

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES DE
SOCIEDADES MERCANTILES. ASPECTOS GENERALES Y
ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD
SUBJETIVA POR CULPA.**

I.- CUESTIONES PREVIAS.

Las leyes emanadas de la Reforma de 1989 y también las normas societarias posteriores, fundamentalmente, la Ley 2/1995 de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada («LSRL») y la reciente Ley 7/2003 de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, («LSLNE»¹), han abordado esta materia, endureciendo el régimen jurídico de responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles de forma evidente.

¹ Entró en vigor el pasado 2 de junio de 2003. Hasta la fecha, se ha producido el siguiente desarrollo reglamentario:

1.- Orden ECO/1371/2003, de 30 de mayo, por la que se regula el procedimiento de asignación del código ID-CIRCE que permite la identificación de la Sociedad Limitada Nueva Empresa y su solicitud en los procesos de tramitación no telemática. (BOE 31 de mayo de 2003).

2.- Instrucción de 30 de mayo de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en relación, a la entrada en vigor de la ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa. (BOE 12 de junio de 2003).

3.- Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, por el que se regula sistema de tramitación telemática a que se refiere el artículo 134 y la disposición adicional octava de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. (BOE 10 de junio de 2003).

GAY CANO

Abogados

En la práctica, lo cierto es que los administradores de compañías mercantiles están en el punto de mira de socios y, muy especialmente, de los terceros, (fundamentalmente, acreedores), que ven dificultades para obtener el cobro de sus créditos de la sociedad, cualquier que sea la causa de dicho impago.

El ejercicio acumulado de acciones contra la sociedad y sus administradores se ha convertido en «práctica habitual», desplazando totalmente al ejercicio, por ejemplo, de acciones de levantamiento del velo de la personalidad jurídica, mucho más complejas desde el punto de vista probatorio.

La realidad es que el ejercicio del cargo de administrador es hoy una actividad de «riesgo», (en ocasiones, de «alto riesgo»), como resulta acreditado por el hecho de que muchas compañías de seguros, simplemente, no acepten asegurar este tipo de riesgos y las que lo hacen, sea en unas condiciones económicas y jurídicas tan rigurosas, –importe de las primas, excepciones, causas de exclusión de la cobertura, etc.,- que hacen este tipo de pólizas o inalcanzables para la generalidad de los administradores o inútiles en muchos de los supuestos que se producen en la práctica.

Las predicciones que hicimos en 1989 sobre los riesgos de una aplicación extensiva de la nueva normativa sobre responsabilidad de administradores, más allá de lo deseable, al menos, en la primera etapa de aplicación de la Reforma, se han cumplido, hasta el punto de que, en ocasiones, se ha convertido al administrador social en una suerte de «avalista solidario», - incluso «a primer requerimiento» en los supuestos de responsabilidad objetiva-, olvidando que estamos antes normas punitivas que exigen una aplicación estricta.

II.- GENERALIDADES.

A) ANTECEDENTES NORMATIVOS.

El nuevo régimen jurídico mercantil de responsabilidad de administradores se introduce como consecuencia de la Ley 18/1989 de 25 de julio de Reforma y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, (en lo sucesivo, «Ley de adaptación»).

Esta norma, que supuso una verdadera revolución legislativa en materia de derecho societario, sustituye el viejo régimen jurídico de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, así como el Reglamento del Registro Mercantil de 1956, modificando sustancialmente la legislación anterior e introduciendo supuestos de responsabilidad legal y objetiva, absolutamente novedosos en nuestro sistema societario, (e incluso, europeo)².

La anterior legislación societaria contemplaba supuestos de responsabilidad de administradores en los casos de actuación gravemente negligente o maliciosa, como consecuencia de la cual se produjese un daño a la sociedad, a los socios o a terceros. Las escasísimas sentencias condenatorias que en la práctica se produjeron bajo la vigencia de la vieja normativa se debían, fundamentalmente, a las enormes dificultades de prueba de tales presupuestos.

² En efecto el art. 17 de la Segunda Directiva CEE de 13 de diciembre de 1976 se refiere a las obligaciones de los administradores en caso de encontrarse la sociedad en causa de disolución por pérdidas en términos muy similares a los actuales arts. 262 LSA y 105 LSRL. Sin embargo, la norma comunitaria no hace mención alguna en la gravísima sanción de responsabilidad patrimonial que los referidos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico contemplan.

GAY CANO

Abogados

Como consecuencia de la Ley de adaptación, se promulga el Real Decreto Legislativo de 1564/1989 de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en lo sucesivo, «LSA»). Texto Legal que establece una regulación mucho más rigurosa y detallada sobre responsabilidad de administradores.

La misma tónica ha seguido la nueva LSRL de 1995 que en esta materia o bien copia -y mejora o aclara- los preceptos de la LSA o bien remite, expresamente, a la regulación contenida en la misma.

Recientemente, la Ley 7/2003 de 1 abril, de Sociedad Limitada Nueva Empresa («LSLNE»), que entró en vigor el pasado 2 de junio, introduce nuevos supuestos de responsabilidad a los que luego nos referimos.

Estas leyes societarias, se desarrollan, -y amplían en numerosas ocasiones-, por el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, (en lo sucesivo, «RRM»), norma reglamentaria indispensable para la práctica societaria³.

En materia de responsabilidad de administradores los elementos configuradores de la vigente normativa, son:

1. Configuración del administrador como un «profesional» de la gestión y, en consecuencia, elevación del parámetro de diligencia exigible en el desempeño de su actividad. (Arts. 127 LSA y 61 LSRL).
2. El régimen de responsabilidad por daños surge no sólo por actuaciones gravemente negligentes o maliciosas, sino por la simple

³ Norma que sustituye al Reglamento aprobado tras la Reforma, Real Decreto 1597/1989 de 29 de diciembre.

GAY CANO
Abogados

omisión de la diligencia debida, lo cual supone una enorme ampliación de los posibles supuestos en los que se puede desencadenar esta sanción. (Art. 133 LSA, aplicable a las sociedades limitadas por remisión del art. 69 LSRL).

3. Incorporación de supuestos de responsabilidad objetiva o legal, en cuyo caso no es necesario probar el nexo de causalidad entre la conducta del administrador y el daño sufrido por el demandante (socios, terceros, etc.). (Art. 262 LSA, 105 LSRL y Derecho transitorio).
4. Incremento de las obligaciones y deberes legales a cargo de los administradores y, por tanto, sustancial ampliación de los supuestos en los que, por acción u omisión, puede incurrirse en responsabilidad. (Así por ejemplo, deber de depósito de cuentas (art. 218 y ss. LSA y 84 LSRL), elaboración de informes sobre modificaciones estatutarias (144 LSA y 21, 74, 76 LSRL), etc.).
5. Carácter restrictivo de las posibles causas de exoneración de responsabilidad, haciendo recaer en el administrador la carga de la prueba y relevando de ello al demandante. (Art. 133.2 y 3 y 134.3 LSA, en relación con el art. 69 LSRL).

B) CARÁCTER PUNITIVO DE LAS NORMAS DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES.

Antes de iniciar el análisis del objeto de esta Ponencia, considero necesario detenerme en esta cuestión que es, a mi juicio, punto de partida fundamental para la correcta aplicación del régimen de responsabilidad de

administradores y que, sin embargo, de forma clara en la primera etapa de aplicación práctica de la Reforma de 1989, se ha obviado e, incluso, vulnerado frontalmente, (nuevo concepto del «administrador-fiador» al que antes nos referíamos). Afortunadamente, hoy los Tribunales comienzan a incorporar en sus resoluciones este argumento jurídico fundamental.

Y es que las normas de responsabilidad de administradores **son de carácter sancionador o punitivo** y, por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 4 del Código Civil, (en lo sucesivo, «CC»), no pueden aplicarse de forma analógica o extensiva. Carácter sancionador que impone su aplicación estricta y rigurosa.⁴

C) SUJETOS RESPONSABLES. EL CONCEPTO DE ADMINISTRADOR A ESTOS EFECTOS.

i) El concepto técnico de administrador en materia societaria.

Como cuestión previa ineludible, es necesario delimitar de forma clara y precisa a quién se aplica el régimen de responsabilidad de administradores.

⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de noviembre de 2000, (El Derecho 2000/53005), señalando que «(...) el carácter restrictivo con que deben interpretarse las normas sancionadoras ha de impedir su aplicación analógica a supuestos no expresamente comprendidos en las mismas, conforme a lo dispuesto en el artículo 4º del Código Civil».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 20 de octubre de 1998. «Ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, no pudiendo aplicarse tan graves sanciones a quienes no sean efectivamente administradores de la Sociedad en el momento de cometerse la infracción, careciendo de relevancia a estos efectos la circunstancia de figurar formalmente como administrador en el Registro Mercantil con un nombramiento «que ya no estaba vigente», por negligencia del verdadero Administrador, que incumplió su compromiso de elevar a Escritura Pública el acuerdo de cese e inscribirlo en el Registro Mercantil. El propio art. 133.2, norma de aplicación general sobre todo tipo de responsabilidad de los administradores, excluye ésta en los supuestos de no intervención efectiva en el acto u omisión sancionable».

GAY CANO

Abogados

Pues bien, aunque parezca una obviedad, la primera cuestión que hay que tener clara es que el régimen mercantil de responsabilidad de administradores se aplica, única y exclusivamente, a **quien es administrador en sentido técnico-jurídico**, es decir, a aquella persona física o jurídica que ha aceptado su nombramiento como miembro del órgano de administración de una sociedad mercantil, (arts. 123 y ss. LSA y 57 y ss. LSRL y 138 y ss. RRM).

Como sabemos, la vigente normativa societaria, (arts. 133 y ss. LSA, 57 LSRL y 124 y 185 RRM), regula de forma detallada las distintas formas que puede adoptar el órgano de administración de una sociedad, sin que sea posible que al amparo de la libertad de pacto estatutaria, se «inventen» por los socios o accionistas otras fórmulas de órgano de administración⁵. Dichas posibilidades son:

1. **Administrador Único**, es decir, el poder de representación corresponde a una única persona física o jurídica.
2. **Dos o más administradores solidarios**, es decir, varias personas físicas y/o jurídicas cada una de las cuales, por sí sola, vincula a la sociedad.
3. **Dos o más administradores mancomunados**, es decir, la firma conjunta, en los términos establecidos en los Estatutos, es necesaria para vincular a la sociedad.

⁵ Cuestión distinta es que la nueva LSRL haya «reintroducido» en su art. 57 la posibilidad de que se incorporen en Estatutos, con carácter alternativo, diversas formas de órgano de administración optando la Junta General de Socios por el sistema que estime conveniente, sin que sea necesario modificar cada vez los Estatutos (art. 193 RRM), aunque, obviamente, sí se requiera la inscripción de tal opción y el nombramiento de administradores por la Junta.

4. **Consejo de Administración**, órgano colegiado de más de tres miembros, (y no más de doce en las limitadas *ex art.* 57 LSRL), que forma su voluntad y decide por mayoría. Ninguno de sus miembros individualmente vincula a la sociedad con su sola actuación, (arts. 136 y ss. LSA y 57 LSRL).

Lo habitual es que se nombren uno o más Consejeros Delegados o una Comisión Ejecutiva (art. 141 LSA, al que remite expresamente el art. 57 LSRL y arts. 149 y ss. y 185 RRM), necesariamente miembros del Consejo, que sí vinculan a la sociedad.

Conviene recordar que la delegación, (incluso absoluta), de facultades en uno o más Consejeros Delgados, no exime de responsabilidad a los demás consejeros, ni es excusa exculpatoria. La responsabilidad del Consejero Delgado frente a socios y terceros dimana de su condición de administrador, como Consejero Delgado responde en el ámbito interno frente al propio Consejo.

Lógicamente, cualquiera que sea la opción elegida, cabe la posibilidad de designar apoderados generales o especiales que no tiene porque ser administradores⁶, aunque pueden serlo⁷.

⁶ En el ámbito mercantil esta cuestión se regula en los arts. 281 y ss. del Código de Comercio, (en adelante «CCom»), estando regulado en el ámbito civil en los arts. 1709 y ss. del CC. En el RRM (art. 94) se hace mención a ello, exclusivamente, para excluir la inscripción obligatoria de los poderes especiales.

⁷ La reciente RDGRN de ¿2 de febrero de 2003? ha entendido que no cabe nombrar apoderado general a quien ostenta las mismas facultades como Administrador, criterio del que discrepo totalmente tanto por motivos jurídicos, pues no existe en la Ley ninguna limitación, como de práctica societaria, pues puede ser útil, por ejemplo, ante posibles situaciones de caducidad del cargo de administrador.

GAY CANO
Abogados

Cualquiera que sea la forma de órgano de administración, todos los integrantes tiene la condición legal de administradores y, por tanto, son potenciales sujetos del régimen de responsabilidad que ahora tratamos.

Y en este contexto debe recordarse que, como venía reiterando la Doctrina y la Jurisprudencia, y sanciona actualmente el art. 129.1 LSA, las posibles limitaciones, incluso inscritas, que puedan imponerse a los administradores no operan frente a terceros, teniendo efecto puramente interno. Incluso el nuevo art. 185 RRM ha establecido que ya no acceden al Registro Mercantil los típicos listados de facultades que se suele incorporar en los Estatutos.

Ello responde **al carácter orgánico de la relación jurídica entre el administrador y la sociedad**, criterio que venía defendiendo la Doctrina y que se ha incorporado definitivamente a la práctica, también judicial, tras la Reforma de 1989.

En este contexto es conveniente recordar que el nombramiento de administradores que debe realizar la Junta General⁸, surte plenos efectos desde la aceptación por el designado (125 LSA y 58 LSRL). Aceptación necesaria para que pueda inscribirse el nombramiento (arts. 141 y 185 RRM). Ahora bien, aceptado el cargo, la inscripción en el Registro Mercantil tiene meros efectos declarativos y, por tanto, no es requisito necesario para que el administrador pueda actuar como tal⁹.

⁸ Salvo en el supuesto especial de nombramiento temporal de accionistas administradores por cooptación que puede hacer el Consejo para cubrir vacantes, sistema actualmente sólo aplicable a las sociedades anónimas (art. 138 LSRL y 139 RRM), por haberlo excluido expresamente la nueva LSRL, al igual que la aplicación a este tipo de sociedades del sistema proporcional de nombramiento de administradores previsto en el art. 137 LSA. Así lo establece expresamente el art. 191 RRM.

⁹ Ello no obstante, el nombramiento de administradores es un acto de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil y, además, en el plazo de diez días (arts. 125 LSA y 22 CCom).

Por el contrario, la inscripción en el Registro Mercantil sí es constitutiva, respecto del Consejero Delegado, de forma que hasta que se produzca la misma, éste no puede hacer uso de la delegación (art. 141 LSA).

ii) **Otras figuras a las que no se aplica el régimen de responsabilidad de administradores.**

Es un presupuesto ineludible de aplicación del régimen legal que analizamos el disponer de la condición jurídica de administrador y, a mi juicio, en sentido técnico-mercantil, como ya hemos expuesto.

Por tanto, el régimen de responsabilidad de administradores no es aplicable, ni extensivamente, ni por analogía (*ex art. 4 CC*), a las siguientes figuras:

1. El **mero apoderado, gerente o director**, incluso general¹⁰, que no sea administrador. El régimen de responsabilidad de estas figuras se regula en los arts. 281 y ss. CCom, (los denominados «factores»). Con carácter general, no responden frente a terceros por los actos realizados en nombre de su principal, sin perjuicio de la responsabilidad que, en el ámbito interno, pueda exigirles la sociedad por su maliciosa o negligente actuación o por extralimitación en sus facultades.

Curiosamente, precisamente para evitar la responsabilidad de administradores, en la práctica, se está usando esta fórmula, nombrándose un administrador aparente que de hecho no gestiona la sociedad, y un apoderado general, (administrador real o de hecho),

¹⁰ Salvo la excepción prevista en la Disposición Transitoria VI LSA.

que es quien realmente gestiona, decide y actúa, pero como simple apoderado, eludiendo así o, al menos, entorpeciendo, la aplicación de la normativa de responsabilidad de miembros de órganos de administración.

En realidad, en tal caso estamos ante un fraude de ley ya que el verdadero administrador es el apoderado general. Aunque luego nos detendremos en esta figura, considero oportuno adelantar que en el ámbito mercantil resulta extremadamente complicado derivar la responsabilidad al verdadero administrador ante la falta de una regulación específica, al menos hasta el momento¹¹, del «administrador de hecho».

2. **Secretario no miembro del Consejo y Letrado Asesor de órganos colegiados**¹². En ambos supuestos son personas que no son administradores, sino profesionales que desarrollan su actividad en el Consejo, generalmente, en régimen de arrendamiento de servicios. Su responsabilidad es, por tanto, por razón de su actividad profesional, sin perjuicio de que pueda mediar o no una relación contractual de prestación de servicios o, incluso, laboral.

¹¹ Este concepto se introdujo en el Código Penal con la última reforma, con la regulación de los delitos societarios.

En el ámbito mercantil, por primera vez, la Ley Concursal, (Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma concursal por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), se refiere expresamente al administrador de hecho o de derecho, -e incluso, al liquidador de hecho o de derecho,- en varios preceptos (arts. 48, 93, 164 y 166).

¹² Hay que recordar que sigue vigente la Ley 39/1975 de 31 de octubre sobre Designación de Letrados Asesores en el órgano de administración de sociedades, así como las obligaciones colegiales de declaración, número máximo de sociedades en las que se puede ostentar el cargo, etc.

3. Representante permanente de sociedades que son administradores de otras.

En el caso de que se nombre administrador a una persona jurídica, la vigente normativa (art. 143 RRM), exige que la sociedad administradora designe un representante permanente que debe ser, necesariamente, una persona física, cuyo nombramiento debe inscribirse en el Registro Mercantil.

En principio, frente a terceros, este representante permanente no es administrador y no es a él, sino a la sociedad que representa, a quien se le aplica el régimen jurídico de responsabilidad de administradores. Todo ello sin perjuicio de que se pudiera acudir al expediente de fraude de Ley e, incluso, a la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica ficticia, si pudiese acreditarse que la sociedad administradora se creó con el propósito de eludir la responsabilidad de su representante permanente, verdadero administrador *de facto*. Cuestión, como hemos señalado ya, nada sencilla en la práctica¹³.

4. Liquidadores.

Tanto la LSA (art. 279) como la LSRL (art. 114) regulan la materia de la responsabilidad de los liquidadores.

Llama la atención la diferencia de régimen entre ambas normas. Así, mientras en las sociedades anónimas el liquidador responde ante los accionistas y los acreedores de cualquier perjuicio que cause con

¹³ Debo advertir que esta no es una cuestión pacífica en la Doctrina mercantilista, inclinándose a favor de la tesis indicada URÍA, GARRIGUES, POLO, DIAZ ECHEGARAI y en contra QUIJANO GONZÁLEZ y GONZALO ITERMENDI.

fraude o negligencia grave en el desempeño de su cargo, en la LSRL se remite de forma genérica al régimen jurídico de los administradores, luego parece que también al de responsabilidad, lo cual supone de hecho un agravamiento de su régimen de responsabilidad (por simple falta de diligencia). La Doctrina ya ha señalado que sería una interpretación literal absurda y carente de fundamento¹⁴.

La Ley Concursal da el mismo tratamiento a los liquidadores que a los administradores sociales en algunos preceptos, (entre otros, arts. 48, 93, 164 y 166).

5. El Administrador suplente.

La nueva LSRL (art. 59), así como el RRM, (art. 147, aplicable a las limitadas por remisión del art. 192 RRM), han regulado por primera vez esta figura estableciendo que, si así se contempla en los Estatutos sociales, se puedan designar administradores «sustitutos» para el caso de vacancia en el cargo, cualquier que sea la causa.

Esta figura, que se usa muy poco en la práctica, puede ofrecer muchas ventajas en determinadas sociedades en las que se quiere asegurar que continúe la actividad social, evitando supuestos de paralización de órganos sociales.

¹⁴ Ahora bien, debe recordarse que la LSRL en su Exposición de Motivos dice claramente que, salvo remisión expresa, la LSA no es supletoria de la LSRL.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 20 de febrero del año 2002, (Jurisprudencia Aragonesa 2003/0641); «(...) cuando, como aquí ocurre, una sociedad de responsabilidad limitada se encuentra en liquidación, en cuya situación se funda la demanda, no son aplicables los preceptos genéricos sobre responsabilidad de los administradores, sino el artículo 123.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, a cuyo tenor los liquidadores responden en caso de dolo o culpa (...)», precepto éste que se refiere al concreto supuesto de pasivos sobrevenidos.

Lógicamente, el administrador suplente no es administrador hasta que acepta el cargo, luego hasta entonces, no se le puede aplicar la normativa sancionadora.

El art. 147 RRM exige la designación nominal de la persona y que reúna los requisitos legales y estatutarios para ser administrador. Su aceptación como administrador y su inscripción en el Registro Mercantil se debe efectuar producida la vacante.

iii) **Especial referencia al administrador oculto o de hecho.**

Mención especial merece la figura del «administrador de hecho», entendiéndolo por tal aquella persona que es quien verdaderamente gestiona o administra la sociedad, pero de forma oculta frente a terceros, es decir, amparándose en el nombramiento «formal» de un testaferro¹⁵, aunque, como luego veremos, este concepto se utiliza por la Doctrina mercantil con otros significados.

En estos casos el problema que se plantea es **cómo derivar, jurídicamente, la responsabilidad hacia el verdadero administrador**. Al abordar esta cuestión, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

¹⁵ Esta figura «*mutatis mutandi*» es antiquísima, no ha nacido con la nueva normativa societaria. La primera manifestación se produce ya en la Edad Media cuando el ejercicio del comercio, exigía la pertenencia a determinados gremios o corporaciones. Surge entonces la figura del empresario oculto, que actúa por medio de un testaferro quien aparece frente a terceros como el verdadero empresario. (Curiosamente fue la nobleza y el clero quien con frecuencia recurrió a ello). Más modernamente se utilizó también para el ejercicio de la actividad mercantil por personas que adolecían de alguna prohibición para desarrollar la misma (por ejemplo, los quebrados que no habían sido rehabilitados, personas que por su cargo o función pública eran incompatible para ejercer el comercio, arts. 13 y 14 CCom).

GAY CANO
Abogados

- i) Como ya hemos apuntado, la normativa de responsabilidad de administradores es de carácter sancionador y, por tanto, en aplicación del principio «*odiosa sunt restringenda*» no puede hacerse una interpretación extensiva o analógica a supuestos no previstos expresamente en la Ley.
- ii) Las normas societarias no regulan la figura del administrador de hecho, ni siquiera contemplan esta categoría, como distinta al «administrador de derecho»¹⁶.

La Ley Concursal alude expresamente al administrador de hecho, -y también, en ocasiones, al «liquidador de hecho»,- en los siguientes preceptos:

- Art. 48.3, al referirse al posible embargo de bienes de los representantes de personas jurídicas en concurso, (administradores y liquidadores, tanto de derecho como de hecho, y quienes hubieran ostentado dichos cargos en los dos años anteriores).
- Art. 93, cuando determina el concepto de personas especialmente relacionadas con el concursado a efectos de la clasificación de sus créditos y su consideración como subordinados (arts. 92 y 158 LC)¹⁷.

¹⁶ Regulación que, como hemos señalado ya, sí se introdujo en el Código Penal, si bien, por tratarse de normas penales, igualmente de aplicación estricta, su transposición al ámbito mercantil no es posible jurídicamente. (Art. 4 CC).

¹⁷ Obsérvese que este precepto no se refiere a los liquidadores de hecho, probablemente, por omisión involuntaria. Incluye también a los «*apoderados con poderes generales de la empresa*». Se hace extensiva la norma a quienes hubieran ostentado tales cargos en los dos años anteriores al concurso, endureciendo, de nuevo, el régimen de responsabilidad.

GAY CANO

Abogados

- Art. 164, al referirse al concurso calificado como culpable por concurrir dolo o culpa grave de «sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho»¹⁸.
- Art. 166, al definir a los «cómplices» del deudor¹⁹.

La Doctrina mercantilista elaboró ya bajo la vigencia de la vieja normativa societaria el concepto de administrador de hecho, pero para referirse, fundamentalmente, tanto al administrador cuyo nombramiento adolecía de vicios formales o materiales, como a aquéllos que, no obstante haber sido validamente nombrados, el cargo no había accedido el Registro Mercantil o bien había caducado por haber vencido el plazo para el que fueron nombrados.

El problema de la caducidad ha sido abordado por el nuevo RRM en su art. 145 al establecer que permanecerá vigente el cargo de administrador hasta la próxima Junta General o hasta que hubiese transcurrido el plazo legal para celebrar la Junta de aprobación de cuentas, es decir, durante el primer semestre siguiente al del cierre del ejercicio.

Nuestros Tribunales han utilizado la figura del administrador de hecho en alguna ocasión para referirse a aquélla persona que sigue gestionando la sociedad tras la caducidad de su cargo²⁰.

¹⁸ Obsérvese que este precepto también se refiere al «liquidador de hecho» y que, sin embargo, excluye a los apoderados generales.

¹⁹ Y «en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores tanto de derecho como de hecho o con sus apoderados generales (...)».

²⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 21 marzo de 2002, (Jurisprudencia Aragonesa, AR 2003-0754); «(...) el recurrente siguió de hecho administrando la sociedad incluso después de haber expirado su mandato (...) cuando la sociedad (...) quedando entonces, además, formalmente, sin representación legal, sin administrador, lo que, como ya lo tiene dicho el Juzgado, a los efectos del artículo 104 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, supuso la paralización de los órganos sociales ya entonces, al expirar el mandato del apelante, momento en el que, al finar su mandato sin proveer lo necesario para el nombramiento de un nuevo administrador, dejó el recurrente sin representación a la sociedad, aunque de hecho siguió actuando como administrador, en los términos

GAY CANO

Abogados

En la práctica, a falta de previsión legal expresa, para derivar la responsabilidad al verdadero administrador que se ampara en un testaferro hay que recurrir al **expediente del fraude de ley del art. 6.4 CC**, es decir, debe acreditarse que se ha utilizado la norma referente al nombramiento de administrador con el exclusivo propósito de eludir la aplicación de otra norma (en este caso, la normativa sobre responsabilidad de administradores).

Ello supone un enorme esfuerzo y dificultad probatorios a cargo del demandante, frente a los supuestos de responsabilidad directa, como sucede cuando la norma contempla, expresamente, como posible sujeto responsable tanto al administrador de hecho como al de derecho, supuestos en los que basta acreditar que, efectivamente, se realiza actividad de gestión, incluso, por indicios, (por ejemplo, por constar habitualmente en Registro Públicos actuando en nombre de la sociedad, por ser quien ostenta poderes de disposición en entidades bancarias o por una actuación generalizada en el tráfico diario de la sociedad, etc.).

Por ello, son prácticamente inexistentes los supuestos en los que se ha aplicado por los Tribunales civiles esta tesis, condenando al verdadero administrador²¹.

ya explicados por el juzgado, siendo de destacar que dicho vacío en la representación formal no fue corregido de ningún modo por la junta general, quedando así evidenciada una completa paralización de los órganos sociales. (...) En este sentido debe citarse aquí la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1999 cuando viene a señalar que la responsabilidad de los administradores de las sociedades no puede quedar enervada mediante su dimisión si lo hacen sin garantizar la continuidad y el normal funcionamiento de la sociedad (...) eliminando sin más del tráfico comercial a la sociedad que generó la deuda litigiosa, sin preocuparse para nada de sus cargas y obligaciones ni, tampoco, de disolverla ni liquidarla en cualquiera de la formas previstas legalmente. (...)».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 31 de enero de 2002, (Jurisprudencia Aragonesa, AR 2003-0633); «(...) al cesar como administrador no hizo nada para garantizar la continuidad y el normal funcionamiento de la sociedad que ya entonces estaba en causa de disolución (...)».

²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 18 de enero de 2001, (Jurisprudencia Aragonesa, AR 2003-0534); «(...) Acreditada la continuación de facto en la sociedad de los

Desde otro punto de vista, la defensa frente a terceros del administrador meramente formal o aparente, alegando –e, incluso, acreditando,- la existencia de un verdadero administrador, de hecho, suele ser inviable en el ámbito mercantil, - no así en el penal, al menos, en determinados delitos-, por el peso jurídico del hecho del nombramiento formal como administrador y, generalmente, del conocimiento previo de tal situación por el administrador aparente.

iv) **El administrador que sucede a otro en el cargo.**

Una cuestión de interés es si los administradores que suceden a otros en el cargo pueden devenir en algún modo responsables por actuaciones acordadas o efectuadas durante el desempeño del cargo por sus predecesores.

Antes de abordar esta cuestión, como luego veremos más detenidamente, podemos avanzar ya que el cese o dimisión en el cargo, en modo alguno, determina la desaparición de responsabilidad por lo actuado durante el tiempo en el que se fue administrador hasta que transcurran los plazos de prescripción legal.

En principio nadie responde por los hechos de un tercero, (salvo en los casos tasados en los que así lo impone una norma). Sin embargo, en esta materia hay supuestos en los que puede incurrirse en responsabilidad por el nuevo administrador.

Así, por ejemplo, el nuevo miembro de un consejo que no participó en la adopción de un acuerdo lesivo, pero sí en su ejecución o que conociéndolo, permanece pasivo, sin hacer todo lo posible para evitarlo, a mi juicio, puede

administradores demandados por sus propios conocimientos y aportación al proceso de documentos relacionados con el procedimiento concursal en el que, insistimos, el administrador único alega actuar como simple apoderado (...).».

GAY CANO

Abogados

devenir responsable al amparo de lo dispuesto en el art. 133.2 LSA, (aplicable a las limitadas ex art. 69 LSRL).

Lo mismo sucede si cuando accede al cargo la sociedad se encuentra en situación de disolución y el nuevo administrador no adopta las medidas que impone la Ley (arts. 262 LSA y 105 LSRL). Este supuesto concreto, aunque de forma titubeante aún, empieza a aparecer en resoluciones de Audiencias²².

Debe recordarse que, aunque es excepcional en la práctica, la diligencia exigible al administrador que accede al cargo, incluso antes de la aceptación, le exige que se informe de la verdadera situación de la sociedad y de los acuerdos adoptados que puedan encontrarse en fase de ejecución²³.

²² Así por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 15 de julio de 1997 (AC 1687): «Por fin, resulta absolutamente irrelevante la alegación en cuanto al fondo opuesta por la recurrente doña María R.L., en referencia a la nula relación existente entre la misma y la sociedad deudora al tiempo de contraerse la obligación social reclamada. (...) La ratio de la norma, y en especial para el supuesto del art. 260.4º, reside en el incumplimiento de la obligación legal impuesta a los administradores como órgano social, que al no instar la disolución comprometen la solvencia de la entidad mercantil para hacer frente a todo el pasivo que recae sobre la misma. Por lo que resulta indiferente que al contraerse la deuda reclamada el particular administrador no fuera miembro como tal del Consejo, ya que su responsabilidad se extiende a todas las obligaciones nacidas para la sociedad hasta el momento de su cese.». También Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de noviembre de 1994 (RDS nº 5).

En contra, aunque en un supuesto de responsabilidad por daños, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de octubre de 1997. (Ac. Ar. 322/24): «(...) El administrador único, D. Eleuterio A.....accede a dicho cargo el 7 de diciembre de 1992 según certificación del Registro Mercantil (...). La deuda impagada por la demanda, se remonta en su origen al 14 de mayo de 1992. A tenor de los precedentes datos, hay que examinar si la conducta del administrador único a partir de su nombramiento el 7 de diciembre de 1992, consistente en la no liquidación en forma de la sociedad, permitiendo su desaparición de hecho ha causado perjuicio alguno a la demanda, determinando la imposibilidad de cobro de su deuda (...). Consecuente, si tenemos en cuenta que a la fecha de nombramiento del codemandado como administrador único, la sociedad estaba en situación de quiebra, con todo su patrimonio mueble e inmueble embargado por créditos anteriores al de la actora, susceptible de ejecución separada o, cuanto menos, preferentes por su carácter singularmente privilegiado, resulta que la solicitud de quiebra en diciembre de 1992, no hubiera propiciado el cobro de su deuda por la actora. Por lo que la omisión del administrador de tal obligación, en nada afectó a los derechos de cobro de la actora. Faltando el requisito de la relación de causalidad adecuada entre aquella omisión indiligente y el perjuicio para el tercero aquí demandante. Debe por ello estimarse el recurso interpuesto».

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio del año 2000, (El Derecho 2003/41055); «(...) La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Octubre de 2000 estudia un supuesto similar al que ahora nos ocupa, en el que también se utiliza el Artículo 171 de la Ley de Sociedades Anónimas para eludir el plazo

Por el contrario, especialmente en materia de responsabilidad por culpa, el cese previo del administrador, en concreto, cuando es anterior a la deuda que da origen a la acción de responsabilidad²⁴ y, por tanto, ninguna intervención tuvo en la relación negocial el antiguo administrador, sí se contempla en muchas resoluciones ya como excusa exculpatoria, (generalmente, vía admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva del administrador demandado), incluso en los supuestos de falta de inscripción del cese en el Registro Mercantil.

• **Publicidad registral de las cuestiones que afectan a miembros de órganos de administración. Importancia de la inscripción del cese en el Registro Mercantil.**

Es cuestión debatida el carácter, constitutivo o meramente declarativo, que tiene la inscripción en el Registro Mercantil del cese del administrador.

de los dos meses del artículo 262 y evitar así la existencia del segundo requisito que da origen a la responsabilidad solidaria. Razona así, "... el dato decisivo para efectuar el cómputo del plazo de dos meses (del artículo 262.5) no se puede reconducir de modo absoluto al momento en que se conoce el resultado de las cuentas anuales, sino que se ha de contemplar en relación con el conocimiento adquirido, o podido adquirir (con la normal diligencia exigible a un administrador social, art. 127.1 LSA), acerca de que se da una situación en la que el patrimonio social es inferior a la mitad del capital social. La determinación del momento o tiempo en que se da o puede adquirir el conocimiento es un tema fundamentalmente probatorio (...).».

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de abril de 2002, (El Derecho 2002/7494); «(...) En el presente caso, la deuda reclamada tiene su origen en la falta de pago, mediante diligencia de protesto, de las tres letras de cambio con fecha de libramiento 26 de febrero de 1993, entregadas para su descuento, con cargo a la cuenta de crédito abierto, por "W., S.A." a "Caja de Ahorros y Pensiones B." (en anagrama "..."), y cuyas fechas de vencimiento eran los días 10, 20 y 30 de mayo de 1993. Atendido que la relación que ligaba a estas dos sociedades era un contrato de descuento, el derecho de reintegro de la entidad descontante surge en el momento en que se produce el impago del crédito incorporado a las letras descontadas, es decir, en los citados días del mes de mayo de 1993. En consecuencia, la deuda reclamada por "Caja de Ahorros y Pensiones B." (en anagrama "...") nació con posterioridad a la inscripción en el registro Mercantil del cese como administradores de "W., S.A." de los codemandados recurrentes en casación que tuvo lugar el día 22 de febrero de 1993. A igual conclusión se llega si se entiende que la reclamación de "Caja de Ahorros y Pensiones B." (en anagrama "...") se funda, no en el descuento de las referidas letras de cambio, sino en el saldo deudor que arroja la cuenta de crédito abierta a "W., S.A." ya que tal exigencia requiere la previa liquidación de la cuenta que tuvo lugar, incluso, en fecha posterior al vencimiento e impago de la última de las letras descontadas.

Por todo ello, siendo la deuda reclamada posterior al cese de los administradores demandados ahora recurrentes, no puede exigírseles responsabilidad alguna por la misma (...).».

GAY CANO
Abogados

La Doctrina mayoritaria entiende que **la inscripción es obligatoria**, (arts. 22 CCom y 94 RRM), pero **meramente declarativa**, cuestión que puede ser fundamental en la defensa de administradores, (articulada como excepción), pues es muy frecuente que al abandonar el cargo los administradores salientes se despreocupen de dar a tal hecho de indudable trascendencia societaria reflejo registral.

Este carácter mero declarativo, debe ser interpretado en el sentido de la plena validez y eficacia interna, es decir, frente a la propia sociedad, de la separación desde la adopción del correspondiente acuerdo por parte de la Junta General, (o, en su caso, desde la recepción de la notificación por la sociedad de la dimisión voluntaria, ex art. 147 RRM).

En el aspecto externo la cuestión es más discutible, en especial frente a terceros de buena fe, pues rige el principio de que los actos sujetos a inscripción producen efectos desde el momento de su publicación en el BORME (ex arts. 21 CCom y 9 RRM)²⁵.

De nuevo, en esta cuestión, los hechos concurrentes, en especial, en cuanto al posible conocimiento del tercero de la previa desvinculación del administrador, pueden ser fundamentales²⁶.

²⁵ Sentencia del Tribunal supremo de 17 de abril de 1998 (Aranzadi Mercantil M9804/1), «no puede desconocerse que el contenido del Registro mercantil se presume exacto y válido, que los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y que la buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción (artículos 20 y 21 del Código de Comercio y 7 y 9 del Reglamento del Registro Mercantil) (...). En definitiva, los principios de seguridad jurídica y de protección de terceros de buena fe imponen que no se haya de perjudicar a dichos terceros por limitaciones o supresiones del poder de representación, que no hayan podido conocer, ni racionalmente prever».

²⁶ A estos efectos, si existen dudas sobre la adecuación del Registro y la realidad extrarregistral, recurrir previamente a la práctica de Diligencias Preliminares, (arts. 254 y ss LEC), puede ser aconsejable, en

GAY CANO

Abogados

Ahora bien, los presupuestos fácticos sobre los que se asientan las acciones de responsabilidad de los administradores sociales, suponen la introducción de una serie de aspectos que, podríamos decir, complican la adopción tajante de la anterior solución, como refleja la existencia de resoluciones judiciales de muy diverso sentido.

Por principio, difícilmente puede imputarse un acto y omisión en el desempeño de un cargo a quien ya no ostenta el mismo cuando dicho acto se produce.

Ello es especialmente claro en los supuestos de responsabilidad por daños (*ex art. 135 LSA*) en los que se necesita un sujeto a quien atribuir el acto u omisión causante del mismo. Pero, a mi juicio, también puede aplicarse a los supuestos de responsabilidad objetiva recogidos en el art. 262.5 LSA y en el art. 105.5 LSRL, puesto que ésta se basa en la falta de cumplimiento por parte del administrador de su obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General correspondiente para que adopte los acuerdos necesarios a fin de solucionar la situación de la sociedad conforme a la normativa societaria.

Lo expuesto debe ser entendido, lógicamente, siempre que la causa de disolución se produzca con posterioridad al cese del administrador, (y así puede probarse por éste), puesto que si ya concurría en ese momento, la cuestión se debería resolver en sentido contrario, apreciándose incluso una actuación claramente negligente en el administrador que, en lugar de adoptar las medidas necesarias, se limita a cesar en su cargo, «abandonando» la sociedad.

especial, para evitar la condena en costas respecto de administradores absueltos por acreditación de su cese previo.

GAY CANO

Abogados

En este contexto, además, debe recordarse que la inscripción de tal dimisión puede plantear problemas registrales si con ello la sociedad queda sin órgano de administración (administrador único) o se impide que éste pueda actuar (Consejo de Administración).

Así lo vienen entendiendo diversas resoluciones judiciales²⁷.

²⁷ Citamos entre otras las siguientes resoluciones judiciales.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) de 9 de julio de 1992: «(...) si se atiende a los art. 133 y 262.5 de la LSA, se basa en actos y omisiones personales propias de los administradores y ningún acto y omisión puede ser achacado a quien había dejado de ser miembro de su cargo de administración con anterioridad al acto de que derivan las deudas reclamadas, y ello con independencia del acceso al registro de tal situación».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 20 de octubre de 1998: no pueden «(...) aplicarse tan graves sanciones a quienes no sean efectivamente administradores de la Sociedad en el momento de cometerse la infracción, careciendo de relevancia a estos efectos la circunstancia de figurar formalmente como administrador en el Registro Mercantil con un nombramiento “que ya no estaba vigente”, (...). El propio art. 133.2, norma de aplicación general sobre todo tipo de responsabilidad de los administradores, excluye ésta en los supuestos de no intervención efectiva en el acto u omisión sancionables (...)».

(...) lo cierto y fundamental es, por lo ya dicho, que se exige la intervención, por acción u omisión del administrador en el acto que se le imputa, intervención que en el presente caso no se ha producido, no pudiendo achacársele la no inscripción del cese en el Registro Mercantil dados los términos del art. 109.2 de su Reglamento regulador y sin que a ello obste lo preceptuado en el art. 147 de la citada normativa (...)».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 15 de diciembre de 1997 (El Derecho, 1997/17933); «En efecto, si los administradores fueron cesados el día 23 de Marzo de 1.994 y las mercancías cuyo precio se reclama fueron solicitadas entre los meses de Octubre de 1.984 y Enero de 1.995, es llano que ninguna responsabilidad puede exigirse a los antiguos administradores por su impago, y ello aún cuando efectivamente hubieren dejado de cumplir con la obligación legal de promover el acuerdo de disolución social, pues la responsabilidad que se declara en los arts. invocados en la demanda sólo es predicable de las deudas contraídas con anterioridad al cese, no de las posteriores».

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de abril de 2002, (El Derecho 2002/7494); «(...) siendo la deuda reclamada posterior al cese de los administradores demandados ahora recurrentes, no puede exigírseles responsabilidad alguna por la misma y procede la estimación de este segundo motivo del recurso (...)».

Audiencia Provincial de Albacete en Sentencia de 7 de julio de 1995: «(...) En el caso debatido, el demandado, hoy apelante, en su contestación a la demanda, ya indica que dejó de ser administrador de la sociedad codemandada antes de la iniciación de relaciones comercial con la parte actora, al menos las de autos, y ninguna prueba aporta la sociedad demandante de que aquél continuara con tal actividad y fuera quien determinara los actos culpables del cierre fáctico de la empresa, antes al contrario, el libro de actas de la sociedad y los albaranes ponen de manifiesto que carecía de la cualidad de administrador, por lo que procede estimar la excepción de falta de legitimación pasiva, revocando la sentencia de autos en el único sentido de absolver al apelante de las pretensiones de la actora».

GAY CANO

Abogados

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 2 de mayo de 1995, «(...) no resulta justificado ni el más leve indicio de que tras su renuncia, el codemandado realizase gestión alguna en la sociedad (...)».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2ª) de 20 de abril de 1996: «la responsabilidad solidaria del artículo 105.5 de la LSRL requiere para ser apreciada que el administrador no convocara Junta para disolver la Sociedad, cuando hubiere causa de ello. Pero si con anterioridad a este hecho existió cese por parte del administrador -aunque tal circunstancia no accediera al Registro Mercantil-, se evitaría el hecho de la citada responsabilidad. Es claro que la causa de disolución social debía concurrir en tiempo anterior a esa fecha, pues de lo contrario, al no ser ya administrador, no podría ni debía convocar Junta General. Ello es independiente del acceso al Registro de su cese como administrador y de la inoponibilidad frente a terceros de los hechos sujetos a inscripción y no inscritos, puesto que la responsabilidad solidaria surge de un deber legal, que sólo incumbe al administrador y que no afecta a quien no lo es, y no lo es quien ya ha cesado en el cargo y ha sido sustituido por otro administrador».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2ª) de 7 de febrero de 1996: «Producidas determinadas causas de disolución, la Ley quiere que los administradores actúen con diligencia, poniendo en marcha los mecanismos que llevan a la disolución de la Sociedad, o se acuerde, en su caso, la remoción de la causa de disolución, por lo que el incumplimiento de dicha obligación determinará la responsabilidad solidaria por las deudas sociales. Tan grave sanción no se hará extensiva en el supuesto de cese del administrador, siempre que dicho cese sea real, pues faltaría el supuesto de hecho de aplicación de la responsabilidad recogida en el artículo 262.5 de la LSA, régimen éste que no será alterado por el hecho de que el cese del administrador no se haya inscrito en el Registro Mercantil».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) de 11 de septiembre de 1995: «Lo determinante a los efectos de la debida aplicación de lo dispuesto en el artículo 262.5 y Disposición Transitoria 3ª de la LSA es si al tiempo de producirse el supuesto de hecho previsto en ambas disposiciones los demandados habían cesado o no en el cargo de administrador, y ello con independencia de que el cese hubiera accedido al Registro Mercantil, ya que el administrador cesado difícilmente puede incurrir en el incumplimiento de una obligación que ya no le incumbe. En el caso, al haber quedado acreditado que dos de los demandados cesaron en su cargo con anterioridad a la entrada en vigor de la LSA vigente, en modo alguno pudieron haber incurrido en los incumplimientos a los que se asocia la consecuencia de hacer solidariamente responsables con la sociedad de las deudas sociales a los administradores».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª) de 14 de julio de 1997: «Cuestiona la entidad recurrente, en primer término, la estimación en la sentencia de instancia de la excepción de falta de legitimación pasiva formulada por el único demandado personado en el proceso, actual apelado, y ello en base a que al no haber accedido al registro mercantil su cese como administrador de la sociedad también demandada, tal situación no puede perjudicar a terceros, condición de la que goza la reclamante. En el presente procedimiento fue ejercitada por la actora, la sociedad anónima «Sharp Electrónica España», la acción de reclamación del precio de una mercancía suministrada a la sociedad de responsabilidad limitada «Electrodomésticos Hispano Luso», y, acumuladamente, la acción de responsabilidad de los administradores de la última por no haber procedido a la disolución de la sociedad, al amparo del núm. 5 del artículo 105 de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 23 marzo de 1995. Es lo cierto que la procedencia de la excepción de referencia podría haberse analizado con posterioridad a la resolución de la primera de las acciones mencionadas, pues el precepto citado insta la responsabilidad por las deudas sociales, por lo que la existencia de la deuda aquí reclamada constituye un presupuesto lógico para declarar tal responsabilidad. La sentencia de instancia estimó que el demandado comparecido no gozaba de cualidad de administrador a partir del 17 de junio de 1992, fecha de la escritura pública de venta de sus acciones y de renuncia de tal cargo, anterior en el tiempo al momento en que tuvo lugar el contrato de compraventa, el vencimiento de la obligación de pago de la sociedad de la que formaba parte y la omisión del acuerdo de disolución del que quiere hacerse surgir su responsabilidad. La ausencia de inscripción registral de dicho cese en la administración social es evidente que no puede perjudicar a terceros de buen fe, ya que no son oponibles a éstos, conforme a los arts. 21 CCom y 9 Reglamento del Registro Mercantil, los actos sujetos a inscripción que no hayan

Ello no obstante, para evitar problemas debe procederse al inmediato registro de las escrituras de cese.

Remitimos al apartado referente al patrimonio afecto a este tipo de responsabilidad en el caso de administrador casado en lo que se refiere al reflejo registral de los actos jurídicos referentes al régimen económico-matrimonial y otros actos jurídicos relevantes.

III.- LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS.

- **Tipos de responsabilidad en la vigente normativa societaria.**

La principal novedad que introdujo la Reforma societaria de 1989 consistió, precisamente, en que además de la responsabilidad patrimonial por culpa, -que como ya hemos señalado, se endurece de forma notable-, se incluyeron nuevos supuestos de responsabilidad objetiva en los que la responsabilidad patrimonial del administrador se configura como una suerte de pena o sanción civil, sin que sea necesario acreditar por el demandante el nexo de causalidad entre la conducta del administrador y el daño sufrido, sino, única y exclusivamente, la concurrencia del supuesto de hecho al que la ley apareja tal sanción. Esta es una cuestión que analizará, sin duda en profundidad, D. Ignacio Quintana, a cuya exposición remito.

accedido al mismo, por lo que, en principio, la entidad representada quedaría vinculada por los actos del administrador hasta que la conclusión de sus funciones no dispusieran de la publicidad que ofrece el registro. Ahora bien, deducir del mero hecho de la falta de acceso registral del cese del cargo la responsabilidad del antiguo administrador, resulta inadmisibile, puesto que dimanando esta responsabilidad del incumplimiento de la obligación de convocar junta general para la disolución de la sociedad o de solicitar la disolución judicial de la misma (art. 105.5 citado), mal podría verificar tales actos quien no era administrador de la entidad mercantil desde varios años antes y se hallaba totalmente desvinculado de ella tras la venta de sus acciones».

- **Cuestiones de interés al abordar el análisis de esta materia.**

Ya hemos señalado que las viejas Leyes de 1951 y 1953 contemplaban ya supuestos de responsabilidad de administradores. La novedad que se introduce en la Reforma consiste en elevar el listón de diligencia exigible al administrador y, en consecuencia, en ampliar notoriamente los posibles supuestos de aplicación. El Legislador de 1989 desea que los administradores de sociedades sean profesionales de la gestión²⁸.

En efecto, el art. 127 LSA, (aplicable a las sociedades limitadas por remisión expresa del art. 69 LSRL), establece que *«los administradores desempeñarán el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal»*.

Como vienen señalando Doctrina y Jurisprudencia menor es este un parámetro de diligencia profesional y, por ende, superior al de *«un buen padre de familia»*, que con carácter general opera en el ámbito de exigencia de responsabilidad, y que viene a imponer al administrador una verdadera actuación de gestión y administración de la sociedad, actuando siempre en interés de la sociedad administrada y de forma leal.

En art. 133 LSA, (aplicable a las sociedades limitadas conforme a lo antes indicado), establece:

²⁸ Desideratum loable sin duda, pero que en la práctica de las pequeñas y medianas sociedades es harto difícil de alcanzar. Como ya hemos señalado, la nueva normativa se aplica con igual rigor a la pequeña sociedad familiar, que a las grandes sociedades que cotizan en Bolsa, lo cual desde el punto de vista de la Justicia material, es cuando menos, cuestionable.

GAY CANO
Abogados

- a) **Frente a quién responden los administradores:** frente a la propia sociedad, frente a los socios y frente a terceros (acreedores, trabajadores, etc.).
- b) **Porqué responden:** por los daños que causen por actos u omisiones²⁹ contrarios a la Ley, a los Estatutos o por los actos realizados sin la diligencia con que se debe desempeñar el cargo, concepto jurídico indeterminado, donde las haya, que exige su concreción y valoración caso por caso.

Y es aquí donde se produce el primer cambio importante respecto a la vieja normativa societaria, cuyo art. 79 hacía responsables a los administradores de los actos realizados con «*malicia, abuso de facultades y negligencia grave*», actitudes que, además de ser mucho más graves que la simple falta de diligencia, debía probar el demandante (socio, acreedor, etc.), lo cual era prácticamente imposible, salvo en supuestos muy evidentes.

En la vigente normativa la simple falta de diligencia es suficiente para desencadenar la responsabilidad, pudiendo producirse no sólo por acción, sino también por omisión.

Ello amplía notoriamente, de hecho, los posibles supuestos en los que un administrador puede incurrir en responsabilidad. Recuérdese que la falta de diligencia puede consistir en meros descuidos o faltas, por ejemplo, en la elección de un gerente desleal, (culpa «*in eligendo*» o «*in vigilando*») o por dejar pasar plazos previstos para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la

²⁹ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 6 de febrero de 1995, (RDS nº 6), se refiere expresamente un supuesto de responsabilidad de administradores por conductas omisivas o «*actos negativos contrarios*».

GAY CANO
Abogados

sociedad, (cumplimiento tardío del deber de depósito de cuentas o de la presentación de impresos fiscales, que generan multas o sanciones, etc.).

Y las normas más recientes vienen a confirmar que el Legislador ha optado de forma evidente por un endurecimiento de régimen jurídico, como resulta de la LSLNE, **(nuevos arts. 130 y ss. LSRL), que ha introducido nuevos supuestos de responsabilidad de administradores**, en concreto, los siguientes:

* Art. 136.3: En este nuevo subtipo societario en el que, en principio, sólo pueden ser socios personas físicas, (arts. 133 y 136 LSRL), en el supuesto de adquisición de participaciones por personas jurídicas que no sean enajenadas en el plazo de tres meses, se establece que la sociedad queda sometida al régimen general de la sociedad limitada, *«sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores de no adoptarse para ello el correspondiente acuerdo en los términos del art. 144 de la presente Ley»*.

A mi juicio, la –desafortunada- redacción de este precepto sólo puede entenderse referido a supuestos en que los administradores no realicen los actos de su competencia, (convocatoria de Junta, a efectos de la adopción de los acuerdos previstos en el art. 144, redacción de documentos, etc.), para que pueda celebrarse la Junta, pues es obvio que los administradores -que pueden ser socios minoritarios³⁰-, no tiene facultad o poder alguno para imponer a la Junta que adopte acuerdos, ni, por tanto, pueden responder por hechos –falta de adopción del acuerdo,- que excede de su ámbito de competencias legales.

* Art. 137.3: Dada la desaparición del Libro Registro, (párrafo 1 de este precepto), se establece la obligación de los administradores de notificar *«a los*

³⁰ El art. 139.3 LSRL impone que los administradores deben ser socios.

GAY CANO
Abogados

restantes socios tan pronto tengan conocimiento de que se haya producido [la transmisión, constitución de derechos reales o embargo de participaciones], siendo responsables de los perjuicios que el incumplimiento de esta obligación puede deparar».

La redacción de este precepto es también criticable, en mi opinión, por varios motivos, pero fundamentalmente por su falta de rigor y concreción.

En primer lugar la indeterminación del plazo («*de inmediato*») en el que los administradores deben cumplir con la obligación de notificar, va a crear muchos problemas prácticos sobre si procede o no exigir esta responsabilidad en el caso concreto. Tampoco se regula cómo deben notificar los socios a los administradores tales hechos (137.2 LSRL), que debería ser por un medio que permita acreditar la recepción del contenido.

Ahora bien, no puede olvidarse que estamos analizando supuestos de **RESPONSABILIDAD POR DAÑOS y, por tanto, deberán concurrir los siguientes presupuestos**³¹:

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de junio del año 2001, (El Derecho 2001/7705); «(...) a) La conducta ilícita, esto es una acción u omisión que sea contraria a la Ley, a los Estatutos o se desarrolle con falta de diligencia. b) La producción del daño. c) El nexo causal entre la conducta y el daño, que habrá de acreditarse. En el supuesto de debate, concurren los presupuestos indicados, toda vez que D. José Antonio no ha desempeñado su cargo con «la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal» como dispone el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas, y ha coadyuvado a la adopción y ejecución del acto lesivo, al encargar la realización de diversos servicios de transporte y ocasionar un perjuicio a la sociedad actora por su falta de abono, con la consiguiente conexión entre su conducta y el daño, de manera que cabe reprocharles despreocupación al no realizar el pago por parte de la sociedad por él regida, en tanto que es el único Administrador de la misma y actuó en este caso en su carácter de tal, es decir, como órgano social y no como mero socio o como particular, por lo que ha generado la consiguiente responsabilidad (...)».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 31 de octubre de 2002, (Jurisprudencia Aragonesa AR-2003-0396), «(...) En efecto, tal y como afirma la STS de 18 de julio de 2002, es la acción de responsabilidad individual a favor de los terceros por los actos de los administradores contemplada en el art. 135 LSA la que exige “una conducta o actitud —hechos, actos u omisiones de los administradores carentes de la diligencia de un ordenado comerciante (basta la negligencia simple sin que sea necesaria como ocurría en la legislación anterior, la malicia o negligencia grave)— que dé lugar a un daño, de modo que el accionante perjudicado ha de probar (...) la concurrencia de una acción u omisión calificada de culposa o negligente, un daño y la existencia de una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido. Por el contrario, la responsabilidad solidaria que impone el art.

GAY CANO
Abogados

1. Una conducta (por acción u omisión) del administrador o administradores contraria a la Ley, los Estatutos o realizada sin la debida diligencia.
2. El daño sufrido (por ejemplo, pérdida de valor patrimonial de la sociedad, impago de un crédito a un acreedor, etc.).
3. La relación de causalidad entre el acto u omisión del administrador y el daño sufrido por el demandante³².

La carga de la prueba de estos elementos reside en el demandante, como de forma reiterada vienen señalando nuestros Tribunales³³.

262.5 (...) no requiere más que la prueba de los hechos que son presupuesto de la efectividad de la sanción legal, es una responsabilidad “ex lege” (...) configurada como una responsabilidad cuasi objetiva (...) que no se identifica con la acción fundada en la negligencia de los arts. 133 a 135 de la Ley de sociedades anónimas, por no ser necesaria una relación de causalidad entre la omisión de los administradores y la deuda social ni una negligencia distinta de la prevista en el propio precepto, que comenzaría en el mismo momento en que los administradores conocen la situación patrimonial y sin embargo no proceden como dispone el art. 262. (...), de modo que la mera pasividad de los administradores traería aparejada su responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales a modo de «consecuencia objetiva»” (en el mismo sentido, y entre otras, las SS TS de 14 de abril de 2000 u 20 de julio de 2001)».

Entre otras, Sentencias de las Audiencias Provinciales de Murcia de 27 de junio de 1995 (RDS nº 6) y de Navarra de 16 de junio de 1995 (AC, 1292).

³² Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 23 de septiembre de 2002, (Jurisprudencia Aragonesa AR-2003-0599), «(...) Se da la relación de causalidad entre el incumplimiento del deber legal expuesto y el perjuicio sufrido por la actora (...)».

³³ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de junio del año 2000, (El Derecho 2000/15156); «(...) La sentencia de la Audiencia que se recurre sustenta la responsabilidad del administrador en la situación deficitaria de la sociedad, en su precariedad económica que le ha impedido el pago de las cantidades adeudadas. Pero tampoco (como la sentencia de primera instancia) establece la más mínima conexión entre la actuación del administrador y esa situación deficitaria, no se dice que por incumplimiento de sus deberes legales se ha visto abocada la sociedad a no poder pagar las deudas. Por ello esta Sala ha de aceptar la queja del recurrente de que se ha interpretado erróneamente el art. 135 LSA de 1.989, ante la falta de causalidad entre la actuación del administrador y la indemnización del daño que se reclama. No basta que el tercero lo haya sufrido, sino que es necesario la prueba de hechos, actos u omisiones dolosas o culposas de los administradores de los que se deriven adecuadamente los daños a tercero, indemnizables de acuerdo con el art. 135 LSA de 1.989, si han sido realizados como tales administradores.

GAY CANO

Abogados

Sustenta también la sentencia recurrida la responsabilidad del recurrente en una conducta negligente al dar cuenta a la sociedad demandante de la información que la solicitaba sobre el capital social de "S., S.A." con carácter previo al envío de los suministros de material que posteriormente resultarían impagados. La negligencia la residencia en que, si bien justificó el ingreso de una ampliación de capital por 21 millones de pesetas en una cuenta de "S., S.A." en la "Caja L.", sucursal de Ansoáin, no dijo que tal cuenta era de crédito, no corriente, y después afirma que "no consta acreditado en autos que la citada ampliación de capital se llevase a cabo". Esta Sala disiente de estas apreciaciones por erróneas.

En efecto, la ampliación de capital se llevó a cabo. El hecho de que su ingreso tuviese lugar en una cuenta de crédito nada tiene que ver para afirmar lo contrario. Ningún precepto de la LSA exige una determinada forma de hacerlo ni una inmovilización del capital social a modo de fetiche. El importe de la ampliación puede ir destinado al pago de deudas sociales, y por tanto aparecer dentro de una cuenta de crédito como haber de la sociedad, que enjugó o enjugará partidas negativas de la misma durante la vigencia de la cuenta de crédito. Otra cosa es que el capital social se redujese o el patrimonio social quedase por debajo de su importe, lo que es objeto de los arts. 260.4º y 5º y 262 LSA que otorgan a los acreedores acciones oportunas en defensa de sus derechos, distinta de la que aquí se ha ejercitado, que es únicamente la del art. 135 LSA (sentencia de esta Sala de 21 de septiembre de 1.999). Por tanto, el administrador de "S., S.A." informó correctamente a la sociedad actora de lo que se le preguntaba (capital social de aquella), pues consta la realidad de la ampliación, reflejada en la escritura pública al efecto e inscripción registral, además de su ingreso en efectivo en una cuenta de crédito como partida del haber (...).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 29 de noviembre de 2001, (Jurisprudencia Aragonesa, AP 2002-0265); «(...) En tales circunstancias, es razonable afirmar que la parte actora no ha logrado acreditar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad de los administradores, pues no hay constancia suficiente de que la crisis financiera de la empresa, y consecuentemente el impago del crédito reclamado por el actor, sea la consecuencia de una actuación inadecuada de sus gestores. La Sala asume, en cualquier caso, los argumentos expuestos por el Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia para absolver a dichos codemandados (...).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia del 1 de diciembre de 1998, (AC 1998/2330); «Dentro de este ámbito legal, para que concurra responsabilidad del administrador frente al tercero que no ha cobrado lo que la sociedad anónima le adeuda, ha de acreditarse la actuación negligente de dicho administrador, la imposibilidad del cobro de los créditos del tercero (daño), y la relación de causalidad ente la actuación del administrado y la imposibilidad del cobro de la deuda societaria.

(...) No se discute realmente en este caso la teórica responsabilidad de los administradores por las deudas insatisfechas de una sociedad desaparecida de hecho, sino si el apelante, que era administrador de la sociedad, según consta en el Registro Mercantil, desempeñaba realmente esas funciones o se hallaba de hecho separado de la dirección de la sociedad y, en su caso de ser cierto esto, si ello le libera de toda responsabilidad por la actuación de los restantes administradores».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 8 de enero de 1998 (Ac. Merc. 9801/1), «(...) Sentado cuanto antecede debe inmediatamente añadirse que ni la anterior doctrina ni la rebeldía del demandado eximen al actor de la carga de probar los hechos en los que funda su pretensión de que se declare la responsabilidad civil del administrador (art. 1217 del Código Civil) y en el caso de autos tal demostración no se ha producido. Alega la actora apelante haber acreditado que la entidad demandada ha permanecido inactiva ya que, afirma, el único acto que realizó "R.M., S.L." fue inscribir su constitución en el Registro Mercantil el 30 de junio de 1993, sin que hubiera presentado las cuentas anuales. Sin embargo ello no es cierto puesto que de la anotación del Registro aportada con la propia demanda se deduce que el 20 de diciembre de 1994 se presentaron las cuentas anuales de la sociedad correspondientes a 1993. En consecuencia, ni a la fecha de la firma del pagaré de autos, ni a la de la interposición de la demanda habían transcurrido los tres años de inactividades legalmente establecidos para que surja la obligación de liquidar la entidad. No obrando en autos ningún otro dato que permita entender que la sociedad demanda estaba incurso en causa legal de disolución, no podrá triunfar la pretensión actora, pues tampoco puede entenderse, como parece deducirse del tenor del escrito de interposición del recurso, que la voluntaria incomparecencia en juicio del demandado Sr. O o su falta de

- **Algunos supuestos prácticos extraídos de resoluciones judiciales.**

La multiplicidad de casos que pueden subsimirse en este supuesto legal hace imposible relacionar todos ellos. A título de mero ejemplo señalamos algunos supuestos extraídos de resoluciones judiciales, la Jurisprudencia menor emanada en aplicación de la nueva Ley señala, por ejemplo, los siguientes:

- i) Es una conducta gravemente negligente el concertar con terceros la compra de suministros a sabiendas de que dada la situación de insolvencia o iliquidez de la sociedad, no se podrá hacer frente al pago³⁴.
- ii) El mismo calificativo merece el inducir a proveedores a conceder crédito o pago aplazado a la sociedad cuando ésta se encuentra en una situación económica que hace improbable el pago o en un

diligencia en la defensa de sus intereses suponga, sin más, su responsabilidad como administradores de la sociedad, o la admisión de los hechos en los que se basa la demanda (...)».

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1996 (La ley 5276) -aplicando aún la vieja normativa- que considera gravemente negligente la contratación de compra de mercancías conociendo la situación de «insuficiencia económica», renovando cambiales que se conocía que no iban a ser atendidas. También Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 23 de septiembre de 1997 (AC 1654) dice que: «(...) el deber de diligencia del ordenado empresario y representaren legal establecido en el art. 127 LSA no sólo actúa como criterio para determinar el comportamiento exigible al administrador a la luz de las circunstancias del caso, sino que conlleva el deber de respetar las prescripciones legales y reglamentarias impuestas para los empresarios en general y las específicas del sector en que opera la sociedad para la que actúa como órgano. Y es obvio que en la función institucional de los administradores como máximo órgano de gestión, se incluye la ejecución de los contratos y operaciones en que se materializa el cumplimiento del objeto social estatutario y que contraría su deber la orden de no atender al vencimiento obligaciones de la sociedad (...) siguieran concertando operaciones y recibiendo prestaciones del apelante dejando de atender el pago desde la fecha del primer vencimiento, habiendo generado entretanto una confianza en el apelante de recibir su contraprestación mediante promesas de pago, cuando ya en diciembre de 1992, la empresa había desaparecido de hecho. En efecto, en esa fecha fue imposible notificar a la empresa el emplazamiento ya que no se encontró a nadie en los dos domicilios que como de la sociedad ésta había comunicado (...) Situación que se repite cuando se intenta nueva notificación en febrero de 1994 en el domicilio que consta en el Registro, con resultado negativo nuevamente, comunicando una empleada de una empresa contigua que la sociedad codemandada hacía bastante tiempo que tenía el local cerrado».

GAY CANO

Abogados

plan preconcebido de «desaparecer» a la fecha de pago³⁵. También hacer acopios de mercancías cuando se está preparando la iniciación de un procedimiento concursal.

- iii) La inexistencia de contabilidad o libros societarios o defectuosa llevanza de los mismos³⁶.

³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 4 de febrero de 1998 (Aranzadi Mercantil 9804/3). «la sociedad demandada era deudora de la Seguridad Social por importe (...) que constituía ya la mitad de su capital social (...), procediendo no obstante a endeudarse con la compra de mercancías (...) sin que se le conozca a la sociedad demandada más bienes que el capital (...). Dichos datos revelan que conducta de ambos administradores ha sido negligente, ocasionando una deuda a la sociedad cuando ya era deudora en casi la mitad de su único patrimonio conocido y cesando en su actividad por vía de hecho al margen de los cauces legales».

³⁶ Entre otras muchas, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 1995 (AC 1669): «Aunque efectivamente la apreciación de este elemento de hecho no aparece ligada sin más a la imposibilidad de cobro por parte del acreedor de la sociedad ni a la situación de insolvencia de esta, que puede ser anterior al vencimiento del crédito e incluso ajena a la culpabilidad de los miembros del Consejo de Administración, como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1992, y siguiendo su doctrina esta misma trata en sentencia de 1 de marzo de 1994; tampoco debe olvidarse que aquella sentencia resolvía un supuesto sometido a la legislación anterior, cuyos principios y criterios determinantes de la responsabilidad de los administradores eran más estrictos y favorables a éstos, (...) permiten reputar existentes la culpa, el daño y el nexo o relación entre ambos, y que aquí han llevado a que ni con anterioridad al procedimiento, ni ya en su seno, se haya podido tener referencia, ni siquiera aproximada, de la situación patrimonial de la mercantil I., S.A., en su inicio, durante su vida mercantil y social e incluso en el instante en que de hecho desapareció del tráfico y de la vida jurídica, al no existir libros u otra clase de instrumentos contables posibilitadores de tan deseado y exigido fin. (...) no existen otros asientos inscritos de la sociedad que los relativos a su constitución y renuncia de parte del Consejo de Administración, está producida mucho después del nacimiento del crédito aquí demandado, por lo que figura como vigente, pese a estar disuelta de hecho y sin ninguna actividad social, no existen libros de contabilidad, ni patrimonio social, ni cuentas anuales, ni ningún indicio probatorio que, en lo que interesa, permita saber la solvencia o insolvencia de la sociedad, momento en que se produce, (...). Circunstancias que sí permiten sustentar un preciso nexo entre culpa y daño, pues además de incumplir los demandados cuantas Disposiciones Legales imponen a los administradores (sin exclusión alguna de los miembros del Consejo de Administración, que en todo momento deben velar por el recto ejercicio de las facultades delegadas en alguno o algunos de sus miembros, promoviendo las actuaciones pertinentes y necesarias a tal fin) respecto a la llevanza de libros, rendición y publicación de cuentas, disolución de la sociedad etc., no sólo no han probado sino que han hecho imposible la acreditación por la demandante de la situación patrimonial real de la sociedad (...), frustrando así cualquier lícita expectativa de cobro de la demandante-subcontratista. (...) la seguridad del tráfico y garantía de los terceros que con ella contratan radica en el escrupuloso cumplimiento de cuantos deberes impone el ordenamiento jurídico a sus administradores, en aras de que aquellos puedan conocer la solvencia y grado de riesgo que asumen y estos, al mismo tiempo, salvar su responsabilidad ante una situación de insolvencia no culpable. Su incumplimiento hace nacer, cuando se dan circunstancias como las ahora apreciadas, dicha responsabilidad. Conclusión que abonan las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre, 26 de diciembre de 1991 y 22 de abril de 1994, que, centrándose en la falta de disolución y liquidación de las sociedades con arreglo a lo permitido en la Ley, declaran, «que parece claro que los administradores no pueden limitarse a eliminar a la sociedad de la vida comercial o industrial sin más. Han de liquidarla en cualquiera de las formas prevenidas legalmente, que están precisamente orientadas para salvaguardar los intereses de los terceros en el patrimonio social» y añade «la no liquidación en forma legal del patrimonio social cuando la sociedad se encuentra en una situación de insolvencia es

GAY CANO

Abogados

- iv) El cierre de hecho del establecimiento mercantil o la desaparición del mismo, sin un proceso de liquidación ordenado³⁷. (Aunque este supuesto suele canalizarse por la vía de la responsabilidad objetiva).

susceptible de inferir ese daño directo contemplado en el artículo 81 (ahora 1350 por configurar una negligencia grave de los administradores en el incumplimiento de sus deberes legales».

³⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 24 de enero de 2002, (Jurisprudencia Aragonesa, AR 2003-0627); «(...) Conscientes como sin duda lo eran de la situación de la empresa, obran los administradores de modo negligente al consentir que la crisis patrimonial que ya se había manifestado durante el año 1996 se agudizara hasta llegar a un momento de práctica insolvencia total (...) Finalmente, el impago de la deuda es consecuencia de la actuación de quienes tuvieron encomendada la gestión de la sociedad y, lejos de recuperar el normal funcionamiento de la empresa o de promover su ordenada disolución y liquidación, consintieron que la situación se agravara hasta el cese total de las actividades y la insolvencia irreversible. Concurren de este modo todos los requisitos para entender que los administradores codemandados son responsables conforme al art. 135 de la expresada Ley, al no haber actuado con la diligencia exigible a un ordenado comerciante (en este sentido, Sentencias de esta Sala de 15 de noviembre de 2000, 20 de diciembre de 2000 y 29 de noviembre de 2001). (...) la responsabilidad de los administradores no puede quedar enervada mediante su dimisión si lo hacen sin garantizar la continuidad y el normal funcionamiento de la empresa, que ya estaba en causa de disolución cuando los codemandados hoy apelados expresaron su voluntad de cesar en sus cargos (...)».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 26 de febrero de 1999 (RDS 1999, pág 386). «La omisión de los actos ordenados por la LSA respecto de la liquidaciones, son de por sí suficientemente negligentes para incandinar en ella la responsabilidad a que alude el artículo 133 de la Ley, y máxime cuando se reconoce que la solución de deudas se hizo de forma caprichosa. La no liquidación en forma legal del patrimonio social cuando la sociedad se encuentra en situación de insolvencia es susceptible de inferir el daño contemplado en el artículo 133 LSA».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de septiembre de 1996 (según extracto de RDS nº 8); «(...) frente a terceros, [el] derecho de reparación dimana de la falta de diligencia u omisión de efectivos y auténticos actos de dirección y control societario, por cuanto el derecho del acreedor a percibir el importe adeudado de la mercancía suministrada con cargo al patrimonio personal de los miembros del Consejo de Administración, no dimana del acto de concertar la operación de suministro y su impago por la sociedad, sino del hecho de mantener los administradores una situación de apariencia de una efectiva existencia y solvencia de la empresa, cuando esta no esta, ni se adoptan las medidas jurídicas legalmente previstas, para dar constancia publica de la disolución (...). Incurren los administradores apelados en responsabilidad solidaria conforme al art. 133 LSA a causa de la omisión de la diligencia con que deben desempeñar el cargo».

También, entre otras, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra de 22 de marzo de 1995 y de Palma de Mallorca de 18 de enero de 1995 (ambas RDS nº 6).

GAY CANO

Abogados

- v) La Audiencia Provincial de Zaragoza³⁸ ha calificado de negligente la alegación por un administrador de su total ignorancia de la actividad y las cuentas de la sociedad, entendiendo que es inherente al cargo de administrador el obtener información puntual de la sociedad administrada³⁹.
- vi) El falseamiento u ocultación a los socios de la verdadera situación contable y patrimonial de la sociedad en la formulación de cuentas o cualesquiera otros documentos societarios⁴⁰.

³⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de diciembre de 1996 (RDS nº 8). «(...) consta que la condenada era administrador (...) y el grado de participación que tuviera en los asuntos sociales es cuestión que podrá afectar a las relaciones internas entre sus miembros pero no con relación a terceros que de buena fe hayan contratado con la sociedad (...)». También sentencias de la misma Audiencia de Zaragoza de 23 de noviembre de 1994 (RDS nº 2) y 20 de abril de 1996 (La Ley 73/9) y de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 24 de enero de 1994 (RDS nº 6).

³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 17 de enero del año 2001, (Jurisprudencia Aragonesa 2003/0641); «(...) Ambos recurrentes afirman que no participaban de forma directa en el control y la gestión de la Sociedad Limitada de la que eran administradores. Un primer dato demostrativo de lo contrario podría ser el propio sistema de administración mancomunada de A. S.L. según el cual (...). Sin embargo, y como entiende el Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia, no era ésta la forma en que en la práctica se tomaban las decisiones en A. S.L., pero ello tampoco quiere decir que el control de la Sociedad estuviera exclusivamente en manos de los condenados no recurrentes. Visto el resultado de la prueba, no consideramos que existan razones suficientes para variar lo resuelto en primera instancia en cuanto a la responsabilidad de los cuatro condenados (...). No hay que olvidar que las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios de 1997 y 1998 ya no fueron depositadas en el Registro Mercantil y que los apelantes ya eran conscientes de la delicada situación de la empresa cuando se convocó la Junta, no fue instar la disolución y liquidación de la Compañía, al amparo de los arts. 260 y 262 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, sino limitarse a pedir una auditoría, por no mencionar el hecho de que ambos recurrentes transmitieron todas sus participaciones y su propia responsabilidad como administradores al codemandado Sr. S. (absuelto en la instancia), perdiendo así voluntariamente cualquier contacto con la empresa en crisis. Todo ello nos conduce a compartir el criterio expresado por el Sr. Magistrado "a quo" en cuanto a la falta de diligencia con que los recurrentes actuaron en el desempeño de sus funciones. Por otra parte, y en lo que respecta a las cantidades que los apelantes llegaron a satisfacer por cuenta de A. S.L. en concepto de liquidación de deudas sociales, tal y como se acreditó mediante certificaciones bancarias, ello no deja de ser indicativo del propósito de los recurrentes de satisfacer los créditos de unos determinados acreedores de la Sociedad -entre los que obviamente no se encontraba la demandante hoy apelada- en lugar de respetar la "pars conditio creditorum" del conjunto de los acreedores, para lo cual debieron instar la disolución de la Compañía y acudir a los correspondientes procedimientos concursales (...).».

⁴⁰ Sobre irregularidades contables, Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 10 de enero de 1997 (AC, 1004).

GAY CANO
Abogados

- vii) Ante una situación de insolvencia o iliquidez, llegar a acuerdos de pago sólo con algunos acreedores en perjuicio de otros. (Acuerdos extrajudiciales para evitar procedimientos concursales)⁴¹.
- viii) Un supuesto novedoso es el de canalizar por esta vía indemnizaciones a la sociedad y/o a los socios por actos de competencia desleal por un ex-administrador, al amparo de la prohibición de competencia que establece el art. 65 LSRL. En estos casos, complejos por su propia especialidad, la prueba es fundamental.⁴²
- ix) En algún supuesto muy concreto se ha considerado gravemente negligente la celebración de un contrato o realización de una

⁴¹ A ello se refieren expresamente las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Valencia de 14 de febrero de 1995 (AC 386) y de Navarra de 16 de junio de 1995 (AC, 1292) considerando que ello atenta al principio de «*pars conductio creditorum*». En contra, Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 15 de febrero de 1995, en RDS nº 6.

⁴² Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Zaragoza, Sentencia de 31 de marzo del año 2000 en un supuesto en el que la propia sociedad ejercitó la acción social (art. 134 LSA por remisión del art. 69 LSRL). Destacamos lo siguiente: «Consta asimismo acreditado que la demandante, durante el tiempo en que el demandado estuvo vinculado a su empresa (...) estuvo preparando trabajos presupuestados para la empresa (...) proyectos que una vez el demandado renuncia a su cargo de administrador de S.L. fueron ejecutados por la nueva mercantil constituida por aquél, S.L., que como hemos visto se dedicaba a la misma actividad que la actora. Los hechos que se dejan circunstanciados ponen de manifiesto como el administrador de la sociedad demandante actuó prevaleciéndose de su doble y sucesiva condición de administrador sucesivo de ambas sociedades a fin de llevar a término para S.L. los contratos cuyos preliminares había seguido personal y directamente como administrador de S.L. y, naturalmente, en su interés. Dicho de otro modo, se aprovechó de la inercia y conocimiento proporcionado desde la actividad prenegocial, mantenida en nombre de una sociedad para, después, orientarla en provecho final de otra diversa y competidora y ello, sin esfuerzo mínimo que impone toda actividad convencional (...). Sin duda alguna la conducta examinada supone un comportamiento desleal en cuanto que objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe (art. 5 Ley 3/1991 de Competencia Desleal) en la medida que llevo a cabo la captación de unos clientes de la actora de forma irregular, llevándolas a la conclusión de contratos utilizando para ello arteramente el detallado y personal conocimiento de datos que forman parte del secreto de empresa, como es la relación de clientes de la actora y de las negociaciones precontractuales habidas con ello (...). Por ello queda acreditada la infracción de la prohibición de competencia que establecía el art. 65 LSRL al demandado (...). Y concluye el fallo «condenándole a indemnizar a ésta por los daños y perjuicios causados con tal conducto acreditados en ejecución de sentencia, valorándose para su determinación la pérdida de clientela en los casos alegados en la demanda, así como los que pudiera tener la actora frente a terceros en concepto de reclamación derivada de la discusión sobre los derechos de explotación y reproducción (...)».

GAY CANO
Abogados

operación manifiestamente arriesgada que produce en la sociedad una situación de económica delicada con grave perjuicio de los socios o terceros⁴³.

• **El concepto de riesgo de empresa como elemento fundamental en la aplicación de esta materia.**

Considero oportuno detenerme, brevemente, en una cuestión, a mi juicio, fundamental en esta materia, en especial, al afrontar la defensa de administradores sociales, y que, sin embargo, aparece, -probablemente, por falta de alegación y, en su caso, acreditación, por la parte demandada,- en escasas resoluciones judiciales.

Me refiero a la posible consideración y, en su caso, incidencia en el fallo, al enjuiciar la actuación del administrador, del riesgo inherente a toda actividad empresarial, como posible hecho concurrente en el supuesto sometido a decisión judicial.

La cuestión no es baladí, especialmente, en los supuestos de responsabilidad por culpa o negligencia, pues como hemos expuesto, debe acreditarse la relación de causalidad entre la actuación del administrador y el daño sufrido. Es obvio, que si el resultado dañoso es imputable a otros factores ajenos a la voluntad del administrador, (por ejemplo, al propio mercado), ajenos a la actuación del administrador, faltaría uno de los presupuestos necesarios para la correcta aplicación del art. 135 LSA. Evidentemente, es al administrador demandado a quien le corresponde alegar y acreditar tales hechos.

⁴³ Sentencia nº 764/99 de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 8 de octubre de 1999, ya citada.

GAY CANO

Abogados

Es cierto que en muchos casos el límite entre actuaciones no diligentes, actuaciones arriesgadas empresarialmente y concurrencia determinante de factores externos, es muy sutil⁴⁴.

Lo que no puede olvidarse es que la diligencia exigible al administrador no incluye que su actuación y, por tanto, la empresa que gestiona, tenga éxito en el mercado⁴⁵. Ello puede depender de factores muy variados, totalmente ajenos a la voluntad y actividad del administrador. Y es que no puede olvidarse que la actividad empresarial es *per se* una actividad de riesgo.

Algunas resoluciones judiciales comienzan a recoger esta cuestión, en el sentido de establecer que son cuestiones distintas «negligencia» en el actuar de un administrador y que las acciones o estrategias iniciadas por éste no hayan dado un resultado «positivo», no siéndole el resultado negativo imputable al administrador, si se acredita que actuó conforme a los estándares de conducta «normales» en el sector o que concurrieron factores externos determinantes.⁴⁶

⁴⁴ Sobre esta materia se ha pronunciado el Supremo en sentencia de 9 de abril de 1997 (AC, Ref. 723) precisamente en el caso de ejercicio de la acción de responsabilidad de administradores por un depositante respecto de un sociedad de gestión de inversiones que por realizar una operación de alto riesgo, da lugar a grandes pérdidas.

Resulta también interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 15 de febrero de 1995 (según cita en RDS nº 6), a cuyo tenor: «Conforme a la LSA, los administradores tiene como misión «ejercer la administración de la sociedad» (art. 9), representándola en juicio o fuera de él (art. 128), y para ello debe desempeñar el cargo «con la diligencia de un ordenado empresario y representante legal» (art. 127). Dicho ejercicio es definido como «el conjunto de actos de variada índole, que se realizan sobre el patrimonio social y que tiene a la consecución del objeto social estatutariamente establecido». Pero esto no implica que la gestión a realizar sea tan timorata, en su prudencia, que suponga en la práctica una inactividad, opuesta a los riesgos comerciales inherentes a la actividad social y logro del fin. El límite que marca el nacimiento de la responsabilidad lo señala el artículo 133 LSA, al decir que responderán del daño que causen por actos contrario a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo».

⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 20 de 1998 (AC 333/26) «no es imputable al administrador el éxito o buena marcha societaria, sino que sólo le es exigible que se comporte y actúe, en todo momento, conforme a las normas legales y estatutarias y, en definitiva, con la diligencia propia (...)».

⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de fecha 1 de junio de 1999 (El Derecho 1999/25402). «(...) Como acertadamente señala la doctrina más cualificada, la referencia al modelo de ordenado administrador implica el reconocimiento de un margen de discrecionalidad o espacio autónomo de

Es esta una cuestión que dependerá en gran medida de la prueba que se practique sobre hechos de muy variada índole.

- **La infracapitalización como hecho determinante o agravante de la responsabilidad de administradores.**

En este contexto, creo conveniente hacer una breve mención a una situación muy frecuente en la práctica, la infracapitalización nominal o material⁴⁷.

decisión que permite elegir entre aquellas opciones razonables dadas las circunstancias del caso. Normalmente, las medidas opcionalmente diligentes pueden ser varias, por lo que mientras el administrador se haya movido en ese marco de autonomía decisoria no habrá cometido ninguna infracción de su deber de administrar con diligencia. El control judicial no consiste en un juicio de oportunidad que trate de buscar a posteriori la decisión correcta (si es que la hubiere), sino en valorar si se ha traspasado el referido margen de discrecionalidad, adoptando una medida no razonable dadas las circunstancias concurrentes y, por tanto, infringiendo el deber de administrar con diligencia que impone el art. 127.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (...)».

La Sentencia dictada el 23 de marzo de 1999 del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Zaragoza señaló: «(...) La sociedad había efectuado un estudio al objeto de transformar la actividad comercial y buscar una continuidad de la empresa y su relanzamiento esperando que el nuevo enfoque del negocio diera sus frutos (...) Sin embargo el resultado no fue el esperado. Pero esta última circunstancia no implica que el Administrador no hubiera actuado con la diligencia exigible a un ordenado comerciante, sino que el resultado no fue el razonablemente esperado». La resolución fue confirmada por la Audiencia Provincial de Zaragoza en sentencia de fecha de fecha 8 de octubre de 1999, absolviendo al administrador demandado.

En otro asunto similar, el Juzgado de Primera Instancia nº 9, (sentencia 23 de julio de 1999) alude precisamente como uno de los fundamentos para desestimar la acción de responsabilidad la prueba obrante en Autos sobre «el esfuerzo notable de adaptación de la empresa a la situación del mercado», aunque el resultado no fuera el esperado. La resolución fue confirmada por la Audiencia Provincial de Zaragoza en sentencia de fecha 7 de julio de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 20ª), de 17 de junio de 1999. (Revista de Derecho de Sociedades nº 13, año 1999, ARANZADI, Navarra, pág. 376). «(...) se ha causado un daño en el patrimonio del accionante, pero, sin que queda olvidar, que se trata de una obligación de medio y no de resultado, puesto que el ejercicio de una actividad mercantil comporta un riesgo que, en las sociedades de capital, es asumido directamente por éste (art. 1) y no por los administradores, salvo que concurran estrictamente los presupuesto previstos en la Ley. Es decir, el administrador no tiene que responder del éxito de sus gestión, sino de la diligencia con la que acometa con criterios poderados de mercado».

⁴⁷ Sobre infracapitalización, ver el artículo de PAZ ARES en RDS, número Extraordinario de 1994, «La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada».

GAY CANO

Abogados

En la situación de **infracapitalización material**, la sociedad tiene un capital ridículo para las operaciones, (crediticias, de compras a proveedores, inversión, etc.), que realiza⁴⁸, asumiéndose *ab initio* una situación de grave riesgo por falta de un patrimonio, mínimamente, sólido, en atención al objeto social que constituye la empresa.

La tesis mayoritaria tanto Doctrinal como Jurisprudencial entiende que, dado que en nuestro ordenamiento jurídico no existe el principio de proporcionalidad o de adecuación del capital con la actividad que constituye el objeto social, la infracapitalización material está plenamente admitida, (sin perjuicio de la aplicación de la normativa concursal, si así procede) y, por tanto, deberá ser el propio mercado el que determine el riesgo que está dispuesto a admitir en cada caso⁴⁹.

⁴⁸ Es la propia ley la que permite tales situaciones, si bien también es cierto que es cuestión que afecta a cada empresa y, muy especialmente, a los terceros que contratan con ella. En la práctica, las entidades de crédito especialmente en las operaciones con pequeñas y medianas empresas se aseguran el cobro exigiendo garantías reales o personales de socios y administradores.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de julio de 2001, (El Derecho 776/2001), «(...) En la sentencia recurrida se declara probado que, teniendo la sociedad demandada "fondos negativos y por tanto inferiores a la mitad del capital social" al 31 de diciembre de 1992, la crisis fue superada en el año 1993 mediante aportaciones de los accionistas para compensar deudas y en el año 1994 a través de una ampliación de capital, de manera que cuando posteriormente se solicita la declaración de la sociedad deudora en estado de suspensión de pagos, "se pone de relieve un manifiesto superávit patrimonial que determina que deba calificarse la situación financiera de la misma como de insolvencia provisional"; y también declara probado que las entidades demandantes hoy recurrentes, además de haber estado en condiciones de conocer cuál era el estado financiero de la sociedad demandada antes de contratar con ésta, "aceptaron a sabiendas el riesgo que suponía el cobro de sus créditos", porque el director general de dicha sociedad demandada había comunicado a las entidades demandantes "las dificultades financieras por las que pasaba "Industrias Mecánicas E., S.A." en junio de 1994, data en la que nacieron las relaciones comerciales a que se refiere la demanda".

Pues bien, a la vista de tales hechos probados ha de concluirse que la sentencia recurrida, al absolver a los administradores demandados, no infringió ninguno de los preceptos que se citan en el recurso, cuyos motivos por tanto deben ser desestimados: de un lado, porque también esta Sala tiene declarado, bien es cierto que en recursos sobre acciones fundadas en los arts. 134 y 135 LSA, que el consentimiento de la situación por los socios o el conocimiento de la infracapitalización por el acreedor al momento de contratar con la sociedad no les autoriza para dirigirse luego contra sus administradores (SSTS 16-2-00 en recurso 1449/95 y 3-7-98 en recurso 981/94); y de otro, porque si la situación de déficit patrimonial está en vías de superación efectiva, no en meras posibilidades, durante los dos años posteriores y, conocida esa situación pasada y las dificultades financieras aún presentes por las entidades hoy recurrentes, éstas aceptan contratar con la sociedad siendo plenamente conscientes del riesgo que corrían sus créditos por haber sido oportuna y lealmente advertidas desde la propia sociedad compradora del material suministrado, declarar la responsabilidad de los administradores de esta última

GAY CANO

Abogados

En la **infracapitalización meramente nominal** la sociedad dispone de recursos económicos suficientes aportados por los propios socios, pero contable y jurídicamente, dichos fondos no constituyen capital social.

La regulación jurídica de la infracapitalización nominal se pretendió introducir en el Anteproyecto de LSRL, entendiéndose por ésta el supuesto de sociedades con un capital nominal mínimo y que obtienen financiación vía préstamos de sus socios/administradores, -son los denominados «préstamos participativos»,- que no se capitalizan con lo que en un supuesto de crisis, dichos socios figurarían como acreedores, y teniendo, por tanto, opción a recuperar, al menos, parte de su crédito⁵⁰.

La materia ha sido abordada en términos muy similares por la Ley Concursal que regula detalladamente a las «*personas especialmente vinculadas al concursado*», entre los que se encuentran socios, familiares, administradores, etc., así como estableciendo consideración de los créditos que pudieran ostentar

con base en el art. 262.5 LSA supondría una interpretación de tal precepto no solamente ajena sino incluso totalmente contraria al principio de la buena fe exigido para el ejercicio de los derechos en general por el art. 7 CC, tomado como guía de las consecuencias obligatorias de los contratos por el art. 1258 del mismo Cuerpo legal y, en fin, exigido también específicamente en la ejecución y cumplimiento de los contratos de comercio por el art. 57 C.Com (...).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 15 de febrero de 1995 (AC, 294), recuerda que la ausencia de depósito de cuentas *per se* no genera responsabilidad, estableciendo la propia normativa societaria sus propios sanciones (arts. 221 LSA). Recrimina al acreedor que pretenda alegar ahora la falta de información por el incumplimiento del deber depósito de cuentas por el administrador, ya que ello le fue indiferente a la actora al contratar no acudiendo entonces al Registro. Por contra, la Audiencia Provincial de Albacete en sentencia de 17 de julio de 1991 hizo responder a los socios por manifiesta infracapitalización de la sociedad.

Por el contrario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 4 de febrero de 1998 (Aranzadi Mercantil M 9804/3) considera negligente el excesivo endeudamiento en atención al capital.

⁵⁰ Lo cierto es que finalmente se eliminó esta materia del Proyecto de LSRL, muy probablemente por presiones de sectores que representan la pequeña y mediana empresa en la que este tipo de prácticas de financiación personal son muy frecuentes, a menudo por el coste de la financiación externa.

GAY CANO

Abogados

frente a la sociedad en situación de concurso como subordinados respecto de los de terceros (arts. 92, 93 y 158 LC).

Podemos encontrar alguna resolución judicial en la que la realización de aportaciones de efectivo o bienes por los socios y/o administradores con cargo a su patrimonio personal para apoyar financieramente a la sociedad en una situación económica de crisis, se valora positivamente incluso a efectos de eliminar o atemperar la responsabilidad patrimonial de dichos socios y/o administradores⁵¹.

- **Situaciones de conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad.**

En general, -especialmente en el ámbito de ejercicio de la acción social,- se sancionan actuaciones del administrador en su propio interés o beneficio personal, (en ocasiones, claros supuestos de autocontratación⁵²), que causan perjuicio a la sociedad o socios.

⁵¹ Así, Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 17 de febrero de 1995 (RDS nº 6).

La normativa fiscal ha dado entrada en el ámbito mercantil a la operación societaria consistente en realizar aportaciones por los socios para reponer pérdidas, sea vía entregas de efectivo o vía condonación de préstamos previos. Estas actuaciones que se mantienen al margen del Registro Mercantil, pues no suponen una modificación de Estatutos, ni de la cifra del capital, puede «salvar» balances en situación de desequilibrio patrimonial, pues lógicamente tiene su reflejo contable. Adicionalmente, se evitan los costes de Registro y Notaria en cuanto no es necesaria su elevación a público e inscripción, sino la simple autoliquidación (al tipo de 1%) del acta de adopción del acuerdo por el ITPAJD.

Otra práctica habitual son los préstamos participativos que el ICAC considera como fondos propios, en especial, a efectos de valorar la concurrencia de causa de disolución.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de junio del año 2001, (El Derecho 2001/12640) «(...) El problema sustancial sobre qué versa el proceso de que dimana el presente recurso de casación se reduce a determinar si la Sociedad actora autorizó al administrador demandado para comprar para sí un bien de aquella legitimando la autocontratación (...). La sentencia recurrida, sobre la base de que los representantes de la Sociedad actora han negado la existencia de la Junta de la Sociedad de 26 de enero de 1989 (en la que se apoya por el demandado el reconocimiento de la facultad de autocontratación) así como que el anterior administrador D. Francisco entregara al sucesor D. Juan Carlos el libro de actas, rechaza la validez de la certificación del administrador para acreditar que estaba autorizado para comprar para sí el local que como representante de la sociedad vendía, con lo que, no sólo desconoce la documental consistente en la referida certificación, unida a la escritura pública de segregación y venta

GAY CANO

Abogados

de la finca litigiosa, y el recibo firmado por el nuevo administrador de haber recibido del anterior los libros y contabilidad de la entidad, -sin que se den razones para suponer que son inauténticos, o porque carecen de eficacia probatoria-, sino que además, y esto es lo procesalmente decisivo en la perspectiva del motivo, se vulnera el contenido del art. 1214 C.C. y doctrina jurisprudencial de esta Sala en materia de disponibilidad y facilidad probatoria, al hacer recaer sobre el demandado las consecuencias desfavorables de no haberse probado el contenido del libro de Actas en que constan los acuerdos de la Sociedad, cuya aportación incumbía a la actora, sin que pueda servirle de escudo a su pasividad la mera afirmación de no habersele entregado los libros, que ni es lógica, ni verosímil, ni se ajusta a la documental expresada, y que además no armoniza con la diligencia de un ordenado empresario exigible a todo administrador social (art. 127 LSA) pues no es concebible que se haga cargo de la administración sin haber exigido la entrega de una documentación tan importante como la que se examina, y sin que sea lícito en derecho invocar la conducta torpe en el propio beneficio.

Por lo expuesto, de conformidad con la doctrina jurisprudencial de la que son ejemplo entre otras, las sentencias citadas en el recurso, y muchas otras, y entre las más recientes, las de 4 de mayo de 2000, y 2 de abril y 25 de junio de 2001, procede acoger el motivo primero del recurso en el que se denuncia infracción del art. 1214 C.C. y la jurisprudencia expresada sobre disponibilidad y facilidad en sede de carga de prueba, y como consecuencia se debe entender probado que por el acuerdo de la Junta de la Sociedad Canteras Gastronomía de 26 de enero de 1989 se facultó "al Administrador único de la misma, D. Francisco, a fin de que comparezca ante Notario y formalice los acuerdos precedentes en el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa y segregación, siendo perfectamente válida su actuación aunque pueda incidir en la figura jurídica del autocontrato".

La anterior conclusión exige examinar si en el poder para segregar y vender se comprende una facultad suficiente de autocontratación. Evidentemente, en principio, nos hallamos ante una hipótesis de autocontrato, o contrato consigo mismo, en la modalidad más genuina (y tachada de más peligrosa por el mayor riesgo de parcialidad) que se da cuando existe una sola voluntad que hace dos manifestaciones jurídicas conjugadas y económicamente contrapuestas (Resolución 9 febrero 1946), es decir, cuando una persona cierra consigo misma un contrato actuando a la vez como interesada y como representante de otra (sentencia de 5 de noviembre de 1956). La figura jurídica carece de una regulación general en nuestro derecho positivo, aunque se refieren a la misma diversos preceptos aislados (singularmente destacan el art. 1459 C.C. y el 267 C.C.) y ha sido objeto de una importante atención, tanto por el Órgano directivo registral (entre otros, RR de 29 de diciembre 1922, 30 de mayo de 1930, 3 de noviembre de 1932, 23 de enero y 9 de marzo de 1943, 4 de mayo de 1944, 9 de febrero de 1946, 26 de septiembre de 1951, 9 de mayo de 1978, 1 de febrero de 1980, 29 de abril de 1993, 11 de diciembre de 1997, 11 y 14 de mayo y 2 de diciembre de 1998), como por la jurisprudencia de esta Sala (ss. de 7 de noviembre de 1947, 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958, 11 de junio, 14 y 27 de octubre de 1966, 30 de septiembre de 1968, 5 de febrero de 1969, 23 de mayo de 1977, 3 de noviembre de 1982, 8 de noviembre de 1989, 31 de enero y 29 de octubre de 1991, 24 de septiembre de 1994, 26 de febrero y 15 de marzo de 1996, 9 de junio de 1997, 20 de marzo de 1998, 12 de febrero de 1999, 28 de marzo de 2000 y 19 de febrero de 2001) quedando supeditada su validez, en sintonía con la finalidad de prevenir la colisión de intereses, a la existencia de un conflicto de éstos y la falta de la previa licencia o posterior asentimiento o ratificación del interesado, sin que la previa autorización para contratar, aunque haya de constar con claridad, esté sujeta a requisitos especiales, por lo que, salvo que otra cosa se disponga, no hay más exigencias que las del propio poder que modaliza. Este criterio de flexibilidad formal es el que prevalece en la doctrina científica, en las decisiones de la DGR y en la jurisprudencia de esta Sala. Así, Resoluciones de 23 de enero de 1943 (cuando el poderdante conceda al apoderado las facultades necesarias, con la vista puesta en el posible conflicto de intereses, o cuando no pueda surgir éste al determinar el contenido del contrato); 4 de mayo de 1944 (exigir con todo rigor que conste la clara expresión de que se faculta al representante para que actúe con el doble carácter); 26 de septiembre de 1951 y 11 de diciembre de 1997 (facultades explícitas para celebrarlo, pues no basta la atribución genérica de poderes o facultades); 1 de febrero de 1980; 11 de mayo de 1998 (cuando esté expresamente autorizado para ello, o esté autorizado para el acto específico donde existe la contraposición), 14 de mayo de 1998 (cuando el potencial perjudicado haya convenido o autorizado a su representante para contratar o actuar como representante múltiple), y 2 de diciembre de 1998 (la doctrina jurisprudencial es favorable a la validez de la figura si media la pertinente licencia del principal); y sentencias, entre otras, de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958, 14 y 27 de octubre de 1966 y 23 de mayo de 1977

GAY CANO
Abogados

De hecho, en dichos supuestos, generalmente, nos encontramos ante situaciones de posible «conflicto de intereses», en las que debe primar siempre el deber de lealtad y la obligación del administrador de actuar en interés de la sociedad.

En relación con este tipo de **operaciones entre la sociedad y sus socios y/o administradores** creo conveniente hacer una breve mención a algunas novedades que se introducen en la LSRL que son las siguientes:

- a) El art. 10 LSRL prohíbe la concesión de créditos, préstamos, o anticipación de fondos a los administradores (y socios), salvo acuerdo expreso de la Junta General para cada caso concreto⁵³.
- b) El art. 52 LSRL regula el denominado «conflicto de intereses» imponiendo la abstención obligatoria o privación del ejercicio del derecho de voto al socio que es también administrador si se va a discutir en la Junta la concesión de préstamos, anticipación de fondos, dispensa de la prohibición

(poder expreso o que de los términos en los que aparezca extendido el poder con el que el representante actúa, permitan calificarle de adecuado, suficiente o bastante para poder celebrar contratos consigo mismo), siendo de destacar la sentencia de 15 de marzo de 1996 que no sólo confirma la anterior doctrina general, sino que incluso se refiere a un caso en que se recogía una cláusula ("ejercitar las facultades anteriormente referidas, aunque incida en autocontratación") sensiblemente similar al supuesto de autos.

Existiendo, por consiguiente, una autorización previa para contratar, con eficacia para otorgar validez al negocio realizado, tal conducta equivale a una previa renuncia que priva de la posibilidad de denunciar el autocontrato celebrado, y ello supone la casación y anulación de la sentencia recurrida, sin que sea preciso examinar los otros tres motivos del recurso, de los que los dos primeros se refieren a la existencia, también, de ratificación de la actuación de D. Francisco, porque, obviamente, sí hubo autorización previa resulta innecesaria la ratificación o asentimiento posterior, en tanto el cuarto está destinado a combatir las reflexiones de la sentencia recurrida sobre el conflicto o colisión de intereses, que igualmente resulta irrelevante, en la perspectiva del autocontrato (otra cosa sería la del poder), dada la existencia de autorización para contratar. (...)».

⁵³ Ver arts. 40 y ss. LSRL, en su nueva redacción dada por la LSLNE respecto de operaciones de asistencia financiera.

GAY CANO
Abogados

de competencia o establecimiento de una relación de prestación de servicios. Además, se establece igual obligación respecto de los socios si se debate en Junta el eximirle de alguna obligación o concederle algún derecho o autorizarle a vender sus participaciones si es socio, (siempre que este régimen de autorización sea aplicable por no haberse modificado en Estatutos).

La LSLNE ha introducido un nuevo supuesto de conflicto de intereses y consiguiente abstención obligatoria por parte del socio-administrador, para la adopción del acuerdo de su cese por la Junta (art. 139.5 LSRL). Discrepo totalmente de esta novedad, no sólo por suponer una nueva distorsión normativa respecto del régimen aplicable a la sociedad limitada, sin justificación, sino porque puede dar lugar a situaciones de abuso de derecho por el minoritario.

En todos estos supuestos, su gravedad práctica, se resume diciendo que el socio mayoritario puede encontrarse que, en relación con algunas decisiones, simple y llanamente, quedará a merced de los minoritarios. Ello no es sencillo de entender en una sociedad capitalista como, en principio, lo es la sociedad limitada. Además, es un precepto vago e impreciso, lo cual es criticable desde un punto de vista técnico, pero también práctico.

A mi juicio, quizá hubiera sido más conveniente que se hubiera introducido la posibilidad de prever este tipo de medidas en los Estatutos, si así lo desean los socios, en vez de contemplarlo en la Ley como una norma imperativa.

Una aplicación del precepto amplia o extensiva de estos preceptos, -inviabile a mi juicio *ex art. 4 CC*,- puede llevar a desvirtuar el principio

fundamental de las sociedades de capital⁵⁴, en cuya virtud el socio interesa y decide en la sociedad «*intuitui percuniae*» (en función de su aportación) y no «*intuitui personae*» (es decir, en función de sus cualidades personales, como sucede en las sociedades personalistas (colectiva, comanditaria, etc.).

ii) **Cauces procesales para exigir esta responsabilidad.**

La vigente normativa societaria, (arts. 134 y ss. LSA, aplicables también a las sociedades limitadas en virtud del art. 69 LSRL), prevé dos posibles cauces procesales para exigir el resarcimiento del daño causado por los administradores sociales por actos u omisiones contrarios a la Ley, los Estatutos o sin la diligencia debida: la acción social y la acción individual de responsabilidad.

Antes de analizar más detenidamente ambos supuestos es conveniente señalar que la principal diferencia entre una y otra acción radica en el distinto patrimonio que se pretende reparar mediante el ejercicio de cada una de las referidas acciones.

La **ACCIÓN SOCIAL**⁵⁵ se regula en el art. 134 LSA y se caracteriza por lo siguiente:

- i) Como ya hemos señalado, su finalidad es reparar el daño patrimonial sufrido por la propia sociedad.

⁵⁴ Con la nueva LSRL cada vez es más dudoso que estas sociedades puedan seguir considerándose capitalistas ya que la nueva Ley da total libertad para incorporar a los Estatutos todo tipo de pactos para «personalizar» la sociedad y, en concreto, que se altere la proporcionalidad entre el derecho de voto y el capital (art. 54), lo cual está expresamente prohibido en las anónimas (art. 49.2 LSA).

⁵⁵ Sobre esta cuestión, aplicando ya la nueva normativa, se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de diciembre de 1997 (AC 356).

GAY CANO
Abogados

- ii) Debe por tanto acordarse su ejercicio por los propios socios en Junta General, lo cual en las sociedades en las que la figura de socio mayoritario y administrador concurren, es complicado. No es uno de los supuestos de abstención obligatoria de voto previsto en el art. 52 LSRL. (Tampoco se prevé respecto de la sociedad limitada Nueva Empresa en el art. 139.5 LSRL).
- iii) Por ello, el precepto estudiado contempla que se pueda acordar por la Junta General, aunque no conste en el orden del día de la convocatoria, ya que es obvio que siendo los administradores quienes deben convocar la Junta, podrían obstaculizar la inclusión de este punto como tema a tratar en la Junta.
- iv) Otra medida de protección prevista en este artículo es la prohibición expresa de que en los Estatutos se establezcan quórum de adopción de acuerdos más elevados a la mayoría simple prevista en el art. 93 LSA para acordar el ejercicio de esta acción⁵⁶.
- v) La aprobación por la Junta de las Cuentas Anuales no excluye la posibilidad de ejercitar la acción social de responsabilidad según dispone el art. 134 LSA de la misma forma que el art. 133.3 LSA

⁵⁶ En este contexto es conveniente recordar la diferencia fundamental entre el computo de quórum en las anónimas y limitadas tras la nueva LSRL:

- a) S.A.: Se prohíbe expresamente la posibilidad de acciones de voto plural (principio capitalista a ultranza) y, salvo modificación estatutaria, los quórum son de capital presente en la Junta, con independencia del capital suscrito.
- b) S.L.: cabe establecer todo tipo de pactos que alteren el principio de proporcionalidad entre el capital aportado y los derechos políticos. Los quórum se computan por mayoría de votos en que se divide el capital social, es decir, con independencia del capital presente en la Junta y del que efectivamente represente en sentido económico. Ello supone de hecho una elevación de los quórum necesarios, especialmente, cuando no asisten todos los socios.

GAY CANO
Abogados

establece que *«en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta»*.

- vi) El acuerdo de la Junta de iniciar esta acción, aunque luego se transija, supone el cese de los administradores como *«traducción de la ruptura de la relación de confianza depositada por los socios en el administrador»*⁵⁷.
- vii) La Junta puede, en cualquier momento, transigir o renunciar al ejercicio de la acción, salvo que se opongan accionistas que representen el cinco por ciento del capital social.
- viii) Este precepto establece una serie de legitimados activos subsidiarios para ejercitar la acción. Ahora bien, como pasamos a exponer, es una legitimación procesal para el caso de inactividad de la legitimada principal: la propia sociedad.
 - Los accionistas pueden pedir convocatoria de Junta para que se debata esta cuestión, (en los términos del art. 100 LSA). Siempre que los administradores no convocasen o cuando la sociedad no entable la acción en el plazo de un mes desde la adopción del acuerdo o si éste hubiera sido contrario a exigir responsabilidad, los socios pueden ejercitarla en su nombre.
 - Los acreedores están también legitimados si no ejercita la acción por la sociedad o los socios pero, además, acreditando

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1997 (AC 356).

GAY CANO
Abogados

que el patrimonio social es insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

Estos requisitos, unidos al hecho de que ante la eventual condena a los administradores la indemnización no iría a parar al propio acreedor sino a la sociedad, hacen esta acción carente de sentido práctico para los acreedores.

La **ACCIÓN INDIVIDUAL** contemplada en el art. 135 LSA, (también aplicable a las sociedades limitadas por remisión del art. 69 LSRL), puede ejercitarse por socios y terceros para reparar los daños que hayan sufrido directamente en sus intereses.

Como pasamos a exponer se trata siempre de una responsabilidad patrimonial de los administradores de carácter solidario, es decir, de todos los administradores entre si y con la sociedad.

• **Implicaciones derivadas de la naturaleza solidaria de la responsabilidad.**

El carácter solidario de la responsabilidad de administradores (y ello, tanto en los casos de responsabilidad por culpa como objetiva), implica que las deudas sean exigibles a los administradores en los exactos términos que a la sociedad acreedora.

Ello supone también que puede «elegirse» al administrador o administradores a quien demandar (arts. 1137 y ss. CC, por remisión del art. 2 CCom, en relación con el art. 12 LEC), lo cual es habitual en la práctica.

E) CAUSAS LEGALES DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES.

El único precepto que se refiere a ello es el art. 133 LSA al señalar que: *«responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo a menos que prueben, a) que no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia; b) que conociendo la existencia de dicho acto o acuerdo hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel».*

De nuevo en este punto, se ha endurecido el régimen respecto del que preveía la LSA 1951, que sólo exigía «salvar el voto» para excluir la responsabilidad.

En relación con este precepto debe señalarse, además del carácter tasado de las posibles excusas exculpatorias, la importancia de la inversión de las normas sobre carga de la prueba en perjuicio del administrador, es decir, es a él a quien le compete probar que concurre alguna de dichas excusas, lo cual, en ocasiones, dificulta mucho las posibilidades de defensa.

Ahora bien, tal inversión de la carga probatoria no exime al demandante de acreditar la concurrencia de los presupuestos de la acción que se ejercita, como ya hemos expuesto.

A mi juicio, tanto por razones de fondo, como atendiendo a razones de ubicación sistemática de este precepto en la LSA, lo expuesto sólo es aplicable en los casos de responsabilidad por daños, no en los de responsabilidad objetiva o legal.

F) PATRIMONIO DEL ADMINISTRADOR AFECTO A ESTA RESPONSABILIDAD.

Para ser administrador de una sociedad, en principio y salvo que la ley o los Estatutos establezcan otro tipo de limitaciones, (necesidad de ser socio⁵⁸ o accionista, prestar fianza o tener determinada cualificación), se exige, simplemente, tener capacidad para ejercer el comercio o ser comerciante, es decir, ser mayor de edad y tener libre disposición de bienes (art. 4 CCom)⁵⁹. Lógicamente, como hemos señalado ya, el administrador no debe incurrir en causa de incompatibilidad alguna⁶⁰.

En cuanto al posible carácter ganancial o privativo de la deuda surgida como consecuencia del ejercicio de acciones de responsabilidad frente al administrador, en el ámbito del Derecho común, se viene entendiendo que estas deudas tienen carácter privativo, por no ser el supuesto subsumible en el art. 1365.2 CC, al no poderse considerar como deuda contraída «*en el ejercicio ordinario de la profesión, arte y oficio*»⁶¹.

⁵⁸ La LSLNE (art. 139.3 LSRL) impone que los administradores sean socios.

⁵⁹ La DGRN ya en resolución de 24 de febrero de 1986 (BOE 14 de marzo de 1986) denegó la inscripción del nombramiento de un menor emancipado, precisamente con el argumento de que una de las garantías fundamentales del tráfico mercantil es la responsabilidad civil y penal de los administradores societarios, la cual se ve limitada en el caso de menores, incluso emancipados.

⁶⁰ Establecidas en los arts. 124 LSA y 58 LSRL y también en este último tipo societario (limitada), la prohibición de dedicación por cuenta propia o ajena a actividades análogas o complementarias a las que integran el objeto social, salvo autorización por la Junta, según dispone el art. 65 LSRL. Por contra en las anónimas (art. 132.2 LSA) en caso de actuaciones concurrenciales, los administradores sólo cesan a petición de socio y por acuerdo de la Junta General.

En esta materia deben tenerse en cuenta también las leyes sobre incompatibilidades y, en especial la Ley 25/1983 de 26 de diciembre, modificada por la Ley 9/1995 de 1 de marzo, así como la Ley 12/1995 de 1 de mayo de la Comunidad Autónoma de Aragón.

⁶¹ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 15 de julio de 1997 (AC, 1687), afirmando el carácter privativo de la deuda dimanante del ejercicio de la actividad de administrador, concluye que, sólo ante la insuficiencia del patrimonio personal del administrador, podrían perseguirse bienes comunes, por la vía genérica del art. 1373 CC.

GAY CANO
Abogados

En Aragón, tras la entrada en vigor el pasado 23 de abril de la Ley 2/2003, de 12 de febrero de régimen económico matrimonial y de viudedad y, en concreto, a tenor de lo dispuesto en sus arts. 36 y ss, la cuestión es muy discutible y puede depender del caso concreto y de la prueba que se practique sobre los hechos concurrentes, en especial, en el caso de negocios en los que concurre la condición de socios y administrador, (arts. 37.1.a), en relación con los arts. 41, 42 y 47 y ss. de dicha Ley).

En el caso de régimen económico de separación de bienes, el art. 27 de la Ley establece con rotundidad que se *«atribuye a cada cónyuge la responsabilidad exclusiva de las obligaciones por él contraídas»*.

En relación con lo expuesto creo conveniente recordar que el RRM, (art. 138), no exige que en la inscripción del nombramiento de administradores se haga constar referencia alguna al estado civil, ni al régimen económico matrimonial.

El nuevo art. 22 CCom, (recientemente modificado por la LSLNE), se refiere expresamente a la inscripción de capitulaciones matrimoniales respecto del empresario individual, pero nada dice respecto de los administradores de sociedades.

A mi juicio, al amparo de lo dispuesto en los arts. 2 a) y 8 del RRM, en relación con los arts. 11 y por analogía los arts. 87 y ss., todos ellos del RRM, pueden acceder al Registro Mercantil con plenos efectos frente a terceros hechos o actos referentes al estado civil y régimen económico matrimonial de administradores, siendo además muy recomendable desde un punto de vista práctico.

Conviene recordar que la Ley aragonesa 2/2003, en su art. 16, establece el principio de total inoponibilidad frente a terceros de los capítulos no inscritos en el Registro Civil.

G) PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD.

Según la tesis tradicional que imperaba bajo la vigencia de la vieja normativa societaria a efectos de determinar el plazo de prescripción de la responsabilidad de administradores se acudía a la distinción entre:

- Responsabilidad contractual: es decir, cuando la acción la ejercitaba el socio o la propia sociedad, en cuyo caso se entendía de aplicación el art. 949 CCom que fija un plazo de cuatro años desde el cese.
- Responsabilidad extracontractual: es decir, cuando la ejercitan terceros, aplicándose el plazo general del art. 1968 CC fijado en un año desde la producción del daño⁶².

Tras la Reforma de 1989, y superado un período inicial de resoluciones contradictorias, parece que se viene a imponerse la aplicación general del plazo de 949 CCom⁶³.

⁶² La Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 25 de abril de 1997 (AC 1661), «La doctrina mayoritaria sostiene que si la acción individual la ejercitan los socios es de orden contractual y por tanto está sometida al plazo de prescripción del art. 949 CCom, y si la acción la ejercitan terceros será de orden extracontractual y por ello le es de aplicación el art. 1962.2º CC. Otros autores entienden que esta acción siempre sería de naturaleza extracontractual. La jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo ha sostenido la tesis de que la responsabilidad de los administradores frente a los acreedores revista naturaleza extracontractual y por ello considera que la acción para reclamarla prescribe conforme al art. 1968.2º CC. En este sentido deben destacarse las Sentencias del tribunal Supremo de fecha 28-3-1985, 11-10-1991 y 21-5-1992. (...)».

⁶³ Tesis que acogió el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de junio de 1995 (AC, Ref. 951).

Ello, no obstante aun no es una cuestión pacífica como resulta de las siguientes resoluciones.

GAY CANO

Abogados

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1999 (RJA 1999, 8697): «(...) Y por último está la acción individual, de claro contenido sustantivo (...) al respecto se cuestiona si el tiempo para su cómputo es el que marca el CCom, art. 949, que dice que la acción prescribe a los cuatro años, o bien el art. 1968.2ª del CC, de un año, si el marco es la responsabilidad extracontractual; (...) si es extracontractual, dentro de la responsabilidad aquiliana del 1902 CC, será un año, ex art. 1968.2 del CC, el problema se relaciona sobre si el Consejero, o Administrador es un mandatario, o un representante, así como sobre sus conductas transgresoras, que irroguen un daño, con la polémica, incluso doctrinal, cabe sostener que (...) el espíritu y la propia letra de la Ley, es la de considerar al Consejero o Administrador como tal órgano, y en este caso, el juego dentro de la responsabilidad contractual, por lo que el plazo de ejercicio es de cuatro años. (...) con la nueva normativa, al considerarse como tal órgano al Administrador, se estima a todos los efectos, que la responsabilidad es de tipo contractual directamente con el ente».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de marzo del año 2002, (Jurisprudencia Aragonesa 2003/0726); «(...) cuando las acciones ejercitadas derivan de relaciones contractuales de suministro de mercancías, el plazo de prescripción de la acción no es el de un año del Artículo 1.968-2 del Código Civil, sino el de cuatro años del Artículo 949 del mismo texto legal (entre otras muchas, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Octubre de 2001). (...)».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 14 octubre de 2002, (Jurisprudencia Aragonesa, AR 2003-1001); «(...) Alega dicha parte en primer término que el plazo de prescripción de la acción individual de responsabilidad contra los administradores de una Sociedad no es el de un año, tal y como sostuvo la juzgadora de instancia, sino el de cuatro años. Este Tribunal Provincial, en su Sentencia de 31 de enero de 2002, optó por asumir, con relación al problema que nos ocupa, el criterio contenido en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2001. Dicha resolución, en la que se recoge a su vez la doctrina expuesta, entre otras, en la Sentencia del Alto Tribunal de 2 de julio de 1999, distingue las acciones basadas en el art. 133 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, que prescribirían en el plazo de un año al igual que la acción de responsabilidad extracontractual con arreglo al art. 1968.2 del Código Civil, y las acciones por las que se pretende exigir otras responsabilidades derivadas de la gestión social, a las cuales les es aplicable el plazo prescriptivo de cuatro años del art. 949 del Código de Comercio, incluyéndose en este segundo grupo la acción basada en el art. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (...)».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 18 de diciembre de 1998 (A.C. 208/98): «En este sentido se ha venido pronunciando la jurisprudencia del TS, manteniendo la tesis de que la responsabilidad de los administradores frente a los acreedores reviste naturaleza extracontractual y, por ende, la acción para reclamarla prescribe al año (TS SS 28 Mar. 1985, 11 Oct. 1991 y 21 May. 1992).

En el caso que nos ocupa, la entidad apelante ha ejercitado la acción individual de responsabilidad, prevista en el art. 135 LSA, que pueden ejercitar los socios o terceros por actos de los administradores que lesionen directamente el patrimonio individual de aquéllos. Frente al objeto del art. 134 de la misma norma, regulador de la denominada acción social de responsabilidad, el art. 135 tiene como finalidad reparar posibles perjuicios derivados de hechos ilícitos de los administradores que hayan sido causados al margen del vínculo contractual societario y dentro del genérico contenido del principio que prohíbe causar daño a nadie o *naeminem laedere*. Se trata, por tanto, del ejercicio de una acción puramente extracontractual derivada de una presunta gestión inadecuada durante la actuación de los demandados en concepto de miembros del Consejo de Administración de Ilcasa, S.A., que ha prescrito con creces, por lo que, desestimándose la demanda, no es posible entrar a conocer del fondo del asunto, debiendo confirmarse íntegramente la sentencia apelada».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 18 de enero del año 2001, (El Derecho 2001/157); «(...) Es cierto que el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de mayo de 1992, con base en la de 11 de octubre de 1991, establece que la acción ejercitada al amparo de los artículos 79 y 81 de la anterior Ley de Sociedades Anónimas, se incardina dentro de la modalidad de las acciones individuales de los terceros, por los actos de los administradores de la sociedad anónima que lesionan directamente sus intereses, y al no existir vínculo contractual entre las partes del pleito, sino el genérico contenido en el principio «*naeminem laedere*», que alcanza también a las personas físicas de los administradores, en su

Como argumentos a favor de esta tesis pueden ofrecerse los siguientes:

- i) En primer lugar debe tenerse en cuenta que bajo el viejo régimen normativo no existían los supuestos de responsabilidad objetiva a los que no puede dárseles el mismo tratamiento que a los de responsabilidad por daños, pues son técnicamente distintos.
- ii) En segundo lugar, la nueva Doctrina entiende que en modo alguno puede calificarse de contractual la relación de los administradores ni con la sociedad ni con los socios. Su relación es orgánica como ya hemos señalado.
- iii) Por otra parte, es injusto que sea a los terceros, que son quienes más dificultades tienen para conocer la situación de la sociedad, a quienes se les otorgue un plazo de prescripción mucho más corto.
- iv) Por último, aunque fundamental, el art. 949 CCom es Ley especial de aplicación preferente en materia societaria (*ex art. 2 CCom*) y este precepto no distingue en función de quien ejercite la acción, en virtud ni de la naturaleza de la acción.

aspecto individual y en su condición de órganos –no mandatarios– del ente social, les es aplicable el artículo 1902 del Código civil y, por tanto, el plazo de prescripción de un año del artículo 1968.2 del citado Cuerpo Legal, por remisión del artículo 943 del Código de Comercio.

Pero también lo es que dicha doctrina legal ha sido superada en las más recientes sentencias de 22 de junio de 1995 y 14 de mayo de 1996, proclamando que las acciones de los terceros que derivan de relaciones contractuales de suministro de materiales a la sociedad, que no han sido pagados en su totalidad, y cuyo crédito no deriva por consiguiente de acciones extracontractuales, su plazo de prescripción no es el de un año que señala el antedicho artículo 1968-2 del Código Civil, sino el de cuatro años que preceptúa el artículo 949 del Código de Comercio; criterio adoptado por este tribunal a partir de su sentencia de 15 de marzo de 1999 y reiterado en la más reciente de 10 de marzo de 2000. (...) parece que no existe duda de que, en aplicación de la anterior plazo de prescripción de las acciones es el de cuatro años a partir del día que pudieron ejercitarse, que no es otro que el día que tuvo conocimiento la demandante de la insolvencia definitiva de la mercantil (...) máxime cuando no consta que los administradores demandados hayan cesado en su cargo y fecha de dicho cese (...).».

Observamos que también en este punto se ha endurecido, de hecho, el régimen de responsabilidad en cuanto se amplía el período de tiempo durante el que la misma puede exigirse.

La Ley Concursal introduce una novedad de excepcional trascendencia en la materia que estamos analizando, cuando en su art. 60 establece el principio de **interrupción de la prescripción de acciones durante la tramitación del concurso respecto de créditos anteriores a la declaración.**

Por la que ahora nos afecta, establece que: *«2.-Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora. 3.- En el supuesto previsto en los aportados anteriores, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de conclusión del concurso».*

La redacción de este precepto, en el que no se hace distinción alguna, sólo puede interpretarse en el sentido de que se interrumpen los plazos para todo tipo de acciones contra administradores, se ejerciten o no en el seno del concurso.

De nuevo, se pone de manifiesto el endurecimiento del régimen jurídico aplicable al administrador como tendencia legislativa.

H) ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES DE INTERÉS.

Estos procedimientos siguen el trámite del procedimiento que corresponda según cuantía (art. 249 y 250 LEC).

GAY CANO

Abogados

No existe inconveniente procesal en la acumulación de acciones frente a la sociedad y sus administradores (arts. 71 y 72 LEC), en cuyo caso, se producirá la situación de *litisconsorcio* prevista en el art. 12 LEC. Ahora bien, dado el carácter solidario de esta responsabilidad, en modo alguno puede considerarse tal *litisconsorcio* pasivo como necesario.

La cuestión del fuero territorial competente se regula en la LEC en los arts. 50 y 51, (fuero de las personas físicas y jurídicas), en relación con el art. 53, (referente al supuesto de acumulación de acciones).

Conviene recordar que conforme a los arts. 6 LSA y 7 LSRL los terceros podrán tener por domicilio de las sociedades bien el registral o bien la sede efectiva de los negocios⁶⁴. Con ello se ha intentado erradicar la practica de establecer domicilios de mera conveniencia, a veces, con el único propósito de dilatar o entorpecer las reclamaciones de terceros.

La Ley Concursal, -frente a lo que sucedía en el Proyecto, -con total acierto a mi juicio, atribuye la competencia para conocer de acciones de responsabilidad de administradores a los nuevos Juzgados de lo Mercantil.

⁶⁴ La Sentencia del Supremo de 8 de julio de 1994 (La Ley 16269) recuerda que la sociedad debe hacer constar en el Registro Mercantil sus cambios de domicilio, siéndole sólo ella imputable las consecuencias de su desidia.

También, Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1996 (AC 696), «(...) no puede ser calificado como tal el hecho de interesar, repetidamente, el emplazamiento de la demanda en el domicilio que como social figuraba en el Registro Mercantil que es el que a estos efectos interesa y en el que deben ser emplazadas las personas jurídicas de acuerdo con los arts. 62 LEC y 41 CC. La posible indefensión de Promotora P.R., S.A., por falta de ese emplazamiento personal, sólo a ella es imputable, no habiéndose acreditado en autos nada que contradiga el contenido de las dos fallidas diligencias de emplazamiento, en cuanto a la inactividad y falta de presencia de la sociedad en aquel domicilio, a cuyo contenido ha de estarse en tanto no se declare su falsedad por vía penal; de igual manera no se ha probado que la actividad social se desenvolviese en otro lugar distinto, que en modo alguno tuvo acceso al Registro Mercantil, y que de existir, su falta de conocimiento no sería imputable a la Comunidad de Propietarios, como tampoco consta que haya accedido al Registro Mercantil el domicilio que en el encabezamiento de la demanda de revisión, se dice ser el social actual de Promotora P.R., S.A.»

GAY CANO

Abogados

El Artículo Segundo de la Ley Orgánica 8/2003 que modifica la LOPJ añade un nuevo art. 86 ter, cuyo párrafo 2, establece: «**Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de orden jurisdiccional civil, respecto de: a) (...) todas aquellas cuestiones que se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles (...)**»⁶⁵.

La prueba de los hechos que desencadenan la responsabilidad y de los presupuestos de la acción ejercitada, es especialmente importante en la responsabilidad por daños y dependerá del acto u omisión que haya producido el daño, que pueden ser muy variados⁶⁶.

⁶⁵ Luego también la impugnación de acuerdos sociales, los procedimientos de convocatoria judicial de Junta, solicitud de disolución judicial, entre otras cuestiones.

⁶⁶ En materia de prueba, además de las ya citadas, señalamos las siguientes resoluciones:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 11 de febrero de 1999 (AC 1999, 111. Revista de Derecho de Sociedades nº 13, año 1999, ARANZADI, Navarra, pág. 383). «(...) No se ha practicado ninguna prueba que venga a demostrar que los administradores demandados, pese al estado de insolvencia de la sociedad, no adoptaran ninguna medida tendente a disolver y liquidar ordenadamente la sociedades ni que ha habido cierre de hecho de la sociedad o que los administradores, pese a conocer el estado de insolvencia de la sociedad y la imposibilidad de hacer frente al pago de las deudas asumidas, continuasen realizando contratos con terceros a sabiendas de que le sería imposible pagar el precio pactado».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de enero de 1999 (AC 1999, 198. Revista de Derecho de Sociedades nº 13, año 1999, ARANZADI, Navarra, pág. 386). «Para poderse aplicar lo establecido en el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, con apoyo en la calificación como negligente la actuación de un administrador es necesario acreditar la pretendida actuación negligente del mismo en el desempeño de su función».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de febrero de 1998 (Ac. Ar. 336/23) recuerda que: «no puede apreciarse la responsabilidad de los administradores por no haberse probado la concurrencia de la causa de disolución alegada (pérdidas)».

También Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de noviembre de 1996 (RJA, 2225) y de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 8 de enero de 1998 (Ac. Merc. 9801/1), señalando expresamente esta última que: «El art. 105.5 de la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995, siguiendo la pauta marcada por el art. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas de 25 de julio de 1989, establece la responsabilidad solidaria por incumplimiento, por parte de los administradores, de su deber de disolver la sociedad. (...) Sentado cuanto antecede debe inmediatamente añadirse que ni la anterior doctrina ni la rebeldía del demandado eximen al actor de la carga de probar los hechos en los que funda su pretensión de que se declare la responsabilidad civil del administrador (art. 1217 del Código Civil) y en el caso de autos tal demostración no se ha producido.(...)No obrando en autos ningún otro dato que permita entender que la sociedad demanda estaba incurso en causa legal de disolución, no podrá triunfar la pretensión actora, pues tampoco puede entenderse, como parece

GAY CANO

Abogados

Debe recordarse que, como ya hemos expuesto, conforme al 133 LSA la concurrencia de causa de exoneración debe ser expresamente probada por el administrador⁶⁷.

deducirse del tenor del escrito de interposición del recurso, que la voluntaria incomparecencia en juicio del demandado Sr. O o su falta de diligencia en la defensa de sus intereses suponga, sin más, su responsabilidad como administradores de la sociedad, o la admisión de los hechos en los que se basa la demanda (...)».

Sentencia de la audiencia Provincial de Córdoba 22 de enero 1997 (AC 94/RDS nº 9): «*Quien demanda ha de justificar que ha concurrido culpa o negligencia por los administradores y que dicha culpa ha determinado la desaparición de la empresa, de tal manera que ésta no se ha debido a circunstancias del mercado, a infortunios económicos o a otros factores inimputables, pues el simple incumplimiento de determinadas obligaciones legales cuales son por ejemplo el no haber procedido a la liquidación o el no haber solicitado procedimientos concursales, no son por si suficientes para demostrar la culpa. Así lo viene entendiendo el Tribunal Supremo en SS 4 de Noviembre de 1997, y 28 de febrero de 1991, (...) doctrina aplicable al caso de autos en que el demandante no ha probado ese nexo causal*».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 12 de diciembre de 1994. (AC. 780), va incluso más lejos al señalar que: «*la entidad actora debió probar que fue ese comportamiento negligente de los administradores, consistente en no haber procedido a la ordenada liquidación de la sociedad, lo que determinó el impago del crédito. Que esta carga probatoria pesa indefectiblemente sobre el actor se explica porque no sería ajustada a Derecho una condena de los administradores sociales en aquellos casos en que, pese a su comportamiento diligente, el crédito de la actora resultó impagado, pues entonces sería evidente que la conducta de los administradores no fue la causa de un daño que ni siquiera actuando diligentemente lograron evitar. Por tanto, es quien reclama a los administradores por la vía del artículo 135 de la Ley de administradores disminuye las expectativas de cobro de los acreedores, o, en otro caso, empeora la situación patrimonial de la sociedad; en caso contrario, si el comportamiento de los administradores no hace disminuir esas expectativas de cobro, ya con anterioridad inexistente, ni empero la situación patrimonial social, de suyo deficitario, la falta de cobro del crédito contra la sociedad, por insolvencia definitiva de ésta, no obedecerá más que a la propia negligencia del actor, quien tuvo que tener la cautela de informarse previamente y no dar crédito a la sociedad que ya en el momento de recibirlo atravesaba una muy dificultosa situación económica; o , si lo prefería, dar crédito aun en esas circunstancias, pero asumiendo entonces el riesgo de no poder cobrarlo con posterioridad*».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de octubre de 1997. (Ac. Ar. 322/24): «*Consecuente, si tenemos en cuenta que a la fecha de nombramiento del codemandado como administrador único, la sociedad estaba en situación de quiebra, con todo su patrimonio mueble e inmueble embargado por créditos anteriores al de la actora, susceptible de ejecución separada o, cuanto menos, preferentes por su carácter singularmente privilegiado, resulta que la solicitud de quiebra en diciembre de 1992, no hubiera propiciado el cobro de su deuda por la actora. Por lo que la omisión del administrador de tal obligación, en nada afectó a los derechos de cobro de la actora. Faltando el requisito de la relación de causalidad adecuada entre aquella omisión indiligente y el perjuicio para el tercero aquí demandante, debe por ello estimarse el recurso interpuesto*».

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2000 (RJA 2000, 69): «*(...) Pero la Ley de Sociedades Anónimas establece en el art. 133.2 que responden solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, de suerte, que sólo aparecen exculpados los que prueben que no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron claramente a aquél. Esto es, el precepto invierte la carga de la prueba haciéndola recaer sobre los administradores, y éstos ni alegan, ni prueban las causas de exculpación*».

En este contexto hay que señalar que en este tipo de pleitos puede ser fundamental la prueba por indicios, (inexistencia de Libros de Comercio, bajas fiscales y administrativas, ausencia de empleados, etc.), así como los informes periciales y, en concreto, el Informe de Auditoria, en especial, las notas o salvedades a las cuentas (arts. 281 y ss., 299 y ss. y 385 y ss. LEC).

I) PROCEDIMIENTOS CONCURSALES Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES.

El día 10 de julio se publicó en el BOE, (nº 164, pag. 26.901 y ss.), la Ley Orgánica 8/2003, del 9 de julio para la Reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial.

La Ley entrará en vigor el 1 de septiembre de 2004, (salvo las modificaciones introducidas en los arts. 463, 472 y 482 LEC, que entraron en vigor el pasado 11 de julio).

Tras la Reforma de 1989 se planteó la cuestión del ejercicio de acciones de responsabilidad estando en curso o si se iniciaba un procedimiento concursal.

A estos efectos no debe olvidarse que acudir a los procedimientos concursales cuando se dan las circunstancias económicas previstas por las normas que regulan estos procedimientos, es una **obligación legal del empresario** en caso de quiebra y una manifestación de diligencia en el caso de suspensión de pagos⁶⁸.

⁶⁸ El art. 5 LC establece: «1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. 2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previsto en su párrafo 4º, haya transcurrido el plazo correspondiente».

Al abordar esta cuestión, aun hoy, al menos, hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal, nos encontramos con el obstáculo de tener que armonizar normas nada homogéneas.

En efecto, el Derecho Concursal vigente se encuentra regulado, por lo que respecta a las quiebras, en textos del siglo pasado (Códigos de Comercio de 1885 y de 1829 y Ley de Enjuiciamiento Civil de 1981) y en lo que se refiere a las suspensiones de pagos en la vieja Ley de 1922. Normas pensadas, por tanto, para una realidad socioeconómica que poco o nada tiene que ver con la actual, ni a la que respondió la «Reforma» societaria de 1989.

En cuanto a la cuestión referente a la **posibilidad de entablar acciones de responsabilidad**, la opinión general –y la práctica de los Tribunales⁶⁹– viene siendo claramente favorable al posible ejercicio de acciones al margen del procedimiento concursal, entendiendo que no hay obstáculo sustantivo, ni procesal, para iniciar este tipo de procedimientos, sea por la propia sociedad⁷⁰, así como por los socios o los terceros⁷¹.

⁶⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de marzo del año 2002, (Jurisprudencia Aragonesa 2003/0726); «(...) Por último, en nada empece la existencia del procedimiento concursal a la responsabilidad solidaria de los administradores sociales, ya que actúan en planos jurídicos y patrimoniales diferentes, no infringiendo en absoluto el principio de la “pars conditio creditorum”».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 1996 (RDS, nº 8, pág. 375) recuerda que: «No se vulnera el principio de «pars conditio creditorum» que informa nuestro Derecho concursal por el hecho de ejercer esta acción de responsabilidad contra el patrimonio personal de los administradores, ya que la responsabilidad solidaria con la que el artículo 262.5 les sanciona permite a los acreedores sociales dirigirse indistintamente contra éstos, contra la sociedad o contra ambos a la vez, alcanzando a aquéllos por tales deudas el principio de responsabilidad patrimonial contemplado en el artículo 1911 CC, y sin perjuicio de la relación interna que «a posteriori» del pago exista entre los codeudores solidarios conforme a lo dispuesto en los artículos 1144 y 1145 del Texto legal citado».

Aunque tangencialmente y aplicando la antigua normativa, también Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1996 (La Ley 5726).

⁷⁰ Durante la tramitación del procedimiento concursal la Junta General es un órgano que continúa existiendo, sin perjuicio de las facultades que correspondan a los Interventores judiciales, al Comisario o a los Síndicos o en un futuro, a los Administradores concursales y auxiliares.

GAY CANO

Abogados

La realidad es que todas las limitaciones a la iniciación de nuevos procedimientos que impone la normativa concursal se refieren a procedimientos contra el deudor es decir, contra la sociedad, pero no contra terceros como son los administradores.

A mi juicio, la naturaleza de estos procedimientos concursales de carácter universal en los que se pretende que todos los acreedores tengan un trato igual, en aplicación del principio de «*pars conditio creditorum*», exige que no se inicien o tramiten procedimientos de ejecución singular que, de forma directa o indirecta, puedan lesionar la aplicación práctica dicho principio.

El ejercicio de estas acciones, cuya finalidad primordial es el cobro de un crédito afecto al procedimiento concursal, especialmente, en los casos de

⁷¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Secc. 5ª) de 10 de febrero de 1999 (RDS 1999, pág. 387). «(...) Habiendo cesado en su actividad la empresa cuando ostentaba el apelante el cargo de administrador único, y tras haberse extinguido la relación laboral con los demandantes, nada hizo el demandado, perfectamente conocedor de la situación de la empresa, para utilizar alguna de las fórmulas previstas legalmente para solucionar este tipo de situaciones, tales como acudir al procedimiento de liquidación, o instar la suspensión de pagos o la quiebra (...)».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 6ª) de 11 de enero de 1999 (AC 1999, 2736, Revista de Derecho de Sociedades nº 13, año 1999, ARANZADI, Navarra, pág. 373). «Desaparecida la sociedad de su domicilio, y resultado que no había realizado el depósito de las cuentas anuales en 1993 y 1994, reflejando las de 1992 quiebra técnica, que no constaba en el Registro el cambio de domicilio, que los bienes inmuebles de la espera se habían adjudicado por precio inferior al de mercado, la existencia de embargos sobre bienes muebles y transferencia, todo lo cual determina la negligencia del Consejo de Administración al no acudir al correspondiente procedimiento concursal, contratando con la demandante pese a la situación de insolvencia y causándole consecuentemente perjuicio al no haber podido haber efectivo su derecho, de todo lo cual son responsables solidarios los miembros del consejo de Administración. (Mª C.P.M.)».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de enero de 1998 (Ac. Ar. 333/26), «(...) En suma, por todo ello, ni las deudas se han generado por actuación directa o negligente del administrador, ni al Sr. C puede imputársele a título negligente la no adopción de medidas de disolución, reducción de capital u otras indicadas en la demanda pues se había iniciado el procedimiento de suspensión de pagos oportunamente, finalmente admitido a trámite y a cuya finalización habrá que atender, en cualquier caso, ni existe el preciso nexo de causalidad entre alguna de dichas acciones que afirman y el supuesto daño provocado a la actora, pues, cabe recordar, no es imputable al administrador el éxito o la buen marcha societario, sino que solo le es exigible que se comporte y actúe, en todo momento, conforme a las normas legales y estatutarias y, en definitiva, con la diligencia propia de un buen padre de familia (...)».

GAY CANO
Abogados

ejercicio por acreedores ordinarios de acciones de responsabilidad, de hecho, vulnera dicho principio, a mi juicio.

Otro problema es que, permitiendo estos procedimientos al margen del concurso, se ve gravemente afectada la seguridad jurídica, -y el principio de coherencia-, pues al conocer diversos Juzgados de acciones entabladas por distintos acreedores, pueden dictar resoluciones distintas, (como de hecho ha sucedido), en supuestos idénticos.

Además del esfuerzo procesal (y económico) que supone para los administradores, simultáneamente demandados en varios Juzgados, el defenderse en una pluralidad de procedimientos, en la práctica hay claras dificultades también de prueba para el demandado, (especialmente, prueba documental), ya que la documentación social se suele encontrar en poder de los órganos concursales.

Por todo ello, a mi juicio, iniciado el procedimiento concursal, cualesquiera cuestiones que, directa o indirectamente, puedan afectar al mismo, deberían discutirse en su seno.

Procede analizar la cuestión del **posible efecto exonerador de la responsabilidad del administrador**, por iniciación de procedimientos concursales.

Doctrina y Jurisprudencia se viene pronunciando en sentido negativo. Es decir, salvo que se inicie el procedimiento concursal dentro del plazo de dos meses previsto en el art. 262 LSA (y 105 LSRL) se desencadena la responsabilidad señalada y puede exigirse.⁷²

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1996 (La Ley, Ref. 5726).

GAY CANO

Abogados

El fundamento de esta tesis es considerar el procedimiento concursal como media sustitutoria de la liquidación según las normas societarias⁷³.

En la Doctrina, ALCOVER GARAU, La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima. (RDS nº 8, pág. 269), «*Si la presentación de la solicitud de declaración judicial de suspensión de pagos o de quiebra voluntaria o la declaración de quiebra a instancia de un acreedor se realiza una vez que los administradores no han cumplido sus obligaciones de convocar o de solicitar la disolución en plazo [de dos meses], el nacimiento de su responsabilidad no ofrece duda: no han intentado poner remedio a la situación de pérdidas progresivas y ello ha degenerado en una insolvencia*».

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Zaragoza de 23 de julio de 1999, señala que no «*cabe admitir en este caso una aplicación rigorista del art. 105 LSRL al administrador de una sociedad que ha promovido dos procesos concursales (...)*». La resolución fue confirmada por la Audiencia Provincial de Zaragoza en sentencia de fecha 7 de julio de 2000.

Es interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de octubre de 1997, (Ac. Ar. 322/24): «*(...) El administrador único, D. Eleuterio A.....accede a dicho cargo el 7 de diciembre de 1992 según certificación del Registro Mercantil (...). La deuda impagada por la demanda, se remonta en su origen al 14 de mayo de 1992. A tenor de los precedentes datos, hay que examinar si la conducta del administrador único a partir de su nombramiento el 7 de diciembre de 1992, consistente en la no liquidación en forma de la sociedad, permitiendo su desaparición de hecho ha causado perjuicio alguno a la demanda, determinando la imposibilidad de cobro de su deuda (...). Consecuente, si tenemos en cuenta que a la fecha de nombramiento del codemandado como administrador único, la sociedad estaba en situación de quiebra, con todo su patrimonio mueble e inmueble embargado por créditos anteriores al de la actora, susceptible de ejecución separada o, cuanto menos, preferentes por su carácter singularmente privilegiado, resulta que la solicitud de quiebra en diciembre de 1992, no hubiera propiciado el cobro de su deuda por la actora. Por lo que la omisión del administrador de tal obligación, en nada afectó a los derecho de cobro de la actora. Faltando el requisito de la relación de causalidad adecuada entre aquella omisión indiligente y el perjuicio para el tercero aquí demandante. Debe por ello estimarse el recurso interpuesto*».

⁷³ Así, en la Doctrina, GAYA ALCOBER, (La responsabilidad de los Administradores por deudas sociales ex art. 262.5 y los procedimientos concursales Op. Cit.....) señala que: «*debe entenderse que la obligación del administrador de convocar Junta o de solicitar la disolución judicial desaparece si presenta solicitud de suspensión de pagos o de quiebra voluntaria de la sociedad o, incluso, si se declara la quiebra o instancia de un tercero*».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 15 de abril de 1997 (AC 996, RDS nº 9) reconoce que «*La solicitud de quiebra en el plazo concedido para la convocatoria de la Junta de disolución del art. 265 LSA suple suficientemente la falta de esta. Y ello (...) ya que tanto la disolución como la quiebra conducen al mismo resultado de la liquidación ordenada de la sociedad*» En igual sentido, la reciente Sentencia de la Audiencia de La Rioja de 15 de noviembre de 1997 (AC 283) señala que surge la responsabilidad por «*no instar la disolución y consiguiente liquidación o el pertinente procedimiento concursal*».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 9 de abril de 1997, en un supuesto de cierre o liquidación de hecho se refiere expresamente a no se acudió tampoco «*ni a la suspensión de pagos, ni a la quiebra*». En los mismos términos, SAP Orense de 10 de mayo de 1997), se refiere a que lo que se pretende evitar es «*que en los casos de insolvencia de la sociedad los administradores cesen la actividad sin proceder (...) a la declaración de suspensión de pagos o quiebra*».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de abril de 1997 (RDS nº 9) recuerda que la nueva normativa societaria persigue que sociedades en crisis resuelvan su situación acudiendo al

GAY CANO

Abogados

Una cuestión también interesante es **si el convenio alcanzado por la sociedad con sus acreedores en el seno de un procedimiento concursal**, consistente en quita o reducción de la deuda, alcanza también el administrador condenado en virtud del régimen legal que analizamos.

«oportuno proceso de liquidación concursal». En igual sentido Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 de junio de 1997 (RDS nº 9).

Por su parte la reciente Sentencia del Tribunal supremo de 9 de abril de 1997 (RJA 2875/RDS nº 9) dice expresamente que: «desde la perspectiva de un diligente administrador [la adopción de medias conducentes a salvaguardar los intereses de los acreedores] se lograría mediante el oportuno procedimiento concursal». En términos prácticamente idénticos Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 7 de mayo de 1997 (RDS nº 9).

Especialmente clara es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de enero de 1998 (Ac. Ar. 333/26), «no existen datos suficientes para inferir una actuación negligente del administrador demandado que determinara que la actora no viera satisfecho su crédito (aunque hubiera sido en parte de lo reclamado), y ello por cuanto el fundamento último de las resoluciones condenatorias para el administrador en supuestos en que se alude específicamente la falta de observancia por su parte de las obligaciones que le imponen los preceptos de disolución y liquidación de la ley de Sociedades Anónimas, viene a referirse a no haber acudido aquel en su momento al expediente de suspensión de pagos, a instar la declaración de quiebra según la circunstancias, o bien a proceder a la disolución y liquidación conforme los artículo 260,1,1 y 4 y 262,1,2,4 y 5 de la Ley de Sociedades Anónimas, lo que hubiera determinado, en su caso, la realización ordenada de bienes y su distribución (...) difícilmente puede hablarse de actuación negligente por su parte directamente dirigida al nacimiento de la deuda, (...) ya se había presentado el procedimiento tendente a la declaración de suspensión, de lo que difícilmente puede extraerse la conclusión interesada, pues es precisamente tal petición la que impide o enerva la disolución y esta omisión es, a su vez, la razón de la invocada acción de responsabilidad contra el demandado; idéntico argumento cabe esgrimir en cuanto a incumplimiento de la disminución de capital social, pues ni tal posibilidad sería factible, en la situación de suspensión de pagos ya planteada, ni, menos aún, habiéndose uso de tal vía ello conllevaría una mejora en la posibilidad de ver satisfechos los créditos de los acreedores, más allá o distinta de la que, todos ellos, pudieran adoptar en el procedimiento de suspensión, en su caso, por el acuerdo o convenio suscrito (...). En suma, por todo ello, ni las deudas se han generado por actuación directa o negligente del administrador, ni al Sr. C puede imputársele a título negligente la no adopción de medias de disolución, reducción de capital u otras indicadas en la demanda pues se había iniciado el procedimiento de suspensión de pagos oportunamente, finalmente admitido a trámite y a cuya finalización habrá que atender, en cualquier caso, ni existe el preciso nexo de causalidad entre alguna de dichas acciones que afirman y el supuesto daño provocado a la actora, pues, cabe recordar, no es imputable al administrador el éxito o la buen marcha societaria, sino que sólo le es exigible que se comporte y actúe, en todo momento, conforme a las normas legales y estatutarias y, en definitiva, con la diligencia propia de un buen padre de familia (...)».

A «sensu contrario», la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de abril de 1997 (AC 1205/RDS nº 9) recuerda que la responsabilidad de los Administradores surge por actuaciones negligentes entre la que se encuentra el abandono del domicilio «sin que se promuevan los procedimientos universales que prevé la LEC para que el patrimonio de la entidad sirviese para hacer frente a los acreedores desde el principio de la par conditio creditorum». La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 28 de febrero de 1997 (AC 301/RDS 9) considera negligente la «no incoación de expediente de suspensión de pagos o quiebra». En idénticos términos Sentencia de la Audiencia de Tarragona de 21 de abril de 1997 (AC 996/RDS nº 9).

GAY CANO

Abogados

En sentido afirmativo se pronuncia en la Doctrina ALCOVER GARAU dado el carácter solidario de la responsabilidad y, por tanto, de la deuda.⁷⁴ Sin embargo, no parece que esta tesis, que nos parece acertada, de nuevo, en aplicación del principio de «*pars conductio creditorum*», encuentre acogida en Tribunales⁷⁵.

En estos asuntos en los que existen procedimientos concursales previos o simultáneos, las peculiaridades concurrentes en cada uno de ellos hacen imposible llegar a conclusiones generalizadoras, pues son muchos y muy variados los elementos a valorar, según lo que resulte acreditado en periodo probatorio⁷⁶.

⁷⁴ Op. Cit.

⁷⁵ Ver Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de enero de 1998, ya transcrita, refiriéndose a la necesidad de espera a la finalización del procedimiento de suspensión de pagos.

⁷⁶ El Juzgado de Primera Instancia nº 12 en sentencia de 23 de marzo de 1999, hace especial énfasis en la existencia de una Comisión de Vigilancia como consecuencia de la suspensión de pagos señalando: «Y todo ello en el ámbito de la existencia de una Comisión de Vigilancia con facultades de fiscalización de la gestión social, por todo ello tampoco se estima que concurra el requisito de actuación culpable por lo que la acción en base al art. 133 y 135 LSA y 69 LSRL, ha de ser desestimada. En cuanto a la acción ejercitada en base a los arts. 104 y 105 párrafo 5º LSRL (...) la sociedad continuó desarrollando su actividad cumpliendo en general sus obligaciones (...) incluso en diciembre de 1997, por lo que no se puede estimar que concurriera causa de disolución (...) y hubiera transcurrido el plazo de dos meses del art. 105 LSRL sin que el Administrador adoptara medida alguna respecto a la disolución y liquidación, pues en enero de 1998 se presentó la quiebra (...), lo que conlleva a desestimar también la segunda acción ejercitada».

Apelada esta resolución ante la Audiencia de Zaragoza (Rollo de apelación 251/99) es confirmada íntegramente por sentencia de fecha 8 de octubre de 1999, de la que destacamos lo siguiente: «Entiende la Sala que el supuesto planteado en Autos, no puede solventarse sin tener presente el convenio alcanzado en el expediente de suspensión de pagos (...).

En dicho convenio, al margen de la quita y espera pactadas se establecía una comisión, inicialmente denominada de vigilancia, a la que se atribuían, además de unas facultades sin límite para el control y fiscalización de la actividad, gestión y contabilidad de la suspensa, la facultad de, ante el incumplimiento de obligaciones de pago, optar bien por la posibilidad de conceder nuevos aplazamientos, bien la de convertirse en verdadera comisión liquidadora del patrimonio de la suspensa, estando en tal supuesto, ampliamente facultada «para realizar todos los actos de conservación, administración y disposición del patrimonio y para distribuir entre los acreedores de la sociedad el importe que de su liquidación se obtenga, pudiendo realizar y perfeccionar cuantos actos y contratos considere convenientes para la mejor conservación, aprovechamiento y venta del patrimonio social.

Es decir, que por una parte se posibilitaba que los acreedores tuvieran un control y conocimiento total y absoluto de la situación patrimonial, financiera y de gestión de la suspensa (...). Y por otra tenían la posibilidad de decidir en caso de incumplimiento, la liquidación de la sociedad (...).

- **Regulación de estas cuestiones en la nueva Ley Concursal.**

La Ley Concursal regula de forma detallada la responsabilidad de los administradores concursales y de los auxiliares delegados (art. 36 LC).

El art. 36.5 señala que *«la acción de responsabilidad se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el Juez que conozca o haya conocido el concurso»*⁷⁷.

Es evidente que la responsabilidad de los administradores (...) no puede solventarse sin tener presente el anterior convenio.

Es verdad que la comisión que estaba prevista constituirse e iniciar sus actividades «en el momento en que el Auto aprobatorio del convenio adquiriera firmeza,» no se constituiría hasta el..... Pero de ese retraso ninguna responsabilidad cabe reprochar al demandado (...).

La imposición de los artículos 104 y 105 LSRL de la disolución de la sociedad (...) imponiendo a los administradores una responsabilidad solidaria si no realizan lo pertinente para conseguir la disolución, constituye una norma preconcursal con la que se pretende (...) garantizar una liquidación ordenada que para los de los supuestos de insolvencia ha de concluir, aun en esa fase de liquidación, con el pertinente proceso concursal (art. 124).

Pero es que, a mayor abundamiento, aunque se entendiera que la sociedad se encontraba en la mencionada situación legal de disolución en, es lo cierto que quien convencionalmente, (al menos en acuerdo que vinculaba a la mercantil demandante con, S.L.), podía iniciar el proceso liquidatorio era solo la comisión de vigilancia. y en lugar de acordar tal medida, lo que decide es, en virtud de las facultades pactadas, otorgar un aplazamiento de pago. y no sólo eso (...) lo que venía a autorizar era que la sociedad continuara el ejercicio de la actividad (...), lo que a la comisión, a la que se le atribuía la facultad-deber de fiscalizar la gestión comercial y la situación financiera de la suspena, le pareció adecuado y suficiente (...).

La circunstancia de que posteriormente se solicitara la quiebra, para nada empeora o perjudica la condición del demandante. Esta [la Comisión] nada objetó a la misma y quienes inicialmente pusieron alguna objeción procesal a ella, al final desistieron. La quiebra supone un mecanismo de liquidación por insuficiencia del patrimonio de la misma para atender los créditos y de sus acreedores y en la que rige el principio de garantizar una posición de igualdad de los mismos. Que se optara por el procedimiento legal de la liquidación ordenada y no el convencional no sirve de fundamento para proclamar responsabilidad alguna del Administrador. En definitiva, no puede apreciarse en el administrador esa responsabilidad objetiva, ni menos por culpa, cuando los acreedores tenían un poder absoluto de fiscalización de la sociedad y casi de tutela de la misma».

⁷⁷ Según este mismo precepto la acción prescribe a los cuatro años desde el cese o desde que el actor hubiera tenido conocimiento del daño o perjuicio (igual que el art. 949 CCom). En el Proyecto el plazo era de dos años, luego se ha agravado.

Obsérvese que esta responsabilidad, que se extiende también a los auxiliares delegados (art. 31 PLC), es por actos contrarios a la Ley o realizados sin la debida diligencia.

GAY CANO
Abogados

De la lectura del art. 36 no puede dudarse que, en caso de ejercicio de estas acciones de responsabilidad, el actor, (acreedor o el propio concursado), actúa en interés común o de la masa.

Así resulta del párrafo 6 de este precepto a cuyo tenor: *«Si la sentencia contuviera condena a indemnizar los daños y perjuicios, el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa tendrá derecho a que con cargo a la cantidad percibida, se le reembolsen los gastos necesarios que hubiera soportado»*. Resulta obvio que late el principio de *«pars conductio creditorum»* y de universalidad del concurso⁷⁸.

Sorprendentemente, no existe en la Ley, una regulación tan detallada respecto del ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad en concurso.

La aplicación analógica de las normas antes referidas, en mi opinión, no es posible dada su redacción literal y, de nuevo, por el principio de aplicación restrictiva de este tipo de normas de carácter sancionador *ex art. 4 CC*.

En todo caso, de la redacción de la Ley Concursal parece desprenderse que la nueva regulación afecta, únicamente, al ejercicio de la acción social, pero no a las acciones individuales de responsabilidad por daños.

Así resulta del art. 48.2 LC que establece que: *«Sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que conforme a lo establecido en otras normas, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores,*

⁷⁸ Sin embargo, es clara también la escasa utilidad práctica que va a tener este precepto, pues es evidente que ningún acreedor va a involucrarse en un procedimiento de este tipo, con el mero reembolso de gastos, sin ver «recompensado su esfuerzo» en interés de la masa, por ejemplo, percibiendo un importe adicional de su crédito.

GAY CANO
Abogados

auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores judiciales, sin necesidad de previo acuerdo de la Junta o asamblea de socios», (acuerdo sólo exigido en el art. 134 LSA).

En materia de competencia este mismo precepto establece que *«corresponderá al Juez del concurso conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior».*

En cualquier caso, de esta precisión, ausente en el Proyecto, unida a la nueva atribución de materias a los Juzgado de lo Mercantil, también modificada en la Ley⁷⁹, resulta claro el conocimiento de estas acciones le corresponde al Juez del concurso.

El art. 50.1⁸⁰ establece: *«Los jueces del orden civil del orden social ante quienes se interponga demanda de la que debe conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado (...)».*

Por su parte en materia de acumulación el art. 51.1⁸¹ señala que, *«los juicios declarativos en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que **el Juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.***

⁷⁹ Artículo Segundo Ley Orgánica 8/2003.

⁸⁰ El art. 50.2 LC remite a esta norma respecto de los procedimientos concursales.

⁸¹ También el art. 52 respecto de procedimientos arbitrales.

La acumulación podrá solicitarse por la administración judicial, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores».

Entiendo, por tanto, que la acumulación podría acordarse por el Juez, ya que, a mi juicio, en los procedimientos de responsabilidad de administradores entablados por acreedores al margen del concurso, resulta obvio que hay *«trascendencia sustancial para la formación de inventario»*, (piénsese en supuesto de adopción de medidas cautelares como embargos preventivos) y afectan de forma evidente a la *«lista de acreedores»*, por cuanto el acreedor puede percibir su crédito del administrador demandado, afectando a su consideración como acreedor en el concurso.

Otra cuestión que se suscita es si el **administrador condenado que paga se subroga como acreedor** (arts. 1158 y 1.209 CC y 16 y ss. LEC) en el proceso concursal. Es muy dudoso, técnicamente, al menos, en el caso de ejercicio de acciones indemnizatorias, como es el caso de las reguladas en el art. 135 LSA.

Una referencia, aunque muy indirecta, al supuesto de hecho se encuentra en el art. 160 PLC, en sede de liquidación (Capítulo 2), que establece: *«El acreedor que, antes de la declaración de concurso, hubiera cobrado parte del crédito de un fiador o avalista o de un deudor solidario tendrá derecho a obtener en el concurso del deudor los pagos correspondientes a aquéllos hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran el importe total de éste».*

Es obvio que dada la vigente normativa societaria el administrador puede devenir *«deudor solidario»*.

En todo caso, la nueva Ley Concursal debe valorarse muy positivamente.

J) SOCIEDAD UNIPERSONAL.

Creo conveniente hacer una brevísima mención a esta cuestión aunque, en este supuesto la responsabilidad se impone al socio único, no al administrador, ya que en la práctica es muy frecuente que en estas sociedades coincida en una misma persona la condición de socio único y administrador.

La vigente LSRL (arts. 125 y ss. LSRL) regula por primera vez la figura de la sociedad unipersonal o de socio único⁸².

De hecho, esta figura existía ya en la práctica y estaba plenamente admitida por la Doctrina y la Jurisprudencia, si bien sólo cuando la unipersonalidad sobrevenía después de la constitución. Ello daba lugar a prácticas consistentes en que se constituía formalmente la sociedad con varios socios y al día siguiente de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, se vendían las participaciones o acciones, convirtiéndose en sociedad unipersonal «oculta».

La nueva normativa prevé dos supuestos de posible responsabilidad del socio único:

- i) Contratos entre el socio único y la sociedad, (que deben transcribirse en un libro especial y referenciarse en la memoria anual).

El socio único responde frente a la sociedad, (no frente terceros), de las ventajas que directamente o indirectamente haya obtenido en

⁸² Esta normativa se aplica también a las sociedades anónimas con la introducción de un nuevo artículo, el nº 311 en la LSA por la LSRL.

GAY CANO
Abogados

perjuicio de la sociedad durante un plazo de dos años desde la firma de cada contrato. Desde un punto de vista práctico se plantea cómo y a través de quién va a exigir esta responsabilidad la sociedad a su socio único.

- ii) Incumplimiento del deber de declarar en el Registro Mercantil la unipersonalidad dentro de los seis meses siguientes a que se produzca tal situación. El socio único responde de las deudas sociales contraídas en el período de unipersonalidad y sólo mientras no se inscriba⁸³.

En Zaragoza, a 16 de julio de 2003.

Carmen Gay Cano
Abogado

Carmen Gay Cano. GAY CANO. Abogados

Reservados todos los derechos y/o transmisión por cualquier medio o sistema, salvo autorización expresa

⁸³ El incumplimiento de lo dispuesto en el art. 126 LSRL sobre publicidad de la unipersonalidad en toda la documentación mercantil cabría plantearse si se podría sancionar también con multa conforme al art. 24 CCom.