



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

**TESINA PARA OBTENER EL TÍTULO DE MÁSTER EN
DERECHO PRIVADO**

**LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LA
NO PROMOCIÓN DE LA DISOLUCIÓN O CONCURSO EN EL
CASO DE PÉRDIDAS PATRIMONIALES GRAVES: LA
BUENA FE DEL DEMANDANTE COMO PRESUPUESTO
PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN**

Autor:

Patricia Rossana Huarag Guerrero

Director:

Prof. Dr. Miguel Ruiz Muñoz

Madrid, abril 2010

TESINA PARA OBTENER EL TÍTULO DE MÁSTER

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LA NO PROMOCIÓN DE LA DISOLUCIÓN O CONCURSO EN EL CASO DE PÉRDIDAS PATRIMONIALES GRAVES: LA BUENA FE DEL DEMANDANTE COMO PRESUPUESTO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Autor:

Patricia Rossana Huarag Guerrero

Director:

Prof. Dr. Miguel Ruiz Muñoz

Presidente: Dr. D. Antonio Cabanillas Sánchez

Vocal: Dra. Dña. María Isabel Candelario Macías

Secretario: Dr. D. Manuel Alba Fernández

Calificación:

Getafe, 21 de abril de 2010.

Dedicado a mis padres.

Un especial agradecimiento a mi tutor Miguel Ruiz Muñoz por todo su apoyo, orientación y paciencia.

Así también a aquellos amigos que estuvieron a mi lado apoyándome siempre.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I.....	12
APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LA NO PROMOCIÓN DE LA DISOLUCIÓN O CONCURSO	12
1.1.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.....	13
1.1.1.- <i>La Ley 19/1989 de 25 de julio</i>	13
1.1.2.- <i>La Ley 22/2003 de 9 de julio</i>	16
1.1.3.- <i>La Ley 19/2005, de 14 de noviembre</i>	20
1.2.- BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO	22
1.3.- FINALIDADES QUE PERSIGUE EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD.....	26
1.3.1.- <i>Evitar la pervivencia de sociedades incursas en causas de disolución</i>	26
1.3.2.- <i>Protección de los intereses de los acreedores</i>	28
1.3.3.- <i>Función para-concursal de la norma</i>	34
1.4.- EL GARANTE DE LA POLÍTICA LEGISLATIVA: ¿POR QUÉ EL ADMINISTRADOR?	34
1.5.- OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADORES DERIVADAS DE LOS ARTS. 262.5 LSA Y 105.5 LSRL	37
1.5.1.- <i>El deber de convocatoria de la Junta General</i>	37
1.5.2.- <i>El deber de solicitud de la disolución judicial o del concurso</i>	38
1.6.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.....	39
1.6.1.- <i>El ámbito objetivo</i>	39
1.6.2.- <i>El ámbito subjetivo</i>	43
1.7.- PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN	47
CAPÍTULO II.....	49
INTENTOS DE ATENUAR LA RIGUROSIDAD DE LA RESPONSABILIDAD MEDIANTE LA INTERPRETACIÓN DE SU NATURALEZA JURÍDICA.....	49
2.1.- DIFERENCIA CON LA RESPONSABILIDAD CONTENIDA EN LOS ARTS. 134 Y 135 DE LA LSA.....	50
2.2.- DIFERENTES POSICIONES DOCTRINALES.....	51
2.2.1.- <i>La naturaleza sancionatoria y objetiva de la responsabilidad.</i>	51
2.2.2.- <i>Una interpretación más amplia: ¿Cabe la exoneración?</i>	55
2.2.3.- <i>¿Responsabilidad por daños?</i>	57
2.2.4.- <i>Enfoque contractual-representativo</i>	58
2.3- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL	63
2.3.1.- <i>Aplicación inicial</i>	63
2.3.2.- <i>Evolución</i>	64
2.3.3.- <i>La valoración de la buena fe en las STS</i>	72
CAPÍTULO III.....	74
VALORACIÓN DE LA BUENA FE DEL ACREEDOR COMO PRESUPUESTO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD	74
3.1.- PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD: ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DE LAS PÉRDIDAS GRAVES.....	75

3.1.1.- Presupuestos objetivos.....	75
3.1.2.- Presupuestos subjetivos: legitimidad del demandante.....	85
3.1.3.- Legitimidad del acreedor para ejercitar la responsabilidad si conoce la situación de crisis social al momento de contratar.....	86
3.2.- LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO PARA LIMITAR EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES.....	90
CAPITULO IV.....	99
HACIA UN NUEVO ENFOQUE EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES	99
4.1.- PROBLEMAS EN EL PLANTEAMIENTO DE LA NORMA.....	100
4.1.1.- ¿Por qué contrata con la sociedad un acreedor conocedor de la situación de insolvencia?	100
4.1.2.- La norma excepciona principios generales del Derecho.....	103
4.2.- PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN	107
4.2.1.- Interpretación restrictiva.....	107
4.2.2.- La protección del tráfico mercantil a través del deber de información de los administradores cuando la información no es pública y notoria.	109
4.2.3.- El deber de información de los administradores en conexión al principio de apariencia jurídica.....	111
4.3.- MEDIOS ALTERNATIVOS DE PROTECCIÓN DEL TRÁFICO MERCANTIL: EL REGISTRO MERCANTIL COMO MEDIO DE PUBLICITAR LA SITUACIÓN FINANCIERA.....	113
CONCLUSIONES	118
BIBLIOGRAFÍA	121
ABREVIATURAS.....	126

INTRODUCCIÓN

Si bien no queda duda de que las normas deben ser interpretadas a la luz de los principios generales del Derecho, lo frecuente será acudir a éstos cuando aquellas presenten poca claridad o ambigüedad. Este es el caso del régimen de responsabilidad de los administradores sociales previsto en los artículos 262.5 LSA y 105.5 LSRL en mérito del cual se hace solidariamente responsables a los administradores por las deudas sociales, ante el incumplimiento de ciertos deberes legales orientados a la promoción de la disolución o concurso de la sociedad, cuando ésta se encuentre incurso en alguna causa de disolución.

Este régimen, tuvo como antecedente la Segunda Directiva comunitaria en materia de sociedades (Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976), destinada, entre otros aspectos, a homogeneizar el tratamiento de las pérdidas graves del capital social en los Estados miembros. Su adopción responde básicamente a la voluntad legislativa de crear un sistema distinto e innovador que cumple sus fines a través de la imposición de unos deberes específicos y cuyo incumplimiento se garantiza a través de una sanción muy severa a los administradores: responder de manera personal e ilimitada por las deudas sociales.

Tal y como está planteado el sistema ha recibido duras críticas por considerarse un sistema desproporcionado y excesivamente riguroso. Estas críticas han ido desde cuestionar la poca claridad de su naturaleza jurídica, hasta la dureza de la sanción que pesa sobre los administradores en caso de incurrir en responsabilidad. Así, desde su aparición, han surgido desarrollos jurisprudenciales en diversos sentidos, muchos de los cuales han estado dirigidos a equilibrar y compensar la desmedida rigurosidad que presenta la norma, evitando un automatismo en su aplicación.

En este contexto, surgió una importante corriente jurisprudencial que introdujo un elemento singular en la interpretación: la valoración del principio de buena fe como presupuesto para el ejercicio de la acción. De esta forma, se limitó aquella práctica frecuente de los Jueces y Tribunales de cotejar el cumplimiento de los requisitos legales señalados en la norma: la verificación de los presupuestos materiales, formales y temporales.

De este modo, se ha contemplado la posibilidad de que los administradores no respondan frente a los acreedores demandantes cuando éstos hubieren conocido o podido conocer la situación de crisis patrimonial por la que atravesaba la empresa al momento de contratar con ella. Lógicamente, una interpretación en este sentido, cuya validez parece tan obvia, acarreará consecuencias importantes, toda vez que implica una restricción en el ámbito de responsabilidad de los administradores establecido por la Ley. En este sentido, se limitarán las posibilidades que tienen los acreedores de accionar, y como correlato, se ampliarán los supuestos en los cuáles los administradores puedan exonerarse de dicha responsabilidad. Este es el problema que ha motivado la presente investigación.

La finalidad de este trabajo es analizar la validez de la exigencia de la buena fe en el acreedor como requisito para la procedencia de la acción de responsabilidad *ex arts. 262.5 LSA (105.5 LSRL)* contra los administradores por no disolución de la sociedad en caso de pérdidas patrimoniales graves. A tal efecto, examinaremos las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales desarrolladas sobre el tema, evaluaremos si la conducta del acreedor conocedor de la crisis social al momento de contratar, se adecúa a los fines que persigue la norma, y por tanto, es acorde al principio de buena fe.

En el primer capítulo nos aproximaremos al sistema de responsabilidad impuesto a los administradores por deudas sociales con la finalidad de establecer el marco teórico necesario para desarrollar el objeto de la presente investigación. Lo iniciaremos haciendo un breve estudio de su evolución legislativa, así como del Derecho comparado, para luego hacer un análisis más

detenido de las finalidades que persigue la norma, así como los deberes que impone y su ámbito de aplicación.

En el segundo capítulo, desarrollaremos los diversos razonamientos practicados a nivel jurisprudencial y doctrinal con la finalidad de atenuar la desmedida severidad que impone la norma. Veremos cómo los iniciales intentos por moderar la responsabilidad partieron de un análisis de su naturaleza jurídica. También estudiaremos cómo, posteriormente, surgió una corriente jurisprudencial que afronta el asunto desde la interpretación de los presupuestos de la acción; a partir de la consideración de la buena fe del acreedor como un criterio que determina la procedencia de su acción.

El tercer capítulo, tendrá como finalidad determinar si es procedente la valoración de la buena fe como un presupuesto para el ejercicio de la acción de responsabilidad. Partiremos del estudio de los presupuestos objetivos, centrándonos en el supuesto de pérdidas patrimoniales graves, porque consideramos que es en dicho supuesto en el que procede la valoración de la buena fe del acreedor como presupuesto para el ejercicio de la acción. Luego, desarrollaremos los presupuestos subjetivos con la finalidad de esclarecer quiénes son los sujetos legitimados para accionar contra los administradores. En este punto, intentaremos dilucidar si el acreedor que conoce de la situación de crisis o insolvencia de la sociedad al momento de contratar puede accionar legítimamente contra los administradores.

Por último, en el cuarto capítulo, nos centraremos en dos temas fundamentales para el análisis del asunto que nos ocupa: uno de ellos es la concepción errada de la norma comentada como una doble garantía para el acreedor social, y el otro relacionado con la afectación de la norma a los principios generales del Derecho. A partir de dicho estudio, plantearemos algunas cuestiones que nos pueden conducir a una interpretación más equilibrada de la norma, que por un lado, restrinja el poder de los administradores para evitar que sus actuaciones lleven a situaciones irreversibles de daño a la sociedad, y de otro lado, no constituya una garantía

excesiva para los acreedores que, amparados por la norma, puedan incurrir en un abuso de Derecho.

CAPITULO I

APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LA NO PROMOCIÓN DE LA DISOLUCIÓN O CONCURSO

El régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por no promover la disolución o, en su caso, no solicitar el concurso, previsto en los artículos 262.5 LSA y 105.5 LSRL¹, se ha mostrado como una de las vías más frecuentes utilizadas por los acreedores sociales para exigir responsabilidad a los administradores.

La dureza con la que se encuentra regulada este tipo de responsabilidad se ha visto agravada por la aplicación estricta y automática que durante muchos años han venido haciendo Jueces y Tribunales. De esta forma, se ha tornado en una norma de gran severidad para los administradores de sociedades de capital, quienes responden de manera personal, ilimitada y solidaria, por las deudas sociales.

¹ El tratamiento de la responsabilidad es similar en las sociedades anónimas y en las limitadas, con la salvedad que ésta última incluye un supuesto más de disolución (art. 104.1-d LSRL): *por falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante tres años consecutivos*. No obstante, por el tratamiento coincidente y para efectos del presente trabajo, cuando hagamos referencia al régimen establecido en el 262.5 LSA de las sociedades anónimas, también estaremos aludiendo al régimen establecido en el 105.5 LSRL para las sociedades limitadas.

Si bien ya es difícil de comprender cómo se hacen responsables a los administradores que no hubiesen promovido la disolución o, en su caso, el concurso, por unas obligaciones o deudas pendientes que no les son propias, sino de la sociedad –exceptuando, en opinión de muchos autores, ciertos principios básicos del Derecho² – es aún menos comprensible cómo los administradores en tales circunstancias se encuentran sujetos a una responsabilidad inclusive más severa que la de los propios socios, quienes en principio sólo responden hasta el límite de su aportación a la sociedad.

El presente capítulo tiene como finalidad aproximarnos al régimen de responsabilidad comentado. Analizaremos las modificaciones legislativas ocurridas desde su aparición y haremos una breve referencia al Derecho comparado. Seguidamente, examinaremos las finalidades que persigue el sistema, los deberes legales impuestos a los administradores, así como su ámbito de aplicación. Esto nos brindará el marco teórico necesario a partir del cual desarrollaremos el objeto de la presente investigación.

1.1.- Evolución legislativa

1.1.1.- La Ley 19/1989 de 25 de julio

El actual régimen de responsabilidad de los administradores, contemplado en el artículo 262.5 LSA³ y calificado por VICENT CHULIÁ como una de las normas más erróneas del ordenamiento mercantil español⁴, obedece a la necesidad del legislador español de adaptarse a las Directivas de la Unión Europea.

² Aunque será desarrollado con más detenimiento en el capítulo IV, entre otros autores que sostienen esta afirmación, encontramos a SUÁREZ-LLANOS, GÓMEZ, Luis, «La responsabilidad por deudas de los administradores», En: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo II, Coord. Iglesia Prado, José Luis, Madrid: Civitas, 1996, p. 2485-2486; RUIZ MUÑOZ, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): Análisis contractual-representativo», En *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 244, 2002, págs. 550-559; VICENT CHULIÁ, «La responsabilidad de los administradores en el concurso», En: *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 4, 2006, p. 47.

³ Posteriormente este régimen se hizo extensivo también para las sociedades limitadas por la Ley 2/1995, de 23 de marzo (art. 105.5 LSRL).

⁴ VICENT CHULIÁ, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil*, 21 Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 479.

En este sentido, la Segunda Directiva en materia de sociedades (Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976) consolidó los principios que han configurado tradicionalmente la disciplina del capital social, y como su propio título expresa, su finalidad prioritaria fue «coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados Miembros a las sociedades en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital»⁵. Así, en su artículo 17 hacía referencia a las pérdidas graves de capital social⁶. Este precepto, por un lado, impuso la obligación de los administradores de convocar a Junta General, o tomar medidas alternativas, en caso de pérdidas graves, y por otro lado, fijó los límites cuantitativos para la calificación del supuesto de pérdidas graves.

No obstante, como menciona MACHADO PLAZAS, se trató de una norma más fruto del compromiso, que de un verdadero afán innovador, motivo por el cual, adaptada la Directiva en las legislaciones estatales, siguieron coexistiendo los dos modelos de regulación de la pérdida del capital social que el texto comunitario tenía como finalidad superar. De un lado, encontramos el modelo *germánico* o exclusivamente informativo de la pérdida del capital social – un sistema en el que pesa sobre los administradores el deber de convocar la Junta General para informar a los socios de la pérdida grave, sin configurarse ésta como una causa legal de disolución (como es el caso del Derecho alemán, inglés y holandés). De otro lado, está el modelo *francés* o de reacción, en el que tradicionalmente la pérdida grave se configuraba como una causa legal de disolución de la sociedad⁷.

Para el citado autor, resulta claro que el artículo 17 se decantó por el modelo francés, en la medida en que tipificaba la pérdida grave de capital como

⁵ MACHADO PLAZAS, José, *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Madrid: Civitas, 1997, p.104.

⁶ Art. 17 de la Directiva 77/91/CEE “1. En caso de pérdida grave del capital suscrito, deberá convocarse Junta General en un plazo fijado por las legislaciones de los Estados miembros, con el fin de examinar si procede la disolución de la sociedad o adoptar cualquier otra medida. 2. La legislación de un Estado miembro no podrá fijar en más de la mitad del capital social suscrito el importe de la pérdida considerada como grave en el sentido del apartado primero.”

⁷ MACHADO PLAZAS, José, *Op.cit.*, págs. 101-107.

causa de disolución de la sociedad o, alternativamente, exigía la adopción de medidas alternativas. En consecuencia, en virtud de la norma comunitaria, la pérdida grave del capital social debía tipificarse, en las legislaciones estatales, como una causa de disolución obligatoria cuando no se decidían otras medidas⁸. Sin embargo, en opinión de ROJO, la Segunda Directiva no establecía que la pérdida grave del capital social debía configurarse necesariamente como causa legal de disolución en las legislaciones internas, permitiendo la coexistencia del modelo germánico y el francés⁹.

El sistema propuesto por la normativa comunitaria fue adoptado por España en la Ley 19/1989 de 25 de julio, de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades. No obstante, el régimen establecido por el legislador español superó la simple adaptación a la Directiva Comunitaria, pues ésta no establecía las consecuencias que se pudieran inferir del incumplimiento de los deberes de promoción oportuna de la disolución, mientras que el precepto español sí lo hace.

De este modo, podemos apreciar una voluntad legislativa de crear un sistema distinto e innovador que, como veremos más adelante, cumple sus fines a través de la imposición de un severo sistema de responsabilidades a los administradores de las sociedades anónimas y limitadas.

Este régimen de responsabilidad se caracteriza por la confluencia de dos elementos:

- a) La imposición de unos deberes legales específicos a los administradores, orientados a la promoción oportuna de la disolución.
- b) La imposición de responsabilidad por las obligaciones sociales, a manera de sanción, en caso de incumplimiento de los deberes legales.

⁸ *Ibidem*, págs. 101-107.

⁹ ROJO, Ángel, «Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas». En: *Derecho de Sociedades: Libro Homenaje de Fernando Sánchez Calero*, Vol. II, Madrid: Mc Graw-Hill, 2002, p. 1443.

El sistema así estructurado, en la práctica, se convirtió en un interesante mecanismo orientado a la protección de los acreedores (aunque no fuere ésta su finalidad principal como veremos más adelante). Su utilización fue frecuente en aquellos casos en los que se constataba la falta de adopción de las medidas oportunas en orden de promover la disolución por parte de los administradores de sociedades, con la intención de prevenir las situaciones de insolvencia.

1.1.2.- La Ley 22/2003 de 9 de julio

Varios años después de la entrada en vigor de la Ley 19/1989 (que establece el régimen de responsabilidad comentado en la sociedades anónimas) y la Ley 2/1995 (que lo establece para las sociedades limitadas), ambas fueron modificadas por la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal (disposiciones finales 20ª y 21ª)¹⁰, que entró en vigor el 1 de setiembre de 2004¹¹. Las reformas abarcaron básicamente dos temas:

a) La introducción de la alternativa de la solicitud de concurso:

Tal como menciona RUIZ MUÑOZ, esta reforma tuvo una doble finalidad. Por una parte, delimitar los ámbitos de aplicación de las normas societarias y concursales (art. 260.1.4 LSA y 104.1-e LSRL)¹², y por otra parte, producir

¹⁰ Específicamente se modificaron los arts. 260.1.4º, 260.2, 262.2, 262.5 de la LSA y los equivalentes en la LSRL, 104.1-e, 104.2, 105.1 y 105.2.

¹¹ Esta LC supuso la sustitución del régimen concursal decimonónico representado por la *quiebra* y la *suspensión de pagos* para las situaciones concursales de los comerciantes, y la *quita y espera* y el *concurso de acreedores* para las de los no comerciantes, para quedar todos englobados en una única institución concursal: el *concurso*, cuya declaración y efectos es objeto de régimen único. ALONSO ESPINOSA, Francisco. «La declaración de concurso de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (Estudio Preliminar)». En AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. T. I, Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 918.

¹² Con destaca RUIZ MUÑOZ, con dicha reforma se delimitó negativamente el ámbito objetivo de aplicación de la disolución por pérdidas, dejando fuera a los supuestos concursales. Por tanto, según exista o no insolvencia, estaremos en el ámbito societario (causa de disolución) o en el ámbito concursal. La delimitación de los supuestos mencionados parte de la distinción entre pérdidas cualificadas (en el derecho de sociedades) y situación de insolvencia (en el ámbito del concurso), que a su vez puede ser, actual o inminente. La solución societaria debe prosperar si no existe situación de insolvencia, mientras que la solución concursal será la que se imponga en caso de que concurren las situaciones de pérdidas cualificadas y de insolvencia. RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Administradores y deudas sociales: Derecho de sociedades versus Derecho concursal», *En Derecho de los Negocios*, Nº 194, Año 17, Nov. 2006, p.7.

efectos liberatorios para los administradores respecto de su deber de promover la disolución, como la consiguiente responsabilidad que su incumplimiento conlleva¹³. La novedad consistió en condicionar la causa de disolución relativa a la existencia de pérdidas graves (art. 260.1.4 LSA y 104.1-e LSRL¹⁴) - siempre que no se hayan tomado medidas alternativas para remover la causa de disolución – al hecho de que no sea procedente solicitar la declaración de concurso de la sociedad. En otras palabras, el administrador tendrá la obligación de promover la disolución, siempre que no sea viable solicitar la declaración de concurso.

En consecuencia, la carga o deber de los administradores de promover la disolución por pérdidas cualificadas cede cuando proceda la solicitud de la declaración de concurso (art. 260.1.4 LSA). Ello significa que en ese caso no será aplicable la responsabilidad del art. 262.5 LSA sino la responsabilidad por complemento del art. 172.3 LC¹⁵.

Pues bien, como sostienen SEQUEIRA, SACRISTÁN Y MUÑOZ, esto no implica que si se produce una causa de disolución por pérdidas patrimoniales graves se eludan las responsabilidades en las que los administradores hubieran podido concurrir por incumplir sus deberes al respecto (art. 262.5 LSA), si es que posteriormente se hace presente una insolvencia actual y promueven una solicitud de declaración de concurso. Así, la solicitud de concurso no exonera de las obligaciones y responsabilidades pertinentes adquiridas antes de que surja la insolvencia actual. Para los citados autores, una interpretación diferente llevaría a una exoneración de la específica responsabilidad en la que podían haber incurrido los administradores en el régimen de la disolución sólo porque se produzca la solicitud tardía de concurso y a pesar de haber transcurrido el plazo para convocar la Junta para que se adoptara el acuerdo de disolución¹⁶.

¹³ RUIZ MUÑOZ, Miguel. *Op.cit.*, p. 6.

¹⁴ En ambos casos el tenor de los artículos es el mismo: «Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

¹⁵ RUIZ MUÑOZ, Miguel, *Op.cit.*, p.7-8.

¹⁶ SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo, SACRISTÁN BERGIA, Fernando y MUÑOZ GARCÍA, Alfredo. «La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en situación de crisis económicas». En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Nº 5, 2006, p. 215.

El problema que surge ante este nuevo supuesto, como destaca RUIZ MUÑOZ, es que la norma no se presenta clara en cuanto a si la procedencia al concurso hay que interpretarla de manera amplia, que comprenda ambos tipos de insolvencia, la actual e inminente, o de manera estricta, que sólo abarque la actual¹⁷.

Si bien el tema se presenta bastante claro cuando la insolvencia es actual (supuesto en el cual la solicitud de concurso es obligatoria en la LC), RUIZ MUÑOZ, señala que este no es tan claro en caso de la insolvencia inminente (cuando la solicitud de concurso es facultativa). Indica que en virtud de la máxima *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, se debieran abarcar ambos supuestos, sin embargo, con esta interpretación se desactivaría de manera relevante la posible aplicabilidad del artículo 262.5 LSA. Más aún, a los administradores, ante una reclamación por este precepto, les puede resultar fácil acudir al argumento de la procedencia en caso de insolvencia inminente por dos razones: 1) Porque el criterio para delimitar lo concursal y lo societario es la simple procedencia de la solicitud de declaración de concurso, y 2) Por la gran proximidad entre los supuestos de pérdidas graves e insolvencia (especialmente su proximidad con la insolvencia inminente). Así, de acreditarse la insolvencia inminente, los administradores podrán eludir, no sólo la responsabilidad por deudas sociales del artículo 172.3 LC, sino también la del art. 262.5 LSA. Por lo tanto, de estar por una interpretación amplia, se podría pensar que de esta manera se crea una vía directa hacia el fraude de ley¹⁸.

Ahora bien, en el supuesto insolvencia inminente, y ante la disyuntiva, entre el «deber» de promoción de la disolución y la «facultad» de solicitar la declaración del concurso, debe primar el primero, el deber ante la facultad. No obstante, si la solicitud de concurso satisface los intereses protegidos por el deber de disolución, deberá entenderse que se ha producido el cumplimiento

¹⁷ RUIZ MUÑOZ, Miguel, *Op.cit.*, p.7-8.

¹⁸ *Ibidem*, p.8. Respecto a la interpretación de esta norma, CERDÁ considera que si la insolvencia es actual deberá solicitarse obligatoriamente el concurso; y si esta insolvencia es inminente, la vía concursal sigue siendo facultativa. CERDÁ ALBERO, F. "La Insolvencia: presupuesto objetivo del concurso" En AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. T. I, Madrid, 2005, p. 973.

por equivalente del deber de disolución. Por tanto, parece que la interpretación más pausable aconseja entender que la expresión relativa a la procedencia de la solicitud de la declaración de concurso abarca sólo a la insolvencia actual¹⁹.

En nuestra opinión, esta reforma, que pudo ser más clara en cuanto a su redacción y que incluyó el concurso como una alternativa de cumplimiento, contribuyó a atenuar ligeramente la dureza de la responsabilidad impuesta a los administradores. Ello, porque se entenderán cumplidos sus deberes no sólo cuando convocasen a Junta General y, en su caso, solicitasen la disolución judicial, sino también cuando instasen a concurso si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia. Esto, además, termina siendo favorable para la propia empresa, pues el nuevo supuesto que se contempla ahora, encuentra respaldo en un deber legal, en un intento de garantizar una promoción oportuna del concurso. Finalmente, si bien la Ley 22/2003 obvió la distinción entre insolvencia actual e inminente, coincidimos con la interpretación doctrinal según la cual sólo debe contemplarse la alternativa de solicitar el concurso en caso de insolvencia actual, por ser ello más coherente con las normas concursales.

b) La reformulación de los órganos legitimados para la solicitud de concurso:

Aquí el tema discutido se presentó para la reforma de la LSA. Las dudas surgen porque las referencias a la Junta de Socios (arts. 262.2.III y 262.5 *in fine* LSA) son indirectas y nada precisas. Por ello resulta difícil llegar a la conclusión de que dicho órgano esté legitimado. A ello se suma la atribución expresa de competencia de los administradores sobre la base de la LC, lo que constituye una simple reiteración por parte del art. 262.2.II LSA. Al respecto, se viene a coincidir en términos generales, que la competencia es del órgano de administración, sin perjuicio de la salvedad respecto a la insolvencia inminente y de una posible competencia concurrente con la Junta de Socios. El

¹⁹ RUIZ MUÑOZ, Miguel, *Op.cit.*, págs.9-10. A favor de que el nuevo supuesto contemplado en la Ley 22/2003 sólo debe abarcar la insolvencia actual encontramos a SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo, SACRISTÁN BERGIA, Fernando y MUÑOZ GARCÍA, Alfredo. *Op.cit.*, p. 215.

tratamiento es diferente en la LSRL, donde se establece expresamente que la solicitud de concurso requerirá acuerdo de la Junta General adoptado por la mayoría a que se refiere el art. 53.1 LSRL²⁰.

1.1.3.- La Ley 19/2005, de 14 de noviembre

Más adelante, el legislador parece haber sido sensible a la crítica y atenuó coherentemente el régimen vigente en lo relativo a la responsabilidad de los administradores el cual abarcaba su responsabilidad por «todas» las obligaciones sociales. En la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España²¹, se dispuso la modificación de los artículos 262.5 LSA y 105.5 LSA²², en el sentido que la sanción de los administradores que incumplan sus deberes se extienda únicamente a las obligaciones sociales «posteriores» al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.

Esta modificación constituyó un importante límite temporal en el ámbito de la responsabilidad que venía pesando sobre los administradores. No obstante, para RUIZ MUÑOZ, salvo en lo relativo a la reducción del ámbito de responsabilidad, la norma deja mucho que desear y no aporta casi nada, más bien añade nuevos problemas²³.

²⁰ *Ibidem*, p.9.

²¹ Específicamente en las disposiciones Finales Primera y Segunda, que introducen, entre otras modificaciones de la LSA y LSRL, la de los artículos 262.5 LSA y 105.5 LSRL.

²² Dicha modificación tiene el mismo texto en ambos artículos «Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso. En estos casos, las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.»

²³ Sostiene esto, porque en su opinión esta reforma no llega a solucionar los problemas de coordinación entre las normas societarias y concursales provocados por la LC (Ley 2/2003, del 9 de julio), lo cuáles no se limitan al ámbito objetivo. A ello hay que añadir los problemas relativos a la coordinación entre la responsabilidad por daños (arts. 133 y ss. LSA, 48.2 y 172.2.3º LC) y la responsabilidad por deudas (arts. 262.5 LSA, 105.5 LSRL y 172.3 LC). Y por otro lado, porque no resuelve ninguna de las dudas interpretativas suscitadas por la LC, tanto respecto a sus propias normas (art. 172.3 LC), como respecto a las modificaciones introducidas

Como menciona el citado autor, esta reforma se hacía necesaria por razones de *reparto contractual del riesgo*. En mérito de esta regla, recogida también en diversos preceptos del Derecho Civil²⁴, se puede afirmar que debe ser obligación de los acreedores anteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, la vigilancia o el control de la solvencia futura de la sociedad deudora o actuar en consecuencia en defensa de sus créditos.

Antes de la reforma de 2005 (Ley 19/2005), el artículo 262.5 LSA (105.5 LSRL) no distinguía entre dos tipos de acreedores: aquellos que contrataron con anterioridad a la concurrencia de la causa de disolución (obligados a la vigilancia y control de la solvencia futura de la sociedad en virtud de la teoría del reparto contractual del riesgo); y los que contrataron con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución, que por lo general serán desconocedores de la situación de pérdidas graves, y que contratan en la falsa creencia de que la sociedad es solvente.

Pues bien, dicha distinción es de fundamental importancia a la luz de la teoría del reparto contractual del riesgo. Ello porque, como dijimos, en mérito

por ésta en la LSA (disp. Final 20ª: art. 262) y LSRL (disp. final 21: art. 105). RUIZ MUÑOZ, Miguel, *Op.cit.*, p.13.

²⁴ RUIZ MUÑOZ destaca que la regla del reparto contractual del riesgo se encuentra recogida en diversos preceptos. Entre otros, menciona los arts. 1129 (vencimiento anticipado), 1206 (asunción de deudas), 1529 CC (cesión de créditos). En el primero y respecto al primer supuesto de la sobrevenida insolvencia del deudor, entendida ésta como una situación objetiva del patrimonio del deudor, se nos dice lo siguiente: la insolvencia anterior no permite nunca reclamar el vencimiento anticipado, lo que encuentra su fundamento en la existencia de una carga de diligencia del deudor, que ha debido investigar y conocer la situación patrimonial del deudor. No obstante si la insolvencia del deudor existía, pero era de hecho desconocida para el acreedor la cuestión se presenta más dudosa, pero el propio CC la tiene en cuenta en otros casos, como la cesión de créditos, o la asunción de deudas. La referencia está hecha en los artículos 1206 y 1529 CC, respectivamente. Se parte aquí de un criterio similar al anterior, la insolvencia del deudor cedido, producida con posterioridad al negocio de cesión, constituye para el adquirente del crédito un riesgo normalmente derivado del negocio que él lleva a cabo, un riesgo que le es conocido y que ha debido conocer, de manera que es el cesionario quien lo debe asumir y quien debe preocuparse de las variaciones posteriores a la cesión que la solvencia del deudor pueda experimentar. Pero el artículo 1529 establece una excepción, además del pacto, cuando la insolvencia fuese anterior y pública, en cuyo caso responde el cedente de la solvencia del deudor. Lo que debe ser entendido – se nos sigue diciendo – conjuntamente con el art. 1206, como una obligación *ex lege* de garantía, que sólo encuentra justificación cuando el cesionario hubiese sido víctima de un engaño sobre la solvencia del deudor cedido, que puede producirse a través de la falta de información. La solución final debería ser la anulabilidad del negocio de cesión, pero se da una solución casuística ante las carencias dogmáticas en el momento codificador. *Ibidem*, p.13.

de dicha regla no sólo no deben ser responsables los administradores frente a aquellos acreedores que contrataron antes de la ocurrencia de la causa de disolución, sino que tampoco deben ser responsables los administradores frente a los acreedores que contrataron con posterioridad, pero debidamente informados sobre la situación de crisis financiera de la sociedad. El motivo es que en estos casos, dichos acreedores contratan a sabiendas del riesgo que asumen y estarían actuando de mala fe²⁵. En el siguiente capítulo desarrollaremos más este tema, cuando exponamos la tesis contractual-representativa.

En definitiva, vista la evolución legislativa, se puede concluir que la entrada en vigor del nuevo sistema de responsabilidad de los administradores por deudas sociales en realidad fue revolucionario respecto al régimen anterior, en el que cual era frecuente que ni los administradores ni los socios se preocupasen por disolver o promover el concurso a las sociedades de capital que cesaban en la actividad mercantil, las cuales solían quedar en una especie de limbo, en una suerte de «*disolución de hecho*».

1.2.- Breve referencia al Derecho Comparado

En el Derecho comparado, el tema de la responsabilidad de los administradores por retardo o inacción respecto de la promoción del concurso en el periodo previo a la declaración de insolvencia, se presenta complejo. Así, las dificultades probatorias que plantea el ejercicio por los acreedores de las acciones sociales o individuales de responsabilidad en los supuestos de insolvencia han llevado a las legislaciones nacionales a ensayar nuevas acciones como la *action en comblement du passif* del Derecho francés (y belga) y la *wrongful trading* anglosajona. Se trata de acciones concursales cuyo fundamento reside en el comportamiento pre-concursal de los administradores en cuanto a su obligación de promover o solicitar el concurso o adoptar las medidas necesarias para evitar la insuficiencia del activo²⁶.

²⁵ *Ibidem*, págs.13-14.

²⁶ POLO SANCHEZ, Eduardo, «Responsabilidad de administradores ¿uniformidad europea o diversidad de sistemas nacionales?», En I Congreso de Derecho Mercantil: Veinte años de

En el Derecho francés se contempla la *action en comblement du passif* (L.651-2 del *Code de commerce*). Esta acción dispone que cuando la resolución de un plan de salvaguardia de las empresas, de reordenación o de liquidación judicial de una persona jurídica hiciera aparecer una insuficiencia del activo, el Tribunal podría decidir, en caso de que una falta de gestión haya contribuido a esta insuficiencia del activo, que las deudas de la persona jurídica sean soportadas, en todo o en parte, por los dirigentes, de hecho o de derecho, que hayan contribuido a la falta de gestión²⁷.

En este ordenamiento, tal como indica POLO SÁNCHEZ, no se establece una responsabilidad por deudas como la española, sino es una responsabilidad por daños destinada a reintegrar el patrimonio social, ya que las cantidades pagadas por los administradores entrarán en el patrimonio del deudor y serán repartidas a prorrata entre todos los acreedores²⁸. Se trata de una acción específica de los procedimientos concursales que conserva la naturaleza de la acción social de responsabilidad y que, en lugar de ser ejercida directamente por los acreedores, lo será por el órgano de administración de la reordenación o liquidación judicial. Tiene como particularidad que da libertad a los Tribunales para adoptar las disposiciones que crea convenientes sobre los efectos personales y patrimoniales a que da lugar el ejercicio de la acción²⁹.

El Código belga de sociedades de 1999 dispone que en caso de quiebra de la sociedad o de insuficiencia de activo, si se declara que una falta grave y calificada ha contribuido a la quiebra, todo administrador o antiguo administrador, así como cualquier persona que efectivamente tenga poder de gestionar las deudas sociales, pueden ser personalmente obligadas, con o sin

España en la Unión Europea: Balance y perspectivas, Dir. Arroyo Martínez, Ignacio, Navarra: Aranzadi, 2009, págs. 393-394.

²⁷ *Ibidem*, p. 394.

²⁸ Se trata pues de una responsabilidad por daños que exige la culpa o la conducta antijurídica de los administradores como origen de la insuficiencia del activo. Además exige que entre la acción u omisión negligente y el daño exista una relación de causalidad. *Ibidem*, págs. 394-395.

²⁹ *Ibidem*, p. 395.

solidaridad, en todo o en parte, al pago de las deudas sociales hasta la concurrencia de la insuficiencia del activo de la sociedad³⁰.

La forma como el ordenamiento inglés afronta esta situación es a través de la figura de responsabilidad por *wrongful trading*, básicamente dirigida a proteger a los acreedores ante la falta de diligencia del administrador, por no haber tomado las acciones necesarias para minimizar las pérdidas desde que supo o debía haber sabido que no existía ninguna alternativa razonable para evitar la crisis concursal. La extensión de la responsabilidad viene determinada por los perjuicios derivados de los créditos o contratos concertados y no cumplidos, a partir del momento en que debieron tomar acción y no lo hicieron³¹.

El ordenamiento inglés, a diferencia del español, no hace responsables solidarios a los administradores por las deudas sociales, sino que les obliga a contribuir con la masa activa de la sociedad en la cuantía que el juez considere adecuada en función al montante a los que ascienden los daños causados por su actuación. El problema de esta figura, como señala VIÑUELAS, es que la suma obtenida por concepto de responsabilidad beneficiará a todos los acreedores y no sólo a los acreedores perjudicados con la actuación del administrador, lo que podría dejar desprotegidos a estos últimos si la masa activa no alcanza para cubrir todas las deudas³².

En el Derecho alemán, la Ley alemana de sociedades por acciones impone a los miembros de la dirección el deber de convocar inmediatamente a la Junta General. No obstante, dicha convocatoria no tiene por finalidad ni la disolución de la sociedad, ni que la Junta adopte necesariamente una medida de emergencia. Luego de haberse manifestado el endeudamiento excesivo de la sociedad o su insolvencia, se exige a los directores no efectuar pagos, salvo aquellos que correspondan a la diligencia de un gerente ordenado. El

30 SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Los administradores en las sociedades de capital*, Navarra, Aranzadi, 2007, p. 474.

31 VIÑUELAS SANZ, Margarita, «Insolvencia de sociedad y responsabilidad de sus administradores en el Derecho inglés: *wrongful trading*», En Revista de Derecho Mercantil, Nº 255, 2005, págs. 304-306.

32 *Ibidem*, p. 309.

incumplimiento por parte de la dirección de solicitar la apertura del procedimiento concursal dará origen a su responsabilidad por los daños causados a los acreedores³³.

Hasta aquí hemos podido apreciar que los ordenamientos francés, belga, alemán e inglés, regulan de manera menos rigurosa que la española la responsabilidad de los administradores, ya que prevén una responsabilidad por los daños y perjuicios efectivamente ocasionados ante el incumplimiento de sus deberes legales, y no originada del sólo incumplimiento de éstos.

Además, en relación a la cuantía de las deudas sociales por las que deberán responder los administradores, no dispone que los administradores deban responder solidariamente de las deudas con la sociedad, sino que se trata de una responsabilidad destinada básicamente a reintegrar el patrimonio social. Deja a consideración de los Jueces y Tribunales que se responda por todo o parte (ordenamiento francés) o simplemente dispone que deben responder por el monto de los perjuicios según lo que el Juez determine (ordenamiento inglés)³⁴.

A nivel Comunitario, en el año 2002, la Comisión Europea conformó un grupo de expertos de alto nivel en Derecho de Sociedades con vistas a afrontar el debate sobre la necesidad de modernizar la legislación europea en dicha materia. La tarea asignada fue la de proporcionar a la Comisión recomendaciones sobre la creación de un marco reglamentario moderno para el derecho europeo de sociedades. Este grupo emitió el 2 de noviembre de 2002 el Informe Winter (*Winter Report*) y propuso el establecimiento de un marco normativo comunitario sobre la negligencia sancionable que proclamaría la responsabilidad de aquellos administradores que dejan a la sociedad proseguir sus actividades cuando es previsible que no podrá pagar sus deudas. Esta propuesta no tomó como base el sistema español, sino más bien, como

³³ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Op.cit.*, p. 472.

³⁴ En opinión de POLO SÁNCHEZ, en todo caso, la norma española que más se parece a la francesa, por los poderes atribuidos al Juez, por la exigencia de una conducta dolosa o negligente y por requerir la insuficiencia del activo, es la contenida en el art. 172.3 de la propia LC. POLO SANCHEZ, Eduardo, *Op.cit.* p.388.

menciona POLO SÁNCHEZ, siguió la misma o similar línea que la *wrongful trading* anglosajona, la *action en comblement du passif* francesa y belga u otras legislaciones europeas parecidas³⁵.

1.3.- Finalidades que persigue el sistema de responsabilidad

Para comprender más claramente la naturaleza jurídica de la responsabilidad que estamos analizando, es necesario previamente dilucidar cuáles fueron las finalidades a las que apuntó el legislador español al establecer un régimen de responsabilidad tan *sui generis* como el que comentamos.

Entre los motivos diversos que justifican la imposición de dicha responsabilidad, la doctrina recoge los siguientes:

1.3.1.- Evitar la pervivencia de sociedades incursas en causas de disolución

Como mencionamos, el actual régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por no promoción de la disolución o concurso de la sociedad constituye una respuesta legal a una situación problemática que venía produciéndose de manera constante durante la legislación anterior: la proliferación de sociedades *fantasma* o *durmientes*. Éstas eran sociedades en crisis económica y financiera, que cesaban en su actividad por dificultades patrimoniales insalvables, sin promover su disolución y liquidación, perviviendo de modo puramente formal en el Registro Mercantil y en el tráfico, sin patrimonio ni actividad³⁶.

³⁵ *Ibidem*, p. 389.

³⁶ Como indica ROJO, con este mecanismo se pretendía conseguir que las sociedades que se encontrasen en tal estado se disolvieran efectivamente o adoptaran medidas de saneamiento alternativas, evitando aquella frecuente situación en que las sociedades de capital, a pesar de las graves pérdidas, continuaban existiendo y operando en el tráfico «como si nada hubiera pasado». ROJO, Ángel, *Op.cit.*, p. 1448. Ver también, BELTRÁN, Emilio, «La modificación legal del ámbito objetivo de la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales», En *Anuario de Derecho Concursal*, N° 7, 2006, p. 253.

Así, como indica ESTEBAN, la Ley de 1989 pretende que, en el caso de que concurran determinadas causas de disolución³⁷, no se prolongue de manera indefinida o agravada la situación anormal que aquellos acontecimientos revelan. Lo que procura es que, cuanto antes se adopten las medidas para remover la causa concreta o disolver efectivamente la sociedad. En este sentido, el citado autor considera que la responsabilidad de los administradores se configura como *medio de garantía de la eficacia de las causas de disolución*, y muy en particular, en el caso de la existencia de pérdidas cualificadas³⁸. Si la estabilidad del patrimonio social se ve perturbada por determinado nivel de pérdidas sociales, lo que quiere el legislador es que los órganos sociales reaccionen³⁹.

De esta forma, para evitar que la sociedad continúe asumiendo obligaciones patrimoniales a las que más adelante no pueda responder, el legislador ha querido establecer un mecanismo preventivo: ante la presencia de una causa de disolución, la sociedad ha de disolverse y liquidarse en forma voluntaria, o tomar medidas alternativas. Caso contrario, los administradores pasarán a ser responsables de las nuevas obligaciones sociales.

En opinión de BELTRÁN, se trata de una responsabilidad esencialmente preventiva (y en ese sentido *pre-concursal* en tanto que busca la adopción de medidas oportunas para evitar que la sociedad entre a concurso⁴⁰) desde el momento en que se precisa, en los arts. 260.1-4 LSA y 104.1 LSRL, que no

³⁷ Las previstas en los números 3º, 4º, 5º y 7º del artículo 260.1 de la LSA.

³⁸ ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y a terceros: acción individual y acción por no promoción de la disolución». En: *RdS*, N° 5, 1995, p. 68.

³⁹ ALCOVER GARAU, Guillermo, «La doble reforma de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital», En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 4, 2006, p. 83.

⁴⁰ BELTRÁN menciona que la imposición de responsabilidad a los administradores no es una consecuencia de la insolvencia – y mucho menos, del impago de una obligación social – sino, en caso de pérdidas, de una medida preventiva de esa insolvencia; si es una situación grave, pero en la que todavía hay solvencia, se obliga a la sociedad a disolver o a adoptar una medida alternativa, bajo la amenaza a los administradores de responder por las obligaciones sociales. Cumple así el sistema legal una función pre concursal. BELTRÁN, Emilio, «La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución» En: AAVV, J. Bolás Alfonso (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 143. En el mismo sentido ROJO menciona que la norma cumple una función preventiva en orden a la disolución oportuna de la sociedad. ROJO, Ángel, *Op.cit.*, p. 1448.

concurrirá causa de disolución por pérdidas graves del capital cuando la sociedad sea ya insolvente. En dicha situación, carece de sentido poner en marcha una causal de disolución, cuya finalidad es, precisamente, evitar esa insolvencia mediante la correspondiente liquidación voluntaria o medida alternativa⁴¹. No obstante, en opinión de RUIZ MUÑOZ, más que hablar de una norma de naturaleza *pre-concursal*, parece que habría que hablar de una regla o precepto *anti-concursal*, puesto que si la intimación que contiene produce sus efectos, difícilmente se evitará llegar a la situación concursal⁴².

Finalmente, es preciso destacar que no se trata de un sistema *pacífico* en cuanto a las medidas que dispone para el fomento de la disolución, sino que lo hace de una manera coactiva. Ello porque consigue sus fines a través de la imposición a los administradores de una sanción en caso de incumplimiento de sus deberes legales⁴³.

1.3.2.- Protección de los intereses de los acreedores

El problema que existía a consecuencia de la permanencia en el mercado de sociedades en grave situación de crisis, era que acreedores sociales veían perjudicado el cobro de sus créditos, mientras los socios y administradores de la sociedad deudora procedían impunemente a abandonar a la sociedad en crisis y constituir una nueva sociedad. Lo curioso era que ésta continuaba desarrollando la misma o similar actividad económica que la anterior.

Antes de la entrada en vigor del régimen de responsabilidad por deudas contemplado (Ley 19/1989, de 25 de julio), la forma en que los acreedores sociales enfrentaban la situación comentada era mediante la acción individual de responsabilidad de los administradores. Sin embargo, ello exigía probar la

⁴¹ BELTRÁN, Emilio. «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales». En: *La responsabilidad de los administradores*, Dirs: ROJO, Ángel y Emilio BELTRÁN. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 235.

⁴² RUIZ MUÑOZ, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): Análisis contractual-representativo», p. 475.

⁴³ En opinión de BELTRÁN, se trata de una medida de presión para conseguir el resultado deseado. BELTRÁN, Emilio, *La disolución de la sociedad anónima*. Madrid: Civitas, 1997, p. 147.

existencia de un comportamiento culposo y, además, la producción de un daño⁴⁴, por lo que no resultaba eficaz.

Ciertamente, desde la entrada en vigor de la LSA de 1951, la aplicación jurisprudencial de la acción individual no resultó satisfactoria ni uniforme en relación con el cierre de hecho de las sociedades de capital⁴⁵. Estos fueron los casos en los que se presentó mayor confusión en los Tribunales, específicamente por la dificultad para distinguir e interpretar el presupuesto de la acción consistente en el necesario nexo causal entre conducta antijurídica del administrador (cierre *alegal* o de facto del ente social) y el daño irrogado (normalmente el pago de los créditos de la sociedad)⁴⁶.

Para RUIZ MUÑOZ, la responsabilidad prevista en el art. 262.5 LSA es una manifestación del principio de correspondencia mínima o de efectividad del capital social y su justificación obedece a la idea de que el capital social es una garantía de los acreedores sociales⁴⁷. Este principio exige publicidad⁴⁸, por ello,

⁴⁴ Tal como refiere SÁNCHEZ CALERO, en el régimen anterior, la jurisprudencia había declarado la responsabilidad de los administradores en casos de insolvencia de la sociedad cuando apreciaba la existencia de culpa grave y demás presupuestos que consideraba necesarios para el ejercicio de la acción individual frente a ellos por parte de los acreedores perjudicados al haber descuidado la disolución de la sociedad en la forma prevista por la ley, SÁNCHEZ CALERO, *Op.cit.*, p. 434.

⁴⁵ En este sentido, VICENT CHULIÁ menciona que la reforma española de 1989 parte de la constatación de la perplejidad de los Tribunales en la aplicación de la Ley de 1951, que no mantiene una línea uniforme en la exigencia de responsabilidad a los administradores en caso de sociedades «liquidadas de hecho», o extinguidas «de facto», sin respetar las normas sobre protección del capital social y sobre disolución y liquidación. Así, parte de la jurisprudencia exonera de responsabilidad ex art. 81 LSA a los administradores por el acreedor no probó que el incumplimiento de las normas sobre disolución y liquidación legal causara daño (STS de 3 de abril de 1990 [RGD 1991, pág. 3090], 4 de noviembre de 1991 [RAJ 8143] y 21 de mayo de 1992 [*Caso Borgarty SA*]. En cambio, las STS de 13 de febrero de 1990 [*Carbones Peñota SA*, pág 3090 y ss.], 25 de octubre de 1990 [*Desguaces del Vallés SL*, RAJ 8047] y 26 de diciembre de 1991 [RAJ 9604] les condenan». VICENT CHULIÁ, Francisco, «Responsabilidad de los administradores en sociedades no operativas», En *Derecho de los Negocios*, Nº 28, Año 4, Enero 1993, p.2.

⁴⁶ SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín, «La acción individual de responsabilidad en el marco de la crisis disolutiva y concursal de la sociedad de capital. Especial referencia al cierre de hecho». En: *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 274, 2009, p. 1330.

⁴⁷ Para RUIZ MUÑOZ, el artículo 262.5 es una de las manifestaciones del principio de correspondencia mínima o de efectividad del capital social. Se trata de una responsabilidad de los administradores frente a terceros por las deudas sociales que sólo va a nacer a título de culpa, bien por no hacer público el estado de insolvencia o bien por no advertir a los terceros contratantes, lo que se equipara a una falsa representación de la situación patrimonial de la sociedad, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): Análisis contractual-representativo». p. 549 y 552-553. No obstante, QUIJANO rechaza la conexión del artículo 262.5 LSA con dicho principio. QUIJANO

favorece a los acreedores en caso de haber contratado inducidos a error, permitiéndoles accionar no sólo contra la sociedad, sino también contra los administradores. Tal como resalta ARANGUREN, la aplicación de esta normativa ha gravitado fundamentalmente en dirección a los acreedores sociales, quienes ante la crisis social, tratarán de aprehender el patrimonio de los administradores para hacerse pago con él de los créditos contra la sociedad⁴⁹.

En este contexto, la doctrina mayoritaria coincide en afirmar que la responsabilidad impuesta a los administradores estaría cumpliendo también una función tuitiva o de tutela a los acreedores. Ello, porque está destinada a proteger a aquellos acreedores que creyendo en una situación normal desde el punto de vista económico y financiero de la sociedad, han realizado operaciones mercantiles con ella, llevándose con el transcurso del tiempo una desagradable sorpresa que afecta gravemente a su situación patrimonial a raíz de dicha contratación⁵⁰.

GONZÁLEZ, Jesús. «Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad. Art. 262.5, TRLSA (SAP Burgos 24 de julio de 1995)», RdS Nº 5, 1995, p. 278-279. En relación a la función del capital social como garantía de los acreedores, ver PAZ-ÁRES, Cándido, «Sobre la infracapitalización de las sociedades», En: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 36, Fasc. IV, 1983, p.1596.

⁴⁸ PAZ ÁRES, *Op.cit.*, p. 1595 y ss.

⁴⁹ ARANGUREN URRIZA, F.J. «El régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: causas, efectos y extinción». En: AAVV, J. Bolás Alfonso (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 24.

⁵⁰ En relación a las consecuencias del desconocimiento de los acreedores de la situación patrimonial, se pronuncia el TS en la STS del 16 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7390). Además es mencionado por RUIZ MUÑOZ, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): Análisis contractual-representativo», p. 538-539; PUYOL MARTÍNEZ, Blanca y Javier JUSTE MENCÍA. «Ejercicio de la acción de responsabilidad por las deudas sociales contrario a la buena fe (STS 942/2003, Sala de lo Civil del 16 de octubre)», En *RdS*, Nº 23, Año 2004, p. 260-261. En relación a la finalidad tuitiva del sistema, CERDÁ señala que con este régimen de responsabilidad se intenta cercenar problemas estructurales de la sociedad incurso en causa de disolución, problemas que pueden no ser conocidos por terceros e incluso por los socios, y que pueden ocasionar daños patrimoniales a los acreedores sociales. CERDÁ ALBERO, Fernando. *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p 79. En la misma línea, ROJO menciona que la norma pretendía establecer un mecanismo de tutela de los acreedores sociales para conseguir, o intentar conseguir, que las sociedades que se encontrasen en mal estado se disolvieran efectivamente o adoptaran como alternativa medidas de saneamiento financiero, o al menos, que se abstuvieran de realizar nuevas operaciones. ROJO, Ángel. *Op.cit.*, p. 1448; MOYA JIMENEZ menciona que la responsabilidad contemplada supone tener un mecanismo adicional de defensa del crédito de los terceros ante la sociedad. De esta forma se sancionan las conductas negligentes del órgano de gestión, para evitar que los acreedores se vean desprotegidos ante una persona jurídica descapitalizada, pero con apariencia de solvencia. MOYA JIMENEZ, A. «*La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes: con la repercusión de los Juzgados de lo Mercantil en la "acumulación de*

En opinión de ESTEBAN, en estos casos el daño para los acreedores se puede considerar directo, en la medida que la conducta ilícita del administrador lleva al tercero a confiar en la situación patrimonial aparente y a concluir un negocio que después resulta dañoso, no siendo viable trasladar a los terceros que contratan con la sociedad los riesgos de esa situación de crisis conocida pero ocultada por los administradores⁵¹. Por ello, y con base en el principio de correspondencia capital-patrimonio, RUIZ MUÑOZ afirma que la finalidad de la norma es evitar la inducción a error a terceros y, por tanto, se trata de una cuestión de publicidad destinada a facilitar el conocimiento por los terceros de la situación de pérdidas o de crisis empresarial y que actúen en consecuencia⁵².

En este marco, es importante destacar que la dureza de la norma se entiende plenamente justificada para el supuesto de pérdidas graves de capital social, tal como fue originariamente pensada⁵³, pues actuaría intentando evitar la insolvencia de la sociedad. No obstante, como afirma buena parte de la doctrina, parece ser excesiva respecto a otras causas legítimas de disolución,

acciones", y la influencia de la crisis económica en el incremento de los Concursos de Acreedores y en la responsabilidad de los administradores de las empresas concursadas», 6ta Ed., Barcelona: Bosch, 2009, p. 366.

⁵¹ ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital». En: AAVV, J. Bolás Alfonso (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p.97

⁵² RUIZ MUÑOZ, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): Análisis contractual-representativo», p. 549-551.

⁵³ Originariamente, la introducción de este régimen no tenía un alcance general para cualquier causa de disolución que deba ser acordada por la Junta General. La norma se limitaba, en principio, a la causa de disolución de la sociedad cuando las pérdidas dejaran reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, y fue sugerida como una medida necesaria para que tuviera acogida en nuestro ordenamiento la cautela prevista en el artículo 17 de la segunda Directiva comunitaria en materia de sociedades (Directiva 77/91/CEE del 13 de diciembre de 1976) de convocar la Junta General de sociedad en caso de pérdidas graves, en un plazo que habría de fijarse por la legislación nacional para ver si procedía la disolución de la sociedad o cualquier otra medida. SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Op.cit.*, p. 443. Ver también BELTRÁN, Emilio, *La disolución de la sociedad anónima*. p. 148; En opinión de RUIZ MUÑOZ, la extensión de la responsabilidad a otros supuestos (distintos al de pérdidas) tiene sentido en tanto en cuanto parten del mismo presupuesto de la pérdida patrimonial grave, así sucede con la imposibilidad de realizar el fin social y el cese de las actividades que constituyen el objeto social. RUIZ MUÑOZ, *Op.cit.*, p. 472-473.

pues no todas ellas conducen necesariamente a una situación de insolvencia que amenace a los acreedores⁵⁴.

Aunque lo seguiremos tratando más adelante, hemos esbozado que se trata de una responsabilidad que no exige acreditar la negligencia, el daño, ni el nexo causal. En ese sentido, no se trata de una responsabilidad de naturaleza indemnizatoria. Como señala AUGOUSTATOS ZARKO, la existencia del daño es un elemento accidental, pues ese tipo de responsabilidad puede llegar a declararse incluso sin que exista daño a terceros⁵⁵.

No obstante, para un sector minoritario de la doctrina⁵⁶, la función asignada a la norma se inserta en el sistema de responsabilidad por daños; concretamente, en la lesión de los intereses de los acreedores sociales, pues se vincula al supuesto de disolución por pérdidas graves. El interés del acreedor social se lesiona cuando los administradores incumplen el deber de promover la disolución social a tiempo, deber que se les impone para evitar la insolvencia de la sociedad. Por ello, si esta situación se produce y los

⁵⁴ En este sentido se pronuncia ESTEBAN cuando afirma que la responsabilidad de los administradores se establece como una garantía de la eficacia de las causas de disolución y muy en particular en el caso de existencia de pérdidas patrimoniales cualificadas, que es el que en la práctica se plantea con más frecuencia y polémica. ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», en: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, p.1706. Ver también: VALENZUELA GARACH, Javier. *La responsabilidad de los administradores en la disolución y concurso de las sociedades capitalistas*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 32; PAREDES SERRANO, Cristina. «Pérdidas, acuerdo de disolución judicial y responsabilidad de los administradores» (Comentario a la STS – Sala 1ª – de 30 de junio de 1997). En *RdS* Nº 13,1999, p. 330; URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y BELTRÁN, Emilio, *Comentario al Régimen Legal de las Sociedad Mercantiles*. Dirs. URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, 2da. Ed., Tomo XI, Madrid: Civitas, 2002, p. 78; RUIZ MUÑOZ cuando afirma que el artículo 262.5 LSA hay que anudarlo a la causa de disolución para la que fue especialmente pensada: las pérdidas cualificadas del artículo 260.1.4 LSA que tiene por finalidad evitar la inducción a error a los terceros. RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): Análisis contractual-representativo», p. 548-549; RONCERO SÁNCHEZ, Antonio, «Reforma en curso del régimen de responsabilidad de los administradores sociales por no promoción tempestiva de la disolución o el concurso de la sociedad», En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 3, 2005, p. 485.

⁵⁵ AUGOUSTATOS ZARCO, Nikolás. «SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 2003: Sociedades de capital. Responsabilidad de los administradores en orden a la disolución o remoción de la disolución de la sociedad. Presupuestos para el ejercicio de la acción de responsabilidad ex artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. La buena fe en el demandante» En: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 66 (2004), p. 934.

⁵⁶ CERDÁ ALBERO, Fernando. Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas, págs. 99-102.

acreedores no pueden cobrar a la sociedad, el acreedor insatisfecho puede exigir a los administradores el pago de la deuda social⁵⁷.

Sin embargo, como destacan PUYOL Y JUSTE, este tipo de responsabilidad no busca el resarcimiento del daño causado, que no debe ser siquiera probado, sino que la satisfacción de los acreedores aparezca como medida coactiva que justifique el fin de la política jurídica ya mencionado: evitar la actuación en el tráfico de sociedades extinguidas de hecho. Por este motivo, el acreedor tiene derecho a solicitar más de lo que podría obtener, ordinariamente, en el ejercicio de la acción de responsabilidad. Este sujeto se convierte en beneficiario directo de una medida dictada a favor de un interés distinto y colectivo, como es el de alejar del tráfico sociedades que, según la ley, deben desaparecer⁵⁸.

Por su parte GARCÍA-CRUCES también descarta que la norma tenga por finalidad la protección de los acreedores frente a un posible daño, sino más bien la necesidad de buscar un mecanismo que, repercutiendo sus consecuencias patrimoniales sobre los administradores, tenga como resultado el pronunciamiento de la sociedad respecto de una causa de disolución acontecida durante la vida social⁵⁹.

Finalmente, otro argumento que descarta la protección de los acreedores como finalidad última de la norma comentada, se encuentra en el artículo 262.3 LSA. Este precepto legitima a «*cualquier interesado*» para instar la disolución de la sociedad cuando consideren que esto es más conveniente para sus

⁵⁷ *Ibidem*, p. 192.

⁵⁸ PUYOL MARTÍNEZ, Blanca y Javier JUSTE MENCÍA, *Op.cit.*, p. 261-262. En la misma línea encontramos a AUGOUSTATOS ZARKO, que opina que la desaparición de sociedades afectadas por causas de disolución es la finalidad que justifica la imposición a los administradores de la responsabilidad por todas las deudas sociales, y no, en cambio, la protección de los acreedores, salvo que entienda a los terceros incluidos en el concepto más amplio de «*tráfico jurídico*», cuya seguridad sí se pretende proteger principalmente. AUGOUSTATOS ZARCO, Nicolás. *Op.cit.*, p. 934.

⁵⁹ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. «La responsabilidad de los administradores por no promoción o remoción de la disolución de la sociedad: Consideraciones en torno al debate jurisprudencial». En: *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales*. Dirs. Galán Corona, Eduardo y J.A. García-Cruces, Madrid: Tecnos, 1999, p. 66.

intereses⁶⁰. Por ello, no tendría sentido afirmar que la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales es una medida destinada a proteger el interés de los acreedores a que la sociedad se disuelva, toda vez que cualquiera puede instar a dicha disolución, no siendo facultad exclusiva de los administradores.

1.3.3.- Función para-concursal de la norma

El sistema también cumple una función para-concursal. Esto porque permite que los acreedores, sin necesidad de solicitar el concurso, puedan accionar contra los administradores de las sociedades en crisis.

Sin embargo, como señala BELTRÁN, esa función se redujo drásticamente desde el momento en que la responsabilidad de los administradores quedó limitada a las nuevas obligaciones sociales y, por tanto, no puede beneficiar a todos los acreedores sociales⁶¹.

1.4.- El garante de la política legislativa: ¿por qué el administrador?

Ahora bien, una de las cuestiones más importantes en relación al fundamento del sistema, es intentar esclarecer por qué el legislador hace recaer la responsabilidad sobre los administradores, y no sobre los socios, pese a que éstos son los únicos que en Junta General tienen la facultad de decidir si remover o no la causa de disolución de la sociedad. En este sentido, VICENT CHULIÁ afirma que la decisión de disolver la sociedad (o la alternativa de sanear la causa de disolución) constituye una competencia exclusiva de la Junta General, pues ello integra la denominada «iniciativa empresarial», que

⁶⁰ Tal como resalta MACHADO PLAZAS, la expresión «cualquier interesado» es muy amplia y presenta, por ello, notables dificultades en su interpretación. La formulación legal debe, a juicio de este autor, vincularse con la finalidad y naturaleza de orden público de la disolución judicial. El reconocimiento de una legitimación activa amplia (o abierta) tiene su fundamento en el propio interés del legislador en garantizar la disolución necesaria de la sociedad anónima incluso en aquellas hipótesis en la que administradores y mayoría de socios están de acuerdo en la mera continuidad de la sociedad sin remoción de la causa legal de disolución. MACHADO PLAZAS, *Op.cit.*, p. 287.

⁶¹ BELTRÁN, Emilio, «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», p. 236.

comprende la creación, adaptación y disolución de la empresa. De este modo, los administradores o terceros sólo podrán solicitar la disolución cuando los órganos sociales no puedan o no quieran ejercitar sus respectivas competencias⁶².

En este contexto, SÁNCHEZ CALERO afirma que el sistema legal de responsabilidad que comentamos carece de sentido lógico. Fundamenta esta afirmación en el hecho de se hace pasar a primer plano la presión sobre los administradores con grandes consecuencias para ellos, con el fin de que activen la declaración por la Junta de la existencia de cualquier causa de disolución de la sociedad, o de forma subsiguiente, la solicitud de disolución judicial. Se deja al margen el hecho de que la finalidad de la política legislativa quizás pueda conseguirse por otras medidas (como la ampliación de los supuestos de la cancelación de oficio de las sociedades en el Registro Mercantil, la más eficaz conexión del régimen fiscal y de la seguridad social con el Registro Mercantil, la eficacia del régimen concursal, etc.)⁶³.

Para el citado autor, la incoherencia del sistema se pone igualmente de manifiesto en caso que la Junta General acuerde, frente al criterio de los administradores, que no existe causa de disolución. Incoherencia que deriva no del hecho de que no se llegase a constituir la Junta o de que un acuerdo contrario a la disolución deba ser imputado a los socios y no a los administradores, sino del hecho de que todo socio está legitimado para pedir tal disolución judicial, correspondiendo a éste declarar si concurre o no la causa de disolución⁶⁴.

Otro motivo, que es expuesto por GARCÍA-CRUCES y que compartimos, es que no se hace recaer la responsabilidad sobre la Junta General por ser un

⁶² Para este autor, la finalidad del artículo 262, es poner en funcionamiento la «iniciativa empresarial» de la Junta General. Esto se logra mediante su convocatoria obligatoria por los administradores, y sólo de manera supletoria, establecer otros mecanismos de constatación y aplicación de la causa legal o estatutaria de disolución, específicamente ante una «situación de anormalidad» de la sociedad. VICENT CHULIÁ, Francisco, «Responsabilidad de los administradores en sociedades no operativas», págs.1-2.

⁶³ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Op.cit.*, p. 467.

⁶⁴ *Ibidem*, págs. 467-468.

órgano de funcionamiento discontinuo⁶⁵. Lo que es cuestionable, en todo caso, es la imposición de una responsabilidad de la que se deriven consecuencias tan severas que no dejan margen para valorar razonablemente otros elementos en aquellos casos en los que pudo existir un comportamiento diligente. No obstante, como hemos visto, la severidad de la regulación obedece a un objetivo de política legislativa que el legislador considera prioritario, que es la pervivencia en el tráfico mercantil de sociedades incursas en alguna causa de disolución.

A nuestro entender, el legislador hace recaer la responsabilidad sobre los administradores, y no sobre los socios, debido a que en las sociedades de capital, la principal función del socio es el aporte de capital, sin obligación de verse involucrado con el manejo de la sociedad. Ello, sin embargo, sí constituye una obligación intrínseca de un administrador pues, como hemos visto, pesa sobre él un deber de diligencia en la gestión y representación⁶⁶.

De todo lo expuesto, coincidimos con CARBAJO cuando afirma que la responsabilidad de los administradores ha sido configurada por el legislador como elemento estructural interno, imprescindible para conseguir los objetivos de política jurídica externos perseguidos. Así, aprovechando el deber genérico de diligencia en la gestión y representación de la sociedad, el legislador convierte a los administradores sociales en instrumento directo de su política legislativa en pos de una mayor seguridad jurídica de los acreedores sociales y de una mayor transparencia y confianza del tráfico en general⁶⁷.

⁶⁵ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. *Op.cit.*, p.49.

⁶⁶ Tal como señala ÁLVAREZ SOUSA, la sociedad anónima, como persona jurídica, actúa a través de la denominada «representación orgánica», es decir, a través de su órgano de administración, que tiene encomendadas funciones de gestión y representación y que actúa en nombre, por cuenta y en interés de la sociedad. ÁLVAREZ SOUSA, Begoña, «Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de SA por daños y por deudas sociales (STS de 14 de noviembre de 2002 – RJ 2002, 9762)», En: *RdS*, Nº 25, 2005-2, p. 376.

⁶⁷ CARBAJO CASCÓN, Fernando. «SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 2007: Sociedades: Responsabilidad de administradores de sociedad anónima por no promover la disolución de la sociedad; determinación de las causas de disolución por reducción del patrimonio por debajo de la mitad del capital social (quiebra y pérdidas cualificadas) y por imposible cumplimiento del fin social; *dies ad quo* en el cómputo del plazo bimensual de que disponen los administradores para convocar la Junta General que decida sobre la disolución de la sociedad, dependiendo de la causa de disolución examinada; determinación de la fecha de cese efectivo en el cargo de administrador, irrelevancia de la inscripción registral al carecer de carácter constitutivo», En: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 77, 2008, p. 606.

No obstante, si bien se puede afirmar que para la consecución de sus fines, el legislador ha convertido a los administradores sociales en garantes de la desaparición de las sociedades incursas en determinadas causas de disolución, ha dejado al margen principios fundamentales que nos dejan claramente establecido que es la sociedad quien responde por las deudas sociales, y que en el marco de la representación orgánica, los representantes no asumen la responsabilidad por las obligaciones sociales.

1.5.- Obligaciones de los administradores derivadas de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL

Como ya hemos señalado antes, el régimen consiste en imponer a los administradores una responsabilidad por obligaciones sociales como consecuencia del incumplimiento de los deberes legales específicamente dispuestos para conseguir la disolución, o alternatively, solicitar el concurso.

A continuación, pasamos a desarrollar brevemente cada uno los deberes legales que impone la norma:

1.5.1.- El deber de convocatoria de la Junta General

El primero de los deberes que se impone a los administradores es el de convocar a la Junta General. Este deber nace cuando ocurra cualquier hecho que la Ley considere que ha de conducir, por acuerdo de la Junta General o por decisión judicial, a la disolución de la sociedad o, en su caso, el concurso.

Se entiende incumplido el deber cuando los administradores no convocan a Junta General, en el plazo de dos meses desde que los administradores conozcan de la concurrencia de alguna de las causas de disolución previstas en los núms. 3º a 7º del art. 260.1 LSA y en los párrafos c) a g) del art. 104.1 LSRL.

Por tanto, si la Junta es convocada en el plazo previsto, se entenderá cumplido el deber del administrador, con independencia de que se celebre o no⁶⁸. Ello obliga a determinar la cuantía de las pérdidas exigidas, a fijar el momento en que esas pérdidas deben estimarse constitutivas de causa de disolución y analizar si la sociedad se encuentra, simultáneamente, en estado de insolvencia⁶⁹.

Por otro lado, nada dice la Ley acerca del momento de celebración de la Junta General, si bien el propio fundamento del sistema legal obliga a considerar que la Junta debe celebrarse en un plazo razonable. Éste puede cifrarse entre los quince días a contar desde la publicidad de la convocatoria que prevé la Ley como plazo mínimo entre la convocatoria y la celebración (arts. 97.1 LSA y 46.3 LSRL) y un máximo de treinta a contar desde el día de la convocatoria, plazo previsto legalmente para la celebración de una Junta convocada a petición de la minoría (arts. 100.2 LSA y 45.3 LSRL)⁷⁰.

1.5.2.- El deber de solicitud de la disolución judicial o del concurso

El segundo deber legalmente impuesto a los administradores es el de solicitar, de ser necesario, la disolución de la sociedad, o si procediere, el concurso. El cumplimiento de este deber exige la presentación de la solicitud de disolución judicial de la sociedad o de declaración de concurso ante el juez competente. Para ello, será necesario acreditar la existencia de una causa de disolución y que, desde su acaecimiento, hayan transcurrido dos meses sin que

⁶⁸ Como afirma VALENZUELA, la única excepción al deber del administrador de convocar a Junta General sería el caso de que se constituya una Junta Universal en la que se delibere acerca de la disolución de la sociedad, que al ser celebrada sin convocatoria, determina la exoneración de responsabilidad de los administradores siempre que tengan lugar dentro de los dos primeros meses. VALENZUELA GARACH, Javier. *Op.cit.*, p. 68.

⁶⁹ No obstante, como indica VICENT CHULIÁ, el órgano competente para la constatación y consiguiente desencadenamiento de los efectos de la causa legal o estatutaria de disolución es exclusivamente la Junta General. No corresponde hacerla a los administradores por la doble razón de que dicha competencia corresponde a la «iniciativa empresarial» y de que los socios deben ser informados de tan importante circunstancia. Ahora bien, el citado autor aclara que el hecho «objetivo» que constituye la causa de disolución existe con sustantividad propia, al margen que la Junta General lo constate o reconozca. VICENT CHULIÁ, Francisco, «Responsabilidad de los administradores en sociedades no operativas», p.5.

⁷⁰ BELTRÁN, Emilio. La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales, p. 252.

la Junta General hubiera acordado la disolución de la sociedad o sin que la sociedad hubiera procedido a la remoción de la causal de disolución⁷¹.

En este sentido, el deber de solicitud de la disolución judicial de la sociedad tiene un doble presupuesto: a) la subsistencia de la causa de disolución, y b) que la Junta General convocada no se hubiere constituido o aun habiéndolo hecho, no hubiere tomado el acuerdo de disolución. Nos hallamos ante un deber de carácter subsidiario.

Finalmente, coincidimos con SÁNCHEZ CALERO cuando menciona que la exigencia legal que se impone a los administradores de pedir la disolución judicial, pone de manifiesto la primacía que en esta cuestión el ordenamiento español otorga a los administradores sobre la Junta General. Además, es una clara muestra de la peculiaridad del sistema previsto por el legislador respecto a la búsqueda a ultranza de la disolución de la sociedad. Ello, porque aun cuando la Ley requiera el acuerdo de la Junta General para determinar si existe o no una de las causas que enuncia el art. 262.1 LSA, en el supuesto que el acuerdo de la Junta sea contrario a la existencia de la causa de disolución, o que de cualquier forma tal acuerdo no se obtenga, los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad. Caso contrario, responderán solidariamente de las deudas sociales⁷².

1.6.- Ámbito de aplicación de la responsabilidad

1.6.1.- El ámbito objetivo

Como vimos al momento de tratar la reforma introducida por las disposiciones finales de la Ley 19/2005 del 14 de noviembre, el artículo 262.5 LSA se refería a las «obligaciones sociales» sin establecer restricción alguna, y el artículo 105.5 LSRL, con mayor precisión, a «todas las obligaciones

⁷¹ En estos casos, el *dies a quo* del plazo de dos meses sí queda expresamente fijado en las respectivas normativas (arts. 262.4 LSA y 105.4 LSRL) y habrá de computarse desde el día en que la Junta General acuerde que no procede la disolución o no se consiga acuerdo alguno, o desde el día que estaba prevista la celebración de la Junta si no se hubiese podido constituir, cualquiera sea el motivo.

⁷² SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Op.cit.*, p.449.

sociales»⁷³. Del tenor de ambas normas, era claro que la responsabilidad de los administradores alcanzaba a todas las obligaciones sociales sin limitación, aun cuando se trate de obligaciones no contraídas en el período que ocuparon el cargo los administradores responsables.

Luego de la reforma de 2005, y de manera muy acertada, el ámbito de responsabilidad de los administradores se restringió a las obligaciones «posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución», por lo que ya no serían responsables de las obligaciones sociales anteriores. En opinión de ALCOVER, este nuevo y limitado alcance de la responsabilidad de los administradores implicó que ésta deje de ser una responsabilidad irracional⁷⁴.

Por otro lado y en relación a la terminología utilizada, cabe resaltar que en la nueva redacción de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL se aprecia en ambos la utilización del término «obligaciones sociales», frente a la redacción anterior del 105.5 LSRL que utilizaba el término «deudas sociales»⁷⁵. Ante ello, surge una duda: si existe una responsabilidad solidaria sólo de tipo económico, por deudas, o ésta se proyecta sobre todo tipo de obligaciones contraídas por la sociedad anónima.

⁷³ Tal como menciona ROJO, durante la elaboración de la norma, se advirtió a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia de las consecuencias durísimas que podría tener la determinación de este ámbito objetivo, que en ocasiones podría conducir a soluciones injustas. Sin embargo, a pesar de la advertencia, los responsables ministeriales consideraron imprescindible introducir en el ordenamiento jurídico español una medida fuertemente disuasoria de las «extinciones de hecho». Y esta medida se adoptó con conocimiento de las consecuencias políticas que podía tener. Los efectos positivos que se pretendían conseguir (la eliminación de las extinciones de hecho) prevalecieron sobre los previsibles efectos negativos de tan extremada norma. ROJO, Ángel. *Op.cit.*, p.1450.

⁷⁴ ALCOVER GARAU, Guillermo, «El ámbito de responsabilidad de los administradores en los artículos 262.5 de la Ley de Sociedad Anónima y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», En: *RdS*, N° 26, Año 2006, p. 87.

⁷⁵ Al respecto, VALENZUELA GARACH señala que cabría cuestionarse si se trata realmente de dos términos sinónimos, partiendo de que el término “obligaciones” es más genérico que el término “deudas”. Mientras que la *obligación* comprende todo tipo de prestaciones (dar, hacer y no hacer), la *deuda* hace referencia a concretamente a las obligaciones pecuniarias o de dinero y supone un deber del deudor de llevar a cabo una determinada prestación. Es por ello, que la referencia legal a las obligaciones sociales no sólo habrá de aplicarse a las deudas meramente patrimoniales; sino también a las posibles indemnizaciones por daños y perjuicios patrimoniales o de otra naturaleza, ocasionados por la actuación negligente de los administradores, si bien asumidos por la propia sociedad. VALENZUELA GARACH, Javier. *Op.cit.*, p. 94.

Si se hace una interpretación literal de la norma, cabe afirmar que dado que el art. 262.5 LSA se refiere a obligaciones sociales en general, sin ceñirse solamente a obligaciones económicas y, mientras no se trate de una obligación personalísima, se puede demandar a los administradores el cumplimiento de cualquier obligación social, independientemente de que se trate de una obligación pecuniaria.

En esta línea, RODRÍGUEZ Y HUERTA afirman que debe entenderse que la responsabilidad comprende también las obligaciones no pecuniarias (dar, hacer o no hacer)⁷⁶. Sin embargo, para SÁNCHEZ CALERO, no están comprendidas dentro de las obligaciones sociales, las de hacer ni las obligaciones de especie. En su opinión, aun cuando la dicción de la Ley autoriza tal interpretación, cuando la prestación de la sociedad sea un hacer o un dar, ello nos conduce al resultado absurdo de obligar a los administradores al cumplimiento de una deuda ajena. Por tanto, parece lógico considerar que la responsabilidad de los administradores presupone, ante una imposibilidad de realizar la prestación de la deuda de la sociedad, el cumplimiento de la deuda en dinero, o si se quiere, su transformación en una deuda pecuniaria⁷⁷.

Compartimos la opinión de SÁNCHEZ CALERO. Lo que se pretende a través de la norma es sancionar a los administradores por el incumplimiento de deberes que resultan sustanciales para la seguridad en el tráfico comercial, motivo por el cual, no debería exigírseles el cumplimiento de obligaciones de hacer, no hacer o dar. Ello, porque el administrador no se sustituye como «deudor obligacional» en la posición de la sociedad frente al acreedor, sino como «responsable» ante el incumplimiento de deberes específicos. Cabe además agregar que el precepto, por su naturaleza sancionatoria, exige una interpretación restrictiva.

Por otra parte, para evitar cualquier duda respecto a los alcances de la responsabilidad de los administradores, la reforma ha introducido un párrafo en

⁷⁶ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M., La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital, Navarra: Aranzadi, 2004, p. 179.

⁷⁷ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Op.cit.*, p. 479.

el 262.5 LSA y 105.5 LSRL que establece una presunción *iuris tantum* de que las obligaciones son de fecha posterior. Así, se presume que las obligaciones «son de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior». Por tanto, el administrador que pretende alegar que la deuda que se reclama es anterior a la causa legal de disolución deberá probarlo. De este modo, la norma invierte la carga de la prueba, que por lo general, corresponde al que afirma, no al que niega⁷⁸.

Lo que quiere decirse es que no corresponde al acreedor probar el momento del acaecimiento de la causa de disolución y su conocimiento por parte de los administradores. Ello debido a que juega a su favor la presunción de que la causa de disolución ya concurría en el momento del nacimiento del crédito, correspondiendo a los administradores desvirtuarla probando que la causa no concurría o que, si concurría, ellos no tenían conocimiento ni podían haberlo tenido.

Tal como destaca RUIZ MUÑOZ, en este caso, estamos ante un típico supuesto de *falsas presunciones*, que es una manera indirecta de establecer reglas especiales de distribución de la carga de la prueba. De manera que ahora se le impone la carga de la prueba del momento del acaecimiento de la situación de pérdidas cualificadas a los administradores, sobre la base del criterio de *esferas de riesgo*, vinculado a las consecuencias que podría acarrear al acreedor el incumplimiento de los administradores. Ello es lo que justifica la inversión de la carga de la prueba⁷⁹.

⁷⁸ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital. Navarra: Aranzadi, 2006, p.410.

⁷⁹ Para este autor, la justificación de este cambio importante en el reparto de la carga probatoria puede venir dado por las mismas razones que con anterioridad ya venían aconsejando la inversión de la carga de la prueba, siendo razonable aplicar el criterio de los ámbitos o esferas de riesgo. En este caso, el riesgo para los acreedores se concreta en la insuficiente protección de éstos frente a la insolvencia de las sociedades, que disfrutaban del beneficio de la responsabilidad limitada. Este es un riesgo que en parte se traslada al mercado y por tanto a los acreedores. Se justifica la inversión de la carga de la prueba respecto al momento del acaecimiento de la causa de disolución, porque la aparición de las causas de disolución se anudan a la esfera de organización o de responsabilidad de los administradores. RUIZ MUÑOZ, Miguel: «Administradores y deudas sociales: Derecho de sociedades versus Derecho concursal», p.15.

En todo caso, esta inversión de la carga de la prueba, que alivia a los acreedores, impone sobre los administradores la obligación de acreditar una de las cuestiones de más difícil probanza en este ámbito, a fin de poder limitar su responsabilidad; la determinación del momento del acaecimiento de la causa de disolución. La complejidad de determinar el momento exacto de la ocurrencia de la causa de disolución y sus consecuencias serán tratadas con más detalle en el capítulo tercero, cuando desarrollemos los presupuestos objetivos de la responsabilidad ex art. 262.5 LSA (105.5 LSRL).

Finalmente, se plantea la duda de si el nuevo sistema será aplicable solamente a las causas legales de disolución y no a las estatutarias. Para la doctrina mayoritaria, han de comprenderse ambas⁸⁰.

1.6.2.- El ámbito subjetivo

La responsabilidad solidaria de los artículos 262.5 LSA y 105.5 LSRL comprende solamente a quienes tengan la condición de administradores de la sociedad en el momento del vencimiento del plazo concedido para dar cumplimiento a las obligaciones legalmente impuestas en relación con la promoción de la disolución o concurso.

El cese del cargo con anterioridad al vencimiento del plazo de dos meses fijado para cumplir los deberes, liberará de responsabilidad a los administradores⁸¹. *Contrario sensu*, el transcurso del plazo de dos meses fijado por la norma para promover la disolución de la sociedad, sin que lo hayan hecho, hace nacer la sanción. La responsabilidad comprenderá a aquellos administradores nuevos que acepten el cargo en pleno periodo de vigencia de alguno de los deberes legales dirigidos a la promoción de la disolución o concurso.

⁸⁰ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Op.cit.*, p. 479. En el mismo sentido, VICENT CHULIÁ, Francisco, «La responsabilidad de los administradores en el concurso», p. 47.

⁸¹ STS 28 de abril de 2008 y 22 de marzo de 2007.

Ahora bien, aquí se plantea una cuestión importante: ¿qué sucede si el cese del administrador es voluntario (renuncia o dimisión), con conocimiento de la existencia de la situación de insolvencia, pero la renuncia se produce antes de que transcurra el término legal marcado para convocar Junta que conozca de la disolución?. En opinión de CARBAJO, se estaría obrando contra el deber genérico de diligencia y burlando el conjunto del sistema. El administrador que conociendo la causa de disolución renuncia voluntariamente al cargo, sin cumplir con las obligaciones impuestas legalmente quedaría atrapado por su deber de diligencia incumplido, y por tanto, por la responsabilidad solidaria de no promover la disolución o concurso⁸².

No obstante, en nuestra opinión, si bien se está incumpliendo con el deber de diligencia, no cabría incluir ésta conducta, no prevista por la norma, dentro de la responsabilidad solidaria por no promoción de la disolución o concurso del art. 262.5 LSA, pues eso significaría extralimitar los alcances de la norma. En todo caso, dicho supuesto podría incluirse bajo los alcances de los arts. 133 y 135 LSA, en donde se tiene que demostrar que la conducta del administrador de dejar el cargo, con conocimiento del acaecimiento de la causa disolutoria, ocasionó daño⁸³.

Por otra parte, la fecha relevante a fin de determinar quiénes deben de considerarse administradores de la sociedad a los efectos de esta responsabilidad no será la de inscripción en el Registro Mercantil⁸⁴, sino la de

⁸² CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Op.cit.*, p.613

⁸³ En este sentido, GIMENO-BAYÓN señala que no incurrirá en la responsabilidad ex art. 262.5 LSA, el administrador que, ante la concurrencia de determinadas causas o circunstancias que hacen presagiar una situación social crítica, opta por presentar su renuncia a fin de ahorrarse aquellos deberes legales que “non natos” en el momento de su dimisión. Ello porque no parece posible sancionar por fraudulenta o maliciosa una conducta que no se manifiesta contraria a las leyes y constituye, simplemente, el ejercicio de un derecho. Cuestión distinta es que el “cese” pueda provocar daños a la sociedad o terceros, supuesto en el que, de concurrir los supuestos previstos en los arts. 133, 134 y 135 de la Ley. GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael, «Algunos aspectos conflictivos de la responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de la sociedad anónimas concurriendo causa», En: *Derecho de Sociedades II*, Dir. Gimeno-Bayón Cobos, R., Madrid: Consejo General de Poder Judicial, 1998, p. 69.

⁸⁴ No obstante, durante mucho tiempo, buena parte de las Audiencias Provinciales venían estimando, a los efectos del régimen de responsabilidad por daños y no por disolución o concurso, que el cese de los administradores no era oponible a los terceros de buena fe sino desde el momento de su inscripción en el Registro Mercantil (SAP Salamanca de 5 de marzo de 2002 y SAP Sevilla de 21 de julio de 2005). CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Op.cit.*, p.638.

renuncia⁸⁵. En este sentido se pronunció la STS del 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003,637)⁸⁶.

De otro lado, se ha discutido doctrinalmente si la responsabilidad abarca a los administradores de *derecho* y los de *hecho*. Al respecto, existen varias posturas doctrinales. Para SÁNCHEZ CALERO, el carácter especial de la responsabilidad y su alejamiento de los artículos 133 y 135, hacen que no sea aplicable más que a los administradores de derecho, no a los de hecho. Y tampoco alcanza a los directores generales, gerentes, etc. puesto que no tienen la condición de administradores⁸⁷. En esta línea se pronuncia la STS del 23 de marzo de 2006⁸⁸. Por el contrario, para ROJO, esta responsabilidad por deudas sociales afecta a todos y cada uno de los administradores de la sociedad, sean de *iure* o de *facto*⁸⁹. Esta posición también es apoyada por VALENZUELA GARACH⁹⁰, BELTRÁN⁹¹ y DÍAZ ECHEGARAY. Este último autor lo afirma

⁸⁵Tomando como base este criterio, el tercero de buena fe que demanda a un administrador cesado cuyo cese no consta en el Registro Mercantil no puede ser condenado al pago de costas aunque la demanda sea desestimada. BELTRÁN, E.: «La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales», p. 274.

⁸⁶ STS del 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003,637): «Ha de añadirse a todo ello, que, como ha recordado esta Sala en Sentencia de 10 de mayo de 1999, las inscripciones registrales de los acuerdos de cese de los administradores de las Sociedades no tienen carácter constitutivo para la efectividad de los mismos, por no imponerlo así precepto alguno, máxime si la omisión de la inscripción, no les es imputable, lo que sucede en el supuesto que nos ocupa, según – como se ha dicho – afirma la sentencia impugnada.»

⁸⁷ Este tipo de responsabilidad no se extiende a los apoderados o representantes voluntarios nombrados por el órgano de administración que no ostenten la calidad de administradores, como los gerentes, directores generales, etc. En cambio, por ostentar esta condición, sí responderán los consejeros delegados, los integrantes de las Comisiones ejecutivas, etc. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Op.cit.*, p. 458-459. Sin embargo, la jurisprudencia admite la extensión de responsabilidad por daños o por no disolución a los apoderados y directores generales de sociedad (que en vigor no son administradores sino representantes voluntarios de la sociedad) cuando se advierta un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento a favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de las acciones de responsabilidad hacia personas insolventes, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes (cfr. STS de 14 de marzo de 2007, e implícitamente en la sentencia de 4 de julio de 2007). CARBAJO CASCÓN, Fernando, *Op.cit.*, p.613

⁸⁸ STS del 26 de marzo de 2006 “el deber de disolver la sociedad sólo puede afectar al que aparezca como verdadero, real y efectivo administrador social y no al que sólo se presenta como administrador de derecho formal, por su falta de participación efectiva en la gestión y control de la empresa.”

⁸⁹ ROJO, Ángel. *Op.cit.*, p. 1440. En el mismo sentido, ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo, *La responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad anónima*, Vol. 132. Tecnos, Madrid, 1997, p. 25.

⁹⁰ Para VALENZUELA el administrador de hecho que actúa como tal sin ostentar esta condición ni poder de representación alguno, debe responder como cualquier otro administrador legítimo, por la apariencia de miembro del órgano de administración creada por su actuación. VALENZUELA GARACH, Javier. *Op.cit.*, p. 130.

tomando como base que, si ha sido expresamente admitida por el legislador la existencia de administradores de hecho, no habría sentido para no aplicarles la responsabilidad que se establece para todos los administradores, sin señalar distingo alguno. No aplicar a estos administradores la responsabilidad supondría favorecer a los que administran ilegalmente la compañía, primando en muchas ocasiones el fraude. Ello resultaría contrario a la equidad⁹². En este sentido, se pronuncia la SAP de la Coruña de 17 de enero de 2000 (AC 2000,304).

Por nuestra parte, estamos a favor de que la responsabilidad afecte por igual tanto a los administradores de derecho como a los de hecho, pues ambos participan del mismo modo en las decisiones sociales. La irrelevancia de la distinción se pone de manifiesto a través del artículo 262.3 LSA que permite al administrador solicitar la disolución judicial como un «*interesado*» más, es decir, como un tercero con «*legítimo interés*».

Ahora bien, lógicamente, al margen de la información proporcionada por el Registro Mercantil, será preciso demostrar que los administradores de la sociedad continuaban ejerciendo el cargo de derecho o de hecho al momento en que se podía constatar de manera objetiva la existencia de una causa de disolución. Y además, que no habían cesado antes de transcurrir el plazo de dos meses establecido por la Ley para que los administradores convoquen a Junta General que decida sobre la disolución de la sociedad.

Finalmente, los administradores suplentes, habilitados para actuar como administradores sólo desde el momento en que acepten ocupar la vacante dejada por un titular, asumirán responsabilidad tras dicha aceptación, al quedar

⁹¹ Para BELTRÁN las normas previstas para los administradores de derecho deben hacerse extensivas a los administradores de hecho, pues no sería razonable que disfrutase de mejor condición el administrador de hecho que el de derecho. El argumento de que al administrador de hecho no se le puede sancionar por el incumplimiento de deberes que no puede cumplir (convocar a junta general, solicitar la disolución judicial), no tiene mucho peso si se considera que, en la medida en que efectivamente sea administrador, participará en las decisiones de cumplir o no cumplir con los deberes legales y, sobretodo, que, en su condición de interesado, el administrador de hecho podrá instar la disolución judicial. BELTRÁN, Emilio, «La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales», p. 273.

⁹² DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. *Op.cit.*, p. 405.

sometidos a iguales derechos, facultades y régimen de responsabilidad que los administradores⁹³. La misma lógica se aplica para los administradores provisionales.

1.7.- Plazo de prescripción de la acción

Ninguna de las Leyes reguladoras del régimen jurídico de las sociedades de capital señala de forma expresa, como sería de esperar, el plazo de prescripción de la responsabilidad que comentamos. Si la sanción consiste en hacer a los administradores responsables de las obligaciones sociales, parece evidente que la acción de reclamación contra los administradores prescribirá, respecto de cada crédito concreto del que deban responder; en el mismo momento en que lo haga la acción contra la sociedad. Ello debido a que un responsable solidario no puede tener peor situación que el obligado principal, con la matización de que si ha cesado será de aplicación el plazo del artículo 949 Ccom⁹⁴.

Existen diversas posturas doctrinales respecto a la determinación del plazo de prescripción. No obstante, el debate se ha centrado entre:

- a) La aplicación del plazo de prescripción anual previsto en el art. 1968.2 CC para las acciones de responsabilidad extracontractual. Esta postura parte de la consideración de que se trata de un supuesto de responsabilidad que constituye una manifestación especial del régimen más general de responsabilidad de los administradores exigible a través de la acción individual del art. 135 LSA, o
- b) La aplicación del plazo de prescripción de cuatro años, previsto en el artículo 949 Ccom para las acciones contra los socios, gerentes y administradores de las compañías o sociedades, cuya vigencia fue

⁹³ VALENZUELA GARACH, Javier. *Op.cit.*, p. 127.

⁹⁴ BELTRÁN, Emilio. «La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales», p. 276. En el mismo sentido, ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», en: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, p. 1715-1716.

reconocida expresamente por el artículo 1.3, A) del Decreto de 14 de diciembre de 1951.

La doctrina más generalizada entiende que, ante la ausencia de norma alguna que regule esta cuestión por aplicación del art. 949 del CCom, la responsabilidad de los administradores prescribe a los cuatro años contados desde que por cualquier causa cesaron en el ejercicio de la administración⁹⁵.

Para ESTEBAN, esta parece ser la tesis mejor fundada, si consideramos que no necesariamente los responsables solidarios deben estar vinculados por los mismos plazos y condiciones (1140 CC) y que el supuesto de responsabilidad ex 262.5 LSA no puede reconducirse a una manifestación especial de responsabilidad por daño. Por ello, en defecto de regla especial como la prevista para la responsabilidad extracontractual ex art. 135 (arts. 1902 y 1968.2 CC) es aplicable la regla general del plazo de prescripción de cuatro años⁹⁶.

En ese sentido se pronuncian las STS del 29 de abril de 1999 (RJ 1999,8697), del 7 de junio y 2 de julio de 1999 (RJ 1999,4900); 15 de marzo de 2002; 2 de marzo de 2004, 17 de febrero de 2005, 9 de enero de 2006, 8 de marzo de 2007 y 12 de marzo de 2007, que rechazan expresamente la tesis de la prescripción anual prevista en el CC para la responsabilidad extracontractual.

⁹⁵ Tal como menciona SEQUEIRA, el plazo de prescripción de cuatro años se desprende del análisis de su función, de su naturaleza no indemnizatoria, y de no tratarse realmente de una responsabilidad derivada de carácter de deudor obligacional, sino de ser una mera responsabilidad legal sancionadora derivada del incumplimiento de unos deberes determinados en el ejercicio de sus competencias orgánicas. SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo. *Disolución de la sociedad anónima*. En *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Coord. Arroyo y Embid, Tecnos, Vol. III, Madrid, 2001, p. 2507. En el mismo sentido, ÁLVAREZ SOUSA afirma que el artículo 262.5 LSA establece una acción autónoma, que deriva de una responsabilidad *ex lege* y que nada tiene que ver con la acción de responsabilidad extracontractual prevista en el art. 135 LSA. Es por ello, que aunque se entendiese aplicable el plazo del art. 1968.2 CC a la acción individual, el plazo de prescripción aplicable a la responsabilidad ex art. 262.5 LSA no puede ser otro que el previsto en el art. 949 CCom; cuatro años, a contar desde el cese del administrador. ÁLVAREZ SOUSA, Begoña, *Op.cit.*, p. 378. Apoya el término de prescripción de cuatro años, VICENT CHULIÁ, por ser la más razonable. VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil*, p. 481.

⁹⁶ ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y a terceros: acción individual y acción por no promoción de la disolución», p 75.

CAPÍTULO II

INTENTOS DE ATENUAR LA RIGUROSIDAD DE LA RESPONSABILIDAD MEDIANTE LA INTERPRETACIÓN DE SU NATURALEZA JURÍDICA

La doctrina y la jurisprudencia, preocupados por la gravedad desmedida de la sanción impuesta a los administradores *ex arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL*, han venido introduciendo ciertos criterios interpretativos orientados básicamente a moderar el automatismo en su aplicación y atenuar la desmedida severidad de la sanción que impone.

La mayor parte de las posturas son desarrolladas en torno a un análisis de la naturaleza jurídica de la responsabilidad. No obstante, como veremos al final de este capítulo, existe una corriente jurisprudencial que parte del examen de los presupuestos de la acción y aplica la buena fe como un criterio que determina la legitimidad del acreedor para actuar contra el administrador.

En el presente capítulo, como cuestión previa, desarrollaremos brevemente la distinción que se ha efectuado doctrinalmente entre la responsabilidad *ex art. 262.5 LSA* y la responsabilidad por culpa contenida en los arts. 134 y 135. LSA. Seguidamente, analizaremos las diversas tesis practicadas a nivel doctrinal y jurisprudencial en torno a los alcances de la responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución, o en su caso, el concurso.

2.1.- Diferencia con la responsabilidad contenida en los arts. 134 y 135 de la LSA.

Desde un primer momento, doctrina y jurisprudencia coincidieron al afirmar la diferente naturaleza de la responsabilidad de administradores por no disolución del régimen general de responsabilidad previsto en los arts. 133 a 135 LSA y 69 LSRL.

Ciertamente, las acciones de responsabilidad de los arts. 134 y 135 LSA exigen la prueba de los elementos típicos de toda acción de responsabilidad. Esto significa que, además de la existencia de daño patrimonial y de una conducta negligente, se requiere demostrar la relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño causado. En cambio, la acción de responsabilidad del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL) no requiere la prueba de la existencia de un nexo causal o directo entre la acción del administrador y el impago del crédito del acreedor social, ya que basta el mero incumplimiento de las concretas obligaciones que establecen los artículos 260 y 262 LSA⁹⁷. En este caso, como indica ÁVILA DE LA TORRE, no existe un daño a reparar sino una situación no deseada a eliminar⁹⁸.

En el primer caso, se trata de una responsabilidad que surge tanto en relación a los daños causados por los administradores contrarios a la Ley o a los estatutos, como por los perjuicios derivados de los actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo (art. 133.1 LSA). Por el contrario, en el segundo caso, estamos ante una responsabilidad vinculada por la Ley al incumplimiento de un deber legal, a modo de sanción civil, cuyo alcance como regla no tiene por qué identificarse con el daño efectivamente

⁹⁷ PUYOL MARTÍNEZ, Blanca y Javier JUSTE MENCÍA. *Op.cit.*, p. 259. Ver también: VICENT CHULIÁ, Francisco, «La responsabilidad de los administradores en el concurso», p. 50; CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén, «A propósito de la responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas», En *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 11, 2003, págs. 151-154.

⁹⁸ ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo, *Op.cit.*, p. 32.

causado, sino con el importe de la prestación debida por la sociedad, que puede ser o no coincidente con aquel⁹⁹.

2.2.- Diferentes posiciones doctrinales

En la doctrina se han desarrollado distintas propuestas interpretativas en un intento de esclarecer la naturaleza jurídica de la responsabilidad *ex arts.* 262.5 LSA y 105.5 LSRL. Como veremos a continuación, unos la han calificado como una responsabilidad objetiva en sentido estricto, otros como una responsabilidad-sanción. A partir de ahí, se han ensayado diversos intentos de encontrar una justificación más equilibrada y razonable a la responsabilidad *ex arts.* 262.5 LSA (105.5 LSRL). Se han desarrollado tesis correctoras a la teoría de la *responsabilidad-sanción*; otras posturas doctrinales la califican como responsabilidad por daños; y finalmente, también ha sido definida desde un enfoque contractual-representativo.

2.2.1.- La naturaleza sancionatoria y objetiva de la responsabilidad.

Como hemos visto, el régimen de responsabilidad en los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL consiste en imponer a los administradores una responsabilidad por las obligaciones sociales. La responsabilidad es consecuencia del incumplimiento de deberes legales específicos y orientados a conseguir la disolución, o adoptar una medida alternativa, como la declaración de concurso o la restitución del patrimonio social¹⁰⁰.

De ello se desprende su naturaleza claramente sancionatoria, pues es respuesta a la infracción del deber legal de promover activamente la disolución

⁹⁹ Lo habitual ante una situación de crisis patrimonial de la sociedad, será la acumulación de la acción individual con la acción para exigir la responsabilidad a los administradores por las deudas sociales. Ahora bien, tal como destaca SALDAÑA, pese a la facilidad probatoria que otorga la acción *ex arts.* 262.5 LSA y 105.5 LSRL, puede resultar interesante utilizar el 135 LSA como norma de cobertura, siendo de utilidad en aquellos supuestos en que no se acreditasen los presupuestos de la acción de responsabilidad por deudas. SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín, *Op.cit.*, p. 1337.

¹⁰⁰ En este sentido: ROJO, Ángel. *Op.cit.*, p. 1440; BELTRÁN, Emilio, «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», p. 256.

o concurso de la sociedad anónima o limitada¹⁰¹. La sanción es específica: los administradores responderán solidariamente y con su patrimonio personal de obligaciones ajenas. Por tanto, los acreedores sociales surgidos tras la ocurrencia de la causa de disolución podrán exigir el pago de su crédito no sólo a la sociedad deudora, sino también a cualquiera de los sujetos solidariamente responsables¹⁰².

Cabe destacar que ello no implica que los administradores hagan suyas las obligaciones de otro (la sociedad), sino que las obligaciones siguen siendo de la misma sociedad, que no queda sustituida como deudor por los administradores; los que añaden la garantía de su responsabilidad solidaria (entre ellos y con la sociedad) frente a los acreedores¹⁰³. En adelante, la sociedad será la única deudora, pero no la única responsable¹⁰⁴.

Ahora bien, en relación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad, no deja de haber alguna posición, ya superada, que la haya calificado como una responsabilidad objetiva en sentido estricto. Así, FARRÁN FARRIOL, considera que si la responsabilidad del administrador se origina simplemente a consecuencia de no solicitar la disolución de la sociedad, o la solicitud de concurso, en el plazo señalado por la norma, tal responsabilidad se adquiere

¹⁰¹ Como menciona BELTRÁN, la Ley impone una *sanción específica* por el incumplimiento de un deber igualmente específico: los administradores pasan a responder por las obligaciones ajenas a manera de pena civil. BELTRÁN, Emilio, «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», p. 256.

¹⁰² BELTRÁN, Emilio, «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», p. 256.

¹⁰³ BELTRÁN, Emilio, «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», p. 257. En opinión de ESTEBAN, con esta específica sanción no se trata de reparar el daño efectivamente producido, sino de ofrecer a los acreedores una «garantía» de satisfacción de las obligaciones sociales ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, *Op.cit.*, p. 1711. Ver también QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», En AAVV, *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado: I Congreso argentino-español de derecho mercantil*, Vítolo y Embid (Dirs), Granada: Comares, 2003, p. 1048 y «Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad. Art. 262.5, TRLSA (SAP Burgos 24 de julio de 1995)», RdS Nº 5, 1995, p. 273.

¹⁰⁴ Sin ser deudores, los administradores de la sociedad que incumplan con los deberes legalmente impuestos se convierten en “*responsables*” de obligaciones sociales – esto es, de obligaciones ajenas – sin que la sociedad pierda la responsabilidad por deuda propia. Los administradores tienen, pues, *ex lege* la condición de “*garantes solidarios*”. BELTRÁN, Emilio, «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», p. 256-257. En este sentido, ver también: ROJO, Ángel. *Op.cit.*, p. 1140; URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y BELTRÁN, Emilio, *Op.cit.*, p. 80.

en forma objetiva. Entiende como tal, el sistema que atribuye a una persona la obligación de indemnizar a otra con independencia de si hubiese intervenido la culpa o negligencia en el obrar de la obligada a indemnizar, pudiendo exonerarse de la responsabilidad sólo por culpa de la propia víctima, acto de tercero o fuerza mayor¹⁰⁵.

No obstante, para la doctrina mayoritaria, no se trata de una responsabilidad objetiva en sentido estricto o *cuasiobjetiva*, en el sentido de que se prescindiera de la culpa del agente, sino de una responsabilidad que se impone por la Ley a los administradores por el incumplimiento de deberes específicos¹⁰⁶. En opinión de ROJO, tal y como se encuentra configurado este sistema, es claro que nos encontramos ante una *responsabilidad-sanción*¹⁰⁷. La sanción consiste precisamente en la imputación a los administradores de las obligaciones de la sociedad, quedando introducidos en la relación de ésta con los acreedores¹⁰⁸.

Se trata, además, de una sanción *ex lege*¹⁰⁹. Ello, porque tiene su origen en el incumplimiento de un deber legal; una suerte de *sanción civil o pena civil* que atiende a una finalidad político-legislativa muy concreta y ajena en principio a los fundamentos clásicos de la responsabilidad por daños. Sin embargo, RUIZ MUÑOZ descarta que se trate de una responsabilidad *ex lege*, sino que tiene un origen en la autonomía de la voluntad¹¹⁰.

¹⁰⁵ FARRÁN FARRIOL, José, La responsabilidad de los Administradores de la Administración societaria, Barcelona: Bosch, 2004, p. 161.

¹⁰⁶ En este sentido, ver ROJO, Ángel. *Op.cit.*, p. 1440; ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y a terceros: acción individual y acción por no promoción de la disolución». En: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, p. 1712; BELTRÁN, Emilio. «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», p.256-257.

¹⁰⁷ ROJO, Ángel. *Op.cit.*,p. 1440; BELTRÁN, Emilio. «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», p. 256-257, entre otros.

¹⁰⁸ QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, «Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad. Art. 262.5, TRLSA (SAP Burgos 24 de julio de 1995)», p. 273.;

¹⁰⁹ ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y a terceros: acción individual y acción por no promoción de la disolución». En: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, p. 1712; ROJO, Ángel. *Op.cit.*,p. 1440; BELTRÁN, Emilio. «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», p. 256.

¹¹⁰ RUIZ MUÑOZ descarta de que se trate de una responsabilidad *ex lege* en el sentido que sostienen los defensores de esta corriente. Para sustentar esta afirmación, menciona que sólo es posible encontrar dos grandes tipos de fuentes de las obligaciones, la autonomía privada (presididas por el negocio jurídico) y la soberanía del Estado (la relación obligatoria no nace de

Las afirmaciones de los defensores de la tesis de la responsabilidad-sanción no han dejado de ser cuestionadas por la doctrina. Entre otras críticas, para RUIZ MUÑOZ ésta tesis no ofrece una explicación del todo satisfactoria de la responsabilidad de los administradores. Uno de los problemas que presenta esta tesis es que la calificación de *sanción-civil* no permite dilucidar ante qué categoría jurídica nos encontramos (por el contrario, confunde). Señala que cuando se habla en el Derecho Privado de pena – *sanción punitiva* – se hace para indicar que la norma tiene una doble función, (a) la preventiva y la desincentivadora de todo tipo de incumplimientos propios de la norma que se concreta en la reparación del daño producido, y (b) la penal o punitiva, que va más allá de la simple reparación, imponiendo un castigo supuestamente proporcional a la infracción cometido o adecuación entre el montante de la deuda (indemnizatoria) y los bienes concretos objeto de ejecución¹¹¹.

De esta manera, concluye que la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones y la responsabilidad patrimonial universal tienen otra naturaleza: operan como sanciones desprovistas de la finalidad compulsiva y carecen de la finalidad punitiva propiamente dicha, porque no disuaden por la

una negociación jurídica, sino se habla de una constitución forzosa o heterónoma de la relación por un poder suficiente para constituir entre particulares relaciones jurídicas de derecho privado, Y, dentro del último grupo de fuentes de las obligaciones nacidas de la soberanía del Estado se encuentran aquellas que nacen de supuestos legalmente tipificados, esto es, las obligaciones *ex lege*. Si bien, aquí se podría acomodar la *responsabilidad-sanción*, no parece que fuera así si nos fijamos en que estas sanciones *ex lege* se agrupan en dos zonas diversas: las que tienden a reparar o restituir el equilibrio patrimonial roto como consecuencia de un acto ilícito o de una retribución injustificada (enriquecimiento sin causa, reembolso de gastos o reparación de daños y perjuicios), y un segundo grupo integrado por las obligaciones que nacen de un determinado estado o situación (deberes primarios derivados de un determinado contrato social entre personas). Por tanto, en principio, a la vista de esta clasificación de las fuentes de las obligaciones se presenta la siguiente alternativa; o bien se le da encaje en el gran apartado de la autonomía privada, esto es, del negocio jurídico, o bien en los actos ilícitos o de reparación de daños y perjuicios. Esta última posibilidad queda descartada, pues la responsabilidad del artículo 262.5 LSA no se corresponde con una responsabilidad por daños. Es más, de insistirse en la clasificación de la responsabilidad del art. 262.5 LSA como una responsabilidad sanción y por tanto, como una responsabilidad *ex lege* al margen o más allá de la autonomía privada, esta corriente doctrinal estaría dando la razón a su contraria, la tesis de la responsabilidad por daños, porque no tendría otra ubicación que ésta. Lo anterior, lleva a concluir que se trata de una responsabilidad que tiene su origen en la autonomía de la voluntad y no en un ilícito civil. RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): Análisis contractual-representativo», págs. 487- 490 y 513-515.

¹¹¹ *Ibidem*, págs. 487- 490.

amenaza, sino porque hacen inútil el incumplimiento al eliminar las consecuencias dañinas del mismo¹¹².

2.2.2.- Una interpretación más amplia: ¿Cabe la exoneración?

Otra forma en que algunos autores intentaron atenuar los efectos rigurosos a los que conduce la aplicación pura y simple de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL fue mediante una interpretación correctora¹¹³. Esta corriente doctrinal, que no niega el carácter sancionatorio y objetivo de la responsabilidad, afirma que tal circunstancia no debería impedir que los administradores pudieran exonerarse probando que no les era imputable culpa alguna, teniendo en cuenta las circunstancias del caso¹¹⁴. Los defensores de

¹¹² *Ibidem*, págs. 487- 490.

¹¹³ Tal como refiere QUIJANO, la consolidación de la doctrina y la jurisprudencia de la tesis de la responsabilidad-sanción para explicar la naturaleza del especial supuesto del artículo 262, que es por otra parte, la que mejor conviene a la estructura, contenido y función del propio precepto, va a situar la carga polémica, que desde su incorporación al texto legal le ha acompañado, en el terreno del margen de exoneración que pueden utilizar los administradores para compensar y equilibrar los rigurosos efectos de la asunción de las deudas sociales sobre su patrimonio personal en forma solidaria e ilimitada. QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», p. 1056.

¹¹⁴ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Op.cit.*, p. 468-469. En el mismo sentido, encontramos la opinión de BELTRÁN, para quien el hecho de que no se trate de una responsabilidad objetiva, sino de una sanción derivada del incumplimiento de deberes legales específicos, hace que no puedan ser sancionados aquellos administradores que prueben que no les es imputable el incumplimiento. En particular podrían quedar exentos de responsabilidad quienes hicieran todo lo conveniente para evitar el incumplimiento de los deberes impuestos para propiciar la disolución o el concurso y quienes se opusieran expresamente al acuerdo del órgano de no convocar junta para la disolución o el concurso de acreedores. BELTRÁN, Emilio. «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», p. 275. En esta línea, PEÑAS MOYANO menciona que la naturaleza de la responsabilidad contemplada en el art. 262.5 LSA, brinda a los administradores la posibilidad de probar que su comportamiento fue ajeno, incluso contrario, a la decisión del resto de mantener la existencia, no convocando Junta General para decidir sobre su disolución o, en su caso, no solicitando la disolución judicial. Por tanto, debe ser posible la exoneración de responsabilidad de uno o varios administradores en razón de un comportamiento que, en principio, debería encajar en la cláusula general de exoneración que contiene el art. 133.2 LSA. Esta autora señala que desempeñando el cargo con la diligencia requerida, el art. 133.2 LSA parece reclamar a los administradores una conducta activa al objeto de poderse exonerar individualmente de la responsabilidad que en principio les corresponde si se tiene en cuenta además que no sólo se responde por los actos realizados, sino también por las omisiones, lo cual significa que los supuestos de exoneración van a quedar muy limitados, siendo algunos de ellos, más sencillos de probar como la oposición expresa al acuerdo. PEÑAS MOYANO, María Jesús; “De nuevo sobre la responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1999” (RJ 1999,9749), RdS Nº 15, 2000, p. 253-255. Coincide VALENZUELA, para quien también es posible aplicar el régimen común de exoneración a la responsabilidad por omisión de los deberes legales de promoción de la disolución o concurso de una sociedad capitalista, para lo cual no resultaría obstáculo la diferente naturaleza de ambos regímenes de responsabilidad. VALENZUELA GARACH, Javier. *Op.cit.*, p. 134.

esta tesis, indican que, si bien el art. 262.5 LSA no se trata de una responsabilidad por daños, el hecho que haga derivar la responsabilidad del mero incumplimiento de la obligación y no mencione la culpa-negligencia como título de imputación subjetiva de la responsabilidad no quiere decir que la elimine; lo que ocurre es que la culpa se presume *iuris tantum*. Por lo tanto, basta que el demandante pruebe el incumplimiento de los deberes, sin perjuicio de la posible exoneración del administrador que pruebe que dicho incumplimiento de los deberes no le es subjetivamente imputable a título de culpa. No es por ello irrelevante la causa por la que los administradores incumplieron sus deberes o los retrasaron¹¹⁵.

A favor de esta posición, que admite la exoneración, QUIJANO afirma que lo que configura la Ley es una responsabilidad por incumplimiento de obligaciones que alcanza sólo a los administradores que las incumplan. Se introduce así un elemento de imputabilidad (administradores incumplidores son sólo aquellos a quienes sea imputable el incumplimiento) que abre un margen de exoneración individual de responsabilidad. A estos efectos, la cláusula general de exoneración prevista en el artículo 133.2 LSA, dentro del contexto del régimen general de responsabilidad por daño, debe ser aplicable aquí¹¹⁶.

Ahora bien, el citado autor menciona que el comportamiento exoneratorio del administrador encaja por sí mismo en el parámetro de diligencia exigida por el artículo 127 LSA, lo que haría innecesario recurrir a la aplicación del artículo 133.2 como tal. No obstante, ambos razonamientos son perfectamente complementarios y no excluyentes, pues las conductas que pide el artículo 133.2 para escapar de la presunción de culpa y de la solidaridad son más que

¹¹⁵ Ver también MARÍN DE LA BARCENA GARCIMARTÍN, Fernando y RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, «Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de Sociedad Anónima por no promoción de la disolución en caso de pérdidas (art. 262.5 LSA): STS 1ª de 16 de diciembre de 2004», En: Revista de Derecho de Sociedades, Nº 24, 2005, págs. 312-313. Esta posición es apoyada por CALBACHO LOSADA, Fernando, *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 391, y por MAIRATA LAVIÑA, Jaime, «Responsabilidad de los administradores y situaciones concursales», En: *Derecho de Sociedades: Libro Homenaje de Fernando Sánchez Calero*, Vol. II, Madrid: Mc Graw-Hill, 2002, 1405.

¹¹⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», p.1047.

una variante específica en sede de responsabilidad de la diligencia general exigida en el desempeño del cargo¹¹⁷.

Este sector doctrinal, contrario a una aplicación en extremo rigurosa de la responsabilidad de los administradores por la falta de convocatoria, se ha reflejado también en un sector de la jurisprudencia. Ésta ha tenido como base el hecho de que, conforme al artículo 262.3 LSA, cualquier interesado puede solicitar la disolución de la sociedad¹¹⁸.

2.2.3.- ¿Responsabilidad por daños?

Por otra parte, un sector minoritario de la doctrina¹¹⁹ sitúa esta responsabilidad como un tipo de responsabilidad por daños.

Esta corriente sostiene que el daño consiste en la insatisfacción de los créditos de los acreedores sociales, porque la sociedad se encuentra imposibilitada de pagarlos. De ahí que el importe de la responsabilidad es el de los créditos insatisfechos y sólo pueden reclamarla los acreedores sociales. Por ende, para exigir responsabilidad a los administradores, se requiere que la sociedad sea insolvente. Los administradores responden, pues, subsidiariamente con respecto a la sociedad, y – claro está – si son varios tales administradores, estos responden solidariamente entre sí. Como en el sistema general del art. 133 LSA, este sector considera que se trata de una responsabilidad por culpa, con inversión de la carga de la prueba¹²⁰.

¹¹⁷ Dicho en otros términos, el artículo 127 establece en abstracto un deber de diligencia de los administradores y el artículo 133 lo pone en relación con la colegialidad en el funcionamiento del órgano administrativo y con la solidaridad en la exigencia de la responsabilidad, elementos ambos que también están presente en el artículo 262.5. *Ibidem*, p.1057.

¹¹⁸ *Vid.* STS 17 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8321) «(FD 2do.) La interpretación del artículo 262-5 no puede ser literal, ni rigurosa ni extremadamente objetiva, ya que como declara la Sentencia de 24 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9307) , bastaría simplemente la no convocatoria de la Junta o que no se solicitase la disolución judicial dentro de los plazos señalados, para que se declarase la responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales, por lo que se impone conjugar el apartado 5º del artículo 262 con su apartado 3º, que permite a cualquier interesado solicitar la disolución de la sociedad...». En el mismo sentido se pronuncia la STS de 16 de febrero de 2004 (RJ 2004/648).

¹¹⁹ Entre ellos CERDÁ ALBERO, Fernando, *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, págs. 118-131.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 192.

QUIJANO, en rechazo a esta interpretación, sostiene que en ningún momento el texto legal conecta la responsabilidad a la causación de un daño ni hace depender su exigibilidad de la imposibilidad constatada de satisfacer sus obligaciones por parte de la sociedad¹²¹.

2.2.4.- Enfoque contractual-representativo

RUIZ MUÑOZ considera que las tesis propuestas no son suficientemente explicativas, en especial en lo referente a los excesos de la norma, y en tal sentido, propone realizar un análisis contractual-representativo¹²².

Para este autor, que niega el carácter pre concursal del art. 262.5 LSA, la insolvencia empresarial constituye un riesgo no eliminable por medio de norma alguna. Lo verdaderamente relevante es la publicitación de la situación financiera con la finalidad de que los terceros que se relacionan con la sociedad puedan actuar con conocimiento de causa y no inducidos de manera engañosa por la equívoca información registral. Sostiene que si bien es cierto que el artículo 262 (junto al 260) LSA tiene como finalidad general alcanzar la disolución de la sociedad, ésta es una finalidad remota que no necesariamente se ha de producir (en caso del aumento o reducción de capital). De ahí que junto con esta finalidad general existe una finalidad particular o próxima como es (el deber de) la promoción de la disolución por los administradores. Ahora bien, este deber de promoción de la disolución tiene como correlato la inevitable difusión de la correspondiente causa de disolución, con lo cual se alcanza la suficiente notoriedad de la crisis societaria¹²³.

La propuesta interpretativa de RUIZ MUÑOZ parte de establecer una conexión entre el régimen societario de la representación contenido en el art. 129 LSA (art. 63 LSRL) con los arts. 1259 y 1725 CC y trasladar algunas

¹²¹ QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», p.1047.

¹²² En ese sentido, sugiere ahondar en la categoría jurídica que sustenta la responsabilidad analizada, para desmantelar, en lo posible, la carga legitimadora del tenor literal. RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): Análisis contractual-representativo», págs. 478- 479.

¹²³ *Ibidem*, págs. 480-483.

conclusiones al art. 262.5 LSA (105.5 LSRL)¹²⁴. Para el citado autor, la responsabilidad contemplada en el art. 262.5 LSA (105.5 LSRL) tiene su origen en la autonomía de la voluntad¹²⁵, por lo que esclarecer su naturaleza implica remitirse al tema de la representación: la voluntaria en el Derecho común y la orgánica en el Derecho de sociedades. Así, en la representación voluntaria, el simple exceso en las facultades representativas del agente constituye base suficiente para la no responsabilidad del representado (ex art. 1259 CC), con la consiguiente responsabilidad o no del representante, en función de la información del tercero (ex art. 1725 CC). Por su parte, en la representación orgánica, la liberación de responsabilidad de la sociedad también libera al administrador, porque el artículo 129 LSA ha fundido en un único precepto los requisitos que el Derecho común viene exigiendo de manera separada para la liberación frente a terceros de cada uno de los sujetos del negocio de representación. La aplicación del artículo 129 LSA presupone la información del tercero, y por tanto, implícitamente, la correspondencia con el artículo 1725 CC¹²⁶.

Respecto a la sociedad, para la liberación de su responsabilidad, además del exceso del representante (actos extraños al objeto social), es necesario un segundo requisito (no exigido por el artículo 1259 CC) esto es, la información o conocimiento del abuso por el tercero (de mala fe). En realidad, lo que sucede es que el Derecho de sociedades hace más gravosa la desvinculación de la sociedad representada con la finalidad de armonizar los intereses del tráfico y los de los socios. Pero en el fondo, esta aparente severidad del Derecho de sociedades desde la óptica del Derecho común, se justifica en el principio de protección de la confianza a favor del tercero de buena fe frente a una sociedad a la que le es imputable el hecho aparential¹²⁷.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 517.

¹²⁵ Ver nota 110.

¹²⁶ El artículo 129 de la LSA establece la vinculación de la sociedad frente a terceros de buena fe y sin culpa grave, por las actuaciones de sus administradores, en tanto que representantes legales de la sociedad, aun cuando el acto sea extraño al objeto social. Sólo si producido el exceso, el tercero conocía o no podía ignorarlo, la sociedad puede oponer el acto y rechazar su vinculación. *Ibidem*, p. 538-539 y 525-526.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 539.

De este razonamiento, RUIZ MUÑOZ concluye que el administrador-representante no debe ser declarado responsable directo frente a los terceros, debidamente informados, con los que contrata en nombre de la sociedad. Por tanto, el artículo 262.5 se trataría de un supuesto de responsabilidad directa del representante frente a los terceros, donde dicha responsabilidad sólo puede venir de la falta de información de los terceros imputable a los administradores. Desde estas premisas debe ser entendido el art. 262.5 LSA con la finalidad de evitar excesos a los que conduce una interpretación apegada a la literalidad del texto. Y de este modo es como se puede entender la conexión del mismo con los artículos 129 LSA, con el 1725 CC y con el principio de protección de la confianza¹²⁸.

En realidad se está ante un supuesto de actos extraños al objeto social pero *prima facie* frente a un tercero de buena fe, por tanto, vinculación de la sociedad por aplicación del artículo 129.2 LSA y responsabilidad además, como garante, del administrador negligente o culposo (extralimitación de sus facultades sin informar al tercero) por aplicación del artículo 262.5 LSA. Hay que descartar tanto los casos no extraños al objeto social, como los actos extraños frente a terceros de mala fe, porque en los primeros responde solamente la sociedad pues no existe en principio reproche alguno al administrador, y en los segundos, porque siendo actos extraños y al ser de mala fe el tercero, no queda vinculada la sociedad ni los administradores¹²⁹. El art. 262.5 LSA (105.5 LSRL) parte de la vinculación de la sociedad (ex. art. 129 LSA), a la que se añade la responsabilidad como garante del administrador negligente o culposo, de esta manera se conecta el precepto en cuestión con el art. 1725 CC y con el principio de la protección de la confianza, a la vez que se distancia del art. 1259 CC¹³⁰.

De todo lo expuesto hasta aquí en relación a las tesis formuladas para esclarecer la naturaleza jurídica de la responsabilidad bajo comentario, a nuestro juicio, queda descartado que deba hacerse una interpretación pura y

¹²⁸ *Ibidem*, p. 539.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 540.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 548.

simple del tenor de la norma que nos lleve a afirmar que se trate de una responsabilidad objetiva en sentido estricto. Ello, porque se debe admitir la posibilidad de exoneración cuando los administradores puedan probar que no les es imputable culpa alguna con base en los artículos 127 y 133.2 LSA.

Pero tampoco se encuadra como un tipo de responsabilidad por daños, porque la responsabilidad no consiste en la atribución por los daños derivados de la falta de disolución o, si procediere, de la falta de declaración de concurso. Más bien consiste en hacer a los administradores solidariamente responsables de las obligaciones sociales como consecuencia de haber incumplido su deber legal de promoción de la disolución, o en su caso, el concurso. Otros argumentos que apoyan esta postura son:

a) El propio tenor de la norma que evidencia que no se exige la existencia de un daño, nexo causal, ni prevé una indemnización¹³¹. Tampoco se exige que la sociedad se encuentre en estado de insolvencia¹³².

b) Si se tratara de un régimen de responsabilidad por daños, sería suficiente acudir a los arts. 133 a 135 de la LSA, siendo innecesaria y redundante la regulación de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL¹³³.

¹³¹ Como menciona BELTRÁN, la sanción derivada del incumplimiento de los deberes legales de promoción de la disolución no se subordina a la «insuficiencia patrimonial» de la sociedad, es decir, a la circunstancia de que resulte incumplida una obligación social por incapacidad de su patrimonio, donde se situaría el requisito del daño. BELTRÁN, Emilio. *La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales*, p. 263. En el mismo sentido se pronuncia ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», en: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, p. 1711, RUIZ MUÑOZ, Miguel, *Op.cit.*, p. 485; MOYA JIMENEZ, A. *Op.cit.*, p. 366.

¹³² La insolvencia de la sociedad no es presupuesto jurídico de la responsabilidad ex 262.5, aunque es normal que se plantee en estos casos. ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», en: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, p. 1710. Sin embargo, CERDÁ, que considera que se trata de una responsabilidad por daños, opina que es un despropósito que se declare la responsabilidad del administrador de una sociedad solvente, pues lo sensato será que el acreedor social deba haber intentado cobrarse de su deudor (la sociedad), y que ello no hay sido posible. CERDÁ ALBERO, Fernando. *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, p.128.

¹³³ ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o

En todo caso, tiene una naturaleza más cercana a la expuesta por los defensores de la tesis de la *responsabilidad-sanción* pues su finalidad no se orienta a resarcir (indemnizar) a los acreedores, sino a la eliminación de una situación anormal de cierta gravedad y peligrosa para los intereses de los acreedores o simplemente de sancionar a los administradores que no cumplan ciertos deberes legales. No obstante, no debe dejarse de lado los problemas ya mencionados que conlleva calificarla como una *pena* o *sanción civil*.

También consideramos rescatable la variante que afirma que el artículo 262 LSA, sin dejar de ser una responsabilidad *responsabilidad-sanción*, se asienta sobre la base de una presunción *iuris tantum*, y que por tanto debe admitir la prueba en contrario, pues ello conlleva a atenuar, de manera equilibrada, la responsabilidad de los administradores sociales y a considerar una serie de circunstancias de diversa índole que deberán tomarse en cuenta para determinar la culpabilidad. No debe olvidarse que estamos ante una responsabilidad por inactividad del administrador, y ésta puede originarse por diversas causas en las que podría no existir negligencia, por lo que el administrador debería poder probar que no hubo culpa por su parte.

Finalmente, el enfoque contractual-representativo ofrece un importante aporte para la interpretación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad comentada, en la medida que, limita el ámbito de responsabilidad de los administradores a partir del análisis de figuras del Derecho común, que conecta con el Derecho de sociedades para arribar a dos conclusiones importantes: la

remoción de la disolución», en: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, p. 1711; QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús. «Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad. Art. 262.5, TRLSA (SAP Burgos 24 de julio de 1995)», RdS Nº 5, 1995, p. 278; RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): Análisis contractual-representativo», p. 485; Sin embargo, esta afirmación ha sido objetada por CERDÁ, que señala que este régimen de responsabilidad atesora notables peculiaridades con respecto a la construcción general de la acción individual de responsabilidad (en la que técnicamente ha de conceptuarse), en la medida que la norma del art. 262.5 y 105 LSRL no sólo tipifica una conducta antijurídica de los administradores (la omisión negligente que es causa del daño, cifrado en el impago de las deudas sociales, por las que hace responder a los administradores), sino que también facilita sobremanera la prueba del nexo causal, puesto que éste queda implícito en el propio incumplimiento del deber. CERDÁ ALBERO, Fernando. *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, p.125.

necesidad de que los administradores no respondan por las deudas sociales posteriores a la ocurrencia de la causa de disolución (lo que fue recogido en la reforma legislativa del año 2005), y que tampoco lo hagan en caso que el acreedor demandante haya conocido la situación de crisis social y pese a ello, haya contratado con la sociedad (lo que viene siendo recogido por la jurisprudencia).

2.3- Doctrina jurisprudencial

Paralelamente al desarrollo doctrinal, la forma en que los Tribunales han interpretado y enfocado la naturaleza de la responsabilidad bajo análisis tampoco se ha caracterizado por su uniformidad.

2.3.1.- Aplicación inicial

Desde un comienzo se pudo notar en el TS cierta resistencia a la aplicación de un sistema tan severo basado en la mera inactividad de los administradores¹³⁴. Ello se evidenció en aquellos casos en los que el hecho se había producido antes de la vigencia de la nueva Ley. El TS fundamentaba su razonamiento en el principio de irretroactividad recogido en el artículo 2.3 del Código Civil, entendiendo que la responsabilidad de los administradores es una suerte de *pena civil* cuya retroactividad ha de ser excluida en virtud del artículo 9.3 de la Constitución. De este modo, se exigía acreditar la existencia de un perjuicio a los acreedores para hacer responsables a los administradores. En esta línea, encontramos un pronunciamiento del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1997 (RJ 1997/5609):

«(FD 2do): la sentencia recurrida configura la responsabilidad solidaria de los administradores con la de la sociedad por las deudas sociales como una pena civil por la inactividad de aquellos al no solicitar el acuerdo de la disolución de ésta en aquellos casos en que tal causa puede colocar a la entidad en una situación de insolvencia

¹³⁴ Tal como menciona ROJO, la entrada en vigor de las normas legales sobre los deberes de los administradores en orden a la disolución de la sociedad y sobre responsabilidad en caso de incumplimiento ha supuesto una auténtica revolución en las hasta entonces relativamente tranquilas aguas del Derecho de la extinción de las personas jurídicas. ROJO, Ángel. *Op.cit.*, p. 1451.

frente a los acreedores, y, por la fecha de la coyuntura del debate, como las normas intertemporales del Texto Refundido no contemplan esta problemática, somete la misma a la Disposición Transitoria tercera del Código Civil y llega a la conclusión de que, por la circunstancia de que la omisión generadora de aquel deber en común se produjo antes de la vigencia de la nueva Ley, no es aplicable a dichos administradores la sanción del citado artículo 265.5 ; la argumentación de la decisión impugnada es correcta, pues es evidente que, si vigente la nueva Ley, los administradores incurrieron en la negligencia de no convocar la Junta cuando debían hacerlo, se les podrá sancionar, más si la situación irregular se había producido previamente a la entrada en vigor de la misma, la inactividad de aquéllos no ha provocado perjuicio alguno para la entidad demandante y, por consiguiente, no cabe penalización.»

Así pues, esta sentencia pretendía atenuar los efectos expansivos de las desafortunadas disposiciones que regulaban la responsabilidad de los administradores por todas las deudas sociales, al resolver que éstos no debían proyectarse sobre situaciones nacidas con anterioridad al 1 de enero de 1990¹³⁵.

Más tarde, el TS decidió aplicar esta responsabilidad a aquellas situaciones que, generadas con anterioridad, continuaban produciéndose a la entrada en vigor del LSA, como se aprecia en la STS de 2 de julio de 1999 (RJ 1999, 4900).

2.3.2.- Evolución

Era claro para el TS que se trataba de una responsabilidad que no exigía la existencia de un daño, sino sólo una prueba de concurrencia de la causa de disolución y del incumplimiento del deber de los administradores. En este sentido, encontramos la STS del 3 de abril de 1998 (RJ 1998/1910), en la que se afirma lo siguiente:

«(FD 2do.) Para que exista una responsabilidad solidaria de los administradores de una sociedad anónima según los antedichos preceptos es preciso que se den dos requisitos: a) que por consecuencias de pérdidas dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y b) que dichos

¹³⁵ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Op.cit.*, p. 469.

administradores no cumplan con la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, cuando se dé la circunstancia del apartado anterior.»

En un afán de dejar sentado que no se trata de una responsabilidad por daños, la jurisprudencia del TS ha insistido en distinguir entre la acción individual de responsabilidad del art. 135 LSA y la acción derivada de la sanción del art. 262.5 LSA, resaltando el carácter indemnizatorio de la primera, que no tiene la segunda como se puede apreciar en los fundamentos de la STS del 21 de setiembre de 1999 (RJ 1999/7230). Esta posición se consolidaría en la STS del 30 de octubre de 2000 (RJ 2000/9909), que sostuvo expresamente:

«(FD 5to.) No se requiere, por lo tanto, ni nexo causal entre el crédito accionado y la inactividad de los administradores, ni otra negligencia de éstos que la que valora o toma en cuenta la propia norma legal.»

Del desarrollo jurisprudencial se aprecia un claro rechazo a la identificación de la responsabilidad ex art. 262.5 LSA con la responsabilidad civil fundada en la negligencia de los arts. 133 a 135 LSA, al no exigirse la existencia de una relación de causalidad entre la omisión de los administradores y la deuda social, ni una negligencia distinta a la prevista en el propio art. 262.5 LSA. La STS del 20 de julio de 2001 (RJ 2001,6865) resumió la doctrina del TS sobre esta responsabilidad:

«(FD 3ro.) Aceptada por la STS 15-7-1997 (RJ 1997, 5609) (recurso 2388/1993) la naturaleza de pena civil de la responsabilidad solidaria que dicho precepto impone a los administradores, configurada ésta como una responsabilidad cuasi objetiva por la STS 29-4-1999 (RJ 1999, 8697) (recurso 3200/1994) y entendida desde luego como una responsabilidad «ex lege» por las SSTS 12-11-1999 (RJ 1999, 9045) (recurso 803/1995), 22-12-1999 (RJ 1999, 9749) (recurso 2659/1995), 30-10-2000 (RJ 2000, 9909) (recurso 3341/1995) y 20-12-2000 (RJ 2000, 10130) (recurso 3654/1995), se rechaza su identificación con la fundada en negligencia, de los arts. 133 a 135 LSA, por no ser necesaria ni 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 momento mismo en que los administradores conocen la situación patrimonial y sin embargo no proceden como dispone el art. 262 (SSTS 29-4-1999, 22-12-1999, 30-10-2000, ya citadas), de modo que la mera pasividad de los administradores traería aparejada su responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales a modo de

«consecuencia objetiva» (STS 13-4-2000 [RJ 2000, 1829] en recurso 2143/1995)»

El TS desarrolló aún más esta distinción en la STS del 23 de febrero de 2004 (RJ 2004/1138):

«(FD 1ro.) (...) en su extensa y repetitiva demanda incluyó entre las obligaciones incumplidas por el administrador social demandado la que impone el art. 262 LSA, arrojando todos los incumplimientos bajo el art. 135 LSA, siendo así que la acción que nace de este último precepto es distinta de la que origina el art. 265 LSA; aquélla es de naturaleza extracontractual, y requiere que se den los requisitos propios de la responsabilidad de esta naturaleza (acción u omisión culposa, daño, y relación de causalidad entre éste y aquélla), mientras que la acción «ex» art. 265 no requiere ninguna culpa en el administrador, ni relación de causalidad alguna con el daño, basta el hecho objetivo del incumplimiento de las obligaciones que la LSA impone específicamente al administrador social para que se desencadene el efecto sancionador»

En este sentido se pronuncian también las STS de 29 abril [RJ 1999, 8697] y 21 septiembre [RJ 1999,7230] 1999, 20 julio 2001 [RJ 2001, 6865] y 14 noviembre 2002 [RJ 2002, 9762], entre otras.

Precisamente ese carácter de responsabilidad-sanción, ha provocado una aplicación sumamente estricta de la misma – casi ciega, en muchas ocasiones – por Jueces y Tribunales durante muchos años, lo cual ha llevado a nuestra jurisprudencia a calificarla como responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva¹³⁶. La STS del 16 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8215) señala respecto a la responsabilidad contenida en el art. 262.5 LSA:

«(FD 4to.) la responsabilidad que se ha estimado en la causa es una responsabilidad sanción, que solamente precisa la concurrencia de las dos citadas circunstancias: por una parte, que por consecuencia de pérdidas dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente; y por otra, que los administradores no cumplan con la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución. Se trata de una responsabilidad carente de las notas conceptuales de la responsabilidad aquiliana.»

¹³⁶ CARBAJO CASCÓN, Fernando, *Op.cit.*, p. 608.

Ahora bien, a fin de moderar el automatismo en la aplicación y severidad en la interpretación del sistema que se venía desarrollando, el TS sostuvo que el hecho de que no se trate de una responsabilidad por daños, sino de una sanción, no significa que nos encontremos ante un sistema de responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva en el sentido de que se prescindiera de la culpa del agente. La sanción se impone por el incumplimiento de deberes legales imputable a los administradores. La responsabilidad deriva de una negligencia de los administradores consistente en el hecho de que, conocedores de la situación patrimonial de la sociedad, no proceden como exige la Ley¹³⁷. Encontramos así la STS del 9 de enero de 2006 (RJ 2006/199):

STS del 9 de enero de 2006 (RJ 2006/199): «(FD 4to.) Este tono objetivado o cuasiobjetivo del precepto no debe, sin embargo, ser exagerado. Los administradores responden porque no han convocado la Junta, no por razón de que no se haya adoptado el acuerdo de disolución, pero la omisión por la que se responde no es, por sí misma, generadora de daños a los acreedores de la sociedad, ni siquiera los agrava considerada en sí misma, y puesto que el daño no deriva de la acción (rectius, omisión), hasta el punto de que carece de sentido la relación de causalidad que es presupuesto ordinario de cualquier responsabilidad (...) la omisión que implica el incumplimiento del deber de convocar, con la consecuencia de poner a cargo de los administradores, de forma solidaria, el pasivo social (...) ha de tener, o fortiori, veste de sanción. Lo que se ha denominado en la doctrina y en buena parte de la jurisprudencia “una sanción o penal civil, en forma de responsabilidad objetiva por todas las deudas sociales.»

Como se puede apreciar, ante la aplicación cuasi-automática u objetiva de la responsabilidad por no disolución por los órganos judiciales que venía provocando un número considerable de situaciones injustas, el TS optó por suavizar el carácter cuasi-objetivo o de aplicación cuasi-automática de esta responsabilidad. Primero, perfilando con mayor detalle la naturaleza de la responsabilidad-sanción, y luego, clarificando algunas cuestiones de régimen jurídico relacionadas con sus presupuestos y alcance, a fin de evitar una aplicación automática que no evalúe las circunstancias puntuales que puedan ocurrir en cada caso.

¹³⁷ STS de 20 de julio de 2001; STS de 9 de febrero de 2006; STS de marzo de marzo de 2006.

Más adelante, en un intento por definirla mejor, el TS ha señalado que se trata de una responsabilidad de carácter abstracto o formal. No obstante, esto no implica ningún cambio sustancial en la concepción que venía desarrollando el Tribunal. Dicha orientación se recoge en las STS del 26 de junio de 2006 (RJ 2006/3747)¹³⁸ y 31 de enero de 2007 (RJ 2007/708)¹³⁹.

Ya con mayor precisión, en la STS del 5 de octubre de 2006 (RJ 2006/6507) se ha afirmado que se trata de una responsabilidad por la constatación de un hecho objetivo:

«(FD 5to.) La Jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que se trata de una responsabilidad cuasiobjetiva o incluso, objetiva, con lo que se quiere decir que está basada en un hecho objetivo, la omisión de la convocatoria de la Junta o de la solicitud, en general, de la promoción y liquidación – y ahora también concurso-, sin atender a la calificación de la conducta culposa o diligente del administrador en el ejercicio del cargo...»

Se quiere dar a entender con ello que la responsabilidad por no disolución o concurso no es objetiva en sentido estricto, sino que se aplica en forma objetiva (al margen del comportamiento culposo o negligente de los

¹³⁸ STS del 26 de junio de 2006 (RJ 2006/3747): «(FD 3ro.) La jurisprudencia ha venido declarando que esta responsabilidad no depende de la existencia de un nexo causal con el daño originado a los acreedores reclamantes y ni siquiera exige la concurrencia de este daño. La responsabilidad, en consecuencia, cuando se articula al amparo del artículo 262.5 LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) , puede calificarse de abstracta o formal, característica que, quizá con menor propiedad semántica, ha sido también descrita como objetiva o cuasi objetiva (SSTS de 3 de abril de 1998 [RJ 1998, 1910] , 20 de abril de 1999, 22 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 9749] , de 20 de diciembre de 2000 [RJ 2000, 10130] , 20 de julio de 2001 [RJ 2001, 6865] , 25 de abril de 2002 [RJ 2002, 4159] y 14 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 9762] , entre otras).»

¹³⁹ 31 de enero de 2007 (RJ 2007/708): «(FD 2do.) Respecto de la responsabilidad de los administradores, esta Sala ha destacado su carácter abstracto o formal – Sentencia de 26 de junio de 2006 (RJ 2006, 3747) –, y, con mayor propiedad, su naturaleza objetiva o cuasi objetiva – Sentencias de 25 de abril de 2002 (RJ 2002, 4159) , 14 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9762) , 6 (RJ 2006, 1892) y 28 de abril de 2006 (RJ 2006, 4111) –esta última de Pleno– , y 26 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3319) , entre otras–, que se resume en que su declaración no exige la concurrencia de un reproche culpabilístico que hubiera que añadir a la constatación de que no ha habido promoción de la liquidación mediante convocatoria de la Junta o solicitud judicial, en su caso –y ahora también la solicitud de la declaración de concurso, cuando concurra su presupuesto objetivo–, esto es, una negligencia distinta de la prevista en el propio precepto – Sentencias de 20 (RJ 2004, 838) y 23 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1138) y de 28 de abril de 2006 (RJ 2006, 4111) –, del mismo modo que no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto de administrador, o, en otros términos, no exige más que el enlace causal preestablecido en la propia norma – Sentencia de 28 de abril de 2006 (RJ 2006, 4111) .»

administradores) una vez constatados los presupuestos materiales, formales y temporales determinantes de esta responsabilidad¹⁴⁰.

Ahora bien, el TS también ha enfocado la responsabilidad de los administradores desde una perspectiva totalmente distinta. Así, ha realizado un esfuerzo por reconducir la responsabilidad-sanción de los artículos 262.5 LSA y 105.5 LSRL hacia los principios fundamentales de la responsabilidad extracontractual. Ello con la finalidad de permitir una aplicación más flexible y acorde a las particularidades de cada caso. Se exige analizar ahora la responsabilidad por no disolución (o concurso) atendiendo a la conducta de los administradores demandados en cada caso.

El Tribunal justifica dicha doctrina alegando, primero, que existe un daño, siquiera indirecto, en el impago del crédito reclamado por el acreedor (pues la solvencia de la sociedad deudora no puede tomarse como un supuesto de lesión directa causada por los administradores). Después, que ese daño se relaciona causalmente, de modo muy laxo, con el comportamiento omisivo de los administradores al no promover la disolución o solicitar el concurso. De modo que de no promover la disolución o solicitar el concurso concurriendo causas objetivas para ello, los administradores estarían concurriendo en culpa o negligencia en el cumplimiento de un deber legal (arts. 262.2 TRLSA y 104.1 LSRL) y, con ello, en una infracción del deber genérico de diligencia (arts. 127 TRLSA y 61 LSRL) susceptible de generar un daño indirecto a los acreedores sociales¹⁴¹.

Esta interpretación la vemos en la STS del 28 de abril de 2006 (RJ 2006/4087)¹⁴², que trata de aproximar el régimen de la responsabilidad sanción al de la responsabilidad por daño¹⁴³. Según expone el TS en dicha sentencia,

¹⁴⁰ CARBAJO CASCÓN, *Op.cit.*, págs. 608-609.

¹⁴¹ *Ibidem*, págs. 609-610.

¹⁴² Ver también STS de 5 de diciembre de 2007.

¹⁴³ STS del 28 de abril de 2006 (RJ 2006/4087): «(FD 2do.) Pero el tema fundamental del motivo, y del recurso, se encuentra en la relación que cabe establecer entre las dos acciones de responsabilidad que se ejercitan, en el sentido de determinar si la acción «ex» artículo 262.5 LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) es, en el fondo, una especie de la acción de responsabilidad que deriva de los artículo 133 y 135 LSA, los cuales, a su vez, traducen un régimen especial de la genérica responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código

esta interpretación obligará a los Jueces y Tribunales a enjuiciar las demandas de responsabilidad de administradores por no disolución o concurso aplicando las reglas y técnicas básicas de la responsabilidad civil al caso concreto.

En particular, les ayuda a evaluar los problemas de imputación objetiva (como pueden ser, entre otros, el conocimiento de la situación de la sociedad por los reclamantes en el momento de generarse el crédito, especialmente su estado de mayor o menor solvencia, o la existencia de créditos compensables frente a los reclamantes, etc.) y los problemas de imputación subjetiva (la posible exoneración de los administradores que demuestren haber llevado a cabo acciones significativas para evitar el daño o la imposibilidad por los administradores de evitar el daño, ya en una situación irreversible de disolución o si cesan de manera efectiva o real en el cargo antes de que se produzca la causa de disolución)¹⁴⁴.

En opinión de CARBAJO, estamos ante un ejercicio de prudencia que apuesta por una aplicación moderada y responsable del grave régimen de responsabilidad-sanción por no disolución o concurso de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL, en línea o conexión con los principios y reglas generales de la

civil. De modo que la responsabilidad de los administradores en el supuesto del artículo 262.5 LSA (como en el del 105.5 LSRL [RCL 1995, 953]), que la jurisprudencia de esta Sala ha ido configurando como objetiva o como cuasiobjetiva (...) tuviera que ser templada en razón de una valoración de la conducta de los responsables, a la que también es necesario llegar si se parte de una concepción de la responsabilidad de que se trata como una suerte de sanción (...). Esto es, si se parte de que la responsabilidad de que se trata (artículos 262.5 LSA y 195.5 LSRL) es un supuesto de responsabilidad extracontractual (no obstante decisiones orientadas en otro sentido, como las Sentencias de 12 de febrero de 2002 [RJ 2002, 3112] y de 16 de diciembre de 2004 [RJ 2004, 8215]) en que se ha de tomar como punto de partida la existencia de un daño, que en general consistirá en el impago del crédito que se reclama (un crédito contra la sociedad, cuya frustración, desde la perspectiva del artículo 135 LSA, sería un daño indirecto, ya que la insolvencia de la sociedad deudora no puede tomarse como un supuesto de lesión directa causada por los administradores) que se relaciona causalmente de modo muy laxo con el comportamiento omisivo de los administradores (carencia de convocatoria en plazo, omisión del deber de solicitar la disolución judicial o el concurso), pero que, a partir de ese dato (daño y relación de causalidad preestablecida) requeriría la aplicación de las reglas y de las técnicas de la responsabilidad civil, evaluando los problemas de imputación objetiva (conocimiento por los reclamantes de la situación de la sociedad en el momento de generación del crédito, solvencia de la sociedad, existencia de créditos compensables de la sociedad frente a los acreedores que reclaman) y de imputación subjetiva, esto es, la posibilidad de exoneración de los administradores que, aun cuando hayan de pechar con la carga de la prueba (artículo 133.3 LSA) demuestren una acción significativa para evitar el daño (lo que se ha de valorar en cada caso) o que se encuentren ante la imposibilidad de evitarlo (han cesado antes de que se produzca el hecho causante de la disolución, se han encontrado ante una situación ya irreversible).»

¹⁴⁴ CARBAJO CASCÓN, *Op.cit.*, p. 610.

responsabilidad extracontractual por daños (arts. 135 TRLSA, 69 LSRL y 1902 CC). Ello, porque los objetivos de política legislativa perseguidos con esa responsabilidad, por loables que sean, no pueden ir en detrimento de la aspiración al ideal de justicia al que debe ir orientada la norma y la aplicación judicial del Derecho, lo cual exige – en materia de responsabilidad - analizar las diversas circunstancias objetivas y subjetivas que concurren en cada caso concreto¹⁴⁵.

No obstante, coincidimos con MARÍN DE LA BÁRCENA, para quien el principal problema que plantea esta orientación jurisprudencial es a nivel metodológico. Así, las sentencias reconocen que la consecuencia jurídica prevista por el legislador para el caso de incumplimiento de estos deberes no consiste en la obligación de indemnizar por el daño causado, sino en la extensión del área de responsabilidad por deudas de la sociedad a los administradores en función de garantía. Esto es lo que se deduce del tenor literal de la norma y de la necesidad sistemática de distinguir la responsabilidad por deudas de las acciones de responsabilidad por daños al patrimonio social (art. 134 LSA) y por daño directo a socios o terceros (art. 135 LSA). Para el citado autor, una vez reconocido que la naturaleza jurídica de esta responsabilidad no es indemnizatoria, no es una buena técnica acudir al sistema de responsabilidad civil extracontractual para integrar su régimen jurídico. El motivo es que ello exigirá probar que el patrimonio social resulta insuficiente para hacer frente a las deudas sociales como consecuencia de la omisión de los deberes por los administradores¹⁴⁶.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Para MARÍN DE LA BARCENA, en cuanto a los problemas de imputación objetiva, la utilidad de toda la estructura dogmática que ofrece el sistema de responsabilidad extracontractual para integrar el régimen jurídico de la responsabilidad por deudas es muy limitada porque la norma no exige que se haya causado un resultado lesivo, ni siquiera exige que haya un peligro de lesión para los derechos de crédito. La responsabilidad deriva de la omisión de un deber de comportamiento. Por otro lado, en cuanto a la imputación subjetiva, la dogmática de la responsabilidad civil extracontractual opera en un momento posterior del juicio de atribución de responsabilidad. Una vez que un determinado daño es objetivamente imputable al comportamiento del responsable, hay que determinar si dicho comportamiento es subjetivamente imputable a título de culpa o de dolo. La culpa hay que entenderla como la infracción a un deber de cuidado que consiste en emplear la diligencia promotora adecuada a las circunstancias de las personas, el tiempo, el lugar y la naturaleza de la prestación que se está desarrollando (art. 1104.1 CC en conexión con el artículo 127 LSA), para situarse en posición de cumplir, en este caso, con el mandato contenido en la norma. MARÍN DE LA

De todo lo expuesto hasta aquí podemos concluir que el TS - en cuanto a la forma de concebir la responsabilidad prevista en los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL – se ha decantado por calificarla como una responsabilidad objetiva y sancionatoria, y en pos de evitar una interpretación en extremo rigorista, ha aplicado ciertos criterios atenuantes que permiten definirla mejor.

2.3.3.- La valoración de la buena fe en las STS

Por otro lado, se ha desarrollado una importante corriente jurisprudencial que intenta moderar la aplicación rigurosa de la responsabilidad a partir de la limitación de los presupuestos de la acción. Así, el TS ha introducido la posibilidad de exonerar de responsabilidad a los administradores cuando los acreedores demandantes conocían la difícil situación económica de la sociedad al momento de contratar.

Por tanto, aquel que contrata con una sociedad conociendo su situación patrimonial de crisis financiera, no puede luego alegar la existencia de ocultación negligente alguna por los administradores. Se afirma que, cuando existen indicios racionales de insolvencia, la norma no puede amparar al que contrata con una sociedad de solvencia sospechosa, pues no actuaría entonces de manera razonable, honesta y adecuada a las circunstancias, es decir, acorde con el principio de la buena fe.

Así, en diversas sentencias se ha exigido la buena fe del actor para que pueda prosperar su demanda sobre reclamación de cantidad por responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales, al amparo de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL, pronunciándose en contra de las pretensiones de los acreedores sociales que eran conocedores de la mala situación económica de la sociedad en el momento de contratar.

BARCENA GARCIMARTÍN, Fernando, «Responsabilidad por deudas y derecho de daños. STS de 5 de diciembre de 2007 (RJ 2007; 8899)», En: *RdS*, N° 31, 2008-2, págs. 403-405.

Una de las primeras sentencias en abordar el tema fue la STS de 20 de julio de 2001 (RJ 2001, 6865), en la que el TS resolvió acudiendo al principio de buena fe (art. 7.1 CC) y desestimó las pretensiones formuladas. En ella se sostuvo que carecen de posibilidad de reclamar contra los administradores aquellos acreedores que, conocedores de la situación social, hubieran decidido asumir el riesgo de contratar con esa sociedad, ya que lo contrario supondría una interpretación, no sólo ajena, sino totalmente contraria al principio de buena fe¹⁴⁷. En el mismo sentido se han pronunciado las STS de 14 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9762); 12 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1007), STS de 12 de setiembre de 2003 (RJ 6975,2003), 16 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7390), STS de 16 de diciembre de 2004, STS 16 de febrero de 2006 (R.A. 2934/2006); STS 14 de mayo 2007 (RJ 2007,3554); STS 24 de junio de 2008; 14 de mayo de 2009.

En definitiva, estas sentencias sientan una nueva posición jurisprudencial de gran importancia práctica, que tienen como objetivo evitar que la falta de diligencia de los administradores al no promover la disolución de la sociedad dañe a terceros que contratan con la misma creyéndole plenamente solvente. Así se concluye que el tercero que conocía la difícil situación económica por la que atravesaba la sociedad y, pese a ello, contrata con la misma no tiene luego derecho a exigir posteriormente la responsabilidad de los administradores por no haberla disuelto. En el siguiente capítulo desarrollaremos con detenimiento los argumentos y la validez de esta postura.

¹⁴⁷ En este sentido la STS de 20 de julio de 2001 (RJ 2001, 6865) señaló: «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 autorizan para dirigirse luego contra sus administradores (STS 16 de febrero de 2000 (RJ 2000, 679) y STS de 3 de julio de 1998 (RJ 1998, 5214))»

CAPÍTULO III

VALORACIÓN DE LA BUENA FE DEL ACREEDOR COMO PRESUPUESTO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

En el presente capítulo se examina, en primer término, los presupuestos para el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores, pero centrándonos sólo en el caso de pérdidas patrimoniales graves. Ello, porque consideramos que es en dicho supuesto en el que procede la valoración de la buena fe del acreedor como presupuesto para el ejercicio de la acción, tema central de este trabajo.

Desarrollaremos los presupuestos objetivos con la finalidad de estudiar cómo se definen doctrinalmente las pérdidas graves y a partir de qué momento se puede entender su existencia. Seguidamente, analizaremos los presupuestos subjetivos a fin de poder determinar claramente quiénes son los sujetos que pueden interponer la acción de responsabilidad ex art. 262.5 LSA (105.5 LSRL) y cuáles son sus limitaciones. Dentro de este punto, desarrollaremos el objeto principal de este trabajo, que es determinar si el acreedor que conoce de la situación de crisis o insolvencia de la sociedad al momento de contratar con ella puede luego accionar legítimamente contra los administradores.

3.1.- Presupuestos para el ejercicio de la acción de responsabilidad: especial referencia al caso de las pérdidas graves

3.1.1.- Presupuestos objetivos

En la práctica, el caso más frecuente de exigencia de responsabilidad a los administradores es el de falta de promoción oportuna de la disolución o concurso, concurriendo pérdidas graves del capital social (art. 260.1.4 LSA y 104.1.e LSRL). Si bien la responsabilidad legal de los administradores también entra en juego en otros casos de falta de promoción de disolución de la sociedad, son las pérdidas graves o cualificadas del capital las que operan como presupuesto de la mayor parte de las demandas de responsabilidad presentadas por los acreedores sociales en mérito de los arts. 262.5 y 105.5 LSRL¹⁴⁸.

a) La existencia de pérdidas graves:

Para que exista causa legal de disolución por pérdidas y, en consecuencia, para que nazca el deber legal de convocatoria, la Ley exige que dichas pérdidas, calculadas conforme al criterio de contabilización y de valoración propios del balance de ejercicio, hayan dejado reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social (arts. 260.1.4 LSA y 104.1 LSRL). Ello es así, salvo que éste aumente o se reduzca el capital en la medida necesaria, y siempre que no proceda la declaración de concurso¹⁴⁹.

¹⁴⁸ RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): Análisis contractual-representativo», p. 473. En este sentido, PAZ-ARES, plantea dos ideas fundamentales: a) La disciplina –severadel capital social, tiene, al margen de otras funciones, una función primordial de garantía de los acreedores, y b) Que el capital social como cifra de retención del patrimonio de la sociedad reservado a los acreedores constituye el equilibrio o la contraprestación a la responsabilidad limitada de los socios. PAZ-ARES, Cándido, *Op.cit.*, p. 1596.

¹⁴⁹ Tal como precisa SÁNCHEZ CALERO, este supuesto de disolución se encuentra condicionado al hecho de que nos encontremos ante una sociedad solvente, pues la insolvencia dará lugar al concurso. SÁNCHEZ CALERO, *Op.cit.* p. 453.

Esta exigencia se fundamenta en que el capital social tiene por función principal, frente a los terceros, la de servir de cifra mínima de garantía de la existencia de elementos activos para el pago de las obligaciones societarias, obstaculizando, mediante la retención, la salida de recursos patrimoniales¹⁵⁰. Es indiferente la cifra de ese capital, la causa opera del mismo modo cualquiera sea esa cifra, es decir, tanto si el capital social es el mínimo legal general (arts. 4 LSA y 3 LSRL) o especial, como si es muy superior a ese mínimo¹⁵¹.

Con esta causa se intenta proteger la integridad del capital social evitando que exista una gran desproporción entre el capital y el patrimonio social, en detrimento de la garantía de cobro de los acreedores sociales¹⁵². De esta forma se pretende tutelar a los acreedores y al tráfico mercantil, frente a la limitación de la responsabilidad de los socios, característica de las sociedades de capital¹⁵³. Como señala Paz-Ares, la ausencia de responsabilidad se sustituye por la presencia del capital¹⁵⁴. El legislador pretende, básicamente, impedir que la cifra del capital social de las sociedades capitalistas sea ficticia (en virtud del principio de realidad del capital social) lo cual puede empezarse a conseguirse si se prohíbe que el patrimonio sea inferior a la mitad del capital social¹⁵⁵. Hay que partir del hecho de que los terceros, cuando se relacionan con la sociedad,

¹⁵⁰ MUÑOZ GARCÍA, Alfredo. «La causa disolutiva por pérdidas graves, en las sociedades de capital, tras las últimas modificaciones normativas aprobadas por la Ley 16/2007 del 4 de julio y el Real Decreto Ley 10/2008, del 12 de diciembre». En *Revista de Derecho Mercantil*, N. 270, 2008, p. 1436.

¹⁵¹ Así también, como menciona ROJO, es indiferente la causa de esas pérdidas, puede ser consecuencia de resultados negativos de las actividades sociales; pero la causa legal de disolución puede existir por efecto de las dotaciones para amortizaciones y de las provisiones que, por imperativo legal o reglamentario, sea preciso realizar. Es igualmente indiferente el carácter de dichas pérdidas. La Ley trata del mismo modo los casos en los que la disminución del patrimonio social por debajo de la mitad del capital social sea ha producido de modo súbito o repentino, y aquellos otros en los que esa disminución es la consecuencia de un proceso de deterioro de ese patrimonio. Y es, en fin, indiferente que existan o no posibilidades objetivas de recuperación. Si esas posibilidades existen tienen que materializarse antes de que transcurra el plazo para el cumplimiento del deber de convocatoria y, en caso de fracaso de la Junta convocada, antes de que transcurra el plazo para el cumplimiento del deber de solicitud de disolución judicial de la sociedad. ROJO, Ángel. *Op.cit.*, p.1458.

¹⁵² . BELTRÁN, Emilio. *La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales*, p. 238.

¹⁵³ Una de las formas que prevé la Ley para restringir el beneficio de la responsabilidad limitada del que gozan las sociedades de capital es obligándolas a inscribirse en el Registro Mercantil, tal como se dispone en el artículo 19 de Ccom. Con dicha exigencia se pretende evitar los perjuicios que se pudieran ocasionar a terceros derivados de la falta de publicidad. La finalidad es que éstos puedan saber que se están vinculando a una persona que tiene el patrimonio limitado al aporte de capital.

¹⁵⁴ PAZ-ARES, Cándido, *Op.cit.*, p. 1597.

¹⁵⁵ VALENZUELA GARACH, J. *Op.cit.* p. 50.

lo hacen confiando en una apariencia, y si ésta es errada por encontrar la sociedad incurra en causa de disolución, la garantía patrimonial con la que creían contar, no se corresponderá con la realidad¹⁵⁶.

La forma más habitual de buscar el equilibrio entre capital y patrimonio será la reducción de la cifra del capital nominal hasta hacerla coincidente con el valor del patrimonio neto (activo menos deudas); en ese caso estaríamos ante una reducción *nominal* o *contable* del capital social. Ahora bien, el aumento del capital social para restablecer el equilibrio también es una solución, pero de carácter transitorio, por ser parcial (simplemente «en la medida suficiente») el equilibrio y sometido al riesgo de una inmediata recaída en la misma causa de disolución en cuanto se produzca la mínima pérdida patrimonial¹⁵⁷.

¹⁵⁶ En este sentido, encontramos la opinión de RUIZ MUÑOZ cuando menciona que estamos ante una de las manifestaciones de correspondencia mínima o de efectividad del capital social. RUIZ MUÑOZ, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): Análisis contractual-representativo», p. 549. En esta línea CARBAJO afirma que esta causa de disolución responde al principio de realidad o integridad del capital social en sociedades anónimas y limitadas. Su objetivo reside en garantizar la existencia de una correspondencia mínima efectiva entre el capital social o capital nominal o estatutario y el patrimonio neto, también conocido como capital real o efectivo. Sirve así a la función del capital como cifra de retención o de garantía última para los acreedores sociales ante la falta de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, de manera que si las pérdidas reducen el valor patrimonial neto por debajo de determinados límites previstos expresamente en la Ley en relación con la cifra estatutaria del capital social, se impone la obligación de reajustar el equilibrio capital-patrimonio. CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Op.cit.*, p. 612.

¹⁵⁷ VALENZUELA GARACH, J. *Op.cit.*, p. 52. No obstante, como apunta CARBAJO, la situación de desequilibrio patrimonial grave entre patrimonio y capital social no implica necesariamente la existencia de un pasivo superior al activo ni a la imposibilidad de seguir desarrollando su objeto social y conseguir así el fin social último: el lucro repartible. El legislador presupone que la reducción del patrimonio por debajo de la mitad del capital social (aun resultando positivo el balance de la sociedad) no garantiza de manera suficiente los intereses de los acreedores sociales ni la confianza del tráfico en general, que confían en la existencia de una correspondencia mínima (equilibrada) entre el patrimonio y el capital social, por lo que impone la prevención de males mayores, excepto que se proceda al reajuste entre el capital y el patrimonio. Sin embargo, la práctica demuestra que, salvo en casos puntuales donde el patrimonio real es muy superior al capital nominal, frecuentemente la reducción del patrimonio por debajo de la mitad del capital social conduce irremisiblemente a un estado de insolvencia de la sociedad. De hecho, podría decirse que al margen de la construcción dogmática de esta causa de disolución en coherencia con las relaciones entre capital y patrimonio, el legislador estaría pensando seguramente en un desbalance entre capital y patrimonio que actuaría como causa determinante del deterioro a corto plazo en la situación financiera y comercial de la sociedad. Así, el legislador habría optado una posición de política legislativa por la que considera necesario proceder a la disolución de la sociedad si se produce una pérdida patrimonial grave y no se reajusta el equilibrio patrimonio-capital en la medida suficiente, actuando la disolución como mecanismo pre concursal tendente a la satisfacción de los intereses de los acreedores antes de que un procedimiento concursal la ponga en peligro CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Op.cit.*, p.613-614.

b) Determinación del momento de la existencia de pérdidas:

Otra cuestión controvertida, que habíamos anotado en el capítulo anterior, surge en relación a la determinación del momento exacto en que deben tomar acción los administradores frente a una situación de pérdida. En la redacción del artículo 262.5 de la LSA se puede apreciar la falta de una referencia objetiva respecto a la determinación del momento exacto en el que concurre una causa de disolución a efectos de poder fijar el *dies a quo* del plazo de dos meses establecido en la norma.

Este asunto es de singular importancia debido a que determina también el momento exacto del nacimiento de la responsabilidad personal de los administradores por las deudas sociales. Al respecto se han desarrollado diversas posturas doctrinales:

i) Desde que los administradores tengan conocimiento de la existencia de alguna de las causas de disolución:

Una primera corriente defiende que el plazo de dos meses para convocar debería comenzar a contarse desde el momento en que los administradores tuvieran conocimiento o constaten la concurrencia de una causa de disolución¹⁵⁸.

Esta postura, si bien es favorable a los administradores, tiene como inconveniente que en ocasiones no resulta fácil probar o determinar en qué momento exactamente sobreviene la causa de disolución y obtener una constancia de ello. Así, los administradores tendrían muchos argumentos para

¹⁵⁸ Esta posición, de corte subjetivista - también conocida doctrinalmente como el «*criterio de la cognición*» - se vio reflejada en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1993, que si bien no se incorporó al texto final, preveía en su art. 108.1 que el plazo de los dos meses para que los administradores convocasen la Junta General habría de comenzar a contarse «*tan pronto como tengan conocimiento de la existencia de alguna de estas causas*».

probar la ignorancia de esa situación, lo cual sería además contrario al ejercicio diligente del cargo¹⁵⁹.

ii) Desde la finalización del ejercicio social:

Otra corriente, abogando por una aproximación radicalmente objetiva del problema, señala que el plazo para convocar debe comenzar desde que tenga lugar la causa de disolución, independientemente de que ésta fuera conocida o no en ese momento por los administradores (pues, en cumplimiento de su deber de diligencia, está obligados a conocer y por tanto a «denunciar» dicha situación a través de la Junta General).

Para este sector doctrinal, comenzar el cómputo desde el conocimiento de la causa dejaría la disolución de la sociedad pendiente de la decisión exclusiva de los administradores. Éstos podrían estar interesados en demostrar la ignorancia de aquella circunstancia para quedar eximidos de cualquier responsabilidad por la no promoción de la disolución social¹⁶⁰, retrasando también - en exceso - la convocatoria a la Junta General.

En consecuencia, conforme a esta postura, el momento en que se entenderá producido el desequilibrio patrimonial por pérdidas, sólo puede venir fijado a partir de la finalización de ejercicio social, cuando la junta proceda a la aprobación de las cuentas anuales donde se refleja tal situación, por ser este el momento exacto en que se puede determinar de manera objetiva y fehaciente la situación de desequilibrio patrimonial que aboca a la disolución del ente societario y, por tanto, el único momento exacto en que se puede determinar con exactitud y claridad la concurrencia de la causa de disolución. Y si ello no se llevaba a cabo, el último día del plazo legal establecido para tal fin¹⁶¹.

¹⁵⁹ Tal como señala ÁVILA DE LA TORRE, la admisión de un criterio puramente subjetivo basado en la prueba del conocimiento plantea importantes dificultades de determinación. ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo, *Op.cit.*, p. 13.

¹⁶⁰ VALENZUELA GARACH, J. *Op.cit.* p. 60.

¹⁶¹ Se exponen tres argumentos fundamentales a favor de la consideración del *dies a quo* como el momento de la formulación, o en su ausencia, el último día para realizar: un argumento conceptual, un argumento sistemático y un argumento lógico. El primero conllevaría a afirmar que la legislación vigente contempla la pérdida como el “resultado negativo que figura en el balance del ejercicio”, que se manifestaría contablemente por la existencia de un saldo deudor

El problema evidente de esta postura es que, de suscitarse una situación de crisis empresarial, no se adopten las medidas para afrontar dicha situación de forma oportuna por tener que esperar a la finalización del ejercicio social, perjudicándose a los acreedores y a la propia sociedad.

iii) Desde que la causa de disolución pueda ser objetivamente conocida por los administradores como resultado del ejercicio de sus deberes de diligencia:

Para esta tercera corriente, acogida por la doctrina mayoritaria - que parte de la insuficiencia de las posturas antes señaladas - la obligación de convocar a junta de disolución surge desde el instante en que los administradores conozcan la existencia de la causa de disolución; o desde que debieron conocerla o; en fin, desde que, por razón del cargo, no pudieron haberla desconocido¹⁶².

Se propone entonces una tesis que ha sido calificada de *ecléctica*, que completa el criterio subjetivo del conocimiento afirmando que la obligación de convocar no surge sólo en el momento en que los administradores conozcan o

en la cuenta de pérdidas y ganancias desde donde accedería al balance, por lo que los resultados sólo adquieren la condición de beneficios o pérdidas, a los efectos de la legislación de sociedades, cuando constan en el balance del ejercicio (...) El segundo argumento esgrimido es el sistemático, que defiende una interpretación única del término "pérdidas" respecto a los dos preceptos que, sustancialmente, contempla la legislación societaria que protegen el capital del correspondiente desequilibrio con el patrimonio neto. Se trata de los supuestos correspondientes a la reducción obligatoria de capital (art. 163.1 LSA) y de disolución obligatoria (163.1 LSA). Se aboga porque dicho concepto sea común y como parte de la doctrina mercantilista se inclina por entender que en el primer supuesto se exigen dos balances anuales u ordinarios, se debe defender una congruencia del sistema que implique un concepto de pérdidas común a ambos supuestos por lo que las pérdidas en ambos preceptos vendrían referidas a las "pérdidas anuales" (...) Y el último de los argumentos vertidos es el lógico, que exigiría considerar a las pérdidas como las derivadas del balance anual, porque de lo contrario se podría llegar a un resultado ilógico de que si la situación es pasajera o reversible y la causa se resolviera dentro del mismo ejercicio, la sociedad, aun así, debiera haberse disuelto a pesar de que existiría ya la causa disolutiva. MUÑOZ GARCÍA, Alfredo. *Op.cit.*, p. 1449 a 1453: "

¹⁶² A favor de esta interpretación: ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo, *Op.cit.*, p. 13, ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y a terceros: acción individual y acción por no promoción de la disolución», en: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, p. 1707; SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo, «Disolución de la sociedad anónima», p. 2496; QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», p. 1046.

constaten la existencia del supuesto de hecho, sino que también cabe deducir la existencia de la misma cuando *objetivamente* debieran conocer, desplegando la diligencia que les es exigible.

Así, el plazo para convocar comenzaría cuando la causa de disolución pueda ser objetivamente conocida por los administradores como resultado del desarrollo de su cargo con la diligencia debida *ex arts.* 127.1 LSA y 61.1 LSRL. Ello significa que la determinación del momento en que se adquiere el conocimiento de la causa de disolución habrá de lograrse mediante datos objetivos, es decir, cuando sea razonable que una persona diligente deba alcanzar tal conocimiento, no quedando a merced de las circunstancias puramente subjetivas concurrentes en cada caso concreto.

Esta corriente mayoritaria ha entendido que el momento en el que se produce el desequilibrio patrimonial por la existencia de pérdidas no requiere tener que esperar a la finalización del ejercicio social. De este modo, comenzará a contar el plazo de dos meses para los administradores a partir de la fecha en que los administradores tuviesen conocimiento o debieran haber conocido el desequilibrio patrimonial empleando la diligencia especial de un ordenado comerciante. A tal conocimiento deberá llegarse en cualquier momento del ejercicio económico y a través de cualquier balance, incluso con anterioridad a la formulación de las cuentas anuales (no siendo preciso que éstas lleguen a ser aprobadas en Junta General). Y ello, porque ha de ser inherente a tal diligencia la preocupación permanente que los administradores han de mostrar por conocer en todo momento el estado contable de la sociedad¹⁶³.

Con esta tercera tesis, se salvan los inconvenientes de las dos posturas inicialmente comentadas, puesto que en aquellos casos en los que resulte

¹⁶³ VALENZUELA GARACH, J. *Op.cit.*, p. 65. En la STS del 30 de octubre de 2000 (RJ 2000/9909) se señala «el dato decisivo para efectuar el cómputo del plazo de dos meses (del art. 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 una 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».

difícil constatar la concurrencia del supuesto, en el momento de su surgimiento se estará al del conocimiento, teniendo en cuenta que el mismo no puede quedar a merced de los administradores sino que ha de responder a criterios objetivamente evaluables¹⁶⁴.

La diferencia entre una y otra tesis se manifiesta ante situaciones de especial gravedad, en los que antes del cierre del ejercicio social y de la formulación de las cuentas correspondientes a dicho ejercicio, el escenario sea tan insostenible que los administradores tengan que adoptar medidas para el saneamiento financiero de la sociedad (convenios extrajudiciales con uno o varios acreedores, ejercicio de la facultad delegada de acordar el aumento de capital social, etc.) o tengan que convocar junta general para que acuerde las medidas oportunas o la disolución de la sociedad o incluso el concurso¹⁶⁵.

Una tesis hasta cierto punto intermedia, según BELTRÁN, es la defendida por la STS del 20 de febrero de 2007. Ésta parte de la base de que el hecho determinante del inicio del plazo es el conocimiento de las pérdidas por parte de los administradores. No obstante, exige que eso tenga lugar «*en términos de normalidad económica y contable*», de modo que pueda retrasarse el inicio del plazo de la situación inicial de pérdidas, que podía entenderse superada unos meses después, para reflejarse en las cuentas sometidas a la Junta General¹⁶⁶. No obstante, si bien es cierto que debe esperarse que la situación de pérdidas esté consolidada, a nuestro entender, este criterio definitorio podría desatar muchas arbitrariedades por su amplitud de interpretación.

En un inicio, fue la llamada jurisprudencia menor la que sentó los precedentes del problema planteado, sin existir una uniformidad en los criterios adoptados respecto al momento en que surge la responsabilidad. Así, encontramos fallos que señalan que ésta surge en el momento en que no actuaron en la forma prevista por la Ley, es decir, cuando se produjo la

¹⁶⁴ ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo, *op.cit.*, p. 14.

¹⁶⁵ BELTRÁN, E., «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», p. 241.

¹⁶⁶ *Ibidem.*, p. 241.

disminución del patrimonio (SAP de Huesca del 6 de mayo de 1995; SAP de Zaragoza de 26 de octubre de 1992). Otros han adoptado el criterio de la cognición, ya comentado, por el cual se considera que el cómputo del plazo comienza a contarse cuando los administradores tengan noticias de la existencia de una causa de disolución (SAP de Córdoba de 5 de mayo de 1994).

Posteriormente se fue sentando jurisprudencia del TS. En un primer momento el TS fijaba el inicio del cómputo del plazo en el momento en que los administradores conocieran la situación económica determinante de la causa de disolución (STS del 30 de octubre de 2000), dejando abierta la puerta a una lectura de corte subjetivo que obligaría a probar el momento en que los administradores tuvieron conocimiento exacto de la causa de disolución.

Más adelante, el TS fue evolucionando hacia posturas más objetivas, declarando primero, que el cómputo del plazo debía producirse desde el momento en que los administradores no pudieran ignorar la grave situación de descapitalización de la sociedad, sin necesidad de esperar al final del ejercicio económico (STS del 18 de julio de 2002). Además, se sostuvo que el plazo debe contarse desde que tuvieron o debieron tener conocimiento de tal situación (STS de 16 de diciembre de 2004; y 4 de julio de 2007).

Finalmente, el TS opta por una solución intermedia al problema: El deber legal de convocar a Junta en el plazo de dos meses no comienza a contar desde que se produzca o tenga lugar «*objetivamente*» la causa de disolución, sino desde el momento en que los administradores dispusieran de datos objetivos para poder apreciar la situación de manifiesto desequilibrio patrimonial y, por tanto, conocieran, o en todo caso, cuando en mérito a su deber de diligencia, hubieran debido conocer la existencia de una causa de disolución (STS de 9 de marzo de 2006 y 4 de julio de 2007).

Para los Jueces y Tribunales el asunto reside, entonces, en verificar si existen factores objetivos en cada caso concreto para que los administradores puedan conocer la existencia de una causa de disolución y su consolidación.

Ello, de acuerdo con el ejercicio diligente del cargo que la ley impone como primer y principal deber de conducta (diligencia de un ordenado y leal empresario del art. 127.1. LSA).

c) Situación de pérdida manifiesta y consolidada:

Sin perjuicio del documento contable que se utilice para la determinación del importe de las pérdidas (sean las cuentas anuales, o sean las que con anterioridad al cierre del ejercicio evidencien el referido desequilibrio patrimonial), es claro que se debe tratar de una pérdida realmente manifiesta, es decir, aquella que los administradores no puedan ignorar sin necesidad de documento contable alguno. Ahora bien, no estamos hablando de una situación transitoria. Tal como afirma CARBAJO, la gravedad de las consecuencias jurídicas asociadas por el ordenamiento jurídico a esa situación de desequilibrio patrimonial grave, en concurrencia con el principio de conservación de la empresa, exige una continuidad y consolidación de ese estado patrimonial, lo que implica la imposibilidad de superar ese estado mediante el cobro de los créditos pendientes a favor de la sociedad¹⁶⁷.

Por tanto, el *dies a quo* debe fijarse sólo en el momento en que la situación de hecho que se configura como causa de disolución pueda considerarse firme o consolidada. Es decir, sólo existirá causa de disolución cuando la situación se haya consolidado y sea irreversible (permanente o definitiva) o difícilmente reversible. Ello, debido a que sólo así habrá elementos de juicio suficientemente objetivados para que los administradores conozcan o deban conocer la concurrencia de esa causa de disolución. Por tanto, se entenderá que existe causa de disolución cuando la circunstancia sea realmente irremediable y no meramente transitoria, relativa u ocasional.

En este contexto, se puede concluir que el plazo bimensual no se tiene que hacer coincidir objetivamente con el momento exacto en que se produzcan los hechos determinantes de la causa disolutoria. Así, pues primero habrá que

¹⁶⁷ CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Op.cit.*, p.614-615.

esperar a una consolidación de esa situación para que pueda ser conocida con fiabilidad por los administradores.

3.1.2.- Presupuestos subjetivos: legitimidad del demandante

En principio, para reclamar a los administradores responsabilidad por la no promoción de la disolución o concurso, únicamente tendrán legitimación activa los acreedores sociales. El motivo de esto es que, con la sanción impuesta a aquéllos, se trata de garantizar el pago de las obligaciones sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución o insolvencia, deudas que no podrán ser reclamadas ni por la sociedad ni por los socios, salvo que éstos sean a su vez, acreedores sociales¹⁶⁸. Cabe mencionar que podrán accionar los acreedores sociales incluyendo tanto a los que hayan adquirido esa condición antes como después de que los administradores incurran en el incumplimiento que genera su responsabilidad¹⁶⁹.

Esto no significa una desprotección de la sociedad o de los socios, pues ellos tendrán habilitadas las vías de la acción individual y social de responsabilidad, cuando vean lesionados sus intereses por los administradores, previa prueba de que la actuación de éstos ha ocasionado daños y que existe una relación de causalidad¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Tal como refiere RUIZ MUÑOZ, en cuanto a los socios y la sociedad, no está claro que la norma pretenda tutelar sus intereses, como sí resulta evidente que se orienta a tutelar a los acreedores sociales, y en tal sentido, la doctrina mayoritaria se decanta en sentido negativo a la legitimación activa de los socios. No obstante, un sector minoritario sostiene que sí que tendrían legitimación los socios y la sociedad para exigir la responsabilidad de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL, que está al alcance de cualquiera de los legitimados en el proceso disolutorio: socios y acreedores, de lo contrario sería ilógico reconocer un interés en la disolución y no en la responsabilidad articulada en garantía de la propia disolución. Mientras el socio defiende su cuota de liquidación con la aportación del patrimonio de los administradores a la satisfacción de los intereses sociales, los acreedores no están interesados en la disolución y buscan el patrimonio de los administradores para satisfacer directamente sus créditos. RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): Análisis contractual-representativo», p. 475.476.

¹⁶⁹ CALBACHO LOSADA, Fernando, *Op.cit.*, p.405.

¹⁷⁰ En este sentido se pronuncia VICENT CHULIÁ cuando afirma que la responsabilidad del art. 262.5 LSA sólo pueden exigirla los acreedores, y que en caso que el incumplimiento de las obligaciones de los administradores retrase la disolución, produciendo daños a la sociedad, se podrá ejercitar la acción social de responsabilidad del art. 134 LSA, por violación de la ley y de los deberes inherentes al ejercicio del cargo. VICENT CHULIÁ, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil*, p. 482.

Ahora bien, cabría preguntarse si en el caso que los acreedores sean también socios, sería procedente exigir este tipo de responsabilidad solidaria a los administradores. En opinión de VALENZUELA, dicho conocimiento deslegitimaría a tales acreedores a exigir responsabilidad a los administradores, ya que su actitud pasiva ofrece una presunción de mala fe. Ello, debido a que probablemente intentasen obtener mayor provecho de una futura existencia de responsabilidad a los administradores que de la promoción de la disolución o concurso de la sociedad¹⁷¹.

Además, estarán legitimados para accionar los administradores de la sociedad que fuesen simultáneamente acreedores de la misma, siempre que queden exonerados de responsabilidad, en su condición de administradores, por la concurrencia de alguno de los supuestos contemplados en el art. 133.3 LSA¹⁷².

3.1.3.- Legitimidad del acreedor para ejercitar la responsabilidad si conoce la situación de crisis social al momento de contratar

En este punto corresponde determinar qué sucede en aquellos casos en los que el acreedor, ahora demandante, tuvo conocimiento previo y oportuno de la situación de crisis social de la sociedad al momento de contratar con ella. Se trata pues de establecer si dicho acreedor tiene legitimidad para interponer una acción de responsabilidad contra los administradores ex art. 262.5 LSA (105.5 LSRL), o por el contrario, si el hecho de que conozca o haya estado en posibilidad de conocer la situación económica al momento de contratar con la sociedad, lo deslegitima para poder accionar a futuro en mérito del principio general de buena fe.

Al respecto, y del tenor de la norma, se puede afirmar que los únicos presupuestos necesarios para que proceda el ejercicio de la acción de responsabilidad ex arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL son:

¹⁷¹ VALENZUELA GARACH, Javier. *Op.cit.*, p.132.

¹⁷² RODRÍGUEZ y HUERTA, *Op.cit.*, p. 388.

- (i) la concurrencia de la causa de disolución, y
- (ii) que haya transcurrido el plazo de dos meses sin que los administradores hayan convocado a Junta General o, cuando proceda, hayan instado la disolución o concurso, según corresponda.

Nada más, en principio, debe exigírsele al actor, pues sólo eso exige la norma. No obstante, como hemos mencionado en el capítulo anterior, el TS en diversas sentencias parece haber introducido una exigencia adicional que opera como presupuesto para accionar: que el demandante desconozca la situación de crisis o déficit patrimonial de la sociedad al momento de contratar con ella. El motivo es que el Supremo considera que ello supone una afectación directa al principio de buena fe recogido en el artículo 7.1 CC.

Una primera aproximación jurisprudencial al tema la encontramos en la STS de 20 de julio de 2001 (RJ 2001, 6865), que resolvió acudiendo al principio de buena fe (art. 7.1 CC) y desestimó las pretensiones formuladas. Sostuvo que carecen de posibilidad de reclamar contra los administradores aquellos acreedores que, conocedores de la situación social, hubieran decidido asumir el riesgo de contratar con esa sociedad, ya que lo contrario supondría una interpretación, no sólo ajena, sino totalmente contraria al principio de buena fe:

«(FD 4to.) ... 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 16-2-2000 [RJ 2000, 679] en recurso 1449/1995 y 3-7-1998 [RJ 1998, 5214]».

En la misma línea, también encontramos la STS del 30 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 332).

(FD 3ro) «c) No puede alegar el dato de la insolvencia como fundamento de su pretensión quién conocía perfectamente la situación de crisis económica de la empresa, e incluso actúa en

relación con sus especiales circunstancias (con lo que se alude al contrato de 25 de junio de 1990 por el que Daorje, SA se subrogó en los contratos de trabajo de los trabajadores de QUINASA a partir del día 1 de julio de 1990). Y en tal sentido ya tiene dicho esta Sala que el conocimiento de la infracapitalización por el acreedor al momento de contratar con la sociedad no le autoriza para dirigirse luego contra los administradores (S. 20 julio 2001 [RJ 2001, 6865]).»

Finalmente, la ya citada STS de 12 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1007), que condena a los administradores al pago solidario con la sociedad del saldo de su deuda, en base a la exigencia de que los derechos deben ejercitarse de buena fe.

«(FD 3ro)... No obstante, existen situaciones muy cualificadas en que ello (*investigar la solvencia de la sociedad*) es una carga inevitable en lógica comercial, y es cuando hay motivos suficientes o indicios racionales de la insolvencia. No puede amparar la norma al que se despreocupa de ello y opera sin ninguna cortapisa, por ejemplo, suministrando géneros al cliente de solvencia sospechosa. No puede pretender que jueguen entonces a su favor la imposición de la solidaridad de los administradores con la sociedad para el pago de las deudas sociales, no se actuaría entonces de la manera razonable, honesta y adecuada a las circunstancias de acuerdo con el art. 7.1 Cód.civ.»

En la célebre STS del 16 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7390), que fue comentada incluso por el Gabinete Técnico de TS, en Crónica de Jurisprudencia - Sala 1ª del TS. 2003-2004¹⁷³, el TS excluye la responsabilidad por el conocimiento que el acreedor tenía de la previsible crisis social en el momento en que contrató con ésta.

STS del 16 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7390) «(FD 1ro) esta responsabilidad solidaria "sui generis" antedicha, tiene su fundamento o "ratio", en que con su conducta omisiva los

¹⁷³ «En materia de sociedad anónimas, la STS 16/10/2003 (RJ 2003,7390), aborda el examen de la responsabilidad de los administradores cuando incumplen la obligación de convocar Junta General para tomar las decisiones legales oportunas en torno a una posible disolución de la sociedad, responsabilidad que debe descartarse cuando el tercero contratante con el ente social conocía la situación de previsible bancarrota de la sociedad. La Sala declara que es preciso proclamar que puede existir la responsabilidad de dichos administradores cuando se incumple la obligación de convocar junta general para tomar las decisiones legales oportunas en torno a una posible disolución de la sociedad cuando concurra alguna de las circunstancias del art. 260 de dicha Ley y siempre que afecte a terceros.

Ahora bien, también se declara que es igualmente lógico, que cuando este tercero contratante conocía tal situación de previsible bancarrota social, no debiera haber realizado una negociación mercantil de suministros».

administradores han inducido a error a un determinado tercero contratante con el ente social, que creyendo en una situación normal desde un punto de vista económico y financiero de la sociedad, ha realizado operaciones mercantiles con él, llevándose con el transcurso del tiempo una desagradable sorpresa que afecta gravemente a su posición patrimonial por mor de dicha contratación»

Tal como resalta DÍAZ ECHEGARAY, en esta STS el TS se equivoca cuando enuncia la *ratio legis* del precepto, pues ésta no es la de evitar los daños a los terceros, sino la de lograr la disolución de aquellas compañías que están obligadas a ello. En este sentido, el citado autor afirma que no estamos hablando de una responsabilidad por culpa, sino de una *pena civil* por el incumplimiento de una obligación impuesta por la Ley¹⁷⁴. Más adelante, desarrollaremos con detenimiento las consecuencias de dar relevancia a uno u otro fin de la norma.

Aplicando la misma doctrina, la STS del 16 de diciembre de 2004 (RJ 2004,802), condena al administrador porque no hubo mala fe en el acreedor, ya que, aun cuando la sociedad deudora ya publicaba su situación financiera comprometida mediante el depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, no se puede imponer la carga de acudir al Registro para enterarse de la solvencia de la persona con quien se quiere contratar y, además, la sociedad continuaba haciendo pagos parciales de la deuda existente. Resulta obvio que el TS considera que el hecho que la sociedad haya continuado haciendo pagos, era un indicio de solvencia. Ahora bien, si bien no puede calificarse de mala fe la conducta del acreedor que no acudió al Registro, el hecho que la sociedad haya depositado sus cuentas cumple un rol importante de publicidad de su situación financiera que debiera ser valorado por el TS. Sobre este tema volveremos con más detalle en el capítulo cuarto.

En líneas de lo expuesto, se puede afirmar que la base de la imputación de responsabilidad radica en que, con la omisión del deber de información respecto a la situación económica y financiera de la sociedad, se provoca un error en el tercero que contrata con ella. Y, en este contexto, según SALDAÑA VILLOLDO, no debiera resultar viable el ejercicio de la acción cuando en la causa

¹⁷⁴ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, *Op.cit.*, p.419.

se acredita que el tercero contrató a sabiendas de la situación de *infracapitalización* de la sociedad¹⁷⁵.

No obstante, esta afirmación, que parece tan obvia, merece ser corroborada en cuanto a su validez, toda vez que implica una restricción en el ámbito de responsabilidad de los administradores establecido por la Ley. Ello, lógicamente, significará una limitación en las posibilidades que tienen los acreedores de accionar, y como correlato, ampliará los supuestos en los cuáles los administradores pueden exonerarse de dicha responsabilidad.

3.2.- La buena fe como fundamento para limitar el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores

Si bien la buena fe es un elemento que debe valorarse en el ejercicio de toda acción y bajo el cual ha de ser interpretado todo el ordenamiento jurídico, consideramos importante aproximarnos al concepto de buena fe como principio general del Derecho, a fin de poder determinar si es que la responsabilidad *ex arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL* admite algún tipo de excepción con base en este precepto.

El concepto de buena fe ha dado lugar a grandes discusiones, empezando por si debe considerarse unitariamente o si, por el contrario hay que partir de la distinción entre la buena fe objetiva y la subjetiva. En opinión de MIQUEL, reducir a unidad el concepto de buena fe tiene consecuencias perturbadoras para la comprensión de su funcionamiento en las distintas instituciones y, en alguna medida, perjudica la depuración del concepto sobretodo en su vértice subjetiva¹⁷⁶.

¹⁷⁵ SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín, *Op.cit.*, págs. 1363-1364. En relación al término *infracapitalización* utilizado por SALDAÑA, conviene aclarar que éste define cualquier desproporción conmensurable, o inequívocamente constatable, entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso de programe para llevar a efecto el objeto social. PAZ-ÁRES, *Op.cit.*, p. 1588. No obstante, en el presente trabajo, estamos refiriéndonos a aquellos casos en, a consecuencia de la crisis, el capital social haya dejado reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social (art. 260.1.4 LSA y 104.1-e LSRL).

¹⁷⁶ En opinión de MIQUEL, los intentos de reconducir a unidad el concepto de buena fe, aunque bien intencionados, están condenados de antemano a permanecer en las alturas de la vaguedad y de la abstracción, en un plano pobre de información, que no aporta los desarrollos

Hay que distinguir por tanto la buena fe objetiva que es aquella que parte de un supuesto de hecho normativo delimitado por el legislador (supuestos de hechos de las normas), de la buena fe como criterio valorativo (buena fe subjetiva) que contribuirá a construir normas nuevas e incluso alterar de algún modo los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas de las existentes¹⁷⁷. En consecuencia y como señala DIEZ PICAZO, en el ámbito objetivo, se puede afirmar que actúa con buena fe aquel que desarrolla aquella conducta que exige la conciencia social en cada caso concreto conforme a un imperativo ético preestablecido¹⁷⁸. En el plano subjetivo, la idea de buena fe se vincula fundamentalmente a la actuación leal y honrada y a la confianza que la otra parte puede tener, o esperar razonablemente¹⁷⁹, en un determinado tipo de acciones¹⁸⁰.

necesarios para la aplicación fundada del principio. En la medida en que, a efectos de la aplicación del Derecho encontramos la buena fe en situaciones diversas, en estas situaciones los problemas son también diferentes y por ello es preciso caracterizarlas y tratarlas por separado. MIQUEL GONZALEZ, José María, «Comentario al artículo 7.1 del Código Civil», En: Comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid: Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993, p. 40-41.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 40

¹⁷⁸ Como señala DIEZ PICAZO, las valoraciones que comporta la regla o principio de la buena fe tienen que hacerse dentro del sistema legal con el que tienen que resultar compatibles, de tal manera que las susodichas valoraciones sean conciliables con aquellas otras que el legislador haya efectuado al consignar en los diferentes textos las normas legales. La regla de la buena fe forma parte del sistema legal y es, dentro de él, o bien una forma de definir un elemento del supuesto de hecho de la norma legal, o bien una forma de definir, muy abstractamente, una consecuencia jurídica. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. I, 6ta. Ed., Navarra: Aranzadi, 2007, p. 66.

¹⁷⁹ DIEZ PICAZO precisa que no se trata de una confianza de carácter espontáneo o subjetivo, que el sujeto pueda haberse creado por sí mismo, sino que tiene que ser una confianza objetiva y razonable, que al mismo tiempo, resulte conocida de la otra parte. *Ibidem*, p. 67.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 61. No obstante, sobre este tema, encontramos la distinción de RIVERO, que identifica la buena fe objetiva como una norma de conducta correcta, adecuada a los parámetros de lealtad y honradez que la ética social aprueba y considera como razonablemente exigibles. Tal comportamiento se califica de objetivo porque es independiente de la creencia individual. Pero asocia la buena fe subjetiva con un conocimiento inexacto de la realidad; unas veces en la creencia de que el interesado se halla correctamente instalado en una situación jurídica; otras, en la ignorancia de cierta ilicitud o incorrecta situación. Se basa, por tanto, en la posición subjetiva, psicológica, de una persona. La eticidad de su conducta consiste en su error, que debe ser dispensable. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Eficacia general de las normas jurídicas», En *Comentarios al Código Civil*, Dir. Joaquín Rams Albesa, Tomo I, Barcelona: Bosch, 2000, p. 216. No compartimos su concepción de buena fe subjetiva, toda vez que ésta se sustenta en una creencia inexacta, errada o ignorante, sino que tiene su base en una confianza objetiva y razonable, en aquello que “razonablemente” se puede esperar.

Contrario sensu, actúa de manera contraria a la buena fe, quien ejercita un derecho subjetivo, a través de una conducta desleal o contraria a lo convenido, quien ejercita un derecho en contraposición con la finalidad propia del mismo o para obtener algo para lo que no tiene pretensión alguna, quien ejercita su derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar a otro, y especialmente infringe el mismo principio, el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a hacerlo.

Ahora bien, no existe una lista taxativa de aquellos actos de ejercicio de los derechos subjetivos que pueda entender que violan el principio de la buena fe. En efecto, como señala MIQUEL, no es posible esperar una tipificación completa de los diversos supuestos de aplicación del principio, porque su misma naturaleza y función lo impiden. La indeterminación es inmanente al principio general de la buena fe y precisamente mantenerla constituye una estrategia del ordenamiento jurídico para facilitar constantes adaptaciones a la realidad¹⁸¹. Pero, en términos generales, la doctrina y, en algunas ocasiones, la jurisprudencia de los tribunales, han distinguido al menos estas cuatro figuras: (i) el abuso de derecho; (ii) la interdicción de *venire contra factum proprium* (cuando una persona ha creado en el sujeto pasivo la razonable, objetiva y fundada confianza en que el derecho no será ejercitado, o sólo lo será de una determinada manera); (iii) la inadmisibilidad del ejercicio de pretensiones especialmente retrasadas (cuando el titular del derecho no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacer valer su derecho y el adversario, puede esperar objetivamente que ésta no sería formulada); y (iv) el llamado abuso de la acción de nulidad por motivos de carácter meramente formal (cuando las partes habían excluido el formalismo entre ellas)¹⁸².

Ahora bien, conviene distinguir entre la figura del abuso del derecho y la del ejercicio contrario a la buena fe, aunque las fronteras entre una y otra son difíciles de trazar porque se trata de cláusulas generales que están

¹⁸¹ MIQUEL GONZALEZ, José María, *Op.cit.*, p. 38.

¹⁸² DIEZ-PICAZO, Luis. *Op.cit.*, p. 62-63. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Eficacia general de las normas jurídicas», En *Comentarios al Código Civil*, Dir. Joaquín Rams Albesa, Tomo I, Barcelona: Bosch, 2000, págs. 219-220.

permanentemente sometidas a los necesarios desarrollos y concreciones, por lo que no tienen límites precisos. MIQUEL, en un intento de distinción, señala que el ejercicio del derecho contra la buena fe ataca la confianza suscitada en la otra parte, o bien una regla de coherencia de la propia conducta por imperativos éticos; la buena fe también condena el ejercicio de un derecho obtenido en forma desleal. Se desenvuelve en el marco de una relación especial entre las partes, en la que impone un deber de mutua consideración o lealtad recíproca, para resolver conflictos entre los valores de honestidad, fidelidad y confianza legítima. En el abuso del derecho hay una violación, dentro de los límites formales de un derecho o de una norma, de los valores contenidos en ellos o de la idea axiológica ínsita en el derecho subjetivo o en la norma. En el abuso del derecho, el problema se ha visto más desde la óptica de los derechos absolutos. En estos casos, en principio no hay una relación previa entre las partes. El abuso del derecho parece haber surgido del conflicto entre los derechos absolutos definidos de modo individualista y criterios finalistas moralizadores y socializadores¹⁸³.

En este marco, será preciso determinar si al momento de contratar y obligarse frente a terceros, el acreedor debía saber razonablemente que se encuentra infringiendo deberes éticos que rigen en la contratación en general, y si su comportamiento responde a una actuación leal y honrada.

Para determinar si el conocimiento de la situación de crisis patrimonial por parte de los acreedores al momento de contratar, puede ser un motivo de exoneración de responsabilidad a los administradores, hace preciso volver sobre la finalidad o *ratio* de la norma, pues como señalamos, actuará de manera contraria a la buena fe, quien ejercite un derecho de manera contraria a la finalidad o propósito de la norma.

Tal como señala RUIZ MUÑOZ, los peligros que la norma pretende conjurar vienen especialmente del lado de los acreedores, y por tanto, de la seguridad en el tráfico en general. Lo que se pretende con la disolución, no es evitar las

¹⁸³ MIQUEL GONZALEZ, José María, *Op.cit.*, p. 46.

situaciones de insolvencia, sino difundir que la empresa se encuentra incurso en causa de disolución a fin de que la crisis societaria alcance notoriedad. La relevancia de ello, es hacerla de conocimiento de los terceros que se relacionan con la sociedad y que puedan tomar una decisión informada y no inducidos por el error que refleja el Registro Mercantil¹⁸⁴.

Tal como vimos al momento de tratar los presupuestos objetivos de la responsabilidad, el art. 262.5 LSA es una manifestación del principio de correspondencia mínima o de efectividad del capital social (*ver nota 47*) y en esa medida, la responsabilidad va a nacer cuando la conducta de los administradores genere en los terceros contratantes una falsa representación de la realidad, sea por no hacer público el estado de insolvencia o por no advertir a los terceros contratantes¹⁸⁵. Esto tiene que ver también con el principio de protección de apariencia jurídica y protección de la confianza¹⁸⁶.

En este contexto, se puede afirmar que un tercero de mala fe, sería aquel conocedor o suficientemente informado de la situación de insolvencia o crisis financiera de la sociedad, porque en estos casos dichos acreedores contratan a sabiendas de un riesgo que asumen¹⁸⁷.

En consecuencia, el artículo 262.5 LSA, interpretado a la luz del principio de buena fe, haría inadmisibles las pretensiones del acreedor que contrata con la sociedad o prosigue con ella una relación contractual, teniendo conocimiento previo de que la sociedad está incurso en una causa legal de disolución por pérdidas – art. 260.1.4 LSA – (siendo consciente, por tanto, del riesgo de no cobrar su crédito).

Por ello, si posteriormente, se produce el impago de la deuda por parte de la sociedad, el acreedor no podrá reclamar la responsabilidad de los

¹⁸⁴ RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): Análisis contractual-representativo», 473 y ss.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 552-553 y 549.

¹⁸⁶ Sobre el principio de protección de la confianza o apariencia jurídica, ver numeral 4.2.3 del presente trabajo.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 550.

administradores. Así, el tercero que asume el riesgo de contratar con una sociedad en crisis debiera quedar vinculado por sus propios actos. Ciertamente, si pese a tal conocimiento, el acreedor insiste en contratar con ella, es porque está asumiendo el riesgo que conlleva su conducta, por tanto, no merece la protección que le ofrece la norma pues la norma no puede proteger ni beneficiar a un acreedor de mala fe. Esto deberá ser valorado debidamente por los Jueces y Tribunales.

Ahora bien, sobre la base de estas afirmaciones, que están orientadas a incluir la conducta del acreedor como un presupuesto para el ejercicio de la acción, cabe preguntarse: ¿La consideración de la conducta del acreedor será relevante en todos los casos, o dependerá de la primacía que se le dé a uno u otro propósito normativo?

En relación a este cuestionamiento, si bien es cierto que la *ratio* de la norma no debe perderse de vista al momento de calificar una conducta como abusiva o contraria al principio de buena fe, JUSTE Y PUYOL señalan que si se acepta que la norma busca satisfacer a aquellos acreedores que confiaron en la normalidad de la situación societaria, basta con que el demandante hubiera conocido la real situación para que vea cerrada la posibilidad de demandar con éxito. Sin embargo, sostienen que las consecuencias serán distintas si se considera que la finalidad última de la norma es evitar la actuación de sociedades que debieron ser extinguidas¹⁸⁸.

Para JUSTE Y PUYOL, la solución que se dé al problema dependerá de la mayor o menor relevancia que se dé a la finalidad última de la norma (evitar actuaciones de sociedades que debieron disolverse), o al régimen jurídico de su consecuencia inmediata (protección de los acreedores sociales). Desde el primer punto de vista, la tendencia será la de evitar toda interpretación del precepto que impida la consecución última del objetivo de la ley, previamente identificado como la desaparición del tráfico de todas aquellas sociedades que deban disolverse. Esta idea es coherente con la absoluta desvinculación entre

¹⁸⁸ PUYOL MARTÍNEZ, Blanca y Javier JUSTE MENCÍA. *Op.cit.*, p. 262.

el daño y el derecho a reclamar, identificándose más con el concepto de responsabilidad-sanción. La única forma de evitar la sanción pasa por el cumplimiento de los deberes legales en orden de la disolución, siendo irrelevante para la determinación de la responsabilidad, el conocimiento que los terceros tengan sobre la situación real de la sociedad. Al contrario, éstos pueden pensar que cuentan con la garantía legal añadida de la responsabilidad de los administradores. Esta forma de interpretar la norma, conlleva pues, consecuencias excesivas¹⁸⁹.

No compartimos completamente la opinión en JUSTE Y PUYOL cuando sostienen que dependiendo la prioridad que se dé a uno u otro fin de la norma, cobrará relevancia o no *el conocimiento que tengan los terceros sobre la situación de crisis de la sociedad*. Si bien es cierto que es necesario distinguir entre *finalidad última* (protección del tráfico) y *consecuencia necesaria* (protección de los acreedores), tanto la protección del acreedor como la protección del tráfico mercantil no son propósitos ajenos entre sí. Por el contrario, están profundamente relacionados, pues, entre otras formas, es a través de la protección a los sujetos que operan en el mercado (terceros, potenciales acreedores, contratantes) que se protege el tráfico jurídico.

Por tanto, la protección del tráfico jurídico se consigue mediante la protección de los terceros contratantes. Éstos deben estar debidamente informados al momento de contratar, ya que una decisión errada, entre otros, por desconocimiento de la situación de crisis de la sociedad y las consecuencias de contratar con una sociedad *fantasma*, obviamente va a causar estragos en la normal actuación de los agentes de mercado.

En definitiva, a nuestro juicio, el conocimiento que tengan los terceros de la situación financiera de la empresa siempre es relevante, sin perjuicio de la mayor o menor importancia que se dé a cualquier de los dos propósitos de la norma mencionados. Su relevancia deriva de que la norma es una manifestación del principio de correspondencia mínima o efectividad del capital

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 263.

social, que tiene como objetivo que los acreedores cuenten con una garantía patrimonial cierta frente a la responsabilidad limitada de las sociedades de capital. Se trata pues, de que los potenciales acreedores se encuentren debidamente informados. Es por ese motivo, que su conocimiento de la situación económica de la sociedad al momento de contratar constituye un elemento fundamental para calificar la conducta como contraria o no al principio de buena fe.

Finalmente, cabe preguntarse: ¿admitir el conocimiento de acreedor de la situación de la empresa como un supuesto para exonerar de responsabilidad a los administradores significa convertirla en una responsabilidad por culpa? Al respecto, FARRÁN FARRIOL considera que contemplar la conducta del demandante al momento de enjuiciar el presupuesto de la responsabilidad, implica que la responsabilidad-sanción deje de ser objetiva para transformarla en una responsabilidad por culpa o negligencia. Así también, es de la opinión que las sentencias que exoneran a los administradores de la responsabilidad objetiva en base al conocimiento por el acreedor de la *infracapitalización* y la existencia de problemas económicos no parecen muy acertadas. En tal sentido, sostiene que si la contratación se realizó cuando la sociedad ya estaba incurso en causa de disolución, la responsabilidad es palmaria, puesto que en tal circunstancia es el administrador el que debe evitar la contratación de la sociedad incurso en causa de disolución, con cualquier otra sociedad o persona que actúa en el circuito económico, habida cuenta que la finalidad de la ley es eliminar de tal circuito a las sociedades incursas en causa de disolución. Por ello, resulta sorprendente que se exonere de responsabilidad a los administradores de las sociedades que se hallan en un supuesto de disolución, sirviéndose de los problemas que arrastra la propia sociedad como excusa absoluta¹⁹⁰.

No obstante, en nuestra opinión, la valoración por parte de los Tribunales de la buena fe del demandante no afecta la naturaleza de la responsabilidad convirtiéndola en una responsabilidad por culpa. En primer lugar, porque la

¹⁹⁰ FARRÁN FARRIOL, José, *Op.cit.*, p. 161.

responsabilidad *ex art. 262.5 LSA (105.5 LSRL)* admite exoneración sin necesidad de exigir la acreditación de daño. En este caso, tal como sostiene QUIJANO, la responsabilidad alcanza sólo a los administradores a los que les es imputable el cumplimiento, por lo que se puede afirmar que contiene un elemento de imputabilidad y, por tanto, abre un margen a la exoneración¹⁹¹. En particular podrían quedar exentos de responsabilidad quienes hicieran todo lo conveniente para evitar el incumplimiento de los deberes impuestos para propiciar la disolución o el concurso y quienes se opusieran expresamente al acuerdo del órgano de no convocar junta para la disolución o el concurso de acreedores¹⁹². En tal sentido, resulta aplicable la cláusula de exoneración de responsabilidad del art. 133.2 LSA, sin necesidad de asimilarla a la responsabilidad por daños.

Por otra parte, si bien queda claro que se trata de una responsabilidad que admite exoneración por parte del administrador, debe tenerse en cuenta otro argumento adicional: estamos hablando de legitimidad del acreedor demandante. En este sentido, no se trata de una exoneración basada en un hecho imputable al administrador, sino de una circunstancia que incumbe al ámbito del demandante: la valoración de su conducta, y en la medida en que ésta puede ser contraria al principio de buena fe, no se puede exigir a los Tribunales que se ciñan al estricto tenor de la norma dejando de lado los principios fundamentales del Derecho.

¹⁹¹ QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», p.1047.

¹⁹² BELTRÁN, Emilio. «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales, p. 275.

CAPITULO IV

HACIA UN NUEVO ENFOQUE EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Como hemos podido constatar a lo largo del presente trabajo, la responsabilidad *ex arts. 262.5 LSA (105.5 LSRL)* adolece de muchos problemas, que van desde la dificultad interpretativa que presenta en cuanto a la determinación de su naturaleza, hasta la poca claridad existente sobre su ámbito y presupuestos de aplicación.

En este último capítulo, nos centraremos en dos temas que consideramos fundamentales para el análisis del asunto que nos ocupa; uno de ellos se relaciona con las consecuencias adversas que puede traer el hecho de que la responsabilidad impuesta a los administradores, tal y como está planteada, pueda ser concebida como una doble garantía para el acreedor social, y el otro relacionado con su afectación a ciertos principios generales del Derecho.

A partir de dicho estudio, formularemos algunas cuestiones que, en nuestra opinión, nos conducirán a una interpretación más equilibrada sobre los alcances de la responsabilidad bajo estudio. Ello, a partir de la valoración de

criterios importantes para la protección del tráfico mercantil como son la buena fe y el deber de información.

4.1.- Problemas en el planteamiento de la norma

En nuestra opinión, en la responsabilidad *ex arts. 262.5 LSA (105.5 LSRL)* hay dos puntos que merecen atención:

El primero de ellos es que se trata de una norma que excepciona importantes principios del Derecho en pos del cumplimiento de fines de política legislativa. El segundo es que se podrían estar generando incentivos adversos que impiden el cumplimiento de sus fines, entre otros, que se motiva al acreedor a contratar pese a conocer la crisis social por la que atraviesa la empresa, sobre la base del provecho que pueda sacar del patrimonio personal de los administradores, derivando esto en una conducta contraria a la buena fe como explicamos en el capítulo anterior.

4.1.1.- ¿Por qué contrata con la sociedad un acreedor conocedor de la situación de insolvencia?

Entendemos que un agente que opera en el mercado siempre asume un riesgo al momento de contratar, pues inclusive la solvencia de la sociedad no garantiza en todos los casos el cumplimiento de las obligaciones. Sin embargo, en un mercado con información transparente e inequívoca, un contratante razonable no suscribirá un contrato con una empresa incurso en una causa de disolución por las consecuencias que ello podría acarrear.

No obstante, debe reconocerse la existencia de fallos en el mercado que afectan negativamente el tráfico mercantil. Una de las fuentes de estos fallos es un desbalance de la información entre las partes de un intercambio¹⁹³, es decir, la existencia de asimetría de la información. Esta puede ser definida como «una situación en la que una de las partes en el negocio jurídico conocía

193 COOTER, Robert y Thomas ULEN. Derecho y Economía. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. Página 65.

información que era ignorada por la otra y que hubiera tenido efectos en los términos del contrato celebrado»¹⁹⁴. Las consecuencias de la asimetría en la información constituyen externalidades negativas que afectan el normal desarrollo del tráfico mercantil.

Lo que pretende la norma es justamente que no se contrate con sociedades insolventes o en riesgo de insolvencia, pues ello afecta el normal desarrollo del tráfico mercantil, perjudicando a los acreedores. Como resalta MUÑOZ GARCÍA, la apariencia de solvencia en una empresa que no lo es, provoca un rechazo de los inversores hacia el mercado, por la consiguiente desconfianza que deviene de la falta de instrumentos suficientes y eficaces por parte del ordenamiento a la hora de supervisar y tomar medidas adecuadas para evitar estas crisis irreversibles que socavan los cimientos de los mercados financieros y la economía en general¹⁹⁵.

Como hemos mencionado, lo más razonable sería no contratar con la sociedad con riesgo o en situación de insolvencia. Sin embargo, ¿Por qué un tercero contrataría con una sociedad con pérdidas cualificadas, conociendo de antemano su situación patrimonial? Una posible respuesta es que lo harían amparados en la doble garantía que les ofrece la Ley; la de la propia sociedad y la de los administradores sociales.

Ahora bien, la existencia de una doble garantía no es un hecho negativo en sí mismo. Se justifica en el interés de que el acreedor, que desconocía la causa de disolución al momento de contratar debido a la falta de actuación de sus administradores, no se vea afectado por ello. Sin embargo, esta doble

194 BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Cuando la gente se equivoca: la asimetría y los defectos de información en la contratación. En: *Derecho y Economía: Análisis económico de las instituciones legales*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores, 2006. Página 440. Es muy común este tipo de asimetría, por ejemplo, en las compraventas, cuando los vendedores saben más que los compradores acerca de un producto, lo que sustenta la existencia de la protección al consumidor, derivada de la mejor posición del vendedor para entregar información y para prevenir los riesgos propios de una relación comercial. Al respecto, COOTER, Robert y Thomas Ulen. Op. Cit, Página 65. Del mismo modo, POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. México. Fondo de Cultura Económica, 1998. Páginas 110-111 y 174-175.

¹⁹⁵ MUÑOZ GARCÍA, Alfredo, «Crisis empresariales. La función de los auditores y el deber de alerta en las sociedades de capital». En: *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 158.

garantía pierde todo su sentido cuando el acreedor conoce la situación de crisis financiera de la sociedad y pese a ello contrata, motivado por la doble cobertura que le ofrece la norma.

Ello, en nuestra opinión, será un motivo adicional a los expuestos en el capítulo tercero, de que la aplicación de la responsabilidad sólo debe estar limitada a aquél que desconocía dicha situación al momento de contratar. De lo contrario, se podría llegar a interpretar que la contratación a sabiendas de la grave crisis patrimonial de la empresa, junto con el conocimiento de que no se ha procedido a su disolución, es más bien una búsqueda por el acreedor de la garantía adicional del patrimonio personal de los administradores con base en la responsabilidad por deudas que establece la legislación societaria.

No obstante, para algunos autores sí es así. En este sentido, BELTRÁN afirma que la eventual responsabilidad de los administradores por las deudas sociales constituye un estímulo para contratar con las sociedades, pues el sistema legal se instituyó precisamente para garantía de los acreedores sociales. En este sentido, afirma que podría ocurrir que esos acreedores obrasen en la confianza de que disponían de la responsabilidad personal añadida de los administradores incumplidores e incluso que hubiesen contratado estimulados por ello (271) ¹⁹⁶.

Este problema es abordado por MARÍN DE LA BÁRCENA al comentar la STS del 5 de diciembre de 2007 (RJ 2007,8899). Este autor señala que habría que plantearse si la norma fundamentadora de la responsabilidad abarca la protección de los acreedores que asumieron voluntariamente el riesgo de insolvencia de la sociedad¹⁹⁷. Al respecto, sostiene que la norma ofrece una garantía adicional a los acreedores que sufren una continuada exposición al riesgo de insolvencia de su deudor como consecuencia de la falta de apertura de la liquidación o el crédito concurso, pero si aquellos lo aceptan, no hay

¹⁹⁶ BELTRÁN, Emilio. «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», p. 270.

¹⁹⁷ MARÍN DE LA BARCENA GARCIMARTÍN, Fernando, «Responsabilidad por deudas y derecho de daños». STS de 5 de diciembre de 2007 (RJ 2007; 8899)», RdS Nº 31, 2008-2, p. 409.

razón para esta especial protección. El que concede crédito a una sociedad en crisis lo hace «*a proprio riesgo*» y si sufre un daño sería objetivamente imputable a su propio comportamiento (competencia de la víctima)¹⁹⁸.

Coincidimos con el criterio de MARÍN DE LA BÁRCENA, por lo que ante la duda de si deben ser protegidos por la norma aquellos acreedores que asumieron voluntariamente el riesgo de contratar con una sociedad en crisis financiera, la respuesta es claramente negativa. No debe olvidarse que el artículo 262.5 LSA no tiene como fin último la sobreprotección de los acreedores, sino que el beneficio que se les otorga (el hecho de poder accionar contra los administradores) es una consecuencia de un fin de política jurídica que persigue la norma y que el legislador considera primordial: la salida del tráfico mercantil de sociedades liquidadas de hecho. No consideramos que la responsabilidad comentada haya sido impuesta para estimular la contratación con sociedades en crisis, por lo que una interpretación en ese sentido se aleja y desvirtúa manifiestamente los fines que pretende alcanzar la norma.

4.1.2.- La norma excepciona principios generales del Derecho

Por otra parte, la doctrina ha puesto de manifiesto que una norma tan rigurosa como la que analizamos, afecta principios fundamentales del Derecho. Al parecer, el legislador consideró como un valor más importante la protección del tráfico mercantil, dejando al margen el respeto de ciertos preceptos sobre los cuáles debe ser articulado todo nuestro ordenamiento jurídico.

a) Excepciona el principio de relatividad de los contratos:

Como señala RUIZ MUÑOZ, la norma comentada es contraria al principio de relatividad de los contratos¹⁹⁹. En virtud de dicho principio, recogido en el artículo 1257-1 del CC, los efectos del contrato se limitan a sus otorgantes, a las partes que han intervenido en él y le han dado vida por su voluntad de

¹⁹⁸ MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, Fernando, *Op.cit.*, p.409.

¹⁹⁹ RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): Análisis contractual-representativo», p. 550.

obligarse, y en consecuencia, no alcanza a aquellos sujetos que no son partes, por ser un negocio jurídico ajeno a ellos²⁰⁰.

En opinión de DIEZ PICAZO Y GULLÓN, la eficacia del contrato se despliega, en línea de principio, entre las partes que lo celebraron y sus herederos. No hay pues, por regla general, eficacia para los terceros, frente a los cuales el contrato es *res inter alios acta*, ni tampoco para sus causahabientes a título particular²⁰¹.

En este sentido, los terceros, como regla general, y por más que se hallasen ligados por un contrato distinto con alguno de los contratantes, y aún con referencia a los mismos objetos, no soportarán las consecuencias del contrato en el que no participaron. Aún en esos casos, la independencia de las relaciones y de contratos se mantiene, y cada uno de estos produce efectos sólo entre aquellos que lo celebraron.

No obstante, la norma comentada, lesiona dicho principio al hacer partícipes a los administradores de los negocios concertados entre la sociedad y terceros, al determinar que ellos respondan por las obligaciones que corresponden a la sociedad. Así, se hace participar a un tercero, que en este caso sería el administrador, de las consecuencias de un negocio librado entre dos personas distintas de él.

Por otro lado, y también en el ámbito contractual, en opinión de VICENT CHULIÁ, la norma comentada estaría contrariando el carácter sinalagmático o bilateral de los contratos. Ello, porque una vez acaecida la causa legal de disolución, si los administradores celebran un contrato perfectamente normal de compra de mercaderías o de bienes de equipo para la sociedad, es decir, útil y necesario para el desarrollo del objeto social, el acreedor podrá cobrarse la totalidad del importe del precio debido por la sociedad de los administradores, sin que éstos puedan oponer el incremento que se ha

²⁰⁰ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, El principio de relatividad de los contratos en el Derecho Español, Madrid; Colex, 2000, p. 30.

²⁰¹ DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 9na. Ed., Madrid: Tecnos, 2001, p. 86.

producido en el patrimonio de la sociedad, lo que podría dar lugar a un enriquecimiento injusto de ésta si no se corrige mediante una eficaz repetición del administrador²⁰².

b) Excepciona el principio contenido en el artículo 1 de la LSA.

La no responsabilidad de los socios por las deudas contraídas por la sociedad de capital es uno de los principios configuradores, motor, incentivo e impulsor de la atracción de capital al ente²⁰³. No obstante, dicho principio, contenido en el art. 1 LSA, según el cual es la propia sociedad, quien responde por las deudas sociales, hasta el límite de su patrimonio, es claramente vulnerado al hacer responder con su patrimonio a los administradores por las deudas sociales²⁰⁴.

c) Excepciona el principio de organicismo y heteroeficacia del negocio representativo

Por otra parte, en opinión de SUÁREZ-LLANOS, resulta también afectado otro principio no menos básico y fundamental, también de orden público tanto para el Derecho de sociedades como para el Derecho General de Obligaciones; se afecta el principio relacionado con la condición de los administradores como órganos de representación de la sociedad y con las consecuencias jurídicas de los negocios representativos. Según éste, los efectos de lo actuado por los administradores, dentro del ámbito de su actuación representativa, se imputan directamente al ente representado y no personalmente a ellos mismos²⁰⁵.

²⁰² VICENT CHULIÁ, Francisco, «La responsabilidad de los administradores en el concurso», p. 47.

²⁰³ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos, «La Sociedad Anónima en sus principios configuradores», En *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, Madrid: Civitas, 1991, p. 67.

²⁰⁴ En este sentido, encontramos la posición de SUÁREZ-LLANOS, al mencionar que cuando la Ley hace responder a los administradores por obligaciones contraídas por la persona jurídica (sociedad) que administran, trastoca un principio tan fundamental como el recogido en el artículo 1 de la LSA, según el cual únicamente la sociedad y no los socios responden de las deudas sociales. SUÁREZ-LLANOS, GÓMEZ, Luis, *Op.cit.*, p. 2485-2486.

²⁰⁵ SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, Luis, *Op.cit.*, p.2486.

Así, el artículo 128 LSA determina las personas que, en calidad de órgano, pueden obligar a la sociedad, es decir, las personas que ostentan la llamada *representación orgánica* de la sociedad, precisando que tales personas son los administradores en la forma determinada en los estatutos.²⁰⁶ Por su parte, el art. 129 LSA (art. 63 LSRL), para los casos de excesos de facultades del representante (actos extraños al objeto social), establece la vinculación de la sociedad frente a terceros de buena fe y sin culpa grave, por las actuaciones de sus administradores, en tanto que son representantes legales de la sociedad, aun cuando el acto sea extraño al objeto social²⁰⁷.

Por tanto, los administradores, que son titulares del poder de representación de la sociedad, actúan en nombre de ésta y los actos realizados por ellos con los terceros dentro del ámbito de su competencia son actos de la sociedad²⁰⁸. En consecuencia, el patrimonio personal de los administradores no debiera verse utilizado para responder por las deudas sociales, porque es la sociedad la que queda vinculada con los actos de sus representantes, en mérito del principio de representación orgánica. No obstante, para los casos de actos de los representantes que exceden el objeto social, la sociedad sólo quedará vinculada si el tercero es de buena fe y actuó sin culpa grave.

d) Excepciona el principio de proporcionalidad

Pero también se puede acudir, especialmente frente a la tesis de la responsabilidad-sanción, al principio de proporcionalidad en su función negativa de prohibición de la excesividad, desde donde se comprueba igualmente la quiebra del sistema por inadecuación entre el medio y el fin²⁰⁹.

²⁰⁶ En opinión de SÁNCHEZ CALERO, dicha representación también puede ser llamada institucional, en cuanto a que es la forma de vincular a la sociedad como persona jurídica, con los terceros, por medio de los titulares del órgano de administración. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Op.cit.*, p. 225.

²⁰⁷ RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): Análisis contractual-representativo», p. 525.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 230.

²⁰⁹ RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): Análisis contractual-representativo», p. 557-559.

En este sentido, tal como sostiene VICENT CHULIÁ, a pesar de las atenuaciones y limitaciones introducidas por la jurisprudencia, la norma, tal como está redactada, puede comportar una sanción más grave que las previstas en el Código Penal, por confiscatoria muchas veces de todo el patrimonio del administrador demandado²¹⁰.

e) Afectación de otros principios:

Finalmente, como afirma VICENT CHULIÁ la norma puede considerarse atentatoria contra el principio de seguridad jurídica, por las innumerables dudas que plantea su aplicación, y contra el principio de igualdad ante la Ley, toda vez que sólo se impone a los administradores y liquidadores de las sociedades de capitales y no a otras sociedades con responsabilidad limitada de sus socios²¹¹.

4.2.- Propuesta de interpretación

4.2.1.- Interpretación restrictiva

La afectación de los principios antes mencionados, que se desprende de la extensión a los administradores de la responsabilidad por las deudas sociales, debe conducirnos hacia una interpretación restrictiva de la norma, en la que no se pierda de vista los fines que persigue.

Tal como destaca ARANGUREN URRIZA, los efectos de la norma han sido una tendencia excesiva a convertir a los administradores en garantes de la sociedad, con reforzamiento de los límites previstos legalmente a las distintas acciones de responsabilidad; y por otro lado, una desprotección de la sociedad frente a unos administradores profesionalizados y caros, que en momentos de crisis pueden llegar a despatrimonializar la empresa y decidir sobre su

²¹⁰ VICENT CHULIÁ, Francisco, «La responsabilidad de los administradores en el concurso», p. 47.

²¹¹ *Ibidem*, p. 47

continuidad y sobre la efectiva posibilidad de cumplimiento de sus obligaciones frente a terceros²¹².

Por ello, el establecimiento de límites en la interpretación de la norma debe estar orientado básicamente a evitar una aplicación abusiva, que eluda el posible efecto negativo de la pérdida de la eficacia de los mandatos abstractos de las leyes y aminoren la inseguridad jurídica.

En nuestra opinión, esos límites deben estar orientados al cumplimiento de dos objetivos: por una lado, se debe procurar restringir el poder de los administradores para evitar que sus actuaciones lleven a situaciones irreversibles de daño a la sociedad y a los terceros; y que por otro lado, no se generen efectos adversos, como el de constituir una garantía excesiva para los acreedores, que amparados por la norma puedan incurrir en conductas contrarias a la buena fe. Como ya mencionaba ESTEBAN, la cuestión central es cómo asegurar a los administradores facultades discrecionales necesarias para una eficiente gestión de una empresa moderna, garantizando al mismo tiempo la protección de los intereses de todos aquellos que por distinto título arriesgan en la empresa societaria cuotas de su propio patrimonio (accionistas, acreedores, etc.) o se ven afectados por sus decisiones (trabajadores, intereses colectivos más o menos difusos)²¹³.

Al respecto, ARANGUREN URRIZA propone volver sobre la interpretación del artículo 262.5 LSA teniendo en cuenta su carácter excepcional, para evitar el peligro de que derive hacia tal precepto indebidamente toda actividad litigiosa (muy enfocada a los supuestos de desbalance) con el peligro de olvidar la relación de causalidad y la imputabilidad personal del incumplimiento²¹⁴.

De otra parte, y del lado de la actuación del administrador, a lo que debe apuntar el ordenamiento es a establecer una norma que incentive su actuación

²¹² ARANGUREN URRIZA, F.J., *op.cit.*, p.28.

²¹³ ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», en: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, p. 1679-1680.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 28-29

diligente cuando la insolvencia de la sociedad es previsible. En nuestra opinión, los esfuerzos deben ir orientados, en principio, a adoptar las medidas idóneas para superar la crisis e intentar evitar el paso a un estado de insolvencia. Más, si ello no resulta viable, que se establezca un procedimiento idóneo que produzca la menor cantidad de consecuencias negativas o efectos adversos, tanto para la propia sociedad, como para los acreedores, administradores, socios o terceros. Se trata, por tanto, de determinar qué acciones debe tomar el administrador y que conducta debe desplegar, acorde a su deber de diligencia, cuando la sociedad esté amenazada por la insolvencia.

Tal como vimos en el capítulo primero, los ordenamientos francés, belga, alemán e inglés, afrontan el problema de manera distinta de la española, tratando esta responsabilidad como una por daños. En este sentido, los esfuerzos están dirigidos básicamente a reintegrar el capital social, dejando a decisión de los Jueces la determinación de la cuantía por la que deben responder los administradores.

Con este trabajo, no se pretenden solventar los innumerables problemas interpretativos que presenta la norma, sin embargo, nos permite analizar uno de los criterios que pueden resultar favorables a una interpretación equilibrada. A ello nos conduce la consideración de la buena fe como presupuesto de legitimidad de los acreedores para el ejercicio de la acción. Con la valoración de la buena fe se consigue atenuar en cierto modo la afectación de los principios del Derecho ya mencionados, pues implica necesariamente una limitación de la responsabilidad de los administradores, más no en base a criterios arbitrarios, sino a la luz de los principios ordenadores del Derecho.

4.2.2.- La protección del tráfico mercantil a través del deber de información de los administradores cuando la información no es pública y notoria.

Ya hemos señalado que lo que busca la norma obligando a que los administradores promuevan la disolución o concurso de la sociedad en crisis es

la protección del tráfico mercantil. Esto se consigue a través de la imposición de deberes de promoción de la disolución o concurso a los administradores²¹⁵.

Ahora bien, a través de la promoción del mecanismo orientado a disolver o concursar la empresa, se logra hacer de conocimiento de terceros la situación por la que atraviesa, evitando que los sujetos que operan en el mercado – *acreedores potenciales* – contraten con sociedades incursas en causas de disolución.

No obstante, conviene aclarar una cuestión: ¿qué es en realidad lo que se quiere conseguir?, ¿evitar que los agentes que operan en el mercado contraten con una sociedad insolvente? o ¿que se encuentren *debidamente informados* de la condición de la empresa con la que contratarán? A nuestro juicio, la respuesta debe ser la segunda.

Partiendo de estas premisas, podemos realizar un enfoque distinto de tema que nos ocupa, desde este razonamiento: la finalidad de imponer unos determinados deberes a los administradores es conseguir que los operadores del mercado se encuentren debidamente informados al momento de contratar. No se trata, por tanto, de evitar la contratación, ya que ese objetivo será poco más que imposible en una economía de libre mercado.

Se trata, por tanto, de lograr la consecución de los fines de política legislativa – la protección del tráfico jurídico - a través de la imposición de una conducta destinada a publicitar una situación específica, pues la oportuna información brinda transparencia y elimina en parte las asimetrías informativas presentes en el mercado que provocan contrataciones o pactos comerciales ineficientes.

²¹⁵ RUIZ MUÑOZ resalta los daños a los acreedores que puede generar una situación de insolvencia no publicitada, especialmente en los acreedores posteriores, y a partir de ello destaca la plena justificación que tiene el refuerzo publicitario que supone la puesta en marcha de todo el aparato jurídico de la disolución o las medidas alternativas (aumento, reducción o reintegración del capital social). RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): Análisis contractual-representativo», p. 473.

Así, tal como sostiene RUIZ MUÑOZ, lo importante no es conseguir la declaración *per se* de la disolución societaria. Lo que se busca es la protección de los terceros acreedores que contrataron con la sociedad llevados por la creencia de que ésta es capaz de responder por las obligaciones contraídas, pero bien entendido que el deber de promover la disolución social no puede ser evitar la insolvencia, cosa difícilmente evitable en muchos casos, sino evitar la desinformación sobre la situación financiera de la empresa y contribuir a encauzar de manera menos traumática posible la liquidación de la empresa²¹⁶.

Sobre este tema, MUÑOZ GARCÍA señala que el deudor tiene la ventaja de conocer el estado económico-financiero de su patrimonio, mientras que los terceros se encuentran en una situación de asimetría informativa, corriendo el riesgo de conceder crédito al deudor que puede no ser satisfecho, o de invertir en una sociedad que aparenta una solvencia que no se corresponde con la realidad. Este problema se agrava en aquellos casos en que el deudor es una sociedad de capital, por la ausencia, en principio, de más patrimonios responsables que el de la propia sociedad, y donde los mecanismos de protección a terceros, e incluso a los propios socios minoritarios, suelen ser insuficientes, tardíos e incluso ineficaces²¹⁷. En este marco, tanto la seguridad jurídica como la protección del tercero de buena fe constituyen elementos fundamentales en el desarrollo de las relaciones mercantiles.

4.2.3.- El deber de información de los administradores en conexión al principio de apariencia jurídica

Como hemos visto, el fundamento de la responsabilidad de los administradores frente a terceros, se encuentra asociado a los eventuales perjuicios que pueda ocasionar una representación falsa de la situación económico-financiera de la sociedad, por no publicitarse el estado de crisis social. Como menciona DE EIZAGUIRRE, los especiales efectos protectores en beneficio de los terceros de buena fe desplegados por la publicidad son una

²¹⁶ *Ibidem*, p. 557-559.

²¹⁷ MUÑOZ GARCÍA, Alfredo, «Crisis empresariales. La función de los auditores y el deber de alerta en las sociedades de capital», p. 160.

manifestación del *principio de la apariencia jurídica* o *protección de la confianza*, que consagra, bajo ciertas condiciones en beneficio de la seguridad del tráfico (interés de terceros) y, consiguientemente, en perjuicio de la seguridad jurídica (interés del titular del derecho), la prevalencia de la apariencia procurada por ciertos elementos fácticos sobre la propia realidad jurídica²¹⁸. De esta forma y bajo ciertas circunstancias, el Derecho protege la confianza que se ha producido en los terceros a partir de la constatación de ciertos elementos.

Como menciona SUÁREZ-LLANOS, hay que partir del hecho de que los terceros – potenciales acreedores – cuando se relacionan con la sociedad, en principio, lo hacen confiando en una apariencia que no se corresponde con la realidad y, en cualquier caso, desconociendo la circunstancia de que la sociedad está incurso en una causa de disolución; y una causa de disolución consistente, a lo peor, en haber llegado la sociedad a una situación en la que su patrimonio neto es inferior a la mitad del capital social. Por ello, la garantía patrimonial con la que creían contar no se correspondería con la realidad y, en consecuencia, parece lógico sostener que hay que poner en sus manos una medida a través de la cual puedan llegar a cubrir este vacío²¹⁹.

En consecuencia, si los administradores no impulsan la reducción de capital social (o su aumento en la cantidad suficiente) cuando se produce una situación de pérdida patrimonial, podrán incurrir en responsabilidad frente a los acreedores. Éstos podrán alegar en justificación de su daño que, de haber conocido la situación real de la compañía (y que habrían podido conocer si los administradores hubieran cumplido con sus deberes sociales), no habrían concertado operaciones con esa sociedad²²⁰.

En opinión de SALDAÑA VILLOLDO - y enfocando el tema desde el punto de vista de la acción individual de responsabilidad que, como sabemos, exige la acreditación del daño, se trataría de casos en los que el comportamiento

²¹⁸ DE EIZAGUIRRE, José María, *Derecho Mercantil*, 5ta Ed. Navarra: Aranzadi, 2008, p. 229.

²¹⁹ SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, Luis, *Op.cit.*, p. 2495.

²²⁰ MOYA JIMENEZ, A., *Op.cit.*, p. 38.

antijurídico del administrador, causante de un daño al acreedor, queda retrotraído al momento de la celebración del negocio jurídico (fase de negociación/contratación) entre la sociedad y el tercero que, a la postre, acabará siendo acreedor social. Este tipo de comportamiento constituye una intromisión ilícita del administrador en la relación de la sociedad con terceros. En esta fase de la relación contractual, el interés lesionado es el del tercero contratante, dirigido a establecer una relación adecuada con la sociedad. El citado autor menciona que, en esta sede, el daño sufrido por el tercero es un daño directo en su patrimonio como consecuencia de la frustración de su derecho de crédito, siendo en consecuencia, exigible a través de la acción individual²²¹.

En definitiva, el deber de facilitar una completa y adecuada información al sujeto que contrata con la sociedad estaría destinada fundamentalmente a evitar el nacimiento de relaciones contractuales abocadas a la frustración por insolvencia o, cuando menos, por iliquidez de la sociedad mercantil.

Más aún, y visto el tema desde los deberes inherentes al cargo de administrador, en opinión de SALDAÑA VILLOLDO, la celebración de un contrato con terceros, a sabiendas de que será incumplido por la sociedad, al estar sumida en el caos patrimonial, supone una vulneración del art. 7.1 del CC relativo a la buena fe por parte de los administradores²²². Además, de contravenir el deber de diligente administración, inherente al desempeño del cargo de administrador (133.1 LSA).

4.3.- Medios alternativos de protección del tráfico mercantil: El Registro Mercantil como medio de publicitar la situación financiera

Ahora bien, si la finalidad de la norma es conseguir poner en conocimiento de los terceros la situación por la que atraviesa la empresa al momento de contratar, cabe preguntarse ¿existen otras formas de conseguir lo mismo?

²²¹ SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín, *Op.cit.*, págs. 1358-1362.

²²² *Ibidem*, págs. 1360-1361.

Una de las formas previstas por la Ley para publicitar la situación económica de la sociedad es a través del depósito de las cuentas en el Registro Mercantil. Esta institución administrativa tiene como función principal ser un instrumento de la publicidad legal de determinadas situaciones jurídicas de los empresarios, permitiendo que puedan ser conocidas por terceros, con la finalidad de que la publicidad de determinados hechos o actos jurídicos tengan determinados efectos.

Para SÁNCHEZ CALERO, la función del Registro Mercantil como instrumento de publicidad legal tiene una importancia legal superior a la de otros medios de notificación, en cuanto a que los actos inscritos adquieren una seguridad en beneficio de terceros²²³. Como indica el citado autor, en el ámbito concursal, especial atención ha merecido la publicidad de la insolvencia del empresario. Publicidad que en el ámbito registral se proyecta, en primer lugar, mediante la inscripción de las situaciones concursales en la hoja correspondiente de cada empresario²²⁴.

Surge así un interés especial de los acreedores sociales por una autenticidad en los balances, que determinan el valor del patrimonio social y los resultados del ejercicio, pues ello es muchas veces su única garantía al momento de contratar, ya que en las sociedades anónimas y en las limitadas, por principio general, los socios no responden personalmente por las deudas sociales.

El artículo 171 LSA dispone que los administradores de las sociedades están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados. La no presentación y depósito oportuno de las cuentas originarán la imposición de multas a la sociedad (221 LSA) y

²²³ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, 14va. Ed. Navarra: Aranzadi, 2009, p. 80-84

²²⁴ *Ibidem*, p. 82.

responsabilidad en el administrador por incumplimiento de su deber de diligencia (127 LSA). El depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, debe realizarse dentro del mes siguiente a su aprobación. La publicitación del depósito se efectuará mediante un anuncio que publicará el Boletín Oficial de Registro Mercantil (BORME), que indicará las sociedades que han cumplido con la obligación del depósito.

El tema del depósito de cuentas, su veracidad y la responsabilidad de los órganos de administración no ha sido ajeno al ámbito comunitario. Así, tras la derogación de la Quinta Directiva²²⁵, se presentó una propuesta de Directiva. Ésta propone en sus arts. 1 y 2 respectivamente, modificar la 4^o y 7^o Directivas de Sociedades añadiendo en ambos casos una nueva Sección, relativa a la responsabilidad respecto a las cuentas y la memoria anuales, y respecto de la de la elaboración de las cuentas anuales y la memoria anual consolidadas, con sus correspondientes artículos en los que obliga a los Estados Miembros a garantizar la responsabilidad colectiva de todos los miembros de los órganos de administración, dirección y supervisión, frente a la sociedad²²⁶.

La principal novedad de esta Directiva no es llevar a las Directivas contables la responsabilidad colectiva frente a la sociedad de todos los miembros de los órganos de administración, pues ello ya estaba presente en varias de las legislaciones nacionales de los Estados miembros, sino la sugerencia a éstos en su parte no dispositiva de «ampliar la responsabilidad colectiva de los miembros del consejo respecto de los accionistas y otras partes interesadas». En otras palabras, no sólo se está conminando a los Estados miembros a establecer, en relación a la elaboración y publicación de las cuentas y las memorias anuales, la responsabilidad frente a la sociedad a través de la acción social (art. 1 de la Directiva), sino que además está sugiriendo introducir, respecto a la misma cuestión, aquellas acciones sociales

²²⁵ Quinta Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre estructura de la sociedad anónima y poderes y obligaciones de sus órganos de 27 de diciembre de 1972 (COM/1972/887), y modificada en 28 de julio de 1983 (COM/1983/185), 13 de diciembre de 1990 (COM/1990/629) y 20 de noviembre de 1991 (COM/1991/372).

²²⁶ POLO SANCHEZ, Eduardo, *Op.cit.*, p. 391-392.

e individuales de responsabilidad contra los administradores a favor de accionistas y acreedores²²⁷.

Como sostiene DE EIZAGUIRRE, la publicación de dichas cuentas constituye propiamente una *publicidad financiera*, por tal razón, para su puesta en práctica se ha prescindido del sistema de inscripción, acudiendo como más idóneo al de apertura del expediente con depósito de los documentos correspondientes²²⁸.

En este marco, MOYA afirma que una causa añadida de responsabilidad que alegan los acreedores cuando se plantea una demanda de responsabilidad de los administradores para que estos respondan con su propio patrimonio, es que la sociedad no haya depositado las cuentas anuales en el Registro Mercantil, requisito legal imprescindible para la transparencia de la sociedad y como garantía ante terceros²²⁹.

No obstante, PUYOL Y JUSTE indican que no basta la alegación de la falta de depósito en el Registro Mercantil para exigir la responsabilidad, si es que el acreedor hubiere tomado conocimiento de otro modo de la situación de crisis de la sociedad²³⁰. Por tanto, si los acreedores habían tomado conocimiento de la situación de crisis social, luego no podrán fundamentar la acción de responsabilidad contra los administradores en el argumento de que la sociedad no cumplió con el depósito de sus cuentas.

A nivel jurisprudencial, el TS ha sostenido que para sustentar una responsabilidad por los administradores por no promover la disolución o concurso tempestivamente, que haya llevado a contratar con una sociedad con déficit o crisis patrimonial, deben considerarse otras variables más allá del depósito de las cuentas en el Registro Mercantil, como por ejemplo la notoriedad de la situación financiera de la empresa.

²²⁷ *Ibidem*, 392-392.

²²⁸ DE EIZAGUIRRE, José María, *Op.cit.* p. 212-213.

²²⁹ MOYA JIMENEZ, A., *Op.cit.*, p. 40.

²³⁰ PUYOL MARTÍNEZ, Blanca y Javier JUSTE MENCÍA, *Op.cit.*, p. 264. Ver también: SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín, *Op.cit.*, p. 1364.

Ahora bien, esto no debe llevarnos a descartar la efectividad de la información brindada por el Registro Mercantil. Más aún, cuando el art. 209.1 – b) LSA, estableció la obligación de los auditores de indicar en sus informes sobre las cuentas anuales, las observaciones precisas sobre cualquier hecho comprobado que suponga un riesgo para la situación financiera de la sociedad. En este sentido, no compartimos la posición del TS cuando afirma en la STS de 12 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1007) que acudir al Registro Mercantil para informarse de la situación financiera de la sociedad puede dilatar de manera excesiva la rapidez del tráfico mercantil, siéndole perjudicial.

En efecto, no deja de ser cuestionable la posición que asume el TS en relación a las obligaciones que deben asumir los terceros – futuros acreedores – al momento de contratar, en la STS de 12 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1007). En ella afirma que sería una rémora importantísima para la rapidez de las transacciones mercantiles que hubiera que acudir al Registro Mercantil para enterarse de la solvencia de la persona con quien se quiere contratar una operación, salvo que se trate de profesionales a los que el uso de los negocios impone investigar dicha solvencia. Señala que «no obstante, existen situaciones *muy cualificadas* en que ello es una carga inevitable en la lógica comercial, y sucede cuando hay motivos suficientes o indicios racionales de la insolvencia». Así, esta jurisprudencia ha descartado la consulta al Registro Mercantil como un requisito que deban cumplir los acreedores antes de contratar con la sociedad, limitándolo solamente a situaciones *muy cualificadas*, que es cuando la crisis fuese notoria.

No obstante, a nuestro juicio, la consulta al Registro Mercantil, sí podría constituir una forma alternativa idónea, y con menos consecuencias negativas, de cumplir los mismos fines que se persiguen a través de la norma que impone la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales. Queda a cargo de los Jueces y Tribunales hacer una valoración de cada caso en particular en los que la consulta al Registro Mercantil sea una exigencia al acreedor para poder ejercer la acción contra los administradores.

CONCLUSIONES

- I -

La responsabilidad ex arts. 262.5 LSA (105.5 LSRL) tiene como fundamento el principio de correspondencia mínima o de efectividad del capital social, cuyo objeto es proteger la integridad del capital social, evitando que exista una desproporción grave entre el capital y el patrimonio. Ello, porque el capital social constituye la única garantía patrimonial de los acreedores frente al beneficio de la responsabilidad limitada de las sociedades de capital. En este sentido, se puede afirmar que los deberes legales impuestos a los administradores en orden de la promoción oportuna de la disolución, o en su caso, el concurso, tienen como finalidad publicitar y dar notoriedad a la situación de crisis social, de tal modo que los terceros, antes de contratar con ella, puedan tomar una decisión informada y no inducidos por el error que refleja el Registro Mercantil.

-II-

En la medida que los deberes legales impuestos a los administradores ex arts. 262.5 LSA (105.5 LSRL) tienen por finalidad inmediata publicitar la situación de crisis social, con la finalidad de que los agentes que operan en el mercado, antes de contratar, se encuentren debidamente informados de la situación económica y financiera de la empresa con la que están contratando, serán objeto de protección de la norma: (i) aquellos sujetos que contrataron con posterioridad a la ocurrencia de la causa de disolución, y que además (ii) no hayan conocido ni podido conocer la situación de crisis por la que atravesaba la empresa.

-III-

Bajo la premisa de que es contraria a la buena fe aquella conducta que contraviene los fines de la norma, el tercero que asume el riesgo de contratar

con una empresa, a sabiendas de la situación de crisis por la que atraviesa, debe quedar vinculado por sus propios actos. Por tanto motivo, el artículo 262.5 LSA (105.5 LSRL), interpretado a la luz del principio de buena fe, haría inadmisibles las pretensiones del acreedor contra el administrador, si aquél ha tenido conocimiento previo de que la sociedad estaba incurso en una causa legal de disolución por pérdidas al momento de contratar.

- IV -

La norma que establece la responsabilidad de los administradores *ex arts.* 262.5 LSA (105.5 LSRL) tal y como está planteada, puede, además, generar incentivos adversos que impiden el cumplimiento de sus fines, pues los terceros que contratan conociendo la crisis social, pueden estar buscando obtener el beneficio de la norma de respaldar su acreencia, con los bienes personales de los administradores como adicional al patrimonio social. Así, la doble garantía que se otorga a los acreedores (el patrimonio social y patrimonio personal de los administradores) se justifica sólo en caso que el acreedor desconozca la situación de crisis patrimonial de la sociedad, más no en caso que, estando al tanto de ello, contrate, motivado por la doble cobertura que ofrece la norma.

- V -

La afectación de principios fundamentales del Derecho por parte de la norma, debe conducirnos hacia una interpretación restrictiva, considerando el carácter excepcional de la norma, que siempre tenga presente los fines que persigue y que incentive a una actuación diligente del administrador cuando la insolvencia sea previsible. Se deben establecer límites en su interpretación con la finalidad de restringir el poder de los administradores, para evitar que sus actuaciones lleven a situaciones irreversibles de daño a la sociedad, y por otro lado, evitar que la norma constituya una garantía excesiva para los acreedores, que amparados en ella puedan incurrir en conductas contrarias a la buena fe.

- VI -

Con la consideración de la buena fe como presupuesto de legitimidad de los acreedores para el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores, se persigue atenuar en cierta medida los excesos de la norma, a partir de la aplicación de los principios generales del Derecho.

- VII -

La finalidad de imponer determinados deberes a los administradores sociales no es evitar que los terceros no contraten con la sociedad, sino conseguir que se encuentren debidamente informados al momento de contratar con ella. Sobre esa premisa, un medio que consideramos idóneo y alternativo para la consecución de dicho fin es el depósito de las cuentas en el Registro Mercantil, que ocasiona menos efectos negativos que la norma que impone la responsabilidad a los administradores, sin dejar de promover en éstos el deber de diligencia que implica el depósito oportuno de las cuentas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, Guillermo, «El ámbito de responsabilidad de los administradores en los artículos 262.5 de la Ley de Sociedad Anónima y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», En: *RdS*, Nº 26, Año 2006-1, p. 85-93.
- _____, «La doble reforma de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital», En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 4, 2006.
- ALONSO ESPINOSA, Francisco, «La declaración de concurso de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (Estudio Preliminar)», En: AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. T. I, Madrid: Marcial Pons, 2005, págs. 917-952.
- ÁLVAREZ SOUSA, Begoña, «Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de SA por daños y por deudas sociales (STS de 14 de noviembre de 2002 – RJ 2002, 9762)», En: *RdS*, Nº 25, 2005-2, págs. 373-385.
- ARANGUREN URRIZA, F.J. «El régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: causas, efectos y extinción». En: AAVV, J. Bolás Alfonso (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.
- AUGOUSTATOS ZARCO, Nicolás. «SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 2003: Sociedades de capital. Responsabilidad de los administradores en orden a la disolución o remoción de la disolución de la sociedad. Presupuestos para el ejercicio de la acción de responsabilidad ex artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. La buena fe en el demandante» En: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 66 (2004), p. 919-940.
- ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo, *La responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad anónima*, Vol. 132. Tecnos, Madrid, 1997.
- BAÑO FOS, José M., «La responsabilidad de los administradores en la actual crisis financiera: la encrucijada norteamericana», En *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 274, 2009.
- BELTRÁN, Emilio, «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales». En: *La responsabilidad de los administradores*, Dirs. Rojo, Ángel y Emilio Beltrán, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- _____, «La modificación legal del ámbito objetivo de la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales», En *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 7, 2006
- _____, «La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución» En: AAVV, J.

Bolás Alfonso (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

_____, *La disolución de la sociedad anónima*. Madrid: Civitas, 1997.

BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Cuando la gente se equivoca: la asimetría y los defectos de información en la contratación. En: *Derecho y Economía: Análisis económico de las instituciones legales*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores, 2006.

CALBACHO LOSADA, Fernando, *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén, «A propósito de la responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas», En *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 11, 2003, págs. 151-154.

CARBAJO CASCÓN, Fernando, «SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 2007: Sociedades: Responsabilidad de administradores de sociedad anónima por no promover la disolución de la sociedad; determinación de las causas de disolución por reducción del patrimonio por debajo de la mitad del capital social (quiebra y pérdidas cualificadas) y por imposible cumplimiento del fin social; dies ad quo en el cómputo del plazo bimensual de que disponen los administradores para convocar la Junta General que decida sobre la disolución de la sociedad, dependiendo de la causa de disolución examinada; determinación de la fecha de cese efectivo en el cargo de administrador, irrelevancia de la inscripción registral al carecer de carácter constitutivo», En: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 77, 2008, p. 595-643.

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

_____, «La Insolvencia: presupuesto objetivo del concurso», En AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. T. I, Madrid, 2005, p. 953-999.

COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

DE EIZAGUIRRE, José María, *Derecho Mercantil*, 5ta Ed. Navarra: Aranzadi, 2008.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*. Navarra: Aranzadi, 2006.

DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. I, 6ta. Ed., Navarra: Aranzadi, 2007.

DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 9na. Ed., Madrid: Tecnos, 2001.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y a terceros: acción individual y acción por no promoción de la disolución». En: *RdS*, Nº 5, 1995, págs. 47 a 78, y en:

Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Tomo II, Coord. Iglesias Prada, José Luis, Madrid: Civitas, 1996.

_____, «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», En: AAVV, J. Bolás Alfonso (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

FARRÁN FARRIOL, José, *La responsabilidad de los Administradores de la Administración societaria*. Barcelona: Bosch, 2004

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. «La responsabilidad de los administradores por no promoción o remoción de la disolución de la sociedad: Consideraciones en torno al debate jurisprudencial». En: *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales*. Dirs. Galán Corona, Eduardo y J.A. García-Cruces, Madrid: Tecnos, 1999, p.49.

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos, «La Sociedad Anónima en sus principios configuradores», En *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, Madrid: Civitas, 1991.

GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael, «Algunos aspectos conflictivos de la responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de las sociedad anónimas concurriendo causa», En: *Derecho de Sociedades II*, Dir. Gimeno-Bayón Cobos, R., Madrid: Consejo General de Poder Judicial, 1998.

MACHADO PLAZAS, José, *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Madrid: Civitas, 1997.

MAIRATA LAVIÑA, Jaime, «Responsabilidad de los administradores y situaciones concursales», En: *Derecho de Sociedades: Libro Homenaje de Fernando Sánchez Calero*, Vol. II, Madrid: Mc Graw-Hill, 2002.

MARÍN DE LA BARCENA GARCIMARTÍN, Fernando y RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando. «Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de Sociedad Anónima por no promoción de la disolución en caso de pérdidas (art. 262.5 LSA): STS 1ª de 16 de diciembre de 2004», En: *RdS*, Nº 24, 2005, págs. 295 – 314.

MARÍN DE LA BARCENA GARCIMARTÍN, Fernando, «Responsabilidad por deudas y derecho de daños». STS de 5 de diciembre de 2007 (RJ 2007; 8899)», En: *RdS*, Nº 31, 2008-2.

_____, «Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las sociedades de capital», En: *RdS*, Nº 24, 2005, págs. 91-120.

MIQUEL GONZALEZ, José María, «Comentario al artículo 7.1 del Código Civil», En: *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid: Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993.

MOYA JIMENEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes: con la repercusión de los Juzgados de lo Mercantil en la "acumulación de acciones", y la influencia de la crisis económica en el*

incremento de los Concursos de Acreedores y en la responsabilidad de los administradores de las empresas concursadas, 6ta Ed., Barcelona: Bosch, 2009.

MUÑOZ GARCÍA, Alfredo, «La causa disolutoria por pérdidas graves, en las sociedades de capital, tras las últimas modificaciones normativas aprobadas por la Ley 16/2007 del 4 de julio y el Real Decreto Ley 10/2008, del 12 de diciembre». En *Revista de Derecho Mercantil*, N. 270, 2008.

_____, «Crisis empresariales. La función de los auditores y el deber de alerta en las sociedades de capital», En: *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

PAREDES SERRANO, Cristina. «Pérdidas, acuerdo de disolución judicial y responsabilidad de los administradores (Comentario a la STS – Sala 1ª – de 30 de junio de 1997)», En: *RdS*, Nº 13, 1999, págs. 322-332.

PAZ-ÁRES, Cándido, «Sobre la infracapitalización de las sociedades», En: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 36, Fasc. IV, 1983.

PEÑAS MOYANO, María Jesús; «De nuevo sobre la responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1999» (RJ 1999,9749), *RdS*, Nº 15, 2000, p. 247-257.

POLO SANCHEZ, Eduardo, «Responsabilidad de administradores ¿uniformidad europea o diversidad de sistemas nacionales?», En I Congreso de Derecho Mercantil: Veinte años de España en la Unión Europea: Balance y perspectivas, Dir. Arroyo Martínez, Ignacio, Navarra: Aranzadi, 2009.

POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. México. Fondo de Cultura Económica, 1998.

PULGAR EZQUERRA, J., «El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores». En R. García Villaverde, A. Alonso Ureba y J. Pulgar Ezquerra, *Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Madrid: Dilex, 2003, p. 55 y ss.

PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, Blanca y Javier JUSTE MENCÍA. «Ejercicio de la acción de responsabilidad por las deudas sociales contrario a la buena fe (STS 942/2003, Sala de lo Civil del 16 de octubre)», En *RdS*, Nº 23, Año 2004, págs. 257-264.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», En AAVV, *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado: I Congreso argentino-español de derecho mercantil*, Vítolo y Embid (Dirs), Granada: Comares, 2003, págs. 1043-1067.

_____, «Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad. Art. 262.5, TRLSA (SAP Burgos 24 de julio de 1995) », En: *RdS* Nº 5, 1995, págs. 265-282.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Eficacia general de las normas jurídicas», En *Comentarios al Código Civil*, Dir. Joaquín Rams Albesa, Tomo I, Barcelona: Bosch, 2000.

- ROJO, Ángel, «Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas». En: *Derecho de Sociedades: Libro Homenaje de Fernando Sánchez Calero*, Vol. II, Madrid: Mc Graw-Hill, 2002.
- RONCERO SÁNCHEZ, Antonio, «Reforma en curso del régimen de responsabilidad de los administradores sociales por no promoción tempestiva de la disolución o el concurso de la sociedad», En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 3, 2005.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *EL principio de relatividad de los contratos en el Derecho Español*, Madrid; Colex, 2000.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, Navarra: Aranzadi, 2004.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Administradores y deudas sociales: Derecho de sociedades versus Derecho concursal», En *Derecho de los Negocios*, Nº 194, Año 17, Nov. 2006.
- _____, «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): Análisis contractual-representativo», En *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 244, 2002, p. 469 – 568.
- SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín, «La acción individual de responsabilidad en el marco de la crisis disolutoria y concursal de la sociedad de capital. Especial referencia al cierre de hecho». En: *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 274, 2009.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, 14va. Ed. Navarra: Aranzadi, 2009.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Los administradores en las sociedades de capital*, Navarra: Aranzadi, 2007.
- SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo, SACRISTAN BERGIA, Fernando y MUÑOZ GARCÍA, Alfredo. «La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en situación de crisis económicas». En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Nº 5, 2006, p. 215.
- _____, «Disolución de la sociedad anónima», En *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Coord. Arroyo y Embid, Tecnos, Vol. III, Madrid, 2001
- SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, Luis, «La responsabilidad por deudas de los administradores». En: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo II, Coord. IGLESIA PRADO, José Luis, Madrid: Civitas, 1996.
- URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y BELTRÁN, Emilio, *Comentario al Régimen Legal de las Sociedad Mercantiles*. Dirs. URÍA, MENÉNDEZ Y OLIVENCIA, 2da. Ed., Tomo XI, Madrid: Civitas, 2002, p. 78.
- VALENZUELA GARACH, Javier, *La responsabilidad de los administradores en la disolución y concurso de las sociedades capitalistas*, Madrid: Marcial Pons, 2007.

VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil*, 21 Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

_____, «La responsabilidad de los administradores en el concurso», En: *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 4, 2006.

_____, «Responsabilidad de los administradores en sociedades no operativas», En *Derecho de los Negocios*, Nº 28, Año 4, Enero 1993.

VIÑUELAS SANZ, Margarita, «Insolvencia de sociedad y responsabilidad de sus administradores en el Derecho inglés: *wrongful trading*», En *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 255, 2005.

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CC	Código Civil Español
Ccom	Código de Comercio
LC	Ley Concursal
LSA	Ley de Sociedad Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo