



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIAL:
TIPIFICACIÓN POR SU ORIGEN.**

Autor: Gonzalo Lorenzo Díaz-Meco
5º E-3 C
Dº Mercantil

Tutor: Dr. Daniel Prades Cutillas

MADRID
Junio de 2019

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
1.1. Objeto de estudio e interés en su tratamiento	5
1.2. Objetivos perseguidos	6
1.3 Metodología y plan de trabajo.....	6
1.4. El concepto de responsabilidad	6
1.5 La figura del administrador social.....	8
2. RÉGIMEN GENERAL: LA RESPONSABILIDAD ORDINARIA O CAUSAL	10
2.1. Deberes de los administradores	10
2.1.1. Deber de diligencia	10
2.1.2. Deber de lealtad	13
2.2. Presupuestos de la responsabilidad y naturaleza jurídica	17
2.3. El alcance de la responsabilidad	18
2.4. Acciones de responsabilidad	20
2.4. Legitimación pasiva: los administradores de derecho y de hecho y las personas jurídicas25	
3. RÉGIMEN ESPECIAL: LA RESPONSABILIDAD EXTRAORDINARIA O FORMAL.	27
3.1 Disolución de la sociedad	27
3.2. Deberes de los administradores de solicitar la disolución judicial	29
3.3. Responsabilidad de los administradores.....	31
4. LA RESPONSABILIDAD EN EL PROCESO CONCURSAL	35
4.1. La calificación: concepto, objeto y fundamentos	35
4.2. El concurso culpable	36
4.3. Apreciación de la culpabilidad	36
4.4. Las consecuencias de la calificación culpable del concurso.....	40
4.5. La responsabilidad concursal del artículo 172 de la LSC.....	43
5. CONCLUSIONES.....	47
6. BIBLIOGRAFÍA.....	49

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

SIGLAS

- **AP:** Audiencia Provincial.
- **BOE:** Boletín Oficial del Estado.
- **DGRN:** Dirección General de los Registros y del Notariado.
- **DRAE:** Diccionario de la Real Academia Española
- **LC:** Ley Concursal
- **LSC:** Ley de Sociedades de Capital
- **LSA:** Ley de Sociedades Anónimas
- **ss.:** Siguietes.
- **S:** Sentencia.
- **TC:** Tribunal Constitucional.
- **TS:** Tribunal Supremo.

ABREVIATURAS LATINAS

- **Op.cit.:** *Opere Citato*, que significa “obra citada”.
- **Vid.:** *Viden* , que significa “véase”.

Resumen

A través del presente estudio se pretende analizar, desde un punto de vista crítico y riguroso, los distintos regímenes a los que se encuentran sometidos los administradores de una sociedad de capital en el orden mercantil. Por ello, se empezará analizando el régimen de responsabilidad ordinaria o causal partiendo de los deberes de los administradores, y en caso de incumplimiento, el alcance, la naturaleza y los presupuestos para que haya responsabilidad sobre los legitimados pasivos y las distintas acciones que poseen la sociedad, los socios y terceros para exigir responsabilidad. Posteriormente, se desarrolla el régimen especial: la responsabilidad extraordinaria y formal, centrando el análisis en el supuesto de disolución de la sociedad y la responsabilidad por incumplimiento de dichos deberes. Finalmente, se procederá a detallar la responsabilidad concursal de los administradores en el seno de un concurso calificado como culpable.

Palabras Claves

Administradores, Sociedades de Capital, Responsabilidad, Deberes.

Abstract

The aim of this study is to analyse, from a critical and rigorous point of view, the different regimes to which directors are subject in the mercantile order. For this reason, we will begin by analysing the ordinary or causal liability regime based on the duties of the directors, and in the event of non-compliance, the scope, nature and reasons for there to be responsibility for the legitimate liabilities and the different actions held by the company, the partners and third parties to demand responsibility. Subsequently, the special regime is developed: extraordinary and formal liability, focusing the analysis on the event of dissolution of the company and liability for breach of such duties. Finally, it will proceed to detail the bankruptcy liability of the directors within a bankruptcy classified as guilty.

Key words

Directors, Corporate Enterprises, Liability, Duties.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objeto de estudio e interés en su tratamiento

El administrador es aquella persona física o jurídica que tiene competencia la competencia de gestionar y administrar la sociedad (artículo 209 LSC). El marco normativo en el que el administrador ejerce estas competencias está condicionado por tres ordenes: civil, concursal y penal. El administrador al incumplir sus deberes y obligaciones puede incurrir en responsabilidad. En concreto, son las diferentes responsabilidades en las que puede incurrir el administrador social al realizar una conducta antijurídica tipificada, de ahí el título del presente trabajo: “La responsabilidad del Administrador Social: tipificación por su origen”.

A continuación, se procederá en el cuerpo del trabajo a realizar un análisis desde los dos enfoques mercantiles: civil y concursal.

El Administrador social es la persona física o natural que está encargado de gestionar un patrimonio ajeno destinado a ejercitar una actividad económica y organizado en base a las reglas que imperan en las sociedades capitalistas. Esto supone la definitiva separación de propiedad y gestión. A pesar de ser actuar en nombre de un tercero, se le puede llegar a exigir una responsabilidad legal por tercero contra su patrimonio.

La sociedad para que pueda cumplir su objeto social y que su patrimonio pueda circular en el tráfico empresarial necesita de los administradores. Las personas jurídicas necesitan de los administradores para tomar las decisiones, es decir, para llevar a cabo la organización de una empresa. Los administradores no actúan en su propio interés ni se atribuyen el beneficio directamente. Por tanto, son el órgano social por excelencia.

Resulta, por tanto, de gran interés analizar como se entrelazan estos tres regímenes distintos pero compatibles e investigar los requisitos y la naturaleza jurídica de cada responsabilidad, que ha resultado el foco de la controversia porque el Tribunal Supremo ni la doctrina¹ se han mantenido firmes en una postura como se

¹ MACHADO PLAZAS, J., Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales, Madrid, 1997; ÁVILA DE LA TORRE, A., La responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad anónima, Madrid, 1997; MOYA JIMÉNEZ, A., La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes, 2a ed., Barcelona, 1998.

verá a lo largo del trabajo, con el objetivo de averiguar su naturaleza jurídica, aplicación y coordinación de la responsabilidad.

1.2. Objetivos perseguidos

En el presente trabajo se estudia los distintos regímenes de responsabilidad a los que está sometido el administrador social. Por ello, se tratará de dar respuesta a las siguientes preguntas a lo largo del trabajo: ¿En qué casos debe responder el administrador y bajo qué circunstancias? y ¿Cómo se coordinan los distintos regímenes de responsabilidad?

Por ende, en los siguientes apartados se hará un análisis profundo de la legislación societaria y concursal para resolver estas cuestiones. En concreto, se hará un examen detallado de la doctrina y jurisprudencia con el fin de dar respuesta a los interrogantes planteados.

1.3 Metodología y plan de trabajo

Con el fin de cumplir nuestros objetivos, se llevará a cabo un estudio minucioso y crítico de los preceptos legales, la doctrina y la jurisprudencia. Partiendo de los preceptos legales, y apoyándonos en la doctrina y la jurisprudencia se pretenderá encontrar la finalidad de la norma y comprender su aplicación por los tribunales.

En primer lugar, en base a la responsabilidad ordinaria o causal, la primera parte del trabajo expondrá la responsabilidad causada por el daño causado por el administrador a la sociedad cuando ejerce sus funciones.

En segundo lugar, el régimen extraordinario o formal que se basa en el incumplimiento de disolver la sociedad por parte del administrador.

Por último, se procederá a examinar la responsabilidad en el seno de un proceso concursal que ha sido calificado como culpable.

1.4. El concepto de responsabilidad

En primer lugar, se debe explicar el concepto de responsabilidad que a lo largo del trabajo se utilizará para abordar el estudio de la responsabilidad exigible al

administrador, el alcance, la naturaleza y los distintos sistemas de evaluación en el marco legal.

La DRAE define la responsabilidad como “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por si o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal” y también desde un punto de vista más amplio: “cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado”.

Errar en la actuación o producir daño lleva apareado la responsabilidad. Por un lado, se encuentra obligado a reparar o resarcir. Por otro lado, origina en el individuo una carga moral por esa conducta inadecuada. Por tanto, la responsabilidad consiste en que debido al daño o mal causado originado nace una obligación de repararlo al ser un comportamiento doloso, inadecuado o negligente (culpa).

Al haber varias ramas de Derecho, hay que cumplir obligaciones tanto de Derecho Privado como Público pudiéndose hablar de responsabilidad en el orden privado y en el orden público. En el Derecho Público, se subdivide en responsabilidad administrativa cuando se incumple una norma de este carácter, responsabilidad en el marco de lo fiscal y responsabilidad en el marco de lo penal. Igualmente, se distinguen dos tipos de consecuencias derivadas de la responsabilidad: personales y patrimoniales. Las primeras solo afectan a la esfera personal del individuo mientras que las segundas no solo alcanzan al infractor, sino que puede ampliarse la responsabilidad a otros sujetos responsables de manera directa o subsidiaria, aunque exclusivamente desde una forma patrimonial. En el mismo instante que la responsabilidad toma esta última forma, únicamente es exigible desde el ordenamiento privado independientemente de que no tuviese dicho carácter al principio.

El artículo 1911 del Código Civil establece el alcance patrimonial de la responsabilidad por el incumplimiento de una obligación. Este artículo define la responsabilidad como universal, con todos los bienes presentes y futuros del infractor y de garantía genérica. La responsabilidad puede venir acarreada por incumplir una obligación legal, una actuación negligente, una obligación contractual de ahí que se divida en responsabilidad legal, contractual y extracontractual, dependiendo de la fuente.

En cuanto a la naturaleza, si el fin de la responsabilidad es indemnizar el daño real y efectivo originado a un tercero se denomina responsabilidad resarcitoria. El elemento clave es el daño, sin este no habría responsabilidad. En cambio, si se comete una infracción de una norma tipificada y se establece la consecuencia de una

sanción se trata de responsabilidad sancionadora en el que su naturaleza no es indemnizatoria por el daño originado. Su objetivo es corregir la conducta infractora mediante una multa económica basada en la gravedad de la infracción que está previamente preestablecida certificando el principio de seguridad jurídica².

Para apreciar los daños y por ende probar la responsabilidad, pueden exigir los tribunales responsabilidad en base a un criterio objetivo o causal. La causal íntimamente ligada con la responsabilidad común por daños se hace necesario probar la creación de un daño a través de un acto u omisión que sea consecuencia de esa conducta y valorarlo patrimonialmente³. Por otro lado, el nexo causal de la responsabilidad objetiva es la presunción legalmente establecida entre acto y consecuencia porque así lo establece la ley. Va ligada a la previsión de situaciones de riesgo, por ello, es habitual denominarla responsabilidad ordinaria por daños. Este plus de protección de este tipo de responsabilidad está justificado por ser situaciones de riesgo especial que requieren de una mayor diligencia y el Ordenamiento permite que el Derecho administrativo se inmiscuya en el derecho privado⁴. Por último, a la hora de determinar al individuo responsable, que puede ser por actos propios o por actos de terceros, al que se le acarrean las consecuencias de la infracción existen dos tipos de responsabilidad: directa y subsidiaria. La responsabilidad directa se presume por la realización de un hecho que puede ser realizado por uno mismo o en grupo. Será solidaria si se le puede pedir a cualquier responsable el cumplimiento íntegro de la consecuencia y mancomunada si solo se puede exigir a cada responsable su parte de las consecuencias.

1.5 La figura del administrador social

² DÍAZ ECHEGARAY, J. L., Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital. Cizur Menor, 2006, p 459: La pena o sanción civil (...), que vincula el interés general con el privado. Se caracteriza porque la iniciativa de su aplicación puede atribuirse a los particulares, los cuales, además, pueden obtener una ventaja patrimonial de ella, pero no es esta su finalidad sino la de garantizar la aplicación de una medida de interés general.

³ La jurisprudencia exige tres requisitos normalmente para la apreciación de la responsabilidad ordinaria: una conducta antijurídica, daño en el patrimonio del tercero y la demostración de la relación de causalidad entre los dos anteriores (SSTS de 3 de abril de 1990, de 5 de junio y de 10 de abril de 2015, entre otras).

⁴ REGLERO CAMPOS, L. F. pág. 196: La doctrina de riesgo debe ser aplicada con un sentido limitativo (...), sino sólo a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal comparado con los estándares medios. (...) La responsabilidad objetiva no es un sistema inflexible habrá de ser delimitado, en cada caso, por la ley que la instituya y para el ámbito a que éste destinada, y pulida por la labor de los tribunales.

El administrador es aquella persona física o jurídica que ejerce la competencia de gestionar y administrar la sociedad (artículo 209 LSC). La principal función del administrador social es la asunción de riesgo (Knight, 1947) y el ordenamiento no puede privar esta característica. No se puede extender como práctica generalizada la responsabilidad de actos propios a terceros por parte de los empresarios. El empresario debe ser el encargado de graduar y establecer el nivel de riesgo que la empresa quiere asumir ya que el beneficio está directamente relacionado con el nivel de riesgo tomado. El administrador deberá en función del nivel de riesgo elegido tomar decisiones para sacar el máximo beneficio posible dentro de ese nivel. La ley no establece ningún tipo de condición para este tipo de cargo.

Por ende, al administrador se le conceden las potestades necesarias para tomar las decisiones por cuenta del patrimonio de la sociedad y se le juzgará de la misma forma que si fuera suyo el patrimonio o que el principal hubiese actuado por sí mismo.

Los administradores no siguen un programa previamente establecido por los socios, sino que actúan discrecionalmente (Engert y Goldlücke, 2017). No existe tal programa, su principal misión es maximizar a través del desarrollo del objeto social el patrimonio de la sociedad

El administrador está sujeto a dos regímenes de responsabilidad. Un nivel de responsabilidad interno o moral, no coactivo, que está relacionado con obrar justamente y haciendo lo correcto, es decir, como diría Aristóteles actuar de manera virtuosa sin esperar a que nadie nos exija nada para actuar éticamente. Aunque en el largo plazo sí que podría tener un efecto negativo en la viabilidad y sostenibilidad empresarial al comprometer la imagen y el posicionamiento de la empresa en el mercado.

En cuanto al nivel de responsabilidad exigible o legal, está definido en su origen y alcance por el ordenamiento jurídico. Se nos exige a través del ordenamiento jurídico que no se contravengan las leyes para que no se impongan las consecuencias patrimoniales establecidas provocando un efecto directo en la empresa.

Por otro lado, en cuanto a la relación jurídica del Administrador con la sociedad, es la Junta General la encargada de designar al administrador o miembros del Consejo de Administración (art. 214.1 LSC) y que estos acepten para la constitución y el ejercicio de facultades del órgano de administración (art. 214.3 LSC). Desde la aceptación ya son considerados como tal a pesar de que la ley exija un segundo requisito de carácter formal, la inscripción en el registro del

nombramiento para que sus efectos sean válidos frente terceros (art. 214.1 LSC) y con valor de publicidad frente a terceros en materia de representación de la sociedad⁵.

Finalmente, tras un debate doctrinal, la tesis institucionalista se impuso en relación con la naturaleza jurídica del vínculo que conecta el administrador con la sociedad. El administrador es considerado como un órgano de la sociedad, un instrumento de la sociedad, imprescindible para las relaciones de la sociedad con terceros ⁶.

2. RÉGIMEN GENERAL: LA RESPONSABILIDAD ORDINARIA O CAUSAL

2.1. Deberes de los administradores

La Ley engloba todos los deberes de los administradores en dos grandes categorías: el deber de actuar con diligencia y lealtad a la sociedad a través de normas particulares para cada categoría.

2.1.1. Deber de diligencia

Los administradores han de actuar en su cargo con “la diligencia de un ordenado empresario”⁷ que es a su vez un modelo de conducta y fuente de obligaciones (art. 225.1 LSC). Con este nivel de diligencia, los administradores han de cumplir los deberes que la ley, los estatutos y acuerdos de la sociedad les atribuyen de la forma que lo haría un empresario, integrándose así el elemento de profesionalidad en el cargo.⁸

A) Deber de ejercer efectivamente el cargo

⁵ PARDO, J., Aranzadi Experto Sociedades Mercantiles. Madrid, 2016, pág.9: “La inscripción no tiene carácter constitutivo, por lo que el nombramiento surtirá plenos efectos frente a la sociedad desde su aceptación”.

⁶ GARRIGUES, J. y URÍA, R., Comentario a la ley de SA 3ª ed. Madrid, 1976, pág. 27: Instrumento apto para emitir declaraciones de voluntad y necesario legalmente para llevarlas a ejecución en las relaciones internas y externas de la sociedad).

⁷ PÉREZ CARRILLO, E. F. RdS, 14, 2000, pág. 275 y ss.: “El deber de diligencia de los administradores de sociedades”.

⁸ La Jurisprudencia ha establecido que: “esta expresión de ordenado empresario y representante leal equivale a la expresión de “buen padre de familia” del artículo 1.104, párrafo segundo, del Cc.” (vid. SAP de Zaragoza de 5 de diciembre de 2005)

La función principal de los administradores consiste en representar y realizar una efectiva administración de la sociedad. A los administradores se les exige una conducta activa en el cumplimiento de sus funciones tanto de gestión como de impulso y demás deberes de la vida de la sociedad. Por ello, adaptando a las situaciones concretas y a la sociedad en cuestión, para garantizar cumplir este deber los consejeros han de procurar lo siguiente:

1. Con el objetivo de un seguimiento constante de las cuestiones planteadas sobre la administración de la sociedad, los administradores han de dedicar el tiempo y el esfuerzo demandado.
2. Analizar previamente el orden del día de la reunión del consejo y si es oportuno pedir la inserción de puntos adicionales y prepararse suficientemente las reuniones a las que asistan, todo ello bajo una conducta activa.
3. Asistir personalmente a las reuniones del consejo y en caso de no ir impartir las instrucciones necesario para el que ejerza su cargo por representación.
4. En el caso de que el presidente no convocase una reunión del consejo y fuera necesaria para tratar asuntos de interés de la administración de la sociedad, el administrador debiera solicitarla o promoverla.
5. Comprobar la ejecución y cumplimiento de los acuerdos adoptados.

B) Deber de vigilancia o supervisión

Los administradores han de controlar activa y continuamente la sociedad observando si se cumplen los objetivos establecidos y se respeta el interés y objeto de la sociedad. Este deber de carácter individual a la hora de cumplirlo está condicionada por la estructura y las funciones del consejo. Los administradores tienen una doble labor: supervisar los órganos y las personas en las que hayan delegado sus facultades y el trabajo de los directivos.

Muy relacionado con el deber de informarse, se encuentra esta diligencia ya que obliga a los administradores a estar informados de las decisiones más relevantes en cuanto a la gestión y la forma en que se ejecutan los acuerdos adoptados. Para ello es necesario también conocer los riesgos financieros y no financieros que pudiesen afectar a la sociedad.

C) Deber de informarse

Los administradores gozan tanto de un derecho de recibir información como de un deber de exigir información (art.225.3 LSC). Esta información debe ser coherente y adecuada para el ejercicio de su cargo. La obtención de esta información es un requisito necesario para actuar diligentemente ya que sin dicha información no pueden adoptar las medidas encaminadas al buen gobierno corporativo⁹.

Al ser el encargado de la gestión de la sociedad, debe poseer la mejor información posible, en términos de calidad y cantidad, sobre la sociedad y sus asuntos para poder tomar la decisión adecuada, en función del contexto concreto ya que una decisión puede ser la apropiada en una situación y deplorable en otra¹⁰. Este deber tiene un claro alcance material. Los administradores tienen la obligación de solicitar y recibir todos los datos, documentación y hechos relacionados con la actividad societaria para cumplir con sus deberes.

D) Protección a la discrecionalidad empresarial (art.226 LSC)

Las decisiones que adopta un administrador de manera recurrente son inciertas en cuanto a su resultado, no son una ciencia exacta. El administrador tiene diferentes alternativas, con sus pros y contras, de las que debe elegir una. Posteriormente, esa decisión puede acarrear otro resultado que no es el esperado.

Por ello, no está entre las tareas de un administrador asegurar el éxito económico o está penalizado obtener pérdidas para calificar la gestión llevada a cabo por los administradores¹¹. Inspirado en el *business judgment rule*, no podrá exigirse responsabilidad al administrador por el fracaso a no ser que infrinja sus deberes y esto cause un daño a la sociedad. Esta regla de protección de la discrecionalidad empresarial restringe la responsabilidad de los administradores por las decisiones adoptadas y que han tenido resultados negativos para la sociedad. Los tribunales

⁹ URÍA-MENÉNDEZ-GARCÍA DE ENTERRÍA, pág. 979: “El deber de informarse sobre la marcha de la sociedad se traduce en la obligación de los administradores de recabar y valorar toda la información que sea relevante y significativa antes de tomar cualquier decisión”.

¹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F, Los administradores en las sociedades de capital. Pamplona, 2005, pág. 197: “El grado de diligencia no se podrá medir por el perjuicio que cause una determinada decisión, sino que se ha de valorar siguiendo otros parámetros entre los que se encuentra el estudio y la información de las decisiones adoptadas”

¹¹ SÁNCHEZ CALERO, F., Los administradores en las sociedades de capital. Pamplona, 2005.pág 169: “Los administradores en el ejercicio de sus funciones han de desplegar una determinada diligencia, sin que pueda indicarse que la misma ha de producir necesariamente un resultado beneficioso para la sociedad.”

americanos establecen que la mayor consecuencia podría ser una disminución de la retribución o una destitución. Los jueces han de valorar el modus operandi llevado a cabo para tomar la decisión.

El derecho español influenciado por esta corriente ha introducido una regla similar a la americana que en los casos que la decisión es tomada actuando de buena fe, sin conflicto de interés, con información suficiente y con un iter procedimental adecuado se considerará que el administrador ha tomado la decisión diligentemente.

2.1.2. Deber de lealtad

El administrador debe siempre actuar en interés de la sociedad (art. 227 LSC). Además, los administradores han de desarrollar el cargo con fidelidad al interés social, es decir, como un fiel representante de la sociedad. El administrador debe siempre primar el interés de la sociedad y actuar de buena fe cumpliendo con sus deberes con el único límite de lo establecido en la ley o los estatutos¹².

La lealtad se define en base al interés de la sociedad que lo marcan los socios en los estatutos de la sociedad y es, por ello, que la Junta debe comprobar y aprobar la gestión de la sociedad efectuada por los administradores al ser los representantes de la sociedad¹³.

Este deber es de orden público, de carácter imperativo, de forma que ninguna norma en los estatutos puede limitarlo o contrariarlo

A) Principios (227.1 LSC), consecuencias (227.2 LSC) y obligaciones (228 LSC)

La ley ha ido, gracias a los avances en materia de gobierno corporativo e inspirándose en tres grandes principios: representante leal, cumplir las Leyes y el Estatuto y actuar siempre en interés de la sociedad, desarrollando un modelo de conductas que forman los deberes inherentes al deber de lealtad. Este deber de lealtad obliga a los administradores a:

¹² RIBAS FERRER, V., El deber de lealtad del administrador de sociedades. Madrid, 2010, pág.162: delimita el alcance del deber de lealtad y por ende del interés social, exclusivamente a situaciones de conflicto de interés entre administrador y sociedad.

¹³ FONT GALÁN, J.I., El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales. 2005, pág. 90: Ser fiel al interés social es el modo de ser auténtica y plenamente diligente y leal.

- Actuar en el mejor interés de la sociedad, de buena fe y como un fiel representante¹⁴.
- Utilizar sus facultades con los objetivos para los que se las hayan transmitido.
- A excepción de que sean de obligatorio requerimiento o la ley lo permita, no facilitar información, datos, informes a los que hayan tenido acceso por su condición de administrador. Este deber de secreto se mantiene aun cuando hayan dejado de ostentar al cargo.
- No formar parte de la deliberación y votación de acuerdos en las que exista conflicto de interés¹⁵ propio o vinculado, pero esta prohibición no engloba las decisiones que afecten a la condición de administrador en cuanto tal. Esta norma de carácter preventivo sirve para que los administradores no ejerzan un comportamiento desleal a la sociedad.
- Actuar con total independencia y desarrollar sus funciones bajo su propia responsabilidad (responsabilidad personal).
- Evitar situaciones en las que sus intereses entren en tensión con los de la sociedad y sus deberes, es decir, prevenir los conflictos de interés.

Las consecuencias son indemnizar los daños causados a la sociedad y devolver el enriquecimiento injusto obtenido.

B) Contenido (229 LSC)

Merece la pena detenerse en el deber de prevenir el conflicto de interés debido a su vital importancia, llegando a ser considerado como el deber de conducta más característico. Esta situación emerge cuando convergen los intereses del administrador con los de la sociedad, aunque no implique un perjuicio para la sociedad y con un alcance personal de los titulares de los cargos y las personas

¹⁴ RIBAS FERRER, V., El deber de lealtad del administrador de sociedades. Madrid, 2010, pág. 221: se basa en la obligación de actuar en interés y subordinación del interés propio cuando los intereses del administrador sean contrarios a los de la sociedad.

¹⁵ RIBAS FERRER, V., El deber de lealtad del administrador de sociedades. Madrid, 2010, pág. 409: los administradores son los encargados de gestionar intereses ajenos, por tanto, como medida preventiva se encuentra la prohibición de actuar en conflicto.

vinculadas. Resulta suficiente que exista una mínima posibilidad de que no actúe en interés de la sociedad y actúe en base al interés suyo o de una persona vinculada al administrador. Este deber consiste en una obligación de no hacer, es decir, una prohibición:

- No llevar a cabo operaciones con la sociedad a no ser que sean ordinarias y se realicen bajo las mismas condiciones que cualquier cliente sin que el administrador goce de ninguna ventaja.
- No aprovecharse de su cargo para ejercer presión, de los activos de la sociedad y información confidencial, del nombre de la sociedad o de las oportunidades de negocio que pertenecen a la sociedad en su beneficio¹⁶.
- No obtener remuneraciones o ventajas ajenas a la sociedad que sean debido a su cargo como administrador.
- No realizar una competencia efectiva en la sociedad. Por competencia efectiva se entiende “La actividad desarrollada por un administrador constituirá competencia efectiva cuando se desenvuelva en el específico ámbito temporal y geográfico que, funcionalmente, sea idóneo para dañar los intereses de la sociedad y que, además, tenga carácter relevante”

En todos estos casos, el administrador tiene el deber de abstenerse y de comunicarlo en aras de una mayor transparencia y se debe reflejar en la memoria anual para tener un mayor control sobre los administradores.

C) Personas vinculadas (231 LSC)

Con el objetivo de establecer las personas vinculadas, se establecen dos categorías en función de la naturaleza del administrador, distinguiendo entre si el administrador es persona física o jurídica.

En primer lugar, si el administrador es persona física serán personas vinculadas:

¹⁶ SÁNCHEZ CALERO, F, Los administradores en las sociedades de capital. Pamplona, 2005, pág. 180: La finalidad de esta norma es que el administrador no utilice el nombre de la sociedad o su cargo para sus propios negocios.

- Cónyuge
- Ascendientes, descendientes y hermanos propios y de cónyuge
- Cónyuges de ascendientes, descendientes y hermanos propios
- Sociedades en que estén interesados según art. 42 CCo.

En cambio, si el administrador es persona jurídica serán personas vinculadas:

- Administradores de hecho o derecho, liquidadores y apoderados generales
- Sociedades del grupo
- Personas vinculadas con el administrador designado por la sociedad

D) Régimen legal especial

Este régimen de carácter imperativo (art. 230 LSC), no es alterable via estatutos. En cuanto al régimen de dispensa y autorización de carácter puntual, la normal general es que la capacidad de autorizar la ostente el órgano de administración de la sociedad y, de manera excepcional, la junta general. Pero, únicamente para casos puntuales se puede dispensar al administrador o persona vinculada de su obligación cuando haya conflicto de interés.

En primer lugar, la autorización por parte del órgano de administración es preceptiva cuando no sea necesaria la autorización por parte de la junta general. Los administradores que confieren esta autorización han de ser totalmente independientes y los que no lo fueren deben de abstenerse de tomar dicha decisión. Se debe comprobar que la participación es insustancial al patrimonio de la sociedad o que cumple con los estándares necesarios de transparencia y se realiza en condiciones normales del tráfico de mercado.

En segundo lugar, la junta general en los siguientes supuestos obligatoriamente tendrá que conceder la autorización: el administrador va a obtener una ventaja o remuneración de un tercero, vaya a realizar una operación de una cifra superior al 10% del valor de los activos de la sociedad y la prohibición de no competir siempre que no suponga un daño para la sociedad o los beneficios contrarresten los daños a la sociedad.

Por último, se establecen las acciones especiales por infracción: impugnación, cesación, remoción y anulación de actos y contratos afectados. En

concreto, el cese del administrador se producirá por decisión de la Junta si incurren en la prohibición del artículo 224.1 LSC, por petición de los socios si los intereses son opuestos (art. 224.2 LSC) y por la Junta, nuevamente, si hay riesgo relevante sobrevenido por competencia (art. 230.3 LSC).

2.2. Presupuestos de la responsabilidad y naturaleza jurídica

Los administradores han de cumplir los deberes inherentes a su cargo anteriormente descritos para no incurrir en responsabilidad. La responsabilidad civil de los administradores puede ser interna o externa. Responsabilidad interna que responderían frente a la sociedad y los socios; responsabilidad externa que responderían frente a cualquier tercero que hayan cometido actos lesivos, en concreto, ante los acreedores de la sociedad. Se trata de un régimen preventivo que busca que los administradores ejerzan su cargo cumpliendo sus deberes y establecer mecanismos para controlar su gestión, y, en último caso, respondan del daño ocasionado a la sociedad, socios o terceros.

Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores se encuentran recogidos en la LSC en el artículo 236.1 que reza lo siguiente:

“1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.

La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.”

Del análisis del artículo, se desprende que no solo el administrador tiene que producir un daño, sino que ha de cumplir cuatro requisitos para que incurra en responsabilidad¹⁷.

El segundo requisito sería incumplir los deberes inherentes al cargo que se encuentran en los artículos 225 y ss de la LSC. El administrador estaría incumpliendo sus obligaciones establecidas en la Ley o estatutos a través de actos u omisiones.

¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I. Navarra, 2013, págs. 528 y ss.; NEILA, J. M. La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital. Madrid, 1995; FARRÁN FARRIOL, J., La responsabilidad de los administradores en la administración societaria. Barcelona, 2004.

El tercer presupuesto mezcla los dos anteriores ya que obliga a que ambos presupuestos presenten una relación de causalidad, un nexo causal. La conducta activa o pasiva debe haber causado el daño producido para que haya responsabilidad. No basta la mera casualidad natural, la actuación ilícita debe ser suficiente para que incurra en responsabilidad y surja la obligación de reparar el daño, por ello, se sigue un criterio de imputación objetiva¹⁸.

Finalmente, el último presupuesto sería la cuantificación del daño ocasionado por el acto u omisión del administrador que debe ser evaluable económicamente teniendo en cuenta el daño emergente y el lucro cesante.

Por otro lado, en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad en la que pueden incurrir los administradores se define como legal, están en la ley las obligaciones y las consecuencias de las infracciones; orgánica, se exigen a una persona física o jurídica que es la administradora; personal, se requiere a la persona física o jurídica que ocupe el cargo de administrador no al órgano colegiado; solidaria, existe una presunción iuris tantum de que el daño es causado por todos los integrantes del órgano de administración, por lo que se puede demandar a cualquiera y solicitarle la indemnización total correspondiente, aunque posteriormente pueda reclamársela a los administradores el importe pertinente; resarcitoria, la finalidad de la indemnización es resarcir el daño originado a la sociedad, socios o terceros.

2.3. El alcance de la responsabilidad

Los apartados 2 a 5 del artículo 236 LSC engloban la subjetividad en la responsabilidad:

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

3. La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador,

18 CRUZ RIVERO D., La administración de la sociedad en Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles. Madrid, 2013, pág. 544.

como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

4. Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella.

5. La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador”.

El apartado 2 del mencionado artículo, establece la responsabilidad de los administradores por las decisiones contrarias al interés social, al deber de lealtad societaria y la moral que no pueden resguardarse en la existencia de acuerdos sociales ni, aunque fueran anulados (STS de 13 de junio de 2012). Se permite el uso de la acción de responsabilidad aun cuando la Junta General haya autorizado o incluso ratificado el acto lesivo de los administradores.

La ley va un paso más lejos ya que se deduce que permite el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores cuando estos meramente estuviesen ejecutando un acto de la Junta General que sea lesivo, ilegal o contrario a los Estatutos. Esto se debe a que no habrá actuado de manera diligente negándose a ejecutar dichos actos independientemente de que proviniesen de la Junta General o simplemente que la Junta General hubiese asumido unas competencias de gestión que por ley no le pertenecen. Los administradores tienen la capacidad de impugnar los acuerdos adoptados en la Junta General que vayan en contra de los Estatutos o Ley.

Esta diligencia exigible a los administradores en su actuación está definida de manera genérica de la manera siguiente: los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal. El administrador debe velar por los intereses sociales de igual manera que velaría por los suyos, llegando a anteponer los de la sociedad y los socios a los suyos en el proceso de llevar las decisiones

a cabo¹⁹. Por ello, se concluye que existe una diligencia especial a los administradores. La diligencia también debe ir unida a la profesionalización del cargo de administrador a pesar de no ser exigida por la ley ni el mercado en busca de avanzar en la separación entre propiedad y gestión²⁰.

Erróneamente, parte de nuestra jurisprudencia y doctrina, ha prescindido de los tres requisitos necesarios para catalogar de culpa extracontractual pasando a una tendencia de responsabilidad cuasi objetiva del administrador²¹. Se han planteado numerosos procesos apoyándose en la “falta de diligencia” del administrador consiguiendo injustamente así la inversión de la carga de la prueba en la figura del administrador (STS del 11 de junio de 2001 y del 17 de julio de 2001). Es más latente la injusticia ya que no se exige ningún requisito legal para ser Administrador y la Junta no es responsable de haber nombrado a administradores no cualificados para el cargo, pero sí que le pueden exigir gracias a la responsabilidad cuasi objetiva los acreedores y la sociedad que se resarza de los daños ocasionados con el patrimonio del administrador. Esta concepción podría en su máxima expresión sugerir que las pérdidas las tuviese que sufragar el administrador por reclamación del acreedor o de la sociedad.

2.4. Acciones de responsabilidad

2.4.1. Acción social de responsabilidad

La acción de responsabilidad social se define como una acción mercantil de naturaleza resarcitoria y apreciación causal ²²cuyo objeto es la exigencia de responsabilidad a los administradores debido a los actos u omisiones en el ejercicio de su cargo que vayan en contra del interés social, aunque sean en nombre de la sociedad, el suyo o de un tercero. El objetivo de la acción es indemnizar el daño al

¹⁹ GARCÍA DE ENTRERRÍA, J. E IGLESIAS, J., "Los órganos sociales en las sociedades anónima y limitada" en AA. VV. (Dirigido por A. MENÉNDEZ) Lecciones de Derecho Mercantil. 4ª ed. Pamplona. 2007, pág. 423: “exigencia ineludible de anteponer los intereses de los accionistas a los suyos propios”.

²⁰ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. Y HUERTA VIESCA, M.I., La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital. 4ª edición, Pamplona, 1988, pág. 425: “ Se ha agravado notablemente la responsabilidad de los administradores, lo que exigirá, sin duda, una mayor dedicación y especialización de los mismos.

²¹ VICENT CHULIÁ, F., Introducción al Derecho Mercantil. 11ª ed. Valencia. 1998, pág. 319: “La responsabilidad de los administradores se basa en la culpa, con inversión de la carga de la prueba (...) La culpabilidad se presume una vez probados los demás presupuestos, salvo prueba en contrario del administrador demandado”

²² QUIJANO GONZÁLEZ, J., Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Madrid, 2011, pág. 1708: “La pretensión de la acción social es, en todos los casos, la reparación del perjuicio total sufrido por el patrimonio social”

interés social, independientemente de que tenga un contenido patrimonial, llevado a cabo por los administradores que cumplen el fundamento de la acción: los presupuestos de la responsabilidad.

Para cerciorarse del ejercicio de la acción, la norma ha previsto un sistema de tres legitimaciones sucesivas: el interesado (la sociedad), y subsidiariamente, los socios o acreedores.

La primera legitimación activa corresponderá a la sociedad al ser el sujeto perjudicado directamente y, por ello, debe tener prioridad en el ejercicio de la acción. Los administradores tienen la facultad exclusiva de convocar a la junta y de fijar el orden del día (art 166.1 LSC), sin embargo, los socios pueden pedir que añadan nuevos puntos al orden del día. La ley para evitar que se bloquee la reclamación, permite que, aunque no conste en el orden del día que se someta a votación a instancias del interés de cualquier accionista²³. El Tr-LSA 89 prohíbe que este acuerdo requiera una mayoría superior a la ordinaria y con el quórum establecido en el artículo 102 de la LSA (art 238.1). El artículo 238.2 de la LSC establece la destitución automática y definitiva de los administradores inmersos, en el caso de que haya prosperado la acción, aunque, posteriormente, transija.

Originalmente, la ley consideró que los accionistas minoritarios deberían gozar de una protección especial frente a la imposición de acuerdos por el grupo mayoritario ya que este grupo podría haber nombrado a los administradores u obedecen instrucciones de estos. Por ello, con carácter subsidiario se estableció esta segunda legitimación activa ya que la sociedad pudo haber renunciado a ejercer la acción. El artículo 239.1 LSC establece que “el socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad.” El artículo 74.2 LSC además puntualiza que el socio debe haber votado en contra del acuerdo y debe representar, al menos, un cinco por ciento del capital social.

²³ SÁNCHEZ CALERO, F, Los administradores en las sociedades de capital. Pamplona, 2005., pág. 345: “Este derecho ha de considerarse como individual, de manera que cualquier socio con derecho de asistencia y voto podrá proponer a la junta que delibere sobre esta cuestión”

Por tanto, los socios podrán interponer la acción cuando los administradores no convocasen la junta general por tal motivo; la sociedad no hubiese interpuesto la acción en el plazo de un mes desde que se adoptase el acuerdo; el acuerdo es contrario a la exigencia de responsabilidad. Además, si la acción versa sobre el deber de lealtad los socios siguiendo la puntualización del artículo 74.2 de la LSC pueden ejercitar directamente la acción sin que sea necesario que sea tratada en junta general.

Cerrando el ejercicio de la acción y su carácter subsidiario, aparece la legitimación excepcional del acreedor. El avance legislativo sobre esta materia que ha ido transformando el objeto de la legitimación como las condiciones para ejercitarla ha provocado que no sea una posibilidad real. Los acreedores de la sociedad en el caso de que la acción no fuese ejercitada por la sociedad o sus socios y con el patrimonio de la sociedad no se pudiera hacer frente a los créditos de los acreedores podrán ejercitar la acción en nombre propio, pero en defensa del interés social, en concreto, para garantizar los créditos, del patrimonio social.

Sin embargo, existe una incompatibilidad con el procedimiento concursal, la acción solo se puede ejercitar cuando haya insolvencia ²⁴cuando no se puedan satisfacer los créditos. De esta forma, desaparece el carácter preventivo ya que el patrimonio no debe ser suficiente para satisfacer los créditos de los acreedores siendo una situación de carácter estructural.

El espíritu de la ley era que los acreedores forzasen a los administradores tras la inactividad de la sociedad y los socios a que reparasen el daño causado a través de un incremento del patrimonio social con el fin de que pudiese hacer frente a sus deudas la sociedad.

El acreedor deberá demostrar la insolvencia patrimonial. Pero, esto choca ya que para iniciar un concurso voluntario únicamente se exigen indicios (art. 2.4 LC) esto de nuevo demuestra la imposibilidad legal de esta acción. Además, en el hipotético caso de que esta acción triunfase iría claramente en contra del principio *par conditio creditorum* ya que el acreedor cobraría conocida la situación de insolvencia antes de iniciar el procedimiento concursal.

Existe un debate doctrinal en cuanto al plazo de espera de los acreedores para ejercer la acción. Parte de la doctrina argumenta basándose en la similitud con el plazo a los socios de un mes, que se trata de una legitimación sucesiva en la que los

²⁴ SÁNCHEZ CALERO, F, Los administradores en las sociedades de capital. Pamplona, 2005, pág. 371: “La necesidad de la concurrencia de la circunstancia de que el patrimonio sea insuficiente para la satisfacción de los créditos, hace que nos encontremos ante una situación cercana a la insolvencia que puede generar la declaración del concurso de sociedad”

acreedores deben demostrar la pasividad de la sociedad y de los socios²⁵. En cambio, la otra vertiente establece que se trata de una legitimación de preferencia o primacía y no una legitimación sucesiva, es decir, que planteada la acción si la sociedad o los socios deciden llevar a cabo la acción esta sustituiría la de los acreedores.

A diferencia con lo que ocurre cuando la junta general acuerda interponer una acción de responsabilidad social que supone la destitución automática de los administradores, si la acción la interponen los socios o los acreedores, a no ser que soliciten la destitución en la junta general los socios, no supondrá el cese definitivo y automático de los administradores.

Por último, el artículo 48.2 de LC establece una legitimación activa extraordinaria al Administrador Concursal ya que permite entablarla frente los administradores, liquidadores y auditores. Esta legitimación de primer grado de carácter sustitutorio de la que le pertenece a los socios y a la sociedad. Esto se debe a que pesar que hayan votado en contra en la junta, en las sociedades en las que los socios no responden personalmente de sus deudas, el administrador concursal ha de primar los intereses de los acreedores sin que los socios o la sociedad lo impidan²⁶.

2.4.1. Acción individual de responsabilidad

En torno a la jurisprudencia de la acción individual de responsabilidad existe una gran controversia. Por ello, el Tribunal Supremo ha entendido que la acción individual de responsabilidad contra los administradores supone “supone una especial aplicación de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia (art. 135 TRLSA, y en la actualidad art. 241 LSC), que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1902 CC SSTS de 6 de abril de 2006, 7 de mayo de 2004, 24 de marzo de 2004, entre otras). Se trata de una responsabilidad por "ilícito orgánico", entendida como la contraída en el desempeño de sus funciones del cargo» (Sentencias 242/2014, de 23 de mayo; 737/2014, de 22 de diciembre; 253/2016, de 18 de abril)”.

²⁵ En este sentido, S SÁNCHEZ CALERO, F, Los administradores en las sociedades de capital. Pamplona, 2005. POLO, E., Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima. Madrid. 1996, pág. 374 y SUÁREZ LLANOS GÓMEZ, L., La responsabilidad de los administradores en la Sociedad Anónima. Anuario de Derecho Civil, 1992, págs. 992 y ss.

²⁶ LARA, R., La responsabilidad de los administradores. Valencia. 2005, pág. 87: “La administración concursal (...) podrá ejercitar la acción con absoluta independencia de la posición o ausencia de posición de la junta”.

La Sentencia 253/2016, de 18 de abril recopila lo que “la jurisprudencia requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos: i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (v) el daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (v) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero (SSTS 131/2016, de 3 de marzo ; 396/2013, de 20 de junio ; 15 de octubre de 2013 ; 395/2012, de 18 de junio ; 312/2010, de 1 de junio ; y 667/2009, de 23 de octubre , entre otras)”.

No todo incumplimiento contractual es suficiente para emplear la acción individual de responsabilidad ya que, al contrario de la acción social de responsabilidad, esta acción requiere la existencia de un daño directo al tercero que la emplea.

Finalmente, en cuanto al plazo de prescripción es jurisprudencia unánime y pacífica (sentencia 732/2013, de 19 de noviembre (RJ 2013, 7822) , y las en ella citadas), relativa a la situación legal anterior a la ley 31/2014, de 3 de diciembre (RCL 2014, 1613) , que introdujo el art. 241.bis en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792) , “la que aplica el régimen de prescripción previsto en el art. 949 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) a todas las acciones de responsabilidad de los administradores basadas «en su actividad orgánica». Dicho artículo 949 del Código de Comercio comporta una especialidad respecto al dies a quo del cómputo del referido plazo de cuatro años, que queda fijado en el momento del cese en el ejercicio de la administración por cualquier motivo válido para producirlo, si bien se retrasa la determinación del dies a quo a la constancia del cese en el Registro Mercantil cuando se trata de terceros de buena fe (artículos 21.1 y 22 del Código de Comercio y 9 del Reglamento del Registro Mercantil (RCL 1996, 2112), con fundamento en que solo a partir de la inscripción registral puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese, dado que el legitimado para ejercitar la acción no puede a partir de ese momento negar su desconocimiento”.

Sin embargo, este criterio extensivo no es aplicable si el tercero ha actuado de mala fe y se tiene conocimiento anterior del cese definitivo. Este es el caso en el

supuesto de que la sociedad interponga la acción social ya que antes de que se inscriba en el Registro Mercantil el cese del administrador, la sociedad tiene conocimiento anterior del cese del administrador.

2.4. Legitimación pasiva: los administradores de derecho y de hecho y las personas jurídicas

Está sometido al régimen de responsabilidad de los administradores cualquier persona que actúe como administrador de una sociedad. Por tanto, la legitimación pasiva les corresponderá a los administradores de hecho o de derecho cuando se cumplan los requisitos previamente analizados. Los deberes inherentes al cargo de administrador son los mismos para los administradores de derecho o, de hecho. El Tribunal Supremo ha manifestado en la Sentencia 3019/2017 que debe hacerse “extensiva la responsabilidad de los administradores a los administradores de hecho, cuando en su actuación intervengan con las mismas facultades y atribuciones que los de derecho (STS 721/2012, de 4 de diciembre, así como en las más recientes 421/2015, de 22 de julio, y 224/2016, de 8 de abril).

Los administradores que están inscritos en el Registro Mercantil tras haber sido nombrado por la junta, haber aceptado el cargo y este vigente su cargo serán considerados administradores de derecho²⁷.

En cambio, la figura de administrador de hecho se basa en el ejercicio real y efectivo de las funciones administrativas de la sociedad. Este concepto ha ido evolucionando y aclarándose con el tiempo. En un sentido amplio, es administrador de derecho quien sin ningún título legal que lo capacite y sin oposición de los órganos sociales desempeña las funciones de administrador²⁸. Además, se exige un elemento de continuidad y habitualidad en el desempeño de la función gestora, aunque no este estipulado en la ley se desprende del concepto de administrador²⁹. En un sentido más restringido, estarían los administradores que aun habiendo sido nombrados

²⁷ Exceptuando, el nombramiento de un vocal de Consejo de Administración por el sistema de cooptación del art. 244 LSC.

²⁸ STS del 8 de febrero de 2008: “La característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador sin observar las formalidades esenciales que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición”

²⁹ LATORRE CHINER, N., El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA. RDM. 2004, pág. 868: “Sólo puede venir dado por una verdadera participación en la administración, por un ejercicio real, positivo y efectivo de la gestión”.

administradores su cargo está caducado o ha habido un defecto formal en su nombramiento y, a pesar de ello, siguen actuando como administradores.

Dentro de esta categoría, están las personas físicas o jurídicas que ordenan a los administradores lo que tienen que hacer en cada situación, aunque la calificación como administrador de hecho no haya resultado pacífica en esta situación.

Por otro lado, existen dos grandes categorías en las que subsumen los administradores de hecho, así se diferencia entre administradores notorios y ocultos.

Los administradores notorios incluyen el supuesto de aquél que actúa como tal frente a los terceros e internamente pero no posee un título válido para ser administrador, su cargo ha caducado o en su nombramiento ha habido algún defecto de forma³⁰. Por tanto, representan a la sociedad pública y notoriamente en virtud de las facultades que legalmente tienen los administradores. Los socios reconocen su actuación o la toleran, pero no están inscritos en el Registro Mercantil como administradores.

Los administradores ocultos no actúan en el tráfico exterior como administradores ya que la sociedad tiene administradores de derecho. Externamente, no pueden ser apreciados ya que ejercen el cargo los administradores de derecho (vid. Un socio con una gran participación accionarial toma las decisiones que posteriormente serán ejecutadas por los administradores de derecho de la sociedad).

Por último, es importante recalcar el problema de los administradores de las sociedades en el marco de un grupo de sociedades. El problema radica en que los administradores de la matriz impongan decisiones, basta con un solo y único acto de imposición, y pasen a ser considerados como administradores de hecho de la filial entendiendo las funciones de control y supervisión que la matriz ha de realizar sobre la filial³¹. El riesgo aumenta a medida que haya un mayor grado de integración y centralización y mayor sea el poder ejercicio por la matriz en la filial.

Otro sujeto responsable son las personas jurídicas que es común que ostenten la administración de la sociedad. Como requisito la ley, obliga a las personas jurídicas a que nombren a una persona física que la represente. Esta persona física cumplirá todos los requisitos establecidos legalmente para los administradores y estará

³⁰ En este sentido, PÉRDICES HUETOS. A., Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre de 2001.

³¹ LATORRE CHINER, N., El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA. RDM. 2004, pág. 867: "La disciplina que nos ocupa ha de abordarse desde la óptica de los deberes u obligaciones jurídicamente posibles sino desde una perspectiva real, a posteriori, que evalúe lo efectivamente realizado".

sometida al conjunto de deberes de los administradores (art. 236 LSC). Además, se le podrá pedir responsabilidad indistintamente a la persona física o a la persona jurídica que administre siendo una responsabilidad solidaria. A pesar de cumplir con las instrucciones de la persona jurídica esto no conlleva la exención de responsabilidad de la persona física.

3. RÉGIMEN ESPECIAL: LA RESPONSABILIDAD EXTRAORDINARIA O FORMAL.

3.1 Disolución de la sociedad

Una vez analizada la responsabilidad ordinaria del administrador, de carácter indemnizatorio o resarcitoria y causal, que exige la prueba de los tres presupuestos: acto u omisión, daño emergente y nexo de causalidad entre ese daño y la conducta activa o pasiva.

La ley X obliga a disolver una sociedad si se aprecian unas causas una medida claramente de naturaleza preconcursal (vid. STS de 26 de abril de 2005)³². La ley impone un conjunto de deberes a los administradores cuando haya que iniciar el procedimiento de disolución de la sociedad cuando se aprecia legalmente una causa de disolución o los estatutos lo estimen necesario³³. La ley establece un régimen de responsabilidad de los administradores en el caso de que no cumplan con sus deberes que se materializa en una sanción para proteger los intereses generales de la sociedad, la seguridad en el tráfico económico y, en especial, los intereses de los acreedores que reclaman sin la solicitud de un procedimiento concursal la satisfacción de sus créditos. El espíritu de esta ley es evitar que haya sociedades en las que se aprecie causa de disolución y no se solucione esta causa o se disuelva la sociedad ³⁴.

El artículo 363 de la LSC establece las causas de disolución que son circunstancias que la ley ha considerado necesarias para la existencia de la sociedad

³² BELTRÁN SÁNCHEZ, E., La responsabilidad por las deudas sociales de los administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución. Madrid, 2000, págs. 218 y ss.: "El espíritu de la norma cumple funciones de prevención concursal".

³³
³⁴ En este sentido, BELTRÁN SÁNCHEZ, E. La responsabilidad por las deudas sociales de los administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución. Madrid, 2000, pág. 215-216; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas. Madrid. 2002, págs. 1443-1447.

y tendrá un plazo de dos meses desde que concurra alguna de las causas. Estas causas de disolución son las siguientes:

“a) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año.

b) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto.

c) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.

d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.

e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

f) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley.

g) Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años.

h) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

2. La sociedad comanditaria por acciones deberá disolverse también por fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de todos los socios colectivos, salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social.”

En principio, la carga de la prueba de la apreciación de la causa de disolución corresponde a los acreedores sociales que buscan satisfacer sus créditos frente a la sociedad. El momento de ocurrencia es importante ya que el plazo de dos meses para convocar la Junta empezará desde ese mismo momento.

Desde el momento que se aprecie causa legal de disolución y el administrador conociese o hubiera tenido que conocer, en base a la diligencia esperada, las pérdidas, empezará el cómputo del plazo de dos meses. Esta posición es adoptada por la mayoría de los autores y la jurisprudencia ³⁵ .

³⁵ En esta línea, la STS núm. 5367/2008, Sala de lo Civil, Sección 1a, 23 de octubre de 2008 [RJ 2004,102] afirma que: “[...], ha de señalarse que, efectivamente, el cómputo del plazo de los dos meses previstos en el art. 262.5 del TRLSA ha de contarse desde que el administrador conoció o pudo conocer, de haber obrado con la diligencia normal de su cargo, la situación patrimonial de la sociedad.” En el

Entre los autores españoles está muy extendida la idea de que, si se producen pérdidas en cualquier momento a lo largo de un ejercicio social, existe causa legal de disolución y, por consecuencia, desde el mismo instante en el que los administradores conocieran o hubieran debido conocer, de acuerdo al nivel de diligencia que les es exigible, la existencia de esas pérdidas se inicia el cómputo del plazo de dos meses para que procedan a convocar la junta general de accionistas a fin de que acuerde la disolución de la sociedad. Esta es también la solución jurisprudencial prevalente¹⁹.

3.2. Deberes de los administradores de solicitar la disolución judicial

En el momento que se constate una causa legal de disolución, los administradores tienen la obligación de en plazo de dos meses, convocar la junta general, desde que exista la causa para eliminarla o para que se adopte el acuerdo de disolución, o, en el último caso, que se inste un procedimiento concursal. Por tanto, el administrador deberá valorar y decidir sobre la disyuntiva planteada. La insolvencia es causa de solicitar el concurso ya que como se aprecia no está en el artículo 363 de la LSC, y, por ende, no es causa de disolución.

Con el fin de cumplir con los deberes de los administradores, la ley exige un ejercicio diligente del cargo de administrador que les obliga a tomar las decisiones adecuadas a cada situación en base a la estructura del órgano de administración (URIA). Los administradores deberán facilitar al resto de administradores, si los hubiere, la información que tuvieran disponible y las medidas encaminadas a una posible solución o a instar la disolución de la sociedad en la junta general celebrado con tal fin. Si no se acordase constituir junta general o no se llegase a adoptar la disolución de la sociedad cuando procede, los administradores tienen el deber legal de pedir la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses desde la no celebración de la junta o el no acuerdo de disolver la sociedad. En el caso de que

mismo sentido, véanse: SSTS núm. 7878/2000, Sala de lo Civil, Sección 1a, 3 octubre de 2000 [RJ 1995, 3341], núm.6436/2001, Sala de lo Civil, Sección 1a, 20 de julio de 2001 [RJ 1996, 1663], núm. 8154/2004, Sala de lo Civil, Sección 1a, 16 de diciembre de 200 [RJ 1998, 3375], núm. 1073/2006, Sala de lo Civil, Sección 1a, 9 de marzo de 2006 [RJ 1999,2418], núm. 1508/2006, Sala de lo Civil, Sección 1a, 23 de marzo de 2006 [RJ 1999,2643], núm. 5000/2007, Sala de lo Civil, Sección 1a, 4 de julio de 2007 [RJ 2000, 4503].

incumplan con sus deberes, se aplicaría el régimen especial de responsabilidad legalmente impuesto.

Por tanto, el deber del administrador de instar la disolución judicial requiere que persista la causa de disolución y que haya fracasado la Junta cuyo objetivo era acordar la disolución de la sociedad.

En cuanto al primer requisito, la causa no debe haber desaparecido ya sea porque no se encuentre en una situación de insolvencia o porque tenga la obligación de declarar el concurso, o un interesado haya solicitado en dicho plazo la disolución.

El segundo requisito precisa que, si la Junta correctamente convocada no haya sido celebrado o adoptado el acuerdo de disolución, el órgano tendrá que solicitar la disolución judicial, aunque el administrador a título individual deberá solicitarlo con el fin de evitar la responsabilidad personal por las obligaciones sociales³⁶.

El administrador puede verse envuelto en alguna de las siguientes situaciones:

- Causa de disolución por pérdidas cualificadas pero la sociedad no es insolvente. Es el caso de que las pérdidas han dejado el patrimonio neto en una situación inferior a la mitad del capital social, aunque no se aprecie situación de insolvencia. Los administradores convocaran la Junta en un plazo de dos meses para que se reduzca o aumente el capital social o se disuelva la sociedad. El cómputo del plazo empezará desde la fecha acordada para la celebración de la Junta, si no se constituyese, o desde la celebración de la Junta sino se hubiera adoptado tal acuerdo (vid. STS de 17 de marzo de 2011). Los administradores son responsables tanto del incumplimiento de la obligación como del cumplimiento tardío, teniendo responsabilidad solidaria de las deudas de la sociedad posteriores a la causa de disolución. Esta situación es compatible con la posterior solicitud del concurso si después de acordarse la disolución de la sociedad, concurriese una situación de insolvencia.

³⁶ PARDO, J., Aranzadi Experto Sociedades Mercantiles. Madrid, 2016, pág.19: “De igual modo, si cualquier interesado solicita la disolución judicial de la sociedad en dicho plazo, los administradores quedarán eximidos de su deber de solicitar la disolución social y por tanto, exentos de su responsabilidad.”.

- Situación de insolvencia sin pérdidas cualificadas. Para solventar esta situación, los administradores deberán solicitar el concurso de la sociedad conforme a la LC.
- Situación de insolvencia inminente y pérdidas cualificadas, simultáneamente. Una sociedad se encuentra en una situación de insolvencia inminente cuando no va a poder hacer frente a sus obligaciones de pago, sin embargo, la insolvencia no es actual. Nuevamente, los administradores deberán valorar si solicitar la declaración del concurso o convocar la Junta en el plazo de dos meses para el aumento o reducción del capital social, removiendo la causa de disolución, o acordar la disolución. En el caso de que la insolvencia dejase de ser inminente y pasase a ser actual deberán solicitar el concurso sin esperar a la decisión de la Junta. Si los administradores hubiesen promovido la disolución o solicitado el concurso no tendrán responsabilidad societaria por las deudas, sin embargo, aún podría ser ejercitada la acción concursal y la acción social e individual por daños de índole societaria.
- Situación de insolvencia actual y pérdidas cualificadas, simultáneamente. Existe el deber legal, no facultativo, de instar el procedimiento concursal (art. 5 LC)

3.3. Responsabilidad de los administradores

En el artículo 367 de la LSC está estipulado el régimen de responsabilidad al que se someten los administradores por incumplir sus deberes en el caso de que concurra una causa legal establecida en el artículo 363 de la LSC. El administrador dispone de un plazo de dos meses para convocar la Junta General, que deberá decidir entre disolver la sociedad o remover la causa de la sociedad, al ser una modificación estatutaria deberá adoptarse con el quorum y mayoría cualificada (art 365 LSC).

Por otro lado, la LSC ha vuelto a implantar la responsabilidad solidaria del administrador y de la sociedad por todas las deudas sociales y no solo por las que se hubiesen originado con posterioridad a la causa de disolución. El supuesto en concreto es el del artículo 360.1.b LSC que establece la responsabilidad solidaria de todas las deudas sociales en el caso de que tras un año de que se hubiese adoptado el acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo legal por incumplimiento legal al no inscribirse en el Registro el cambio de tipicidad de la sociedad o el aumento de capital.

Sorprendentemente, el artículo 343 de la LSC prohíbe literalmente la reducción del capital social de una sociedad a una cantidad inferior al mínimo legal sin que a la vez se adopte un aumento de capital o transformación societaria.

Esta deficiente redacción por parte del legislador parece que puede deberse a dos supuestos. En primer lugar, debido a la separación de un socio por un determinado acuerdo social y que el capital social quede mermado a una cifra inferior al mínimo legal y se tenga un plazo de un año para transformar o ampliar el capital de la sociedad. En segundo lugar, en el hipotético caso de que una nueva ley aumente el capital mínimo legal necesario y la sociedad no acuerde aumentar el capital para ser acorde a la nueva legislación. Como se observa, únicamente en estos dos casos si que parece lógica la redacción del artículo y la consecuencia que del artículo se desprende: responsabilidad solidaria plena y directa contra los administradores de todas las deudas sociales.

Este no es el único problema en el régimen de responsabilidad, la redacción del artículo 363 LSC ofrece tres alternativas distintas al administrador: disolver la sociedad, quitar la causa de la disolución de la sociedad o solicitar el concurso. El problema radica en que no están claras las consecuencias para el administrador de elegir una u otra opción ni están jerarquizadas.

Si el administrador decide convocar la junta para debatir sobre la opción a tomar ya no podría solicitar el concurso voluntario al haberse pasado el plazo con unas terribles consecuencias, ser declarado responsable del concurso culpable si la junta no opta por remover la causa de disolución ampliando el capital de la sociedad. Además, debería añadir en el orden del día la posibilidad de solicitar el concurso para justificar su diligencia como administrador, pero la junta puede rechazar todas las alternativas al creer que no hay causa de disolución y, por ende, no hay necesidad de solicitar el concurso voluntario. Aunque la junta optase por aumentar el capital y no se da un vuelco a la situación económica podría verse de nuevo el administrador en la misma situación anteriormente descrita. Solo que, en este caso, también, se le podría interponer una acción social por el fracaso económico.

Las sentencias del Tribunal Supremo del 246/2015, de 14 de mayo , y 456/2015, de 4 de septiembre, establecen los pasos temporales relevantes en el ejercicio de la acción de responsabilidad del administrador social por deudas sociales “ la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales nace: (i) cuando concurre una causa de disolución y no cuando nace la deuda, aunque tal deuda origine posteriormente la causa de disolución por pérdidas (luego el administrador contra el

que se dirige la acción no puede ser el que ostentaba el cargo cuando se produjo la deuda, sino el que lo ostentaba cuando se produjo la causa de disolución y no cumplió los deberes de promover la disolución); (ii) no se haya convocado la Junta en el plazo de dos meses para adoptar el acuerdo de disolución o cualquier otro para restablecer el equilibrio patrimonial; y (iii) ni se haya solicitado la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde aquella fecha”.

Además, en la sentencia 246/2015, de 14 de mayo, el Tribunal Supremo afirmó que “el momento relevante para decidir sobre si la obligación es posterior a la concurrencia de la causa legal de disolución es el momento en que nace la obligación social de la que se pretende hacer responsable solidario al administrador. Este criterio concuerda con el seguido por esta sala para atribuir al administrador social la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales existentes estando vigente su cargo, y, por el contrario, no atribuirle responsabilidad por las obligaciones nacidas con posterioridad a que haya cesado en su cargo, pese a que el incumplimiento del deber de promover la disolución y liquidación de la sociedad por concurrir causa legal de disolución se haya producido estando vigente su nombramiento (sentencias 585/2013, de 14 de octubre , y 731/2013, de 2 de diciembre). No es preciso, por tanto, que la deuda esté vencida y sea líquida y exigible, pues si la obligación nació estando vigente el cargo del administrador, el mismo responde solidariamente con la sociedad, aunque hubiera cesado en el cargo antes de que la obligación estuviera vencida y fuera líquida y exigible.”

El Tribunal Supremo ha limitado la retroactividad plena de las obligaciones con el fin de determinar la responsabilidad solidaria del administrador. Así, a pesar de que el deber se originase tras la presencia de la causa legal de disolución y ésta este relacionada o sea origen de otra relación jurídica, no se puede establecer el origen en el momento de la relación previa que este relacionada con la causa, a no ser que exista una relación muy fuerte de accesoriedad o subsidiariedad entre ambas obligaciones (sentencia 151/2016, de 10 de marzo).

Finalmente, el administrador tiene la competencia de solicitar el concurso voluntario que lo podría hacer sin recabar la autorización de la junta y sería la tercera opción ³⁷. El administrador por solicitar el concurso eludiría la responsabilidad

³⁷ BATALLER, J., Deber de convocatoria de la junta art. 235 LSC. Comentario a la Ley de Sociedades de Capital. Madrid, 2011, pág. 2565. “La única interpretación que no prive de vigencia a ninguna de las normas en juego consiste en entender que los administradores, cuando la sociedad esté en situación de insolvencia, han de decidir si instan ellos directamente el concurso de acreedores o si convocan una junta general para que sea este órgano quien resuelva la cuestión. Si asumimos esta exégesis se resuelve mejor un problema sobre el que se suele incidir poco: la responsabilidad del administrador por solicitar el

establecida en el artículo 367 LSC, pero no quedaría totalmente exonerado de responsabilidad. Los socios podrían instar la acción de responsabilidad social contra el administrador si la insolvencia no fuese suficientemente clara. Le reclamarían los costes como mínimo del procedimiento concursal al poderse haber ahorrado estos costes que son superiores a una liquidación no judicial. Si la insolvencia estuviese determinada, el administrador podría incurrir en responsabilidad por incumplimiento del plazo legal para solicitar el inicio del concurso.

El artículo 367 de la LSC es fuente de una gran controversia al poseer un cúmulo de defectos que invitan a su desaparición del ordenamiento. Actualmente, no está proporcionada ya que en la legislación concursal se podría condenar al administrador por dolo a hacer frente a la cuantía inferior a la de las deudas posteriores.

Además, la norma genera una gran inseguridad jurídica debido los conceptos contradictorios de las distintas sentencias del Tribunal Supremo en las que se aplican toda la fuerza de la ley (STS 1 de marzo del 2001 y 12 de febrero de 2003, 16 de febrero de 2006 y 14 de mayo de 2009), y otras en las que se modera en su aplicación (STS 28 de abril de 2006, 31 de enero de 2007 y 2 de diciembre de 2012) sobre el abuso de derechos pretendidos y detectados, el impedimento procesal de recurrir a la casación cuando la cantidad sea inferior a 150.000€. Asimismo, la norma es redundante a no ser que su fundamento sea exclusivamente sancionar el incumplimiento formal de disolver la sociedad ya que la sociedad no se elimina del tráfico económico y legalmente, sino que devienen en irregulares que en este caso sería excesiva al basarse en un requisito formal y no por un daño ocasionado. Aunque tuviese naturaleza resarcitoria sería redundante ya que estaría subsumido este supuesto en la responsabilidad causal ordinaria del artículo 236 de la LSC restringida al daño provocado al tercero.

concurso cuando no cuenta con el respaldo de la junta general. (...) Por eso, al regular la responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones sociales permite su exoneración cuando insten el concurso.

4. LA RESPONSABILIDAD EN EL PROCESO CONCURSAL

4.1. La calificación: concepto, objeto y fundamentos

El marco normativo de la Ley Concursal que regula la calificación y consecuencias se encuentra en el Título VI, *De la calificación del concurso*, en concreto en sus artículos 163 a 175.

La calificación es la fase por la que se juzga el comportamiento del deudor y demás personas relacionados con él, para aclarar si en la agravación o causación ha mediado dolo o culpa grave, con la posterior calificación por parte del juez concursal del concurso como culpable y cabrá la imposición de una sanción.

Los sujetos que pueden ser responsable de la calificación del concurso varían en función de la personalidad del deudor concursado. Los concursos de persona física si el concurso se califica como culpable serán sancionados los representantes legales del deudor. En cambio, si se trata de una persona jurídica podrán ser sancionados los administradores o liquidadores, de derecho y de hecho, apoderados generales, cualquiera que hubiese tenido dichas condiciones en el plazo de los dos años anteriores a la declaración del concurso y los socios en los supuestos del artículo 165.2 LC.

El espíritu de la calificación se haya en la protección de la función de represión debido a la conducta antijurídica del deudor, de las personas afectadas o cómplices por la insolvencia provocada o agravada que se les exigen responsabilidad. El juez concursal es el encargado de calificar como culpable el concurso y en el caso de que así lo fuere podrá imponer una serie de sanciones de carácter civil y exigir a los sujetos responsables responsabilidad concursal.

Por otro lado, el artículo 163.2 LC esclarece que la calificación mercantil del concurso no implica que los hechos sean catalogados como delictivos ya que eso es competencia exclusiva del orden penal. Es tarea exclusiva del juez de lo penal juzgar si los hechos se pueden subsumir en las conductas tipificadas en los artículos 259 y ss del Código Penal desvinculando la calificación concursal y la jurisdicción penal.

4.2. El concurso culpable

La culpabilidad del concurso gira en torno a tres pilares básicos. El primero, establecido en el artículo 164.1 LC, incluye la cláusula general de culpabilidad mediante la cual cualquier acción u omisión en la que se aprecie dolo o culpa grave y sea la causa o agrave la insolvencia del deudor traerá aparejada la calificación del concurso como culpable. El segundo, que se encuentra en el artículo 164.2 LC, se enumeran los supuestos de concurso culpable por incumplimiento de los deberes que automáticamente implican el concurso culpable, es decir, son presunciones *iuris et de iure*³⁸. El tercero, establecido en el artículo 165 LC, describe las infracciones que admiten prueba en contrario, es decir *iuris tantum*, que conducen al posible concurso culpable. Este catálogo de condiciones activaría la calificación culpable del concurso.

Fuera de los supuestos tipificados en el mencionado artículo, para que un acto trajese aparejado la culpabilidad del concurso deberá cumplir los tres requisitos de la cláusula de responsabilidad que actúa como norma autónoma para cerrar el sistema de presunciones. Estos tres requisitos son una conducta realizada con dolo o culpa grave, no valiendo culpa leve o negligencia, como criterio de imputabilidad, el daño que sería la agravación o provocación de la insolvencia fruto de esa conducta y la relación de causalidad entre los dos requisitos anteriores³⁹.

La vía para reclamar las conductas en las que se aprecia culpa leve o negligencia están contenidas en la LSC a través de la acción de responsabilidad ordinaria, como confirma el artículo 48 quáter al adjudicar al orden concursal en exclusiva dichas acciones una vez instado el concurso.

4.3. Apreciación de la culpabilidad

Como se ha mencionado, el sistema de culpabilidad concursal está construido sobre tres pilares: cláusula general de culpabilidad, los supuestos de concurso, “en todo caso”, que no admiten prueba en contrario y los que admiten prueba en contrario, pero se presume su culpabilidad.

³⁸ La STS 994/2011, de 16 de enero de 2012, declara la naturaleza de estas presunciones y la falta de necesidad de exigir un resultado sobre el estado de insolvencia.

³⁹ En este sentido, ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal" en VV.AA. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, Madrid: Dilex, 2002, pág. 267.

Por tanto, una vez enunciada la técnica legal se diferencian tres formas de apreciación de la culpabilidad en base a los tres pilares mencionados: apreciación causal (artículo 164.1 LC), apreciación directa (artículo 164.2 LC) y apreciación objetiva (artículo 165 LC).

A) Apreciación causal

Como sistema de cierre del sistema de culpabilidad, la legislación concursal ha elegido un criterio genérico de culpabilidad (artículo 164.1). Así, si una conducta no se puede subsumir en ninguna de las presunciones *iuris tantum* o *iuris et de iure* tipificadas en el sistema concursal, se podrá determinar igualmente el concurso como culpable si se aprecia dolo o culpa grave en el comportamiento que origina o agrava la insolvencia.

Conviven en la clausula general de culpabilidad, un elemento objetivo que es el estado patrimonial de insolvencia de la sociedad; un elemento subjetivo basado en el criterio de imputación: dolo o culpa grave; un elemento causal que es el nexo causal entre el comportamiento con dolo o culpa grave y generación o agravación de la insolvencia (SSTS de 5 de junio y de 10 de abril de 2015). En el caso de que no concurriesen los tres elementos se calificaría como fortuito y no acarrearía sanción alguna.

El elemento objetivo es a su vez el presupuesto objetivo del procedimiento concursal, por lo que no habrá problemas para demostrar la insolvencia. Lo que debe valorar es si el comportamiento realizado por los sujetos pasivos es el comportamiento responsable de la causación o agravación de la insolvencia.

En cuanto al elemento subjetivo, el dolo concursal concuerda con el dolo civil, equivale a intencionalidad y consciencia, ya que habrá responsabilidad si el comportamiento del concursado incumple con los deberes establecidos en la legislación mercantil que provoca o agrava la situación de insolvencia de la sociedad provocando que la sociedad no pueda satisfacer los créditos de los acreedores. La culpa grave es el incumplimiento de los deberes más elementales y en los que no se aprecia voluntariedad en la infracción. Esta falta de diligencia tiene unas graves consecuencias que el legislador equipara al dolo e impone la sanción.

Por último, el elemento causal que se basa en la relación de causalidad entre la actuación u omisión dolosa o con culpa grave y la causación o empeoramiento de la insolvencia patrimonial. Se hace necesario probar este nexo porque no todo

comportamiento doloso o con culpa grave realizado en el marco de un concurso será merecedor de sanción desde el punto de vista de la calificación.

B) Apreciación directa

El artículo 164.2 de la LC recoge una serie de supuestos que si se aprecian califican directamente el concurso como culpable al no admitir prueba en contrario. La justificación radica en el incumplimiento de unos deberes mercantiles de tal gravedad que se aprecia directamente la culpa y la consecuencia de culpabilidad, la culpa emerge de la mera realización del ilícito y no es necesario un elemento subjetivo y causal, por tanto, son tipos de mera actividad.

Los deberes que el ordenamiento jurídico pretende salvaguardar son los siguientes: deber de llevar una contabilidad ordenada, deber documental, deber de solicitar la liquidación y deber de conservar el patrimonio.

En primer lugar, el deber de llevar una contabilidad ordenada, el artículo 164.2. 1º afirma que automáticamente se calificará culpable el concurso “cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevase doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevará”. Este incumplimiento del deber o cumplimiento defectuoso merece tal consideración porque la contabilidad debe ser el fiel reflejo de la situación patrimonial y financiera de la empresa para proteger el tráfico económico.

En segundo lugar, el deber documental, el artículo 164.2. 2º contempla que se calificará culpable, en todo caso, “cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.” Nuevamente, este deber de aportar información fiel y veraz se materializa en dos conductas distintas: cometer imprecisiones en los documentos aportados y falsificar documentos. Estas dos conductas claramente, por lo menos, son catalogadas como gravemente negligentes y dificultan conocer la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa una vez declarado el concurso.

En tercer lugar, deber de solicitar la liquidación, el artículo 164.2. 3º prevé que se calificará culpable el concurso “cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al

concurado”. Este deber de naturaleza objetiva encuentra su ser en la necesidad de motivar el paso de la fase de convenio a la de liquidación para no agravar la situación de insolvencia en cuanto el deudor conozca la imposibilidad de cumplir lo pactado.

Por último, el deber de conservar el patrimonio recogido en el artículo 164.2 para poder hacer frente a sus obligaciones con su patrimonio, así en los apartados 4º a 6º establece cuando será culpable el concurso. Así, con el fin de proteger la masa activa y poder satisfacer los créditos de los acreedores se declarará culpable el concurso cuando se produzca un alzamiento de bienes tanto directo como indirecto. Además, cuando haya una salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio durante los daños anteriores a la fecha de declaración del concurso, aquí deberá probarse el carácter fraudulento de la salida. Para cerrar la fraudulencia de comportamientos antes de la declaración del concurso, el artículo 164.2. 6º establece que “cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia”.

C) Apreciación objetiva

El artículo 165 de LC de naturaleza sancionadora recoge las presunciones *iuris tantum* de concurso culpable que permiten al deudor aportar prueba en contrario con relación a su intencionalidad. Por tanto, si se incumple algunos de los supuestos, a través de una conducta activa o pasiva, tipificados en el artículo se presumirá *ex lege* el criterio de responsabilidad subjetiva que ha causado o agravado la insolvencia, pero cabe prueba de que el hecho no ha existido o que no ha habido dolo o culpa grave destruyéndose así la presunción.

El legislador concursal opta por unos supuestos de concurso culpables por el incumplimiento de unos deberes con el fin de proteger el tráfico mercantil. Estos deberes son los siguientes en los que el deudor deberá demostrar que no hubo dolo o culpa grave para evitar que el concurso sea culpable: solicitar la declaración de concurso (art. 165.1. 1º LC), colaborar y asistir a la junta (art. 165.1. 2º LC), formular, auditar o depositar las cuentas anuales (art. 165.1. 3º LC), y lealtad de los socios (art. 165.2 LC).

El deber de solicitar el concurso encuentra su fundamento en el elemento temporal ya que no se quiere agravar la situación patrimonial y buscar agrandar la masa activa del concurso.

El deber de colaborar y asistir a la junta incluye también el deber de “el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal o no les hubiera facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiese asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio”.

El deber de formular, auditar o depositar las cuentas anuales que establece la presunción iuris tantum de concurso culpable “si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad y no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil o en el registro correspondiente, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso”.

Por último, el deber de lealtad a los socios, “el concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando los socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos”. La finalidad es fomentar la reestructuración de capital en empresas demasiado endeudadas pero viables a través de acuerdos de refinanciación o extrajudiciales de pago y evitar la defensa de los socios de la pérdida de control como excusa válida para no llevar a cabo esta obligación.

4.4. Las consecuencias de la calificación culpable del concurso

La responsabilidad concursal viene establecida en el artículo 172 LC y es fruto de la declaración del concurso como culpable. La sentencia que califique el concurso habrá de tener un contenido mínimo. Lógicamente, la sentencia habrá de concluir si el concurso será calificado como culpable o fortuito y en el caso de que fuese culpable las causas que originan tal declaración basándose en la apreciación directa, objetiva o causal. De igual forma, la sentencia habrá de determinar los sujetos pasivos responsables.

En cuanto al ámbito subjetivo, en este trabajo solo se analizará la responsabilidad del administrador concursal.

A) El administrador de derecho

La responsabilidad concursal no es exigible como conjunto al órgano de administración de la sociedad, sino que deviene en cada miembro del órgano en función del grado de contribución a la causación o empeoramiento de la insolvencia patrimonial de la sociedad. El ejemplo más característico de esta afirmación es la individualización de la condena en los casos de pluralidad de condenados ⁴⁰.

Los supuestos recogidos en el artículo 165 LC y la cláusula general de responsabilidad suponen que si el juez aprecia la culpabilidad del concurso necesariamente se han tenido que incumplir los deberes inherentes al cargo.

Por administrador de derecho se entiende lo establecido en el epígrafe 4.1.4. La única diferencia entre la responsabilidad concursal y civil a la hora de determinar un administrador de derecho se encuentra en el supuesto de que el administrador este inscrito en el Registro Mercantil pero su cargo no está vigente por haber sido separado, dimitido o haya caducado su nombramiento ⁴¹.

La LSC permite entablar acciones de responsabilidad contra el administrador en este tipo de casos, aunque bastaría para su defensa demostrar que se había apartado de la gestión ordinaria del cargo y ya no ejercía las funciones correspondientes a su cargo. Además, es tarea del nuevo administrador destruir la apariencia pública del anterior administrador⁴². Todo lo contrario, ocurre en la calificación concursal, el artículo 172.2. 1º extiende la responsabilidad a todo administrador que hubiera ocupado el cargo durante los dos años anteriores a la declaración del concurso que podrá estar afectado por la sentencia de calificación.

B) El administrador de hecho

La ley concursal equipara al administrador de hecho y al de derecho como posibles sujetos afectados por una sentencia una de calificación, y, en último término, una sanción. El fin es evitar que, por un requisito de carácter formal, el nombramiento de los administradores, queden impunes unas conductas que deberían ser sancionadas. En esta

⁴⁰ En este sentido, ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal" en VV.AA. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, Madrid: Dilex, 2002, p. 574.

⁴¹ EL artículo 222 LSC y el 145.1 RRM, establece que caducará el cargo cuando, vencido el plazo, se haya celebrado junta general o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta ordinaria.

⁴² En este sentido, MARTÍNEZ SANZ, F., Los administradores responsables. Madrid, 2011, págs. 86-88.

misma línea el artículo 48 ter LC establece que podrán ser embargados los bienes del administrador de hecho si hay pruebas suficientes de que vaya a ser condenado a la cobertura del déficit patrimonial.

Para delimitar la figura del administrador de hecho, la jurisprudencia (SSTS de 8 de abril de 2016; de 22 de julio de 2015 y de 4 de diciembre de 2012, entre otras) ha establecido claramente que para que una persona pueda merecer la calificación de administrador o liquidador de hecho no basta con la simple alegación de tal condición, sino que es necesario probar necesariamente la concurrencia de los siguientes elementos: (i) realización de actividad de administración o liquidación; (ii) continuidad en el ejercicio de la actividad de administración o liquidación; (iii) autonomía respecto de los administradores o liquidadores de derecho; (iv) consentimiento de la sociedad mercantil en cuestión; e (v) inexistencia de formalidad alguna en lo que atañe al nombramiento. La identificación de los administradores o liquidadores de hecho entraña, una gran complejidad por la clandestinidad de tal condición, lo cual hace que los elementos caracterizadores sean difícilmente reconocibles. Por tanto, se reputa necesario recurrir a la prueba por indicios y presunciones, deviniendo la misma fundamental para detectar la presencia de un administrador o liquidador de hecho al ser compleja la prueba directa (SSTS de 24 de noviembre de 2005 y de 22 de marzo de 2004).

C) Consecuencias personales

Determinados ya los sujetos responsables y la calificación del concurso como culpable, el artículo 172.2. 2º LC prevé las consecuencias personales que incluyen la inhabilitación para administrar los bienes ajenos y representar a cualquier persona en el periodo de dos a quince años, en función de la gravedad de los hechos, el daño ocasionado y la reiteración de la culpabilidad en otros concursos.

Esta inhabilitación concursal solo tiene alcance civil, por tanto, una sanción civil y sin ningún efecto en el orden penal, siendo el culmen de la función sancionadora del concurso y en base al interés público y la seguridad del tráfico económico. Además, impide ejercer el comercio, ser administrador societario o acceder a puestos de gestión y administración empresarial.

En un claro gesto de primar el interés particular de los acreedores sobre el interés público el legislador concursal ha permitido excepcionalmente con el fin de cumplir el convenio y la satisfacción de los acreedores que el administrador inhabilitado prosiga con sus funciones.

D) Consecuencias patrimoniales

En cuanto a las consecuencias patrimoniales, el artículo 172.2 LC recoge que las posibles consecuencias de sentencia de calificación del concurso para los sujetos responsables con el fin de salvaguardar o incrementar la masa activa en aras de proteger a los acreedores.

Está instituido como sanción patrimonial la pérdida de cualquier derecho que las personas condenadas tuvieran frente a la sociedad como acreedores del concurso y la obligación de reinstaurar todos los bienes o derechos que indebidamente tuviesen o hubiesen tenido en el patrimonio de la sociedad afectada, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios.

4.5. La responsabilidad concursal del artículo 172 de la LSC.

La calificación del concurso como culpable, no implica que el juez determine la responsabilidad concursal obligatoriamente a todas las personas afectadas ya que debe decidir sobre su aplicación. Como demuestra la jurisprudencia, que “el juez podrá condenar” demostrando tal hipótesis (SSTS de 20 de junio y de 20 de abril de 2012).

Para que proceda la condena a la cobertura del déficit concursal habrá de darse los siguientes presupuestos: que la sección de calificación haya sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación; (ii) que exista déficit concursal, en el sentido de que la masa activa a liquidar no permita la íntegra satisfacción de la masa pasiva; (iii) solo se puede imponer responsabilidad concursal a las personas afectadas por la calificación; y (iv) que la conducta que ha determinado la calificación culpable del concurso haya generado o agravado la insolvencia.

El tema que mas discusión ha generado en el seno de la responsabilidad concursal es su naturaleza jurídica. Este debate teórico-dogmático de gran trascendencia en cuanto a la aplicación, alcance y efectos de la responsabilidad concursal, cuenta con dos grandes posiciones doctrinales en cuanto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal:

naturaleza sancionadora o punitiva ⁴³ y responsabilidad indemnizatoria o resarcitoria ⁴⁴ . Este debate no ha llegado a su fin ya que ni la Ley Concursal ni el Tribunal Supremo han aclarado una doctrina clara a la hora de defender una postura y eliminar la inseguridad jurídica ocasionada.

A) Tesis resarcitoria

Los defensores de la tesis resarcitoria reconocen la exigencia de tres presupuestos extraídos del Derecho de daños: conducta antijurídica, causación de un daño y un nexo lógico de causalidad entre los dos anteriores. Por tanto, demostrar estos tres requisitos en un juicio restringe mucho la apreciación de la responsabilidad debido a que la insolvencia es fruto de muchos factores y es una ardua tarea conectar la situación patrimonial de insolvencia con la administración y gestión empresarial exigida por la teoría resarcitoria basada en la teoría de equivalencia de condiciones y la imputación objetiva posterior.⁴⁵ . Muchas conductas quedarían impunes bajo esta tesis por el doble criterio de imputación enfatizado por la existencia de las presunciones de los artículos 164 y 165 LC que encuentra su justificación en las dificultades probatorias.

En primer lugar, esta teoría encuentra su justificación en la exigencia de dolo o culpa grave. El elemento subjetivo se debe apreciar en la conducta del administrador que incumple el deber de actuar diligentemente y que es presupuesto legal para declararle responsable en virtud de la clausula general de culpabilidad. Sin embargo, esto debiera de aplicarse de igual forma en las presunciones del artículo 164.2 que son *iuris et de iure* según esta tesis, criterio que el Tribunal Supremo no ha adoptado.

En segundo lugar, la necesidad de demostrar una relación de causalidad entre la conducta antijurídica que supuso la calificación del concurso como culpable y el estado de insolvencia. De este precepto se deduce que se exige una doble relación de causalidad: la primera para demostrar la calificación del concurso como culpable y la otra para

⁴³ Defendiendo esta teoría entre otros, GARCÍA-CRUCES, J. A., Responsabilidad concursal, 2012, págs. 310-328; Ídem: La calificación del concurso, 2014, pp. 179-188; MORALES BARCELÓ, J., La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia, 2013, págs. 254-259; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., En torno a la "naturaleza" de la responsabilidad concursal, ADCo, nº 14, 2008, págs. 232-238; MACHADO PLAZAS, J., El concurso de acreedores culpable (Calificación y responsabilidad concursal), 2006, págs.. 264-270.

⁴⁴ Defendiendo esta teoría entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F, Los administradores en las sociedades de capital. Pamplona, 2005, pág. 496-499; Idem. ALONSO UREBA, A. "La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal" en VV.AA. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, Madrid: Dilex, 2002, págs. 589-597.

⁴⁵ La STS 815/2010, de 15 de diciembre establece estos requisitos para imputar responsabilidad extracontractual.

establecer la responsabilidad al tratarse de regímenes diferentes (SSTS de 12 de enero de 2015 y de 21 de mayo de 2012).

En tercer lugar, otro argumento a favor de esta tesis sería los efectos diametralmente opuestos entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad por deudas del artículo 367 LSC. Aunque el Tribunal Supremo califique ambas como responsabilidad por deuda ajena, existe una clara distinción entre los efectos jurídicos de cada ordenamiento. En la responsabilidad de orden civil no se exige el requisito de dolo o culpa grave ni una relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el hecho de haberse apreciado la causa de disolución. La decisión legislativa de no omitir esta relación causal, que carece de sentido más tras la reforma llevada a cabo por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, en la responsabilidad concursal al establecer el mencionado doble requisito de causalidad ⁴⁶.

Por último, la voluntad del legislador de limitar los presupuestos formales que necesariamente implica el origen de un daño en el patrimonio del acreedor ha servido de ayuda para defender esta postura. En base a esta tesis, no opera la restricción a los supuestos de la apertura de la liquidación y la posterior calificación del concurso como culpable si el fin es sancionar conductas antijurídicas de los administradores porque la motivación de los acreedores es la fase de liquidación que es cuando se les ha producido un daño.

B) Tesis sancionadora

Doctrinalmente, la tesis sancionadora es la que ha encontrado una mayor cabida. Esta teoría define la responsabilidad concursal como una responsabilidad objetiva o ex lege, cuando se hayan comprobado los presupuestos materiales de la conducta de la norma impera la condena a la cobertura del déficit concursal buscando reprimir determinadas conductas antijurídicas que interfieren en la seguridad del tráfico económico y satisfacer a los acreedores.

Los defensores de esta teoría solicitan la eliminación de la exigencia de la relación de causalidad con la insolvencia y establecer una sanción que el juez graduará en base a la gravedad objetiva de la conducta realizada por las personas afectadas, prestando atención al dolo o culpa, e individualizando la condena a cada uno de los responsables

⁴⁶ SÁNCHEZ CALERO, F, Los administradores en las sociedades de capital. Pamplona, 2005, pág. 496-497 es una responsabilidad subjetiva con el fin de reparar el daño para el patrimonio de los acreedores porque ya se prevé una responsabilidad por daños y perjuicios en el art. 172.2º LC.

La interpretación literal del precepto invita a tomar esta postura. La redacción del precepto hace que se concluya que se aprecie en la conducta dolo o culpa grave y sea a su vez esta conducta la que origine o agrave la insolvencia patrimonial constituya junto el requisito formal de apertura de la fase de liquidación y la existencia de déficit concursal los presupuestos legales de la responsabilidad concursal. Este mismo criterio objetivo es el utilizado para la responsabilidad social por deudas y no ha generado controversias en cuanto a su naturaleza jurídica ⁴⁷. A diferencia de lo establecido en el Derecho de daños y defendido por la tesis resarcitoria, la obligación del juez de individualizar la condena si se castiga al conjunto de integrantes del órgano de administración, siendo la única vía para no ser responsable la exoneración del artículo 237 LSC, independientemente del grado de culpa ⁴⁸. La discrecionalidad del juez imponiendo la condena, la cuantía de carácter solidario o mancomunado y determinando los culpables valorando la conducta del administrador social y el criterio objetivo de imputabilidad encaja únicamente en la tesis sancionadora ⁴⁹.

Otro argumento esgrimido por esta teoría es la posibilidad de modular la cuantía de la condena por no haber existido un daño real al patrimonio de un acreedor. El artículo 172 bis LC establece que el juez decidirá si habrá de pagar total o parcialmente el conjunto de créditos insatisfechos de la fase de liquidación. Establece un límite máximo en el que no encuentra cabida la tesis indemnizatoria ya que el daño emergente y el lucro cesante podría ser superior al importe total del crédito insatisfecho ⁵⁰.

Por último, la coordinación de la responsabilidad concursal, la responsabilidad por daños y las acciones societarias incita a postularse por esta teoría. Debido al incumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador se impone una sanción patrimonial, y en base al régimen de supuestos establecido en orden concursal, únicamente podría deducirse de la cláusula general de responsabilidad sin caer en una interpretación estéril de la responsabilidad concursal ⁵¹. La jurisprudencia del TS se ha postulado confirmando esta posición (STS 501/2012, de 16 de julio). El impulso legislativo tras la ley 38/2011 ha profundizado en el ímpetu de coordinar la responsabilidad concursal con las acciones societarias. Así, el artículo 48 quáter LC

⁴⁷ GARCÍA-CRUCES, J. A., La calificación del concurso, ob. cit., págs. 181-182.

⁴⁸ GARCÍA-CRUCES, J. A., La calificación del concurso, ob. cit., pág. 183.

⁴⁹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., La responsabilidad concursal, págs. 237-238.

⁵⁰ MORALES BARCELÓ, J., La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia, 2013, pág. 237.

⁵¹ MACHADO PLAZAS, J.: El concurso de acreedores culpable (Calificación y responsabilidad concursal), 2006, págs. 267-268.

posibilita el ejercicio de la acción social en el procedimiento concursal. De igual forma, en relación con la acción individual.

5. CONCLUSIONES

Al inicio del trabajo se plantearon los distintos regímenes de responsabilidad a los que está sometido el administrador social en materia mercantil. Tras haber concluido el análisis, resulta conveniente recordar dichas apreciaciones: ¿En qué casos debe responder el administrador y bajo qué circunstancias? y ¿Cómo se coordinan los distintos regímenes de responsabilidad?

La reforma de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital en aras de una mejora de gobierno corporativo cambió el régimen de responsabilidad de los administradores con el fin de imponer una responsabilidad más severa y eficaz.

En primer lugar, el régimen de responsabilidad ordinaria o causal se aprecia cuando el administrador realiza actos u omisiones que incumplen la Ley, los Estatutos o los deberes inherentes a su cargo siempre que haya mediado dolo o culpa. Esta responsabilidad será exigible por la sociedad, los socios y terceros.us deberes de diligencia y lealtad. Esta responsabilidad de naturaleza resarcitoria y de apreciación causal es solidaria entre los administradores que pueden ser tanto de derecho como de hecho.

En segundo lugar, la responsabilidad extraordinaria encuentra su fundamento en el incumplimiento de la obligación legal del administrador social de vigilar la sociedad. De naturaleza sancionadora y apreciación objetiva, los administradores responden solidariamente junto con la sociedad. El alcance de la responsabilidad podrá ser de la totalidad de las deudas sociales (art. 360.1.b LSC) o solo de las obligaciones posteriores (367 LSC).

Por último, la responsabilidad concursal su fundamento radica en la celebración de un concurso culpable. Esta responsabilidad de naturaleza sancionadora y de apreciación causal, directa u objetiva cuya extensión viene delimitada *ad hoc* por sentencia. El alcance será hasta la diferencia entre el activo y el pasivo.

Por otro lado, resulta necesario establecer la relación de esta responsabilidad con la responsabilidad concursal contenida en el artículo 172 bis LC.

La responsabilidad concursal encuentra su fundamento en las acciones de responsabilidad social de la LSC. La declaración del concurso no es incompatible con el régimen de responsabilidad civil de los administradores a pesar de tener algunas extensiones sobre su ejercicio⁵².

En el momento que se haya iniciado el concurso de la sociedad, el administrador concursal es el único que puede ejercitar la acción de responsabilidad. Si antes de que se iniciase el concurso, se estuviese tramitando la acción social de responsabilidad esta continuaría hasta la firmeza de la sentencia. Excepcionalmente, se añadirían al procedimiento concursal todos los procedimientos judiciales iniciados con anterioridad al concurso y estén en primera instancia que reclamasen daños y perjuicios causados a la sociedad contra los administradores.

En cambio, el inicio del procedimiento concursal no imposibilita el ejercicio de la acción individual contra los administradores. Tampoco, impide la continuidad si se hubiese ejercitado con anterioridad a la declaración del concurso.

En contra, las demandas a los administradores por no cumplir con sus deberes en el caso de apreciarse una causa de disolución no se admitirán a trámite si el concurso ya estuviese declarado. Si fuese con anterioridad a este hecho, si continúan vigentes se suspenderán hasta que finalice el concurso.

Además, existe un paralelismo entre la responsabilidad por deudas del artículo 367 LSC, la responsabilidad concursal aparece cuando concurren los supuestos del artículo 164 y 165 LSC partiendo de la cláusula general por las que se imputa al administrador social⁵³. La naturaleza jurídica de ambas instituciones es donde más similitudes hay al haber afirmado el Tribunal Supremo que ambas son de responsabilidad por deuda ajena alejándose de una postura meramente punitiva.

⁵² ASENJO RODRÍGUEZ, E., Coordinación entre las acciones de responsabilidad societaria y la acción de responsabilidad concursal. Especial referencia a la dualidad de la acción de responsabilidad por deudas-responsabilidad concursal. La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, nº 18, Thomson Civitas: Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 309.

⁵³ En este sentido, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., Responsabilidad Concursal, Anuario de Derecho Concursal, enero-abril 2013, nº 28, pág. 107.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Legislación

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

Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (BOE 26 de mayo de 2015).

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

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

6.2. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2008.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010.

Sentencia del Tribunal Supremo 20 de abril de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de septiembre de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2017.

6.3. Obras doctrinales

ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal" en VV.AA. *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*. Madrid: Dilex, 2002.

ASENJO RODRÍGUEZ, E., *Coordinación entre las acciones de responsabilidad societaria y la acción de responsabilidad concursal. Especial referencia a la dualidad de la acción de responsabilidad por deudas-responsabilidad concursal. La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, nº 18, Thomson Civitas: Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 309.

ÁVILA DE LA TORRE, A., *La responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad anónima*. Madrid, 1997.

BATALLER, J., *Deber de convocatoria de la junta art. 235 LSC. Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. Madrid, 2011, pág. 2565.

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, págs. 218 y ss.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *En torno a la "naturaleza" de la responsabilidad concursal*. ADCo, nº 14, 2008, págs. 232-238.

CRUZ RIVERO D., *La administración de la sociedad en Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles*. Madrid, 2013, pág. 544.

DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*. Cizur Menor, 2006, pág. 459.

- ENGERT, A. AND GOLDLÜCKE, S., "Why Agents Need Discretion: The Business Judgment Rule as Optimal Standard of Care". *Review of Law & Economics*, vol. 13, n. 1, 2017, págs. 1-38.
- FARRÁN FARRIOL, J., *La responsabilidad de los administradores en la administración societaria*. Barcelona, 2004.
- FONT GALÁN, J.I., *El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales*. RdS nº22, 2005, pág. 90.
- GARCÍA DE ENTRERRÍA, J. E IGLESIAS, J., "Los órganos sociales en las sociedades anónima y limitada" en AA. VV. (Dirigido por A. MENÉNDEZ) *Lecciones de Derecho Mercantil*. 4ª ed. Pamplona. 2007, pág. 423.
- GARCÍA-CRUCES, J. A., *Responsabilidad concursal*, 2012, págs. 310-328.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., *La calificación del concurso*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- GARRIGUES, J. y URÍA, R., *Comentario a la ley de SA*, 3a ed. Madrid, 1976, pág. 27.
- KNIGHT, F. H., *Riesgo, incertidumbre y beneficio*. Madrid, 1947.
- LARA, R. "La responsabilidad de los administradores" en AA. VV. (Dirigido por ROJO BELTRÁN) *La responsabilidad de los administradores*. Valencia. 2005, pág. 87.
- LATORRE CHINER, N., *El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA*. RDM nº 253, julio-septiembre, 2004.
- MACHADO PLAZAS, J., *El concurso de acreedores culpable (Calificación y responsabilidad concursal)*. Thomson Civitas: Madrid, 2006, págs.. 264-270.
- MACHADO PLAZAS, J., *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*. Madrid, 1997.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *Responsabilidad Concursal*. Anuario de Derecho Concursal, enero-abril 2013, nº 28, pág. 107.
- MARTÍNEZ SANZ, F., *Los administradores responsables*. Madrid, 2011, págs. 86-88.
- MORALES BARCELÓ, J., *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, págs. 254-259.
- MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 2a ed. Barcelona, 1998.
- NEILA, J. M., *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*. Madrid, 1995.

- PARDO, J., *Aranzadi Experto Sociedades Mercantiles*. Madrid, 2016, pág. 9.
- PÉRDICES HUETOS. A., *Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre de 2001*. RdS nº 18, 2002, págs. 257 y ss.
- PÉREZ CARRILLO, E. F., *El deber de diligencia de los administradores de sociedades*. RdS, 14, 2000, págs. 275 y ss.
- POLO, E., *Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima*. Madrid. 1996, pág. 374.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Madrid, 2011, pág. 1708.
- REGLERO CAMPOS, L. F., "Los sistemas de responsabilidad civil" en REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, 2da ed. Pamplona, 2003 pág. 196.
- RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*. Madrid, 2010, pág.162.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. Y HUERTA VIESCA, M.I., *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*. 4ª ed, Pamplona, 1988, pág. 425.
- 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. 1443-1447.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*. Pamplona, 2005.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen I. Navarra, 2013, págs. 528 y ss.
- SUÁREZ LLANOS GÓMEZ, L., *La responsabilidad de los administradores en la Sociedad Anónima*. Anuario de Derecho Civil, 1992, págs. 992 y ss.
- VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*. 11ª ed. Valencia. 1998. pág. 319.