



FACULTAD DE DERECHO

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LAS DEUDAS SOCIALES

Pérdida del capital social y obligación de disolver

Autor: Javier Ausín Ajuria

5º E-3 GRUPO A

Derecho de Sociedades

Tutor: Daniel Prades Cutillas

Resumen: En el presente trabajo se estudia la responsabilidad de los administradores cuando concurre causa de disolución por pérdidas. En tales situaciones de desequilibrio patrimonial el legislador impone una serie de deberes a los administradores. En este trabajo se analizará el deber de promover los actos encaminados a la disolución de la sociedad cuando concurren pérdidas que han dejado reducido el patrimonio neto a una cifra inferior a la mitad del capital social. La conculcación de tal deber conllevará la asunción por parte de los administradores de la responsabilidad *ex* artículo 367 LSC. Tras analizar el presupuesto objetivo y subjetivo de dicha responsabilidad se realizará un estudio detallado de la naturaleza de la misma concluyendo con un estudio analítico sobre las consecuencias económicas de la norma del artículo 367 LSC.

Palabras clave: Responsabilidad, disolución, liquidación, extinción, diligencia debida, sanción, indemnización, pena civil, relación de causalidad, daño.

Abstract: In the present paper we are studying the liability regime to which directors are subjected in presence of a dissolution cause due to losses. In such situations of asset imbalance a series of duties are imposed to directors. In this paper we are analysing the obligation to promote the acts aimed to the dissolution of the enterprise when the losses have reduced the net worth below half of the equity. The failure to comply with this obligation derives in the assumption of the liability of article 367 LSC by directors. After reviewing the circumstances required by article 367 we will study the legal nature of the aforementioned liability. The paper concludes with an analytic analysis of the economic implications of the article 367 LSC

Key words: Liability, dissolution, liquidation, extinction, due diligence, penalty, compensation, civil penalty, causal link, damage

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	5
1-INTRODUCCIÓN.....	6
2-EL PRESUPUESTO OBJETIVO: LA CONCURRENCIA DE CAUSA DE DISOLUCIÓN SOCIAL	12
2.1-DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y EXTINCIÓN SOCIAL.....	13
2.2-EL ACAECIMIENTO DE LA CAUSA DE DISOLUCIÓN.....	15
2.3-EL SISTEMA DE DOBLE CONSTATACIÓN.....	18
3-LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL COMO PARADIGMA DE LAS CAUSAS DE DISOLUCION SOCIAL: ESTUDIO COMPARADO	23
3.1-CONSIDERACIONES GENERALES.....	24
3.2-MODELO GÉRMANICO	24
3.3-EL MODELO FRANCÉS	27
4-LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ORIGEN Y EVOLUCIÓN.....	30
5-EL TRATO UNIFICADO DEL ARTÍCULO 367 LSC.....	36
6-NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD.....	41
6.1-LOS INTERES PROTEGIDOS POR LA NORMA	42
6.2-NATURALEZA SANCIONADORA	43
6.3-NATURALEZA RESARCITORIA.....	49
6.4-INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA.....	53
6.5-LA SOLIDARIDAD PLENA DEL ARTÍCULO 360.1.B LSC.....	55
6.6-LA NECESARIA INTERPRETACIÓN LÓGICO-HISTÓRICA DEL ARTÍCULO 367 LSC.....	58
7-CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA NORMA	64
8-CONCLUSIÓN.....	69
9-BIBLIGOGRAFÍA	72
10-ANEXO I.....	80

LISTADO DE ABREVIATURAS

Aktiengesetz	Aktg
Artículo	Art.
Artículos	Arts.
Audiencia Provincial	AP
Bürgerliches Gesetzbuch	BGB
Código Civil	CC
Código de Comercio	Cc
Constitución Española	CE
Etcétera	Etc.
Ley de Sociedades Anónimas	LSA
Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada	LRSL
Número	n.
Página	pág.
Páginas	págs.
Párrafo	p.
Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital	LSC
Siguientes	Ss.
Tribunal Constitucional	TC
Tribunal Supremo	TS
Véase	Vid.

1-INTRODUCCIÓN

Ubi societas, ibi ius; donde hay sociedad, hay Derecho. Pocos aforismos latinos han desencadenado en tan prolija literatura como el que acabamos exponer. Es mayoritaria la corriente que defiende la tendencia humana natural a la asociación, a la vida en sociedad. Esta asociación de la que hablamos debe sustentarse en el respeto mutuo y en el respeto a la ley; ley que debe recoger los ideales de justicia, iusfilosóficamente hablando.

De la asociación o de la vida en sociedad, sociedad entendida como agrupación libre de individuos, deriva la necesidad de ordenación reglada de la convivencia. Entre las primigenias reglas orientadas a tal ordenación destacan, por constituir la base a partir de la cual se construyen las demás, las que regulan las consecuencias de las acciones, es decir, las que regulan la responsabilidad por los hechos propios. Las reglas a las que nos referimos vienen a recoger el principio de *alterum non laedere*, es decir, no dañar a otro. La conculcación de tal principio obliga a una reacción social, que se plasma, cuanto menos, en la asunción de la responsabilidad del causante por la lesión causada y la obligación de repararla.

El concepto de responsabilidad ha sido debatido históricamente entre los teóricos del Derecho y en no pocas ocasiones ha sido bautizado como un concepto ecléctico. Es ilustrativa la exposición que realiza Hart¹ para poner de manifiesto la amplitud del concepto de responsabilidad.

En este trabajo se tratará de analizar la responsabilidad de un sujeto concreto: el administrador societario. Se tratará de estudiar la responsabilidad del administrador desde la perspectiva cuatridimensional hartiana: el administrador asume una serie de obligaciones para con la sociedad al aceptar el cargo (responsabilidad como *rol*) de manera que su actuación consciente (responsabilidad como *capacidad*) devendrá en una

¹ Hart considera que existen cuatro posibles sentidos que pueden atribuirse al término responsabilidad: responsabilidad como *rol*, responsabilidad como *relación causal*, responsabilidad como *capacidad* y responsabilidad como *sancionabilidad* (HART, H. L. A.: "Punishment and Responsibility: Essay in the Philosophy of Law, Clarendon Press", Oxford, 1968. Segunda impresión, revisada, 1970. Traducción realizada por Níno, Carlos S.: "Introducción al análisis del Derecho", 4.a edición, Ariel, Barcelona, 1991.)

serie de consecuencias para la sociedad (responsabilidad como *relación causal*) que tendrá que asumir en el supuesto de que su proceder haya sido contrario a las obligaciones que se comprometió a desempeñar (responsabilidad como *sancionabilidad*).

La responsabilidad de los administradores sociales está íntimamente ligada a la necesidad de dotar protección a los sujetos que se van a ver afectados por la conducta de aquellos. Cándido Paz Ares² considera que todo sistema de gobierno corporativo debe tender a la alineación de intereses entre los *insiders* (el equipo directivo y los accionistas de control) y los *outsiders* (los accionistas minoritarios y acreedores). En aras a la consecución de tal loable finalidad es menester obligatorio la articulación de mecanismos efectivos orientados a evitar los problemas de agencia.

Entre ellos, reluce por su trascendencia la construcción de un sistema definitivo de los deberes fiduciarios de los administradores y del régimen de responsabilidad aplicable ante el incumplimiento de los mismos.

El régimen de responsabilidad de los administradores ha sufrido a lo largo del último medio siglo un progresivo endurecimiento, principalmente motivado por la especial preocupación legislativa y doctrinal de dotar al derecho de sociedades de un sistema de responsabilidad específico con expresa tipificación de los deberes fiduciarios y de las consecuencias que deben derivar de la conculcación de los mismos.

Son ilustradoras las palabras de Antonio GARRIGUES WALKER³ en relación con la evolución del tratamiento legislativo de la materia en cuestión:

Ser consejero de una empresa española de alguna significación e importancia tenía hasta hace pocos meses todas las ventajas y ningún inconveniente, todas las oportunidades y ningún riesgo. Era, por lo general, un cargo digno, fácil, rentable y seguro (en algunos casos hasta vitalicio) que incluso podía ser objeto de traspaso o herencia a familiares y amigos sin la menor traba o dificultad. En la actualidad ser

² Paz-Ares, C.: “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, 2010.

³ Garrigues, A.: “Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capita”. McGraw Hill, Madrid, 1996, pág. 6.

consejero o alto directivo se ha convertido potencialmente en una de las operaciones más arriesgadas y peligrosas que puede desarrollar un ser humano, incluyendo entre otras ocupaciones el boxeo, la escalada invernal, el funambulismo sin red o la conducción de vehículos en épocas de puentes y vacaciones.

Con anterioridad a la LSA 1951 se remitía al derecho común para la regulación del régimen de responsabilidad de los administradores sociales. El artículo 156⁴ del Cc de 1885 diseñó un sistema de responsabilidad con identidad sustancial al de los mandatarios⁵.

La Ley de Sociedades Anónimas (LSA, en adelante) de 1951 abandonó la postura contractualista para considerar a los administradores como:

Titulares de una posición jurídica de órgano que están obligados a desempeñar una serie de funciones y competencias parcialmente determinadas por la Ley y sometidos a un régimen de responsabilidad que la doctrina calificó como ordinaria o común con especialidades⁶.

Sin embargo, la reforma no varió en modo alguno el régimen extremadamente benigno con la figura del administrador.⁷

En 1989 se produjo una reforma de calado en la materia. Hasta entonces la responsabilidad de los administradores únicamente se predicaba en el supuesto que hubiesen obrado con malicia, abuso de facultades o negligencia grave. En legislador español decidió entonces ampliar el ámbito objetivo de la responsabilidad a conductas

⁴ Artículo 156 Cco. 1885: “*Los Administradores de las Compañías Anónimas son sus mandatarios, y, mientras observen las reglas del mandato, no estarán sujetos a responsabilidad personal ni solidaria por las operaciones sociales; y si, por la infracción de las Leyes y Estatutos de la Compañía, o por la contravención a los acuerdos legítimos de sus Juntas Generales, irrogaren perjuicio y fueren varios los responsables, cada uno de ellos responderá a prorrata*”

⁵ A pesar de la expresa remisión a las reglas del mandato la doctrina puso de manifiesto que la referencia realizada por el artículo 156 del Cco a la *infracción de las Leyes y Estatutos de la Compañía* como elemento objetivo de la responsabilidad pone de manifiesto que “se gestaba ya el tránsito desde una configuración contractualista a otra de carácter orgánico respecto de la posición jurídica de los administradores” (Alonso Ureba, A.: “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima” RDM, 1990, pp. 640-642.)

⁶ De la Barcena, F.: “La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital”, Marcial Pons, Barcelona, 2005.

⁷ Bercovitz Rodríguez-Cano, A.: “Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades de capital”, en AAVV, La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, Galán Corona, E. y García-Cruces González, J.A. (coords.), Madrid, Tecnos, 1999, p.15.

contrarias a la diligencia⁸ con la que los administradores deben desempeñar el cargo⁹. También se introdujo el artículo 262.5 LSA que vino a sustanciar la responsabilidad de los administradores ante el incumplimiento de la obligación de disolver cuando concurra causa que obligue a la misma.

La reforma de 2003 siguió con la tónica de sus homólogas anteriores profundizando en el ámbito subjetivo y objetivo de la responsabilidad¹⁰. Destacamos de esta reforma la introducción en nuestro ordenamiento de una cláusula de origen anglosajón en cuya virtud se proclama el deber de los administradores de actuar con fidelidad al *interés social*¹¹.

La última reforma tuvo lugar en 2003 con la unificación de la normativa concursal pero sin cambios sustanciales en lo que al régimen de responsabilidad de los administradores atañe.

Así las cosas, conviven en nuestro ordenamiento jurídico tres regímenes de responsabilidad de los administradores¹²: la responsabilidad general ordinaria de indubitado carácter resarcitorio¹³, la responsabilidad extraordinaria por incumplimiento

⁸ De la nueva extensión del precepto dio buena cuenta la doctrina. Así Gómez Gonzalvo, J.F. “Derivación de Responsabilidad a los Administradores de Sociedades Mercantiles”, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Alicante, núm. 16, julio 1994, pg. 9, “basta para hacer responsables a los administradores con su actitud, mejor a nuestro juicio actuación, poco diligente o por una gestión ineficaz” o Garrigues, J. en el artículo “¿Quién va a pagar los platos rotos?”, *ABC Diario de Economía*, 5 de diciembre de 1994, pg. 48, señala que “la nueva Ley de Sociedades Anónimas impone el principio fundamental procedente del Derecho Romano del “*naeminen laedere*” con una gran severidad”. También la jurisprudencia se pronunció al respecto. Así por ejemplo la Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 1 de octubre de 1993 señala que el nuevo régimen de responsabilidad implica “un plus cualitativo respecto a la anterior legislación al extender los supuestos de responsabilidad a la actuación contraria a la Ley o a los Estatutos sin la debida diligencia, suprimiendo el carácter grave de la conducta culposa exigida por el artículo 79 de la Ley de 1951”.

⁹ Sánchez Calero, F.: “Administradores”, en AAVV, Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Sánchez Calero, F. (dir.), t. IV, Madrid, Edersa, 1994, pp. 326-327.

¹⁰ Para una exposición detallada de la reforma nos remitimos a De la Barceña, F.: “La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital”, Marcial Pons, Barcelona, 2005.

¹¹ Dicha cláusula se introdujo a semejanza del artículo 309 de la *Companies Act* inglesa de 1985.

¹² No son pocos los que han manifestado la imposibilidad de dotar de un tratamiento unitario a los distintos supuestos de responsabilidad que ha previsto el legislador. Destacamos a CÁNDIDO PAZ ARES “*Aun en riesgo de incurrir en simplificaciones excesivas, me atrevo a decir que buena parte de los males, sino todos, traen causa de la voluntad de tratamiento unitario de la responsabilidad de los administradores que ha presidido la elaboración y la interpretación de la normativa correspondiente en nuestra tradición jurídica. Mi conjetura, en efecto, es que aquella voluntad de unidad u homogeneidad es la culpable de todos los excesos como de los defectos de que adolece la legislación en vigor*” (Paz-Ares, C.: “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, 2010.)

de la obligación de promover la disolución y de naturaleza discutida y la responsabilidad concursal.

El presente trabajo tiene por objeto el estudio y reflexión acerca del segundo régimen de responsabilidad de los señalados: la responsabilidad por las deudas sociales regulada por el artículo 367.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC, en adelante).

A lo largo de las siguientes líneas se tratará de exponer de manera estructurada los principales aspectos a considerar en aras a poder realizar un estudio congruente de la responsabilidad señalada. Comenzará el trabajo con un análisis del presupuesto objetivo del artículo 367.1 LSC, esto es, la concurrencia de una causa de disolución, para posteriormente analizar el comportamiento debido de los administradores y las consecuencias del incumplimiento de los deberes fiduciarios que les impone la ley para tales situaciones. Especial importancia tendrá en el presente ensayo el análisis de la naturaleza jurídica del precepto comentado.

**2-EL PRESUPUESTO OBJETIVO: LA CONCURRENCIA DE CAUSA DE
DISOLUCIÓN SOCIAL**

2.1-DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y EXTINCIÓN SOCIAL

Para un correcto análisis del presupuesto objetivo del artículo 367 LSC es menester diferenciar entre la disolución, la liquidación y la extinción de la sociedad.

La disolución puede conceptualizarse como “el mecanismo societario que mediante un acuerdo adoptado durante la vida de la sociedad debidamente constituida conduce a la sociedad a la liquidación societaria”¹⁴. De este modo la disolución parece erigirse como presupuesto previo al instituto de la extinción de la sociedad, puesto que el que una sociedad se halle inmersa en un proceso de disolución no es óbice para que la sociedad siga operando en el tráfico jurídico; la disolución no extingue la personalidad jurídica de la sociedad. El efecto de la misma no es otro que la apertura del proceso liquidatorio conducente a la extinción social.

Por liquidación puede entenderse el proceso reglado en virtud del cual se procede a la división y reparto del haber social entre los socios previa satisfacción de las obligaciones vigentes con los acreedores. El inicio del proceso de liquidación aparece condicionado en la LSC a la disolución social. Es decir, la disolución de la sociedad se configura como presupuesto objetivo de la apertura del proceso de liquidación. Y a su vez, la disolución de la sociedad avoca inexorablemente a la liquidación de la misma. Puede afirmarse que la disolución es un acto y la liquidación un proceso.

Por extinción social podemos entender el fenómeno jurídico consistente en la finalización de la vida jurídica de la sociedad. La extinción no es sino el resultado de un proceso arbitrado por el legislador mercantil en aras a la finalización de las relaciones jurídicas que mantiene la sociedad tanto con terceros acreedores como con los socios. Es decir, la extinción se configura como el final del proceso de liquidación.

Por tanto, observamos como la disolución, la liquidación y la extinción son instituciones jurídicas interrelacionadas pero sustantivamente diferentes. Estas tres instituciones son mecanismos incardinados en un proceso regulador de la *muerte* de la persona jurídica. Cuando una persona física muere se origina automáticamente el fenómeno de la sucesión. La sucesión tiene por objeto la regulación de las relaciones jurídicas que

¹⁴ Bataller, J.: “Disolución por la constatación de causa legal o estatutaria” en Rojo-Beltrán (dirs.): “Comentario a la Ley de Sociedades de Capital”, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2001.

mantiene una persona física y que subsisten a su muerte. El legislador civil ha diseñado un mecanismo automático de extinción de las relaciones jurídicas de la persona física. No obstante, el legislador mercantil ha optado por un sistema trifásico (disolución, liquidación y extinción) para la ordenación de la *muerte* de la sociedad de capital.

La diferencia entre los mecanismos descritos responde en gran medida a la evidente disimilitud de presupuestos. En el caso de la persona física la muerte no responde, generalmente, a una voluntad ya sea de hacer o no hacer del causante sino que es en cierto modo un fenómeno fuera de control de la persona que la sufre. Es por ello que no existe un mecanismo que regule la terminación de las relaciones jurídicas de la persona física con carácter previo al advenimiento de su muerte. El mecanismo arbitrado por el legislador tiene eficacia *ex post*. Por el contrario, la *muerte* de una sociedad de capital se origina por una voluntad social; voluntad que puede consistir en una conducta activa o pasiva por parte de los socios. El legislador mercantil únicamente ha establecido una serie de supuestos fácticos cuya concurrencia y no remoción deben desembocar en la liquidación y extinción de la sociedad de capital. La voluntad social se va expresar bien por haber adoptado los acuerdos que han provocado la concurrencia del supuesto fáctico que origina la disolución o por no haber adoptado los acuerdos necesarios para remover la causa que desemboca en el proceso extintivo de la sociedad.

El iter temporal para la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad de capital es por tanto sustantivamente diferente del supuesto de muerte de la persona física. En este último supuesto primero adviene la muerte de la persona y a continuación el Derecho arbitra el mecanismo para la sustitución del fallecido en las relaciones jurídicas que subsisten.

Sin embargo, para la extinción de la persona jurídica es requisito *sine qua non* la previa terminación y resolución de sus relaciones jurídicas. Este requisito es cumplido a través de las operaciones de liquidación; operaciones que dan comienzo tras la constatación de una causa de disolución; operaciones cuya terminación desembocarán en la extinción (o *muerte*) de la sociedad de capital.

2.2-EL ACAECIMIENTO DE LA CAUSA DE DISOLUCIÓN

Una vez analizada la relación entre la disolución, la liquidación y la extinción de la sociedad nos centraremos en el presupuesto objetivo de la responsabilidad del artículo 367 LSC, esto es, la concurrencia de una causa de disolución.

La disolución aparece regulada en el Capítulo I del Título X de la LSC. En dicho Capítulo se establece una taxonomía de las causas de disolución de las sociedades de capital. El legislador mercantil ha optado por una doble clasificación de dichas causas: de pleno derecho y legales o estatutarias.

Las causas de disolución de pleno derecho aparecen reguladas en el artículo 360 LSC. El referido artículo dispone un *numerus clausus* de causas de disolución de pleno derecho: 1) el transcurso del término de duración fijado en los estatutos sin que se haya inscrito la prórroga, 2) el transcurso de un año desde la adopción del acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley sin que se haya procedido a la regularización de la situación de la sociedad y 3) la apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores. Se trata de supuestos fácticos cuya concurrencia conlleva la disolución *ipso iure* de la sociedad. Es decir, con la simple presencia de la causa la sociedad queda disuelta *de iure*. El Registrador mercantil, de oficio o a instancia de parte, procederá a la inscripción de la disolución en la hoja abierta a la sociedad. Este acto es meramente declarativo, es decir, la disolución surte efectos desde la concurrencia de la causa. Por lo tanto observamos que el legislador mercantil ha diseñado un sistema de disolución de carácter automático y donde la voluntad social carece de protagonismo alguno.

No obstante lo anterior, conviene destacar que el carácter automático de las mencionadas causas se proyecta con diferente intensidad en cada uno de los supuestos. En el primer supuesto, la disolución se produce automáticamente tras la expiración del plazo de duración fijado estatutariamente. Sin embargo, en el segundo y tercer supuesto el carácter automático de los mismos debe ser matizado. En el segundo de los casos se concede un plazo de un año para adaptar la situación patrimonial de la sociedad a los requisitos legalmente exigidos. Es por ello que la reducción del capital social por debajo del mínimo legal en cumplimiento de una ley no conlleva *ipso iure* la disolución social

puesto que durante el plazo del año previsto por la ley podrán adoptarse los acuerdos pertinentes para la adecuación de la sociedad a la legalidad vigente. En el tercer caso, la apertura de la fase de liquidación en el concurso requiere de una resolución judicial acordando la misma. Es por ello que la automaticidad queda también matizada al requerirse intervención judicial con carácter previo. Aún y todo, el carácter automático, con matizaciones, de estas causas hace que la inscripción registral de la disolución social carezca de naturaleza constitutiva sino meramente declarativa.

Por el contrario, las causas de disolución legales, enunciadas en el art. 363, LSC constituyen circunstancias fácticas que, a ojos del legislador mercantil, revisten la gravedad suficiente como para permitir a los socios manifestar su voluntad decidiendo bien a favor de la continuidad de la sociedad (adoptando el acuerdo necesario para remover la causa de disolución al respecto) bien a favor de la apertura del proceso de liquidación de la misma. Es decir, estamos ante circunstancias sobrevenidas que, ya por alterar significativamente los aspectos más esenciales del contrato de sociedad o ya por constituir violaciones manifiestas de preceptos legales de naturaleza imperativa, hacen necesario poner de manifiesto su acaecimiento para que los socios tengan la oportunidad de pronunciarse al respecto.

El legislador mercantil ha diseñado para estos supuestos, a diferencia de para las causas de disolución de pleno derecho, un procedimiento cuya característica básica es el total protagonismo de la voluntad social¹⁵.

De lo expuesto puede deducirse que la concurrencia de alguna de las causas de disolución del artículo 363 LSC no deriva inexorablemente en la disolución de la sociedad. La concurrencia de las mencionadas causas tiene el solo efecto de posibilitar el accionamiento del proceso de disolución. La mera concurrencia de una causa de

¹⁵ Con ello no se está queriendo decir que la disolución de la sociedad dependa inexorablemente de la voluntad social. La LSC ofrece la posibilidad de que, concurriendo causa de disolución los socios adopten los acuerdos necesarios para remover dicha causa y posibilitar la continuidad de la normal vida de la sociedad. De este modo no debe interpretarse que los socios gozan de la facultad de aún existiendo causa de disolución acordar (exclusivamente) la continuidad normal de la sociedad. Esta última interpretación atribuiría a los artículos 362 y ss. un mero valor dispositivo. El carácter imperativo de los mencionados preceptos ha sido reiteradamente puesto de manifiesto por la doctrina: : “Una de las funciones que está llamado a desempeñar el precepto reside precisamente en señalar su carácter imperativo. (...) Dado que no es posible suavizar o suprimir las causas legales de disolución ...” (Bataller, J.: “Disolución por la constatación de causa legal o estatutaria” en Rojo-Beltrán (dirs.): “Comentario a la Ley de Sociedades de Capital”, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2001)

disolución no provoca la disolución automática de la sociedad. Se requiere de una constatación de dicha causa por parte de los administradores y del refrendo de dicha constatación por parte de la junta General. Es lo que denomina la doctrina¹⁶ “el sistema de doble constatación”.

Es por tanto perfectamente posible la existencia de una sociedad que inmersa en una causa de disolución siga operando en el tráfico jurídico con aparente legalidad jurídica.

El mencionado supuesto puede ocurrir si los sujetos a los que el legislador considera llamados a realizar la primera constatación de la causa, sea por el motivo que fuere, no lo hacen. De darse dicha situación estaremos ante una sociedad aparentemente anónima o de responsabilidad limitada (o comanditaria por acciones). Es decir, estaremos ante una sociedad de capital en apariencia, puesto que si bien es cierto que aparentemente cumple con los requisitos legales necesarios para su reconocimiento como sociedad de capital, la realidad fáctica, desconocida o no por los administradores, socios y terceros vinculados, está presidida por una circunstancia que impide el mantenimiento del reconocimiento de la sociedad como sociedad de capital típica, esto es, como sociedad anónima o de responsabilidad limitada (o comanditaria por acciones).

En este supuesto estaremos ante un fantasma jurídico puesto que *“mientras no se inscriba la disolución en el Registro Mercantil, continuará viviendo con la apariencia jurídica de la forma social cuya inscripción obtuvo”*¹⁷. Alguna jurisprudencia¹⁸ ha bautizado a las sociedades de capital que se encuentran en causa de disolución pero no han sido disueltas como *“auténticos muertos vivientes”*.

Las sociedades a las que nos referimos habrán perdido de iure la tipicidad propia de las sociedades de capital pero no la personalidad jurídica. La contravención de las disposiciones imperativas de la LSC debe conllevar la exclusión de la sociedad del ámbito objetivo de la mencionada ley. No obstante no se debe confundir la pérdida de la tipicidad propia de las sociedades de capital con la pérdida de la personalidad jurídica.

¹⁶ Bataller, J.: “Disolución por la constatación de causa legal o estatutaria” en Rojo-Beltrán (dirs.): “Comentario a la Ley de Sociedades de Capital”, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2001.

¹⁷ Prades Cutillas, D.: “La Responsabilidad del Administrador en las Sociedades de Capital”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 18 de abril de 2005 (RJ 2005, 888)

La personalidad jurídica la otorga el contrato de sociedad. Es por ello que la pérdida de la personalidad jurídica requerirá del acuerdo de los socios. Mientras no exista voluntad expresa de los socios de extinguir el contrato social la sociedad, capitalista o no, seguirá manteniendo su personalidad jurídica, es decir, seguirá siendo sujeto de derechos y obligaciones¹⁹.

El contrato de sociedad o el contrato de compañía, en la terminología propia del Código de Comercio, no requiere más que de la voluntad inequívoca de dos o más personas de poner en fondo común bienes, industria o algunas de estas cosas, para obtener lucro.

De la lectura del Código de Comercio se deduce que el contrato de compañía mercantil no tiene más requisitos que el cumplimiento de las disposiciones establecidas en los artículos 116 y ss. del mencionado Código. Por lo tanto, el contrato de compañía mercantil subsistirá en tanto sea válido de acuerdo a las disposiciones del Código de Comercio y subsidiariamente del Código Civil. La pérdida de la personalidad jurídica de la sociedad resultante del contrato de sociedad (o de compañía mercantil) va a ir necesariamente ligada a la extinción de dicho contrato. La LSC únicamente articula un mecanismo de rescisión del contrato de sociedad: la extinción. Por ello no cabe identificar pérdida de tipicidad (estar incurso en causa de disolución) con pérdida de personalidad jurídica (extinción de la sociedad).

2.3-EL SISTEMA DE DOBLE CONSTATACIÓN

Son dos los sujetos a los que la LSC considera especialmente llamados a la constatación de la concurrencia de una causa de disolución: los administradores y los socios.

La figura del administrador adquiere especial relevancia en la primera de las fases del doctrinalmente denominado sistema de doble constatación. No obstante, está

¹⁹ En este sentido se pronuncia PRADES “la ley no puede suplir la voluntad de los socios de disolver, pero ello no significa que la sociedad anónima siga existiendo como tal tras la concurrencia de la causa de disolución obligatoria, sino que debe perder su carácter típico por irregularidad sobrevenida: sigue existiendo, pero ya no como anónima. (...) Es imposible la pervivencia como anónima por ser expresamente contra norma imperativa, como lo son los requisitos legales de la forma de la sociedad, las consecuencias de esta tercera vía sólo puede ser la pérdida del carácter típico, pero no la desaparición de la personalidad porque esta sí requiere que se pronuncie la voluntad de los socios” (Prades Cutillas, D.: “La Responsabilidad del Administrador en las Sociedades de Capital”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014).

legitimación para realizar dicha constatación no es exclusiva ni excluyente. Cualquier socio que aprecie la concurrencia de una causa de disolución está facultado para instar a los administradores para que accionen la segunda fase del sistema de doble constatación, esto es, la convocatoria de la junta general.

Por lo tanto la apreciación de la concurrencia de alguna de las causas del artículo 363 LSC puede ser llevada a cabo tanto por los administradores como por los socios. En el caso de que fueran los primeros, el artículo 365.1 LSC establece la obligación de que los mismos procedan a convocar la junta general para que o bien la misma adopte el acuerdo de disolución o el acuerdo que posibilite la continuidad de la sociedad de capital. Es decir, se faculta a los socios para que, aún concurriendo causa de disolución, adopten los acuerdos necesarios para remover la misma de modo que la sociedad pueda continuar bajo su forma típica en el tráfico jurídico.

No obstante, esta última posibilidad (adoptar un acuerdo de remoción de la causa de disolución) esta sujeta a la discrecionalidad de los administradores en tanto la LSC únicamente establece el deber de convocar la junta para que decida a favor o en contra de la disolución. De hecho, de la lectura del art. 365.2 LSC parece desprenderse que la inclusión del acuerdo necesario para la remoción de la causa en el orden del día de la convocatoria de la junta que decida sobre la disolución es una facultad dispositiva de los administradores; *“si constare en el orden del día”*. De la utilización de la locución subjuntiva *“constare”* puede deducirse, a sensu contrario, que es perfectamente posible y lícito que únicamente se halla incluido en el orden del día de la convocatoria decidir acerca de la adopción del acuerdo de disolución.

Observamos como existe una desprotección del socio en el supuesto de que el administrador no incluya en el orden del día la adopción de un acuerdo de remoción de la causa. Esta desprotección es total en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y relativa en el caso de las sociedades anónimas, puesto que en estas últimas los socios que representen al menos el cinco por ciento del capital social podrán, a tenor del art. 172 LSC, solicitar que se publique un complemento a la convocatoria incluyendo en el orden del día la adopción del mencionado acuerdo de remoción. No obstante, si consideramos que no es necesario que el orden del día aluda expresamente a la concreta causa de disolución siendo suficiente con una referencia genérica, se hace

complicado que los socios puedan solicitar la inclusión en el orden del día de un acuerdo para remover una causa de disolución sin tener conocimiento acerca de la causa exacta que acontece.

En este punto debemos destacar el evidente desequilibrio de posiciones entre la figura del administrador y la figura del socio. El art. 365 LSC reconoce la legitimidad de cualquier socio para solicitar a los administradores la convocatoria de la junta general si a su parecer concurre causa de disolución. Es reseñable que la ley no condiciona el ejercicio de tal facultad a la tenencia (directa o indirectamente) de una determinada cifra del capital social. Entendemos que si los administradores no atienden tal petición será de aplicación, por analogía, el art. 169.3 LSC, pudiendo entonces el socio solicitar la convocatoria al Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social.

Sin embargo, el que la ley no exija el respaldo de una determinada cifra de capital para solicitar la convocatoria que decida sobre la adopción del acuerdo de disolución no quiere decir que tampoco se exija para la inclusión en el orden del día de acuerdos tendentes a remover la causa de disolución. Para este último supuesto entendemos que la inclusión de dicha propuesta deberá ir respaldada por socios que representen al menos el cinco por ciento del capital social, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 168 LSC.

Es por tanto necesario resaltar que se trata de dos propuestas de acuerdo de naturaleza diferenciada, con diferentes requisitos de legitimación para su propuesta y con diferentes requisitos de quórum y mayorías para su adopción. De este modo, para la adopción del acuerdo de disolución se requerirá en el caso de sociedades de responsabilidad limitada la mayoría ordinaria del artículo 198. En el caso de las sociedades anónimas se requerirá el quórum ordinario del artículo 193 LSC y la adopción del acuerdo por mayoría simple. Sin embargo, los requisitos de quórum y mayoría para la adopción del acuerdo de remoción de la causa dependerán de la naturaleza del mismo. En la gran mayoría de los casos estaremos ante una modificación estatutaria que requerirá del quórum reforzado del art. 194 y de las mayorías del art. 201.2 para la sociedad anónima y del art. 199 para la sociedad limitada.

Por lo expuesto, podemos decir que la conducta de los administradores en la primera fase de constatación debe consistir en la convocatoria de la junta general en los términos del artículo 365 LSC. De este modo, el administrador que aprecie la concurrencia de alguna causa de disolución debe convocar la junta general en el plazo de dos meses (entendemos que el plazo se refiere a dos meses desde que tuvo conocimiento de la concurrencia de la causa).

Una vez celebrada la junta los deberes del administrador variarán en función de cual haya sido el devenir de la misma. Si la junta adopta el acuerdo de disolución, el administrador deberá remitir al Registrador Mercantil la información necesaria para la inscripción del mencionado acuerdo en la hoja abierta a la sociedad. La misma obligación recaerá en los administradores en caso de que la junta adopte el acuerdo de remoción de la causa de disolución.

No obstante, puede ocurrir que concurriendo causa de disolución la junta general no adopte el acuerdo de disolución²⁰, bien por la no concurrencia del quórum necesario para la constitución de la junta bien por la falta de mayoría suficiente para la adopción del acuerdo.

En este último supuesto la ley ha instrumentalizado un mecanismo para suplir la debida actuación de la junta. De este modo, en el caso de que concurra causa de disolución y la junta general no adopte ni el acuerdo de remoción de la causa ni el acuerdo de

²⁰ Nótese que es perfectamente posible que la junta adopte el acuerdo de disolución en base a una causa que en realidad no existe. La consecuencia a un acuerdo como el descrito debe ser, de acuerdo con la doctrina más autorizada, la nulidad del mismo. Es decir, la efectiva concurrencia de la causa de disolución en base a la que se adopta el acuerdo es requisito de validez del acuerdo adoptado

A la misma conclusión debemos llegar si aplicamos las normas generales de los contratos y obligaciones. Así el art. 1265 CC dispone que *“será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”*. A su vez el art. 1266 CC establece que *“para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”*. Es evidente que los socios estarían expresando su voluntad sobre un presupuesto erróneo. Por lo tanto la nulidad del mencionado acuerdo parece configurarse como la solución más satisfactoria.

Cabría plantearse el supuesto de que el acuerdo de disolución se hubiese adoptado con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos. Lo que se plantea es la posibilidad de salvar la inexistencia de la causa en cuya virtud se ha acordado la disolución aplicando el régimen de disolución por mero acuerdo de la junta general (en el caso de que el acuerdo se haya adoptado con el quórum y mayorías necesarios para la modificación de los estatutos). Entendemos que aún en este supuesto la calificación del acuerdo adoptado debe seguir siendo la nulidad puesto que el consentimiento o la expresión de la voluntad no serán válidos en tanto están viciados por una errónea construcción de la realidad.

disolución se reconoce la posibilidad, en virtud del artículo 366 LSC, de que cualquier interesado solicite la disolución judicial²¹.

Esta posibilidad o facultad de la que dispone cualquier interesado se convierte en obligación para los administradores. Así las cosas, tanto en el supuesto de que el acuerdo de la junta fuese contrario a la disolución como en el supuesto de que la junta no hubiese podido celebrarse los administradores tienen el deber (y no la facultad) de solicitar la disolución judicial. Además el artículo 366 LSC impone que tal obligación debe ser llevada a cabo en el plazo de dos meses “a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiese sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado”.

La justificación de la imposición de tal obligación en los administradores deriva de la especial posición que ocupan en el seno de la sociedad que les obliga a convertirse en garantes de la adecuación de la sociedad a la legalidad vigente.

²¹ En este sentido se pronuncia Bataller, J. : “Acuerdo de disolución” en Rojo-Beltrán (dirs.): “Comentario a la Ley de Sociedades de Capital”, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2001, pág 2560: “En caso de que la sociedad no se manifieste expresamente a favor de su disolución es cuando se podrá acudir subsidiariamente al juez para que supla tal omisión. En este caso, la sentencia debe determinar si existe realmente un motivo que deba compeler a la disolución, pero también, y esto es lo importante, el silencio de la sociedad. La disolución judicial, por consiguiente, no proviene exclusivamente de la concurrencia de la causa, sino que también requiere que la sociedad omita el comportamiento debido (remoción del motivo disolutorio). Por tanto, la peculiaridad aquí la encontramos en la relevancia otorgada a la omisión que se equipara legalmente a la voluntad de disolver. Equiparación que se justifica por la gravedad que tienen las causas desencadenantes de la disolución”.

**3-LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL COMO PARADIGMA DE LAS
CAUSAS DE DISOLUCION SOCIAL: ESTUDIO COMPARADO**

3.1-CONSIDERACIONES GENERALES

De las causas de disolución que prevé la ley destaca por su importancia, tanto teórica como práctica la reducción del patrimonio neto a una cifra inferior a la mitad del capital social²².

El capital social actúa como garantía de los acreedores en aras al cobro de sus créditos contra la sociedad. Bajo el principio de conservación del capital social los distintos ordenamientos jurídicos han venido arbitrando una serie de mecanismos orientados a salvaguardar el equilibrio entre en el patrimonio neto y el capital social. La intención del legislador es adelantarse a la insolvencia definitiva de la sociedad en aras a poder garantizar a los acreedores el cobro de sus créditos.

Es por su importancia que en las líneas que restan centraremos nuestro estudio en la responsabilidad de los administradores cuando concurre dicha causa de disolución. En el presente apartado trataremos de realizar una breve aproximación comparada al tratamiento de la pérdida del capital social en los diferentes ordenamientos de nuestro entorno para concluir con un breve análisis histórico de la evolución legislativa en España²³. Tradicionalmente han existido dos grandes sistemas de tratamiento de la pérdida del capital social: el modelo germánico o de información y el modelo francés o de intervención.

3.2-MODELO GÉRMANICO

El modelo germánico se articula en torno a la idea de que la pérdida del capital social no constituye *per se* causa de disolución de la sociedad sino que únicamente deriva la obligación de los administradores de convocar a la junta general en aras a trasladar a la misma la situación patrimonial de la sociedad.

De este modo, de una lectura del § 92.1 Aktiengesetz 1965 (en adelante, “AktG”) se desprende que la obligación de los administradores se concreta en una única acción : la

²² Para un análisis detallado de la causa de disolución vid. Ariel Dasso, A.: “Alertas y Remedios contra la disolución de la sociedad por pérdidas” en “Derecho de sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis”, Comares, Madrid, 2011, págs. 679-681.

²³ Se ha seguido el estudio realizado por MACHADO (Machado Plazas, J.: “Pérdida del Capital Social y Responsabilidad de los Administradores por las Deudas Sociales”, Civitas, Madrid, 1997)

convocatoria de la junta general cuando el patrimonio neto sea inferior a la mitad del capital social.

Este deber de información a los socios se complementa con el deber de acudir a mecanismos concursales cuando la sociedad se encuentre inmersa en un estado de insolvencia o de sobreendeudamiento (*Überschuldung*).

Observamos por tanto como el legislador alemán ha optado por desligar la situación en la que el patrimonio social es inferior a la mitad del capital social de la insolvencia de la sociedad. Es decir, estamos ante dos supuestos de hechos diferenciados que, desde su consideración en abstracto no tienen que producirse de manera simultánea. Por lo tanto, el legislador alemán no considera que la sociedad cuyo patrimonio neto sea inferior a las dos terceras partes del capital social sea inexorablemente insolvente. Estará tal sociedad en una situación de desequilibrio patrimonial pero habrá que estudiar si dicho desequilibrio patrimonial se proyecta en la operativa funcional, es decir, si el desequilibrio patrimonial va aparejado de la insolvencia de la sociedad.

Centrándonos en la primera de las situaciones mencionadas, es decir, la reducción del patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social, es manifiesto que el legislador alemán ha diseñado un mecanismo eminentemente orientado a la tutela de los socios. De este modo el deber de convocatoria se articula como un deber a través de cual se permite a los socios tener un conocimiento efectivo de la situación patrimonial de la sociedad. La actuación debida de los administradores no se proyecta más allá de la convocatoria de la junta. Se concede a los socios un gran poder discrecional puesto que no establece el legislador alemán obligación de adoptar acuerdo alguno en aras al saneamiento patrimonial de la sociedad o en aras a acordar la disolución de la misma.

La continuidad de la sociedad se hace depender de la exclusiva voluntad social. Únicamente se pretende que la voluntad social sea expresada en un contexto caracterizado por el pleno conocimiento de la situación patrimonial de la sociedad. Es decir, el legislador alemán considera que la situación patrimonial caracterizada por un patrimonio neto inferior a la mitad del capital social es lo suficientemente grave como para permitir que los socios puedan reaccionar ante dicho desequilibrio. No obstante, la gravedad de la situación tiene una proyección meramente *ad-intra*, pues no se faculta a

los acreedores sociales para el ejercicio de acción alguna en tanto la situación patrimonial de la sociedad permita a la misma el cumplimiento ordinario de sus obligaciones.

La tutela de los acreedores adquiere efectividad en caso de situación patrimonial lo suficientemente deficitaria para impedir el desenvolvimiento ordinario de la sociedad en el tráfico económico, es decir, cuando la sociedad no sea capaz de cumplir ordinariamente con sus obligaciones de pago. Ante esta situación despliega su eficacia la obligación de los administradores de acudir al procedimiento concursal.

Tutela de los socios y tutela de los acreedores; dos realidades dignas de protección jurídica, protección que el legislador alemán articula mediante mecanismos diferenciados para cada una de ellas y cuya concurrencia no tiene porqué ser simultánea.

Es reseñable que, ante la inactividad de los administradores en relación con el deber informativo, el legislador alemán no ha previsto un régimen de responsabilidad especial. Dispone el § 93.2 AktG que el incumplimiento de la obligación de convocatoria de la junta general llevará aparejada la responsabilidad solidaria frente a la sociedad por los daños y perjuicios de los obligados a la misma. Estamos por lo tanto ante un supuesto ordinario de responsabilidad cuya única agravación constituye la inversión de la carga de la prueba en relación con la actuación diligente de los obligados a la convocatoria. Es decir, reside en los administradores la labor de probar que actuaron con la diligencia debida, pero esta inversión de la carga de la prueba no implica que los supuestos perjudicados no deban probar los restantes elementos necesarios que preceptúa el derecho alemán para la apreciación de la responsabilidad por daños.

Junto a la legitimación de la sociedad, el § 93.5 AktG reconoce la legitimación de los acreedores sociales para el ejercicio de la mencionada acción cuando el patrimonio social sea insuficiente para satisfacer su crédito. Observamos por tanto como los acreedores cuentan con un mecanismo de resarcimiento indirecto.

Junto al mecanismo descrito, la doctrina y jurisprudencia alemana han venido admitiendo la posibilidad de que los accionistas se resarzan individualmente del daño

causado por los administradores al no convocar la junta. Los defensores de esta postura hacen descansar sus argumentos en base a una interpretación sistemática de los §§ 823.2 BGB Y 92.1 AktG. Nótese que la compatibilidad de sendas acciones descansará en la aptitud de los perjudicados para demostrar que se trata de una misma acción que produce dos resultados dañosos, distintos e independientes, y por ende, dignos los dos de reparación.

Junto a la responsabilidad civil por los daños causados el legislador alemán ha preceptuado que la falta de convocatoria en los casos de pérdida patrimonial superior a la mitad del capital social puede ser sancionada penalmente con penas de privación de libertad de hasta tres años o penas de multa.

Observamos por tanto como la reacción del ordenamiento alemán ante la inactividad de los administradores se articula mediante un doble mecanismo: responsabilidad civil por los daños patrimoniales causados y responsabilidad penal por la comisión de una conducta infractora del ordenamiento jurídico.

3.3-EL MODELO FRANCÉS

El modelo francés, también conocido como el modelo de reacción, parte de la insuficiencia de la acción de informar en presencia de una reducción del patrimonio por debajo de una concreta cifra del capital social, que variará en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Este deber informativo es acompañado por una limitación de las facultades discrecionales de la junta general. La junta general debe reaccionar activamente frente a la situación de desequilibrio patrimonial. Esta conducta activa debe concretarse bien en la adopción de las correspondientes medidas de saneamiento o bien en la disolución de la sociedad. En caso de que la junta no realice alguna de las opciones señaladas procederá la disolución judicial de la sociedad.

El elemento común en los sistemas de reacción lo constituye la articulación en un solo mecanismo (disolución o saneamiento) la protección de todos los intereses dignos de la misma (los accionistas y los acreedores). Junto a esta nota característica suele señalarse

también que la mayoría de sistemas de reacción coinciden en un reconocimiento amplio de la legitimidad (generalmente a todo interesado) para instar la disolución judicial. No obstante, no es práctica común la imposición tal obligación a los administradores sin perjuicio de que tal conducta omisiva puede resultar en la responsabilidad por daños de tales sujetos.

La omisión del deber de convocatoria suele ser específicamente considerada por los sistemas de reacción como un incumplimiento de los deberes fiduciarios de los administradores, estableciendo sistemas de responsabilidad específicos ante la omisión de tal deber.

Así las cosas, el derecho francés dispone que la falta de la convocatoria de la junta general hace responsables a los administradores obligados a la misma por los daños que tal omisión haya podido causar tanto a la sociedad, a los accionistas como a los terceros. Junto con la responsabilidad civil también el ordenamiento francés reacciona penalmente ante dicha inactividad.

Por su parte el derecho belga dispone que los administradores que incumplan la obligación de convocatoria responderán frente a la sociedad por el incremento de las pérdidas a partir del momento en el que nace la obligación de la convocatoria. Esta responsabilidad operará siempre y cuando exista relación de causalidad entre las pérdidas y la omisión del deber de convocatoria. No obstante el legislador belga ha establecido una presunción *iuris tantum* a favor de dicha relación causal. Junto a esta responsabilidad específica también se ha previsto la responsabilidad ordinaria frente a terceros por los daños causados.

Por su parte, el derecho italiano ha previsto un régimen con particularidades diferenciadoras frente a los anteriormente expuestos. Se establece la obligación de proceder a la reducción de capital cuando el patrimonio neto sea inferior a las dos terceras partes del capital social. El incumplimiento del deber de convocatoria de la junta para que proceda a la reducción del capital hace responsables a los administradores de los daños causados. La apreciación de la mencionada responsabilidad está condicionada a la actividad probatoria de los perjudicados en aras a demostrar la relación de causalidad, puesto que no se establece presunción alguna, y los

demás elementos preceptuados por el derecho civil italiano. Si la junta general incumple la obligación de acordar la preceptiva reducción de capital se impone a los administradores la obligación de solicitar la reducción judicial del capital. De igual modo el incumplimiento de tal obligación les hace responsables por los daños causados.

No obstante, en caso de que la reducción de capital necesaria para equilibrar la situación patrimonial de la sociedad implique un acuerdo de reducción por debajo del mínimo legal, la junta deberá adoptar sin demora un acuerdo de reducción y aumento de capital simultáneo o de transformación en otro tipo social diferente de la anónima, puesto que tal situación constituye un supuesto de disolución automática de la sociedad. De este modo se limita las facultades de actuación de los administradores para realizar operaciones distintas de las necesarias para la liquidación de la sociedad.

El incumplimiento por parte de los administradores de tal limitación deriva en la asunción personal de las obligaciones derivadas de la realización de operaciones distintas a las señaladas²⁴. En definitiva se trata de la asunción personal y solidaria de los administradores por las obligaciones derivadas de operaciones distintas de las necesarias para la liquidación de la sociedad cuando concurra el supuesto de disolución automática descrito.

²⁴ El artículo 2449 del Código Civil italiano, hoy derogado, venía a decir que “los administradores cuando se haya realizado un hecho que determine la disolución de la sociedad, no podrán emprender nuevas operaciones. La infracción de esta prohibición determinará su responsabilidad ilimitada y solidaria de los negocios emprendidos” (Machado Plazas, J.: “Pérdida del Capital Social y Responsabilidad de los Administradores por las Deudas Sociales”, Civitas, Madrid, 1997.)

**4-LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ESPAÑOL: ORIGEN Y EVOLUCIÓN**

En nuestro Derecho histórico encontramos referencias a la pérdida del capital social como causa de disolución de las compañías mercantiles ya en el Cc de 1829 (el artículo 329.3 disponía que las compañías mercantiles se disolverán por la *pérdida entera* del capital social).

La Ley de 28 de enero de 1848 y el Reglamento que la desarrolla trataron de incorporar al ordenamiento español una regulación más estricta de la pérdida del capital social. De este modo se exigía que en la escritura de constitución quedase expresamente señalado “la porción de capital cuya pérdida ha de inducir a la disolución necesaria de la sociedad”²⁵.

El artículo 221.2 del Cc de 1885 volvió a la regulación de 1829 al establecer que “Las compañías, de cualquier clase que sean, se disolverán por las causas que siguen: (...) 2.º La pérdida entera del capital”.

En 1903 Pi y Arsuaga²⁶ presentó una propuesta para modificar el mencionado artículo. En dicha propuesta²⁷ se preceptuaba el deber de los administradores de sociedades que hubiesen perdido enteramente el capital de convocar, en el plazo de 3 días desde que conocieron de la pérdida, la junta general extraordinaria de accionistas para proponer la disolución de la sociedad. Además, se facultaba a cualquier accionista o acreedor para solicitar la disolución ante el tribunal competente en caso de que no se celebrara la junta o la misma no acordara la disolución²⁸. La propuesta de reforma también incorporaba

²⁵ Así lo preveía el Reglamento de 17 de febrero de 1848.

²⁶ Diputado durante la Restauración.

²⁷ Vid. “Proposición de Ley del Sr. Pi y Arsuaga reformando los artículos 157, 168 y 221 del Código de Comercio”, *DSC*, de 3 de diciembre de 1903, apéndice 1 al núm. 90, págs. 1-3, citado por Machado Plazas, J.: “Pérdida del Capital Social y Responsabilidad de los Administradores por las Deudas Sociales”, Civitas, Madrid, 1997.

²⁸ Anteriormente ya había habido voces que clamaban por la adopción de alguna medida protectora de socio en tales situaciones. Por ejemplo DE CÁRDENAS” ¿No es absurdo que los socios no puedan pedir siquiera la disolución de la sociedad, cuando perdida una parte de su haber, temen perder el restante? (...) los socios (...) tendrían que ver con paciencia la desaparición de todo su capital como el gerente se empeñara en apurarlo Para evitar este caso, convendría establecer que la Junta general de socios pudiera declarar disuelta la compañía cuando por el último balance verificado resultara perdida la mitad del capital social” De Cárdenas. “Examen del Proyecto de Ley sobre sociedades por acciones”, *El Derecho Moderno*, I, 1847, págs.. 138 y sigs., citado por Machado Plazas, J.: “Pérdida del Capital Social y Responsabilidad de los Administradores por las Deudas Sociales”, Civitas, Madrid, 1997.

una multa pecuniaria para los administradores que no hubiesen cumplido con el deber de convocatoria²⁹. No obstante, la propuesta no tuvo éxito parlamentario.

La Ley de sociedades anónimas de 1951 estableció como causa de disolución las pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la tercera parte del capital social.

La Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades respondía a la progresiva armonización del derecho societario europeo³⁰. De este modo, por exigencias comunitarias, se elevó el umbral a de la pérdida patrimonial a la mitad del capital social para disolver la sociedad. La ley que comentamos pasará a los anales del derecho mercantil español por haber introducido en nuestro ordenamiento un precepto cuya interpretación ha desembocado en una discusión doctrinal de elevada calidad jurídica; discusión que sin duda ha colaborado a aminorar los espacios vacíos en las estanterías de las bibliotecas de las facultades de Derecho. La intensa producción doctrinal ha venido acompañada de no menos vasta jurisprudencia que, en nombre de la

²⁹ La sanción por incumplimiento consistía en “una multa que pagarán solidariamente y que se computará al 1 por 100 de la suma total del capital nominal y del valor nominal de las obligaciones en circulación por cada día de incumplimiento que transcurra” Vid. “Proposición de Ley del Sr. Pi y Arsuaga reformando los artículos 157, 168 y 221 del Código de Comercio”, DSC, de 3 de diciembre de 1903, apéndice 1 al núm. 90, págs. 1-3, citado por Machado Plazas, J.: “Pérdida del Capital Social y Responsabilidad de los Administradores por las Deudas Sociales”, Civitas, Madrid, 1997. Adviértase el carácter sancionador de la medida.

³⁰ Para un exposición detallada de la génesis del precepto nos remitimos a Rojo Fernández-Río, A.: “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas” en AA.VV. “Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero”, vol. II, Madrid, 2002, págs 1444 y ss. En dicho trabajo puede observarse como en texto elaborado por la Comisión General de Codificación y remitido a la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia se advertía de que *“no era suficiente con modificar las cuantías de las pérdidas. Al mismo tiempo, era necesario establecer los instrumentos técnicos adecuados para conseguir que la sociedad no siguiera actuando en el tráfico. La opción que se presentaba era doble: de un lado, era preciso decidir entre una “solución general”- es decir, una solución aplicable a todas las causas de disolución legales o estatutarias que carecieran de “eficacia constitutiva”- y una “solución especial” –esto es, una solución aplicable única y exclusivamente a las pérdidas cualificadas-; y, de otro lado, era preciso igualmente decidir entre una “solución (o sanción civil)” y una “solución (o sanción) administrativa” (...) En el Texto revisado se optó por (...) sancionar la infracción de cualquiera de esos deberes con la responsabilidad civil por las deudas de la sociedad posteriores al acaecimiento de la causa de disolución”*. Es evidente que el Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia de 16 de octubre de 1987 amplió la extensión objetiva de la medida introducida por la Comisión General de Codificación al eliminar toda referencia temporal a las deudas de las que respondían los administradores incumplidores.

voluntad de legislador, ha interpretado el precepto en cuestión de manera veleidosa y del todo inconsistente³¹.

Sea como fuere La ley 19/1989 introdujo en el del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, “LSA”) un precepto de nuevo cuño y cuya redacción contenida en el artículo 262.5 transcribimos:

Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los Administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la Sociedad en el plazo de dos meses, a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

La introducción de este artículo responde en gran medida a la influencia que tuvo en la doctrina española el art. 2449 del Código civil italiano. No obstante dicho artículo hacía responsables a los administradores únicamente de las deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución. Además debemos destacar que el artículo 2449 del Código Civil italiano tenía por objeto la protección de los socios y no la protección de los acreedores.

El precepto permaneció inalterado durante más de una década. La unificación y modernización del derecho de quiebra español hizo necesario adaptar la legislación societaria al fenómeno concursal. Así las cosas, la ley 22/2003 de julio, Concursal, reformó a través de su disposición final vigésima el artículo 262.5 LSA³². La reforma no

³¹ La introducción en nuestro ordenamiento de un precepto como el que nos ocupa se enmarca en un proceso de “aumento de los sistemas de control de las sociedades capitalistas mediante un endurecimiento del sistema de responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas” Emilio Beltran “El proceso de Elaboración de la Reforma”, Revista General del Derecho, núms. 544-545, enero-febrero 1990, pg. 1416.

³² La nueva redacción del artículo quedó como se expone: “Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya

tuvo trascendencia sustancial en la interpretación del precepto, sino que meramente se limitó a introducir el concurso como alternativa válida a la disolución social en caso de grave desequilibrio patrimonial.

La reforma de mayor trascendencia en la historia legislativa del artículo protagonista de estas líneas ocurrió en 2005. El legislador español aprovechó la tramitación en la Cámara Alta del Proyecto de Ley de introducción de la sociedad anónima europea domiciliada en España para poner fin al intenso debate acerca si las obligaciones sociales a las que hacía alusión el artículo 262.5 LSA eran únicamente las posteriores³³ al acaecimiento de la causa de disolución o por el contrario todas las deudas sociales sin distinción temporal de su nacimiento³⁴. Así las cosas se optó por la primera opción³⁵ de las señaladas y se decidió incluir un nuevo párrafo al artículo comentado estableciendo una presunción iuris tantum a favor de los acreedores sociales³⁶.

constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso".

³³ ROJO exponiendo las razones por la que se debía llevar a cabo una reforma del precepto señala que "Ciertamente, desde una perspectiva actual, esa extensión del "ámbito objetivo" de la responsabilidad quizás no hubiera sido absolutamente necesaria; según jurisprudencia consolidada, en los casos de insolvencia o de desaparición de hecho de la sociedad, la falta de liquidación en forma legal del patrimonio social evidencia la actuación negligente de los administradores, generando la responsabilidad de éstos frente a los acreedores sociales por los daños causados a éstos (...) Pero, en el momento de elaboración del Proyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, esa doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo aún no se había consolidado. En todo caso, esta parcial "superposición" de responsabilidades para "supuestos de hecho" idénticos o similares hace aconsejable una intervención legislativa para precisar los ámbitos respectivos" (Rojo Fernández-Río, A.: "Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas" en AA.VV. "Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero", vol. II, Madrid, 2002, pág. 1449)

³⁴ La reforma de dicho artículo se abordó como consecuencia de una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista que justificó la necesidad de la modificación en los siguientes términos: "la necesaria coordinación que en materia de responsabilidad de los administradores debe existir entre esta Ley y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y que en estos momentos no se produce. Con la regulación actualmente en vigor, en el Derecho societario se sanciona a los administradores infractores de sus deberes en los supuestos en que concurra causas de disolución de la sociedad con la responsabilidad solidaria frente a terceros por todas las deudas sociales, la cual es muy superior a la que contiene la Ley Concursal en caso de insolvencia de la sociedad causada o agravada por los administradores. Con esta modificación se eliminan también las dudas interpretativas que ha suscitado en esta materia la Ley 22/2003, de 9 de julio" (BOCG, Serie A, núm 19-5, de 16 de marzo de 2005, página 24).

³⁵ En este sentido se manifiesta ALCOVER "Esta segunda reforma centra esta responsabilidad tal y como se quiso fijarla desde su inicio a fin de situarla bajo parámetros racionales (...). Lo esencial es que este nuevo y limitado alcance de la responsabilidad de los administradores implica que la responsabilidad analizada deje de ser una responsabilidad irracional que determinaba (...) la nula utilidad práctica de todos los demás regímenes de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en los supuestos de insolvencia social" (Alcover Garau, G.: "El ámbito de la Responsabilidad de los administradores en los nuevos artículos 262.5 de la LSA y 105.5 de la LRSL", Revista de Derecho de Sociedades, n. 26, págs.. 85 y ss.)

³⁶ La introducción del mencionado párrafo se produjo durante la tramitación del Proyecto de Ley en la Cámara Baja (BOCG, Serie A, núm. 19, de 17 de octubre de 2005, página 43)

El texto se reprodujo sin novedad al respecto en el artículo 367 de la LSC. A pesar de haber sufrido una única reforma sustancial, el actual artículo 367 LSC no goza todavía de unanimidad doctrinal (jurisprudencialmente existe quizás divergencia de razonamientos jurídicos pero unanimidad en la forma de aplicar el precepto) en aspectos claves de interpretación. Entre ellos destaca por su importancia la discusión en torno a la naturaleza jurídica del precepto. En el siguiente apartado se expondrá la distintas tesis defendidas en aras a poder concluir con aquélla que goce de una mayor adaptación a la intención del legislador y al ordenamiento jurídico.

5-EL TRATO UNIFICADO DEL ARTÍCULO 367 LSC

El actual artículo 227.1 LSC impone a los administradores la obligación de actuar en consonancia con el *mejor interés de la sociedad*. La falta de concreción legislativa del contenido que debe atribuirse a la cláusula del interés social ha suscitado dudas en torno a la cuestión de cuáles son los intereses que deben tenerse en consideración a la hora de administrar la sociedad³⁷.

Si se adopta una postura contractualista se producirá una identificación plena entre el interés social y el interés de los titulares del capital, esto es, de los socios³⁸. De este modo, al ser los accionistas los censores de la actividad de los administradores societarios deberán estos últimos orientar su actuación exclusivamente hacia la maximización del valor económico de la empresa.

Por el contrario, si se adopta una postura institucionalista se defenderá una concepción amplia del interés social no reducible únicamente al interés de los socios. De este modo, se considera la sociedad de capital como un organismo en el que confluyen distintos intereses (socios, proveedores, administraciones públicas, trabajadores, etc) todos ellos dignos de ser considerados por los administradores sociales.

En nuestro Derecho se está produciendo una transición desde tesis contractualistas puras hacia posturas intermedias³⁹. Así las cosas, partiendo del reconocimiento del interés de

³⁷ Para un análisis detallado de la cuestión vid. Sanchez-Calero Guilarte, J.: “Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa” en Rodríguez Artigas, F. (dir.):” Derecho de sociedades anónimas cotizadas”, T. II, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, p. 857.

³⁸ A favor de esta postura, entre otros, Sánchez Calero, F.: “Los administradores en las sociedades de capital”, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007; Megías López, J.: “El consejero independiente. Estatuto y funciones”, La ley, Madrid, 2012, pp. 152-154.

³⁹ Es revelador por ejemplo la evolución que ha sufrido el Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo. La recomendación 7 del Código de 2006 señalaba que “A la hora de concretar el significado de este concepto (el interés social), el Código opa por una interpretación contractualista, que pone el énfasis en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común(...). Frente a otras interpretaciones más amplias del “interés social”, esta parece preferible, porque proporciona al Consejo y a las instancias ejecutivas sujetas a supervisión una directriz clara que facilita la adopción de decisiones y su evaluación”. Sin embargo en 2015 se modifica el criterio, imponiendo la recomendación 12 del citado Código la necesidad de que el Consejo “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

los socios como prioridad en la actuación de los administradores como parámetro fundamental de actuación se empieza a proclamar la necesidad de considerar los intereses de los restantes grupos sociales⁴⁰.

En este punto nos debemos plantear cual es el interés social cuando concurra causa de disolución y más concretamente cuando el patrimonio neto haya quedado reducido a una cantidad inferior a la mitad del capital social⁴¹.

Alguna voz autorizada⁴² ha afirmado que en estos casos se produce un solapamiento del interés de los socios y del de los acreedores sociales. De este modo, si se parte del presupuesto de que el interés de los socios descansa en la maximización del valor de la acción o participación social y que en situaciones en las que la sociedad se halle en estado liquidatorio el valor de las acciones o participaciones sociales va a depender fundamentalmente de la conclusión con éxito del proceso liquidatorio, puede afirmarse que el interés de los socios y acreedores concurren en la minimización de la deuda de la sociedad.

Por lo expuesto es manifiesto que toda actuación de los administradores que se aleje del cobro de los créditos y pago de las deudas sociales es altamente probable que sea contraria al interés social y por ende digna de desplegar los mecanismos de resarcimiento del eventual daño causado previstos en la LSC⁴³.

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”.

⁴⁰ Claramente lo expone RECAMÁN “En tanto los gestores rinden cuentas a los propietarios de la sociedad, es a favor de estos últimos hacia quien se habrá de dirigir de manera prioritaria la gestión social. Ello no impide, necesariamente, tener en consideración los intereses de otros grupos de sujetos implicados en el devenir de la empresa, sino que determina que de todos los intereses concurrentes en el devenir societario, los intereses de los socios gozan de una posición preeminente” (Graña Recamán, E.: “Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis”, Revista de Derecho de Sociedades, n. 45, 2016)

⁴¹ Aunque ya se ha señalado anteriormente conviene recordar que el estudio se está realizando en el supuesto que no proceda la solicitud de concurso. Para la coordinación del interés social en presencia de obligación de instar el concurso de acreedores vid. AA.VV.: “Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal”, Marcial Pons 2007. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde.

⁴² Graña Recamán, E.: “Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis”, Revista de Derecho de Sociedades, n. 45, 2016.

⁴³ La acción social de responsabilidad del artículo 238 LSC y la acción individual del artículo 241 LSC. Todo ello sin perjuicio de las diferentes acciones que prevé la normativa concursal en caso de concurso.

Expuesta los mecanismos protectores con que cuentan los socios y acreedores existentes en el momento de acaecimiento de la causa de disolución pasaremos a analizar la protección de los acreedores que contratan con la sociedad concurriendo causa de disolución social, es decir, con posterioridad al acaecimiento de la misma.

Este último supuesto (contratación con una sociedad en la concurre causa de disolución pero que continua con su normal operativa en el tráfico económico) puede abarcar diferentes hipótesis con presupuestos diferenciados. Puede suceder que el acreedor contratante sea plenamente consciente de la situación patrimonial de la sociedad y, aún así, decida entablar relaciones contractuales con la misma, sea por el motivo que fuere. Estamos ante un supuesto en que las partes han manifestado su voluntad de contratar con información suficiente sobre las circunstancias del contrato. Es por ello que, *a priori*⁴⁴, el acreedor contratante, en caso de impago por parte de la sociedad, no va a tener más acciones que exigir el cumplimiento por los cauces ordinarios puesto que al contratar y ser conocedor de la situación patrimonial de la sociedad asumió conscientemente el riesgo de impago.

También puede ocurrir que el acreedor que contrata con la sociedad desconozca la realidad patrimonial de la misma, esto es, desconozca la concurrencia de causa de disolución. Desde una consideración civilista podría instarse la anulación del contrato en base al artículo 1269 CC, por concurrir dolo omisivo (y la consiguiente indemnización por los daños y perjuicios ocasionados) si el acreedor contratante consigue argumentar que el administrador conocía de la concurrencia de la causa de disolución y aún y todo no le informó de la situación real de la sociedad, induciéndole a celebrar un contrato que, de haber conocido la verdadera situación de la empresa, no habría celebrado⁴⁵.

⁴⁴Posteriormente expondremos como el artículo 367 LSC amplía las posibilidades de actuación del acreedor contratante.

⁴⁵ Este supuesto ha dado lugar a manifestaciones diversas en la doctrina. VELASCO entiende únicamente podrá depurarse responsabilidad si *“dadas las circunstancias (sobre todo la situación patrimonial y demás factores objetivos y subjetivos influyentes en las expectativas de saneamiento y recuperación de la empresa en el caso contemplado) fuera previsible que no se pudiera cumplir con la obligación que se contrae, que es lo que determinaría en el caso un deber de información de los administradores sobre la situación de crisis”* (Esteban Velasco, G. “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, Revista de Derecho de Sociedades, n. 5, 1995.. Por su parte RODRIGUEZ ARTIGAS considera que *“ningún deudor está obligado a informar sobre su situación patrimonial frente al acreedor con el que contrata, salvo que, ya en el momento de la contratación, sea previsible cuando venza el*

El mismo caso podría suceder pero siendo el administrador total desconocedor, sea por culpa o negligencia, de la concurrencia de causa de disolución alguno. Y también podría suceder que el desconocimiento sea excusable por haber obrado el administrador con la diligencia exigible a un ordenado empresario.

Con los anteriores líneas se está tratando de exponer la diversidad de supuestos de hecho que pueden darse cuando concurre causa de disolución y la sociedad continua con normalidad en el tráfico económico. Esta diversidad es ignorada por el legislador al otorgar un trato unitario a dichas situaciones. El artículo 367 LSC no se detiene a considerar más elementos fácticos que la concurrencia de causa de disolución y la posterior contracción de obligaciones sociales.

Esta unidad de trato ha sido discutida no sólo desde una óptica jurídica sino también por su negativa influencia en el tejido empresarial español. En el siguiente apartado se tratará de realizar un estudio sistemático de la finalidad pretendida por el legislador al introducir una norma como la que nos ocupa, en aras a poder dilucidar si se está ante un precepto de naturaleza sancionadora o indemnizatoria.

crédito y éste devenga exigible, no estará en situación de reembolsarlo". Considera el autor que los deberes informativos para con los acreedores se ciñen a la correcta elaboración y publicación de las cuentas de la sociedad por lo que no puede predicarse deber alguno de comunicar al acreedor contratante la situación de disolución por pérdidas de la sociedad salvo el caso que *"los administradores saben que el conocimiento de la situación patrimonial de la sociedad es esencial para un acreedor determinado y se le manifiesta todo lo contrario. En este caso el comportamiento es antijurídico, pero porque hay dolo y no porque hayan infringido ningún deber objetivo de cuidado que no existe sobre la sociedad ni, por consiguiente, sobre el administrador"* (Rodríguez Artigas, F.: "El deber de diligencia", en Esteban Velasco, G.: "El gobierno de las sociedades cotizadas", Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999)

Es ilustradora la Sentencia del Tribunal Supremos de 9 de noviembre de 2002 (RJ, 2002/1016) en la que se condena a los administradores de una sociedad debido a que "cuando contrataron con la entidad actora conoció la situación económica que administraban, y a pesar de que sostienen que pensaban que podían pagar las deudas con las relaciones comerciales que dicha contratación generaría, sin embargo, a tenor de la información pericial tal empeño resultaba imposible, por lo que es indudable que la actuación de los mismos ha de calificarse de imprudente, aunque sea, en su caso más favorable, por imprevisión". El TS condena no por conducta dolosa sino imprudente, por haber creado una expectativa de derecho incumplible si hubieses sido diligentemente observada.

6-NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD

6.1-LOS INTERES PROTEGIDOS POR LA NORMA

En este punto debemos plantearnos cuál es la intención del legislador al introducir la responsabilidad por deudas del artículo 367 de la LSC. La finalidad, desde el punto de vista de la protección de intereses, esta referida a una doble consideración:, la protección de los acreedores y la protección de la seguridad jurídica.

Desde el punto de vista de la protección la seguridad jurídica la norma constituye un elemento coactivo tendente a hacer coincidir en el tiempo la disolución de iure y de facto. La norma trata así de reducir al mínimo el tiempo transcurrido entre la concurrencia de la causa y el acuerdo de disolución o de remoción de la misma. Es decir, la norma trata de garantizar que las sociedades de capital que operan en el tráfico económico gozan de la necesaria adecuación al ordenamiento jurídico vigente. Es por ello que la ley establece el referido plazo de dos meses, coaccionando a los administradores que incumplan con la asunción personal *ex-lege* de las deudas sociales.

De este modo, para cumplir con el principio de seguridad jurídica el legislador ha impuesto la obligación de disolver cuando concurra causa que avoque a la misma. Ante el incumplimiento del tal conducta, el legislador ha optado por imponer una pena pecuniaria a los administradores sociales. Es decir, el ordenamiento jurídico reacciona ante el menoscabo de la seguridad jurídica y castiga a los sujetos responsables, en última instancia, de tal agresión.

Desde el punto de vista de la protección de los acreedores cabría afirmar que la norma trata de garantizar a aquellos el cobro de su crédito, al permitirles dirigirse tanto contra el patrimonio social como contra el patrimonio personal de los administradores.

La consideración en torno al bien jurídico protegido por la norma va a determinar la naturaleza de la misma. Si se defiende que la norma tiene una naturaleza eminentemente sancionadora se defenderá que el objeto de la misma es la defensa de la seguridad jurídica. Por el contrario si se defiende que la norma tiene una naturaleza fundamentalmente reparadora se mantendrá que el objeto principal es la protección de los acreedores. Con ello no se esta diciendo que si se defiende una postura o la otra el

objeto de la norma varíe. El objeto puede ser múltiple. Es evidente que la naturaleza de la norma va a ir alineada con el objetivo de la misma. Lo único que estamos poniendo de manifiesto es que debe haber coherencia argumentativa.

6.2-NATURALEZA SANCIONADORA

La postura que defiende la naturaleza sancionadora de la norma contenida en el artículo 367.1 LSC suele nutrirse de un triple argumento. En primer lugar se alude al origen histórico de la norma y la redacción original de la misma. Como ya ha sido expuesto, la norma, en su origen, hacía responsables a los administradores por todas las deudas sociales, sin distinción entre las anteriores y posteriores al acaecimiento de la causa de disolución. De este modo, aunque se matizara que la responsabilidad se refiere únicamente a las deudas posteriores es manifiesta la voluntad originaria del legislador de sobrepasar los límites resarcitorios e imponer una sanción en tales casos.

Junto a lo anterior, suele justificarse el carácter sancionador en base a la pretendida finalidad de la norma en cuestión. Dado que la norma trata de incentivar el cumplimiento de ciertos deberes de los administradores (la disolución de la sociedad) en aras a evitar una futura insolvencia, el legislador hace una total abstracción del eventual daño producido para el despliegue de los efectos del artículo 367 LSC⁴⁶. Al carecer la norma de vinculación alguna con la producción de un daño concreto la naturaleza resarcitoria de la misma no puede ser apreciada puesto que incluso en el supuesto de que no existiese daño, es decir, aún en el caso que no existiere nada que resarcir, el artículo 367 LSC desplegaría su eficacia por el solo incumplimiento del deber de disolver. Es por ello evidente la naturaleza sancionadora del artículo debatido.

Como tercer argumento suele indicarse la innecesaridad de la norma si revistiese una naturaleza indemnizatoria. Ya existe en la LSC un régimen específico de responsabilidad por daños de las actuaciones de los administradores a través de la acción social e individual de responsabilidad. Otorgar al precepto comentado un carácter indemnizatorio implicaría una duplicidad de regímenes que vaciaría de contenido el artículo 367 LSC.

⁴⁶ En este sentido vid. Cabrerías Guíjarro, M.: “Disolución de sociedades por pérdidas. Responsabilidad de los administradores”, Revista práctica de derecho, n. 75, 2007, pág. 70.

En la jurisprudencia ha existido tradicionalmente una postura mayoritaria que atribuye al artículo 367 LSC una naturaleza eminentemente sancionadora⁴⁷. Se señala como paradigma de dicha corriente jurisprudencial la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1997 (RJ 1997, 5609):

La sentencia recurrida configura la responsabilidad solidaria de los administradores con la de la sociedad por las deudas sociales como una **pena civil** por la inactividad de aquéllos al no solicitar el acuerdo de la disolución de ésta en aquellos casos en que tal causa puede colocar a la entidad en una situación de insolvencia frente a los acreedores por la fecha de la coyuntura del debate, como las normas intertemporales del Texto Refundido no contemplan esta problemática, somete la misma a la Disposición Transitoria tercera del Código Civil y llega a la conclusión de que, por la circunstancia de que la omisión generadora de aquel deber en común se produjo antes de la vigencia de la nueva Ley, no es aplicable a dichos administradores **la sanción del citado artículo 265.5**; la argumentación de la decisión impugnada es correcta. (...) el efecto punitivo establecido por el artículo 262.5 (...)

Observamos que el carácter sancionador del artículo 367 LSC viene acompañado por la matización de que la sanción que impone el mismo no es una sanción penal sino civil. La jurisprudencia viene a introducir el concepto de pena civil⁴⁸ o sanción privada para referirse a los efectos del mencionado artículo.

⁴⁷ Sentencias del Tribunal de supremo de 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9749), de 3 de abril de 1998, (RJ 1998, 1910), de 12 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9045), de 30 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9909), de 20 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10130), de 20 de julio de 2001 (RJ 2001, 6863), de 26 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8134), de 14 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9762), de 11 de marzo de 2004 (RJ 2004, 3401) de 26 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2306) y de 17 de junio de 2004 (RJ 2004, 3627), entre otras.

⁴⁸ El concepto de pena o sanción civil va íntimamente ligado al reconocimiento de un derecho civil sancionador, con autonomía propia, diferente del derecho penal y del derecho administrativo sancionador. La dogmática en torno a las sanciones civiles carece de un estudio doctrinal profundo aunque ha gozado de cierta acogida jurisprudencial en determinados supuestos. El término sanción civil produce cuanto menos ciertas dudas en relación al ámbito objetivo al que se refiere. En palabras de CASADO CASADO *“la materia de las sanciones civiles, lo primero que nos produce es una cierta perplejidad. Que dentro de las normas o conjuntos normativos típicamente civiles o de Derecho privado, se puedan identificar determinados mandatos en los que, al margen de los efectos típicos por la infracción de las normas, se puedan imponer sanciones distintas de la nulidad o la reparación del daño causado, no deja de ser un cierto exotismo, cuya razón de ser no es fácil de identificar y deslindar”* (Casado Casado, B.: “El derecho sancionador civil”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2009). Los defensores de la existencia de un derecho civil sancionador hacen descansar sus argumentos en el artículo 6.3 del Código Civil. Consideran que la nulidad de pleno derecho que establece dicho artículo para los actos contrarios a las normas imperativas constituye una sanción civil y que por ende el artículo 6.3 incluye una cláusula general implícita que legitima la validez de otras sanciones civiles. No puede defenderse, en opinión de

No es objeto de este trabajo la reflexión acerca del concepto y existencia de la pena civil en el ordenamiento jurídico español. Las líneas que prosiguen están escritas amparadas en el supuesto de que tal constructo jurisprudencial goza de adecuación jurídica al orden constitucional. No obstante, es necesario destacar la absoluta carencia de un régimen regulador de las sanciones o penas civiles y por ende, se hace necesario dilucidar la naturaleza de las mismas en aras a poder construir una teoría normativa reguladora de dicha institución.

Es unánime la postura que sostiene que en toda sociedad de Derecho el Estado goza de la competencia exclusiva para el ejercicio del *ius puniendi*. En nuestro ordenamiento jurídico el *ius puniendi* se proyecta en una doble dimensión: el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Es decir, existe una doble legitimación para el ejercicio de la función punitiva. Esta legitimación se atribuye a las órganos judiciales y a la Administración pública⁴⁹. La sanción civil viene a romper, en cierto modo, el monopolio estatal del *ius puniendi*. Los defensores de la constitucionalidad de las sanciones civiles suelen aducir que a través de las mismas no existe una atribución a los particulares para perseguir las conductas que consideren antijurídicas. Únicamente existe una habilitación legal para que en determinados supuestos sea el particular el que se convierta en el legitimado para instar, promover y recibir el castigo que impone la ley para el sujeto infractor⁵⁰.

quien escribe estas líneas, que el artículo 6.3 Cc tenga una función punitiva o sancionadora. La finalidad del precepto no es otra que la privación de los efectos jurídicos a un acto manifiestamente contrario al ordenamiento de modo que trate de lograrse la situación que habría existido de no haberse producido tal acto. Es por ello que no cabe apreciar en el artículo 6.3 Cc una cláusula implícita que legitime la existencia de un Derecho Civil sancionador. Nótese que no se está negando la existencia de sanciones civiles o de un derecho privado sancionador; únicamente se está poniendo de manifiesto la imposibilidad de construir dicha dogmática en base al artículo 6.3 Cc.

⁴⁹ La potestad sancionadora de la Administración Pública viene reconocida en el artículo 25 CE. El Tribunal Constitucional se pronunciado en numerosas ocasiones delimitando tal potestad y fundamentando la legitimidad de la misma. Así por ejemplo, la STC 77/1983 declara que “*No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia, como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor intermediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados*”.

⁵⁰ En opinión de quien escribe estas líneas, la conceptualización de las sanciones civiles tal y como se ha puesto constituye una flagrante violación del orden constitucional por suponer una vulneración del monopolio estatal en la función punitiva y por conllevar un adulteración de los principios básicos del

Sea como fuere, lo común a las sanciones penales, a las sanciones administrativas y a las sanciones civiles es que todas constituyen una manifestación del ius puniendi estatal. Es por ello que, del mismo modo que el TC⁵¹ ha reiterado la necesidad de aplicar, al derecho administrativo sancionador los principios inspiradores del orden penal, dichos principios deben impregnar el régimen de las sanciones civiles.

Expuesto lo anterior se hace necesario estudiar si la sanción civil del artículo 367 LSC goza de adecuación a los principios inspiradores del derecho sancionador.

En esto punto debemos destacar el contenido del artículo 25 de la Constitución Española y la interpretación del mismo que ha venido realizando el Tribunal Constitucional. De la lectura del apartado primero del referido artículo se desprende la proclamación como derecho fundamental del principio de legalidad penal.

El principio de legalidad⁵² se manifiesta, en primer lugar, como garantía formal en cuya virtud se proclama la reserva de ley para toda norma que tenga carácter sancionador⁵³.

derecho sancionador, dejando a la libre voluntad de los particulares la persecución de conductas cuya antijuricidad las hace dignas de ser castigadas coactivamente. El autor considera que el término sanción civil constituye un intento fallido de conjugar en un solo régimen principios propios del derecho sancionador y del derecho reparador. De este modo se ha construido un *“tertium genus”* entre sanción e indemnización. Sin embargo, a juicio del autor, no existe una figura como la que pretende. Todo supuesto del que pretenda su consideración como sanción civil puede ser *“fácilmente”* reconducido, como se expondrá seguidamente, a categorías ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

⁵¹ *Ad exemplum*, puede citarse la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 24 de marzo de 2003 (RTC 2003, 58) que de cuya literalidad reproducimos: *“la reiterada doctrina de este Tribunal, desde la STC 18/1981, de 8 de junio (FJ 2), que ha declarado, no sólo la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del art. 25.1 CE, considerando que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, sino que también ha proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en el art. 24.2 CE, no mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto. Ello, como se ha afirmado en la STC 120/1996, de 8 de julio (FJ 5), “constituye una inveterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal y, ya, postulado básico de la actividad sancionadora de la Administración en el Estado social y democrático de Derecho”.*

⁵² Para una mayor exposición en torno al principio de legalidad penal vid. Huerta Tocilio, S.: *“El derecho fundamental a la legalidad penal”*, Revista española de derecho constitucional, n. 39, 1993, págs. 81-113; Lamarca Pérez, C.: *“Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución Española”*, Revista española de derecho constitucional, n.20, 1987, págs. 99-135; Nieto, A.: *“Derecho administrativo Sancionador”*, Tecnos, Madrid,, 1994; De Vicente Martínez, R.: *“El principio de legalidad penal”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

⁵³ El Tribunal Constitucional ha matizado que la reserva de ley no debe entenderse como exigencia absoluta de ley orgánica para tipificar las conductas sancionables sino que en el ámbito de del derecho administrativo sancionador la reserva de ley debe entenderse atenuada en el sentido de que se permite la utilización incluso del decreto-ley o el decreto legislativo (Sentencias del Tribunal Constitucional de 7 de

Junto la reserva formal referida, el principio de legalidad proyecta su contenido en la triple exigencia de *lex scripta*, *lex previa* y *lex certa*. En virtud de la exigencia de *lex scripta* se proclama la necesidad de que conste por escrito toda norma sancionadora de modo que quede vedada la posibilidad de imponer sanciones en base a costumbres o principios generales⁵⁴. La exigencia de *lex previa* implica que las conductas infractoras y sus sanciones estén reconocidas como tales en el momento de su comisión⁵⁵. En virtud de la tercera exigencia de *lex certa* se establece la necesidad de que exista una absoluta concreción de las acciones y omisiones punibles y las sanciones que las mismas conlleven⁵⁶.

Debemos por tanto examinar si lo dispuesto en el artículo 367 LSC cumple con los principios señalados.

De la lectura del mencionado artículo puede observarse que la conducta infractora queda definida como continuar en la realización de operaciones ordinarias de comercio cuando concurre causa de disolución social⁵⁷. Es por ello que cabe afirmar que la norma sancionadora del artículo 367 cumple con las exigencias de determinación de la conducta típica. Sin embargo, la sanción que se apareja a la conducta infractora no cumple con el principio de tipicidad. Observamos como el quantum sancionador se hace depender exclusivamente del importe económico de las obligaciones sociales contraídas con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución.

abril de 1987 (RTC 1987, 42), de 31 de enero de 1991 (RTC 1991, 18), de 17 de marzo de 2003 (RTC 2003, 50) y de 24 de marzo de 2003 (RTC 2003, 55), entre otras. En el ámbito penal si que opera la reserva absoluta de ley orgánica (Sentencias del Tribunal Constitucional de 23 de febrero de 1984 (RTC 1984, 25) y de 12 de diciembre de 1986 (RTC 1986, 159)).

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 2004 (RTC 2004, 54204).

⁵⁵ De esta exigencia se deriva el principio irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables. Este principio goza de rango de derecho fundamental puesto que deriva, de acuerdo con el Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de marzo de 2006 (RTC 2006, 82)), del artículo 9.3 CE. A sensu contrario, se proclama el principio de retroactividad de la ley penal más favorable (Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2002 (RTC 2002, 75)).

⁵⁶ Esta exigencia se concreta en el principio de taxatividad. Es por ello que, tomando como referencia el necesario cumplimiento del principio de seguridad jurídica, debe estar estrictamente delimitado el supuesto de hecho que se sanciona y la correspondiente sanción a imponer (Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de junio de 2003 (RTC 2003, 100)).

⁵⁷ Nótese que lo que el legislador esta castigando no es no promover la disolución cuando concurre causa que obliga a la misma sino continuar realizando operaciones en el tráfico económico en presencia de causa de disolución.

En este punto conviene destacar que el principio de tipicidad no implica la necesidad que la sanción con la que se castiga la conducta infractora esté determinada en todos sus elementos pero sí en aquellos aspectos esenciales⁵⁸. En el precepto comentado no fija siquiera el límite máximo y mínimo de la sanción a imponer. Es por ello que dicho artículo puede ser contrario al orden constitucional por constituir una posible violación del principio de legalidad.

El precepto comentado también puede suponer una vulneración del principio de proporcionalidad. Dicho principio exige una correlación entre la gravedad de la conducta infractora y la medida punitiva que se impone de modo que establezcan criterios graduadores cuya aplicación por el órgano juzgador desemboque en una sanción proporcional.

El principio de proporcionalidad ha venido siendo considerado como uno de los principios inspiradores del ordenamiento sancionador⁵⁹. Señalar como único parámetro gradual de la sanción a imponer la cuantía de la obligación contraída puede suponer una contravención de dicho principio. El artículo 367.1 LSC no liga la gravedad de la conducta a elemento volitivo alguno, es decir, no se tiene en consideración si el tipo infractor ha sido cometido a título doloso o imprudente; tampoco entra la norma a valorar la entidad del daño producido, en caso de que exista, o la reiteración del sujeto infractor en la conducta típica. Por lo expuesto, no parece descabellado afirmar que hacer depender el quantum sancionador únicamente de la entidad de la obligación contraída puede suponer una actuación contraria al principio de proporcionalidad⁶⁰.

⁵⁸ Con ello se quiere poner de manifiesto que no es necesario que la ley determine el concreto quantum pecuniario de la sanción a imponer sino que será suficiente que quede establecido un límite máximo y mínimo y los concretos parámetros graduadores cuya aplicación al supuesto de hecho por el órgano juzgador determinará la fijación de la cuantía determinada de la sanción que se imponga.

⁵⁹ Así lo ha proclamado el TC en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999 (RTC 1999, 136)

⁶⁰ Es destacable por otro lado que la aplicación del precepto que han venido realizando los tribunales puede suponer una conculcación del principio de *in dubio pro reo* y del principio de interpretación restrictiva de las normas sancionadoras. Se observa como la postura de los tribunales ha venido siendo la contraria, interpretando la norma en su máxima extensión. Únicamente en supuestos aislados manifestó el TS la necesidad de atemperar la interpretación extensiva que se estaba realizando del actual artículo 367 LSC. Por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9307) se dispone que *no es aceptable la interpretación literal, rígida e inflexible del art. 262.5 LSA de modo que baste simplemente la no convocatoria de la junta de accionistas, o que no se solicite la disolución judicial, todo ello dentro de los plazos señalados en la citada norma para hacerlo, para que se declare la responsabilidad solidaria de los Administradores por las deudas sociales. Ha de tenerse en cuenta que el art. 262.3 LSA permite a cualquier interesado solicitar la disolución judicial de la sociedad cuanto la junta no fuese convocada o no pudiese lograrse el acuerdo o éste fuese contrario a la disolución. Por*

La tesis defensora de la naturaleza sancionadora del artículo 262.5 LSA gozó de amplio apoyo jurisprudencial durante la primera etapa de la vigencia del precepto. Sin embargo a partir de 2007, el Tribunal Supremo se desdice de su postura anterior dotando a la norma del artículo 262.5 un carácter eminentemente indemnizatorio. En el siguiente apartado se expondrá la evolución jurisprudencial en la interpretación sobre la naturaleza de la norma tratando de dilucidar los motivos que llevaron al TS a realizar tal cambio de criterio.

6.3-NATURALEZA RESARCITORIA

En la historia legislativa de la norma contenida en el artículo 262.5 LSA destaca la reforma llevada a cabo por la Ley 19/05. Como ya he quedado expuesto anteriormente, la nueva redacción del artículo 262.5 LSA limitaba el ámbito objetivo de la responsabilidad a las deudas contraídas con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución.

Los primeros pronunciamientos judiciales posteriores a la reforma de 2005 optaron por la aplicación retroactiva del nuevo artículo. La justificación de tal proceder descansaba sobre el carácter sancionador que la unánime jurisprudencia venía atribuyendo a al artículo 262.5 LSA. Al establecer el artículo 9.3 CE la aplicación retroactiva de los normas sancionadoras más favorables parecía indubitada la aplicación del precepto comentado en su nueva redacción a supuestos anteriores a la reforma.

Esta postura fue la seguida por las primeras sentencias al respecto⁶¹. Puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2006⁶² (RJ 2006, 199) o la Sentencia

tanto, puede darse el hecho de que en el plazo de dos meses del art. 262.5 LSA los administradores no cumplan su obligación, pero haya solicitado la disolución cualquier interesado. No es razonable que, pese a cumplirse la finalidad de la ley, los administradores sean responsables solidarios. En suma, pues, el art. 262.5 ha de conjugarse con el apartado 3 anterior y analizar si en el plazo de dos meses se ha pedido, aunque sea por un interesado, la disolución judicial de la sociedad, que es lo que quiere el legislador. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 24-4-2005 que declara que La interpretación del artículo 262-5º no puede ser rigurosamente literal, ni extremadamente objetiva, pues bastaría simplemente la no convocatoria de junta social o que no se solicitase la disolución judicial de la compañía para declarar de forma automática la responsabilidad de los administradores.

de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 25 de octubre de 2006 (JUR 2006, 285458) o de 14 de junio de 2007 (AC 2007, 1726). Destaca por su explicitud la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de noviembre de 2006 (AC 2006, 2241):

El Tribunal Supremo se ha inclinado por la calificación de sanción de la citada responsabilidad legal (STS de 23 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1138) y 16 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 8215), entre otras muchas) diferenciándola de la responsabilidad por daños, de manera que basta el hecho objetivo del incumplimiento de los deberes legales para concluir en la responsabilidad en el pago de las deudas sociales. Recientemente el Alto Tribunal, en su Sentencia de 9 de enero de 2006 (RJ 2006, 199), partiendo de la calificación de lo dispuesto en los artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL como una sanción o pena civil, sostiene el criterio de la aplicación retroactiva de la disposición más favorable.

Sin embargo, en 2006 el Tribunal Supremo cambió el criterio seguido hasta entonces y negó la aplicación retroactiva del artículo 262.5 LSA⁶³. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006 (RJ 2006, 4887) puede observarse como comienza una transición desde las tesis sancionadoras hacia posturas resarcitorias:

La reiterada calificación como «sanción» (...) evoca no tanto la idea de «pena cuanto el concepto de una reacción del ordenamiento ante el defecto de promoción de la liquidación de una sociedad incurso en causa de disolución que no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto del administrador(...)

⁶² Alguna voz crítica manifestó que el Tribunal Supremo realizó una errónea aplicación de la norma puesto que en momento de incoarse el procedimiento judicial la misma no había entrado todavía en vigor: “Esta interpretación del Tribunal Supremo, creemos que infringe el principio de la *perpetuatio iurisdictionis*, según el cual, la legislación aplicable al fondo del asunto al comienzo de un determinado juicio lo es hasta su finalización, aunque se verifique una modificación legislativa durante la tramitación del proceso que afecte a su objeto, a menos que establezca su aplicación retroactiva. Dicho principio se encuentra reconocido en una antigua Jurisprudencia del Alto Tribunal, según la cual “las sentencias han de dictarse en concordancia con la situación de hecho y de Derecho existente en el momento de la incoación del pleito” (STS de 20 de marzo de 1982 (RJ 1892, 1386)” (Marín de la Bárcena Garcimarán, f.; “La responsabilidad de los administradores de capital por no promoción de la disolución o el concurso (sobre la retroactividad de la reforma en los art. 262.5 LSA y 105.5 LRSL)”, Revista de Derecho de Sociedades, n. 26, 2006)

⁶³ Esta evolución jurisprudencial desde tesis sancionadoras hacia posturas resarcitorias es resumida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014 (RJ 2014, 4526) “la Jurisprudencia ha sufrido una evolución, pasando de entender que tal responsabilidad suponía una suerte de “pena civil” a entender que se fundamentaba en un “hecho objetivo” (no convocar) lo que suponía una “responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva”. Esta es la más reciente y uniforme Jurisprudencia de esta Sala. Es una responsabilidad por deuda ajena *ex lege* que no tiene naturaleza de “sanción” o “pena civil”, como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4058), , 13 de abril de 2012 (RJ 2012, 5901), 26 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 3400) y de 30 de junio de 2010 (RJ 2010, 5694), entre otras”.

Pero esta idea de «sanción» no excluye que, si bien con rasgos muy específicos, no haya de alejarse el operador jurídico, al interpretar y aplicar las normas en examen, del territorio de la **responsabilidad civil**.

El cambio de criterio se consolida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5446):

No cabe olvidar que el carácter sancionador que los recurrentes atribuyen al artículo 105 de la ley 2/95- y al artículo 262.5 del TR de la LSA- sólo puede admitirse en un sentido impropio -se suele afirmar con el fin de facilitar la distinción entre el supuesto previsto en dichos preceptos y el consistente en la responsabilidad por daños (...) en sentido propio la norma no forma parte del derecho sancionador (...) Esa función protectora de los intereses de estos últimos (de los acreedores)⁶⁴ que cumple el artículo 105.5 (...) impide calificar a la referida norma como sancionadora (...) no corresponda considerar llamado el conjunto de reglas jurídicas que la Constitución Española vincula a las de aquella naturaleza”

Negando la naturaleza sancionadora de la norma no encuentra obstáculos la jurisprudencia para negar la aplicación retroactiva de la misma. Sorprende cuanto menos el razonamiento que parece haber realizado una institución con la historia y el prestigio del Tribunal Supremo. El íter procedimental imperativo en la tarea de aplicación de la ley que la CE encomienda a los tribunales impone la necesidad de que primero se analice la naturaleza jurídica de la norma estudiada para a continuación señalar el régimen jurídico que conforme a dicha naturaleza proceda aplicar. A juicio de quien escribe estas líneas el Tribunal Supremo ha operado de la manera contraria, aplicando un razonamiento con tintes abductivos. Existe cuanto menos la fundada sospecha de que el Tribunal Supremo, al ver las consecuencias que se derivaban del mantenimiento de la calificación de sanción del artículo 262.5 tras la reforma de 2005, se desdice del carácter sancionador no como consecuencia de un estudio detallado de dicho precepto sino para evitar la aplicación retroactiva del mismo⁶⁵.

⁶⁴ Paréntesis aclaratorio de autoría propia.

⁶⁵ “Lo verdaderamente preocupante es que, una vez más, en la disyuntiva se opta (...) por la interpretación más dura posible para el administrador demandado. Aunque ello suponga volverse atrás del criterio permanentemente expresado de la responsabilidad sanción, que se abandona ahora sólo para poder justificar la irretroactividad (...)”(Prades Cutillas, D.: “La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital”, Triant lo Blanch, Valencia, 2014, pág 289).

Nótese que no se está tratando de negar la naturaleza indemnizatoria de la norma sino únicamente poner de manifiesto que un cambio interpretativo de tal calado, desdiciendo más de una década de sentada jurisprudencia, debe ir acompañado de un razonamiento jurídico que no de cabida al más mínimo reproche congruente. En el caso que nos ocupa no se puede hacer una crítica al razonamiento aplicado por el tribunal debido a la inexistencia del mismo. El reproche que se hace al Tribunal Supremo no se hace por el cambio de criterio sino por la falta de argumentos jurídicos que justifiquen tal variación.

El examen de la jurisprudencia posterior a la variación de criterio pone de manifiesto que se produjo un cambio más formal que sustancial⁶⁶. Es decir, los tribunales apelaron al carácter resarcitorio de la norma para negar la aplicación retroactiva de la misma pero siguieron aplicando el precepto como si de una sanción se tratara⁶⁷.

En aras a poder justificar tal actuación la jurisprudencia rescata la postura minoritaria de años atrás que entendía la norma del artículo 367 LSC como un supuesto de responsabilidad objetiva. De este modo se sucede en la jurisprudencia del Tribunal Supremo calificaciones como responsabilidad abstracta, o responsabilidad *ex lege* o responsabilidad cuasiobjetiva⁶⁸.

Todas estas calificaciones coinciden en señalar que se trata de una responsabilidad en la que no es necesario “para su exigencia y apreciación judicial, que exista ni se demuestre

⁶⁶ Es revelador por ejemplo la aplicación que hace del precepto la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia de 15 de enero de 2008 en la que tras afirmar que “no se ha consolidado doctrina jurisprudencial alguna sobre dicha retroactividad, que únicamente se menciona como mero obiter dicta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2006, y que se carece de un concepto definido de sanción en el ámbito civil, lo que lleva a calificar tal **responsabilidad como sanción solo en un sentido amplio**, como consecuencia derivada de la infracción de las normas previstas en orden a la disolución, de lo que resultan **serias dudas** de que una responsabilidad de naturaleza especial, que nace *ex lege*, pueda integrarse en el Derecho sancionador” acaba condenando a los administradores bajo el único pretexto del incumplimiento de la obligación de disolver “no exige la concurrencia de un reproche culpabilístico que hubiera que añadir a la **constatación de que no ha habido promoción de la liquidación** (...) del mismo modo que no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto de administrador, o, en otros términos, no exige más que el enlace causal preestablecido en la propia norma”.

⁶⁷ En este sentido vid. Cerdá Albero, Fernando.: “Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

⁶⁸ Vid. *ad exemplum* las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007 (RJ 2007/ 2069) y de 4 de Julio de 2007 (RJ 2007/ 2085).

daño patrimonial al reclamante ni consecuentemente relación causal entre la omisión y el daño”⁶⁹.

Si hacemos un estudio atento de la jurisprudencia señalada observaremos que los tribunales hacen una aplicación de la norma del artículo 367 LSC alejada del régimen jurídico de la responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva no exige de la prueba del daño ni de la relación de causalidad entre el daño y la conducta del agente. La responsabilidad objetiva únicamente exige de la prueba del elemento subjetivo de la conducta dañosa, esto es, del dolo o la culpa. No obstante, en el supuesto de que no exista daño no cabrá acudir al régimen de la responsabilidad objetiva puesto que no habrá daño que reparar. La responsabilidad objetiva es una responsabilidad por daños y por ende, la conducta enjuiciada debe haber causado un daño; lo que la responsabilidad objetiva no requiere es que tal resultado dañoso haya sido causado dolosa o culposamente.

Es por ello que el Tribunal Supremo no está aplicando la norma como si se tratase de una responsabilidad objetiva pues no entra a valorar la existencia de perjuicio alguno; está aplicando la norma como si de una sanción se tratara. Esta discordancia entre el nomen iuris y la aplicación sustancial de la norma se debe, a juicio de quien escribe estas líneas, a la querencia del tribunal de no aplicar la regla de la retroactividad de la norma sancionadora más favorable. Proclamando el carácter resarcitorio, aunque sea a título de responsabilidad formal o causiobjetiva, no será de aplicación los principios propios del ordenamiento sancionador.

6.4-INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA

Por otro lado, cierto sector doctrinal⁷⁰ ha venido señalando que tanto desde una perspectiva institucionalista como concontractualista el poder de representación de los administradores ha quedado en estos supuestos extinguido por la pérdida de tipicidad de la sociedad a la que representan.

⁶⁹ Prades Cutillas, D.: “La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital”, Triant lo Blanch, Valencia, 2014, pág 259.

⁷⁰ Prades Cutillas, D.: “La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital”, Triant lo Blanch, Valencia, 2014

Por lo tanto, la sociedad debería encontrarse en estado liquidatorio y los administradores deberían haber sido destituidos con simultaneidad al nombramiento de los liquidadores.

Parece lógico afirmar que, aunque *de facto* la sociedad no se encuentre en disolución por la inactividad de los administradores societarios, sí lo estará de *iure*. En este estado disolutorio las facultades de los administradores deberían quedar reducidas a las propias de los liquidadores, estos es, concluir las operaciones pendientes y realizar las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad.

Por lo expuesto, desde una perspectiva institucionalista, el acaecimiento de la causa de disolución hace que los administradores que se erijan como tales asuman en su propio nombre los actos que concluyan puesto que no gozan del poder suficiente para vincular a una sociedad cuyo objeto social ha quedado en suspenso en beneficio de la liquidación.

Del mismo modo, desde la óptica contractualista, el administrador estará ostentando un poder de representación de una persona fallecida y por ende un poder de representación inválido por caducado. El objeto social deviene imposible por estar la sociedad en disolución y por ende los actos realizados en su consecución extralimitan los poderes de los liquidadores debiendo ser asumidos por quienes los realicen.

El supuesto que aquí estamos exponiendo guarda notables similitudes con la sociedad en formación regulada en los artículos 36 a 38 LSC. En sendos casos la sociedad goza de personalidad jurídica pero no de la tipicidad de anónima.

Del mismo modo que de los actos realizados en nombre de la sociedad en formación que no se limiten al nacimiento de la misma responden quienes los ejecuten (salvo autorización estatutaria expresa) de los actos posteriores al acaecimiento de la causa de disolución que no se limiten a liquidar la sociedad deberán responder personal y directamente quienes los realicen. En este último caso no cabría siquiera autorización de la junta general puesto que existe todavía un desconocimiento por parte de esta última en torno a si la sociedad incumple con los requisitos legales de la forma típica que aparentemente ostenta.

Es por ello que, si seguimos esta postura, el artículo 262.5 LSA, no preceptúa una responsabilidad extraordinaria ni una responsabilidad sanción ni una responsabilidad objetiva; únicamente se limita a señalar la lógica consecuencia a la conducta abstencionista del administrador, esto es, la pérdida de tipicidad al devenir irregular la sociedad y asunción personal de los actos realizados durante la situación de irregularidad sobrevenida.

La postura expuesta es la lógica si se aplican las normas del mandato y de la comisión. Cabe cuestionar que un comitente pueda encargar a un comisionista encargos que el propio comitente no está facultado para realizar. Una sociedad en liquidación no puede por ello encargar a sus administradores la realización de actos encaminados a la consecución del objeto social puesto que la sociedad en liquidación debe ceñirse a realizar las operaciones tendentes a la liquidación del activo y del pasivo. Así las cosas, el acaecimiento de la causa de disolución debe significar la extinción del poder de representación de los administradores de la sociedad para la consecución del objeto social y el nacimiento del poder de representación para liquidar la misma.

Si aplicamos lo preceptuado en el artículo 247 del Cc, el contrato celebrado debería asumirlo el administrador contratante puesto que no existe comisión al haber quedado revocada con la concurrencia de la causa de disolución.

Toda esta argumentación descansa sobre la consideración del acuerdo social de disolución y la posterior inscripción del mismo como actos declarativos y no constitutivos. Si se sigue tal postura la norma del artículo 367 LSC se hace innecesaria puesto que la aplicación del derecho común llevaría a los mismos resultados⁷¹.

6.5-LA SOLIDARIDAD PLENA DEL ARTÍCULO 360.1.b LSC

La asunción personal de las deudas sociales por los administradores abstencionistas no está únicamente prevista para el incumplimiento de los deberes fiduciarios en relación con las causas de disolución legal, es decir, las causas del artículo 363 LSC.

⁷¹ Con la salvedad de que la responsabilidad por la deuda sería solidaria exclusivamente entre los administradores contratantes y no con la sociedad.

El artículo 360.1. b LSC, referido a las causas de disolución de pleno derecho, establece un supuesto de responsabilidad plena de las deudas sociales entre los administradores y la sociedad. Dicho supuesto opera en el caso de que transcurra un año desde la adopción del acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo legal derivado del cumplimiento de una ley y no se haya procedido a la inscripción del acuerdo de transformación, liquidación o aumento de capital.

De la lectura literal del artículo 360.1. b LSC parece deducirse que cabe la posibilidad de adoptar un acuerdo de reducción de capital por debajo del mínimo que establece la ley. Sin embargo, el artículo 343 LSC prohíbe taxativamente la adopción de dichos acuerdos salvo que simultáneamente se acuerde bien la transformación de la sociedad bien el aumento hasta la cifra mínima legalmente exigida.

Conviene señalar que si se adopta un acuerdo de reducción de capital por debajo del mínimo legal y no se acompaña del correspondiente acuerdo de transformación o aumento, el registrador mercantil negará su inscripción por constituir una vulneración manifiesta del artículo 343 LSC.

Sin embargo, puede ocurrir que la reducción del capital por debajo del mínimo legal no sea consecuencia de la adopción de un acuerdo con dicho objeto. Es perfectamente posible que la reducción de capital sea consecuencia del ejercicio del derecho de separación de los socios ante determinados acuerdos sociales. En tales supuestos, tras haber reembolsado al socio que ejercite el derecho de separación el valor de sus participaciones o acciones, los administradores otorgarán escritura pública de reducción del capital social sin necesidad de adoptar acuerdo alguno, salvo que la junta general haya autorizado expresamente la adquisición de dichas acciones o participaciones. El mismo caso puede suceder si se produce una modificación legislativa que eleve la cifra mínima exigida de capital social.

La doctrina⁷² ha venido afirmando que, a pesar de su deficiente redacción, el artículo 360.1 .b va a referido a tales situaciones. En tales casos existiría un plazo de un año para adoptar bien el acuerdo de aumento de capital bien el acuerdo de transformación o bien

⁷² Prades Cutillas, D.: “La Responsabilidad del Administrador en las Sociedades de Capital”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 303.

el acuerdo de disolución. Transcurrido el mencionado plazo de un año sin que se haya inscrito alguno de los mencionados acuerdos los administradores se convierten en responsables solidarios, entre ellos y con la sociedad, de las deudas sociales.

Cierto sector doctrinal⁷³ considera que la mencionada responsabilidad va referida únicamente a las deudas sociales que se contraigan con posterioridad al transcurso del mencionado plazo de un año. Esta postura es cuanto menos criticable si se hace una lectura congruente del artículo 360 LSC. Debemos resaltar que estamos ante una causa de disolución de pleno derecho. Es decir, el transcurso del plazo de un año determina *ipso iure* la disolución de la sociedad.

Por lo tanto, las deudas sociales que se contraigan con posterioridad deberán ser asumidas por los administradores no como consecuencia de lo preceptuado en el artículo 360.1.b LSC sino como consecuencia de aplicación de las normas del mandato y de la comisión. El poder de representación se ha extinguido automáticamente habiéndose convertido los administradores en liquidadores. Toda la argumentación expuesta en el apartado anterior sería de aplicación para el supuesto que tratamos puesto que al ser una causa de disolución de pleno derecho la inscripción del acuerdo de disolución gozaría exclusivamente de carácter declarativo estando la sociedad disuelta desde el momento del acaecimiento de la causa.

Por lo expuesto, consideramos que el artículo 360.1.b LSC, a diferencia del artículo 367, se refiere a todas las deudas sociales. Además, dichas deudas sociales únicamente pueden ser anteriores al acaecimiento de la causa de disolución de pleno derecho puesto que como hemos señalado, dicho acaecimiento implica automáticamente la apertura del proceso liquidatorio, con la salvedad de las deudas que se contraigan en la realización de las operaciones de liquidación que si serán asumidas por la sociedad.

⁷³ BATALLER considera que se da una identidad de supuestos que debe llevar a la aplicación analógica del artículo 367 LSC: *“Esta semejanza nos sitúa ante la tesitura de decidir sobre la posible aplicación analógica de la limitación de la responsabilidad a las deudas sociales posteriores ahora al momento del acaecimiento de la disolución de pleno derecho. Al concurrir los presupuestos para la extensión analógica de la restricción, deben aplicarse también en sede de disolución de pleno derecho”* (Bataller, J.: “Disolución por reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia de una ley” en Rojo-Beltrán (dirs.): “Comentario a la Ley de Sociedades de Capital”, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2001, pág. 361).

Por último conviene destacar que el deber que el artículo 360.1.b impone a los administradores consiste en readecuar la sociedad a las prescripciones de la LSC, ya sea ampliando el capital o modificando el tipo social, ya sea acordando la disolución. Esa es la obligación del administrador y para ello deberá cumplir los requisitos legales que permitan la inscripción de lo acordado. Es decir que se precisa una novación del contrato de sociedad ya sea con aportación de fondos o con modificación de la tipicidad, o alternativamente la extinción acordada. Al administrador se le exige que devuelva la sociedad al cumplimiento de la ley, y se le da un año para lograrlo, sino lo hace incurre en responsabilidad por las deudas.

6.6-LA NECESARIA INTERPRETACIÓN LÓGICO-HISTÓRICA DEL ARTÍCULO 367 LSC

La jurisprudencia y la doctrina han sido prolijas en la elaboración de teorías y conceptos jurídicos de nuevo cuño en aras a construir una nueva categoría jurídica en la que encuadrar la responsabilidad ex artículo 367 LSC.

Se ha tratado de distinguir entre sanciones civiles con función punitiva y sin ella. Las primeras tienen por objeto tutelar intereses generales. Las segundas tratan de proteger un interés particular. De este modo la norma del artículo 367 LSC, en tanto que “atribuye a uno una facultad frente al otro, en aras a la protección de los intereses particulares de aquél, no puede calificarse como pena civil aunque produzca un efecto negativo frente a uno de los sujetos”⁷⁴.

Todas estas argumentaciones tienen el propósito de “dulcificar” el carácter sancionador de la norma en aras a aislar a la misma de los principios del Derecho sancionador. Sin embargo, si se hace un estudio histórico se puede observar que la finalidad del legislador ha sido siempre imponer una sanción a los administradores que incumpliesen con la obligación de disolver la sociedad. Ya en la propuesta de Pi y Arsuaga de 1903 se puede observar la finalidad de incorporar una norma sancionadora a través del establecimiento de una multa pecuniaria por cada día que los administradores

⁷⁴ Marín de la Bárcena Garcimarán, F.; “La responsabilidad de los administradores de capital por no promoción de la disolución o el concurso (sobre la retroactividad de la reforma en los art. 262.5 LSA y 105.5 LRSL)”, Revista de Derecho de Sociedades, n. 26, 2006. Págs. 455-465.

incumpliesen la obligación de convocar la junta general para que acordara la disolución⁷⁵.

Aunque dicha propuesta no tuvo éxito puede observarse como en los debates previos a la elaboración de la Ley 19/1989, de 25 de julio existía una clara voluntad legislativa de establecer una norma sancionadora en aras a acabar con el fenómeno de las sociedades “fantasma”. Esta intención puede observarse en el texto elaborado por la Comisión General de Codificación y remitido a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia en el que se propusieron sancionar a los administradores abstencionistas bien a través de una sanción civil bien a través de una sanción administrativa⁷⁶, optando el Ministerio por la primera de ellas.

También puede observarse en el razonamiento alegado por el legislador para no acotar el ámbito objetivo de la norma únicamente a las deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución. Se argumentaba que si únicamente se limitaba la responsabilidad a las deudas posteriores no existiría estímulo alguno para liquidar la sociedad sino únicamente para dejar de operar en el tráfico económico por lo que no se cumpliría la finalidad de la norma de acabar con las extinciones de hecho⁷⁷.

Por lo expuesto se observa como la intención primigenia del legislador era conseguir que “en el Registro sólo figuren inscritas las sociedades que cumplen con todos los requisitos legales de su existencia, las sociedades vivas y auténticas, las que lo son tanto desde el punto de vista real como formal”⁷⁸.

En aras a conseguir dicho objetivo el legislador estableció una norma coactiva para que los administradores procediesen a liquidar de facto sociedades que ya lo estaban de iure⁷⁹.

⁷⁵ Vid. apartado el que sea del presente trabajo.

⁷⁶ vid nota la que sea

⁷⁷ AA.VV. “Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero”, vol. II, Madrid, 2002

⁷⁸ Prades Cutillas, D.: “La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital”, Triant lo Blanch, Valencia, 2014, pág 269

⁷⁹ En este sentido “La finalidad última del art. 262.5 de la LSA es evitar que sigan actuando en el tráfico jurídico sociedades que deberían estar extinguidas”. Álvarez Sousa, B.: “Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de Sociedades Anónimas por daños y por deudas sociales”. Revista de Derecho de Sociedades, n. 25, 2005, pág. 373-385.

Sin embargo, la aplicación de la norma en su redacción original desencadenó en condenas desproporcionadas que hicieron necesario que el legislador actuase en 2005 mitigando el rigor normativo. Al limitar en 2005 la responsabilidad a las deudas posteriores se produce doctrinal y jurisprudencialmente una confusión en torno a la finalidad de la norma. Es cierto, que con la nueva redacción desaparece el elemento coactivo para liquidar puesto que únicamente se sanciona la contratación de nuevas obligaciones. Por lo tanto es perfectamente posible que una sociedad en la que concurra causa de disolución permanezca inactiva. En tal supuesto habría que acudir al régimen ordinario de responsabilidad de los administradores previsto en la LSC.

No obstante lo anterior, no cabe afirmar que la reforma de 2005 responde a la intención del legislador de variar la finalidad de la norma tratando ahora de dotar de un régimen de protección cualificada a los acreedores contratantes con la sociedad⁸⁰.

A juicio de quien escribe estas líneas tal postura no responde a la verdadera finalidad del legislador. Es decir, la norma no trata de proteger a los acreedores que contratan con la sociedad puesto si que el objetivo hubiese sido tal la redacción del artículo 367 LSC se habría abordado desde una perspectiva más amplia. Si realizamos una lectura atenta del artículo en cuestión observamos que en el supuesto de que la junta haya acordado la disolución de la sociedad pero los administradores no hayan procedido a inscribir en el Registro Mercantil dicho acuerdo los acreedores que contraten con la sociedad estarán contratando con una sociedad disuelta material pero no formalmente. Sin embargo, el artículo 367 LSC no hace referencia a tal supuesto de modo que los acreedores contratantes deberían acudir a los cauces ordinarios para reclamar su crédito y depurar en su caso la responsabilidad de los administradores.

Es por ello que la norma del artículo 367 LSC no responde a una finalidad protectora de los acreedores sociales puesto que no todos los acreedores que contratan con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución se encuentran amparados por la

⁸⁰ En este sentido “La circunstancia de que no se trate de un régimen de responsabilidad por daños no significa que nos encontremos ante un sistema de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva, en el sentido de que se prescinda de la culpa del agente. La sanción se impone por el incumplimiento de una obligación legal, incumplimiento que, obviamente, ha de ser imputable a los administradores” (Beltrán Sánchez, E.: “La responsabilidad por las deudas sociales de los administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en “La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital” CGPJ-CGN Madrid, 2000).

misma. Esta diferenciación de trato no estaría justificada y por ello se duda que fuese tal la intención legislativa.

Consideramos que la protección de los acreedores se instrumentaliza en este caso al servicio de la finalidad de la norma, esto es, como cauce para sancionar a los administradores abstencionistas. Es decir, la forma en la que el legislador diseña la sanción de los administradores es a través del incremento de la protección de los acreedores. La norma debe analizarse desde una doble perspectiva. Por un lado desde una óptica finalista: sancionar a los administradores abstencionistas. Por otro lado desde una óptica consecuencialista: incremento de la protección de los acreedores.

No cabe duda que la técnica elegida por el legislador es discutible. Consideramos que hubiese sido más adecuado la adopción de una medida al estilo de la propuesta de Pi y Arsuaga, esto es, establecer una sanción administrativa pecuniaria por cada día que el administrador incumpla sus deberes de disolver la sociedad.

Por otro lado cabe destacar que la sanción que impone el artículo 367 LSC no consiste en una asunción de la deudas sociales por parte de los administradores abstencionistas⁸¹. La sanción consiste en la asunción del riesgo de impago de las deudas por la sociedad; riesgo que se traslada desde el acreedor al administrador. La norma sanciona al administrador erigiéndole como garante solidario de las deudas sociales. Pero ello no obsta para que si el administrador paga dichas deudas pueda repetir lo pagado contra la sociedad⁸². La solidaridad es, a nuestro juicio, solidaria únicamente entre los

⁸¹ “La sociedad continúa siendo la única deudora, pero ya no es la única responsable. Sin ser deudores, los administradores de la sociedad se convierten en responsables de las deudas sociales –esto es, de las deudas ajenas- sin que la sociedad pierda la responsabilidad por la deudas propia. Los administradores tienen, pues, ex lege la consideración de garantes solidarios” (Beltrán Sánchez, E.: “La responsabilidad por las deudas sociales de los administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en “La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital” CGPJ-CGN Madrid, 2000).

⁸² “Si el administrador que paga una deuda de la sociedad por haber sido condenado a ello en base al art. 262.5 LSA tiene derecho de regreso frente a ésta, en el sentido del artículo 1145 CC (como deudor solidario *ex lege*), no lo dice la Ley y tiene consecuencias importantes. El derecho de regreso hace nacer *ex novo* un derecho de crédito contra el deudor, en nuestro caso la sociedad, por el hecho del pago, mientras que la subrogación lo es respecto del mismo derecho de crédito que tenía el acreedor pagado con sus específicas garantías, privilegios y preferencias”.(Rodríguez Artigas, F.: “Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de Sociedad Anónima por no promoción de la disolución en caso de pérdidas (art. 262.5 LSA)” Revista de Derecho de Sociedades, n. 24, 2005, págs. 295-314).
Ciertamente el sector doctrinal ha negado la posibilidad de que los administradores repitan a la sociedad las cantidades pagadas ex artículo 367 LSC en base a la afirmación del carácter sancionador de la norma (Rodríguez Ruiz De La Villa, D./Huerta Viesca, M.^ªI.: “La responsabilidad de los administradores en las

administradores y no con respecto a la sociedad. La sociedad sigue siendo la única titular de las deudas erigiéndose los administradores como garantes subsidiarios de dichas deudas.

Si bien es cierto que no existe unanimidad doctrinal en torno a si la solidaridad debe predicarse exclusivamente entre los administradores o también entre estos y la sociedad consideramos que la postura que defendemos es la más adecuada si realizamos una interpretación sistemática e histórica de la norma.

Como ya ha sido expuesto anteriormente, la ley 19/1989 introdujo importantes modificaciones en relación con el capital social. La DT 3ª de la mencionada ley preceptuaba que, transcurrido el plazo legalmente previsto sin que se hubiera procedido a la adaptación de la sociedad a la nueva normativa, los administradores “responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad”. Por el contrario el artículo 262.5 de la misma ley únicamente dispone que los administradores responderán “solidariamente”. Esta diferencia de redacción entre dos preceptos de una misma ley responde, a nuestro juicio, a una clara voluntad legislativa de diferenciar de manera los dos supuestos mencionados. Si el legislador hubiese querido que la responsabilidad del artículo 262.5 se predicara tanto entre los administradores entre sí como con la sociedad hubiese reproducido la redacción de la DT 3ª en el texto del artículo 262.5.

Incumplir el deber de adaptar la sociedad a los requisitos exigidos legalmente exigidos implica causar su “muerte” jurídica. Es la inactividad del administrador la que provoca la disolución de la sociedad. Por el contrario, en el supuesto del artículo 262.5 la inactividad del administrador consiste en no certificar la “muerte” de la sociedad, al no realizar los actos tendentes a la disolución de la misma cuando concurre causa que lo exige⁸³.

sociedades de capital por no disolución y no adaptación”, 3ª Edición. Aranzadi, Pamplona, 1997. Pg. 102).

⁸³ Como señala PRADES: “Si se les considera garantes solidarios la situación sería idéntica a la de las sociedades no adaptadas, lo que no parece tener sentido si el fundamento de la sanción es diferente: causar la muerte de la sociedad por no adaptarla o simplemente no certificarla por omitir la disolución una vez concurrente la causa sobrevenida” (Prades Cutillas, D.: “La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital”, Triant lo Blanch, Valencia, 2014, pág 274).

La responsabilidad subsidiaria respecto a la sociedad y la consiguiente acción de regreso contra la misma de los administradores que paguen las deudas sociales no implica que la sociedad quede totalmente desprotegida ante la conducta de los administradores. Entendemos que si las obligaciones sociales contraídas con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución suponen un perjuicio para la sociedad, esta última podrá entablar la acción social de responsabilidad del artículo 238 LSC y en su caso la acción individual del artículo 241 LSC en aras a obtener un resarcimiento del daño sufrido⁸⁴.

En conclusión, consideramos que la norma del artículo 367 tiene un carácter eminentemente punitivo imponiendo una sanción a los administradores abstencionistas consistente en la asunción del riesgo de impago de los créditos contraídos con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución.

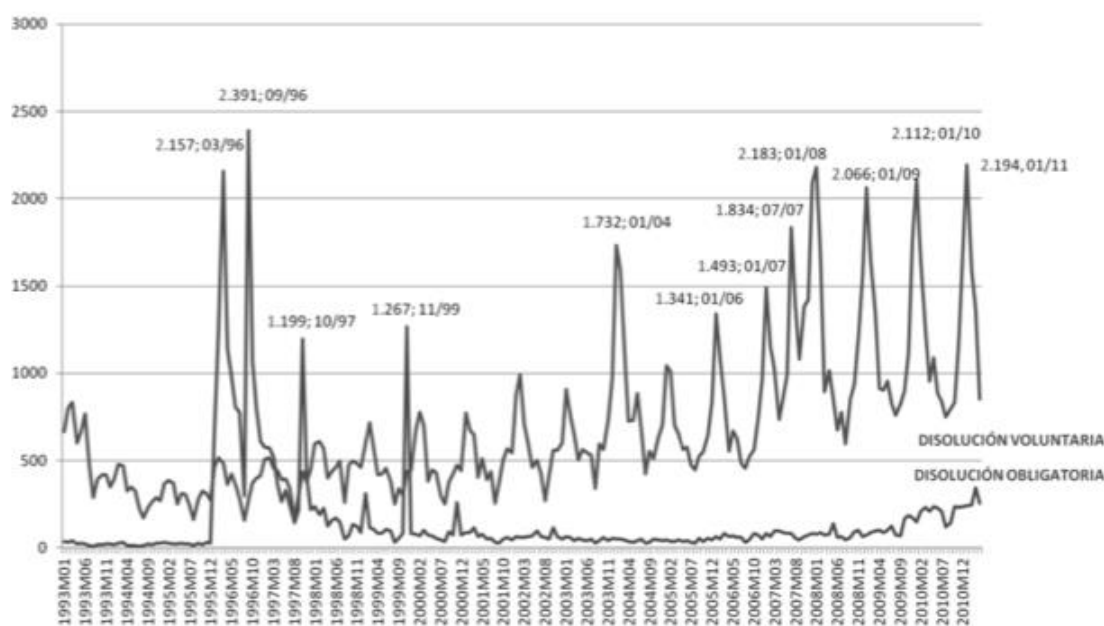
⁸⁴ Así lo considera también Beltrán Sánchez, E.: “La responsabilidad por las deudas sociales de los administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en “La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital” CGPJ-CGN, Madrid, 2000, pág. 243: “Todo ello sin perjuicio de que la sociedad y los socios puedan también ejercitar contra los administradores una acción de responsabilidad por los daños que su actuación haya podido causar al patrimonio social o al patrimonio individual de los socios”.

7-CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA NORMA

En aras a poder realizar una valoración global de un precepto legal de naturaleza mercantil se hace necesario realizar un análisis de la norma en cuestión no sólo desde una perspectiva jurídica sino también económica.

Es revelador, para realizar una aproximación a los efectos económicos que ha tenido la introducción en nuestro ordenamiento de una regla como la del artículo 367 LSC, el estudio que realiza PRADES ⁸⁵, analizando relacionamente las principales fechas en la evolución de la legislación mercantil con la evolución de dos indicadores básicos de la situación económica de una nación: el paro y el número de empresas que se disuelven ⁸⁶.

En el siguiente gráfico se muestra la evolución del número de sociedades que se disuelven distinguiendo en aquellas que lo hacen por la concurrencia de una causa legal de disolución de las que lo hacen por mero acuerdo de la junta general.



Nota: Gráfico elaborado por Prades Cutillas, D.: “Paro y responsabilidad por deudas sociales: influencia de la norma mercantil en la generación de desempleo”. Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, n. 87, 2012, pág. 26.

Del análisis del gráfico puede deducirse con facilidad como se produce una inversión de tendencias entre las disoluciones voluntarias y obligatorias. Es manifiesto como a partir

⁸⁵ Prades Cutillas, D.: “Paro y responsabilidad por deudas sociales: influencia de la norma mercantil en la generación de desempleo”. Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, n. 87, 2012, págs 7-34.

⁸⁶ Centramos nuestro análisis exclusivamente en la interrelación entre el número de sociedades que se disuelven y la evolución de la norma mercantil (tanto desde el punto de vista de sus modificaciones legislativas como sus interpretaciones jurisprudenciales).

de 1998 comienza un claro predominio de las disoluciones voluntarias sobre las obligatorias.

La razón de este cambio la podemos encontrarla en con la publicación de las primeras sentencias del Tribunal Supremo en la materia. La rotundidad⁸⁷ con la que comienzan a manifestarse los tribunales provoca una oleada de disoluciones voluntarias derivadas del temor por parte de los administradores sociales a asumir la responsabilidad personal por las deudas sociales.

Además el Tribunal Supremo se ocupó de delimitar cuestiones que hasta el momento no gozaban de la claridad suficiente. Entre las de mayor relevancia destacamos la fijación del criterio para contar el plazo de dos meses del que disponen los administradores para la convocatoria de la junta general. El Tribunal Supremo dictaminó que el comienzo del mencionado plazo debe retrotraerse al momento en que los administradores conocieron o pudieron conocer, de acuerdo con la diligencia exigible a un ordenado empresario, de la concurrencia de la causa de disolución⁸⁸.

Estos factores explican el exponencial incremento de las disoluciones voluntarias a partir del comienzo del nuevo milenio. Ante el rigor de los tribunales en la aplicación de

⁸⁷ Se puede citar a modo ejemplificativo la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre 2000 (RJ 2000, 9909): *El planteamiento relativo a que el diferimiento de la convocatoria puede estar justificado por la búsqueda de elementos patrimoniales necesarios para hacer la oportuna aportación a la sociedad y superar, de esta manera, el desfase patrimonial de la misma, además de carecer de una sólida base probatoria, no afecta a la aplicación del precepto, porque el contenido de la obligación legal es la de convocar la Junta en el plazo establecido cuando se da la situación prevista (...).Haciendo abstracción de la opinión que pueda merecer la finalidad pretendida por el señor U. A., su obligación legal, una vez conocida la situación económica que constituye el supuesto normativo (núm. 4º, apartado 1 del art. 260 LSA), era la de convocar la Junta general en el plazo de dos meses. Así lo exige el precepto para que quepa eludir la responsabilidad (formal) por las deudas sociales, y esta sencilla interpretación es la más coherente con la génesis y «ratio» teleológica del mismo, con su contenido literal y sistemático (como diferente de la responsabilidad por daño), y con la profesionalidad y seriedad que, respectivamente, son exigibles de los administradores y de la sociedad anónima. No se requiere, por lo tanto, ni nexos causal entre el crédito accionado y la inactividad de los administradores, ni otra negligencia de éstos que la que valora o toma en cuenta la propia norma legal.*

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9909): *esta Sala también considera plenamente asumible la doctrina de la resolución recurrida en orden a que el dato decisivo para efectuar el cómputo del plazo de dos meses (del art. 262.5) no se puede reconducir de modo absoluto al momento en que se conoce el resultado de las cuentas anuales, sino que se ha de contemplar en relación con el conocimiento adquirido, o podido adquirir (con la normal diligencia exigible a un administrador social, art. 127.1 LSA), acerca de que se da una situación en la que el patrimonio social es inferior a la mitad del capital social. La determinación del momento o tiempo en que se da o puede adquirir el conocimiento es un tema fundamentalmente probatorio ...*

la norma no fueron pocos los administradores que vieron peligrar su patrimonio personal ante la eventualidad de una sentencia condenatoria. Como paradigma de estos excesos puede citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de octubre de 2005 (JUR 2005, 257849): “Cuestión distinta es la responsabilidad del codemandado apelante D. Benjamín quien al aceptar el cargo de administrador asuma la responsabilidad por todas las obligaciones existente en dicho momento, y las que con posterioridad venzan”. Puede observarse como el tribunal está extendiendo la responsabilidad que rige para los administradores de las sociedades comanditarias por acciones a los administradores de sociedades anónimas o limitadas. Estamos sin duda ante un aplicación draconiana de la norma.

Así las cosas, el riesgo de esperar al conocimiento certero de la concurrencia de la causa de disolución se convertía en una situación extremadamente gravosa para los administradores sociales⁸⁹.

Al calificar el Tribunal Supremo el momento en el que los administradores conocieron o debieron conocer la concurrencia de la causa de disolución como un tema fundamentalmente probatorio es perfectamente posible que la realidad fáctica y la realidad jurídica fuesen discordantes. Es decir, el tribunal puede apreciar que a pesar de que el conocimiento de la causa de disolución tuvo lugar en una fecha determinada, dicho conocimiento debería haberse producido con anterioridad si el administrador hubiese actuado con la diligencia de un ordenado empresario.

Ante esta dicotomía (disolver voluntariamente o continuar con la normal vida de la sociedad) un gran número de administradores optaron por proponer a la junta general la disolución voluntaria de la sociedad. El riesgo de ser condenados a asumir las deudas personalmente justifica tal proceder. Es lo que se bautizó en la doctrina como el fenómeno de las disoluciones preventivas.

⁸⁹ “Es evidente que (...) resulta demasiado arriesgado aguardar a la confirmación de la causa de la existencia de la causa de disolución, ya que siempre se puede dudar de la fecha en que se produjo la situación de disolución obligatoria, y si ésta se adelanta con informes periciales en el período probatorio, en caso de demanda contra el administrador, se habrá incurrido en obligación de disolver y cumplido esta ésta con retraso, con lo que se sentenciará responsabilidad” (Prades Cutillas, D.: “Paro y responsabilidad por deudas sociales: influencia de la norma mercantil en la generación de desempleo”. Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, n. 87, 2012, pág. 28)

Es también llamativo que las disoluciones voluntarias alcancen máximos en los comienzos (meses de enero y febrero) de cada año. La razón del tal fenómeno es plenamente lógica y sigue la línea de lo expuesto en el párrafo anterior. Los administradores, al tener conocimiento del balance final del ejercicio y observar una situación patrimonial que, aún no siendo todavía causa de disolución, podría agravarse en un futuro próximo hasta situarse el patrimonio neto por debajo del capital social, deciden precavidamente proponer a la junta general la disolución de la sociedad. Tal proceder también conlleva una mayor facilidad y rapidez procedimental.

8-CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo se ha tratado de exponer que la pérdida del capital social constituye una preocupación legítima del legislador. Desde los albores de la codificación societaria, los diferentes ordenamientos han tratado de diseñar mecanismos tendentes a asegurar la necesaria correlación entre el patrimonio neto y el capital social.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha optado por la articulación de un sistema en el que el papel protagonista se reparte entre los administradores y los socios. De este modo, cuando se produce un desequilibrio patrimonial grave (reducción del patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social) se faculta a los socios para que adopten el correspondiente acuerdo de aumento o reducción del capital social en aras de restablecer el equilibrio. Si no fuera ese el deseo de los titulares del capital la sociedad deberá liquidarse. La continuidad de la sociedad se hace depender de la voluntad de los socios de adecuar a la legalidad la situación patrimonial social.

Si bien es cierto que el papel decisorio reside en exclusiva en la junta general, el legislador mercantil considera los administradores como los sujetos llamados a “vigilar” que en todo momento la sociedad que representan cumple con los requisitos de adecuación a la legalidad exigidos por el ordenamiento. Esta función de vigilancia se concreta en una serie de deberes de actuación en caso de que acontezca una pérdida patrimonial que deje reducido el patrimonio neto a menos de la mitad del capital social.

El incumplimiento de los deberes que impone la ley a los administradores en estos casos puede derivar en un perjuicio patrimonial tanto para la sociedad como para los acreedores. Es por ello que la ley ha articulado dos mecanismos en aras de que los administradores resarzan el eventual daño causado: la acción social de responsabilidad del artículo 238 LSC y la acción individual de responsabilidad del artículo 241 LSC.

No obstante, el legislador español considera que la presencia en el tráfico económico de sociedades anónimas o limitadas que no cumplen con los requisitos legales para poder actuar bajo dichas formas jurídicas constituye una agresión contra el ordenamiento jurídico por afectar a principios tales como el de seguridad jurídica. Considera el legislador que no es suficiente con resarcir el daño causado en tales supuestos sino que

la conducta abstencionista de los administradores es merecedora de un reproche punitivo por parte del Estado.

Con esta finalidad se introdujo en nuestro ordenamiento la norma hoy contenida en el artículo 367 LSC. A lo largo del presente trabajo se ha expuesto las posiciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a la cuestión más conflictiva del mencionado precepto: la naturaleza del mismo.

Sin embargo quedan en el tintero cuestiones de vital importancia y que por las limitaciones evidentes no se han podido abordar en el presente trabajo. La prescripción de la acción, el diez a quo a partir del cual comienza el plazo de dos meses para convocar la junta general, las posibles causas de exoneración, etc.

No obstante lo anterior, creemos que se ha cumplido el principal objetivo de este ensayo: poner de manifiesto la necesidad de derogar o al menos reformar la norma del artículo 367 LSC. Se trata de una norma de escasa calidad jurídica, ajena al tejido empresarial español, gravemente injusta para las partes implicadas e innecesaria por preverse sus consecuencias en otras normas más ajustadas a derecho.

9-BIBLIGOGRAFÍA

AA.VV.: “Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal”, Marcial Pons 2007.
Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde.

Álvarez Sousa, B.: “Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de Sociedades Anónimas por daños y por deudas sociales”. Revista de Derecho de Sociedades, n. 25, 2005, pág. 373-385.

Alcover Garau, G.: “El ámbito de la Responsabilidad de los administradores en los nuevos artículos 262.5 de la LSA y 105.5 de la LRSL”, Revista de Derecho de Sociedades, n. 26, 2006, págs.. 85 y ss.

Alonso Ureba, A.: “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima” RDM, 1990, pp. 640-642.

Ariel Dasso, A.: “Alertas y Remedios contra la disolución de la sociedad por pérdidas” en “Derecho de sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis”, Comares, Madrid, 2011, págs. 679-681.

Cerdá Albero, Fernando.: “Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Beltrán Sánchez, E.: “La disolución de la sociedad anónim”, Civitas, Madrid, 1997

Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, núm 19-5, de 16 de marzo de 2005, página 24, citado por Rojo Fernández-Río, A.: “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas” en AA.VV. “Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero”, vol. II, Madrid, 2002, págs 1444 y ss

Bataller, J.: “Disolución por la constatación de causa legal o estatutaria” en Rojo-Beltrán (dirs.): “Comentario a la Ley de Sociedades de Capital”, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2001.

Beltrán Sánchez, E.: “La responsabilidad por las deudas sociales de los administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en “La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital” CGPJ-CGN, Madrid, 2000.

Bercovitz Rodríguez-Cano, A.: “Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades de capital”, en AAVV, La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, Galán Corona, E. y García-Cruces González, J.A. (coords.), Madrid, Tecnos, 1999, p.15.

Cabreras Guijarro, M.: “Disolución de sociedades por pérdidas. Responsabilidad de los administradores”, Revista práctica de derecho, n. 75, 2007, pág. 70.

Casado Casado, B.: “El derecho sancionador civil”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2009

De Cárdenas: “Examen del Proyecto de Ley sobre sociedades por acciones”, *El Derecho Moderno*, I, 1847, págs.. 138 y sigs., citado por Machado Plazas, J.: “Pérdida del Capital Social y Responsabilidad de los Administradores por las Deudas Sociales”, Civitas, Madrid, 1997.

De la Barcena, F.: “La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital”, Marcial Pons, Barcelona, 2005.

De Vicente Martínez, R.: “El principio de legalidad penal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Esteban Velasco, G. “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, Revista de Derecho de Sociedades, n. 5, 1995.

Garrigues, J. “¿Quién va a pagar los platos rotos?”, ABC Diario de Economía, 5 de diciembre de 1994, pg. 48

Garrigues, A.: “Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capita”. McGraw Hill, Madrid, 1996.

Gómez Gonzalvo, J.F. “Derivación de Responsabilidad a los Administradores de Sociedades Mercantiles”, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Alicante, núm. 16, julio 1994, pg. 9

Graña Recamán, E.: “Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis”, Revista de Derecho de Sociedades, n. 45, 2016

Hart, H. L. A.: “Punishment and Responsibility: Essay in the Philosophy of Law, Clarendon Press”, Oxford, 1968. Segunda impresión, revisada, 1970. Traducción realizada por NINO, Carlos S.: “Introducción al análisis del Derecho”, 4.a edición, Ariel, Barcelona, 1991.

Huerta Tocilio, S.: “El derecho fundamental a la legalidad penal”, Revista española de derecho constitucional, n. 39, 1993, págs. 81-113.

Lamarca Pérez, C.: “Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución Española”, Revista española de derecho constitucional, n.20, 1987, págs. 99-135.

Machado Plazas, J.: “Pérdida del Capital Social y Responsabilidad de los Administradores por las Deudas Sociales”, Civitas, Madrid, 1997.

Marín de la Bárcena Garcimarán, f.; “La responsabilidad de los administradores de capital por no promoción de la disolución o el concurso (sobre la retroactividad de la reforma en los art. 262.5 LSA y 105.5 LRSL)”, Revista de Derecho de Sociedades, n. 26, 2006.

Megías López, J.: “El consejero independiente. Estatuto y funciones”, La ley, Madrid, 2012, pp. 152-154.

Nieto, A.: “Derecho administrativo Sanciodor”, Tecnos, Madrid,, 1994

Paz-Ares, C.: “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, 2010.

Prades Cutillas, D.: “La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital”, Triant lo Blanch, Valencia, 2014, pág 289

Prades Cutillas, D.: “Paro y responsabilidad por deudas sociales: influencia de la norma mercantil en la generación de desempleo”. *Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 87, 2012, págs 7-34

“Proposición de Ley del Sr. Pi y Arsuaga reformando los artículos 157, 168 y 221 del Código de Comercio”, *DSC*, de 3 de diciembre de 1903, apéndice 1 al núm. 90, págs. 1-3, citado por Machado Plazas, J.: “Pérdida del Capital Social y Responsabilidad de los Administradores por las Deudas Sociales”, Civitas, Madrid, 1997.

Rodríguez Artigas, F.: “El deber de diligencia”, en Esteban Velasco, G.: “El gobierno de las sociedades cotizadas”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999.

Rodríguez Artigas, F.: “Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de Sociedad Anónima por no promoción de la disolución en caso de pérdidas (art. 262.5 LSA)” *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 24, 2005, págs. 295-314

Rodríguez Ruiz De La Villa, D./Huerta Viesca, M.^ªI.: “La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital por no disolución y no adaptación”, 3^a Edición. Aranzadi, Pamplona, 1997. Pg. 102.

Royo Fernández-Río, A.: “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas” en AA.VV. “Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero”, vol. II, Madrid, 2002, págs 1444 y ss

Sánchez Calero, F.: “Administradores”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Sociedades* t. IV, Madrid, Edersa, 1994, pp. 326-327.

Sánchez Calero, F.: “Los administradores en las sociedades de capital”, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

Sanchez-Calero Guilarte, J.: “Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa” en Rodríguez Artigas, F. (dir.):” Derecho de sociedades anónimas cotizadas”, T. II, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, p. 857.

REPERTORIO JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero de 1984 (RTC 1984, 25)

Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986 (RTC 1986, 159)

Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de abril de 1987 (RTC 1987, 42)

Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1991 (RTC 1991, 18)

Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999 (RTC 1999, 136)

Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2002 (RTC 2002, 75)

Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 2003 (RTC 2003, 50)

Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de marzo de 2003 (RTC 2003, 55)

Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de junio de 2003 (RTC 2003, 100)

Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 2004 (RTC 2004, 54204)

Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de marzo de 2006 (RTC 2006, 82)

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1997 (RJ 1997, 5609)

Sentencia del Tribunal Supremos de 3 de abril de 1998, (RJ 1998, 1910)

Sentencia del Tribunal Supremos de 12 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9045)

Sentencia del Tribunal Supremos de 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9749)

Sentencia del Tribunal Supremos de 30 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9909)

Sentencia del Tribunal Supremos de 20 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10130)

Sentencia del Tribunal Supremos de 20 de julio de 2001 (RJ 2001, 6863)

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9307)

Sentencia del Tribunal Supremos de 26 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8134)

Sentencia del Tribunal Supremos de 9 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 1016).

Sentencia del Tribunal Supremos de 14 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9762)

Sentencia del Tribunal Supremos de 11 de marzo de 2004 (RJ 2004, 3401)

Sentencia del Tribunal Supremos de 26 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2306)

Sentencia del Tribunal Supremos de 17 de junio de 2004 (RJ 2004, 3627)

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2006 (RJ 2006, 199)

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006 (RJ 2006, 4887)

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007 (RJ 2007/ 2069)

Sentencia del Tribunal Supremo de Julio de 2007 (RJ 2007/ 2085).

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5446)

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2010 (RJ 2010, 5694)

Sentencia del Tribunal Supremo 26 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 3400)

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4058)

Sentencia del Tribunal Supremo 13 de abril de 2012 (RJ 2012, 5901)

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014 (RJ 2014, 4526)

OTROS ÓRGANOS

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 18 de abril de 2005 (RJ 2005, 888)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de octubre de 2005 (JUR 2005, 257849)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de noviembre de 2006 (AC 2006, 2241)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 25 de octubre de 2006 (JUR 2006, 285458)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 14 de junio de 2007 (AC 2007, 1726)

10-ANEXO I

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 262.5 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1989

-REDACCIÓN ORIGINAL LSA 1989:

Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los Administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la Sociedad en el plazo de dos meses, a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

-REDACCIÓN TRAS LA REFORMA EFECTUADA POR LA LEY 19/2005:

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

-REDACCIÓN EN EL ARTÍCULO 367 LSC:

1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.