



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**Conflicto entre la ejecución de los acuerdos
sociales y la obligación de impugnar.
Responsabilidad de la administración social.**

Autor: Jaime Pérez Arqueros
5º E3 C

Derecho Mercantil

Tutor: Dr. Daniel Prades Cutillas

Madrid
Abril 2020

Resumen

En el Derecho de Sociedades español, los administradores de las sociedades de capital se encuentran sometidos a un estricto régimen de responsabilidad. La pobre redacción de algunos preceptos, junto con la descoordinación existente entre Derecho de Sociedades y otras ramas del Derecho Mercantil colocan a los administradores en situaciones de riesgo donde no existe una solución clara. El presente trabajo tratará de dar solución al conflicto normativo existente cuando concurre la causa de disolución por pérdidas cualificadas y el estado de insolvencia inminente. Para ello, se analizará antes de nada la concepción de interés social actualmente latente en el ordenamiento jurídico español. A continuación, se analizan las diferentes posiciones doctrinales acerca de la vinculación de los administradores a las instrucciones impartidas por la junta general en asuntos de gestión. Por último, se dará respuesta al conflicto normativo planteado inicialmente.

Palabras clave: responsabilidad de los administradores, sociedades de capital, insolvencia inminente, causa de disolución por pérdidas, instrucciones de la junta general.

Abstract

Under Spanish Corporate Law, directors are subject to strict liability rules. The poor wording of some provisions, together with the lack of coordination between Company Law and other branches of Commercial Law, places directors in risk situations where there is no clear solution. This paper will attempt to provide a solution to the regulatory conflict that exists when the cause of dissolution for qualified losses and the state of imminent insolvency concurs. To this end, the concept of social interest currently latent in the Spanish legal system will be analyzed first. Next, a rigorous analysis of the different doctrinal positions regarding the binding force of instructions of the shareholders to the directors on management matters will be elaborated. Finally, the regulatory conflict initially raised will be solved.

Key words: directors' liability, companies, imminent insolvency, cause of dissolution for qualified losses, instructions from shareholders.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
1. INTRODUCCIÓN	5
1.1. OBJETO DE ESTUDIO E INTERÉS DE SU TRATAMIENTO	5
1.2. METODOLOGÍA.....	6
1.3. ESTRUCTURA.....	6
2. HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA DEL INTERÉS SOCIAL TRAS LA REFORMA DE 2014.....	7
2.1. DISCUSIÓN DOCTRINAL ACERCA DEL SIGNIFICADO DEL INTERÉS SOCIAL.....	7
2.2. EFECTO DE LA REFORMA DE 2014 EN EL CONCEPTO DE INTERÉS SOCIAL EN EL DERECHO SOCIETARIO ESPAÑOL.....	10
2.2.1. <i>Acuerdos abusivos como contrarios al interés social</i>	10
2.2.2. <i>Las clases de consejeros y comisiones del consejo de las sociedades cotizadas..</i>	11
2.2.3. <i>El concepto de interés social en el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de 2015</i>	14
3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN RELACIÓN CON LAS INSTRUCCIONES IMPARTIDAS POR LA JUNTA GENERAL	17
3.1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN	17
3.2. ¿ES ABSOLUTO EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS INSTRUCCIONES DE LA JUNTA?	20
3.3. DISCUSIÓN DOCTRINAL.....	21
3.3.1. <i>Doctrina mayoritaria</i>	21
3.3.2. <i>Revisión de la doctrina mayoritaria</i>	26
3.4. CRÍTICA PERSONAL	31
4. CONFLICTO NORMATIVO: CONCURRENCIA DEL ESTADO DE INSOLVENCIA Y LA CAUSA DE DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS DEL ART. 363.1 E) LSC 33	
4.1. PLANTEAMIENTO DEL CONFLICTO NORMATIVO	33
4.2. SOLICITUD DEL CONCURSO: EL ESTADO DE INSOLVENCIA	35
4.3. DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.....	38
4.4. CONCURRENCIA DE LA CAUSA DE DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS CUALIFICADAS Y EL ESTADO DE INSOLVENCIA.....	41
4.4.1. <i>Insolvencia actual</i>	43
4.4.2. <i>Insolvencia inminente</i>	44
a. Competencia para determinar la solución del problema	45
b. Inclusión de la solicitud de concurso en el orden del día	46
4.5. OPINIÓN PERSONAL.....	49
5. CONCLUSIONES	50
BIBLIOGRAFÍA	52

ABREVIATURAS

AA.VV.: Autores Varios.

AAP: Auto de la Audiencia Provincial.

AP: Audiencia Provincial.

ap.: Apartado/Apartados.

Art./arts.: Artículo/Artículos.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CBG: Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de 2015.

Coord./Coords.: Coordinador/Coordinadores.

Dir./Dirs.: Director/Directores.

ECLI: *European Case Law Identifier*.

EPMN: Estudio sobre Propuestas de Modificaciones Normativas.

LCon: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

LSA 1951: Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas.

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

LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

LSRL 1995: Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Núm.: Número.

nº.: Número.

Op. cit.: Obra citada.

p./pp.: Página/Páginas.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TS: Tribunal Supremo.

Vid.: Véase.

Vid. infra: Véase posteriormente.

Vid. supra: Véase anteriormente.

Vol.: Volúmen.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objeto de estudio e interés de su tratamiento

Los administradores de las sociedades de capital se encuentran sometidos a un estricto régimen de responsabilidad que convierten la labor del administrador en una actividad de alto riesgo. Pero además, este riesgo se ha visto incrementado como consecuencia de la inexactitud del legislador en ciertos casos, que ha propiciado multitud de conflictos normativos difíciles de solucionar, dando lugar a una elevada inseguridad jurídica para el administrador.

En el presente trabajo de fin de grado se analiza, esencialmente, el conflicto al que se enfrentan los administradores de las sociedades de capital a la hora de ejecutar o no ejecutar los acuerdos adoptados por la junta general de socios, cuya discusión doctrinal recuperó su importancia cuando en 2014, la posibilidad de la junta de impartir instrucciones a los administradores en relación con los asuntos de gestión pasó de ser aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada a ser aplicable a todas las sociedades de capital, incluyendo las cotizadas.

Pero se irá más allá, y se planteará igualmente un conflicto normativo de verdadera importancia práctica y ardua solución. Se trata de la concurrencia de la causa de disolución por pérdidas del art. 363.1 e) LSC con el estado de insolvencia inminente, que permite a la sociedad solicitar el concurso. Analizaremos la encrucijada en la que se encuentra el administrador, donde tomar una decisión inadecuada –o contraria a la opinión de la junta– podría acarrearle nefastas consecuencias.

Sin embargo, no sería posible comprender de manera adecuada lo anterior sin detenernos en el concepto del interés social, pues es la piedra angular que orientará la actuación de los administradores. En este sentido, y pese a que en nuestro ordenamiento parecía haberse instaurado la tesis contractualista, veremos si las modificaciones introducidas por la reforma de 2014 invitan a revisar la doctrina al respecto y replantearnos si se está produciendo un cambio de paradigma.

1.2. Metodología

Para dar respuesta a los conflictos planteados, se seguirá una metodología deductiva. Partiremos de la lectura del tenor literal de los diferentes preceptos legales en conflicto, para cuya comprensión nos apoyaremos en diversas obras doctrinales que hemos consultado. De este modo, podremos realizar un profundo análisis de las diferentes posiciones doctrinales de la cuestión planteada y, en su caso, proponer una revisión de la misma.

A este respecto, conviene mencionar que, debido a las circunstancias en las que nos encontramos como consecuencia del COVID-19, ha sido necesario sustituir la biblioteca física por la virtual, con las carencias que ello supone. Para ello se ha accedido a diferentes bases de datos, como Proview de Thomson Reuters, Smarteca de Wolters Kluwer, y El Derecho de Lefebvre. Como consecuencia de ello, a la hora de citar, no siempre ha sido posible especificar el número de página. No obstante, en algún caso, sí ha sido posible averiguar el rango de páginas del capítulo en cuestión gracias a Dialnet.

1.3. Estructura

El trabajo se ha esbozado de forma que se siga un orden lógico que den respuesta a cada una de las cuestiones planteadas. Así, en primer lugar, analizaremos si, efectivamente, se está produciendo en nuestro Derecho un cambio de paradigma respecto al interés social, inclinándose hacia la teoría institucionalista.

Definida la dirección hacia la que el órgano de administración deberá orientar su actuación, se estudiará hasta qué punto son vinculantes las instrucciones que la junta imparta a los administradores en relación con asuntos de gestión. En otras palabras, si los administradores estarán realmente obligados a ejecutar tales acuerdos o, por el contrario, deberían no solo no ejecutarlos, sino impugnarlos. Todo ello, teniendo en cuenta la responsabilidad en que podrían incurrir los administradores como consecuencia de sus actos.

En tercer lugar, se planteará el conflicto normativo que surge entre la legislación societaria y concursal, para el que trataremos de proponer una solución apoyándonos en las conclusiones que hayamos obtenido en los capítulos anteriores.

Finalmente, se expondrán las conclusiones más importantes de las diferentes cuestiones analizadas.

2. HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA DEL INTERÉS SOCIAL TRAS LA REFORMA DE 2014

2.1. Discusión doctrinal acerca del significado del interés social

La discusión acerca de la determinación del interés social ha sido una de las cuestiones que no terminan de solucionarse en nuestro ordenamiento societario, en parte, por su especial carga política, de forma que requiere una permanente reflexión¹.

El interés social es uno de los conceptos fundamentales de nuestro Derecho de Sociedades, cuya relevancia aumenta a medida que se acentúa su indeterminación, ya que es un concepto imprescindible para examinar la validez de acuerdos sociales y la responsabilidad de los administradores. Respecto a la validez de acuerdos sociales, determinar el interés social consistirá en determinar si ese acuerdo persigue un fin común al conjunto de los socios y no sus beneficios particulares. Por su parte, en relación con los administradores, llegar al interés social, implicará resolver a favor de quién deberán inclinarse los administradores en caso de conflicto entre varios de los intereses contrapuestos en el funcionamiento de las sociedades². En otras palabras, incide de

¹ **Sánchez-Guilarte, J.**, “Interés social, “Tercera vía” y RSC: últimos avances”, en **Ibáñez Jiménez, J. W. / Martín de Vidales, M.** (dirs.): *Cuadernos de la Cátedra Garrigues*, vol. 6, 2016, pp.. 11-29.

² **Prades Cutillas, D.**, *La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital en la jurisprudencia del TS*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 157. De modo similar lo explica **Sánchez-Calero Guilarte, J.**, “Interés social, “Tercera vía” ... *op. cit.*: los administradores deben conocer cuál es el interés cuya tutela debe orientar la gestión ordinaria, lo que afecta, entre otras referencias generales, a la orientación de la actividad y su rentabilidad, la aplicación del patrimonio de la sociedad, la asunción de riesgos, la expansión, etc.

manera directa en el comportamiento que se le va a exigir a los administradores y, por ende, al nivel de responsabilidad exigible³.

Sin embargo, históricamente el legislador español no ha querido delimitar de una forma clara este concepto, sino que la LSA 1989 continuó con la interpretación de la LSA 1951 que optó conscientemente por no alinearse con la doctrina de “*das Unternehmen an sich*” (“la propia empresa”) como determinante del interés social. El motivo de esta omisión no es otro que la «*predicada elasticidad del concepto*», que hace necesaria que sean las circunstancias de cada caso las que lleven a los órganos sociales o, en su caso, al juez, a analizar la compatibilidad con el interés social de las decisiones de los administradores⁴.

En este sentido, el legislador se ha limitado a concebir el interés social como un objeto de protección, que sirve como criterio para la convalidación de acuerdos sociales y legitima la actuación de los administradores. Así, la actual Ley de Sociedades de Capital, tras la reforma de 2014 para la mejora del buen gobierno corporativo, recoge el término “interés social” hasta diez veces, pero elimina la única referencia directa que la Ley hacía a cuál podía ser el interés social cuando en su art. 226 hablaba del interés social «*entendido como interés de la sociedad*». Si bien esta expresión fue criticada y la interpretación doctrinal no fue unánime, al menos ayudaba a comprender cuál podía ser el concepto legal de interés social⁵.

El Alto Tribunal recoge en su Sentencia de 19 de febrero de 1991 que «*en torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una “institución-corporación”, en la que el interés social que allí se persigue es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cuál el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés*

³ **Garnacho Cabanillas, L.**, “Deber de lealtad del socio en una sociedad de capital”, Revista de Derecho de Sociedades, nº 52, 2018.

⁴ **Sánchez Calero Guilarte, J.**, “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, Revista de Derecho Mercantil, nº 246, 2002, pp. 1653-1725.

⁵ **Prades Cutillas, D.** *La responsabilidad... op. cit.* p. 158.

*común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social»*⁶. Esta segunda teoría, más adecuada para las sociedades cerradas, no niega la presencia de intereses de otros interesados que, evidentemente, deben ser tutelados, si no que dicha tutela no corresponderá al Derecho de sociedades, sino a otras ramas del ordenamiento jurídico como el Derecho laboral, concursal, tributario o administrativo⁷.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, contrario a la determinación legal imperativa del interés social, defiende en primer lugar, que el interés social varía porque *su aplicación se proyecta sobre supuestos y escenarios radicalmente diversos en el seno de una misma sociedad*. En segundo lugar, habla de una «composición múltiple» del interés social, donde interviene un amplio abanico de intereses vinculados con el de la sociedad, lo que resulta en la imposibilidad de la satisfacción de todos ellos. Consecuentemente, los administradores deberán decidir en cada caso qué prevalencia de esos intereses se identifica en mayor medida con el interés social⁸.

Por otra parte, PRADES, al plasmar la determinación legal del interés social, toma como punto de partida el hecho de que actuar conforme al interés social implicará actuar conforme al ordenamiento jurídico. Si además se entiende que el interés social es, como decía la LSC hasta 2014, el interés de la sociedad, no cabe duda de que será un interés autónomo e independiente de los intereses de los partícipes e interesados, aunque deban tenerse en cuenta todos ellos. Igualmente, el interés social tampoco equivale al de los socios entendido como el reparto de dividendos, ni tampoco equivale al interés de la mayoría de los socios. El significado legal del interés social es aquello que *«resulte más conveniente para el bien de la institución, de la persona jurídica en cuyo nombre y para cuyo interés actúan los administradores sociales»*, respetando siempre el ordenamiento jurídico y los estatutos sociales. Además, y aquí coincide plenamente con lo que decíamos al principio, el interés social será *«diferente en cada momento de su existencia, pasando*

⁶ STS (Sala de lo Civil) de 19 de febrero de 1991 (ECLI: ES:TS:1991:13053).

⁷ **Sanz Bayón, P.**, “El concepto de interés social en el Derecho societario español: las teorías contractualistas e institucionalistas a debate”, en **Lázaro González, I. E.** y **Serrano Molina, A.** (dirs.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Don José María Castán Vázquez*, Reus, Madrid, 2019, pp. 491-511.

⁸ **Sánchez Calero Guilarte, J.**, “El interés social...” *op. cit.*

*por las etapas de viabilidad, supervivencia, crecimiento y equilibrio»*⁹. Termina conceptuando el interés social como el propio de la sociedad, y que consiste en el logro de los objetivos básicos de supervivencia de la entidad, equilibrio de los factores implicados, redistribución de las rentas obtenidas y desarrollo y crecimiento de la organización, priorizados en cada momento por decisión de la junta general a propuesta de los administradores y de acuerdo con las condiciones coyunturales del entono.

Pese a ello, pudiera parecer recomendable orientar, o dirigir, de algún modo, qué debemos entender por interés social. Al menos, establecer unas pautas o criterios en aras de seguridad jurídica para, llegado el caso concreto, discernir cuál es realmente el interés social. Como se ha dicho, la actual LSC ya no incluye la mención al interés social, “como interés de la sociedad”, lo que da lugar a una interpretación aún más amplia de este concepto jurídico.

2.2.Efecto de la reforma de 2014 en el concepto de interés social en el Derecho societario español

Se han identificado ciertas modificaciones introducidas en la LSC por la reforma de 2014 para la mejora del buen gobierno corporativo que consideramos que invita a reconsiderar la concepción que actualmente está manejando el legislador.

2.2.1. Acuerdos abusivos como contrarios al interés social

En primer lugar, se modifica el artículo 204, que actualmente declara impugnables los acuerdos contrarios al interés social y aclara que también se considerarán contrarios al interés social el acuerdo que «*aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría*». De este modo, aunque la doctrina y jurisprudencia mayoritarias venían abogando por una interpretación contractualista del interés social¹⁰, la última modificación del art. 204 LSC, para la introducción de la impugnación de

⁹ Prades Cutillas, D. *La responsabilidad...* op. cit. p. 160.

¹⁰ Garnacho Cabanillas, L., “*Deber de lealtad...*” op. cit.: Habla de una “tendencia aperturista” hacia la consideración de intereses diversos a los de los socios.

acuerdos abusivos, parece inclinarse levemente hacia la teoría institucionalista, más acorde a las sociedades abiertas.

Si bien no se niega la necesidad de poder impugnar acuerdos adoptados de forma abusiva que perjudiquen injustificadamente a la minoría, su calificación como “acuerdo lesivo para el interés social” es más que discutible. No se trata tanto de un acuerdo que perjudica el interés social, sino de un acuerdo que perjudica injustificadamente el interés de los demás socios¹¹.

En nuestra opinión, la introducción en este párrafo del término “interés social” no hace otra cosa que dificultar aun más la definición de este concepto legal indeterminado. Habría bastado con aclarar que «también serán impugnables los acuerdos que, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría». Además, para no hacer depender un concepto jurídico indeterminado de otra indeterminación, el legislador nos dice en el art. 204.1 LSC qué debemos entender por acuerdo abusivo: es abusivo aquel acuerdo que, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, es adoptado por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

2.2.2. Las clases de consejeros y comisiones del consejo de las sociedades cotizadas

Por otro lado, con la reforma de 2014 se establece la obligatoriedad de la distinción entre varios tipos de consejeros y comisiones, todo ello en el seno del consejo de administración de las sociedades cotizadas.

¹¹ **Gallego Córcoles, A.**, “La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de la mayoría”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 308, 2018. Si se considera que, conceptualmente, el interés de la minoría se identifica con el interés social, no habría sido necesaria la modificación del art. 204 y los acuerdos abusivos podrían haberse impugnado igualmente por abusivos. En consecuencia, considerando que los acuerdos lesivos son contrarios al interés social, entonces no habría sido necesario modificar las causas de impugnación para dar cabida a estos acuerdos. Con la modificación del art. 204 se pone de manifiesto que los intereses lesionados en estos acuerdos no se identifican con la concepción de interés social que se venía manejando, sino que se ha tenido que acudir al expediente de ampliar forzosamente el concepto de interés social; ampliación forzada del concepto de interés social que, más que ampliarlo, lo que hace es desvirtuarlo.

En primer lugar, atendiendo al art. 529 duodecies LSC podemos distinguir entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos y, dentro de este segundo grupo, engloba a dominicales, independientes y “otros consejeros externos”.

- (i) Los consejeros ejecutivos son aquellos que desempeñan funciones de dirección en la sociedad, por lo que pueden considerarse de un carácter más técnico o profesional. De este modo, velarán por la buena marcha de la sociedad¹².

- (ii) Consejeros no ejecutivos:
 - a) Los consejeros dominicales son aquellos que participan en el capital social de la sociedad y cuentan con una participación significativa –actualmente 3%– o que hayan sido nombrados atendiendo a su estatus de accionista o representante de estos. Actúan como contrapeso a los ejecutivos y a los independientes, representando a un grupo de interés involucrado en la buena marcha de la sociedad. De este modo, velan por el interés de los socios en la buena marcha de la sociedad, pues no siempre sus intereses están alineados con los del consejo¹³.

 - b) Los consejeros independientes son designados por sus condiciones personales y profesionales, con el objetivo de que desempeñen sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad, sus accionistas significativos o sus directivos. Aportan un contrapeso objetivo e imparcial ante los ejecutivos y los dominicales¹⁴ y refuerzan la eficacia del consejo en cuanto a sus funciones de vigilancia y supervisión¹⁵.

¹² **Severino, D.**, “Nombramiento y clases de consejeros en las sociedades cotizadas” en **García de Enterría, J.**, (Dir.): *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo*, 1ª ed, Aranzadi, Pamplona 2015.

¹³ **Rodríguez Martínez, I.**, “Las distintas clases de consejeros. La duración del cargo de administrador” en **Martínez Echevarría**, (Dir.): *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2015.

¹⁴ **Mateu de Ros Cerezo, R.**, *Práctica de gobierno corporativo: la reforma de la ley de sociedades de capital y del código de buen gobierno*, 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

¹⁵ **Rodríguez Martínez, I.**, “Las distintas clases de consejeros...” *op. cit.*

- c) Los “otros consejeros externos”, son aquellos que pertenecieron a una de las anteriores categorías, pero se encuentran actualmente en una situación transitoria¹⁶.

Con la distinción entre varias clases de consejeros, la LSC trata de configurar un consejo de administración que dé cabida a los diferentes intereses en conflicto. De este modo logramos relacionar los intereses protegidos por cada clase de consejero con los intereses en conflicto en el seno de una sociedad. Son estos intereses los que deben ser conciliados para obtener el interés social en un momento dado.

En consecuencia, los consejeros ejecutivos, como encargados de la gestión y el buen funcionamiento de la empresa, velan por el interés de la sociedad; por su parte, los consejeros dominicales velan por el interés de los socios, aunque es cierto que no podrá ser el interés de todos los socios, pues existe un evidente conflicto de interés; por último, los consejeros independientes, como garantes de la legalidad y cumplimiento normativo, representarán los intereses de los socios minoritarios y el resto de interesados. Esta conclusión refuerza aun más el abandono de la tesis contractualista del interés social, a favor de una teoría de corte más institucionalista.

Esta representación de los diferentes intereses en juego por cada clase de consejeros resulta más evidente al analizar la composición y funciones de las comisiones de supervisión y control del consejo de administración de las sociedades cotizadas. Estas comisiones, formadas mayoritariamente por consejeros independientes y también dominicales, son órganos auxiliares de apoyo, información, consulta y control. Así, el principal cometido de la comisión de nombramientos y consiste en evitar que posibles conflictos de intereses interfieran en el diseño de las políticas retributivas y de nombramientos; por su parte, la comisión de auditoría y cumplimiento supervisa la auditoría interna de la sociedad y la gestión de riesgos¹⁷, con el objetivo de informar a los socios y al público que las Cuentas Anuales se ajustan a la realidad.

¹⁶ **Rodríguez Martínez, I.**, “*Las distintas clases de consejeros...*” *op. cit.*

¹⁷ **Clarissa Sieger, T.**, “*La división interna del consejo de administración en comisiones y la exigencia de responsabilidad a los administradores. La evaluación anual del funcionamiento del consejo de administración y el de sus comisiones*” en **Martínez Echevarría** (Dir.): *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2015.

2.2.3. *El concepto de interés social en el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de 2015*

Por otro lado, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de 2015 menciona en varias ocasiones el interés social y, pese a su aplicación exclusiva a las sociedades cotizadas y con carácter de recomendación bajo el principio de “cumplir o explicar”, nos muestra indicios del significado de interés social, inclinando la balanza de nuevo hacia la teoría institucionalista.

En su duodécima recomendación, el Código de Buen Gobierno¹⁸ aconseja que el consejo de administración se guíe por el *interés social, entendido como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa*. A continuación, entre las pautas a seguir para buscar el interés social incluye el respeto de las leyes y reglamentos, la buena fe, la ética y los usos y las buenas prácticas comúnmente aceptadas. Finalmente, habla de conciliar el interés social con los intereses de empleados, proveedores, clientes y demás interesados, y el impacto de la sociedad en la comunidad y en el medio ambiente.

Pueden obtenerse tres importantes conclusiones de esta recomendación: en primer lugar, una delimitación del ámbito del interés social basada en la continuidad a largo plazo y la maximización del valor económico de la empresa; en segundo lugar, al incluir unas pautas para hallar el interés social, está separando ambos conceptos de modo que no es posible identificar el interés social con el mero cumplimiento de las normas, sino que va más allá; por último, distingue claramente el interés social del interés de otros interesados y del medio ambiente. El interés social será conciliable con estos otros intereses, pero no son lo mismo.

¹⁸ Recomendación 12 del **Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas**: «Que el consejo de administración desempeñe sus funciones con unidad de propósito e independencia de criterio, dispense del mismo trato a todos los accionistas que se hallen en la misma posición y se guíe por el interés social, entendido como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa. Y que en la búsqueda del interés social, además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y a las buenas prácticas comúnmente aceptadas, procure conciliar el propio interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente».

Por tanto, parece obvio que el interés de la sociedad es uno solo, distinto y superior al de sus socios, pero variante en función de las circunstancias concretas, por lo que no cabe una definición atemporal y aplicable a cada situación.

En nuestra opinión, vista la redacción actual de la LSC y los criterios para la interpretación del concepto de interés social que se han visto en el CBG, el interés social actual no encaja de lleno en ninguna de las teorías que en su momento propuso el Tribunal Supremo. Estaremos, entonces, ante una teoría mixta o ecléctica, ya que el CBG es claro al distinguir interés social del interés de los interesados –aunque se pueden conciliar–, pero tampoco lo relaciona con la suma del interés de los socios, pues establece una visión del interés social a largo plazo, centrado en la actividad de la sociedad y en la creación de valor. Pero además, esta creación de valor que menciona el CBG, no se refiere a un incremento del valor para los socios como tales, no se está refiriendo al incremento del patrimonio de cada uno por el reparto de beneficios, sino a la creación de valor para la sociedad.

La concepción actual del interés social del CBG, se enmarca, de acuerdo con SANZ BAYÓN, dentro de una teoría neoinstitucionalista, o incluso un «contractualismo atemperado»¹⁹ donde se suprime la referencia a la creación del valor para el accionista, y se considera titular del interés social a otros sujetos aparte del socio. De este modo, los socios deben alinear su voto hacia la consecución del interés social y, los administradores orientar su gestión para promover además de los intereses de los accionistas, los intereses de otros interesados. Sin embargo, aparte de este Código, la LSC sigue bajo un paradigma contractualista²⁰.

¹⁹ **García Martínez, L. M.**, *Nuevas formas del ejercicio del voto: la ruptura del binomio riesgo-poder en sociedades cotizadas*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2019.

²⁰ **Sanz Bayón, P.**, “*El concepto de interés social...*” *op. cit.* Propone una teoría ecléctica de corte funcionalista, pues piensa que ninguna de las concepciones doctrinales mencionadas satisface el problema del interés social en toda su extensión. Para las sociedades cerradas, entiende que la teoría contractualista ofrece una mejor aproximación al interés social, de forma que el prevalezca el interés común de los socios al individual de cada uno. A medida que va aumentando el tamaño de la sociedad, parece que se va inclinando más por una teoría neocontractualista donde el voto no sea solo un derecho subjetivo, sino una obligación jurídica de perseguir el interés social. Sin embargo, para ello es necesario que la ley habilite un marco clarificador y promueva la determinación específica de conductas favorables al normal funcionamiento de la sociedad orientando el compromiso del negocio jurídico o a las decisiones conducentes a la efectividad del interés social que, llegado el momento, podría llegar a ser la disolución y liquidación de la sociedad.

Llegados a este punto, se plantea una última cuestión. Se ha hablado anteriormente de cómo los socios deben orientar el voto en la junta general hacia la consecución del interés social, entendiendo entonces el interés social como límite negativo al ejercicio del derecho de voto²¹ y como este derecho de voto era atribuido para la obtención del interés social²². Entendemos que esta posición podría chocar frente a la no exoneración de responsabilidad del administrador cuando sigue instrucciones de la junta, o incluso cuando la misma ha refrendado un acto recogida en el art. 236.2 LSC. Si la junta ha impartido instrucciones, y se entiende que los socios han adoptado dicho acuerdo con su presumible “deber de voto en aras de lograr el interés social”, es la junta la que está determinando el interés social. En ese caso, el administrador no estaría actuando conforme a su saber y entender, sino ordenado, como un mero instrumento de ejecución de acuerdos²³.

Así las cosas, consideramos necesario revisar el concepto actual de interés social y, en la medida de lo posible, otorgar a este concepto jurídico indeterminado de una definición a fin de aportar a los administradores de las sociedades de capital con mayor seguridad jurídica a la hora de ejercer su cargo. No tiene por qué ser una definición con ánimo extensivo, que abarque todas las situaciones posibles, pues, como se dijo *supra*, es un concepto que vendrá moderado por las circunstancias del momento y los objetivos empresariales de la sociedad. Tampoco se considera que en cada momento, solamente exista una decisión que maximice el interés social, pues su carácter innato de indeterminación implica que puede haber varias decisiones que maximicen el interés social, sin que sea posible determinar cuál es la más recomendable²⁴, pero resulta imperiosa la necesidad de establecer legalmente los criterios para al menos poder determinar cuáles son esas decisiones correctamente.

²¹ Gallego Córcoles, A., “*La impugnación de acuerdos...*” *op. cit.*

²² Sanz Bayón, P., “*El concepto de interés social...*” *op. cit.*

²³ Para una discusión más detallada del art. 236.2, *vid. infra* Capítulo 3.

²⁴ Gandía Pérez, E., *La renuncia a la acción social de responsabilidad*, Civitas, Madrid, 2017.

3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN RELACIÓN CON LAS INSTRUCCIONES IMPARTIDAS POR LA JUNTA GENERAL

3.1. Planteamiento de la cuestión

Con la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014 para la mejora del gobierno corporativo se trató de ampliar, en cierto modo, el ámbito de actuación de la junta general, de tal forma que podría impartir instrucciones a los administradores. De este modo, se modificó el art. 161 LSC ampliando su ámbito de aplicación de las sociedades de responsabilidad limitada, a las sociedades de capital en general.

Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión.

«Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234».

Si bien es cierto que la mayor parte de la doctrina había reconocido la aplicación del art. 161 LSC, que reproduce el 44.2 LSRL 1995, a las sociedades anónimas cerradas²⁵ sin necesidad de reserva estatutaria, la actual redacción de la LSC afecta a toda clase de sociedades cotizadas, incluidas las cotizadas, lo que no ha sido recibido de forma unánime por toda la doctrina. Así, mientras que un sector considera que la extensión de este precepto a todas las sociedades anónimas venía a ser un movimiento natural como consecuencia de las tendencias en gobierno corporativo y con el objetivo de reforzar el

²⁵ **Recarde Castells, A.**, en “Artículo 161. Intervención de la junta en asuntos de gestión” en **Juste Mencía** (coord.): *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]. 1ª ed.*, Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 51-63; **Esteban Velasco, G.**, “Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión” en **Rojó-Beltrán** (dirs.): *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Civitas, Madrid, 2011, I, pp. 1209-1217; **Marín de la Bárcena, F.**, “La facultad de impartir instrucciones o exigir autorización sobre asuntos determinados de gestión” en AA.VV.: *Las reformas del régimen de la LSC*, Gómez-Acebo & Pombo, 2014 [Acceso 26 de abril de 2020 en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/la-ley-de-reforma-de-la-lsc-la-facultad-de-impartir-instrucciones-o-exigir-autorizacion-sobre-asuntos-determinados-de-gestion.pdf>].

papel de los socios²⁶, parte de la doctrina se muestra reacia a este cambio, considerando que carece de sentido que la junta general de una sociedad cotizada haga uso de esta facultad y, en consecuencia, apostando por su inoperatividad²⁷.

Así las cosas, el contenido del art. 161 interfiere en los principios de autonomía de los administradores, que en principio deberán actuar con independencia de criterio en el ejercicio de su cargo conforme a los deberes de diligencia y lealtad²⁸. Sin embargo, la introducción del art. 161 no vino acompañada de una reforma del art. 236.2 que establece que los administradores no quedarán exonerados de su responsabilidad pese a que su acto haya sido ordenado o ratificado por la junta general. A todas luces surge un conflicto entre ambos preceptos que no ha dejado indiferente a la doctrina. Renace así un debate doctrinal que parecía cerrado y que pretende dar solución a la presunta contradicción entre ambas disposiciones.

²⁶ En este sentido, **Jiménez Sánchez, G. J. / Ibáñez Jiménez, J. W.**, “*Las competencias de la junta general*” en **Ibáñez Jiménez, J. W.** (Dir.): *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma de buen gobierno de las sociedades. Examen del informe de la comisión de expertos y del proyecto de reforma de la Ley de Sociedades de Capital*. 1ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2014, pp. 151-164. Además, la Comisión de Expertos en Materia de Gobierno Corporativo que elaboró el **EPMN** de 2013 fundamentaba, en su p. 13, la aplicación del art. 161 a las sociedades cotizadas, afirmando que «esta limitación no está justificada, máxime en un momento en que se trata de reforzar la función de la junta y abrir cauces para fomentar el activismo accionarial. En este sentido, conviene recordar que la facultad de instruir del colectivo de los accionistas está llamado a cumplir un papel incluso en las sociedades cotizadas, en las que puede servir de instrumento para combatir algunos problemas de agencia entre accionistas y ejecutivos».

²⁷ Contrarios a la extensión del art. 161 LSC a las sociedades cotizadas se muestra **Cuenca Miranda, S.**, “*Las competencias del consejo de administración. Las facultades indelegables del consejo. La política de control y gestión de riesgos en las sociedades cotizadas*” en **Martínez-Echevarría, A.**, (Dir.) *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2014, que considera que esta facultad «desnaturaliza el tipo social y las facultades naturales de cada órgano societario, en su afán por reforzar la función de la junta y abrir cauces para fomentar el activismo accionarial». Igualmente, **García-Renedo, C.** “*Las nuevas competencias de la junta general y la intervención de ésta en asuntos de gestión*” en **García de Enterría, J.**, (Dir.): *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2014, que vaticina que esta facultad no adquirirá gran relevancia práctica por la habitual inoperatividad de la junta en las cotizadas. **Alonso Ureba, A.**, “*Las comisiones especializadas de supervisión y control en el modelo del consejo de administración de las cotizadas*”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 55, 2019, aboga por la necesidad de preservar un ámbito propio de la dirección estratégica del consejo y la supervisión y control de la dirección ordinaria por la alta dirección; Por último, considera que no incrementará la participación de los accionistas dispersos sino que potenciará más la intervención de los accionistas de control **Megías López, J.**, “*Competencia de la junta general de sociedades de capital en materia de gestión: relaciones internas y externas*”, *Diario La Ley* nº 8608, 2015, pp. 1-13.

²⁸ **Alonso Ureba, A.**, “*Las comisiones...*” *op. cit.*

Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad.

«[...]

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

[...]»

Dicho artículo 236.2 es un viejo conocido del derecho de sociedades español, pues reproduce el art. 133.3 LSA 1989, cuya razón de ser radicaba en el fortalecimiento de la autonomía de la actuación del órgano de administración en relación con los acuerdos de la junta general²⁹ y buscaba evitar que los administradores cedieran sus propias competencias sometiendo continuamente sus decisiones a la aprobación de la junta de socios³⁰. Sin embargo, la vigencia del mentado artículo tampoco era pacífica en la doctrina, pues un sector encabezado por el profesor PAZ-ARES proponía su derogación³¹ al considerar su vigencia de «*dificilísima justificación*».

A continuación, expondrá la opinión de la doctrina acerca del deber de cumplir las instrucciones de la junta. Después, se expondrá el modo en que la doctrina mayoritaria ha conciliado ambos artículos y las alternativa a las que se enfrentan los administradores en estos casos donde, como se verá, deberán decidir si ejecutar o no el acuerdo adoptado por la junta general. Posteriormente, se explicará una reciente revisión de esta doctrina

²⁹ **Sánchez Calero, F. / Sánchez-Calero Guilarte, J.**, *Instituciones de Derecho Mercantil. Vol. I*, 37ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2015: «La Ley ha querido establecer una independencia o autonomía de la actuación del órgano de administrativo con relación a los acuerdos de la Junta General, en el sentido de que los administradores no deben realizar actos lesivos para la sociedad, aún cuando exista un acuerdo de Junta general que lo autorice. Igualmente los administradores no pueden esperar que se sane la ilicitud de su conducta por medio de un acuerdo de la Junta general. Tampoco será suficiente, para la exoneración de la responsabilidad de los administradores, que su actuación se deba a la ejecución de un acuerdo de la Junta general»

³⁰ **Juste Mencía, J.**, “*Algunas reflexiones sobre las instrucciones de la Junta en materia de gestión y responsabilidad de los administradores*” en **Juste Mencía / Espín Gutiérrez** (coords.): *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum, Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco, Vol. I, 1ª Ed.*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 395-416, acude a la intención inicial del legislador que, ya en el Anteproyecto de Ley de sociedades anónimas de 1979 impedía le exoneración de responsabilidad por haber realizado un acto dañoso autorizado por la junta, «*cuando sea propio de la competencia de los administradores*».

³¹ **Paz-Ares, C.**, “*La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2003, nota al pie 149, p. 55; En sentido similar, **Gandía Pérez, E.**, *La renuncia... op. cit.*, lo califica de «*tautológico y [...] perfectamente prescindible*», así como de «*precepto mal importado de la Propuesta de Quinta Directiva, que encontraría difícil encaje en un ordenamiento como el español*».

mayoritaria. Para terminar, se realizará una breve reflexión personal sobre la relación entre ambos artículos a la luz de las conclusiones inferidas de diferentes posiciones doctrinales.

3.2. ¿Es absoluto el carácter vinculante de las instrucciones de la junta?

Antes de entrar de lleno en la cuestión qué más opiniones discrepantes ha levantado y núcleo central de la discusión doctrinal –la exoneración o no de la responsabilidad de los administradores en estos casos– conviene detenerse un momento en el art. 161 y si estas instrucciones impartidas por la junta general son realmente vinculantes –órdenes– o si, por el contrario, son meras recomendaciones.

Como se ha dicho, el legislador de 2014 incluyó en la reforma este precepto alineándose con el pensamiento doctrinal mayoritario que optaba por aplicarlo también a las sociedades anónimas cerradas y, a su vez, yendo más allá, pues extendía su aplicación a todas las sociedades de capital. Se ha dicho también que el motivo principal era reforzar la función de la junta y abrir nuevos cauces para fomentar el activismo accionarial³².

La junta es el órgano soberano de la sociedad³³, al que se supedita el órgano de administración y a quien corresponde tanto la designación como la destitución de los administradores. Esta subordinación se evidencia, además, en el hecho de que la junta puede destituir a los administradores sin que sea necesaria una justificación material³⁴. De este modo, la doctrina mayoritaria ha concluido que las instrucciones impartidas por la junta general son vinculantes y dan lugar a un deber de ejecución de los acuerdos sociales, pues de lo contrario se estaría dejando el art. 161 vacío de contenido³⁵. Todo ello sin perjuicio de que sea la propia junta la que califique dicho acuerdo como “recomendación”, para darle expresamente un carácter potestativo.

³² Sobre la discusión sobre la aplicación de este artículo a las sociedades cotizadas, *vid. supra* notas 26 y 27.

³³ **Sebastián Quetglas, R.**, “Órganos de las sociedades de capital: La Junta General” en **Ibáñez Jiménez, J.W.**, (coord.): *Fundamentos de Derecho Empresarial, Tomo II, Derecho de Sociedades 3ª ed.*, Civitas, Pamplona, 2015, pp. 155-178; **Gandía Pérez, E.**, *La renuncia... op. cit.*

³⁴ **Recarde Castells, A.**, “Artículo 161...” *op. cit.*

³⁵ **Juste Mencía, J.**, “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad” en **Juste Mencía** (coord.): *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]. 1ª ed.*, Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 443-462.

No obstante lo anterior, el art. 236.2 pone de manifiesto que tal deber de ejecución no será absoluto, pues de lo contrario los administradores podrían ser responsables de un acto que no les es imputable³⁶. Este argumento se ve fortalecido al poner en consideración el fundamento del art. 236.2 como prueba del principio de autonomía e independencia de los administradores (228 d) LSC), y el art. 234 *in fine*³⁷, mencionado en el art. 161, que establece que no serán eficaces frente a terceros las limitaciones de las facultades representativas de los administradores. De la relación de ambos preceptos, se deduce lo siguiente: las instrucciones de la junta vinculan a los administradores frente a la sociedad, pero no de modo absoluto, sino que antes de ejecutar el acuerdo de la junta, el órgano de administración actuará como «filtro» para determinar si el acuerdo en cuestión es ilícito, contrario a los estatutos o al interés social, en cuyo caso entrará en juego un «poder-deber» de inejecución³⁸.

Llegados a este punto, la doctrina tratará de ponderar ambos el deber de obediencia, frente a la autonomía de los administradores, así como en qué consiste esa labor de filtro que será la que finalmente determine si el administrador está obligado a ejecutar el acuerdo – quedando exonerado de responsabilidad– o, si por el contrario, deberá no ejecutarlo.

3.3. Discusión doctrinal

3.3.1. Doctrina mayoritaria

En este punto, se explicará la solución propuesta por la doctrina mayoritaria, de la mano de JUSTE MENCÍA para encontrar el equilibrio entre los arts. 161 y 236.2 y dar así respuesta al dilema en que se encuentra el órgano de administración respecto de ejecutar o no el acuerdo adoptado por los socios.

³⁶ **Juste Mencía, J.**, “*Algunas reflexiones...*” *op. cit.*; **Esteban Velasco, G.**, “*Artículo 161...*” *op. cit.*; **Recarde Castells, A.**, “*Artículo 161...*” *op. cit.*; **Gandía Pérez, E.** *La renuncia...* *op. cit.*

³⁷ Art. 234 LSC. Ámbito del poder de representación. «1. [...] cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2. [...]». Respecto a la referencia del art. 161 al 234, según **Recarde Castells, A.**, “*Artículo 161...*” *op. cit.* quiere decir que la junta podrá tomar decisiones sobre asuntos de gestión, pero en ningún caso podrá interferir en el ámbito externo o de la representación, sustituyendo a los administradores.

³⁸ *Apud Esteban Velasco, G.*, “Responsabilidad civil de los administradores”, en Enciclopedia Jurídica Básica, V. IV, pp. 5914-5915, citado por **Juste Mencía, J.**, “*Algunas reflexiones...*” *op. cit.*

El art. 236.2 busca evitar que los administradores traten de liberarse de su responsabilidad mediante un acuerdo expreso o tácito de exoneración por los socios, a la vez que, como se mencionaba arriba, se fortalece la independencia y autonomía de los administradores. De lo contrario, podrían abdicar de las competencias que les encomienda el art. 204 LSC, descargando tales decisiones sobre los socios. De no existir el art. 236.2, los administradores podrían actuar de mala fe, pues en no pocas ocasiones son los propios administradores quienes controlan la junta o no les proporcionan la información necesaria³⁹.

Hay un ámbito de gestión que corresponde exclusivamente a los administradores (art. 209 LSC), no es delegable, y en caso de injerencia de la junta, se equipara a un administrador de hecho, en cuyo caso la responsabilidad del órgano de administración se mantendría (art. 236.3 LSC)⁴⁰. Como se ha visto, esta interpretación se ajusta al principio de libertad de criterio e independencia respecto de instrucciones de terceros recogido en el art. 228 LSC. Por todo ello, no cabrá la exoneración cuando el órgano de administración eleve a la junta la decisión sobre una cuestión de su competencia por su propia iniciativa⁴¹.

Igualmente, cuando el acuerdo que se debe ejecutar corresponde a una competencia exclusiva de la junta general (art. 160 LSC), es pacífica la doctrina al concluir que los administradores únicamente serán responsables de facilitar a la junta información veraz y necesaria para poder tomar una decisión informada al respecto, así como ejecutar correctamente dicho acuerdo. Es decir, están obligados a ejecutar el acuerdo, pero solo responderán si su ejecución es defectuosa. El fundamento de esta interpretación trae causa de que, en la medida en que tales competencias son exclusivas de la junta, excediendo entonces el ámbito de la gestión, no es posible imputar a los administradores la responsabilidad por la decisión⁴².

³⁹ **García de Enterría, J. / Iglesias Prada, J. L.**, “*Los órganos sociales de las sociedades de capital (II). Los administradores*” en **Menéndez / Rojo** (dirs.): *Lecciones de Derecho Mercantil. Vol. 1. 14ª ed.*, Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 489-511; **Recarde Castells, A.**, “*Artículo 161...*” *op. cit.*

⁴⁰ **Juste Mencía, J.**, “*Algunas reflexiones...*” *op. cit.*

⁴¹ **Juste Mencía, J.**, “*Artículo 236...*” *op. cit.*

⁴² **Juste Mencía, J.**, “*Algunas reflexiones...*” *op. cit.*

Pero no todo es blanco o negro, sino que la aplicación de ambos artículos se complica cuando nos encontramos ante competencias compartidas. Es en estos casos donde la frontera entre el deber de ejecutar o no el acuerdo es más difusa, incrementando el riesgo sobre los administradores y que merecen un análisis más riguroso.

Para dar respuesta a este conflicto, se plantean tres condiciones tales que, de ejecutarse las instrucciones de la junta, y cumplirse alguna de ellas, la responsabilidad podrá imputarse al órgano de administración.

- (i) **Acuerdo ilícito o contrario a los estatutos:** los administradores deberán no ejecutarlo⁴³; de lo contrario, podrán responder frente a terceros y frente a la sociedad, sin perjuicio de que pueda alegar la doctrina de los actos propios frente a la mayoría que votó a favor de tal acuerdo. Además, la misma respuesta se deberá dar a aquellos acuerdos que lesionen el interés social, en beneficio de uno o varios socios o de terceros. En estos casos, si los administradores ejecutan el acto, serán responsables por el incumplimiento de la ley (art. 225 LSC), tal y como ha confirmado la STS de 20 de julio de 2010, incluso si el acuerdo se ha adoptado por unanimidad de los socios⁴⁴.

Surge aquí una cuestión añadida y es si los administradores simplemente están obligados a no ejecutar el acuerdo o si además están obligados a impugnarlos⁴⁵.

⁴³ Así lo explica **Juste Mencía, J.**, “*Algunas reflexiones...*” *op. cit.*: «Entre el respeto a unas instrucciones emanadas de órgano aparentemente competente y el que merece la ley imperativa, no requiere de un gran esfuerzo interpretativo concluir que no existe exoneración en este supuesto, no solo frente a terceros (supuesto en el que no hay cuestión), sino también cuando los daños se producen en el ámbito de la responsabilidad social»; en el mismo sentido, **Marín de la Bárcena, F.**, “*La facultad de impartir...*” *op. cit.* afirma que «Los límites al deber de ejecución y por tanto a la responsabilidad vienen dados por la prohibición de ejecutar los acuerdos de la junta general si son antijurídicos».

⁴⁴ STS 472/2010, de 20 de julio (ECLI: ES:TS:2010:4621). El Tribunal Supremo afirma, haciendo referencia al entonces art. 133.3 LSA 1989, que «el legislador ha reconocido a los administradores, al actuar en el ámbito de su competencia, una independencia o autonomía respecto de ellos, cuando sean antijurídicos y dañinos para la sociedad. [...] Responde [el art. 133.3 LSA 1989] a la idea de que los administradores no pueden realizar actos ilícitos contrarios a la ley, a los estatutos o al deber general de diligencia [...] que dañen a la sociedad, incluso aunque un acuerdo de la junta general lo autorice o ratifique».

⁴⁵ En este sentido lo consideran **Correig Ferré, G. / Adlaoui, G.S.**, “*La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital ante la injerencia de la junta general en la gestión social*”, *Economist & Jurist*, 2018 [Acceso 7 de abril de 2020 en: <https://bit.ly/2xIBC6B>]; **Alonso Ureba, A.**, “*Las comisiones...*” *op. cit.* lo considera opuesto al deber de ejecución, de tal forma que, ante un acuerdo ilícito, el administrador estará obligado a impugnarlo; también lo considera un deber de los administradores **Ferrando Villalba, M^a de L.**, en “*El ejercicio de competencias gestoras por la junta general de socios en la sociedad de responsabilidad limitada*” en **Abriani, N. / Embid Irujo, J. M^a.**: *La società a responsabilità limitata in Italia e in Spagna. Due ordinamenti a confronto*, Giuffrè, Milán, 2008, p. 563; Por su parte,

En nuestra opinión, la impugnación del acuerdo social se trata de una posibilidad que debe entenderse dentro de lo que el art. 237 denomina «todo lo conveniente para evitar el daño».

- (ii) **Infracción de los deberes de información y de diligente ejecución de los acuerdos de la junta general:** No será posible la exoneración cuando los administradores no cumplan con sus deberes de información y de diligente ejecución de las instrucciones de la junta. Respecto a lo primero, existe consenso en la doctrina en que los administradores tienen el deber de facilitar a la junta la información necesaria para tomar una decisión ya que carece de sentido que pretendan alegar la exoneración cuando la junta ha tomado una decisión sin estar correctamente al tanto de la situación, incluyendo las consecuencias de la misma⁴⁶. En cuanto a la correcta ejecución del acto, los administradores deben ejecutar los acuerdos de la junta conforme a los estándares de diligencia previstos en los arts. 225 y 226 LSC. Por ende, su infracción es “fuente directa de responsabilidad”⁴⁷, de tal forma que respondería, aun si el 236.2 no existiese.
- (iii) **El acuerdo no entra dentro del abanico de opciones que podría tomar un ordenado empresario:** Por último, el administrador, a la hora de valorar sobre la ejecución o no ejecución del acto, deberá valorar si, como resultado de la ejecución del mismo, puede la sociedad sufrir un quebranto patrimonial. Se trata

Baena Baena, P. J., en “*El nuevo régimen jurídico español de la legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*” en *Revista de Derecho*, nº 20, 2016, pp. 142-143, considera la obligación de los administradores de impugnar los acuerdos sociales viciados como consecuencia de lo dispuesto en el art. 237 LSC; y **Recalde Castells, A.**, “*Artículo 161...*” *op. cit.* Por otro lado, deja esta cuestión abierta **Juste Mencía, J.**, en “*Algunas reflexiones...*” *op. cit.* Finalmente, en contra de considerarlo un deber de los administradores, **Rojo, A.** “*Artículo 206. Legitimación para impugnar*” en **Rojo-Beltrán** (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Civitas, Madrid, 2011, I, pp. 1453-1464.

⁴⁶ Sin embargo, **Juste Mencía, J.**, en “*Algunas reflexiones...*” *op. cit.* dice que en los casos de sociedades cerradas o con estructura de grupo y donde la instrucción nazca a instancias de la mayoría de los socios, los administradores no responderán por la falta de proveer información. No obstante, no estamos de acuerdo con esta afirmación, pues consideramos que dentro de la labor de administradores también se encuentra el deber de advertir a la junta sobre las consecuencias de la decisión que van a tomar, como parte del mismo deber de informar. En este mismo sentido se pronuncia **Recalde Castells, A.**, “*Artículo 161...*” *op. cit.*: «Antes de que la junta apruebe el acuerdo, sobre [los administradores] recae la obligación de informar o asesorar adecuadamente a los socios sobre todos los aspectos financieros, técnicos y jurídicos relevantes, incluyendo su opinión sobre la probabilidad de que pudiera [sic] el daño»; En la misma línea, **Esteban Velasco, G.**, en “*Artículo 161...*” *op. cit.*

⁴⁷ **Juste Mencía** en “*Algunas reflexiones...*” *op. cit.*

de esa labor de filtro que se comentaba al inicio de este apartado y que, ante la injerencia de la junta en asuntos de gestión, se configura como el último reducto de la competencia de gestión del órgano de administración⁴⁸. En consecuencia, los administradores deberán controlar que el acuerdo válido, y acordado contando con toda la información necesaria, se incluye entre los que tomaría un ordenado empresario y, en base a ello, ponderar el deber de desobedecer a la junta y ejecutar el acto más acertado, o el deber de obedecer a la junta.

La avocación de la decisión por la junta despoja a los administradores de su poder de discreción para decidir la opción más adecuada, por lo que deberán limitarse a verificar que dicho acuerdo es compatible con la decisión de un ordenado empresario medio. No se trata pues, de valorar si es la decisión que tomaría el órgano de administración, sino simplemente comprobar que ese acuerdo es de buena fe, sin interés personal, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado (art. 226.1 LSC). Por tanto, en principio, los administradores deberán obedecer la instrucción de la junta, salvo que se trate de un acuerdo «disparatado o carente de toda racionalidad»⁴⁹, en cuyo caso no deberá ser ejecutado.

Como conclusión, la doctrina mayoritaria ha venido reconociendo tres requisitos esenciales para que el órgano de administración quede exonerado al obedecer instrucciones de la junta general, pese a la literalidad del art. 236.2 LSC: a) que el acuerdo de la junta sea lícito, respete los estatutos y no lesione el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros; b) que los administradores hayan cumplido con el deber de información y ejecución diligente; y c) que realice una labor de filtro para valorar si la decisión tiene sentido empresarial. En caso de cumplirse estos requisitos, quedará vinculado por las instrucciones de la junta ex art. 161 y estará obligado a ejecutar el acuerdo; en caso contrario, no deberá ejecutarlo, pues respondería por el mismo.

⁴⁸ **Juste Mencía** en “*Algunas reflexiones...*” *op. cit.*; Sin embargo, **Correig Ferré, G.** y **Adloui, G. S.**, “*La responsabilidad...*” *op. cit.* Hablan únicamente de acuerdos ilícitos, contrarios a los estatutos o al interés social, sin hacer distinción entre aquellos que lesionen el interés social *en beneficio de uno o varios socios o de terceros*, y aquellos que simplemente lesionan el interés social, causando un daño patrimonial a la sociedad, pero sin beneficiar a los sujetos mencionados. Como se verá más adelante, la distinción entre ambos grupos de acuerdos es esencial, pues los segundos no son impugnables ex art. 204.1.

⁴⁹ **Juste Mencía, J.**, “*Algunas reflexiones...*” *op. cit.*

Si aun estando obligado a ejecutarlo, no lo hace por considerar que el acuerdo no maximiza el interés social, podrá estar incumpliendo su contrato, con el consiguiente cese sin indemnización, y arriesgándose al ejercicio de la acción social de responsabilidad. Como última opción, siempre podrá optar por presentar su dimisión⁵⁰. Sin embargo, como se verá a continuación, esta es una de las principales carencias de la doctrina mayoritaria: si es el administrador el que deberá decidir si el acuerdo de la junta es adecuado o no para el fin social, se corre el riesgo de convertir las instrucciones de la junta, que ya se han considerado como vinculantes, en meras recomendaciones.

Queda una última cuestión que no es baladí, pues reducirá notablemente las posibilidades reales de que prospere la acción social contra los administradores. La doctrina ha concluido que, en el caso final de que el acuerdo sea ejecutado y cause un perjuicio a la sociedad, aquellos socios que votaron a favor del mismo no podrán exigir responsabilidades a los administradores por aplicación de la doctrina que impide ir en contra de los actos propios. Sí podrán, no obstante, ejercitar la acción social el resto de los socios, acreedores, o incluso quienes adquieran posteriormente la condición de socio⁵¹. Sin embargo, también hay parte de la doctrina que entiende que, adquiriendo el acuerdo plena validez por haber caducado el periodo de impugnación sin que haya sido impugnado, tampoco podrán ejercitar la acción social de responsabilidad quienes, habiendo estado legitimados para impugnar el acuerdo, no lo hayan hecho⁵².

3.3.2. *Revisión de la doctrina mayoritaria*

Frente a la opinión mayoritaria de la doctrina, GANDÍA PÉREZ propone un revisión de ciertos elementos que, a mi parecer, se ajusta mejor al sentido de la reforma de 2014. Esta posición incide en el carácter contractual que rige la relación de los administradores con la sociedad y, a la hora de configurar el régimen de deberes y responsabilidades de los miembros del órgano de administración para con la sociedad, da mayor peso a la autonomía de la voluntad. Como resultado, terminará reduciendo drásticamente las

⁵⁰ Marín de la Bárcena, F., “La facultad de...”, *op. cit.*; Gandía Pérez, E., *La renuncia... op. cit.*

⁵¹ Juste Mencía, J., “Artículo 236...” *op. cit.*; Marín de la Bárcena, F., “La facultad de...”, *op. cit.*

⁵² Gandía Pérez, E., *La renuncia... op. cit.*; Recarde Castells, A., “Artículo 161...” *op. cit.*

probabilidades de que efectivamente sean responsables los administradores como consecuencia de ejecutar un acuerdo de la junta.

Tomando como punto de partida la consideración de la junta como órgano soberano de la sociedad⁵³ y el precepto del art. 161, que reconoce a la junta general la posibilidad de intervenir en determinados asuntos de gestión⁵⁴, se llega a la conclusión de que «la ejecución de un acuerdo *vinculante* en materia de gestión excluye *in radice* la responsabilidad de los administradores por los daños causados a la sociedad, no solo frente a ésta, sino también frente a los socios minoritarios y frente a los acreedores sociales»⁵⁵. Para llegar a esta conclusión, acude a una interpretación estrictamente literal del art. 236.2 y, en particular, significado literal del término *exonerar* y dirá que «la única función de este precepto es la de evitar que, *una vez constatada la existencia de responsabilidad*, pueda tener lugar una renuncia implícita del ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores. Por ello, la fundamentación de esta posición doctrinal gira en torno a la afirmación de que, en todos los supuestos en que los administradores se limiten a cumplir con las instrucciones impartidas por la junta general mediante acuerdos lícitos, informados y, en definitiva, válidos, no será posible exonerar su responsabilidad porque tal responsabilidad nunca habrá llegado a nacer.

Si entendemos que las competencias de gestión que el art. 209 LSC atribuye a los administradores no son exclusivas, ni excluyentes, cuando la reforma de 2014 extiende la previsión del art. 161 a todas las sociedades de capital, otorga a la junta general un derecho a administrar mediante la impartición de instrucciones que, salvo que los estatutos dispongan lo contrario, son plenamente vinculantes para los administradores. De este modo, la junta general avoca una competencia que, desde ese momento, le

⁵³ *Vid. supra* nota 33.

⁵⁴ **Gandía Pérez, E.**, *La renuncia... op. cit.* entiende que puede dudarse de la intensidad con que la junta puede ejercitar esta facultad. En este sentido, si la junta hiciese un uso intensivo de esta facultad, podría terminar convirtiendo al órgano de administración en un simple ejecutor de acuerdos sociales. No obstante, la ley no contempla ninguna limitación al uso de este precepto a expensas del término «*determinados*». En consecuencia, **Recarde Castells, A.**, «*Artículo 161...*» *op. cit.* afirma que la conveniencia o no de un mayor uso de esta facultad dependerá de la estructura societaria en cuestión, siendo totalmente ineficiente en sociedades abiertas, pero en ningún caso se tratará de un límite impuesto por el legislador. Por ello, termina dejando a decisión de los socios la intensidad con la que hacen uso de esta facultad. Por su parte, **Alonso Ureba, A.**, «*Las comisiones...*» *op. cit.* considera que la injerencia de la junta no puede implicar una anulación de un mínimo reducto de la autonomía gestora de los administradores.

⁵⁵ **Gandía Pérez, E.** *La renuncia... op. cit.*

pertenece. Como resultado, nace en los administradores un deber de ejecución que solamente se verá limitado ante un acuerdo viciado o que, de ejecutarse, pueda originarse alguna responsabilidad de los administradores frente a terceros. En la medida en que son los socios los que llevan a cabo esa actividad de discernir qué es lo más adecuado para el interés social, se rompe el nexo de causalidad entre la actuación del órgano de administración y el daño, de forma que se da una *inexistencia de responsabilidad por falta de culpa*⁵⁶.

Para que pueda verificarse tal falta de responsabilidad, se establecen dos presupuestos, de forma que es preciso que los administradores cumplan diligentemente sus deberes con respecto al acuerdo que tome la junta. Son deberes que ya se han comentado anteriormente: el «*deber de información para que los socios sean plenamente conscientes del alcance de su ejecución*» y «*que se trate de un acuerdo efectivamente vinculante y del que se derive [...] un auténtico deber de ejecución*»⁵⁷.

Si bien el deber de información no merece más apreciaciones que las ya comentadas *supra*, GANDÍA realiza un análisis más profundo de qué significa en deber de ejecución diligente, de tal forma que solo surgirá cuando el acuerdo de la junta sea realmente vinculante.

Así las cosas, veamos a continuación cuándo un acuerdo de la junta, por el que imparte instrucciones al órgano de administración, es vinculante. En consonancia con el resto de la doctrina, se atenderá a los requisitos necesarios para que un acuerdo social sea válido

⁵⁶ **Gandía Pérez, E.** *La renuncia... op. cit.* En efecto, la adecuación de los administradores a un acuerdo vinculante de la junta excluye de raíz su responsabilidad por los daños causados a la sociedad como consecuencia de la ejecución del mismo. Si aceptamos que la responsabilidad social de los administradores tiene el carácter de responsabilidad contractual, estamos entonces ante una responsabilidad subjetiva que exige la concurrencia de un daño *conectado causalmente a una acción u omisión ilícita y culpable de los administradores*. Por ello, la libertad de acción y le ejercicio de un poder discrecional se erigen como presupuesto necesario. Cuando los socios imparten instrucciones, los administradores dejan de elegir la opción que consideran más adecuada al interés social, sino que lo hace la junta. En consecuencia, si no es posible imputar el daño causado a la conducta (libre) de los administradores, no hay responsabilidad. En esta misma línea, **Recarde Castells, A.**, “*Artículo 161...*” *op. cit.*: la misma libertad discrecional con la que cuentan los administradores debe predicarse de los socios, cuando están facultados para intervenir en asuntos de gestión. En tales casos, los administradores quedan privados de la facultad de elegir la decisión más oportuna para el interés social. En la medida en que no pueden elegir, tampoco podrá predicarse de ellos si han actuado de manera negligente. Si están obligados a ejecutar el acuerdo, no es que no se les pueda exonerar, sino que falta un elemento: la causación del daño no les es imputable.

⁵⁷ *Vid. supra* nota 45.

y vinculante, que se encuentran recogidos en el art. 204.1 LSC, para distinguir entre a) acuerdos contrarios al orden público; b) acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos, o que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. A estos dos supuesto se les añadirá un tercer caso más complicado: c) acuerdos que puedan llegar a producir un daño al patrimonio de la sociedad, pero sin beneficio de nadie en particular y, por tanto, no impugnables.

(i) **Acuerdos contrarios al orden público:** sobre los acuerdos contrarios al orden público, cuyo plazo de impugnación no caduca, el deber del administrador coincide con el de la doctrina mayoritaria, es decir, no debe ser ejecutado.

(ii) **Acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos, o que lesionen el interés social en beneficio de algún socio o tercero:** esta clase de acuerdos son válidos, pero claudicantes, pues no adquieren su completa eficacia hasta que ha transcurrido el plazo de impugnación. Es en estos casos donde la actuación de los administradores puede ser más comprometida, ya que pueden incurrir en responsabilidad tanto si ejecutan el acuerdo, como si deciden no hacerlo⁵⁸. En estos casos, la encrucijada en la que se hallan los administradores presenta cuatro salidas⁵⁹:

a) **No ejecutar el acuerdo, que es posteriormente impugnado y anulado.** En este caso, los administradores habrán actuado correctamente, por lo que no responderán.

b) **Ejecutar el acuerdo, que es posteriormente impugnado y anulado.** En este caso, la respuesta también es directa, pero en sentido contrario. Por ello, los administradores responderán por no haberse abstenido de ejecutar acuerdos inválidos y lesivos (art. 237 LSC).

⁵⁸ **Gandía Pérez, E.,** *La renuncia... op. cit.*

⁵⁹ En estos caso, **Gandía Pérez, E.,** *La renuncia... op. cit.* dirá que habríamos llegado a la misma conclusión, aun si el art. 236.2, razón por la cual lo califica de «tautológico y [...] perfectamente prescindible». El administrador responde porque ha dado ejecución a un acuerdo de la junta inválido y lesivo.

c) **No ejecutar el acuerdo, que no es impugnado y adquiere plena eficacia.** Si entendemos que los administradores están obligados a impugnar el acuerdo contrario a la ley, a los estatutos o que lesione el interés social en perjuicio de uno o varios socios o de terceros, se habrá incurrido en responsabilidad por no cumplir con el deber de impugnar. Si, en cambio, nos decantásemos por la posición doctrinal que no considera que exista tal obligación⁶⁰, lo cierto es que el resultado final no variará. Así, en caso de que un socio, acreedor o tercero que trate de ejercitar la acción social, se le podrá oponer la doctrina de los actos propios, puesto que ellos tampoco lo impugnaron cuando estaban legitimados para ello.

d) **Ejecutar el acuerdo, que no es impugnado y adquiere plena eficacia.** En este caso, los administradores incurrirán en responsabilidad, a pesar de que el acuerdo adquiera plena eficacia, ya que el daño recibido por la sociedad es consecuencia directa de la decisión de los socios de amoldarse a la voluntad ilícita de los socios mayoritarios. En este caso, no podrá alegarse la doctrina de los actos propios para rechazar el ejercicio de la acción social por los socios, acreedores o terceros carece de sentido, puesto que el acuerdo ha sido ejecutado antes de que finalizase el plazo de caducidad.

(iii) **Acuerdo válido y no impugnado que, sin embargo, puede causar un daño al patrimonio social:** El supuesto más delicado ocurre cuando el acuerdo adoptado por los socios es perfectamente válido y no hay razón para impugnarlo, pues no es contrario al orden público, ni a la ley o los estatutos, ni se daña el interés social *en beneficio de uno o varios socios o de terceros*. Sin embargo, ocurre que este acuerdo plenamente válido y eficaz podría causar un daño para el patrimonio social, pero sin que nadie se vea beneficiado por ello. Por tanto, este acuerdo debe ser ejecutado.

Es en este último supuesto donde, de acuerdo con GANDÍA, entra en juego el art. 236.2: al hacer a los administradores responsables cuando se limiten a ejecutar actos de la junta, se les obliga a realizar un control –o filtro, en términos de la doctrina

⁶⁰ Sobre el deber de los administradores de impugnar acuerdos sociales, *vid. supra* nota 45.

mayoritaria. Sin embargo, a diferencia del filtro que antes se comentaba, donde los administradores debían verificar si el acuerdo adoptado por la junta entraba dentro de lo que podría decidir un ordenado empresario, en este caso, simplemente deberán *comprobar la validez* del mismo⁶¹. Así, de verificarse la validez del acuerdo, los administradores deberán ejecutarlo y quedarán exentos de responsabilidad frente a la sociedad, los socios (que no hubieren votado a favor del acuerdo) o los acreedores.

Si se interpreta que, como consecuencia de este artículo, los administradores deben valorar la idoneidad del acuerdo desde el punto de vista del interés social y que además incurrirán en responsabilidad por el daño que produzca a la sociedad, estaríamos desplazando el riesgo empresarial, que han asumido voluntariamente los socios, sobre los administradores.

3.4. Crítica personal

En nuestra opinión, esta interpretación de la relación entre el art. 161 y el art. 236.2 se ajusta más a lo que presuntamente pretendía el legislador: si uno de los motivos de la reforma consiste en dar mayor relevancia a los accionistas, permitiéndoles decidir sobre asuntos de gestión, no tiene sentido que no sean ellos quienes asuman este riesgo sobre lo que, a fin de cuentas, es su propia inversión. Por consiguiente, si el legislador de 2014 habilitó a la junta general de cualquier sociedad de capital a impartir instrucciones vinculantes a sus administradores, tiene sentido que sean los propios socios quienes respondan por sus actos.

Pero además, esta interpretación también casaría con la ampliación del artículo 161 a las sociedades anónimas abiertas y, en particular, a las cotizadas: se trata de una forma de advertir a los socios que, si efectivamente quieren participar de los asuntos de gestión, “se atengan a las consecuencias” y a la vez ceñirse a los “determinados asuntos de gestión” que menciona el 161, en cierto modo desincentivando la injerencia de la junta con más frecuencia de la que debiera. Esto, que no parece la técnica legislativa más adecuada, es a lo que nos lleva el contenido de sendos artículos contradictorios.

⁶¹ Recarde Castells, A., “Artículo 161...” *op. cit.*; Gandía Pérez, E., *La renuncia...* *op. cit.*

Así las cosas, Gandía termina afirmando que el art. 236 se encuentra abocado a una *interpretatio abrogans*, lo que es un elemento excepcional en Derecho⁶². Si el legislador no ha incluido en la reforma el texto del art. 236.2, es porque se entiende que es compatible con la existencia de instrucciones vinculantes de la junta. Sin embargo, en opinión de este autor, lo que realmente quiere decir el legislador es que «una vez que se haya constatado la existencia de responsabilidad, el único acuerdo que puede extinguirla es la renuncia expresa al ejercicio de la acción social, esto es, un acuerdo adoptado con las garantías establecidas en la Ley (art. 238.2 LSC)». Por tanto, siendo evidente que la renuncia a la acción social debe realizarse de manera expresa y siempre después de que la responsabilidad que se pretende eximir sí existe, la vigencia del art. 236.2 LSC busca evitar una renuncia a la acción social *ex ante*, tácita y de manera genérica, lo que implicaría dar –en lo que a la legitimación activa de los socios corresponde– carta blanca a los administradores⁶³.

Si interpretásemos que realmente el legislador quiso decir lo que ha dicho, se extrae la siguiente conclusión: las instrucciones que imparte la junta no son vinculantes de un modo absoluto *porque* realmente los socios no son “dueños” o “soberanos” del interés social. Por consiguiente, podemos aducir que, en consonancia con lo que se dijo al hablar del interés social, el legislador se separa todavía más de la teoría contractualista, aproximándose hacia la teoría institucionalista. En esta línea de pensamiento, el art. 236.2 surge como un instrumento para evitar que los socios se desentiendan del interés social en aras de su propio interés, y reforzando la labor de los administradores como garantes del mismo mediante la labor de filtro que viene defendiendo la doctrina mayoritaria.

Sin embargo, no deja de resultarnos un tanto contradictorio el hecho de que, por un lado, el legislador parece acercarse cada vez más a la teoría institucionalista, mientras que, por otro lado, trata de incentivar la participación de la junta en los asuntos de gestión sin introducir algún mecanismo para alinear los intereses de los socios con el interés social.

⁶² **Alfaro Águila-Real, J.**, “*Los desprecios al Código Civil*”, Blog Derecho Mercantil España, 2012, [acceso 13 de abril de 2020] en <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2012/05/los-desprecios-al-codigo-civil.html>

⁶³ Así lo afirma **Gandía Pérez, E.**, *La renuncia... op. cit.*, al concluir (sobre el art. 236.2) que «el único cometido es evitar que aquellas responsabilidades *en las que sí hayan incurrido* los administradores puedan entenderse extinguidas o renunciadas por el simple hecho de haber actuado aquéllos ejecutando la voluntad de los socios».

Con todo, el debate doctrinal sobre este precepto, en nuestra opinión, vuelve a poner de manifiesto las deficiencias de nuestra legislación societaria y hace necesaria una revisión del interés social que, no niego que dependerá del caso y que dentro de un mismo supuesto puede haber varias opciones válidas y que maximicen el interés social, sino que, aun aceptando que el interés social es un concepto indeterminado, creemos que deben establecerse criterios para que socios y administradores puedan dirimir cuándo están obrando acorde al interés social y cuándo no. Todo ello, en aras de lograr una mayor seguridad jurídica a este respecto; especialmente, teniendo en cuenta que los administradores son los primeros que deberán adecuar su conducta al interés social y, que a la luz de la literalidad de la vigente Ley de Sociedades de Capital, parecen los primeros perjudicado, como consecuencia de una posible ruptura del principio de causalidad sobre el que se construye el régimen de la responsabilidad contractual.

4. CONFLICTO NORMATIVO: CONCURRENCIA DEL ESTADO DE INSOLVENCIA Y LA CAUSA DE DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS DEL ART. 363.1 E) LSC

4.1. Planteamiento del conflicto normativo

Como elemento final de este trabajo, se analizará un tercer punto conflictivo de nuestro derecho societario, y se tratará de encontrar una solución al mismo apoyándonos, a su vez en la línea que hemos seguido en los puntos anteriores.

Se trata de un viejo debate que todavía dista mucho de alcanzar una solución doctrinal pacífica⁶⁴. Surgió con la entrada en vigor de la Ley Concursal de 2003, que atribuye la competencia decisoria para la petición del concurso exclusivamente al órgano de administración. Esta norma choca frontalmente con la Ley de Sociedades de Capital, que en supuestos de crisis empresariales parecía atribuir la competencia a la junta general.

⁶⁴ **Vázquez Cueto, J. C.**, “*El poder de decisión en las sociedades en situación de insolvencia y de déficit patrimonial la incidencia de los expedientes preconcursales*” en **Díaz Moreno / León Sanz / Vázquez Cueto** (dirs.): *Sociedades y concurso. Estudio de derecho societario en crisis*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 53-103.

Concretamente, se plantea aquí el dilema con el que se encuentra el órgano de administración de la sociedad cuando concurre una situación de insolvencia –presupuesto objetivo para el concurso de acreedores– y la causa de disolución cuando las pérdidas dejan reducidas el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social. Como se verá, se trata de un conflicto de competencias orgánicas que las sucesivas reformas de la Ley de Sociedades de Capital y la Ley Concursal no han logrado solventar y terminan colocando a la sociedad en general y al órgano de administración, en particular, en una delicada situación.

En tales supuestos, el art. 363 LSC permite a la sociedad optar por tres alternativas: disolver la sociedad, reconducir el déficit patrimonial de la misma, o solicitar el concurso cuando proceda. Este precepto, *a priori*, parece contravenir lo dispuesto por el art. 5 LCon. Además, habrá que añadir la opción de los expedientes preconcursales del art. 5 bis LCon, introducido en 2011. El solapamiento de los diferentes plazos y la ardua conciliación de ambos artículos colocan al administrador en una tesitura de la que difícilmente podrá escapar, pues tampoco están claras las consecuencias de cada alternativa⁶⁵.

Pero además, llama la atención la impasibilidad del legislador, frente a la relevancia práctica de este dilema. Dicha relevancia se debe principalmente al fenómeno de la *infracapitalización nominal* que da lugar a que numerosas sociedades se constituyan con el capital social mínimo requerido⁶⁶ de tal forma que, una Sociedad de Responsabilidad Limitada podría verse envuelta en esta situación con acumular tan solo 1.500 euros de pérdidas⁶⁷.

A continuación se expondrán brevemente las dinámicas de los dos preceptos en conflicto, para posteriormente analizar cómo compatibilizarlos.

⁶⁵ Prades Cutillas D., *La responsabilidad... op. cit.* p. 304. Lo denomina «alternativas diabólicas».

⁶⁶ El art. 4.1 LSC establece el capital social mínimo de la Sociedad de Responsabilidad Limitada en 3.000 euros; por su parte, el apartado 3 del mismo artículo establece que el capital social mínimo de la Sociedad Anónima será de 60.000 euros.

⁶⁷ Vázquez Cueto, J. C., “*El poder de decisión...*” *op. cit.*

4.2.Solicitud del concurso: el estado de insolvencia

El art. 5.1 de la Ley Concursal establece que «el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia». Se trata del supuesto de concurso voluntario, donde será el deudor quien deba probar la insolvencia para que el juez pueda declarar el concurso (art. 2 LCon). Pero, como indica el mismo artículo, la insolvencia podrá ser actual o inminente. Esta cuestión no es baladí, pues será la clave sobre la que girará nuestro análisis y es que, cuando la insolvencia sea actual el administrador estará obligado a solicitar la declaración en el plazo mencionado *supra*. Sin embargo, cuando la insolvencia sea inminente, la declaración del concurso es voluntaria.

La propia ley define ambos conceptos de tal forma que el deudor estará en insolvencia actual cuando no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles y en insolvencia inminente, dispone el art. 2.3 LCon, se encontrará el deudor que prevea que no va a poder cumplir regular y puntualmente sus obligaciones⁶⁸.

Dándose tales presupuestos, el deudor deberá –insolvencia actual– o podrá –insolvencia inminente– instar el concurso. Dispone el art. 3 LCon que, tratándose de personas jurídicas, es competente para decidir sobre la solicitud del concurso el órgano de administración o liquidación. Este precepto no dejó en su momento indiferente a la doctrina, pues entraba en conflicto con la división de competencias entre ambos órganos societarios en atención a lo que se considerase gestión ordinaria o no. Por ello, la doctrina se planteaba si no debería ser la junta general el órgano que tome tal decisión, en tanto que la solicitud de declaración del concurso es un acto que excede el ámbito de la gestión

⁶⁸ Este concepto ha sido desarrollado por el AAP de Gerona, núm. 122/2009, de 30 de abril (ECLI: ES:APGI:2009:609A), que define la insolvencia inminente como un estado de pronóstico cierto de la insolvencia, referido tanto a la regularidad, como a la puntualidad en el cumplimiento de sus obligaciones. Asimismo, atiende al origen de la norma: el concepto de Derecho concursal alemán de la *drohende Zahlungsunfähigkeit del par. 18 Inso*, que hace referencia a la idea de amenaza, más que inminencia de la insolvencia. No obstante, es evidente que el término «inminente» tiene una connotación ciertamente temporal, de modo que la doctrina entiende que el horizonte temporal de la previsión para determinar si el deudor entrará en estado de insolvencia actual dependerá de las circunstancias de cada caso, aunque no debería superar los dos años. **Marín de la Bárcena, F.**, “La Directiva 2019/1023 (VI): deberes de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente”, Gómez-Acebo & Pombo, 2019 [Acceso 26 de abril de 2020 en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/08/La-Directiva-20191023-VI-deberes-de-los-administradores-sociales_v2.pdf].

ordinaria de la sociedad, pues puede llevar a esta a la disolución, que a su vez es competencia de la junta (art. 364 LSC)⁶⁹.

La solución a la que ha llegado la doctrina es que, por un lado, el legislador no atribuye directamente esta facultad a la junta (art. 160 LSC); por otro, atribuye a los administradores la gestión y representación de la sociedad sin distinguir entre gestión ordinaria y extraordinaria (art. 209 LSC). Además, la atribución de esta competencia al órgano de administración y de liquidación por el legislador concursal viene motivada tanto por una razón de agilidad y eficiencia, que sería difícil de obtener si se sometiera tal decisión a la junta, como el riesgo que implicaría para la sociedad la publicidad de dicha junta⁷⁰.

Como consecuencia de lo anterior, concluye la doctrina que no es necesario someter a la junta la decisión de solicitar el concurso, si bien es cierto que sí puede pronunciarse al respecto⁷¹. En tal caso, el administrador se enfrentaría a un importante dilema y deberá decidir entre obedecer a la junta y no solicitar el concurso en el plazo previsto, o desobedecer a la junta y solicitar el concurso. En el primer caso, podrá incurrir en responsabilidad concursal; en el segundo, podría incurrir en responsabilidad social, o incluso ser cesados del cargo⁷².

Sin embargo, como se vio en el punto anterior, la incidencia de los acuerdos de la junta cuando se refieren a competencias atribuidas al órgano de administración dependerá, esencialmente, del contenido de dicho acuerdo, de forma que los administradores deberán realizar un juicio de validez del mismo. De este modo, cuando la sociedad se encuentre en situación de insolvencia actual, el acuerdo de la junta será irrelevante para la actuación

⁶⁹ **Almoguera García, J.**, “Las crisis empresariales y la solicitud y la declaración del concurso” en **Sebastián Quetglas, R.**, (coord.): *Fundamentos de Derecho Empresarial. Derecho concursal. Tomo IV*. 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 31.

⁷⁰ Así lo justifica el profesor **Rojo, Á.**, “Legitimación” en **Rojo-Beltrán** (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, 1ª ed., Civitas, Pamplona, 2006, pp. 194-224.

⁷¹ **Vázquez Cueto, J. C.**, “El poder de decisión...” *op. cit.*

⁷² **Almoguera García, J.**, “Las crisis empresariales...” *op. cit.* p. 33, opina que «ante un dilema así deba prevalecer la norma concursal que obliga al administrador a solicitar el concurso en el (sic) plazo de dos meses desde el acaecimiento de la insolvencia, dado que este es un precepto que trasciende los intereses de los socios y está para proteger a los acreedores de la sociedad».

de los administradores, pues estos están obligados a solicitar el mismo por imperativo legal.

Siendo esta la solución a la que se deberá llegar cuando la sociedad se encuentre en una situación de insolvencia actual, no ocurrirá lo mismo cuando se trate de una insolvencia inminente, pues se ha dicho que en ese caso no existe tal deber legal.

Pero además, en 2011 se introdujo el art. 5 bis LCon, que prevé la posibilidad de negociar acuerdos pre-concursales, prorrogando el deber del deudor de pedir el concurso con el objetivo de intentar llegar a un acuerdo de refinanciación o reestructuración de la deuda. Como consecuencia de este precepto, se podrá retrasar hasta seis meses la declaración del concurso.

La Ley no se pronuncia respecto a la competencia para decidir sobre el inicio de las negociaciones a las que hace referencia el art. 5 bis LCon, de modo que la doctrina ha interpretado que si el órgano de administración es competente para solicitar el concurso, también lo será para decidir sobre la comunicación del art. 5 bis LCon⁷³. Sin embargo, surgen dudas si se somete esta decisión a acuerdo de la junta pues, al contrario que en el caso de estado de insolvencia actual, en este caso, no existe ningún imperativo legal al respecto. En este sentido, de acuerdo con lo dispuesto por la doctrina, y en consonancia con lo expuesto en el apartado anterior, los administradores deberán obedecer las instrucciones de la junta⁷⁴. En caso de que la insolvencia sea actual, el órgano de administración no solo está facultado, sino que está obligado a solicitar el concurso so pena de incurrir en responsabilidad por deudas o, de calificarse el concurso como culpable, responsabilidad concursal⁷⁵.

⁷³ **Almoguera García, J.**, “*Las crisis empresariales...*” *op. cit.*, p. 32 lo justifica alegando que «quién puede lo más, puede lo menos”.

⁷⁴ *Vid. supra* ap. 3.3.

⁷⁵ **Megías López, J.**, “*Competencia orgánica y crisis económicas de sociedades de capital. Disolución, precurso y concurso*”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 22, 2015, pp. 443-456.

4.3. Disolución por pérdidas y responsabilidad de los administradores

La segunda parte de nuestro análisis gira en torno a la disolución de la sociedad y, particularmente, en torno a la disolución por pérdidas.

La LSC, en su Título X, regula la disolución y liquidación de la sociedad, que son los pasos previos a la cancelación del asiento registral de la misma y la extinción de su personalidad jurídica. Si la disolución hace referencia al acuerdo social por el que la sociedad abandona la explotación empresarial de su objeto social, la liquidación implica la orientación de la sociedad hacia una actividad meramente dirigida a la realización de las operaciones necesarias para saldar y liquidar todas las relaciones jurídicas y posteriormente distribuir el remanente entre los socios, cuando se produce la extinción⁷⁶.

La disolución puede venir provocada de tres tipos de causas diferentes, a saber, de pleno derecho; por acuerdo de la junta general; o por causa legal o estatutaria debidamente constatada por la junta general. Estas últimas afectan a aspectos críticos para la existencia de la sociedad, como ciertos puntos sensibles del propio contrato de sociedad o del reconocimiento legal de la misma, por lo que el legislador requiere que los socios se pronuncien sobre la continuidad de la empresa, previa remoción de la causa de disolución, o bien acuerden disolver la sociedad⁷⁷. En nuestro caso, nos centraremos en la causa de disolución por pérdidas, recogida en el art. 363.1.e) LSC. Este precepto prevé que «*la sociedad de capital deberá disolverse: [...] e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración del concurso*». Se trata de una causa de disolución que persigue eliminar del tráfico sociedades descapitalizadas o que presenten una falsa apariencia de solvencia⁷⁸, pues se entiende que el fundamento del capital social no es otro que otorgar una tutela más efectiva a los potenciales acreedores de la sociedad⁷⁹. Sin embargo, y a

⁷⁶ **García de Enterría, J. / Iglesias Prada, J. L.**, “La disolución y liquidación de las sociedades de capital” en **Menéndez / Rojo** (dirs.): *Lecciones de Derecho Mercantil. Vol. I, 14ª ed.*, Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 581-598.

⁷⁷ **Prades Cutillas D.**, *La responsabilidad...* op. cit. p. 263.

⁷⁸ **Sánchez Graells, A.**, “Extinción de las Sociedades de Capital” en **Ibáñez Jiménez, J. W.** (coord.): *Fundamentos de Derecho Empresarial, Tomo II, Derecho de Sociedades, 3ª ed.*, Civitas, Pamplona, 2015, pp. 367-393.

⁷⁹ **Vázquez Cueto, J. C.**, “El poder de decisión...” op. cit.

diferencia de las causas de disolución *automáticas*, la ley requiere para las causas de disolución del art. 363 que sean constatadas, por lo que serán consideradas como causas de disolución *obligatorias*⁸⁰.

En caso de constatarse esta situación⁸¹, los administradores dispondrán de un plazo de dos meses para convocar la junta que adopte, por mayoría ordinaria, una decisión al respecto consistente en la disolución de la sociedad o remoción de la situación de pérdidas graves. La convocatoria de esta junta deberá incluir en el orden del día la adopción del acuerdo de disolución o remoción de la causa, sin que sea estrictamente necesario explicitar la causa de disolución en particular, sino que es suficiente una referencia genérica⁸².

Por otro lado, el legislador, para evitar que la sociedad permanezca impasible ante tal situación, trata de garantizar la celebración de la junta y la adopción de un acuerdo en un sentido u otro. De este modo, en caso de que la junta no se celebre o no se llegue a adoptar ningún acuerdo, los administradores están obligados a instar la disolución de la sociedad ante el juez (art. 366.2 LSC).

Finalmente, el art. 367 LSC impone un estricto régimen de responsabilidad para los administradores que incumplan a) la obligación de convocar la junta en el plazo previsto de dos meses desde la concurrencia de la causa de disolución; b) la de solicitar la disolución judicial, en defecto de la anterior; o c) si procediere, el concurso de acreedores. En tales casos, responderán solidariamente de las obligaciones sociales nacidas con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución.

⁸⁰ **Bataller, J.**, “Artículo 362. Disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria” en **Rojo-Beltrán** (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Vol. 2, Tomo II*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 2543-2547. Esta constatación será doble en aras de lograr mayor seguridad jurídica: por los administradores y los socios; socio y junta general; administradores y el juez; o por cualquier interesado y el juez.

⁸¹ En este sentido, la doctrina ha entendido que no será necesario esperar a la elaboración de las Cuentas Anuales, sino que los administradores pudieron conocer tal causa de disolución en los balances mensuales o trimestrales que elabore la sociedad, **Osorio Iturmendi, L. / Vizcaíno Martín, M.**, “Concurrencia simultánea de causas de concurso y disolución en las sociedades de capital”, *Diario La Ley*, nº 8401, 2014; **García de Enterría, J. / Iglesias Prada, J. L.**, “La disolución y liquidación...” *op. cit.*; **Sánchez Graells, A.**, “Extinción...” *op. cit.*

⁸² **Bataller, J.**, “Artículo 362...” *op. cit.*

Surge así la responsabilidad del administrador por deudas sociales cuya naturaleza, al contrario que el régimen de responsabilidad de los administradores recogido en los arts. 236 y ss. LSC, de claro carácter indemnizatorio o resarcitorio, suscita dudas en la doctrina. Mientras que un sector venía considerando que la responsabilidad por deudas del art. 367 no consiste en un supuesto de responsabilidad por daños, sino de naturaleza sancionadora⁸³, otro sector plantea que no es ni sancionadora ni resarcitoria, hasta el punto de considerar que carece de un fundamento lógico-jurídico y, por ende, debe desaparecer⁸⁴. Recientemente se ha venido abriendo camino una posición que ha contado con el respaldo de la última jurisprudencia al respecto y que configura la responsabilidad del art. 367 LSC como una deuda ajena ex lege⁸⁵, o incluso asimilándolo a una fianza legal⁸⁶.

Con ello se pretendía obligar a la sociedad a optar por su disolución o adoptar medidas conducentes a su reequilibrio económico; sin embargo, su pobre redacción y coherencia con otras normas de nuestro ordenamiento ha dado lugar a varios conflictos de interpretación⁸⁷.

En este orden de las cosas, existe la posibilidad de que junta y administradores no tengan el mismo punto de vista respecto a la existencia de la causa de disolución lo que desembocaría en un conflicto de competencias que la ley no resuelve. Por un lado, se argumenta que la junta, como órgano soberano, debe tener preferencia en este momento donde todavía no es obligatorio instar el concurso, que traslada el enfoque en el interés social hacia el interés del concurso; por otro, el órgano de administración se erige como

⁸³ **García de Enterría, J. / Iglesias Prada, J. L.**, “*La disolución y liquidación...*” op. cit.; **Bataller, J.**, “*Artículo 367...*” op. cit.

⁸⁴ **Prades Cutillas D.**, *La responsabilidad...* op. cit. p. 315.

⁸⁵ **Osorio Iturmendi, L. / Vizcaíno Martín, M.**, “*Concurrencia simultánea...*” op. cit.; en este sentido la STS 225/2015, de 13 de abril (ECLI: ES:TS:2012:3071) niega la naturaleza estrictamente sancionadora de la responsabilidad por deudas del art. 367 LSC, sino que afirma que se trata de una «*responsabilidad por deuda ajena ex lege que no tiene naturaleza de “sanción” o “pena civil”*».

⁸⁶ **Alfaro Águila-Real, J.**, “*Administradores frente a accionistas y acreedores cuando acecha la insolvencia*”, Blog Almacén de Derecho, 2018 [Acceso 24 de abril de 2020]: <https://almacenederecho.org/administradores-frente-accionistas-acreedores/>, afirma que el art. 367 convierte a los administradores en fiadores *ope legis* de la sociedad considerando que si la sociedad se encuentra en causa de disolución porque las pérdidas han dejado el patrimonio neto por debajo de la mitad de la cifra de capital social, no deberá contraer nuevas pérdidas. Todo ello bajo la presunción legal de que, de haber conocido la situación, nadie habría dado crédito a la sociedad y, al hacerles responsables por las deudas contraídas en tal situación, forzar a los administradores a ponerle fin.

⁸⁷ **Prades Cutillas D.**, *La responsabilidad...* op. cit. p. 262.

un órgano al que se presupone mayor conocimiento técnico y del día a día de la sociedad y que, por ende, debería conocer mejor la situación real de la sociedad. Como hemos visto, la ley atribuye a la junta la competencia para acordar la disolución pero, al mismo tiempo, y dando una mayor credibilidad o confianza a los administradores, obliga a éstos últimos a seguir su propio criterio y, ante la negativa de la junta a reconocer la causa de disolución, instar la disolución judicial. Pero lo que la ley parece ignorar es la enjundia de la posición en la que coloca al administrador a la hora de obedecer o no a la junta en tal situación: en caso de no acudir al juez –en contra de la voluntad de la junta– responderá de las deudas sociales posteriores a la causa de disolución; en caso de que inste la disolución judicial y efectivamente el juez lo acuerde, no parecería haber más problema, pero en caso de que el juez rechace la disolución, el administrador podrá verse abocado a las exigencias de responsabilidad social por el daño causado a la sociedad⁸⁸.

Pero toda esta serie de alternativas se complica cuando además la sociedad puede o debe solicitar el concurso, o si el acuerdo de disolución es impugnado.

4.4. Concurrencia de la causa de disolución por pérdidas cualificadas y el estado de insolvencia

En el caso de que concurran las dos situaciones comentadas en los apartados anteriores, el órgano de administración se encontrará, de nuevo, en una encrucijada de la cual no parece que podrá salir completamente exonerado de responsabilidad. Se trata de una serie de «alternativas diabólicas», donde se deberá optar por reconducir la sociedad, su disolución o, si procediere, el concurso. Pero además, la responsabilidad de todo ello termina recayendo sobre el administrador, que se encuentra siempre «entre lo malo y lo peor»⁸⁹.

⁸⁸ Prades Cutillas D., *La responsabilidad... op. cit.* pp. 302-303; Por otra parte, en caso de que la causa de disolución sea estimada, no parece que los socios puedan ejercitar la acción social de responsabilidad alegando que el administrador podía haber optado por una decisión menos dañina para la sociedad y que removiese la causa de disolución, pero en tal caso el administrador podría escudarse en el ejercicio de un deber legal y en la contravención de la buena fe por la junta, ya que era ésta quien tuvo la oportunidad de adoptar un acuerdo que removiese la causa. Si parece posible, no obstante, el ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de la minoría que votó en contra de la disolución y a favor de un acuerdo que recondujese la situación económica de la sociedad.

⁸⁹ Prades Cutillas D., *La responsabilidad... op. cit.* p. 304.

Se trata de un problema difícil de solucionar sin decantarse por interpretaciones extremadamente rebuscadas y alejadas del tenor literal de la ley, por lo que se requiere un riguroso análisis del fundamento y espíritu de cada una de las normas en conflicto. Con todo, tampoco así parece posible alcanzar una solución perfecta que satisfaga todos los intereses en conflicto.

Como se ha venido diciendo, la doctrina es pacífica cuando nos encontramos ante una situación de insolvencia actual, pero ocurre todo lo contrario en cuanto a la insolvencia inminente, donde realmente radica la dificultad del conflicto planteado.

Así las cosas, partimos de la consideración de la causa de disolución obligatoria por pérdidas como un recurso de alerta de corte patrimonial⁹⁰, basado en el principio de correspondencia efectiva del capital social, que configura el capital social como indicador de la solvencia de la sociedad hacia el exterior, entendido como el límite de la asunción de riesgo por los socios y «*red de seguridad*» que garantiza a los acreedores el cobro de sus créditos en la medida en que el legislador procura que la cifra del capital cuente siempre con una cobertura patrimonial adecuada y, de este modo, los acreedores tengan un patrimonio frente al que dirigirse para cobrar sus deudas⁹¹. En cierto modo, puede afirmarse que vela por potenciales acreedores y la seguridad del tráfico, lo que se confirma en tanto que el art. 367 limita la responsabilidad a las deudas contraídas *después* de constatarse la situación de pérdidas cualificadas⁹².

Pero, por otro lado, también vela por los intereses de los socios, puesto que les brinda la oportunidad de reflexionar si, dada la situación económica de la sociedad, merece la pena

⁹⁰ Vázquez Cueto, J. C., “*El poder de decisión...*” *op. cit.*

⁹¹ Prades Cutillas, D., “*Modificación y extinción de las sociedades de capital*” en Prades Cutillas, D. / Veiga Copo, A. B. (coords.): *Fundamentos jurídicos de la actividad empresarial, 1ª ed.*, Civitas, Cizur Menor, 2014, p. 436; García de Enterría, J. / Iglesias Prada, J. L., “*Las sociedades de capital. Aspectos básicos*” en Menéndez / Rojo (dirs.): *Lecciones de Derecho Mercantil. Vol. I, 14ª ed.*, Civitas Cizur Menor, 2016, pp. 393-408; Megías López, J., “*Competencia orgánica...*” *op. cit.*

⁹² Vázquez Cueto, J. C., “*El poder de decisión...*” *op. cit.*, Se busca sancionar la impasibilidad de los administradores que no han instado la disolución de la sociedad que carece de una base patrimonial suficientemente sólida para atender nuevas deudas, con lo que se pone de manifiesto que realmente se está tratando de proteger a los nuevos acreedores.

o no continuar manteniendo sus inversiones en una iniciativa empresarial que, parece, no está generando los resultados esperados⁹³.

Por tanto, la causa de disolución obligatoria del art. 363.1 LSC tiene un doble objetivo: proteger a los futuros acreedores sociales y velar por el interés de los socios al invitarles a reflexionar si merece la pena o no continuar manteniendo sus inversiones en una iniciativa que está generando pérdidas. Pero este doble objetivo solo se da en tanto que resulte posible conciliar el interés de los socios con el de los acreedores. Consecuentemente, existe un punto de inflexión que termina inclinando la balanza hacia el lado de los acreedores. Este punto de inflexión es el estado de insolvencia actual, que desencadena el deber legal de solicitar el concurso.

A esto hace referencia el art. 367 cuando dice «o, si procediere, el concurso de la sociedad». Si hay que pedir el concurso, el pronunciamiento de los socios al respecto deja de ser necesario, de modo que la solicitud corresponderá excluyentemente al órgano de administración. Por ello, la doctrina ha concluido que en el momento en que procede el concurso, desaparece la responsabilidad del art. 367, lo que no anula la posibilidad de que el administrador incurra en responsabilidad contractual en caso de calificación culpable del concurso.

4.4.1. *Insolvencia actual*

Como se ha venido comentando, cuando la causa de disolución por pérdidas concurre con un estado de insolvencia actual, la respuesta es más directa, pues realmente y aunque el concurso se denomine «voluntario», existe un deber legal de solicitarlo, de forma que realmente no es estrictamente voluntario.

Además, la doctrina ha interpretado que cuando el art. 367 menciona «o, si procediere, el concurso» el legislador no está dando la opción de solicitar el concurso, liquidar la sociedad o reconducir la situación. Dicha expresión convierte la solicitud del concurso en

⁹³ **Vázquez Cueto, J. C.**, “*El poder de decisión...*” *op. cit.*; en sentido similar, y como se ha planteado *supra*, **Prades Cutillas** afirma que las causas de disolución obligatorias han provocado en la sociedad una situación de irregularidad sobrevenida, de modo que, a fin de proteger el tráfico, se da a los socios la oportunidad de decidir sobre la disolución de la misma, o la recuperación de la regularidad mediante la remoción de la causa.

una alternativa excluyente, pues si la insolvencia es actual, es demasiado tarde para tomar otra decisión e impera el art. 5 LCon. Como resultado, ni siquiera es preciso convocar la junta para decidir al respecto, pues cualquier acuerdo contrario a la solicitud del concurso sería ilícito y, como vimos en el apartado anterior, no sería vinculante para los administradores. En consecuencia, la solicitud del concurso es suficiente para evitar el nacimiento de la responsabilidad por deudas por no promover la disolución⁹⁴. Pero aun en el caso de que se convocase una junta y los socios tomaran una decisión al respecto, los administradores no estarían vinculados por el mismo al tratarse de un acuerdo contrario a las leyes, en conformidad con lo que hemos defendido en el punto anterior.

Por otro lado, se ha comentado que la doctrina ha considerado que la competencia para iniciar negociaciones de cara a llegar a un acuerdo preconcursal que pueda evitar la solicitud del concurso (art. 5 bis LCon) reside en el órgano de administración, pues es este órgano quien puede solicitar el concurso. Se plantea la duda acerca de si en el supuesto concreto que venimos discutiendo siguen teniendo dicha competencia.

En el caso de la insolvencia actual no parece que haya ningún problema en que, al igual que se ha inclinado la balanza hacia el interés de los acreedores y con ello a la aplicación de la Ley Concursal, sigan siendo competentes para ello los administradores⁹⁵.

4.4.2. *Insolvencia inminente*

En caso de insolvencia inminente, la solicitud del concurso no es un deber legal, sino que se erige como una facultad de los administradores. En tal caso, parece todavía posible conciliar el interés de acreedores y socios, de forma que podría ser útil la convocatoria de la junta para que los socios se replanteen disolver la sociedad, acordar la remoción de la causa o solicitar el concurso.

En este sentido, la discusión doctrinal gira en torno a dos cuestiones: a qué órgano social corresponde la competencia determinar la solución del problema y si, en caso de

⁹⁴ **Megías López, J.**, “*Competencia orgánica...*” *op. cit.*

⁹⁵ **Almoguera García, J.**, “*Las crisis empresariales...*” *op. cit.*, p. 32

corresponder a la junta, debe incluirse la alternativa del concurso de acreedores entre los puntos a discutir en el orden del día.

a. Competencia para determinar la solución del problema

La competencia para determinar la solución al conflicto normativo que venimos planteando tampoco está definida. El legislador no hace una referencia clara al respecto. Parte de la doctrina entiende que cuando el art. 365 habla de la celebración de la junta *si la sociedad fuera insolvente* está otorgando esta facultad a la junta, pues de lo contrario quedaría vacío de contenido⁹⁶. En la medida en que la Ley Concursal atribuye la competencia para decidir sobre la solicitud del concurso a los administradores, nos encontraremos ante un supuesto de concurrencia de competencias o, como hemos denominado *supra*, competencias compartidas⁹⁷.

En consonancia con la posición que hemos venido escudando acerca de la vinculación de los administradores a las instrucciones de la junta, el órgano de administración deberá ejecutar los acuerdos válidos de la junta⁹⁸, quedando entonces exonerados de responsabilidad social por no existir relación de causalidad. Sin embargo, es cierto que no estamos ahora ante un tipo de responsabilidad que requiera relación de causalidad –la responsabilidad por deudas del art. 367 LSC–, sino más bien de una responsabilidad cuasi objetiva⁹⁹, que no requiere esa relación de causalidad entre incumplimiento y daño, sino tan solo la imputación de la conducta prevista. Estas situaciones ponen de manifiesto una vez más las sinrazones del art. 367 LSC¹⁰⁰.

⁹⁶ Vázquez Cueto, J. C., “El poder de decisión...” *op. cit.*

⁹⁷ Megías López, J., “Competencia orgánica...” *op. cit.*

⁹⁸ En este sentido, Megías López, J., “Competencia orgánica...” *op. cit.*, parece posicionarse con la doctrina mayoritaria que vimos en el punto 3.3.1. Recordemos que la doctrina mayoritaria encabezada por JUSTE MENCIA consideraba que la labor de «filtro» del administrador debía considerar también si el acuerdo era lesivo para la sociedad. En nuestra opinión, y apoyándonos en la posición defendida por GANDÍA PÉREZ hemos reducido la labor de filtro a la validez del acuerdo, pues son los socios los que habrán ejercitado su discrecionalidad empresarial para adoptar el acuerdo.

⁹⁹ Bataller, J., “Artículo 367...” *op. cit.*; Osorio Iturmendi, L. / Vizcaino Martín, M., “Concurrencia simultánea...” *op. cit.*; Prades Cutillas D., *La responsabilidad...* *op. cit.* p. 250.

¹⁰⁰ *Vid.* Prades Cutillas D., *La responsabilidad...* *op. cit.* p. 312.

Pero por tratarse de un supuesto de competencias compartidas, el órgano de administración sigue siendo competente para adoptar una decisión si lo considera conveniente. En su caso, y atendiendo a las opciones que le brinda el legislador, podrá optar por instar el concurso, iniciar las negociaciones del art. 5 bis LCon, o convocar la junta para que sean los socios quienes decidan. No obstante, como veremos a continuación, la opción de descargar sobre la junta esta decisión, pese a contar, en principio, con mayor respaldo legal, presenta notables carencias.

En cuanto a los expedientes preconcursales del art. 5 bis LCon, se entiende que es competente para iniciarlos el mismo órgano que deba determinar la solución a este problema. En caso de optar por esta opción, VÁZQUEZ CUETO entiende que la responsabilidad de los administradores por deudas y la propia causa de disolución también quedarían excluidas –del mismo modo que dijimos que ocurriría en caso de solicitar el concurso–¹⁰¹. No podemos estar de acuerdo con esta afirmación, pues consideramos que los expedientes preconcursales, si bien son útiles para solucionar la cuestión de insolvencia, no repararían de inmediato la situación de pérdidas cualificadas. Al contrario, postergan la solución hasta que se ha alcanzado un acuerdo con los acreedores, lo que, en nuestra opinión, es contrario a la agilidad que requiere la LSC. En el hipotético caso de que se convoque una junta que decida al respecto, y que la junta acuerde *iniciar negociaciones* para alcanzar alguno de los acuerdos, se corre el riesgo de que la sociedad continúe en funcionamiento de manera irregular durante un largo periodo de tiempo. En consecuencia, consideramos que tal opción debe quedar reservada a los administradores, tal como ha expuesto al inicio de este punto.

b. Inclusión de la solicitud de concurso en el orden del día

Si entendemos que la competencia recae sobre la junta de socios, parece evidente que el orden del día deberá incluir un punto referido a esta cuestión. Se ha dicho anteriormente que, respecto al acuerdo de disolución, no sería necesario explicitar a qué causa

¹⁰¹ Vázquez Cueto, J. C., “*El poder de decisión...*” *op. cit.* Para acomodar el art. 5 bis LCon a nuestro conflicto normativo, lo considera como la cuarta vía de salida a este dilema, que deberá ser introducido en el orden del día, al igual con la posibilidad de solicitud del concurso. Independientemente de qué decisión tome la junta, parece que la administración quedaría libre de la responsabilidad del art. 367. Sin embargo, el propio autor reconoce que la LSC no vincula en ningún momento el art. 367 LSC con el 5 bis LCon, manifestando de nuevo la falta de coordinación entre la legislación societaria y la legislación concursal.

disolución concreta se enfrentaba la sociedad, siendo válida una referencia genérica a un acuerdo de disolución. Sin embargo, y pese a que es cierto que la mayor parte de concursos terminan con la liquidación (concurzal) de la sociedad, no podemos considerarlos equivalentes¹⁰².

En consecuencia, sería preciso incluir en el orden del día un punto relativo al concurso, pues de lo contrario, los acuerdos adoptados en ella podrían ser impugnados y anulados (art. 204.3 a) LSC)¹⁰³. Pero además, VÁZQUEZ CUETO entiende que si no se incluye este punto en el orden del día, no se estará cumpliendo con los deberes del 367.1 y los administradores incurrirían en la responsabilidad por deudas. En nuestra opinión, y como el propio VÁZQUEZ CUETO parece reconocer, esta interpretación estaría extendiendo el ámbito de aplicación del art. 367, lo cual debería ser inaceptable en un precepto del que parte de la doctrina predica su carácter sancionador y es, a todas luces, conflictivo. Esto solamente contribuiría a incrementar la inseguridad jurídica de los administradores y el riesgo de su profesión.

En lo que sí coincidimos con este autor es que, si consideramos que es competencia de la junta, la exclusión de esta posibilidad del orden del día supondría *mutilar su poder de actuación discrecional ante una coyuntura sumamente delicada*¹⁰⁴, por lo que entendemos que inclina el peso de la interpretación final a la cuestión del reparto de competencias.

Consideramos que la inclusión en el orden del día de información tan delicada sobre la situación económica que atraviesa la sociedad podría tener consecuencias nefastas sobre la misma, pues de filtrarse tal información, podría cambiar drásticamente la

¹⁰² Fuente: ElDerecho. “*Las empresas entran tarde en concurso, lo que impide su viabilidad y termina en liquidación*”, 2019 [Acceso 22 de abril de 2020 en: <https://elderecho.com/las-empresas-entran-tarde-concurso-lo-impide-viabilidad-terminan-liquidacion>].

¹⁰³ STS 95/2006, de 13 de febrero (ECLI: ES:TS:2006:834): el Alto Tribunal afirma que el legislador exige que la convocatoria de la junta cumpla una serie de formalidades para facilitar información al socio y servir de medio de defensa de su derecho a asistir a las juntas generales, votar de modo consciente y reflexivo en ellas, solicitar asesoramiento e información para valorar la trascendencia de los temas. Igualmente, la función del orden del día consiste en conseguir que la emisión del voto venga precedida de la necesaria reflexión y de la buena fe de los socios que decidieron no asistir no se vea sorprendida por la inclusión de cuestiones no anunciadas. Por este motivo, consideramos que no sería válida una junta donde los administradores informasen a los socios, en ese mismo instante, que, de no acordar la disolución o remoción de la causa, ellos mismos solicitarían el concurso voluntario.

¹⁰⁴ Vázquez Cueto, J. C., “*El poder de decisión...*” *op. cit.*

predisposición de los acreedores de negociar acuerdos de refinanciación y el éxito del posible acuerdo de la junta de remover la causa. Todo ello, afectando drásticamente al devenir de la sociedad¹⁰⁵.

Igualmente, nos encontramos ante un dilema que requiere adoptar una solución con prontitud y agilidad puesto que, por un lado, nos encontramos ante una situación de insolvencia inminente tal que, de no atajarse a tiempo, seguramente resulte en insolvencia actual, obligando al órgano de administración a solicitar el concurso en el plazo previsto; por otro, también cuenta con dos meses para la convocatoria de la junta desde que conociere la existencia de la causa de disolución; por último, se establece el plazo de dos meses para, en caso de que el acuerdo de disolución o de remoción de la causa no prosperen, instar la disolución judicial, o solicitar el concurso, en su caso. En consecuencia, el procedimiento puede prolongarse durante demasiado tiempo¹⁰⁶.

A pesar de que, mediante la comunicación de las negociaciones de los acuerdos a que hacer referencia el art. 5 bis LCon permiten posponer la solicitud de concurso hasta seis meses, consideramos que, para lograr una solución que maximice el interés social, la agilidad y eficiencia con que puede actuar el órgano de administración hacen del mismo el órgano más adecuado para decidir acerca de este cometido.

Así las cosas, entendemos que si bien existe la posibilidad de que la junta haga suya la competencia de esta decisión, bien por iniciativa propia, bien por elevación del órgano de administración, en el supuesto en el que nos encontramos hacen más propicio que sea el propio órgano de administración quien tome la decisión que, a su juicio, maximice el interés social.

¹⁰⁵ El propio **Vázquez Cueto, J. C.**, “*El poder de decisión...*” *op. cit.* reconoce este riesgo pero – erróneamente a nuestro parecer– trata de relativizar y quitarle importancia entendiendo que nunca es posible lograr una completa discreción de estos asuntos. Entendemos que esto es evidente mientras la descoordinación del legislador no haga otra cosa que poner trabas en esta clase de conflictos normativos. En una situación normal, no tendría por qué ser imposible guardar la confidencialidad.

¹⁰⁶ **Bataller, J.**, “*Artículo 367...*” *op. cit.*

4.5.Opinión personal

Los administradores se erigen como garantes de la legalidad y del interés social –interés social que, como hemos defendido, parece actualmente más inclinado hacia una concepción institucionalista, o neocontractualista, abarcando otros intereses aparte del común de los socios–, por lo que deben actuar acorde con el mismo.

Por ello, entendemos que quedarán exonerados de toda responsabilidad con respecto a la sociedad y los socios si, ante la concurrencia de la causa de disolución por pérdidas y un estado de insolvencia inminente, los administradores, tras realizar un juicio de valor de acuerdo con el estándar de discrecionalidad empresarial del art. 226 LSC, se decantan por cualquiera de las decisiones que se encuentran a su alcance: someter la decisión a la junta, que podrá decidir sobre la disolución, reconducción, concurso o expedientes concursales; o bien optar por el concurso o expedientes concursales.

En caso de que decidan solicitar el concurso o iniciar las negociaciones para alcanzar los acuerdos que prevé el art. 5 bis LCon, quedarán exonerados tanto del art. 367, como de la acción social de responsabilidad y, si bien es cierto que algún socio o afectado podría ejercitar la acción individual, consideramos que tendrá escasas opciones de prosperar, pues el administrador habrá actuado correctamente.

Por tanto, consideramos que la decisión final recaerá sobre los administradores, que deberán valorar qué es lo más beneficioso para el interés social: (i) renunciar a la confidencialidad de la situación económica de la sociedad y a la agilidad de la respuesta, sometiendo la decisión a la junta; o (ii) adoptar por sí mismos la decisión de solicitar el concurso o las negociaciones para alcanzar los acuerdos previstos en el art. 5 bis LCon.

Con todo, considerar que realmente es competencia de la junta –como hemos dicho que defiende parte de la doctrina–, entendemos que solo sería posible si (i) se modificase, o eliminase, el precepto del art. 367 LSC; o (ii) al igual que existen ciertos acuerdos que no precisan recogerse en el orden del día de la junta, como el que acuerde el ejercicio de la acción social de responsabilidad, tampoco tuviese que figurar en el mismo el acuerdo que decidiese sobre la solicitud del concurso o el inicio de los expedientes concursales. Esta opción exigiría realizar una rigurosa ponderación del derecho de información de los

socios frente al interés social (encarnado en este momento en la confidencialidad de tal información) que, no obstante, excede el propósito de este trabajo.

5. CONCLUSIONES

Planteábamos al inicio del trabajo el conflicto al que se pueden enfrentar los administradores de las sociedades de capital a la hora de ejecutar los acuerdos adoptados por la junta general de socios. En particular, cuando este acuerdo tenía lugar en uno de los momentos más críticos de la vida de una sociedad, donde debido a la concurrencia de la causa de disolución obligatoria por pérdidas con un estado de insolvencia inminente, el órgano de administración se ve obligado a tomar una decisión entre lo malo y lo peor, siendo el principal perjudicado por la descoordinación del legislador.

Para plantear una respuesta a este conflicto, se comenzó analizando el concepto que rige y orienta la actividad de los administradores: el interés social. Un concepto jurídico indeterminado que, pese haber sido objeto de numerosas interpretaciones, sigue siendo algo confuso. En este sentido, se ha identificado un probable cambio de orientación del criterio que venía manejando el legislador a raíz de las diferentes modificaciones introducidas por la reforma de la LSC de 2014 para la mejora del gobierno corporativo. En consecuencia, hemos visto cómo el legislador parece abandonar la teoría contractualista, a la que se había adherido la jurisprudencia, para ir adquiriendo rasgos de la teoría institucionalista y así dar lugar a una teoría mixta o ecléctica. Este cambio ha venido manifestado por la tendencia de conciliar los intereses de los socios con los de otros interesados, como proveedores, trabajadores, clientes, etc.

Una vez conseguimos aclarar cómo debía orientarse la actuación del administrador, analizábamos qué solución se debía adoptar en caso de que el administrador recibiera instrucciones de la junta sobre competencias compartidas entre ambos órganos y con las que el primero no estuviese de acuerdo, así como su efecto en la responsabilidad de los accionistas. Para ello nos apoyamos en una revisión a la doctrina mayoritaria defendida y, tras analizar rigurosamente los preceptos legales en conflicto, concluimos que en tales casos, el administrador deberá realizar un juicio de validez del acuerdo, pues la junta general, como órgano soberano de la sociedad habrá hecho suyas las competencias. En

caso de que el acuerdo sea válido, los administradores estarán obligados a ejecutarlo y no surgirá responsabilidad alguna por no existir causalidad. Pero por ese mismo motivo, entendemos que el legislador se inclinaba de nuevo hacia la teoría institucionalista, entendiendo que los socios no son dueños o soberanos del interés social, en tanto que el deber de los administradores de obediencia a la junta no es absoluto, sino que, en caso de que el acuerdo no sea válido, se verán obligados a impugnarlo. Además, concluíamos que el hecho de someter un acuerdo de la junta a un escrutinio de tales características suponía una forma de limitar la injerencia de la junta en los asuntos de gestión a los casos en que ello sea estrictamente necesario.

Como cierre del trabajo, analizamos un conflicto normativo en particular, donde la pasividad del legislador llama la atención frente a su relevancia práctica: la concurrencia de la causa de disolución por pérdidas con el estado de insolvencia inminente, su efecto sobre la responsabilidad de los administradores por deudas y cómo un sector de la doctrina lo ha venido planteando como un conflicto de competencias orgánicas. Sin embargo, enlazándolo con la posición sobre el interés social a la que nos hemos adherido y con la vinculación de los administradores a las instrucciones de la junta, nos desmarcábamos de ese sector doctrinal para concluir que, actuando conforme a los deberes de diligencia y lealtad, y siempre velando por el interés social, no habría problema en que el administrador tomara la decisión que estime conveniente.

De este modo, nos hacemos eco de ciertos cabos sueltos o puntos conflictivos de nuestro Derecho mercantil que afectan negativamente a la seguridad jurídica de los administradores de las sociedades de capital, cuya actividad en el ordenamiento jurídico español, entraña un alto riesgo.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas, (BOE de 18 de julio de 1951).

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, (BOE de 27 de diciembre de 1989).

Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, (BOE de 24 de marzo de 1995).

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, (BOE de 10 de julio de 2003).

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, (BOE de 3 de julio de 2010).

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 11 de octubre de 2011).

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE de 4 de diciembre de 2014).

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 19 de febrero de 1991 (ECLI: ES:TS:1991:13053).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 472/2010, de 20 de julio (ECLI: ES:TS:2010:4621).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 225/2015, de 13 de abril (ECLI: ES:TS:2012:3071).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 95/2006, de 13 de febrero (ECLI: ES:TS:2006:834).

Auto de la Audiencia Provincial de Gerona, núm. 122/2009, de 30 de abril (ECLI: ES:APGI:2009:609A).

Obras doctrinales

Libros

Gandía Pérez, E., *La renuncia a la acción social de responsabilidad*, Civitas, Madrid, 2017.

García Martínez, L. M., *Nuevas formas del ejercicio del voto: la ruptura del binomio riesgo-poder en sociedades cotizadas*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2019.

Mateu de Ros Cerezo, R., *Práctica de gobierno corporativo: la reforma de la ley de sociedades de capital y del código de buen gobierno*, 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

Prades Cutillas, D., *La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital en la jurisprudencia del TS*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Sánchez Calero, F. / Sánchez-Calero Guilarte, J., *Instituciones de Derecho Mercantil. Vol. I*, 37ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2015.

Capítulos de Libros

Almoguera García, J., “*Las crisis empresariales y la solicitud y la declaración del concurso*” en **Sebastián Quetglas, R.**, (coord.): *Fundamentos de Derecho Empresarial. Derecho concursal. Tomo IV*. 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 15-42.

Bataller, J., “*Artículo 362. Disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria*” en **Rojo-Beltrán** (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Vol. 2, Tomo II*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 2543-2547.

Clarissa Sieger, T., “*La división interna del consejo de administración en comisiones y la exigencia de responsabilidad a los administradores. La evaluación anual del funcionamiento del consejo de administración y el de sus comisiones*” en **Martínez Echevarría** (Dir.): *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2015.

Cuenca Miranda, S., “*Las competencias del consejo de administración. Las facultades indelegables del consejo. La política de control y gestión de riesgos en las sociedades cotizadas*” en **Martínez-Echevarría, A.**, (Dir.) *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2014.

Esteban Velasco, G., “*Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión*” en **Rojo-Beltrán** (dirs.): *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Civitas, Madrid, 2011, I, pp. 1209-1217.

Ferrando Villalba, Mª de L., en “*El ejercicio de competencias gestoras por la junta general de socios en la sociedad de responsabilidad limitada*” en **Abriani, N. / Embid**

Irujo, J. M^a.: *La società a responsabilità limitata in Italia e in Spagna. Due ordinamenti a confronto*, Giuffrè, Milán, 2008, pp. 519-571.

García de Enterría, J. / Iglesias Prada, J. L., “La disolución y liquidación de las sociedades de capital” en **Menéndez / Rojo** (dirs.): *Lecciones de Derecho Mercantil. Vol. I, 14^a ed.*, Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 581-598.

García de Enterría, J. / Iglesias Prada, J. L., “Las sociedades de capital. Aspectos básicos” en **Menéndez / Rojo** (dirs.): *Lecciones de Derecho Mercantil. Vol. I, 14^a ed.*, Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 393-408.

García de Enterría, J. / Iglesias Prada, J. L., “Los órganos sociales de las sociedades de capital (II). Los administradores” en **Menéndez / Rojo** (dirs.): *Lecciones de Derecho Mercantil. Vol. I. 14^a ed.*, Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 489-511.

García-Renedo, C. “Las nuevas competencias de la junta general y la intervención de ésta en asuntos de gestión” en **García de Enterría, J.**, (Dir.): *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo, 1^a ed.*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

Jiménez Sánchez, G. J. / Ibáñez Jiménez, J. W., “Las competencias de la junta general” en **Ibáñez Jiménez, J. W.** (Dir.): *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma de buen gobierno de las sociedades. Examen del informe de la comisión de expertos y del proyecto de reforma de la Ley de Sociedades de Capital. 1^a ed.*, Thomson Reuters, Pamplona, 2014, pp. 151-164.

Juste Mencía, J., “Algunas reflexiones sobre las instrucciones de la Junta en materia de gestión y responsabilidad de los administradores” en **Juste Mencía / Espín Gutiérrez** (coords.): *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum, Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco, Vol. 1, 1^a Ed.*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 395-416.

Juste Mencía, J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad” en **Juste Mencía** (coord.): *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]. 1^a ed.*, Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 443-462.

Prades Cutillas, D., “Modificación y extinción de las sociedades de capital” en **Prades Cutillas, D.**, / **Veiga Copo, A. B.** (coords.): *Fundamentos jurídicos de la actividad empresarial, 1^a ed.*, Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 429-490.

Recarde Castells, A., en “Artículo 161. Intervención de la junta en asuntos de gestión” en **Juste Mencía** (coord.): *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]. 1^a ed.*, Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 51-63.

Rodríguez Martínez, I., “Las distintas clases de consejeros. La duración del cargo de administrador” en **Martínez Echevarría** (Dir.): *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores, 1^a ed.*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

Rojo, A. “Artículo 206. Legitimación para impugnar” en **Rojo-Beltrán** (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Civitas, Madrid, 2011, I, pp. 1453-1464.

Rojo, Á., “Legitimación” en **Rojo-Beltrán** (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, 1ª ed., Civitas, Pamplona, 2006, pp. 194-224.

Sánchez Graells, A., “Extinción de las Sociedades de Capital” en **Ibáñez Jiménez, J. W.** (coord.): *Fundamentos de Derecho Empresarial, Tomo II, Derecho de Sociedades*, 3ª ed., Civitas, Pamplona, 2015, pp. 367-393.

Sanz Bayón, P., “El concepto de interés social en el Derecho societario español: las teorías contractualistas e institucionalistas a debate”, en **Lázaro González, I. E.** y **Serrano Molina, A.** (dirs.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Don José María Castán Vázquez*, Reus, Madrid, 2019, pp. 491-511.

Sebastián Quetglas, R., “Órganos de las sociedades de capital: La Junta General” en **Ibáñez Jiménez, J.W.**, (coord.): *Fundamentos de Derecho Empresarial, Tomo II, Derecho de Sociedades* 3ª ed., Civitas, Pamplona, 2015, pp. 155-178.

Severino, D., “Nombramiento y clases de consejeros en las sociedades cotizadas” en **García de Enterría, J.**, (dir.): *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo*, 1ª ed, Aranzadi, Pamplona, 2015.

Vázquez Cueto, J. C., “El poder de decisión en las sociedades en situación de insolvencia y de déficit patrimonial la incidencia de los expedientes preconcursales” en **Díaz Moreno / León Sanz / Vázquez Cueto** (dirs.): *Sociedades y concurso. Estudio de derecho societario en crisis*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 53-103.

Artículos de revistas

Alonso Ureba, A., “Las comisiones especializadas de supervisión y control en el modelo del consejo de administración de las cotizadas”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 55, 2019.

Baena Baena, P. J., en “El nuevo régimen jurídico español de la legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos de las sociedades de capital” en *Revista de Derecho*, nº 20, 2016, pp. 125-160.

Garnacho Cabanillas, L., “Deber de lealtad del socio en una sociedad de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 52, 2018.

Gallego Córcoles, A., “La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de la mayoría”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 308, 2018.

Megías López, J., “Competencia de la junta general de sociedades de capital en materia de gestión: relaciones internas y externas”, *Diario La Ley* nº 8608, 2015, pp. 1-13.

Megías López, J., “Competencia orgánica y crisis económicas de sociedades de capital. Disolución, concurso y concurso”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, nº 22, 2015, pp. 443-456.

Osorio Iturmendi, L. / Vizcaíno Martín, M., “Concurrencia simultánea de causas de concurso y disolución en las sociedades de capital”, Diario La Ley, nº 8401, 2014.

Paz-Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, InDret: Revista para el Análisis del Derecho, nº 4, 2003.

Sánchez-Guilarte, J., “Interés social, “Tercera vía” y RSC: últimos avances”, en **Ibáñez Jiménez, J. W.**, / **Martín de Vidales, M.** (dirs.): Cuadernos de la Cátedra Garrigues, vol. 6, 2016, pp. 11-29.

Sánchez Calero Guilarte, J., “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, Revista de Derecho Mercantil, nº 246, 2002, pp. 1653-1725.

Recursos de internet

Alfaro Águila-Real, J., “Administradores frente a accionistas y acreedores cuando acecha la insolvencia”, Blog Almacén de Derecho, 2018 [Acceso 24 de abril de 2020: <https://almacendederecho.org/administradores-frente-accionistas-acreedores/>].

Alfaro Águila-Real, J., “Los desprecios al Código Civil”, Blog Derecho Mercantil España, 2012 [Acceso 13 de abril de 2020 en: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2012/05/los-desprecios-al-codigo-civil.html>].

Correig Ferré, G. / Adlaoui, G.S., “La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital ante la injerencia de la junta general en la gestión social”, Economist & Jurist, 2018 [Acceso 7 de abril de 2020 en: <https://bit.ly/2xIBC6B>].

Marín de la Bárcena, F., “La Directiva 2019/1023 (VI): deberes de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente”, Gómez-Acebo & Pombo, 2019 [Acceso 26 de abril de 2020 en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/08/La-Directiva-20191023-VI_deberes-de-los-administradores-sociales_v2.pdf].

Marín de la Bárcena, F., “La facultad de impartir instrucciones o exigir autorización sobre asuntos determinados de gestión” en AA.VV.: Las reformas del régimen de la LSC, Gómez-Acebo & Pombo, 2014 [Acceso 26 de abril de 2020 en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/la-ley-de-reforma-de-la-lsc-la-facultad-de-impartir-instrucciones-o-exigir-autorizacion-sobre-asuntos-determinados-de-gestion.pdf>].

ElDerecho. “Las empresas entran tarde en concurso, lo que impide su viabilidad y terminan en liquidación”, 2019 [Acceso 22 de abril de 2020 en: <https://elderecho.com/las-empresas-entran-tarde-concurso-lo-impide-viabilidad-terminan-liquidacion>].

Informes y otros documentos

Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, Comisión Nacional del Mercado de Valores, 2015, [Acceso 26 de abril de 2020 en:

https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/codigo_buen_gobierno.pdf].

Estudio sobre Propuestas de Modificaciones Normativas de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo (creada por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013, publicado por orden ECC/895/2013, de 21 de mayo). [Acceso 26 de abril de 2020 en:

https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pdf]