. Aquí tan solo existe el límite de la libertad de pactos.

Sin embargo, que se fundamente en la autonomía de la voluntad no nos puede llevar a equivoco y dejar a un lado el carácter imperativo del procedimiento. Carácter que se fundamenta en la indisponibilidad de la responsabilidad de los administradores por no disolución. En consecuencia, los socios no pueden agravar este procedimiento introduciendo cláusulas incrementando la mayoría requerida para adoptar el acuerdo de disolución, se trataría de una cláusula nula. Y en modo alguno parece correcto introducir cambios que dulcifiquen el procedimiento, como la ampliación de plazos para convocar la junta general.

Antes de pasar a la concreción de los deberes de los administradores es preciso exponer el marco en el que se aplica el precepto. Para ello debemos tener claras cuáles son las situaciones que puede constatar un administrador en el ejercicio diligente de su cargo. La primera situación es la siguiente: comprobada una situación de insolvencia le llevará a

¹⁰ La disolución es el acto jurídico a través del cual la sociedad suspende el desarrollo de su actividad social y entra en el proceso para finiquitar su operación y llegar a la liquidación final.

¹¹ Las causas de disolución que operan de pleno derecho se encuentran recogidas en el art 360 LSC. En este trabajo no nos centramos en ellas.

¹² Dicho de otro modo, la diferencia realmente estriba en que unas causas han sido tipificadas por el legislador y otras lo serán en los estatutos por los socios.

¹³ BATALLER GRAU J., «Disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria», en *Comentario de la ley de sociedades de capital*, Rojo (Dir. *et al*), t. II, Civitas, Navarra, 2011, pp.2544.

¹⁴ BATALLER GRAU J., «Disolución por constatación de la existencia de causa...», *cit.* p. 2544.

promover la declaración de concurso¹⁵. La segunda es la situación en la que se dan pérdidas que dejan reducido el patrimonio neto de la sociedad a una cantidad inferior a la mitad del capital social, en cuyo caso se verá obligado a convocar a la junta para que adopte acuerdo de disolución de la sociedad¹⁶. O incluso, una tercera situación, en la que el administrador se encuentra con la concurrencia de ambas situaciones (patrimonio inferior a la mitad del capital social y estado de insolvencia), debiendo instar el concurso¹⁷. Así podemos llegar a un esquema de responsabilidad¹⁸ :

¹⁵ Conforme lo establecido en el art 361 LSC, la declaración de concurso no constituye, por sí solo, causa de disolución. Será la apertura de la fase de liquidación la que produzca la disolución de pleno derecho de la sociedad.

¹⁶ Merece la pena constatar en este punto otro tipo de sociedad en las que la disolución no vendrá marcada por pérdidas que reduzcan el capital social a la mitad. Entre ellas se encuentran las sociedades personalistas que contemplan como causa de disolución la pérdida entera del capital lo cual, en el fondo no es sino un supuesto concreto en el que se manifiesta la imposibilidad de alcanzar el fin social.

¹⁷ Para más información BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad de los administradores por deudas sociales», en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Campuzano (coord.) 5ª edict., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 325 y 326 :De lo no analizado anteriormente destaca el final del artículo 367 LSC que matiza «a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la ley concursal». Vemos aquí otra de las situaciones en las que se puede ver envuelto el administrador en la crisis. En este supuesto el administrador podrá adoptar y proponer a su junta medidas para remover la causa de disolución, llamada «operación acordeón» (reducción y aumento del capital) como medidas que pueden adoptarse para eludir las causas de disolución. Con la reducción de capital ha venido a constatarse que la misma no tiene obligatoriamente que asumir la totalidad de las pérdidas, dado que sería suficiente, que la cifra de capital resultante de la reducción sea superior a la mitad del patrimonio neto. En comparación con el aumento es una operación más sencilla, con el único inconveniente de que el acuerdo de reducción es competencia exclusiva de la junta general, mientras que, en caso de capital autorizado, la competencia es del órgano de administración, lo que supone un ahorro de tiempo que puede ser importante. Aunque el precepto se refiera exclusivamente al aumento y la reducción de capital (medidas directas), en buena técnica cabe cualquier otra medida que suponga el restablecimiento patrimonial: las aportaciones de socios para responder pérdidas sin integrar el capital de la sociedad, a que se refiere el plan general contable y actos jurídicos documentados, transformación en sociedad personalistas (medida indirecta porque no tiene como objeto eliminar la causa sino la modificación de la legislación aplicable), la condonación de las deudas por los administradores o un conjunto de varias medidas. Incluso cabe la mejora espontánea de la sociedad.

¹⁸ DE ZABALA MONTORO, N., «La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital», TFG Grado en DERECHO, Paredes Cutilla (Tutor), Madrid, marzo de 2014, p.17, disponible en:<https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/741/TFG000809.pdf?sequence=1>. Ultima entrada 12/05/2018.

PRESUPUESTO	DEBER LEGAL	SANCIÓN
Patrimonio inferior ½ capital social	Promover la disolución	Responsabilidad solidaria por deudas sociales
Estado de insolvencia	Instar la declaración de concurso	Sanciones concursales
Patrimonio inferior ½ capital social + estado de insolvencia	Instar la declaración de concurso	Responsabilidad solidaria por deudas sociales + sanciones concursales. Precisión: el ejercicio de acciones por deudas sociales queda en suspenso tras la declaración del concurso.

Abordaremos ahora los deberes que específicamente nacen ante la situación contable de pérdidas cualificadas que exigen la realización de actuaciones concretas jurídicamente relevantes. Debemos precisar que, aunque el espectro legal dibuje una serie de deberes que se activan ante la crisis disolutoria no desplaza el restante conjunto de deberes dispuesto en el estatuto de administradores. Así, para algunos autores¹⁹, puede resultar además conveniente en primer lugar la valoración y adopción de medidas accesorias a las legalmente establecidas. Su opinión parte de que «el comportamiento debido derivado de lo exigido por el estándar de diligente administrador puede influir, a su vez, en que se considere incluso negligente el mero cumplimiento de los deberes legamente dispuestos»²⁰.

Más complejo es determinar si el administrador puede entrar a valorar la conveniencia del cumplimiento de los deberes legalmente establecidos cuando, tras un detallado

¹⁹ Para mayor estudio RECAMÁN GRAÑA E., «Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores...», *cit.*, pp. 222 a 255.

²⁰ Ejemplo en RECAMÁN GRAÑA E., «Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital...» *cit.*, p.236: «el hecho de que la ley establezca un plazo máximo para la convocatoria de la junta que ha de acordar la disolución no quiere decir que no pueda considerarse negligente, a la vista del caso concreto, el hecho de agotar el plazo».

análisis de la situación, entienda que puede resultar más beneficioso para la sociedad el despliegue de medidas, no ya accesorias sino alterativas. Así MARÍN DE LA BÁRCENA GARCÍA MARTÍN establece que «el cumplimiento de los deberes se configura como obligatorio, no siendo admisible ningún margen de discrecionalidad por parte del administrador al respecto, lo cual, probablemente sea, desde un punto de vista práctico, la opción más segura para el administrador»²¹.

2. El deber de convocar la junta general

Cuando los administradores constatan la concurrencia de causa de disolución deben convocar en el plazo de dos meses la junta general para que acuerde la disolución o²², si la sociedad fuera insolvente, se inste el concurso (art 365.1 LSC). El fundamento de la convocatoria de la junta reside en que el órgano soberano pueda disolver o remover. Los administradores, además, de convocar la junta deberán facilitar a la junta general los documentos contables óptimos para que los socios puedan llegar a formular un juicio sobre la situación económica de la sociedad y adopten el acuerdo que corresponda y consideren mayoritariamente. Unido a lo anterior, pero de gran importancia, supone la facultad que ostenta todo socio solicitar a los administradores la convocatoria de la junta si considera que concurre causa de disolución o insolvencia (art 365.1 segundo párrafo LSC) no siendo necesario que el socio peticionario ostente un mínimo de porcentaje del capital social (cualquier porcentaje que ostente el socio le habilitara para formular dicha petición). El hecho de legitimación de cualquier socio y sin ningún porcentaje mínimo, y el deber inexcusable de los administradores de convocar a la junta general por esta vía sería suficiente dicha petición sin que precise requerimiento notarial.

Veámos antes como la LSC sigue el sistema ordinario de convocatoria de la Junta, esto es, competencia del órgano de administración y decisión bien a iniciativa propia, bien a instancia de algún socio, pero hay ciertos matices que debemos remarcar. Este supuesto de convocatoria viene a ser definido como un hecho «natural» que consiste en que, ante

²¹ MARÍN DE LA BARCENA, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art 135 LSA)* Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005, pp. 349 a 353.

²² Sorprende algunas sentencias en las que este plazo no ha sido examinado rígidamente, ampliando el plazo legal sostenido que esa arugemtación se basa en una interpretación rígida y literal de la norma, improcedente cuando el desfase temporal es de tan solo pocos días si es seguido por la convocatoria de la junta. Véase, por ejemplo: STS de 30 de octubre de 2000, STS de 16 de diciembre de 2004 o 17 de julio de 2010.

la detección de la causa de disolución, los administradores lideran la reacción, en sintonía con su papel protagonista dentro de la sociedad y proceden a convocar la junta general²³.

Cabe preguntarse respecto a la convocatoria de Junta (art. 365 LSC) en el supuesto de órgano colegiado. Dado el especial grado de diligencia y responsabilidad que concurre en el supuesto, se ha planteado si la competencia para la convocatoria ha de regirse por las normas ordinarias, respetando el *modus operandi* del órgano de administración o si cabe entender que la legitimación se amplía, de manera que cualquiera de los integrantes del órgano de administración se encontraría facultado para convocar Junta General, entendiendo que estamos ante un supuesto en que concurre una causa legal de necesidad que debe ampliar la legitimación para convocar²⁴. El carácter orgánico impide la convocatoria individual. Aunque resulta dudoso en el caso de cese de la mayoría de los miembros del consejo de administración.

En cuanto al momento inicial del cómputo del plazo de dos meses en el que los administradores deben convocar a la Junta, la opinión mayoritaria entiende que es aquel en que los administradores han tenido o han debido tener conocimiento (con la diligencia que les es exigible por su cargo) de la concurrencia de la causa de disolución. Existe controversia en lo relativo al momento en el que los administradores pudieron tener conocimiento de la situación de pérdidas cualificadas. Para un sector doctrinal no puede darse con el conocimiento de las cuentas anuales, sino el momento concreto en el que el administrador ha constatado tal situación. Para otros el plazo debe correr cuando se produzca el cierre del ejercicio social, por subsumirse más en el concepto de «pérdidas» y con ello engendrarse la causa de disolución. Esto no deja de ser relevante por la importancia de la carga de la prueba que en estos supuestos recae sobre el acreedor demandante de la responsabilidad al tener que acreditar el momento temporal en el que nace dicho deber de los administradores.

²³ BATALLER GRAU J., «Disolución por constatación de la existencia de ...», *cit.*, pp.2564.

²⁴ Pero ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto de la RDGN de 25 de febrero de 2000 (Publicado el 29 de marzo de 2000) y ha concluido que no cabe la inscripción de la escritura de elevación a público del acuerdo de disolución y nombramiento de liquidador de una sociedad limitada, por haber sido adoptado en junta general de socios que ha sido convocada únicamente por uno de los dos administradores mancomunados cuyos cargos están vigentes. El recurrente alega que los órganos sociales están paralizados por disensiones entre los dos únicos socios y administradores, que son titulares cada uno de ellos del 50 por 100 del capital social. La DGRN confirma la calificación registral, sin perjuicio de recordar que queda expedita la vía de la convocatoria judicial o solicitar del Juez la disolución de la sociedad.

Basta con que el administrador convoque la junta en cuyo orden del día este incluido el punto relativo a la disolución para que su responsabilidad por inactividad quede exonerada.

Una vez convocada la junta general, deberán establecer si la causa efectivamente concurre; si la causa no está acreditada no se requiere de ningún acuerdo. En este momento se emiten dos juicios: por un lado, un juicio factico ya que se está constatando una realidad y, por otro un juicio de voluntad ya que se expresa el ánimo disolutorio.

El art. 364 LSC establece que el acuerdo de disolución deberá ser adoptado por la mayoría ordinaria establecida para las sociedades de responsabilidad limitada en el artículo 198 LSC, y con el quórum de constitución y las mayorías establecidas para las sociedades anónimas en los artículos 193 y 201 LSC. Como vemos los preceptos indican los requisitos que han de reunir los acuerdos tanto en la sociedad anónima como en la de responsabilidad limitada.

Así el acuerdo ha de reunir varios requisitos, de carácter formal: la junta debe estar correctamente convoca y fijar como punto del orden del día la disolución²⁵. No es necesario que en el punto del orden del día se aluda expresamente a la concreta causa de disolución, siendo suficiente una mera referencia genérica. Además, debemos matizar que como punto del orden del día también debe hacerse una referencia al nombramiento de liquidadores por si finalmente queda aprobada la disolución de la sociedad.

De adoptase un acuerdo fundado en la causa de disolución sin estar presente la causa, sería un acuerdo nulo.

A partir de este momento, a partir del acuerdo social se produce la disolución teniendo los mismos efectos que tendrá la sentencia judicial como veremos en el siguiente apartado.

Cabe señalar que, si el acuerdo no es favorable a la disolución, pero entiende posible la subsanación de la causa, debe adoptarse un acuerdo de remoción. Este hecho ha debido ser previsto en el orden del día de la junta y se deberán cumplir los requisitos que exija el

²⁵ Si el socio solicita junto con la disolución la inclusión de algún otro punto del orden del día, entonces estamos bajo el régimen de convocatoria contemplado con carácter general para las juntas extraordinaria y si es necesario requerimiento notarial.

respectivo acuerdo²⁶. De no haberse previsto ningún punto en el orden del día en este sentido, la junta está obligada a adoptar un acuerdo de disolución.

La fecha de celebración de la Junta, diferente de la fecha de convocatoria, no se determina legalmente por lo que ha de respetar los plazos que tendrán carácter de mínimos, pero nunca de máximo. Supuesto curioso es el de alargar el plazo legal como un intento para salvar el hecho de la propia disolución, en espera por ejemplo de concluir un negocio beneficioso. Si la junta resultare extemporánea resulta dudosa la responsabilidad; la mayoría de la doctrina se inclina por mantener la responsabilidad del órgano de administración, salvo que éste pueda probar que la dilación obedeció a causa justificada independiente de su sola voluntad. En este sentido, la doctrina ²⁷se decanta en mantener la responsabilidad, en el caso de la dilación injustificada, pero solo para las deudas contraídas después de la concurrencia de la causa de disolución y antes del cumplimiento tardío, sin que se extienda a las contraídas después.

Una sugestiva tesis expuesta por EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ²⁸, establece como se producen efectos «hacia el pasado», en el sentido de que la deuda social solamente podrá exigirse a los administradores si, en el momento en que se les reclama su pago, continúan en situación legal de incumplimiento. Transcurrido el plazo de dos meses, los administradores que no hayan observado el deber de convocatoria o, en su caso de solicitar la disolución judicial de la sociedad, están expuestos a que determinados acreedores puedan exigir y obtener de ellos el pago de las deudas sociales ; pero, aunque hayan transcurrido esos dos meses, si convocan junta o si, fracasada ésta, instan la disolución de la sociedad, ha de considerarse extinguida la responsabilidad también por esas deudas sociales anteriores al momento del cumplimiento frente a todos aquellos acreedores que no hubieran ejercitado exigido y reclamado , judicial o extrajudicialmente.

Es irrelevante la importancia del retraso, unos pocos días o varios meses y del mismo modo es irrelevante la causa del retraso²⁹. Aunque si la junta finalmente se celebra en un

²⁶ De esta forma si fuera obligatorio un acuerdo de modificación de los estatutos, la adopción del acuerdo ha de respetar lo establecido para la concreta decisión.

²⁷ Ente otros BATALLER GRAU J., «Disolución por constatación de...» *cit.*, pp. 2574: «las anteriores al acaecimiento de la causa, por las que no responden los administradores en ninguna ocasión; las posteriores al acaecimiento de la causa, pero anteriores a la observancia del deber, que son el objeto de su responsabilidad; y las acontecidas tras el cumplimiento del deber, de las que quedarán exonerados por el cumplimiento (aunque tardío) de las obligaciones inherentes a su cargo».

²⁸ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad de los...», *cit.*, pp. 229 y 330.

²⁹ Disensiones entre los administradores acerca de la aplicación de determinados criterios contables, problemas con el auditor, convocatoria tardía de la junta etc...

plazo tan dilatado que hace inoperante el acuerdo adoptado deberemos entender que es un fraude de ley que hará entrar en juego la norma eludida³⁰.

Una situación especial se nos presenta cuando afloran nuevos acreedores en el periodo de tiempo que transcurre entre la aparición de la causa de disolución y la disolución proclamada por la Junta; acreedores cuyo título, posterior a la causa de disolución, se sitúa antes o después de la situación *de facto*. Sería el ejemplo de una sociedad que incurre en causa de disolución en el año 2010; en 2011 contrae una serie de deudas; en 2013 supera la causa de disolución y en 2014 contrae nuevas deudas, que impaga. ¿Pueden demandar al administrador todos los acreedores posteriores a 2010 o sólo los que contrataron en 2011? Esta situación ha sido abordada por la STS, Sala 1ª, de 14 de octubre de 2013 en la que se expresa que «La remoción de la causa de disolución de la compañía no extinguió la posible responsabilidad en que hubiera podido incurrir el administrador durante el tiempo en que incumplió el deber de promover la disolución, respecto de los créditos existentes entonces, pero sí evita que a partir del momento en que cesa la causa de disolución puedan surgir nuevas responsabilidades derivadas de aquel incumplimiento. Esto es, los acreedores de las deudas sociales surgidas después de que la compañía hubiera superado la causa de disolución, como es el caso de XXX, carecen de legitimación para reclamar la condena solidaria del administrador basada en un incumplimiento anterior»³¹.

3. El deber de instar la disolución judicial

En cualquier caso y siguiendo con los deberes de los administradores, nos encontramos con el deber de instar la disolución judicial³², en el que se refleja la voluntad del legislador de que la sociedad no siga operando³³. Y ello porque como vemos el art. 366 LSC

³⁰ MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad ...*, cit., p. 348.

³¹ MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad ...*, cit., p. 373.

³² No es necesario acumular a la solicitud de disolución judicial la solicitud de nombramiento de los liquidadores. Si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, quienes fueren administradores en la fecha de la firmeza de la resolución judicial de disolución de la sociedad quedarán convertidos en liquidadores, sin necesidad de pronunciamiento expreso, salvo que hubieren designado otros en los estatutos sociales (art 376.1 LSC.) En una sociedad anónima, en defecto de disposición de los estatutos, el nombramiento de liquidadores corresponde necesariamente a la junta general (art 367.2 LSC).

³³ En realidad, hay más voluntades, entre ellas está la de prevenir el concurso y la asegurar el cobro de los acreedores. Véase para más información: BELTRÁN, E., «la responsabilidad de los administradores ...», cit., pp. 309-311. Ilustrativa en materia de función es la STS de 7 de octubre de 2013, (Roj: 585/2013): «la responsabilidad por deudas ex art. 367 responde a la «ratio» de proporcionar confianza al tráfico mercantil y robustecer la seguridad de las transacciones comerciales, cuando intervienen personas jurídicas mercantiles sin responsabilidad personal de los socios [...], evitando la perdurabilidad en el tiempo de

establece un mecanismo de cierre del sistema de carácter subsidiario. Así, subsistiendo la causa de disolución, de no adoptarse el acuerdo de convocatoria, o de no celebrarse la junta o si la misma no adoptarse el acuerdo de disolución o remoción de las causas, deben los administradores solicitar la disolución para dar cumplimiento al deber de ejecución orgánica, evitando así, la posible responsabilidad por obligaciones social³⁴. Siempre eso sí, que la solicitud de disolución judicial se realice dentro del plazo legamente establecido a tal fin³⁵. De no ser así los administradores responderán por las obligaciones sociales generadas desde el acaecimiento de la causa hasta la solicitud por un interesado de la disolución judicial.

En este punto, las dudas surgen alrededor del término «interesado». Los socios no suscitan dudas. Ahora bien, un socio (que además es consejero) no puede solicitar directamente la disolución judicial; antes ha de haber intentado que se convoque la junta. Pero la redacción no se reduce solamente a los socios, igualmente apreciamos el interés en el administrador que ejerce la acción a título individual para salvar así su responsabilidad ante el resto de órganos de administración. En la práctica, es el juez el que atiende a las circunstancias del caso concreto apreciando o no, el interés legítimo en su solicitud. De la misma manera que los administradores, los interesados también deben acreditar la inactividad de la sociedad para lograr la disolución judicial.

El socio que inste la disolución, además deberá aportar el requerimiento a los administradores para convocar la junta general y de haberse celebrado, la certificación de la junta. A este respecto, a veces suscitan problemas puesto que los socios por su carácter ajeno a la sociedad (en cuanto a la gestión y administración ordinaria) les impide ejercitar la convocatoria como medio rápido y certero para probar el silencio societario³⁶. En multitud de casos tan solo podrá demostrar la concurrencia de la causa unida a la inactividad prologada, lo que a mi juicio son elementos bastantes.

La legitimación pasiva ante la acción de disolución corresponde a la sociedad. Por lo que, cuando sean los propios administradores los promotores de la demanda, la defensa recae

situaciones de crisis o graves disfunciones sociales con perturbación para otros agentes ajenos, y la economía en general».

³⁴ Es indiferente la razón por la que haya fracasado la junta general: falta de quorum, falta de mayoría suficiente o incluso acuerdo contrario a la disolución que no implique la remoción de la cusa.

³⁵ Dos meses, contado según los casos desde la fecha prevista para la celebración de la junta, o desde el día de la junta. Conviene aclarar que el plazo de dos meses no es un término de caducidad o prescripción de la demanda de disolución. Por consiguiente, se puede presentar de forma eficaz la demanda una vez que haya pasado el plazo de los dos meses, aunque se evaluará la posible responsabilidad de los administradores.

³⁶ BATALLER GRAU J., «Disolución por constatación de...», *cit.*, pp.2570.

en ellos mismos por ser representantes de ésta. Respetándose de este modo el principio de contradicción con aquellos administradores disidentes que hayan entendido que no concurre causa de disolución alguna³⁷.

En relación con el procedimiento la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV) ha establecido un expediente de jurisdicción voluntaria para la disolución judicial de sociedades (arts. 125-128 LJV). Se establece que los administradores, los socios o cualquier interesado mediante escrito y con la documental correspondiente pueden instar la disolución judicial ante el órgano competente que será el Juzgado de lo Mercantil de su domicilio social.

El Juez resolverá el expediente por medio de auto incluyendo la designación de las personas que vayan a desempeñar el cargo de liquidadores, y un testimonio del mismo se remitirá al Registro Mercantil que corresponda para su inscripción.

Llegado este momento debemos preguntarnos si los administradores deben optar por la disolución judicial o el inicio de un concurso siempre que haya insolvencia. Siendo que la competencia para decidir sobre el inicio del procedimiento concursal reside en el órgano de administración, podría llevar a un riesgo y es el de que los administradores expropian de la junta la facultad de decidir sobre el devenir societario abusando del recurso a la solicitud de concurso fundamentada en la insolvencia inminente. Aunque este peligro existe, en opinión de EVA RECAMAN GRAÑA «la fiscalización que de la gestión societaria se produce en el concurso, así como los riesgos que para los administradores presenta una posible calificación del concurso como culpable hacen improbable dicho abuso»³⁸.

En definitiva, de los dos deberes expuestos se concluye que la disolución de la sociedad necesita para su ejecución de una doble constatación: administradores y junta general, socio y junta general, administradores y juez, o interesado y juez. Así la doctrina interpreta que se trata de dar una mayor seguridad jurídica al sistema ya que se trata de llevar a cabo una buena apreciación de la situación fáctica ya que «estamos en el terreno de los hechos, no de las voluntades»³⁹.

³⁷ BATALLER GRAU J., «Disolución por constatación de ...», *cit.*, pp.2570.

³⁸ RECAMÁN GRAÑA E., «Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores ...», *cit.*, p. 247.

³⁹ BATALLER GRAU J., «Disolución por constatación de la existencia de ...», *cit.*, p.2546.

4. El deber de instar el concurso de acreedores

Los deberes legales se entienden también cumplidos cuando los administradores solicitan la declaración judicial del concurso de acreedores. Por lo que constatamos como se trata de un deber orgánico y que no es tarea de los administradores individualmente considerados⁴⁰. La solicitud debe presentarse dentro de los dos meses a contar desde la concurrencia de la causa de disolución produciendo el mismo efecto que la convocatoria de la junta general, considerándose como un supuesto de cumplimiento alternativo. La falta de solicitud del concurso, determinaría la responsabilidad de los administradores por las obligaciones nuevas, y del mismo modo podría llegar a suponer si se llegara a declarar el concurso y se abriera la sección de calificación, la presunción de concurso culpable, salvo prueba en contrario.

El cumplimiento de los deberes legales se hace más complejo cuando los administradores, concurriendo el estado de insolvencia⁴¹, hubieran optado por convocar junta general en lugar de solicitar el concurso (opción que parece permitir la Ley insertando el deber de solicitud del concurso dentro del sistema legal de promoción de la disolución).

Sentado que la Junta no es el órgano competente para declarar el concurso (lo es el Juez), para algunos autores la única interpretación que no prive de vigencia a las normas en juego supone entender que los administradores, al constatar la insolvencia, decidan si instan ellos directamente el concurso de acreedores o convocan la junta a efectos informativos. A juicio de JUAN BATALLER GRAU «si asumimos esta exégesis, se resuelve mejor un problema sobre el que se suele incidir poco que es la responsabilidad del administrador por solicitar el concurso, cuando no cuente con el respaldo de la junta general. Conviene advertir que la insolvencia puede ser obviada con un nuevo esfuerzo financiero por parte de los socios, que puede ser superior o incluso insuperable cuando al

⁴⁰ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad de los administradores ...», *cit.*, pp. 272-273.

⁴¹ En este sentido BELTRÁN SANCHEZ, E., «Pérdidas y responsabilidad de los administradores ...», *cit.*, pp 484 a 485: identificar la causa de disolución consistente en las pérdidas cualificadas con la insolvencia de la sociedad ;cuando las causas de disolución concurrente sean las pérdidas cualificadas , el deber de los administradores de convocar junta y la consiguiente sanción por incumplimiento no se imponen para cubrir la insolvencia de la sociedad , que no tienen por qué existir , sino para impedir que llega a producirse , es decir para que una situación de patrimonio neto positivo derive en una situación de patrimonio neto negativo.

mercado ha sido lanzada la previa noticia, con su correspondiente descrédito, de que se ha solicitado la apertura de un concurso de acreedores»⁴².

De esta forma si los administradores convocaran la junta a nivel informativo para que se acordara el concurso, y ella resultara frustrada, los administradores no pueden detenerse y deberán solicitar el concurso ante el juez.

Sin embargo, a juicio de otra doctrina «si se tiene en cuenta que la propia Ley establece que la insolvencia de la sociedad enerva la causa de disolución, sólo cabe interpretar el precepto considerado en el sentido de que los administradores deberán convocar junta general cuando concurra causa de disolución y no concurra estado de insolvencia»⁴³.

III. Consecuencias del incumplimiento de sus deberes: responsabilidad solidaria por las deudas posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución

1. Presupuestos de la responsabilidad

1.1 Incumplimiento de los deberes legales

Tal y como hemos examinado, cuando los administradores incumplan los deberes específicamente impuestos por la LSC, asumen responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales nacidas después de la producción de una causa de disolución. No es necesaria la concurrencia de culpa, daño o relación de causalidad entre el incumplimiento legal y el daño causado, al contrario de lo que ocurre en los supuestos del ejercicio de la acción social o la acción individual. Lo que sí que se exige es imputabilidad de la omisión al administrador. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de febrero de 2016 (Roj:1375/2016)⁴⁴ permite ejemplificar la distinción entre las acciones

⁴² BATALLER GRAU J., «Disolución por constatación ...» *cit.*, pp.2565.

⁴³ Ver en este sentido BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad de los administradores por deudas ...», *cit.*, p. 319. Y también en este sentido: MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la...*, *cit.*, p. 347: «A mi juicio el tenor literal del precepto es claro y no deja lugar a dudas, competencia corresponde al órgano de administración sin perjuicio de las responsabilidades *intra* societarias a que pueda haber lugar por la falta de convocatoria de la junta». Ver a este respecto Encuentro de la Especialidad Mercantil celebrado en Valencia días 1 y 2 de diciembre de 2004. Donde se refuerza esta conclusión. Para GONZÁLEZ CARRASCO, MC., «Comentario al art. 3», en *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ (dir.), T. I, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, pp. 53 y 54: «hay que distinguir la competencia *ad extra* que tiene el órgano de administración para promover el concurso del deber *ad intra* que tiene para con la sociedad de convocar la junta general».

⁴⁴ Véase también SAP Madrid, sección 28, de 22 de enero de 2016 (Roj: 1364/2016).

recogidas en los art. 367 LSC y art. 241 LSC (acción individual). Del estudio de la misma se desprende que la responsabilidad por las deudas sociales del art. 367 LSC, otorga una mayor facilidad de litigación para el acreedor. Queda liberado de probar tanto la relación de causalidad, como que la deuda nació tras encontrarse la sociedad en causa de disolución. En cambio el acreedor que ejercite su acción a tenor del art. 241 LSC, debe probar todos y cada uno de los requisitos del art. 1902 C.C: la acción u omisión, el daño sufrido por el acreedor social, la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño y, el nexo de imputación subjetiva entre la conducta del administrador y el daño, esto es, qué deber del administrador impuesto por el legislador para proteger un bien jurídico del acreedor habría omitido⁴⁵.

De esta forma en palabras de JESUS ALFARO⁴⁶, «la responsabilidad del administrador es semejante a la de un fiador». Porque se ha impuesto a los administradores la obligación de pagar una deuda ajena (de la sociedad) y el título de imputación al administrador es objetivo: que la sociedad se encuentre en causa de disolución.

1.2 Dificultad para determinar con precisión cuando ha acaecido la causa de disolución

Tiene un interés capital el determinar cuándo concurre la causa de disolución entendida como pérdida de la mitad del capital, y nace el deber legal de los administradores. En este apartado trataremos de concretar en primer lugar cómo se calcula la cuantía de las pérdidas, y en segundo lugar el momento en el que las pérdidas deben estimarse constitutivas de causa de disolución. Cabe mencionar aquí como sin duda, las continuas carencias formativas en materia contable han propiciado una interpretación poco acertada entre los tribunales.

Conforme a la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) de 20 de diciembre de 1996 ⁴⁷el patrimonio se calculará conforme a lo establecido para

⁴⁵ ALFARO AGUILA-REAL, J., - «Distinción entre la responsabilidad del administrador por deudas sociales (art. 367 LSC) y acción individual de responsabilidad (art. 241 LSC)», 18 de abril de 2016, disponible en <http://almacendederecho.org/distincion-entre-la-responsabilidad-del-administrador-por-deudas-sociales-art-367-lsc-y-accion-individual-de-responsabilidad-art-241-lsc/>. [Última visita 05/05/2018].

⁴⁶ ALFARO AGUILA-REAL, J., - «Distinción entre la responsabilidad ...», *cit.*

⁴⁷ Publicado en BOE de 4 de marzo de 1997. Debemos tener en cuenta también las directrices de los Reales Decretos - Leyes de 10/2008, de 12 de diciembre y 5/2010, de 31 de marzo, así como la disposición adicional única del Real Decreto Ley 10/2008 de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras

la elaboración de cuentas anuales, incrementado el importe del capital social suscrito no exigido y el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo, sin que además se consideren patrimonio neto⁴⁸ los ajustes por cambios de valor en operación de coberturas de flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias, de conformidad con lo previsto en el art. 36 CCom; incrementado a su vez los préstamos participativos que hubiere solicitado la sociedad y por el importe de las pérdidas por deterioro del inmovilizado material, las inversiones inmobiliarias y las existencias durante los ejercicios anteriores. Resulta indiferente para la causa de disolución la cifra de capital social, el carácter de las pérdidas o que existan o sin posibilidades objetivas de recuperación.

La interpretación llevada a cabo de la norma permite afirmar que el desequilibrio patrimonial ha de ser duradero y que los desajustes no pueden ser meramente transitorios porque ellos no son relevantes⁴⁹. Es indiferente la cifra del capital social, es decir si se trata del mínimo legal general (art 4 LSC) o especial, como si es superior a este mínimo⁵⁰. Carece de importancia igualmente, la causa de esas pérdidas: consecuencia de resultados negativos de actividades ordinarias o extraordinarias o un efecto de las dotaciones para amortizaciones y de las provisiones que, por imperativo legal o reglamentario sea preciso realizar. Tampoco resulta trascendental el carácter de las pérdidas: se equiparán los casos en los que la reducción del patrimonio social sea por debajo de la mitad del capital social habiéndose producido de modo repentino y aquellos otros casos en los que resultan de un proceso de menoscabo.

En principio son válidas las magnitudes resultantes de las cuentas anuales salvo que las mismas hayan sido objeto de impugnación o su contenido desvirtuado por el resultado probatorio, sin que la falta de depósito les prive de su valor probatorio⁵¹. Afirman voces

para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas y otras medidas económicas complementarias disponibles. Esta última reformada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre por la que se adoptan medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deudas empresariales, en su disposición final séptima. También la disposición final tercera del Real Decreto 151/2007, de 16 de noviembre por el que se prueba el actual Plan General de Contabilidad. En virtud de la habilitación ICAC para aprobar mediante Resolución normas de obligado cumplimiento hay Resoluciones como la d 18 de octubre de 2013 que amplían esta información.

⁴⁸ Se habla de patrimonio neto, pero debemos entender que la expresión es sinónima de patrimonio contable.

⁴⁹ BATALLER GRAU J., «Disolución...», cit., p.2556.

⁵⁰ En este sentido podemos citar la SAP de Pontevedra, (Sección 1ª) de 6 de febrero de 2012 (JUR: 64264/2012) que condena al administrador por no haber activado los mecanismos disolutorios a pesar de que la diferencia entre el patrimonio neto y el 50% del capital social apenas era de 15 euros.

⁵¹ SAP de Barcelona, (Sección 15ª), de 23 de julio de 2009 (Roj: 2009/464374).

que para la determinación de la existencia de pérdidas cualificadas la práctica de una pericial contable resulta conveniente⁵².

Aunque bien es cierto que la falta de presentación de las cuentas anuales no es determinante para la existencia de la causa de disolución si constituyen un indicio y habrá de ser valorado con el resto de pruebas, y en todo caso conduce a una inversión de la carga de la prueba, aplicando así el principio de disponibilidad y facilidad probatoria, desplazando al administrador demandado la prueba de que no se da el desbalance patrimonial ⁵³.

2. El ámbito de la sanción

2.1 Ámbito subjetivo de la responsabilidad

2.1.1 Administradores responsables

Desde el punto de vista de la legitimación pasiva, la responsabilidad se impone a los administradores. Carece de relevancia la forma en que se haya organizado el órgano de gestión y representación de la sociedad o incluso teniendo delegadas sus facultades en el caso del Consejo de administración.

Problema singular es el de los administradores de hecho, personas que, aunque no hayan sido designadas formal y regularmente como administradores, son los que, sin título formal o con un título nulo, caducado o viciado por razones de fondo o forma llevan la gestión y representación sin depender de un superior jerárquico. La doctrina ha entendido que les son aplicables también las reglas de la responsabilidad de los administradores, en especial la objetiva que se ha visto reforzada por las referencias que con relación a los administradores de hecho establece la legislación concursal ⁵⁴ y, finalmente ha tenido recepción en el apartado 3 del art 236 LSC. Como cree MANUEL ÁNGEL MARTÍNEZ

⁵² MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de lo... cit.*, p. 340.

⁵³ SAP de Girona, (Sección 1º), de 29 de junio de 2012 (Roj 18833/2012), STS de 5 de octubre de 2004 (Roj: 6225/2005).

⁵⁴ Léanse art 164.1, 48.3 y 172.3 LC.

GARCÍA⁵⁵ si bien es cierto que podría aducirse que los administradores de hecho, al no estar investidos de la representación social, mal podrían dar cumplimiento a la obligación de convocar la junta o de reaccionar frente a la falta del acuerdo, puede argumentarse que si son ellos los que realmente dominan la actuación de los administradores foralmente investido como tales, deben ser igualmente responsables si no les exhortan a convocar la junta y, en caso de no celebración o de falta de acuerdo, no promueven la disolución judicial, bien provocando la adopción de esta medida por los administradores, bien haciéndolo ellos mismos como socios o interesados. Resulta interesante SAP de Madrid (Sección 28ª) en sentencia de 29 de octubre de 2010 ⁵⁶, en este caso el juzgado de lo mercantil había absuelto al administrador porque, fijado el *dies a quo* del conocimiento de la causa de disolución el 31 de marzo, había cesado el 20 de mayo, tan solo 11 días antes del límite para convocar junta. La Audiencia revoca la sentencia, pero no por disentir de la tesis del juzgado sino porque considera que tras su dimisión continua ejercicio como administrador de hecho.

Sin embargo, no se extiende a los representantes voluntarios (directores generales, gerentes etc...) nombrados por la sociedad, que no tiene la condición de administradores⁵⁷.

Siguiendo con los sujetos responsables es importante tener en cuenta algunas particularidades que han nacido de la experiencia práctica, matizando en cada caso el momento que ha de tenerse en cuenta para la exigencia de responsabilidad⁵⁸:

⁵⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Comentario al artículo 367 LSC», en *Tratado de sociedades de capital. Comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la ley de sociedades de capital*, Ballester Azpitarte, (coord.), t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 264.

⁵⁶ SAP, Madrid, (Sección 28ª), de 29 de octubre de 2010 (JUR 2011/37161).

⁵⁷ La práctica nos deja la negativa a la imposición de la sanción al «gerente», por carecer de la facultad de convocar la junta y por considerar que las normas sancionadoras no son susceptibles de interpretación extensiva.

⁵⁸ Caso singular es el de los liquidadores societarios ya que estos no pueden incumplir con el deber de promoción de la disolución puesto que todavía no han sido nombrados, tan solo podría reclamar la responsabilidad por daños en el ejercicio de las operaciones de liquidación. Pero lo cierto es que puede producirse un cumplimiento meramente formal de los deberes de los administradores en sociedades que se encuentran disueltas y en las que los administradores no realizan actividad alguna. Ello no evita la aplicación al liquidador de las normas de responsabilidad *ex lege* de los administradores si ese liquidador no procede a liquidar efectivamente la sociedad. El fundamento jurídico para tal afirmación es el de la doctrina del fraude de ley y no en normas generales en materia de responsabilidad.

Si se produce el cese de administrador con posterioridad al momento del nacimiento de la causa de disolución, la responsabilidad será exigible por las obligaciones contraídas por la sociedad antes de tal cese, pero no por las que se contraigan después⁵⁹.

Si el cese tiene lugar una vez acaecida la causa de disolución, pero no antes de que transcurran los 2 meses de plazo para la convocatoria de la junta, a partir de la Sentencia del Pleno del TS de 28 de abril de 2006⁶⁰ se libera de responsabilidad trasladándose a los subsistentes y a los que sustituyen a los dimisionarios. Tal dimisión como vemos puede relevarle de responsabilidad, pero si quien renuncia es el órgano de administración en bloque, o un administrador con facultades plenas, la doctrina entiende que solo se liberará de responsabilidad si simultáneamente convoca la junta o solicita la disolución judicial⁶¹. Siendo un órgano la responsabilidad afecta a todos sus miembros, ahora bien, cabe la alegación de causas de exoneración⁶² por las que demuestren que emplearon la diligencia suficiente para activar la causa de disolución.

Así ha puesto de relieve tanto la doctrina como el Tribunal Supremo ⁶³ que no es suficiente la cualidad pasiva del administrador que, ante la concurrencia de la causa de disolución, se inhibe apartándose de su cargo de administrador (por ejemplo, publicando en prensa la renuncia al cargo) pero no toma las medidas oportunas. Será el análisis del caso concreto el que determinará cuando la conducta del administrador le libera de responsabilidad⁶⁴. El propio administrador único cesante debe dejar convocada la junta, incluyendo en el orden del día el nombramiento de nuevos administradores y la disolución, aumento o reduciendo el capital. Y además debe subsistir algún administrador, pues no puede dejar la sociedad acéfala. El resto de supuestos, no solo no

⁵⁹ Así lo avala: STS de 23 de noviembre de 2010 (Roj: 2011/575) y 30 de noviembre de 2010 (Roj: 2011/1159).

⁶⁰ STS de 28 de abril de 2006 (Roj: 2006/4087).

⁶¹ En este sentido La DGRN viene condicionando de forma reiterada la inscripción de la renuncia de los administradores que conduzca a una situación de acefalia. Destaca la Resolución de 2 de agosto de 2012 (Roj: 2012/10384) ha sido objeto de evolución y progresiva matización.

⁶² Dos explicaciones se han dado acerca de esta posibilidad de exoneración: entender que es consecuencia de la aplicación de normas generales en materia de responsabilidad por culpa, que tienen su reflejo en el artículo 236 LSC en cuanto a los administradores de sociedades capitalistas o entender, con el tribunal supremo que supone la aplicación de las causas de exoneración de responsabilidad que prevé el artículo 237 LSC.

⁶³ En este sentido STS de 4 de febrero de 1999 Roj (1999/335).

⁶⁴ Por ejemplo: si se pretende exonerar alegando ignorancia de la concurrencia en este caso debe analizarse la diligencia o negligencia del administrador. Por tanto, en supuestos de ocultación de datos o retrasos de comunicación de la información no serían exonerados. Otro ejemplo que nos deja la jurisprudencia indica como el administrador debe actuar de forma activa en la Junta para poder exonerarse, manifestando una actitud en contra de los restantes miembros. Y por último si la junta ha sido convocada pero no se ha celebrado o no se ha adoptado el acuerdo se reducen los supuestos de exoneración, solo se ve exonerado el que solicita directamente la convocatoria judicial, o que insta la renuncia del órgano colegiado para tal solicitud y de no celebrarse o de ser contrario el acuerdo, acude a la vía judicial.

le liberan de la responsabilidad, sino que demuestran de forma absoluta la falta de diligencia.

También la práctica registral nos lleva a preguntarnos si le es imputable a un administrador cuyo cese no ha accedido al Registro Mercantil. Debemos diferenciar dos planos:

- Desde el plano sustantivo la inscripción en el Registro Mercantil del cese del administrador no posee carácter constitutivo, de manera que solo cabe imputar la responsabilidad a los actos que tengan lugar hasta el momento que se cesó válidamente, no pudiendo un tercero de buena fe ampararse en la falta de inscripción para demandar responsabilidades de actos posteriores al cese y anteriores a la inscripción registral⁶⁵.
- Desde el plano procesal, la relevancia es distinta si nos fijamos en los efectos del cómputo del plazo de prescripción de la acción tendente a exigir responsabilidad. De no haber un conocimiento del cese efectivo, 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 reconocimiento.

Si el administrador ha sido nombrado cuando la causa de disolución ya existe, cabe preguntarse si comienza a correr de nuevo el plazo desde su aceptación o ha de estarse al plazo original. Desde el punto de vista de los acreedores «es indudable que la sucesión o cabalgata de administradores sin agotar ninguno de ellos el plazo legal vendría a suponer *de facto*, una ampliación del plazo que redundaría en perjuicio de aquéllos»⁶⁶. Sin embargo, la jurisprudencia parece decantarse por la protección del administrador entrante, es decir que el plazo compute desde que asume el cargo⁶⁷. Sin embargo, para ALFONSO MUÑOZ

⁶⁵ Solo cabe admitir que la falta de diligencia que comporta la falta de inscripción puede en algunos casos, especialmente en supuestos de ejercicio de la acción individual, constituir uno de los elementos que se tenga en cuenta para apreciar la posible responsabilidad ya que puede haber propiciado la conducta de los acreedores o terceros fundamentada en la confianza en quienes creían ser los administradores y ya habían cesado.

⁶⁶ MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad... cit.*, p.366.

⁶⁷ Así se observa en la STS de 4 de diciembre de 2013 (Roj: 2014/1835) en el que admiten la asunción de cargas desde la aceptación pudiendo ser estar expresa o tácita.

PAREDES «no se debe dar a esta sentencia un valor absoluto de suerte que habrá de imperar la regla general del conocimiento, en dos supuestos»⁶⁸:

- Para el autor si la disolución no resulta notaria, no parece ajustado que el plazo compute desde la aceptación, pues ello nos llevaría al error de identificar «aceptación» con «conocimiento» y ello supone una diligencia extrema que raya, la «imposibilidad».
- En su segunda teoría aparece la figura del administrador *intraenus*, ello es el que no es *extraenus*, es decir un no ajeno a la actividad empresarial. Por ejemplo: un socio o un apoderado que pueden tener conocimiento fehaciente de la situación contable de la administración. Es el caso de la SAP de Murcia, Sección 4º de 22 de septiembre de 2009 (Roj: 2009/470932) en el que el nuevo administrador toma posesión superado el plazo de dos meses; la Audiencia condena a la administradora saliente y al entrante, pues tenía conocimiento previo de la situación económica por haber sido apoderado general.

2.1.2 Posibilidad de exoneración de responsabilidad

Nos planteamos en este apartado si puede exonerarse o limitarse la responsabilidad de los administradores que no han promovido la disolución de la sociedad en caso de pérdidas cuando han tomado medidas para reducir los daños a terceros. Pero antes de ello, conviene diferenciarlo con el supuesto de extinción de los deberes legales, vistos *supra* ⁶⁹ y que conllevan la eliminación de las pérdidas cualificadas por lo que no procede exigir los deberes al no haber causa legal de disolución⁷⁰. Sin embargo, en los supuestos de exoneración la causa legal de disolución se da, pero se mitiga o amputa de plano la responsabilidad de los administradores.

Lo cierto es que, aunque el art. 367 LSC no prevé ninguna causa de exclusión o reducción de la responsabilidad, sí se han reconocido exoneraciones cuando los administradores han tomado medidas para evitar el daño a terceros⁷¹. En particular y por tener una referencia

⁶⁸ MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad... cit.*, p.366.

⁶⁹ Apartado II, epígrafe 1 del trabajo.

⁷⁰ Teniendo en cada caso la carga de la prueba los administradores.

⁷¹ Véase también STS ,de 22 de Noviembre de 2006 (Roj: 7258/2006): «el conocimiento del acreedor reclamante de la situación económica de la sociedad en el momento de la generación del crédito -...-, y, en términos más amplios, su actuación contraviniendo las exigencias de la buena fe -...-, la solvencia de la sociedad o la existencia de créditos compensables de la sociedad frente a los acreedores que reclaman -...-

este hecho se dio cuando en STS, de 18 de enero de 2017 (Roj: 121/2017) los administradores intentaron paliar la situación de crisis; concretamente, solicitaron un expediente de regulación de empleo y vendieron activos y pasivos de la compañía⁷².

Dentro de estos supuestos que se consideran como medidas para paliar la situación disolutoria se ha planteado la posibilidad de enervar la responsabilidad si el administrador opta por una comunicación del artículo 5 bis LC. Desde el Real Decreto Ley 3/2009 disponemos de un derecho llamado «preconcursal» que nos permite sustituir la solicitud directa de concurso por una comunicación del inicio de negociaciones para alcanzar una propuesta anticipada de convenio o un acuerdo de refinanciación. Es decir, si el art.5 bis LC ejecutado en tiempo podría liberar al administrador de tal responsabilidad. Siendo este un instrumento preparatorio del concurso, si responde a la misma finalidad el artículo 367 LSC y no a una actividad dilatoria, sí podrá ser apreciado como actividad enervadora de la responsabilidad.

De una manera genérica como vemos, el Tribunal Supremo reconoce la posibilidad de exonerar a los administradores cuando hubieran adoptado medidas significativas para evitar los daños a los terceros demandantes. Aunque esto tiene carácter excepcional y existen varios pronunciamientos en los que no se reconoce la exoneración por no darse el citado requisito⁷³.

De todas formas, la acción por la que se adoptan medidas para mitigar o evitar los daños, y que la jurisprudencia califica como “significativa” pero fallida, ha de proceder del administrador y no de los socios o terceros. Característica en este aspecto es la SAP de Córdoba, Sección 3ª, de 19 de enero de 2011 (Roj: 2011/380431) en la que se niega la consideración de «acción significativa» a unas aportaciones de fondos porque lo fueron a iniciativa de los socios y no como consecuencia de una actuación orgánica de los

; y se ha atendido también al hecho de que los administradores, aun cuando deban soportar la carga de la prueba, demuestren una acción significativa para evitar el daño, lo que se ha de valorar en cada caso -...-, o que se encuentren ante la imposibilidad de evitarlo, por haber cesado antes de que se produzca el hecho causante de la disolución -...-, o, en términos generales, por haberse encontrado ante una situación ya irreversible».

⁷² Véanse en este sentido: STS, de lo Civil, de 28 de abril de 2006 (Roj: 2921/2006), STS, de lo Civil, de 20 de noviembre de 2008 (Roj: 6279/2008).

⁷³ Existen pronunciamientos en los que no se reconoce la exoneración por no darse el citado requisito, véanse a este respecto STS, de 1 de junio de 2007 (Roj: 4443/2009) y STS, de 12 de febrero de 2010 (Roj: 468/2010) y STS de 12 de febrero de 2010 (Roj: 2010/534).

administradores, lo cual es lógico porque la ruptura de la imputabilidad exige «una actuación personal»⁷⁴.

Otra vía de exoneración contemplada en la recopilación jurisprudencial es el caso de la falta de buena fe del acreedor. Es decir, el conocimiento por el tercero de la situación de infracapitalización y que, a sabiendas de ello, contrataron con la sociedad. La doctrina ha venido a matizar que para que se excluya al administrador de la responsabilidad no solo basta con el conocimiento de la insolvencia, sino que deben concurrir circunstancias determinantes de que la reclamación contra los administradores pueda calificarse de contraria a la buena fe⁷⁵. Destaca a este respecto la sentencia SAP de Barcelona, Sección 15ª de 11 de julio de 2008 (Roj: 2009/243312) en la que no se reconoce la responsabilidad porque la demanda había sido interpuesta por un Director General teniendo toda la información necesaria sobre la marcha de la sociedad, y de primera mano. Por el contrario, a simples trabajadores no se les aplica esta doctrina jurisprudencial de la falta de buena fe⁷⁶.

Mayor dificultad entraña para los acreedores, en el caso de la falta de buena fe, cuando el demandante es una entidad financiera, porque su conocimiento, si cabe, es más elevado por disponer de toda la información contable y de la capacidad para detectar las

⁷⁴ MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad ... cit.*, p.372.

⁷⁵ STS de 11 abril de 2018 (Roj: 1314/2018): En este supuesto, una SA realizó suministros a una SL aun conociendo su situación de insolvencia. El conocimiento de esta situación era consecuencia de que los administradores de ambas sociedades eran primos. La AP de Zaragoza entendió que el conocimiento que tenía la sociedad acreedora de la situación económica de la sociedad deudora, ponía de relieve que contrató asumiendo el riesgo de impago y «no a expensas de una cobertura subsidiaria de los administradores». El TS por el contrario consideró que «el mero conocimiento de la insolvencia del deudor, que es lo que sucede en este caso, a tenor de los hechos acreditados en instancia, no es suficiente». Otra cosa sería, por ejemplo, que concurriesen otras circunstancias, como, por ejemplo, que el acreedor fuera un socio dominante o relevante de la sociedad deudora.

⁷⁶ Véase en este sentido SAP de Baleares, (Sección 5ª), de 17 de septiembre de 2008 (Roj: 2009/94844): «Con tales datos es evidente que concurre la causa de responsabilidad alegada, y lo que se discute en la alzada al igual que en la instancia es la argumentación de que el conocimiento del trabajador ahora demandante de la mala situación económica de la entidad comporta, o bien la ausencia de responsabilidad personal de su administrador, o bien una atemperación de la misma. Tal petición es prima facie muy sorprendente, pues postula que el conocimiento por un trabajador de una mala situación económica en la empresa le obliga a solicitar la extinción del contrato de trabajo, y si no lo hace, se verá privado de ejercitar la acción de responsabilidad personal contra el administrador social que ha incumplido sus deberes legales como tal, o, lo que es lo mismo, no rige en tales casos, la sanción legal u obligación ex lege que la norma impone al administrador que no cumple con sus deberes, a modo de un motivo de exoneración, lo cual a su vez, implicaría la imposibilidad de acceder al que en la mayor parte de ocasiones será el único medio de obtener la satisfacción de su crédito en casos de sociedades carentes de patrimonio. No nos consta ningún supuesto en que se aplique la doctrina jurisprudencial alegada en casos de créditos como consecuencia de un contrato de trabajo, ni tampoco la existencia de una acción del demandado para aminorar las consecuencias de la crisis empresarial, ni tampoco un supuesto de ejercicio abusivo de un derecho, por cuanto el actor no ha sido socio ni administrador de dicha entidad».

irregularidades. Así queda patente en la SAP de Las Palmas, Sección 4ª, de 7 de julio de 2008 (Roj: 2009/124907) que absuelve a los administradores de la demanda interpuesta por la Caja Insular de Ahorros de Canarias, porque la situación de déficit patrimonial de la sociedad deudora era conocida o fácilmente comprobable por la entidad financiera⁷⁷.

2.2 Ámbito objetivo de la responsabilidad. La presunción *iuris tantum* de que las deudas son posteriores (art. 367. 2 LSC)

En el art 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital, se establece que los administradores «responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución» en caso de incumplir las obligaciones que les impone el art.365 LSC como hemos expuesto en los apartados anteriores. El art. 367.2 LSC precisa que 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, por lo que queda patente como el legislador dota a este supuesto de una «pintoresca presunción *iuris tantum*»⁷⁸. De manera que permite demostrar a los administradores que las obligaciones fueron anteriores a la causa de disolución⁷⁹.« Se evita de este modo el *via crucis* probatorio al que se vería abocado el acreedor si tuviera que acreditar no solo la causa de disolución, sino que los administradores eran conocedores de su existencia»⁸⁰.

⁷⁷Reproducción de la sentencia: «En conclusión, si la situación de déficit patrimonial de Agustín Juárez Proimco, SL era conocida por la recurrente o fácilmente pudo conocerla en mayor profundidad con mínima diligencia y acepta contratar con la misma siendo plenamente consciente del riesgo que corría el cobro de su crédito, si su pago hubiera dependido exclusivamente atendida la solvencia de aquélla, instar después la responsabilidad de los administradores de la sociedad con base al artículo 105 LSRL (262.5 LSA) supondría una interpretación del precepto no solamente ajena sino totalmente contraria al principio de buena fe exigido para el ejercicio de los derechos en general por el artículo 7 CC, y es que en modo alguno sus administradores actuaron con temeridad o mala fe, culpa o negligencia ocultando la verdadera situación patrimonial de la referida sociedad limitada o no aportando los documentos o datos sobre la misma requeridos por la entidad financiera. El préstamo le fue concedido por La Caja no por la solvencia de la sociedad demandada, que no la tenía, sino por su pertenencia al grupo de empresas JSP de reconocida solvencia y prestigio en Canarias en palabras de la propia recurrente, y contar con el aval personal de su presidente D. Fidel. En su consecuencia, el recurso de apelación ha de ser desestimado». En sentido opuesto SAP Madrid, (sección 28ª), de 22 de mayo de 2008 (Roj: 2008/330608) que ampara la reclamación de una entidad bancaria entendiendo que el hecho de que la política inversora de Banesto haya podido ser un determinado momento de alto riesgo no perjudica su derecho para tratar de recuperar el dinero que prestó».

⁷⁸ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad de los administradores por...», *cit.*, p. 343.

⁷⁹ La ley 19/2005 es la que introduce una modificación en lo respectivo a la carga de la prueba permitiendo al administrador demostrar la fecha de concurrencia de la causa de disolución y el inicio del cómputo para exigir los deberes.

⁸⁰ BATALLER GRAU J., «Disolución por constatación de ...», *cit.*, pp.2578.

Para ALFONSO MUÑOZ PAREDES el criterio a seguir para identificar si las obligaciones se contrajeron con posterioridad a la causa de disolución, es asimilar la «obligación contraída» con «perfección del contrato», para lo cual hemos de estar a la teoría general del contrato⁸¹. De esta forma en las obligaciones contractuales el momento de la perfección dependerá, de la naturaleza del contrato. Si el contrato es consensual lo determinante es el tiempo de concurrencia del acuerdo de voluntades, si es real atenderemos al momento de entrega de la cosa; y si es formal o solemne (una hipoteca) al momento en que se cumple la forma especial exigida por la ley⁸².

En las obligaciones extracontractuales, al no existir vínculo previo entre los contratantes, la fecha de nacimiento del crédito vendrá dada por la de la sentencia que la establezca, por poseer un carácter constitutivo en cuanto «crea un estado jurídico que hasta entonces no existía»⁸³. Este es el caso de es el de reclamación del resarcimiento por el daño a la confianza donde el nacimiento de la obligación se origina con el incumplimiento y acaecimiento del daño constatado en Sentencia, pasando a ser éste el momento para la exigibilidad de la responsabilidad y no el perfeccionamiento del contrato⁸⁴.

No terminan aquí nuestros problemas, pues aun partiendo de estas reglas generales aportadas por el Magistrado no siempre se cumple la regla de «perfeccionamiento igual a obligación posterior». Como hemos visto en la jurisprudencia la vaguedad del concepto «obligación posterior» ha posibilitado soluciones jurisprudenciales que imponen al administrador responsabilidad por obligaciones cuyo origen (perfeccionamiento) se encuentra en relaciones jurídicas entabladas previamente a la concurrencia de la causa de disolución, permitiendo el «arrastre» de obligaciones anteriores a momentos posteriores al acaecimiento de la causa de disolución⁸⁵. Todo ello contraviene el pronunciamiento del Tribunal Supremo ⁸⁶ en el que señaló que «la función de la norma es incentivar la

⁸¹ Así lo reputa la Audiencia de Zaragoza SAP de Zaragoza, (Sección 5ª), de 31 de mayo de 2010 (Roj: 2010, 377802). Como otras audiencias SAP de Castellón, (Sección 3ª), de 1 de julio de 2008 (Roj: 2009, 6213), SAP de Sevilla, (Sección 5ª), de 29 de noviembre de 2011 (Roj:2011, 2211)».

⁸² El TS, en Sentencias de 31 de mayo de 1993 (RJ 1993, 4061) y 30 de julio de 1996 (Roj:1996, 6079) admiten la contratación por telégrafo, télex, telefax, correo electrónico y cualesquiera otros medios de comunicación. No debemos olvidar que para los contratos celebrados por vía electrónica es de aplicación el artículo 23 LSSI.

⁸³ Para más información véase MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los...*, cit., pp. 381 a 400.

⁸⁴ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca 2 de enero de 2014 (Roj: 1/2014) otro ejemplo enmarcable en esta categoría sería SAP de Madrid en 9 de febrero de 2015 (Roj 50/2016).

⁸⁵ En este sentido ZAPATA I., «Good papers: sobre el concepto de obligación posterior en el art. 367 LSC», en Almacén de derecho mercantil, 22 de diciembre de 2016, disponible: <http://almacendederecho.org/good-papers-concepto-obligacion-posterior-art-367-lsc/>. Última visita: 18/02/2018.

⁸⁶ Véase STS, de 10 de marzo de 2016 FJ 5º (ROJ: 1723/2015) y véase SAP de Pontevedra, de 16 de diciembre (Roj 467/2015) En ella se produce un incumplimiento de un contrato de permuta celebrado en

disolución o la solicitud de concurso de las sociedades cuando concurra causa legal para una u otra solución... dentro de ese ámbito general, como concreción de esta función, tiene efectivamente un efecto desincentivador de la asunción de nuevas obligaciones contractuales».

Para entender la casuística a la que se ha visto sometida la jurisprudencia relataremos algunos de los casos más controvertidos.

Uno de estos supuestos son las sentencias en las que se reclama el interés moratorio, en las que pese a haberse perfeccionado el contrato (obligación contractual) antes de acaecida la causa de disolución, al ser entendidos los intereses como frutos civiles a tenor del art 451 C.C, ello conlleva a quedar excluido el interés moratorio previo, pero no los intereses devengados desde el momento de la disolución. Estos intereses posteriores serán exigibles pese a tener su origen en un contrato perfeccionado con anterioridad a la causa de disolución⁸⁷.

Casos curiosos se dan con la obligación de resolución ligada a condiciones resolutorias donde se entiende a tenor del art 1123 C.C que la obligación de restituir nace con la propia condición y no el momento de perfeccionamiento del contrato ni el de ejercicio de la facultad resolutoria⁸⁸. Lo que una vez más demuestra la extensión de las responsabilidades a momentos anteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución.

2006 por el que una parte entregaba una serie de parcelas y la otra una cantidad de dinero y una vivienda. La causa de disolución por pérdidas graves había acaecido en 2009, fecha en la que el contrato no se había cumplido (la sociedad reconoció haber entregado la vivienda construida en un 42, 60%). Se demanda al administrador ex art. 367 LSC. Finalmente, según la Audiencia, ni del incumplimiento del contrato de permuta, ni de la sentencia que lo declaró nace una obligación nueva, esto es un deber de prestación nuevo a cargo de la sociedad. En sentido contrario es el pronunciamiento de la SAP de Valencia, de 26 de julio (Roj: 310/2012) que fija el nacimiento de la obligación con la sentencia.

⁸⁷ Véase SAP de Madrid, de 9 de febrero de 2016 (Roj: 50/2016).

⁸⁸ Ejemplo es la ya citada STS de 10 de marzo de 2016 (Roj: 1723/2015). «En el caso de una obligación restitutoria derivada del ejercicio de una facultad resolutoria, tal obligación no nace cuando se celebra el negocio que pretende resolver, por más que tenga una relación directa con el mismo, sino del acaecimiento del hecho resolutorio y del ejercicio por el interesado de la facultad resolutoria derivada del mismo» (FJ 8º). No se fija el nacimiento de la obligación en el momento de la condición resolutoria sino en el ejercicio de la misma, lo que a ojos del citado autor conlleva un poder desmesurado de decidir cuál es el momento en el que nace la obligación, lo cual podría facilitar comportamientos interesados. Crítica a su vez que se haga responsable al administrador por esta obligación de restitución. Porque en palabras del autor, resulta discutible garantizar al acreedor esta obligación de la sociedad, a través del art. 367 LSC, cuando el acreedor convino el contrato no estando la sociedad incurso en causa de disolución (pudiendo haber requerido garantías para el efectivo cumplimiento de dicha restitución).

Y, por otro lado, como fuente conflictual están los incumplimientos esenciales ⁸⁹ en los que la parte damnificada exige la resolución a tenor del art 1124 C.C donde la obligación de restitución en estos casos nace en el momento en el que se declara judicialmente resultado el contrato, es decir con la sentencia que sí es posterior a la causa de disolución, pero no así el contrato que da origen al incumplimiento. Situación ésta que en opinión de IGNACIO ZAPATA ⁹⁰ da lugar a un administrador desamparado ante el desconocimiento del momento en que fuere a dictarse sentencia Por ello mismo, aunque el nacimiento de la obligación de restitución se sitúa en el de declaración del incumplimiento, respecto del art. 367 LSC para el autor la obligación no debe considerarse nacida en dicho momento sino en el del perfeccionamiento del contrato. JESÚS ALFARO ⁹¹ siguiendo esta corriente, considera que el momento a tener en cuenta es el de la celebración del contrato, negocio generador de la obligación, no el de la posterior ejecución de la obra y exigibilidad del precio ⁹².

Un curioso caso estudia en su propio Juzgado ALFONSO MUÑOZ PAREDES y reproduce en su obra ⁹³. Es el relativo a la reclamación de rentas periódicas. El autor aborda la problemática de la reclamación de rentas vencidas junto con otras aun sin vencer. En el caso real expuesto la defensa de los acreedores alegaba que ello implicaba una condena a futuro proscrita por el artículo 220 LEC. En su posición como juez determinó que no imponer el pago de las futuras suponían una obligación de interponer cada cierto tiempo otra demanda similar. Y, además, que la causa de disolución y la inactividad de sus administradores ya venían acreditados desde inicio. De esta forma en la sentencia opta por incluir en la condena las cuotas futuras, difiriendo las posibles discrepancias en cuanto a la cuantía a la fase de ejecución, entendiendo que así quedaban tutelados los intereses de ambas partes. Sin embargo, recurrida en apelación la sentencia, la SAP de Asturias, (Sección 1ª) de 6 de noviembre de 2014, (Jur 2015/33291) revoca la

⁸⁹ SAP de Valencia, de 29 de abril de 2014 (Roj: 124/2014).

⁹⁰ Accesible en: ZAPATA I., «Good papers: sobre el concepto ...» *cit.*

⁹¹ ALFARO AGUILA-REAL, J., «¿Cuál es el dies a quo para calcular el plazo de 4 años de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores?», 18 de diciembre de 2014, disponible en <http://derechomercantilespaña.blogspot.com.es/2014/12/cual-es-el-dies-quo-para-calcular-el.html> [Última entrada 20/05/2018]. Ver STS de 10 de marzo de 2016 y la STS de 29 de marzo de 2017.

⁹² Y destaca en este sentido la SAP de Barcelona, (Sección 15ª de 1 de septiembre de 2017 «ha resultado acreditada la existencia de una deuda social que trae causa de las relaciones comerciales que tuvieron la demandante y la sociedad codemandada durante el primer semestre del año 2014, constando en autos los albaranes de entrega de las mercancías y facturas de fechas comprendidas en el período que abarca desde el 13 de marzo de 2014 y el 4 de mayo de 2014», sin embargo, como acertadamente afirma la sentencia de primera instancia, el nacimiento de la obligación social hay que vincularlo con la emisión de los consentimientos de oferta y demanda, cuando se formalizaron los pedidos.

⁹³ MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los...*, *cit.*, p. 433.

condena por cuotas futuras por entender que vulnera el artículo 220 LEC, lo que obliga a promover a las demandantes demandas futuras y a los jueces de lo mercantil a conocer de unos pleitos en que ya no es posible discutir la responsabilidad de los administradores sino solo la cuantía de la deuda.

3. El alcance de la responsabilidad

En aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el art. 1911 C.C se trata de una responsabilidad ilimitada. De forma que, sea cual sea el montante de las obligaciones contraídas por la sociedad, los administradores deben hacer efectivo su pago. «Ya que la sociedad es la única deudora, pero no será la única responsable siendo los administradores *ex lege* la consideración de garantes solidarios»⁹⁴.

Desde un punto de vista externo la responsabilidad es solidaria desde un doble sentido:

Solidaria con la propia sociedad, cuya responsabilidad originaria no desaparece ni se ve sustituida a modo de novación subjetiva, por la de los administradores; la sociedad sigue siendo el deudor verdadero pero los acreedores no necesitan probar la insuficiencia patrimonial de la sociedad ni el impago por parte de esta para dirigir su acción contra los administradores. Por tanto, los acreedores sociales podrán dirigirse indistintamente contra la sociedad o contra los administradores responsables. No obstante, lo habitual es que los acreedores no se dirijan directamente contra los administradores, sino que, si la sociedad tiene patrimonio suficiente, se acumulen las acciones contra ambos (la sociedad y los administradores). En este sentido EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ indica que «en la mayoría de los casos la responsabilidad está funcionando como si se trata de una responsabilidad subsidiaria, por cuanto que los acreedores no reclamarán el pago de obligaciones sociales a los administradores si existe patrimonio social libre suficiente; pero no le priva del carácter solidario»⁹⁵.

También existe solidaridad entre los distintos miembros del órgano de administración entre sí. De manera que una vez tomada la decisión de ejercitar la acción contra los administradores, los acreedores podrían optar por dirigirse contra todos los administradores o contra alguno o algunos de ellos de forma simultánea o sucesiva.

⁹⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad de los...», *cit.*, pp. 331.

⁹⁵ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad de los ...», *cit.*, pp. 302 a 353.

Vemos como el acreedor goza tanto del *ius eligendi* (podrá dirigirse contra cualquiera de ellos o de forma simultanea) y como del *ius variandi* por lo que puede demandar de forma sucesiva a otros responsables mientras no resulte cobrada la deuda por completo, y el pago hecho por cualquiera de los responsables.

Satisfechos los acreedores, las consecuencias internas dependen de quien haya satisfecho el pago y de la concurrencia o no de responsabilidad en la situación de la sociedad, lo que provocará supuestos distintos en el ejercicio de la vía de regreso. Ya que entre los administradores existe «una verdadera comunidad de intereses»⁹⁶, que permite aplicar literalmente las reglas de reparto de la deuda establecido por el C.C. Podemos de nuevo dibujar una doble vía de actuación en este caso:

- Si hubiesen sido la sociedad la que satisface la deuda, solo podrá reclamar contra los administradores por la vía de la acción general de responsabilidad, cuando el deficiente desempeño de su cargo, hubiere sido el causante de la situación patrimonial de la sociedad por quedar extinguida la deuda tanto interna como externamente. Es decir, la sociedad no puede entablar una acción de regreso contra los administradores.
- Si la deuda hubiera sido satisfecha por uno de los administradores, queda extinguida en el ámbito externo, pero no en el interno, por lo que se abre (y hay) una doble posibilidad. Puede ejercitarse una acción de regreso por la totalidad de la obligación frente a la sociedad o una acción frente/contra los administradores en la parte proporcional que corresponda a cada uno, es lo que se denomina acción de regreso *pro quota*. Si a la insolvencia de la sociedad se añadiera la de alguno de los administradores responsables, la deuda se distribuiría entre los restantes

Cabe además plantearse una cuestión adicional que es la especial responsabilidad de los administradores si la sociedad acuerda su reactivación⁹⁷. Esto es: retorno a la vida activa de la sociedad que ha sido disuelta, es decir, que reanuda su actividad, interrumpiendo así que el proceso liquidatorio continúe. Por lo que si las deudas se han contraído una vez que la sociedad se ha reactivado, no se justifica el régimen especial de responsabilidad. Las dudas surgen con las deudas anteriores. Siguiendo la línea general de responsabilidad

⁹⁶ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad de los ...», *cit.*, pp 342.

⁹⁷ El principal efecto de la reactivación es el fin de la liquidación. La sociedad ya no se conduce a la extinción, aunque todo lo hecho es válido y la sociedad debe asumirlo. Ésta vuela a desarrollar activamente el objeto social, sin que podamos hablar de fundación de una nueva sociedad. Asimismo, los órganos sociales se adaptan nuevamente al desarrollo activo del objeto social.

objetiva del instituto, se debe mantener la responsabilidad. Aunque surgen de nuevo dos interpretaciones dignas de mención:

La primera interpretación indica cómo responder a los acreedores que ya han ejercitado su acción contra el administrador no teniendo por misión exonerar al administrador de una responsabilidad anterior contraída. Otros autores ⁹⁸entienden que la sociedad, debería conceder al administrador al que se le ha reclamado la deuda la posibilidad de señalar bienes concretos de la sociedad sobre los que el acreedor pudiera hacer efectivo su crédito, en aplicación de principios generales sobre responsabilidad por deuda ajena.

La segunda interpretación surge si el acreedor no ha interpuesto la acción antes de la reactivación. Entendiendo que el régimen está pensado para el caso de que la sociedad deba disolverse, y que aquí la causa de disolución carece de operatividad se considera que la cesación de la responsabilidad es la respuesta más apropiada.

4. Naturaleza jurídica de la responsabilidad

Existen diferentes tesis sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad impuesta al administrador por el incumplimiento de sus obligaciones sociales.

La tesis preponderante en la doctrina tras la reforma de la legislación societaria fue la llamada responsabilidad – sanción o «responsabilidad por riesgo», sería una especie de pena civil impuesta a los administradores que no son diligentes. La concurrencia de esta responsabilidad no requería la real producción del daño (ni en el patrimonio social ni en el de los acreedores) ni la concurrencia del nexo causal entre la inobservancia de los administradores y la ausencia de cobranza por los acreedores, sino que se limitaba a exigir: existencia de la deuda, existencia de la causa de disolución, infracción del deber de los administradores y falta de diligencia de éstos⁹⁹.

La segunda y finalmente adoptada por el TS ¹⁰⁰(primeramente, seguía la expuesta *supra*) es la que aboga por considerarla como un supuesto de responsabilidad *cuasi* objetiva o *ex*

⁹⁸ Véase más en: MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Comentario al ...» *cit.*, p. 266.

⁹⁹ STS de 15 de julio de 1997 (Roj: 1997/ 5609), STS de 29 de abril de 1999 (Roj 1999/8697) STS de 12 de noviembre de 1999 (Roj 1999/9045), STS de 22 de diciembre de 1999(Roj 1999/9749) o STS de 30 de octubre (STS 2000/9909) o STS de 20 de diciembre de 2000(Roj: 2000/10130).

¹⁰⁰ Véase la STS, de 18 de enero de 2017 (ROJ: STS 123/2017): «comprende una responsabilidad *ex lege*, de naturaleza objetiva, vinculada al incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad en el caso de concurrencia de causa de disolución por pérdidas». Esta sentencia es a ojos de Luis Cazorla un pronunciamiento claro que deja por zanjada la discutida posición acerca de la naturaleza. Ver CAZORLA

lege, en ella bastaría con el hecho del incumplimiento sumado a la existencia de deudas pendientes de pago para que los acreedores pudieran dirigirse directamente contra aquellos con independencia de cualquier género de negligencia o culpa de los administradores. Ello conlleva que el legislador (a diferencia de la responsabilidad por riesgo) haya de tomar medidas que garanticen la realidad, integridad, permanencia y afección a la empresa del patrimonio social, de manera que el capital sea un dato real y no ficticio, y una de esas medidas es la de procurar que los administradores promuevan la disolución de la sociedad o su declaración de concurso en un plazo breve cuando concurran pérdidas cualificadas, para evitar que una sociedad descapitalizada continúe funcionando en el tráfico con apariencia de normalidad.

IV. El plazo de prescripción de la acción para la exigencia de la responsabilidad por deudas

1. Situación hasta la aprobación de la reforma de la LSC por la ley 31/2014

Si atendemos a la responsabilidad de los administradores una de las cuestiones más discutidas es la prescripción de la acción de responsabilidad por deudas. Ello se debió a la falta de un precepto legal específico en la LSA y en la LSRL, lo que hizo necesario a la jurisprudencia acudir a la prescripción cuatrienal del artículo 949 C. Com¹⁰¹, para resolver así el debate entre los acreedores, que defendían la aplicación de tal precepto, y los administradores demandados que han tratado durante décadas, de acudir al plazo de prescripción anual del artículo 1973 CC.

Con la aprobación de la LSC se mantuvo esta incertidumbre por lo que se seguía aplicando el plazo del artículo 949 C.Com. Ejemplo de ello es STS de 19 de noviembre de 2013 ¹⁰², que extiende el régimen de prescripción previsto en el art. 949 del Código de Comercio a todas las acciones de responsabilidad de los administradores basadas “en su actividad orgánica”, entre la que ha de incluirse la responsabilidad por deudas ex art. 367 LSC.

L., «El TS, de nuevo, sobre la responsabilidad por las deudas de los administradores sociales». en su blog El Blog de Luis Cazorla, febrero de 2018, disponible:<http://www.luiscazorla.com/2017/02/el-ts-de-nuevo-sobre-la-responsabilidad-por-deudas-de-administradores-sociales>. Última visita 16/03/2018.

¹⁰¹Venía siendo aplicado con amplio consenso jurisprudencial desde la STS, de 20 de julio de 2001 (Roj:749/2001).

¹⁰² STS de 19 de noviembre de 2013 (Roj:732/2013).

2. El artículo 241 bis LSC. ¿Es aplicable al supuesto de responsabilidad del art. 367 LSC?

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo ha regulado por vez primera, un plazo de prescripción para la acción de responsabilidad contra los administradores. Aunque solo se ha mencionado expresamente sobre la acción individual y la acción social¹⁰³, con lo que deja en un limbo jurídico la prescripción de la acción por deudas sociales. La doctrina se encuentra dividida entre los que entienden que el artículo 241 bis es también aplicable a la acción de responsabilidad por deudas sociales, frente a los que consideran que el plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas sociales sigue siendo el del 949 C.Com. La polémica está servida si tenemos en cuenta que el inicio para el computo del plazo de prescripción es diferente en uno y otro como se analiza en el apartado siguiente.

De acuerdo con el C. Com ¹⁰⁴ el plazo de prescripción se determina fijando como *dies a quo* el de la fecha en que los administradores cesaren «en el ejercicio» del cargo. En cuanto al *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción el Tribunal Supremo lo fija en el momento de la inscripción del cese del administrador en el Registro Mercantil cuando se trata de terceros de buena fe: «sólo a partir de la inscripción registral puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese, dado que el legitimado para ejercitar la acción no puede a partir de ese momento negar su desconocimiento. Este criterio extensivo no resulta aplicable cuando se acredita la mala fe del tercero que el afectado tuvo conocimiento anterior del cese efectivo». Sin embargo, el nuevo artículo de la LSC establece que se debe empezar a contar desde el día en que pudo ejercitarse la acción¹⁰⁵.

¹⁰³ STS de 10 de mayo de 2017 (Roj: 1859/2017). Esta sentencia indica como la Audiencia había aplicado de forma errónea las normas relativas al cómputo del plazo de prescripción, sin embargo, la Audiencia no estima el motivo por carencia de efecto útil, ya que ha estimado la responsabilidad por actos después del cese formal, esto es por hechos realizados por administradores aparentes. De tal forma que el computo sería desde que cesó el administrador de hecho. Lo que conlleva que computados desde ese momento los cuatro años, no hay duda de que no se habían cumplido cuando se presentó la demanda de responsabilidad

¹⁰⁴ Tal situación se mantiene con el artículo 215-20 ALCM, que es reproducción del precitado artículo 241 bis LSC.

¹⁰⁵ HUERTA VIESCA, M.I. Y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «La responsabilidad de los administradores sociales por no disolución de sociedades mercantiles en pérdidas agravadas en el anteproyecto de ley del código mercantil» en *estudios sobre el futuro código mercantil libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Morillas (dir. et al.), Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 676.

La pregunta que surge es: ¿cuándo se pudo ejercitar? La acción contra los administradores se puede ejercitar desde que el socio o tercero conoció la actuación u omisión que da origen al ejercicio de la acción de responsabilidad. Ello supone que el actor pueda ejercitar la acción en cualquier momento, siempre y cuando el administrador no consiga probar que el actor podría haber ejercido la acción antes (algo muy difícil de probar). En consecuencia, la seguridad jurídica quedaría en entredicho, pues el administrador podría ser objeto de una demanda por responsabilidad social o individual pasados 4, 6 8 o más años desde que dejó el cargo.

La doctrina se ha planteado si el art. 241 LSC es aplicable al supuesto de responsabilidad por deudas sociales. Existen argumentos a favor y en contra.

Los argumentos en contra según el Despacho de CUATRECASAS¹⁰⁶ son los siguientes:

- La literalidad del precepto que expresamente se refiere a la acción social e individual, no así a la de responsabilidad por deudas sociales que ha quedado expresamente excluida.

- La situación del propio precepto en el Capítulo V «La responsabilidad de los administradores» del Título VI «La administración de la sociedad» de la LSC; mientras que el artículo 367 LSC se inserta en el Capítulo I «La disolución», Sección 2ª «Disolución por constatación de causal legal o estatutaria» del Título X «Disolución y liquidación».

- La naturaleza de las acciones de responsabilidad por daños y la acción de responsabilidad objetiva por deudas sociales, que justificaría el distinto tratamiento otorgado por el legislador. A favor de esta tesis se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 18 noviembre de 2015, (Roj: 226911/2015).

Los argumentos a favor de la aplicación del art. 241 bis como plazo de la acción de prescripción para la exigencia de la responsabilidad por deudas se apoyan en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que de forma constante ha establecido un tratamiento unitario de las distintas acciones de responsabilidad de administradores a los efectos de determinación del plazo de ejercicio de esas acciones.

¹⁰⁶ CUATRECASAS BLOG., «A vueltas con el plazo de ejercicio de las acciones de responsabilidad de los administradores», 2 de marzo de 2017, disponible: [https://blog.cuatrecasas.com/plazo-ejercicio-acciones-de-responsabilidad administradores/](https://blog.cuatrecasas.com/plazo-ejercicio-acciones-de-responsabilidad-administradores/). Última entrada 18/05/2018.

Según la citada fuente¹⁰⁷, más sensato parece en tanto exista Jurisprudencia que aclare la cuestión, tomar en consideración el menor de los plazos de prescripción¹⁰⁸ (desde el cese del administrador, o desde el momento en que pudo ejercitarse) antes de plantear las acciones so pena de aventurarnos a una excepción de prescripción de la acción que pudiere ser acogida en uno u otro sentido¹⁰⁹.

V. Conclusiones

Del estudio del régimen de responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales del art. 367 LSC pueden desprenderse las siguientes conclusiones:

Una vez que el administrador conoce el desequilibrio entre la cifra de patrimonio y el capital social, en concreto, cuando el valor del patrimonio se reduzca por debajo de la mitad de la cifra del capital social, debe convocar a la junta general en los dos meses siguientes para que adopte el acuerdo de disolución. Si persistiendo la causa, la junta no se celebre o celebrándose no se adoptase el acuerdo de disolución, el administrador deberá solicitar la disolución judicial. De ser insolvente la sociedad tendrá el deber de instar el concurso de acreedores.

Incumplidos estos deberes, se constata la legitimación de los acreedores para emprender acciones judiciales contra los administradores y que éstos respondan. Se extiende en este punto la responsabilidad a los administradores de hecho. Sobre este punto entiendo que, aunque formalmente no estén legitimados debemos considerar, que la imputación puede extenderse hacia ellos siempre que pudiera probar que fueron ellos los artificios de las decisiones tomadas por los administradores ex art.236.3 LSC.

Ejercitada la acción para determinar la concurrencia y extensión de la responsabilidad de los administradores se deben analizar dos momentos claves: uno es el de concurrencia de la causa de disolución, que también marca el comienzo del cómputo de los plazos para el cumplimiento de los deberes de los administradores en orden a la disolución o concurso de la sociedad. Otro es el de nacimiento de la obligación social: los administradores sólo responden de las que sean posteriores al acaecimiento de la causa de disolución.

¹⁰⁷ CUATRECASAS BLOG., «A vueltas con el plazo de ejercicio de ...», *cit.*

¹⁰⁸ No es la orientación del futuro Código Mercantil, que en el art. 272.12-4 establece que la acción prescribirá a los 2 años desde el día en que pudiera ejercitarse, idéntico *dies a quo* que el que prevé el art. 215.20 para las acciones social e individual, si bien en éstas el plazo es de 4 años.

¹⁰⁹ CUATRECASAS BLOG., «A vueltas con el...», *cit.*

Constatados ambos hitos los administradores deberán responder de las deudas posteriores a la causa de disolución de forma solidaria desde dos planos: con la sociedad y con el resto de administradores. Quedará excepcionada la responsabilidad siempre que puedan exonerarse por haber llevado actividades significativas para paliar dicha situación o que al acreedor haya contratado a sabiendas de la insolvencia societaria.

Sin embargo, este régimen no ayuda en modo alguno a una función preventiva o preconcursal de la norma. A lo largo de trabajo hemos destacado multitud de dificultades prácticas que diluyen su fuerza y eficacia:

El momento de constatación de la causa de disolución no puede fijarse con total claridad puesto que la doctrina se haya dividida entre el momento de la aprobación de las cuentas anuales y la simple constatación por parte del administrador de la situación de pérdidas. A ello se le suman las carencias formativas en materia contable de los propios Tribunales. En este punto entiendo que debe examinarse la evidencia de la situación crítica, así como la capacidad económica del propio administrador al cual este régimen le impone unas facultades exigentes que van más allá de la óptima diligencia.

En cuanto a la fijación de las deudas posteriores exigibles, es ilustrativa la posición expuesta que establece el nacimiento de la obligación con la perfección del contrato en las obligaciones contractuales y el nacimiento de la obligación con la sentencia en las extracontractuales. Sin embargo, este criterio como hemos demostrado resulta pobre, puesto que hay sentencias que contradicen la ratio del art. 367 LSC porque imponen al administrador la responsabilidad por obligaciones con un claro fundamento temporal anterior. A mi parecer el art. 367 LSC no debería proteger a aquellos acreedores que, habiendo contratado con anterioridad a la causa de disolución todavía no han visto cumplido el contrato. Exclusivamente debería considerarse tal protección en el caso de la pretensión resarcitoria por el daño a la confianza y en el supuesto del interés moratorio. En el resto de casos expuestos no, ya que no considero que sean nuevas obligaciones sino simples efectos del incumplimiento primero.

Además, en el trabajo se ha abordado la prescripción de la acción de responsabilidad por deudas. Lejos de arrojar luz y facilitar el ejercicio de la acción supone un nuevo problema procesal. Se ha constatado como los propios acreedores no encuentran una respuesta clara acerca del plazo de prescripción de la acción para exigir las responsabilidades por deudas discutiendo la aplicación del art. 949 CCom o la del art. 241 bis LSC. Por lo expuesto,

entiendo que rige el plazo de cuatro años establecido en el art. 949 CCom y ello porque hablamos de un precepto que no viene a sancionar la producción de un daño (acción social e individual) sino el cumplimiento de un deber legal que viene ligado al cargo del administrador por lo que debe comenzar con su cese. Aunque bien es cierto que, este nuevo artículo otorga un plus de realidad a la litigación porque así el actor no se beneficia de un plazo mayor a los cuatro años si ya conocía los hechos que motivaron su demanda.

Este artículo (367 LSC) no es más que una muestra del limbo jurídico al que se puede ver abocado el jurista, el cual ha de valerse de su amor por el Derecho y tesón para aunar criterios jurisprudenciales y sostener la mejor defensa, fallo o investigación.

VI. Bibliografía

ALFARO AGUILA-REAL, J., «¿Cuál es el dies a quo para calcular el plazo de 4 años de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores?», 18 de diciembre de 2014, disponible en <http://derechomercantilespaña.blogspot.com.es/2014/12/cual-es-el-dies-quo-para-calculiar-el.html>. Última entrada 20/05/2018.

- «Distinción entre la responsabilidad del administrador por deudas sociales (art. 367 LSC) y acción individual de responsabilidad (art. 241 LSC)», 18 de abril de 2016, disponible en <http://almacenederecho.org/distincion-entre-la-responsabilidad-del-administrador-por-deudas-sociales-art-367-lsc-y-accion-individual-de-responsabilidad-art-241-lsc/>. Última visita 05/05/2018.
- «Cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contra administradores», 8 de noviembre de 2017, disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2017/11/computo-del-plazo-de-prescripcion-de-la.html>. Última visita 24/04/2018.

BATALLER GRAU J., «Disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria», en *Comentario de la ley de sociedades de capital*, Rojo (Dir. et al), t. II, Civitas, Navarra, 2011, pp. 2542 a 2590.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad de los administradores por deudas sociales», en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Campuzano (coord.) 6ª edict., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.302 a 353.

CAZORLA L., «El TS, de nuevo, sobre la responsabilidad por las deudas de los administradores sociales.» en su blog *El Blog de Luis Cazorla*, febrero de 2018 , disponible:<http://www.luiscazorla.com/2017/02/el-ts-de-nuevo-sobre-la-responsabilidad-por-deudas-de-administradores-sociales>. Última visita 16/03/2018.

CERDÁ ALBERO, F, «Responsabilidad civil de los administradores ¿Solos ante el peligro? Un análisis jurisprudencial (1990-2000)» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº1, 2001, pp. 11 a 20.

CERDÁ ALBERO, F., *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

CERDÁ ALBERO, F., y SANCHO GARGALLO, I., *Curso de Derecho Concursal*, Ed. Dilex, Madrid, 2000.

CUATRECASAS BLOG., «A vueltas con el plazo de ejercicio de las acciones de responsabilidad de los administradores». 2 de marzo de 2017, disponible: [https://blog.cuatrecasas.com/plazo-ejercicio-acciones-de-responsabilidad administradores/](https://blog.cuatrecasas.com/plazo-ejercicio-acciones-de-responsabilidad-administradores/). Última entrada 18/05/2018.

GARCÍA-VILLARRUBIA M., «Responsabilidad por deudas del art. 367 LSC: algunas cuestiones polémicas en torno al nacimiento de la obligación, en relación con la existencia de causa de disolución». en *Uría Menéndez*, 2016, disponible: <http://www.uria.com/en/abogados/MGV?iniciales=MGV&seccion=publicaciones&id=5137&pub=Publicacion>. Última entrada 09/05/2018.

GONZÁLEZ CARRASCO, MC., «Comentario al art. 3», en *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ (dir.), T. I, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, pp. 53 a 77.

GÓRRIZ LÓPEZ C., «Exoneración de responsabilidad pese a no promover la disolución por pérdidas: STS 27/2017, 18 de enero», en disponible en: <http://blogs.uab.cat/dretmercantil/2017/03/18/exoneracion-de-responsabilidad-pese-a-no-promover-la-disolucon-por-perdidas-sts-272017-de-18-de-enero>, de 18 de marzo de 2017. Última visita 20/03/2018.

HIDALGO ROMERO, R., «La responsabilidad de los administradores por deudas sociales ex art. 367 de la ley de sociedades de capital a la luz de la última jurisprudencia», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11, 2014, pp. 1 a 11.

HUERTA VIESCA, M.I. Y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «La responsabilidad de los administradores sociales por no disolución de sociedades mercantiles en pérdidas agravadas en el anteproyecto de ley del código mercantil» en *Estudios sobre el futuro código mercantil libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Morillas et al. (dirs.) Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 676 a 693.

MACHADO PLAZAS, J., «La naturaleza jurídica de la responsabilidad por las deudas sociales y la cuestión relativa a la aplicación retroactiva del artículo 367 LSC.» en *Estudios de Derecho Mercantil: En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Sáenz García de Albizu (Coord.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Pamplona), 2010, pp. 785 y ss.

MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores*, 1ª edit., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

MARÍN DE LA BARCENA, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art 135 LSA)* Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.

MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Comentario al artículo 367 LSC», en *Tratado de sociedades de capital. Comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la ley de sociedades de capital*, Ballester Azpitarte, (coord.), t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 236 a 269.

PÉREZ BENÍTEZ J.J., «El administrador societario: Una profesión de riesgo. La responsabilidad del administrador tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.» en *ELDERECHO.COM*, 15 de junio de 2015. Disponible en: https://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/administrador-societario-Ley_31-2014_11_826930001.html. Última visita 13/05/2018.

- «Responsabilidad por deudas del art. 367 LSC algunas cuestiones polémicas en torno al nacimiento de la obligación, en relación con la existencia de causa de disolución.» en *ELDERECHO.COM*, 13 de enero de 2017 Disponible: https://www.elderecho.com/foro_legal/mercantil/Responsabilidad-Ley-sociedades-capital-obligacion-disolucion_12_1043685001.html. Última visita 14/04/2018

QUIJANO GONZALEZ, J., «Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad», *Revista de Derecho de sociedades*, Nº 19, 2002, pp. 73 a 87.

RECAMÁN GRAÑA E., «Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis» *Revista de Derecho de Sociedades*, nº45, 2016, pp. 222 a 255.

SACRISTÁN BERGIA F., «La responsabilidad de los administradores por no promover la disolución en las sociedades de capital» en *La responsabilidad de los Administradores de sociedades de capital*, Guerra (coord.), La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 225 a 269.

SANCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª edic, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

DE ZABALA MONTORO, N., «La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital», TFG Grado en DERECHO, Paredes Cutilla (Tutor), Madrid, marzo de 2014 disponible en:<https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/741/TFG000809.pdf?séquence=1>.

ZAPATA I., «Good papers: sobre el concepto de obligación posterior en el art. 367 LSC», en *Almacén de derecho mercantil*, en 22 de diciembre de 2016, disponible: <http://almacenederecho.org/good-papers-concepto-obligacion-posterior-art-367-lsc/>.
Última visita: 18/02/2018.

ZURITA VICIOSO, J.M., «La responsabilidad de los administradores.» en *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, n º10, 2015, pp. 16 a 23.

RECURSOS ELECTRÓNICOS:

Instituto Nacional de estadística:
<http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0217.pdf>.Última entrada 11/06/2018.

JURISPRUDENCIA

STS de 11 abril de 2018 (Roj: 1314/2018)

STS de 10 de mayo de 2017 (Roj: 1859/2017)

STS de 18 de enero de 2017 (Roj: STS 121/2017)

STS de 10 de marzo de 2016 (ROJ: 1723/2015)

STS de 7 de octubre de 2013 (Roj:585/2013)

STS de 19 de noviembre de 2013 (Roj:732/2013)

STS de 28 de abril de 2006 (Roj: 2006/4087)

SAP de Madrid, (Sección 28) de 9 de febrero de 2016 (Roj: 1375/2016)

SAP de Asturias, (Sección 1º) de 6 de noviembre de 2014, (Roj: 2015/33291)

SAP de Pontevedra, (Sección 1ª) de 1 de diciembre de 2011 (Roj 2011/23939)

SAP de Córdoba, (Sección 3ª), de 19 de enero de 2011 (Roj: 2011/380431)

SAP, Madrid, (Sección 28ª) de 29 de octubre de 2010 (Roj: 2011/37161)

SAP de Baleares, (Sección 5ª), de 17 de septiembre de 2008 (Roj: 2009/94844)

SAP de Barcelona, (Sección 15ª) de 11 de julio de 2008 (Roj: 2009/243312)

SAP de Las Palmas, Sección 4º, de 7 de julio de 2008 (Roj: 2009/124907)

SAP de Madrid, (Sección 28ª), de 22 de mayo de 2008 (Roj: 2008/330608)

Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 18 noviembre de 2015 (Roj: 226911/2015).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DEL REGISTRO Y DEL NOTARIADO Y DEMÁS RECURSOS COMPLEMENTARIOS

RDGN de 25 de febrero de 2000 (Publicado el 29 de marzo de 2000)

Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) de 20 de diciembre de (BOE de 4 de marzo de 1997)