

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	9
ABREVIATURAS	23
INTRODUCCIÓN	25

CAPÍTULO I

LAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN COMO ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

I. CONCURRENCIA DE UNA CAUSA DE DISOLUCIÓN EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL	31
1. Ideas de partida	31
A. Presupuestos de la disolución y responsabilidad de los administradores	31
B. La disolución como paso previo a la liquidación	34
2. Procedimientos de disolución	35
A. Por acuerdo de la Junta General sin concurrencia de causa de disolución	36
B. Disolución de pleno derecho o automática.....	38
C. Por acuerdo de la Junta General o por resolución ju- dicial con previa concurrencia de una determinada causa de disolución	41

	Pág.
II. EFECTOS DE LAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN GENERADORAS DE RESPONSABILIDAD EN LOS ADMINISTRADORES	57
1. Consideraciones generales en torno a su concurrencia	57
2. <i>Dies a quo</i> para el cumplimiento del deber de los administradores de convocar la Junta General	59
A. Las diversas posiciones doctrinales	59
B. Estudio específico del <i>dies a quo</i> en cada una de las causas de disolución	62

CAPÍTULO II

PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR NO PROMOVER LA DISOLUCIÓN O EL CONCURSO DE LAS SOCIEDADES CAPITALISTAS

I. EL DEBER DE PROMOVER LA DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.....	67
1. El deber de convocar la Junta General de disolución: su omisión.....	67
A. Legitimación activa para la convocatoria	69
B. El acuerdo de la Junta General.....	72
2. El deber de solicitar la disolución judicial: su omisión....	76
A. Presupuestos para la solicitud de disolución judicial ...	78
B. Legitimados activos para la solicitud	79
C. Efectos de la omisión.....	82
II. EL DEBER DE SOLICITAR LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE CONCURSO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: SU OMISIÓN.....	83
1. Consideraciones generales	83
2. La obligación de solicitar el concurso	85
A. En caso de insolvencia actual	88
B. En caso de insolvencia inminente.....	90

CAPÍTULO III
ELEMENTO OBJETIVO
DE LA RESPONSABILIDAD
POR NO PROMOVER LA DISOLUCIÓN
O EL CONCURSO

I. OBLIGACIONES SOCIALES A LAS QUE ALCANZA LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.....	93
1. Concepto de «obligaciones o deudas sociales»	93
2. Aspecto temporal de las obligaciones sociales sometidas a la responsabilidad.....	95
II. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL COMO MEDIO DE COBERTURA PATRIMONIAL DE LOS ADMINISTRADORES	100
III. INCIDENCIA DE LA RETRIBUCIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES	104
IV. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD POR NO PROMOCIÓN DE LA DISOLUCIÓN O DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE CONCURSO	108
1. Tipos de responsabilidad.....	108
A. Responsabilidad societaria.....	109
a) Responsabilidad civil por daños: acción social e individual	110
b) Pena o sanción civil <i>ex lege</i>	113
c) Instrumento preconcursal	116
B. Responsabilidad concursal.....	117
2. Compatibilidad entre ambas responsabilidades.....	120

CAPÍTULO IV
ELEMENTO SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD
POR NO PROMOVER LA DISOLUCIÓN
O EL CONCURSO

I. ADMINISTRADORES SOMETIDOS A LA RESPONSABILIDAD	125
1. Administradores responsables	125
2. Legitimación pasiva según la modalidad de gestión	129
3. Legitimación activa para exigir esta responsabilidad	131

	<u>Pág.</u>
II. EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES	133
1. Consideraciones generales.....	133
2. Supuestos especiales de exoneración.....	136
A. Varios administradores solidarios	136
B. Consejo de Administración.....	137
C. Varios administradores mancomunados	139
D. Grupos de sociedades	140
III. SOLIDARIDAD ENTRE LOS ADMINISTRADORES Y LA SOCIEDAD.....	141
1. La solidaridad en el pago de las obligaciones sociales	141
2. Personas solidariamente responsables	143
BIBLIOGRAFÍA	149

PRÓLOGO

I

El autor, Javier VALENZUELA GARACH, compañero en los quehaceres mercantiles de la Universidad de Jaén, el más antiguo de los titulares de Derecho mercantil en esa Universidad, me ha honrado pidiéndome algunas palabras que sirvan de introducción o exordio a esta nueva obra de su autoría. Se sentirá traicionado porque la finalidad de preparar el ánimo de los oyentes puede verse perturbada; Dios quiera que, al menos, excitemos algo aunque tan sólo sea la atención del lector. Y es que probablemente VALENZUELA no esté de acuerdo, pero en mi opinión ha escrito un meritorio trabajo en torno a un tema clásico que ha ocupado a artistas de variada dedicación y acierto. Él persigue a Dorian GREY, él fija la atención, in ictu oculi, de VALDÉS LEAL; él es la tragedia que canta GIL DE BIEDMA cuando dice que «la verdad desagradable asoma: envejecer, morir, es el único argumento de la obra». El tiempo.

Y no sólo la narrativa, la pintura o la poesía se ocupan de la tragedia del tiempo, sino que también para el Derecho, arte y ciencia, es una variable esencial, pues es una variable esencial de la vida. Es más, el Derecho no se ve limitado por la propia naturaleza del tiempo, en el que al margen de cómo lo contemos, el antes y el después son inexorables. Ni siquiera Dios, en el relato bíblico, acostumbra alterar el orden temporal de los acontecimientos, limitación que al hacedor del Derecho no incumbe. Y hoy, ex tunc,

alteramos el ayer, reescribimos el pasado en el orwelliano Ministerio de la Verdad, o confundimos verdad histórica con memoria histórica.

II

Uno de los hechos jurídicos más importantes es el tiempo o, más propiamente, el transcurso del tiempo: es un hecho natural —en que no interviene la voluntad del hombre— que, como tal, produce efectos jurídicos.

En ocasiones al Derecho le preocupa el tiempo real y fija sus plazos en días naturales, en otras el Derecho no quiere saber de otros tiempos que aquellos que los propios operadores jurídicos consideran adecuados para su quehacer, y los plazos se expresan en días hábiles.

Los derechos se extinguen por su transcurso de la misma forma que en otras ocasiones es el tiempo el que transforma su naturaleza o, al menos, la completa, y de este modo vemos cómo la simple posesión se convierte en propiedad sin otro curso que el temporal.

Es el tiempo medido el que corrige la realidad y la inspectio corporis se sustituye por la mayoría de edad. El tiempo parece que nos hace personas y también marca la diferencia entre el asesinato y la interrupción voluntaria de la gestación.

La retroactividad de los derechos nos habla de cómo el jurista quiere cambiar la realidad para amoldarla a sus deseos, cambia la naturaleza de las instituciones, sus efectos jurídicos, hoy decimos el deber ser del ayer y lejos de conformarnos con la realidad, la cambiamos. En otros supuestos la vanidad del jurista llega a detener el tiempo, a crear bucles temporales en forma de, por ejemplo, hereditas yacens.

III

Pero en este caso, el trabajo del prof. VALENZUELA no aborda un supuesto de retrospectión, sino de prospección en la que el ordenamiento persigue no reaccionar ante el hecho sino provocar el

hecho. Mediante un sistema de incentivos y castigos busca que la realidad del supuesto de insolvencia o de disolución coincida en el tiempo con su declaración legal.

La disolución o el concurso de una empresa o, más propiamente, algunas de las circunstancias que desembocan o deben desembocar en tales situaciones jurídicas exigen del legislador un esfuerzo para determinar el momento en que acaecen y para tutelar desde el mismo a los acreedores de la empresa, cuyos créditos entran en crisis. Para la primera labor—determinar el momento en el que las circunstancias exigen la disolución o la declaración del concurso—es esencial la colaboración de los administradores de la empresa, por ser éstos los que tienen una mejor información sobre la situación patrimonial de la misma y por ello los que pueden transmitirla a un menor coste. El ordenamiento intenta así incentivar conductas cooperadoras bien previniendo riesgos bien asociando sanciones a las conductas rebeldes. Buena parte de estas medidas preventivas o, al menos, incentivadoras, van dirigidas a los sujetos que en la empresa disponen de mejor información y por ello pueden detectar la crisis empresarial antes en el tiempo y a un menor coste: los administradores sociales.

Es por ello que los administradores quedan obligados, por mandato de los arts. 262 LSA y 105 LSRL, a realizar todas las actuaciones necesarias encaminadas a promover la disolución o, cuando proceda (por la existencia de un estado de insolvencia), la declaración judicial de concurso; con ello, se intenta evitar que empresas en las que concurren determinadas causas de disolución [sólo la de pérdidas cualificadas o graves, o sea, las que dejen reducido el patrimonio social a menos de la mitad del capital social, puede derivar en una solicitud de disolución o de concurso, ex arts. 260.14.º LSA y 104.1.e)] o un estado de anormalidad patrimonial (insolvencia), puedan seguir funcionando con total libertad. El ejercicio de la libertad de empresa cede a la prevención de una situación que, de prolongarse, perjudicaría las expectativas de los acreedores y al interés común.

IV

La relación entre el tiempo y el concurso permite muchas aproximaciones y hasta respuestas legales. La clásica retroacción o las

acciones de reintegración, las consecuencias de la calificación del concurso, las ventajas obtenidas por el deudor instante en el concurso voluntario o el privilegio que obtiene el acreedor que toma la iniciativa, etc., son todos diversos supuestos en los que el ordenamiento se esfuerza en que el tiempo no transcurra entre la situación concursal y su declaración, pues en dicho lapso la situación patrimonial puede empeorar en detrimento de las expectativas de los acreedores. Paralelas aproximaciones podríamos hacer respecto de la declaración de la causa de disolución.

Este problema (timing problem) ha ocupado a la doctrina anglosajona y española (la mejor y también yo mismo). El trabajo de VALENZUELA incide, sin embargo, en una fase anterior, la responsabilidad de los administradores es un instrumento preventivo del desfase de la disolución o el concurso dirigido, no al sujeto concursable, sino a quienes ostentan la representación y gestión del mismo.

V

Al comportamiento rebelde, por acción u omisión, de los administradores sociales nuestro ordenamiento ha asociado una doble sanción, desde las perspectivas societaria y concursal, cuya posible compatibilidad, como veremos, es objeto de estudio en el tercer capítulo de la obra.

La estructura de la obra de Javier VALENZUELA tiene la virtud, siempre de agradecer, de ser sistemática y sencilla. De hecho, una de las características de la obra es su facilidad, entendida como que el lector va recibiendo la información exacta y precisa en el momento oportuno para elaborar el discurso jurídico. Sencillez, que tan sólo el bellaco confundiría con simpleza, en una exposición basada en el orden lógico que atiende a la configuración del supuesto de hecho del deber de los administradores, a la configuración de tal deber y, desde ahí, a los elementos objetivo y subjetivo de la responsabilidad. El esfuerzo por podar todo lo superfluo del discurso también se traslada a la propia escritura, desprovista de adorno y, en ocasiones, esquemática. La obra se acompaña de una muy selecta bibliografía.

VI

De forma más detallada. En el primer capítulo VALENZUELA hace un estudio pormenorizado de las distintas causas de disolución que, cuando concurren, obligan a los administradores a promover la disolución o el concurso (en este segundo caso, sólo ante pérdidas patrimoniales graves que, no habiendo desembocado aún en un estado de insolvencia, pueden hacerlo de forma inminente). Al margen quedan por tanto los supuestos de disolución sin concurrencia de causa (simplemente por acuerdo de la Junta General) así como las causas que producen la disolución automática o de pleno derecho de la sociedad (entre las que se incluye la apertura de la fase de liquidación de la sociedad en el procedimiento iniciado tras la declaración judicial del concurso, que deja de ser por sí mismo causa de disolución tras la reforma de los arts. 260 LSA y 105 LSRL, por las disp. finales 20.^a y 21.^a LCon). Únicamente permiten exigir responsabilidad a los administradores, tanto por vía societaria como concursal, aquellas otras causas de disolución (denominadas «legítimas» por el art. 262.2 LSA) que obligan a los administradores a formalizar la convocatoria de la Junta General que haya de acordar la disolución social o la remoción de la concreta causa o, en su defecto, a solicitar la disolución judicial.

No resuelven, sin embargo, los arts. 262.2 LSA y 105.1 LSRL, que sólo se refieren al plazo de dos meses, la cuestión referente al día a quo para computar el inicio del período de exigencia de la obligación de los administradores de convocar la Junta General de disolución o de concurso; esta determinación no resulta fácil para los acreedores sociales que interpongan la acción de responsabilidad en todas y cada una de las causas de disolución. En la obra se defiende como inicio de tal periodo de responsabilidad el momento en que el conocimiento de la causa de disolución fuese exigible a los administradores si éstos hubieran aplicado la diligencia debida. Con esta opción VALENZUELA coincide, hasta donde conocemos, con la posición que habían sentado anteriormente profesores del relieve de Vicent CHULIÁ o EIZAGUIRRE. Meritorio es, además, el estudio pormenorizado del autor atendiendo a la diversas causas de disolución. La cuestión no es sencilla. La determinación del día de inicio por la parte demandante exige de ésta un extraordinario esfuerzo probatorio ya de la concurrencia de la causa de disolución o con-

curso, ya del conocimiento efectivo por parte de los administradores de tal circunstancia. La dificultad es insalvable en algunos casos. Por eso consideramos, a diferencia del autor, que es necesario amparar este esfuerzo con un sistema de presunciones por las que un diligente administrador debe tener conocimiento de que concurre la causa de disolución o nos hallamos en situación de insolvencia desde el mismo momento en que éstas concurren.

VII

En el capítulo siguiente, VALENZUELA estudia los presupuestos de la responsabilidad solidaria por las deudas de los administradores, en forma de omisión por parte de éstos de los deberes legales tendentes a conseguir la disolución o el concurso de las sociedades. El estudio comienza precisamente configurando este deber legal.

Muy clarificadora resulta la obra a la hora de describir el proceder debido por los administradores y, con ello, el sistema de exoneración de responsabilidad. Resulta curioso que la orientación del capítulo parte de la perspectiva de cómo pueden librarse los administradores de responder, más que de cómo pueden los acreedores ver satisfecha su pretensión. En todo caso, una respuesta está implícita en la otra.

Como es sabido, no podrá exigirse a los administradores responsabilidad por la vía de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL si la Junta General adopta un acuerdo de disolución de la sociedad o de remoción de la causa de disolución concurrente; ahora bien, si el acuerdo fuese denegatorio o no hubiese podido adoptarse, cabría una doble posibilidad a los acreedores, pese al silencio legal: bien exigir responsabilidad a los administradores que no soliciten la disolución judicial, bien impugnar tal acuerdo (por ser nulo). El autor opta por esta última como más conveniente en los casos en que la Junta deniegue la disolución pese a concurrir causa legítima para ello. La simple solicitud de disolución judicial de la sociedad por parte de los administradores va a eximir a éstos de toda responsabilidad, con independencia de que aquélla sea o no admitida por el órgano judicial competente (incluso cuando concurra una causa legítima de disolución): se exonera pues al administrador de recurrir la decisión judicial.

Precisamente, en relación al deber de los administradores de solicitar la declaración judicial de concurso, existe una aparente divergencia entre los preceptos societarios y concursales que está correctamente resuelta por VALENZUELA; cuando concurren las circunstancias propias del estado de insolvencia (art. 2 LCon), pese a que el art. 262.2 LSA no les obliga expresamente (sí lo hace el art. 105.1 LSRL), el art. 5.1 LCon sí impone tal deber a aquéllos. A efectos de determinar la responsabilidad de los administradores y la posible necesidad de convocar a la Junta General para que se pronuncie sobre la precedencia de la solicitud de declaración de concurso, parece necesario distinguir las dos modalidades de insolvencia (actual e inminente).

Así, el autor al relacionar los arts. 260.1.4.º LSA y 104.1.e) LSRL y el art. 5.1 LCon, considera evidente que en los supuestos de insolvencia actual, la solicitud de declaración de concurso de la sociedad capitalista vaya a ser no sólo obligatoria para sus administradores (ex art. 5.1 LCon, «dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia»), sino también preferente respecto a su disolución por pérdidas cualificadas, que según los citados preceptos, sólo podría promoverse cuando las pérdidas no obliguen a solicitar el concurso; incluso cuando ya se hubiese iniciado el procedimiento de disolución social, éste se vería interrumpido y desplazado por el concursal. Por esto último, nos parece, es criticable la expresión utilizada [tras la reforma de los arts. 260.1.4.º LSA y 104.1.e) LSRL] por algún autor del «cumplimiento alternativo» de cualquiera de los deberes legales que permitiera a los administradores liberarse de responsabilidad, al verse forzados a promover el concurso antes que la disolución. No obstante, los administradores que, con anterioridad al estado de insolvencia, hubiesen ya incumplido su deber de promover la disolución de la sociedad ante unas pérdidas patrimoniales graves, no podrán evadirse de la responsabilidad societaria (ex arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL), con independencia de que cumplan posteriormente, al derivar la situación de pérdidas cualificadas en una insolvencia actual, su obligación de solicitar el concurso, pudiendo optar por esta solicitud o por la disolución en caso de insolvencia inminente.

Del mismo modo, la distinción entre insolvencia actual e inminente puede ayudar a resolver la sólo aparente divergencia entre

los preceptos societarios y concursales acerca de la necesidad o no de la previa celebración de una Junta General. Mientras la LSA (art. 262.2 y 5) y la LSRL (art. 105.1 y 5) prevén que sea la Junta General la que decida si procede solicitar la declaración de concurso por parte de los administradores, la LCon (arts. 3.1 y 5.1) no hace referencia alguna al deber de los administradores de convocar previamente una Junta General que decida o se pronuncie al respecto, quedando aquéllos obligados a solicitar directamente del órgano judicial competente la declaración de concurso. Por ello, podrá prescindirse de Junta General en caso de insolvencia actual, en la que la urgencia de la situación exige una solicitud rápida (dos meses) del concurso, sin esperar a que la Junta General se pronuncie, momento en que la situación patrimonial de la sociedad podría, incluso, haber empeorado; en cambio, la insolvencia inminente, que podría solucionarse con alguna medida de reforzamiento económico de la sociedad, sí permite (y aconseja) que la Junta General adopte un acuerdo sobre si la solicitud de concurso es o no adecuada, dejando —como ya nos había enseñado la profesora MORILLAS— en manos de los administradores, la decisión final sobre dicha solicitud de concurso.

VIII

En el capítulo tercero el prof. VALENZUELA aborda el aspecto objetivo de la responsabilidad, o sea, el estudio de las obligaciones sociales que quedan sujetas a la responsabilidad y la naturaleza de ésta.

Un tema muy debatido hasta la reforma de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, es la determinación de las obligaciones sociales de las que se responde; la actual redacción de aquellos preceptos resuelve algunos de los aspectos más conflictivos, al limitarse la responsabilidad solidaria de los administradores a las obligaciones posteriores al acaecimiento de alguna de las causas legítimas de disolución, siempre que se mantengan líquidas, vencidas y exigibles frente a los acreedores. Pero subsisten aún algunas dudas y el autor organiza su discurso precisamente intentando despejar las mismas.

En primer término se aborda la determinación del momento en que ha de entenderse acaecida la causa de disolución, o sea, el día a quo a tener en cuenta para determinar las posteriores obligaciones sociales de las que se va a responder en caso de omisión de los deberes legales de promoción de la disolución o el concurso. El día a quo ha de coincidir con el momento a partir del cual el administrador queda obligado a prestar una actividad de promoción de la disolución o el concurso, o sea, el momento en que la causa de disolución deba ser conocida objetiva y razonablemente por el administrador diligente. Al respecto el autor mantiene una respuesta coherente con la ya enunciada (y criticada) opinión que asocia la responsabilidad al conocimiento, ya que sólo desde tal fecha conocerán los administradores la conveniencia de no contraer nuevas obligaciones en nombre de la sociedad, en atención a la situación predisolutoria o preconcursal en que ésta se halla.

En segundo lugar se pregunta sobre ¿qué ha de entenderse por obligaciones posteriores al acaecimiento de la causa de disolución?, esto es, si la referencia es a las contraídas o las vencidas y exigibles tras la concurrencia de aquélla. VALENZUELA en términos generales defiende las interpretaciones más restrictivas de la responsabilidad. En este caso su opción es por concretar la responsabilidad a las obligaciones sociales nacidas con posterioridad a la concurrencia de la causa de disolución o del estado de insolvencia, excluyendo pues las surgidas en un momento anterior aunque exigibles tras aquel acaecimiento. De esta forma se defiende en esta obra una interpretación contraria a la rigidez excesiva y se hace a los administradores responsables únicamente de aquellas obligaciones que hayan nacido tras la aparición de las circunstancias que deriven en la disolución o el concurso, de las únicas —como parece pensar el legislador— que habrían de ser rechazadas por el administrador consciente del estado de la sociedad (afirmación esta que hay que hacer compatible con el hecho de que los administradores respondan de las deudas no sólo contractuales).

Como tercera cuestión, se plantea el autor la cuestión de derecho transitorio, sobre la normativa aplicable a aquellos casos en los que, produciéndose el supuesto de hecho (causa de disolución o estado de insolvencia, no seguida de la convocatoria de Junta General o de la solicitud de disolución judicial o de concurso) antes de la entrada en vigor de la Ley 19/2005, la responsabili-

dad es exigida a los administradores con posterioridad a la misma, teniendo en cuenta que la nueva legalidad puede resultar más benigna para ellos. VALENZUELA acude para solventar esta cuestión a la naturaleza de norma sancionadora de la responsabilidad de administradores. Así, en atención al principio general de retroactividad de la norma sancionadora más favorable (art. 9.3 CE) considera que debería serle aplicable la norma vigente a los administradores incumplidores de los referidos deberes legales, que impone responsabilidad sólo por las obligaciones sociales posteriores a la concurrencia de las concretas circunstancias, claro está, siempre que sea interpuesta la acción de reclamación de responsabilidad por los acreedores tras la entrada en vigor de la última reforma normativa. La solución no está exenta de refrendo jurisprudencial pues en ese sentido se manifestó nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de enero de 2006. Como decimos, no es reprochable la solución tomada en la obra, si bien quizás debería tenerse también presente que la Ley 19/2005 lo que hizo, en nuestra opinión, esencialmente, fue clarificar las previsiones legales anteriores, no crear un nuevo régimen jurídico de la responsabilidad sino introducir en la literalidad de la norma la única interpretación razonable que al texto anterior había que hacerle. Esta aproximación interpretativa identifica los sistemas anterior y posterior a la Ley 19/2005 (como había certeramente apuntado SUÁREZ-LLANOS) y, por ello, no cabe hablar de norma más favorable.

Entre otros temas abordados en la obra de VALENZUELA (posibilidad de asegurar esta responsabilidad, influencia de la retribución en el régimen de responsabilidad, por ejemplo), su estudio sobre la naturaleza de la responsabilidad reviste particular interés. Distingue su doble modalidad: en primer término la responsabilidad societaria (arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL) que surge de forma automática y objetiva, con independencia de que haya o no culpa o dolo en la omisión de los deberes legales del administrador, siendo suficiente con su simple incumplimiento; se trata de una responsabilidad solidaria por obligaciones ajenas (de la sociedad).

VALENZUELA se alinea al respecto con quienes no consideran esta responsabilidad como una especificación de la genérica responsabilidad civil por daños de los administradores pues en tal caso nos encontraríamos ante una reiteración de las previsiones de los arts.

133 a 135 LSA, habiendo bastado, en tal caso, con una simple remisión a éstos. Con esta postura se pone frente a la jurisprudencia, que él mismo recoge. La consecuencia de este planteamiento es la compatibilidad de ambas acciones de responsabilidad, cuando la omisión de los deberes legales de promoción de la disolución o el concurso por parte de los administradores ocasionara también daños directos a la sociedad, los acreedores o los socios, existiendo una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño. Tal incumplimiento conllevaría una sanción civil, por lo que estamos ante una responsabilidad ex lege por deudas ajenas como garantía para conseguir la actuación adecuada del administrador. Asimismo, debido a que en esta infracción de los deberes legales por parte de los administradores puede apreciarse una ausencia de la diligencia debida en el ejercicio de su cargo (arts. 127.1 LSA y 61.1 LSRL), la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales habrá de tener como presupuesto necesario la culpa en su actuación. En este punto el autor se separa de la línea mantenida, aunque tímidamente, por nuestro Tribunal Supremo en el sentido de calificar a la responsabilidad por no instar la disolución como responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva.

Por lo que se refiere a la responsabilidad concursal (art. 172.3 LCon), el incumplimiento de la obligación de los administradores de solicitar la declaración oportuna de concurso, genera una presunción iuris tantum (ésta es una posición bastante generalizada, a modo de ejemplo GARCÍA-CRUCES y ALCOCER) de existencia de dolo o culpa grave en la actuación de aquéllos (art. 165.1.º LCon), que puede influir sobre el estado de insolvencia (art. 164.1 LCon) y sus consecuencias. Ello va a suponer la calificación del concurso como culpable, lo que queda reflejado en la sentencia declaratoria del mismo (art. 172.1 LCon), junto a la causa o causas que justifiquen tal calificación. En este supuesto, la imposición de esta responsabilidad concursal dependería de la decisión en cierta medida discrecional del juez («la sentencia podrá, además, condenar...», ex art. 172.3 LCon). Nuevamente sostiene VALENZUELA que ésta es una sanción civil diferente a la responsabilidad por daños (que exige la indemnización de todos los perjuicios), en cuanto que el juez puede decidir imponer a los administradores el pago de una parte o la totalidad de los créditos insatisfechos de los acreedores, tras haberse liquidado la masa activa.

En torno a la posibilidad de compatibilizar las acciones de responsabilidad societaria y concursal, parte el autor de que si bien las responsabilidades de los administradores derivadas de los arts. 262.5 LSA, 105.5 LSRL y 172.3 LCon puedan tener un origen común, las circunstancias concurrentes no son iguales. Así, mientras la responsabilidad concursal tiene como presupuesto una actuación dolosa o culposa grave, la societaria sólo precisa de un simple incumplimiento del administrador. El problema delimitador podría surgir, por tanto, cuando el administrador haya actuado con dolo o culpa grave al omitir tal deber legal, ya que de admitir esta compatibilidad se estaría sancionando —en opinión del autor— a los administradores dos veces por los mismos hechos (omisivos en nuestro caso), en contra del principio non bis in idem. Por ello, aconseja el autor, se suspenderá la sanción societaria desde que sea declarado el concurso, si el juez decidiese sancionar al administrador ya sancionado en vía societaria, a satisfacer, total o parcialmente, los créditos de los acreedores; de no ser satisfechos los créditos de los acreedores en vía concursal, seguiría quedando la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la vía societaria. Discrepamos en los argumentos del autor. En nuestra opinión no es la culpabilidad o no de los administradores lo que nos debe dar luz sobre la compatibilidad de ambas sanciones. En ambos casos consideramos, con mayor decisión que el autor, que estamos ante comportamientos con culpa grave por el administrador. La compatibilidad debe descansar en el bien jurídico protegido, y ése es un discurso diferente y de resultados nada claros. Pues si la responsabilidad por la no disolución la podemos encontrar en el crédito y en la disminuida garantía que puede ofrecer la personalidad de la sociedad abocada a su disolución; en la responsabilidad concursal será la disminuida capacidad de garantía que el patrimonio neto de la concursable ofrece a sus acreedores y el deterioro patrimonial derivado de la permanencia en esa situación de insolvencia no declarada, al tiempo que intereses colectivos como el propio mercado o el principio par conditio creditorum, que debe imperar en periodo de insolvencia (con la modulación legal que se quiera) y que no impera al margen de tal declaración, donde la temporalidad rige y donde aún cabe alterar la misma temporalidad mediante la afección de bienes a la satisfacción de algunos créditos.

IX

El último capítulo de la obra está dedicado a los elementos subjetivos de la responsabilidad, es decir, la determinación de los administradores responsables, teniendo en cuenta los distintos supuestos de organización de la administración social, así como las causas de exoneración de responsabilidad.

El principal aspecto problemático que se plantea VALENZUELA es determinar si junto a los administradores cabe exigir responsabilidad solidaria a la propia sociedad. El planteamiento y las conclusiones son meritorios. Por una parte, los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL establecen expresamente el carácter solidario de la responsabilidad por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución o del estado de insolvencia, entre todos los miembros del órgano de administración, pero omiten cualquier referencia al papel de la sociedad en esta responsabilidad (en su caso, por deudas propias); pese al silencio legal (pues el art. 1137 CC exige la previsión expresa de la solidaridad), admitir la solidaridad en la responsabilidad ante los acreedores sociales entre la sociedad, la exclusiva y auténtica deudora, y todos los administradores, que son sólo responsables o garantes —en ningún caso deudores— de las obligaciones sociales, reforzaría sobremanera la garantía de cobro de los créditos pendientes de los acreedores, y ello es lo que parecen buscar los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL; además, si la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales fuese subsidiaria respecto a la sociedad, el cumplimiento por ésta de sus obligaciones liberaría a los administradores de toda responsabilidad, caso en que absurdamente se estaría exonerando de responsabilidad a administradores incumplidores de los deberes legales de promoción de la disolución o el concurso de la sociedad. Realmente en este aspecto el planteamiento del autor sería idéntico de calificar como solidaria la responsabilidad. Divergen ambas calificaciones, como conoce VALENZUELA, tanto en aspectos procesales (excepción de litisconsorcio, reclamación previa...) cuanto en las consecuencias ad intra responsables (administradores y sociedad) que tendría el abono por cualquiera de ellos. Sin embargo, estos aspectos están más implícitos que explícitos en el texto.

En cuanto a la existencia de solidaridad en la responsabilidad concursal, el art. 172.3 LCon, cuando sanciona a los administra-

dores responsables con el pago a los acreedores concursales de todo o parte del importe de sus créditos, no sitúa a aquéllos y a la sociedad en igual nivel de responsabilidad, al sancionar a los administradores sólo cuando no hubiesen sido satisfechas todas las deudas tras la liquidación de la masa activa, por lo que su responsabilidad sería subsidiaria respecto a la sociedad. Pero además, en la responsabilidad concursal no sólo se carece de una previsión legal de quiénes van a ser responsables solidarios, sino también respecto a la propia existencia de la solidaridad; de hecho, será competencia del juez determinar a cuáles de los administradores sociales habrá de aplicarse la sanción, por lo que la sanción no sería orgánica, sino personal, pudiendo además decidir, en beneficio de los acreedores sociales, aplicar la regla de la solidaridad de cada uno de los miembros del órgano de administración.

X

En definitiva, el libro que tiene en sus manos es un trabajo bien escrito y sintético que no sólo aporta la información necesaria para la comprensión de la problemática propia de la responsabilidad de los administradores en los supuestos de estudio, sino en el que además, el prof. VALENZUELA tiene el mérito de plantear cuestiones y proponer respuestas, lo que dota a la obra de una gran utilidad.

Juan Ignacio PEINADO GRACIA
Catedrático de Universidad

Málaga, 15 de abril de 2007, festividad de San Ezequiel, a quien Dios dijo: «No querrán hacerte caso a ti porque tampoco quisieron hacerme caso a Mí, porque tienen cabeza orgullosa y corazón terco. Pero no les tengas miedo, pues yo te doy una voluntad aún más fuerte que la de ellos y tan dura como el diamante».

INTRODUCCIÓN

La posibilidad de que se presenten situaciones de dificultad patrimonial o que aconsejen la no continuidad de la existencia de las sociedades de capital, ha llevado al legislador español a articular determinados mecanismos jurídicos dirigidos a ofrecer garantías a los acreedores en la satisfacción de sus créditos frente a la sociedad; a nadie escapa que estos acreedores serían los más directamente perjudicados por un estado de insolvencia que no termine en una declaración de concurso o por la concurrencia de una concreta circunstancia (que frecuentemente será también una anormalidad patrimonial) que derive sólo en una disolución ficticia, pero sin que los acreedores de la sociedad cobren sus créditos pendientes.

Además, en las sociedades capitalistas el cobro de estos créditos puede verse dificultado por la responsabilidad limitada y no personal de los socios por las deudas sociales. Por ello, la posible insolvencia o iliquidez de las sociedades de capital podría determinar un considerable perjuicio para los acreedores sociales, o incluso para los propios socios, de no ser obligados los administradores sociales a promover bien la disolución de la sociedad, con la consiguiente apertura del proceso de liquidación y determinación del haber social repartible, bien la declaración judicial de concurso (cuando concurren las circunstancias precisas para el mismo, según veremos en el Capítulo II).

Con el fin de evitar los perjuicios ocasionados a los socios y acreedores con la desaparición de hecho de las sociedades de capital, la redacción originaria de nuestras leyes especiales societarias

(LSA y LSRL) contempló un agravamiento de la responsabilidad de los administradores¹ cuando incumplan los deberes legales *ex arts.* 262 LSA y 105 LSRL², dirigidos a promover la disolución o, cuando proceda (por la existencia de un estado de insolvencia), la declaración judicial de concurso de aquéllas. Dichos preceptos no son el resultado de la adaptación al Derecho comunitario en materia de sociedades, sino más exactamente del influjo de las normativas internas de algunos de los países de nuestro entorno (cfr., por ejemplo, los arts. 2446-2449 del Codice Civile italiano)³.

No podemos obviar que este agravamiento de responsabilidad se enmarca en un escenario de general endurecimiento de la responsabilidad civil por daños (aunque no será éste el calificativo que le otorguemos), exigida a los administradores sociales, en nuestra actual normativa societaria respecto a la LSA de 1951; en ésta era necesaria, para exigir responsabilidad a los administradores sociales, la existencia de un daño causado con malicia, abuso de facultades o negligencia grave (la denominada *culpa lata*), quedando exentos de toda responsabilidad en los supuestos de culpa leve; sin

¹ Vid. J. M. EMBID IRUJO, «Rendición de cuentas y responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas», *La Ley*, 1990, núm. 4, pp. 654 y ss., en concreto pp. 654-655; C. J. LORENTE AZNAR, *La responsabilidad legal de administradores y directivos de empresas. Régimen jurídico del personal de alta dirección*, Zaragoza, 1994, p. 23; y J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en la nueva normativa», *RCDI*, núm. 603, 1991, pp. 491 y ss., especialmente p. 509. Observa E. BELTRÁN SÁNCHEZ («El proceso de elaboración de la Reforma», *RGD*, núms. 544-545, 1990, pp. 1415 y ss., especialmente p. 1416) que esta novedad ha de ser enmarcada en un «aumento de los sistemas de control de las sociedades capitalistas mediante un endurecimiento del sistema de responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas».

² Cuya más reciente modificación se debe al apart. 8 de la disp. final primera de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España (*BOE*, núm. 273, de 15 de noviembre de 2005).

³ Considera A. AURIOLAS MARTÍN («Notas sobre la acción social de responsabilidad contra los administradores de sociedades anónimas», *Aranzadi Civil*, núm. 22, 1994, pp. 11 y ss., en particular p. 12) que este agravamiento de la responsabilidad de los administradores se debe a «razones de política legislativa interna del propio legislador español»; subraya, por su parte, F. VICENT CHULIÁ («Responsabilidad de los administradores en sociedades no operativas», *DN*, núm. 28, 1993, pp. 1 y ss., en concreto p. 9) las diferencias entre la normativa española y la italiana. Cfr. *adde.* al respecto D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y M.^a I., HUERTA VIESCA, *La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital por no Disolución y no Adaptación*, 4.^a ed., Pamplona, 1998, pp. 53-55.

embargo, el actual art. 133 LSA (al que se remite el art. 69.1 LSRL) prevé una responsabilidad bastante más severa para los administradores, que habrán de responder frente a la sociedad, socios (accionistas o partícipes, según el tipo de sociedad capitalista) y acreedores sociales, por todos los daños ocasionados por actos (u omisiones) que sean contrarios a la Ley, los estatutos o carentes de la diligencia con que hayan de ejercer sus funciones (o sea, incumpliendo los deberes propios de un administrador —ordenado comerciante y de un representante leal— *ex* arts. 127.1 LSA y 61.1 LSRL)⁴. En compensación a esta mayor severidad, los administradores ven incrementados sus poderes hasta el punto de gozar de potestad ilimitada para alcanzar el objeto social, al no poder las sociedades limitar estatutariamente sus competencias (cfr. art. 124.2 RRM)⁵.

En cualquier caso, resulta curioso constatar cómo se hace responsables a los administradores que no hubiesen promovido la disolución o la declaración judicial de concurso de una sociedad de capital, por unas obligaciones o deudas pendientes que no son propias, sino de la sociedad. Se hace difícil entender cómo los administradores en tales circunstancias tienen una responsabilidad más severa que los propios socios, que —sabido es— sólo responden hasta el límite de su aportación a la sociedad, al tener una responsabilidad limitada por las deudas sociales; sin embargo, los administradores incumplidores de tales deberes legales habrían de responder con su propio patrimonio de obligaciones o deudas contraídas por la sociedad⁶. Este

⁴ Destaca M. OLIVENCIA RUIZ («Tendencias actuales en la administración de la sociedad anónima», *RGD*, núm. 603, 1994, pp. 12833 y ss., en concreto pp. 12839-12840) la severidad del régimen de responsabilidad de los administradores en la vigente LSA.

⁵ *Vid.* E. POLO SÁNCHEZ, «El nuevo Reglamento del Registro Mercantil y los órganos de las sociedades de capital», *RGD*, núms. 634-635, 1997, pp. 9119 y ss., especialmente pp. 9124-9126; J. M. EMBID IRUJO, «Los estatutos de la Sociedad Limitada en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *RdS*, núm. 8, 1997, pp. 49 y ss., en concreto p. 72; y F. VICENT CHULIÁ, «El nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *RGD*, núms. 1996, 622-623, pp. 8729 y ss., en especial p. 8732.

⁶ *Vid.* J. L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, «La disolución de la sociedad anónima (Aspectos generales)», *CDC*, núm. 6, 1989, pp. 97 y ss., en concreto pp. 149-150, en donde se refiere a la desaparición efectiva de la sociedad y a la sustitución de su responsabilidad por la de los administradores. En contra, E. BELTRÁN SÁNCHEZ, «La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución», *Aranzadi Civil*, núm. 16, 1997, pp. 9 y ss., en especial p. 51 (nota 3).

endurecimiento de la responsabilidad de los administradores, sobre todo en aquellos casos en que los administradores sean al propio tiempo socios, pudiera dar a entender la existencia de una ruptura —siquiera parcial— con un principio básico de las sociedades de capital (cfr. arts. 1 LSA y LSRL), el de la responsabilidad limitada (de los socios) por las deudas sociales⁷, que habrían de ser asumidas por la sociedad⁸; con todo, creemos que sí se produce una ruptura total —con independencia de que los administradores sean o no socios— con el principio de que los efectos de la actuación de los administradores (omisiva en el supuesto que nos ocupa), en su propio ámbito de representación, han de imputarse directamente al órgano de administración al que pertenezcan y no a ellos mismos de forma personal⁹.

Peculiar, en cambio, sería la situación de los administradores de las sociedades comanditarias por acciones, que gozan de la condición de socios colectivos durante el tiempo de desempeño de sus funciones, por lo que su responsabilidad por las deudas sociales será personal e ilimitada. Por tanto, estos administradores —a diferencia de los de las sociedades anónimas y limitadas— no ven agravada su responsabilidad en caso de incumplimiento de los deberes legales de promoción de la disolución o el concurso de aquéllas, pues responderán en tal medida mientras se mantengan en su cargo, constituyendo ello no tanto una sanción, sino su habitual responsabilidad por las deudas sociales tras la aceptación de su nombramiento como gestores sociales¹⁰; por el contrario, los demás socios

⁷ Expone el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de octubre de 2003 (RAJ, núm. 7513), que «la omisión de los administradores de convocar la junta general para disolverla, genera una responsabilidad durísima para los mismos, que llega a la privación del privilegio de la limitación de la responsabilidad propia de las sociedades de capital».

⁸ Destaca acertadamente L. SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ («La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima», en AAVV, *Homenaje al Profesor A. Menéndez*, t. II, Madrid, 1996, pp. 2481 y ss., especialmente p. 2486) que la verdadera excepción a tales preceptos vendría representada por la asunción de las deudas sociales por los socios, no por los administradores; cfr. *adde* J. QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad», *RdS*, núm. 5, 1995, pp. 265 y ss., en especial p. 273.

⁹ Tomamos de F. VICENT, «Responsabilidad de los administradores...», cit., p. 3.

¹⁰ Siendo exigida a estos administradores de las sociedades comanditarias por acciones, que simultáneamente gozan de la condición de socios colectivos y accionistas, igual responsabilidad que la soportada por los administradores de las socie-

responderán de las deudas sociales sólo hasta el límite de lo aportado a la sociedad mientras no ocupen el cargo de administrador; por lo demás, en virtud de la remisión realizada por el art. 152 CCo, serán válidas para los administradores de las sociedades comanditarias por acciones todas las consideraciones que se hagan en relación a los administradores de las sociedades anónimas, su régimen jurídico y responsabilidad. En cualquier caso, existe una apreciable diferencia entre la responsabilidad solidaria por las deudas sociales de los administradores en cuanto socios colectivos de las comanditarias por acciones y la derivada del incumplimiento de alguno de los deberes legales de promoción de la disolución o el concurso de la sociedad: mientras la primera es subsidiaria respecto de la sociedad, la segunda responsabilidad-sanción se caracteriza por la solidaridad entre todos los administradores y la sociedad situados a igual nivel, según será tratado en el epígrafe III del Capítulo IV¹¹.

Ha de advertirse que estas normas sobre disolución y responsabilidad serán aplicables a los administradores de todas las sociedades de capital, tanto a las constituidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de ambas normativas [1 de enero de 1990 (LSA) y 1 de junio de 1995 (LSRL)], como las que lo hagan posteriormente¹²; ahora bien, la responsabilidad por no promover la disolución será exigible a los administradores que no hubiesen cesado en sus funciones llegadas las reseñadas fechas: más exactamente, el 1 de marzo de 1990 y 1 de agosto de 1995, respectivamente, para dar margen al plazo de los dos meses desde la concurrencia del hecho determinante del surgimiento de tales obligaciones, claro está, siempre que

dades anónimas, en virtud de la previsión (remisión) de los arts. 152 y 155.1 CCo. Cfr. L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La sociedad comanditaria por acciones*, en AAVV, R. Uría, A. Menéndez y M. Olivencia (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. XIII, Madrid, 1992, pp. 161-163; y J. GÓMEZ CALERO, *Responsabilidad de socios y administradores frente a acreedores sociales*, Madrid, 1998, p. 89.

¹¹ Cfr. al respecto C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «La sociedad en comandita», en AAVV, R. Uría y A. Menéndez (coords.), *Curso de Derecho mercantil*, t. I, Madrid, 1999, pp. 703 y ss., en especial pp. 728-729; e I. LOJENDIO OSBORNE, «La sociedad comanditaria por acciones», en AAVV, G. Jiménez Sánchez (coord.), *Derecho mercantil*, 11.^a ed., vol. 1, Barcelona, 2006, pp. 434 y ss., en especial p. 441.

¹² Cfr. M.^a GÓMEZ MENDOZA, «Pérdidas. Disolución y responsabilidad de los administradores (SAP de Zaragoza de 27 de mayo de 1992)», *RdS*, núm. 1, 1993, pp. 162 y ss., en concreto p. 163.

este hecho fuese posterior a su entrada en vigor (pues es en ese momento cuando surgen los deberes legales del administrador), por aplicación de las normas generales sobre irretroactividad de los arts. 9.3 CE y 2.3 CC¹³.

En suma, los administradores sociales van a quedar obligados, por mandato de los arts. 262 LSA y 105 LSRL, a realizar todas las actuaciones necesarias para promover la disolución, la remoción de la causa o la declaración judicial de concurso de aquéllas, cuando concurren las circunstancias apropiadas en cada caso; de las causas de disolución prestaremos especial atención a la de pérdidas calificadas o graves, o sea, las que dejen reducido el patrimonio social a menos de la mitad del capital social, principalmente por su habitual concurrencia con los estados de insolvencia que determinan el concurso o, al menos, por encontrarse en su origen. Realmente, cuando el legislador asimila —tras la reforma— a la disolución y al concurso, a efectos de la responsabilidad de los administradores, lo hace teniendo en mente la causa de pérdidas patrimoniales graves, cuya aplicación subsidiaria respecto a la declaración de concurso no hace sino mostrarnos unas vinculaciones entre ambas, que realmente sería difícil de apreciar en la mayor parte de las causas de disolución. Por ello, estudiaremos igualmente no sólo la posibilidad de que una determinada actuación de los administradores genere una doble responsabilidad, en los ámbitos societario y concursal, sino también la de compatibilizar ambas modalidades de responsabilidad.

¹³ Pueden consultarse en este sentido, entre otras, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Zaragoza de 26 de septiembre de 1992 (AC, núm. 1262), de Pontevedra de 8 de abril de 1994 (AC, núm. 725) y de Valencia de 10 de febrero de 1994 (RGD, núm. 594, 1994, pp. 2578-2580).