



**FACULTAD DE DERECHO**

**DEBER DE DILIGENCIA, BUSINESS  
JUDGEMENT RULE Y SITUACIONES DE  
CRISIS**

Ángel Mingo Peinado

5º E-3 B

Derecho Societario

Tutor: Profa. Dra. Juana María Pardo Pardo

ABRIL 2023

## **RESUMEN**

El deber de diligencia de los administradores que conocemos ahora es el resultado de un largo proceso evolutivo. Si bien no podemos decir que se trate de un estándar de conducta completamente objetivo, pues su valoración dependerá en gran medida de las circunstancias concretas y de la propia estructura del órgano de administración, sí que se encuentran una serie de conductas que han de cumplirse para calificar la actuación como diligente.

Puede haber ocasiones en las que los administradores incumplan este deber, en estos casos será posible exigir responsabilidad por medio de las distintas acciones, pudiendo llegar a tener que responder solidariamente por las deudas sociales. Sin embargo, no siempre que se cause perjuicio a la sociedad, socios o terceros se derivará responsabilidad para los administradores. En este sentido, la regla de protección de la discrecionalidad empresarial define una serie de presupuestos que, de cumplirse, exonerarán al administrador de toda responsabilidad por entender que ha actuado diligentemente, ya que lo que origina la responsabilidad no es el daño en sí, sino la infracción del deber.

Finalmente, habrá supuestos en los que los deberes de los administradores busquen, además de preservar el interés social, la protección del tráfico jurídico-económico. Estos casos serán los de disolución o concurso de acreedores. El deber de diligencia en este tipo de escenarios se orienta al cumplimiento en tiempo y forma de una serie de actuaciones, pues en caso de no hacerlo se pueden derivar consecuencias muy perjudiciales para la sociedad. Finalmente, habrá ocasiones en las que coincida el procedimiento concursal con la tramitación de las acciones de responsabilidad por daños. En este sentido será necesario tratar cómo se coordinan ambos pues las normas aplicables dependen de la acción concreta que se ejercite.

Palabras clave: deber de diligencia, administración social, protección de la discrecionalidad empresarial, disolución, concurso de acreedores.

## **ABSTRACT**

Today's duty of diligence is the result of a long evolutionary process. Although we cannot say that it is a completely objective standard of conduct, since its assessment will depend to a large extent on the specific circumstances and the structure of the management body, there are a series of conducts that must be complied with in order to define the action as diligent.

There may be occasions in which directors fail to comply with this duty. In these cases, it will be possible to demand responsibility by means of different actions, which could give rise to the obligation to be jointly and severally liable for corporate debts. However, not always the damage caused to the company, partners or third parties will result in liability for the directors. In this sense, the Business Judgement Rule defines a number of conditions that, if met, will exonerate the director from any liability on the understanding that he has acted diligently, since what gives rise to liability is not the damage itself, but the breach of the duty of diligence.

Finally, there will be cases in which the duties of the directors seek, in addition to preserving the company's interests, the protection of the legal and economic traffic. These cases will be those of dissolution or insolvency proceedings. The duty of diligence, in this type of scenario, is oriented towards the timely and proper fulfillment of a series of actions since failure to do them can have very harmful consequences for the company. Finally, there will be occasions in which the bankruptcy proceeding coincides with the processing of liability actions for damages. In this regard, it is necessary to discuss how the two are coordinated, since the applicable rules depend on the specific action being brought.

Key words: duty of diligence, management body, Business Judgement Rule, dissolution, insolvency proceedings.

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

- BJR: Business Judgement Rule
- CBG: Código de buen Gobierno
- CC: Código Civil
- CCom: Código de Comercio
- LSA: Ley de Sociedades Anónimas
- LSC: Ley de Sociedades de Capital
- TRLC: Texto Refundido de la Ley Concursal
- TS: Tribunal Supremo

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA .....</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO II. LA DILIGENCIA DEBIDA .....</b>	<b>9</b>
1. DEBER DE DILIGENCIA DE LOS ADMINISTRADORES .....	9
<b>1.1. Definición y marco jurídico.....</b>	<b>9</b>
<b>1.2. Manifestaciones concretas.....</b>	<b>11</b>
2. RESPONSABILIDAD.....	15
<b>2.1. Concepto .....</b>	<b>15</b>
<b>2.2. Acciones para exigir responsabilidad .....</b>	<b>19</b>
2.2.1. Acción social.....	20
2.2.2. Acción individual.....	23
<b>2.3. Especial referencia a la responsabilidad por deudas de los administradores..</b>	<b>26</b>
<b>CAPÍTULO III. PROTECCIÓN DE LA DISCRECCIONALIDAD EMPRESARIAL.28</b>	
1. ORIGEN Y RATIO .....	28
<b>1.1. Origen.....</b>	<b>28</b>
<b>1.2. Ratio de la discrecionalidad empresarial.....</b>	<b>29</b>
<b>1.3. Presupuestos de aplicación.....</b>	<b>31</b>
1.3.1. Artículo 226 LSC.....	31
1.3.2. Carga de la prueba .....	33
<b>CAPÍTULO IV. RESPONSABILIDAD EN SITUACIONES DE CRISIS .....</b>	<b>35</b>
1. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD .....	35
<b>1.1. Introducción .....</b>	<b>35</b>
<b>1.2. Fundamento.....</b>	<b>36</b>
<b>1.3. Responsabilidad por deudas del artículo 367 LSC .....</b>	<b>36</b>
2. CONCURSO DE ACREEDORES .....	40
<b>2.1. Introducción .....</b>	<b>40</b>
<b>2.2. Nacimiento de la responsabilidad de la administración social .....</b>	<b>40</b>

<b>2.3. Coordinación de acciones de responsabilidad y el procedimiento concursal...</b>	<b>45</b>
2.3.1. Acción social.....	46
2.3.2. Acción individual.....	47
2.3.3. Responsabilidad por deudas.....	49
 <b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>51</b>
 <b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>54</b>

## CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La definición actual de los deberes que han de regir la actuación del órgano de administración es fruto de un largo proceso evolutivo del Derecho Mercantil en el que ha influido en gran medida la legislación comparada.<sup>1</sup>

En primer lugar, trataremos el régimen establecido por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, “LSA”). Este cuerpo legal, en lo relativo al ejercicio del cargo de administrador, establece que desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal<sup>2</sup>. En relación con esto último, se añade una referencia al deber de mantener secreto sobre las informaciones a las que se haya tenido acceso durante el ejercicio del cargo que así lo requieran, deber, por tanto, de carácter postcontractual, pues se activa una vez se ha cesado como administrador.<sup>3</sup>

Perdura esta concepción hasta el año 2003, cuando con la Ley 26/2003<sup>4</sup>, que reforma la antigua LSA con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, se realiza la primera diferenciación entre los deberes de diligencia, fidelidad, lealtad y secreto. Además, es en este momento cuando se consagra un deber de lealtad autónomo. En nuestro caso, nos centraremos principalmente en cómo quedó caracterizado el deber de diligencia, pues es sobre el que versa el estudio.

En lo relativo a éste, no sólo se establece la exigencia de actuar con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, siendo fieles a la fórmula tradicional, sino que, además, se añade la necesidad de que los administradores se informen diligentemente sobre la marcha

---

<sup>1</sup> Vives Ruiz, F., *Órganos de la Sociedad (II): El Órgano de Administración. Apuntes de Derecho de Sociedades*. Madrid, 2022.

<sup>2</sup> Artículo 127.1 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE de 27 de diciembre de 1989).

<sup>3</sup> Hernando Cebriá, L., “Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1” en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de Derecho*, Bosch, Barcelona, 2015.

<sup>4</sup> Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (BOE de 18 de julio de 2003).

de la sociedad<sup>5</sup>, lo cual parece lógico pues para poder desempeñar el cargo adecuadamente es necesario que se conozca a la perfección la situación social general.

Sin embargo, la redacción general carecía de sentido en algunos puntos, pues a pesar de diferenciar los cuatro deberes en el plano teórico, en la práctica no había diferencias entre el deber de fidelidad y el de lealtad, pues ambos caracterizaban la misma obligación desde su vertiente positiva y negativa, respectivamente, lo que conllevó que se llevaran a cabo otras reformas que tuvieron igual impacto en el deber de diligencia.

Posteriormente, con la reforma de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”) del año 2014 se erigió un sistema de deberes claro en el que se diferenciaban con precisión diligencia y lealtad, consagrándose en los artículos 225 y 227 LSC, respectivamente. Esta necesidad venía siendo tratada por los códigos de buen gobierno a lo largo de la historia, como el Código Olivencia o el Informe Aldama.

A partir de esta reforma se articuló un deber de diligencia general en el que juega un papel importante la autonomía de la voluntad, y se introdujo la protección de la discrecionalidad empresarial o *Business Judgment Rule*, cuyo estudio en profundidad se realizará más adelante en el **Capítulo III**, limitándonos por ahora a decir que se trata de un mecanismo para la defensa de la actuación de los administradores sociales que actúen conforme a una serie de parámetros en relación con las decisiones estratégicas y de negocio<sup>6</sup> para evitar que estas decisiones sean revisadas a posteriori por los jueces, quienes a menudo no están suficientemente preparados para valorar aquellas medidas que han sido tomadas por los administradores desde un punto de vista técnico, puesto que los jueces no son gestores y no disponen, generalmente, de los conocimientos teórico-prácticos relativos a la gestión de las sociedades.<sup>7</sup>

A partir de entonces, el deber de secreto quedó integrado en una de las manifestaciones concretas del deber de lealtad. Sin embargo, la doctrina deja claro que, si bien es un concepto

---

<sup>5</sup> Artículo 127.2 de Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (BOE 18 de julio de 2003).

<sup>6</sup> Artículo 226 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE 4 de diciembre de 2014).

<sup>7</sup> Fleischer, H., "La business judgment rule a la luz de la comparación jurídica y de la economía del Derecho", *Revista de Derecho Mercantil (RDM)*, n. 246, 2002, pg. 1742.

que se encuentra estrechamente ligado a este deber, debemos tener en cuenta también puede predicarse respecto del plano de la diligencia, como veremos.<sup>8</sup>

Por último, debemos observar los cambios introducidos por la reforma operada a la LSC por la Ley 5/2021, de 12 de abril. Esta última modificó la redacción anterior del artículo 225.1 LSC por la siguiente: “*los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa*”<sup>9</sup>. La diferencia es que la nueva redacción subordina el interés de los administradores al de la sociedad, algo que ya era claro pero que convenía positivizar.

Así es como se ha llegado a la construcción actual que, como se puede ver con facilidad, es bastante más clara que las anteriores. A pesar de todo, la valoración de la administración social sigue sin ser un tema sencillo en el que se deberá estar al caso concreto ponderando cada una de sus circunstancias.

---

<sup>8</sup> Castellano Ramírez, M. J., “El deber de secreto”, en Rojo, A. y Beltrán, E., *Comentario a la ley de sociedades de capital*, Thomson Reuters, 2011, p.1665.

<sup>9</sup> Ley 5/2021, de 13 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. (BOE 13 de abril de 2021).

## CAPÍTULO II. LA DILIGENCIA DEBIDA

### 1. DEBER DE DILIGENCIA DE LOS ADMINISTRADORES

#### 1.1. Definición y marco jurídico

En el sistema legal español se ha venido señalando que el contenido del deber de diligencia es difícil de definir con precisión, ya que depende de las circunstancias específicas de cada caso. Esto se debe a que tiene carácter abierto e indeterminado y varía según la tamaño de la sociedad y el tipo de actividad y negocio.<sup>10</sup>

Por ello, es difícil establecer un modelo específico de conducta para los administradores. No obstante, el legislador ha tratado de proporcionar pautas que definan lo que es considerado como comportamiento diligente, sentando que será aquel profesado por el administrador que actúe de forma activa y que, además, cumpla con su deber de asistir a las juntas, informarse o emprender tantas investigaciones como sean necesarias para aclarar las irregularidades que se hayan observado<sup>11</sup>.

En el ordenamiento jurídico español, el deber de diligencia se consagra en el artículo 225 LSC, cuyo tenor es el que sigue:

*“1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa.”<sup>12</sup>*

*“2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.*

---

<sup>10</sup> Verdú Cañete, M. J., “Deber de diligencia y protección de la discrecionalidad de los administradores”, Revista Lex Mercatoria, n. 24, 2015, pp. 102-108.

<sup>11</sup> Castro de Cifuentes, M. “La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano”. *Revista de Derecho Privado*, 1986, pp. 123-141.

<sup>12</sup> Redacción del artículo 225.1 dada por el artículo 3 de la Ley 5/2021, de 13 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. (BOE 13 de abril de 2021).

3. *En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.*”<sup>13</sup>

Como se puede apreciar, la LSC se centra en cuestiones como el deber de actuar conforme a lo dispuesto en la ley y estatutos, buscando siempre el mejor interés social. Si no lo hacen estarán incurriendo en una falta de la diligencia exigible. No se puede justificar el incumplimiento alegando el desconocimiento de la ley, ya que una vez aceptado el cargo se espera que los administradores adquieran los conocimientos necesarios para desempeñar su función con diligencia<sup>14</sup>. Además, el cumplimiento general de las normas constituye la presunción de que se está cumpliendo con el estándar exigible.<sup>15</sup>

Sin embargo, estas no son las únicas obligaciones que se derivan del deber de diligencia para la administración social. Su enumeración es un tema controvertido, pues la doctrina no acuerda un listado *numerus clausus* de aquellas actitudes en las que se concreta.

Lo que resulta claro a la luz del artículo 225 LSC es que los administradores tienen la responsabilidad de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario. No debemos confundir este estándar con la diligencia del padre de familia, pues son conceptos distintos que aplican a diferentes supuestos.<sup>16</sup>

En resumen, el deber de diligencia queda definido por parte de la doctrina como “*un estándar de conducta y una fuente de obligaciones*”, pues exige que los administradores actúen debidamente en lo relativo a la gestión o supervisión de la empresa a fin de maximizar su valor.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Redacción del artículo 225, apartados 2 y 3 dada por el artículo 13 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE 4 de diciembre de 2014)

<sup>14</sup> Paz-Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *InDret*, 2003, núm. 20, pp. 67-109.

<sup>15</sup> Pérez Carrillo, E. F., “El deber de diligencia de los administradores de sociedades”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 2000, núm. 14, pgs. 275-353.

<sup>16</sup> Ramos Herranz, I., “El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario”, Proyecto de Investigación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) sobre «El vínculo trasatlántico en el Derecho Concursal (aproximación y armonización del Derecho de insolvencias en Europa y América Latina)», p. 200.

<sup>17</sup> Paz-Ares, C., “La responsabilidad de los administradores ...” pp. 202-246. *Op. Cit.*

## 1.2. Manifestaciones concretas

Como hemos indicado, las manifestaciones en las que se concreta el deber de diligencia no son cuestión pacífica. Sin embargo, y, sin ánimo exhaustivo, proponemos la siguiente clasificación.

### a. Deber de dedicación y ejercicio del cargo

Para el correcto desempeño del cargo de administrador es necesario observar una dedicación adecuada en cada una de las funciones en las que se concreta el puesto y que suponen el ejercicio del cargo, que es el fin último de la relación contractual entre la sociedad y el administrador.<sup>18</sup>

Es de obligada mención a este respecto lo dispuesto en el Código de Buen Gobierno (el “**CBG**”) actual. Como dicho cuerpo recoge, es una tarea difícil la de establecer de forma objetiva el estándar de dedicación y tiempo que ha de reinar en el ejercicio del cargo de administrador, pues son muchas las actividades que pueden realizar éstos y que dependerán de las concretas funciones que tengan atribuidas, así como del sector en el que operen. Por ello, parece conveniente que la normativa societaria interna, es decir, los estatutos y reglamentos de la propia sociedad se encarguen de regular los aspectos relevantes en este sentido, delimitando así los estándares necesarios para cumplir con el deber de dedicación.<sup>19</sup>

### b. Derecho-deber de información

La Ley 31/2014 agregó un nuevo apartado 3 al artículo 225 para configurar un derecho y deber específico del administrador. Este derecho-deber permite al administrador solicitar y obtener información adecuada y necesaria para cumplir con sus responsabilidades<sup>20</sup>. Este derecho es crucial para el desempeño de sus funciones de gestión y supervisión, y no está limitado sólo a la información que pueda obtener de otros administradores, sino que incluye a los directivos y a toda la organización.

---

<sup>18</sup> Recalde, A., “Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; la business judgment rule” en *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 249.

<sup>19</sup> “Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas”, CNMV, febrero 2015 y revisado en junio 2020.

<sup>20</sup> Fernández, R. J., “Los deberes de los administradores sociales”. *El Blog de J. Raúl Fernández. Abogado*, 2022. Recuperado de <https://www.jraulfernandez.es/deberes-administradores-sociales/> en enero de 2023.

Asimismo, no se trata sólo de un derecho como hemos indicado al principio del apartado, se configura, a su vez, como un deber. Los administradores tienen el deber de proporcionar información a los accionistas. Este deber se proyecta sobre un ámbito muy amplio, pudiendo incumplirse sólo en determinados casos que se justifiquen por un posible perjuicio al interés social y en ningún caso si la pretensión es apoyada por una cuarta parte del capital social<sup>21</sup> o un porcentaje mayor establecido estatutariamente.<sup>22</sup>

c. Derecho-deber a obtener asesoramiento

Debido a la complejidad de los temas que deben abordar, los consejeros pueden requerir asesoramiento especializado. La gestión adecuada de la sociedad está íntimamente ligada al deber de diligencia, que puede en ocasiones requerir la necesidad de acudir a asesoramiento externo para garantizar la correcta gestión.<sup>23</sup>

El principio 15 del CBG recoge esto precisamente, siendo la recomendación 29 la encargada de concluir que la sociedad ha de establecer “*los cauces adecuados para que los consejeros puedan obtener el asesoramiento preciso para el cumplimiento de sus funciones incluyendo, si así lo exigieran las circunstancias, asesoramiento externo con cargo a la empresa*”.<sup>24</sup>

d. Deber de vigilancia, investigación y gestión de riesgos

Los códigos de buen gobierno y la jurisprudencia han sentado la necesidad de adoptar medidas y procedimientos cuyo propósito sea el de garantizar una supervisión rigurosa del riesgo, así como la efectividad de los controles internos. Al ser el órgano de administración el gestor de la sociedad será, también, el encargado último de estas políticas de vigilancia y supervisión, siendo competente para crear las distintas comisiones que eventualmente sean necesarias para cumplir con este deber.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> Artículo 197.4 LSC, redacción dada por el artículo 4 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. (BOE 4 de diciembre de 2014).

<sup>22</sup> De la Fuente, J., “El derecho de información del socio en las sociedades de capital”. *Economist & Jurist*, 2017. Recuperado de <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/el-derecho-de-informacion-del-socio-en-las-sociedades-de-capital/> en enero de 2023.

<sup>23</sup> Verdú Cañete, M. J. “Deber de diligencia y... *Op. Cit.*

<sup>24</sup> Recomendación 19 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas”, CNMV, febrero 2015 y revisado en junio 2020.

<sup>25</sup> Vives Ruiz, F., *Órganos de la Sociedad (II)*... *Op. Cit.*

En este apartado debemos tratar el caso *In re Caremark International Inc.*, por el que se establece el “*test Caremark*”<sup>26</sup>, que será el encargado de determinar el cumplimiento o incumplimiento del órgano de administración respecto de este deber basándose en hechos objetivos como la falta de promover el funcionamiento de estos mecanismos de control y comunicación. Además, sienta que en aquellos casos en los que los mecanismos existan se podrá entender infringido el deber si no se actúa conforme a ellos y se obvian sus indicaciones. Se trata de un mecanismo para “*acreditar una cierta razón de la decisión, en referencia a una explicación lógica que la justifique, en contraposición a conductas estúpidas, notoriamente negligentes o irracionales*”.<sup>27</sup>

#### e. Deber de confidencialidad

Como hemos expuesto al comienzo de este análisis, el deber de confidencialidad se predica dentro de los deberes de diligencia y lealtad. Nos referiremos en este caso a los supuestos en los que se vea quebrantado por la falta de cuidado por parte de los administradores, quienes revelen la información por actuar sin la diligencia debida y esperada que debe ser observada durante el ejercicio del cargo. Este deber se funda en que los administradores, por razón del cargo que ocupan, tienen acceso a información relevante sobre la sociedad, que de alcanzar el conocimiento público podría repercutir en los resultados.

Esta información, para ser merecedora de quedar en secreto, ha de cumplir con las siguientes tres características: (i) que tenga carácter societario, (ii) que no sea pública, y (iii) que la sociedad tenga interés en que no se divulgue<sup>28</sup>. En este sentido, la jurisprudencia establece como requisito para determinar el incumplimiento de este deber que el tercero que reciba la información no tenga derecho a escucharla<sup>29</sup>, algo que parece obvio.

---

<sup>26</sup> Sentencia del Court of Chancery of Delaware, New Castle County, de 25 de septiembre de 1996, *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*

<sup>27</sup> Hernando Cebriá, L. *La buena fe en el marco de los deberes de los administradores de las sociedades de capital: viejos hechos, nuevas implicaciones*. Universidad de Valencia, 2016 pp. 1399 – 1400.

<sup>28</sup> Alfaro, J. “El deber de secreto de los administradores sociales”, *Almacén de Derecho*, 2018. Recuperado de <https://almacenederecho.org/deber-secreto-los-administradores-sociales> en enero de 2023.

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 662/2011, Sala de lo Civil, Sección 1, de 04 de Octubre de 2011.

f. Deber de dimitir

Puesto que la función del administrador es la de servir a la sociedad en la consecución de su objeto social, habrá ocasiones en las que para ello será necesaria su dimisión. Con esto nos referimos a todos aquellos casos en los que la continuidad del administrador sea perjudicial para dicho interés por circunstancias varias, como potenciales daños reputacionales, cuando se oponga de manera frecuente a estrategia definida por la sociedad o cuando cesen las razones que motivaron el nombramiento del individuo.<sup>30</sup>

Sin embargo, la dimisión de administradores está sujeta a un proceso concreto que busca garantizar que la sociedad no quede paralizada por la imposibilidad de adoptar acuerdos por el hecho de no contar con miembros suficientes para ello. En estos casos, el administrador que dimite deberá instar la convocatoria de la junta general para poder solventar esta situación y que la sociedad pueda seguir con el curso normal de sus operaciones.<sup>31</sup>

g. Deber de cumplimiento normativo o “*compliance*” y estatutario

Como dispone la propia LSC, los administradores tienen el deber de “*cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos*”<sup>32</sup>. Este deber queda recogido, asimismo, en la jurisprudencia<sup>33</sup>, y es que parece obvio que la diligencia debida incluya el deber de cumplir con lo dispuesto en la ley y estatutos pues, respecto al deber de cumplir con la ley, todos quedamos sometidos a la misma y, en cuanto a los estatutos, dado que son las normas que rigen las sociedades, aplican con más razón si cabe a los que se encargan de gestionarlas.

A propósito de este deber, debemos tratar diversa jurisprudencia comparada. En primer lugar, retomamos el caso Caremark<sup>34</sup>, por el que se resuelve que en aquellos supuestos en los que el órgano de administración hubiera adoptado medidas idóneas tendientes a garantizar el *compliance* no será responsable, aunque se derive daño a los accionistas por parte de la

---

<sup>30</sup> “Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas”, CNMV, febrero 2015 y revisado en junio 2020.

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 667/2009, de 23 de Octubre de 2009

<sup>32</sup> Apartado 1 del artículo 225 LSC. Redacción dada por el artículo 3 de la Ley 5/2021, de 13 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas (BOE 13 de abril de 2021).

<sup>33</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 2702/2020, de 14 de diciembre de 2014.

<sup>34</sup> Sentencia del Court of Chancery of Delaware, New Castle County, de 25 de septiembre de 1996, In re Caremark International Inc. Derivative Litigation.

actuación social. En el mismo sentido, el caso *Stone vs. Ritter*, determinó que siempre que hubiera en funcionamiento programas de cumplimiento normativo reales, los administradores no serán responsables<sup>35</sup>. Por último, destacamos el caso *Siemens vs. Neubürger*, en el cual el Tribunal Regional de Múnich I condena la falta de diligencia de los administradores con respecto al control de los programas de cumplimiento.<sup>36</sup>

Para concluir, debemos añadir que en función de la estructura que adopte el órgano de administración podremos precisar una serie de deberes concretos. Por ejemplo, si el órgano de administración se articula en torno a un consejo, los consejeros deberán participar activamente en las juntas e instar la convocatoria del mismo cuando lo crean necesario. Por el contrario, si se trata de una administración solidaria, los administradores tendrán la obligación de coordinar su actuación para evitar potenciales perjuicios a la sociedad.<sup>37</sup>

## 2. RESPONSABILIDAD

### 2.1. Concepto

Como ya se ha expuesto, los administradores sociales, con independencia de que lo sean por medio de órganos colegiados o no, serán quienes dirijan y representen a la sociedad, debiendo cumplir siempre con los deberes legalmente exigibles consagrados en los artículos 225 y ss. LSC. Sin embargo, habrá ocasiones en las que ellos obvien sus deberes, actuando de tal forma en que se pueda causar perjuicio a la sociedad, a sus socios o a terceros.

La LSC regula la responsabilidad jurídico-privada de los administradores en el Capítulo V del Título VI, que comprende desde el artículo 236 al 241.bis LSC. Será necesario analizar bien el contenido de la norma para poder delimitar los presupuestos que darán lugar a la reclamación de responsabilidad. Es especialmente importante a estos efectos el contenido del artículo 236 de la LSC, dividido en cinco apartados que van a ser desglosados a continuación y que recogen los presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad.

---

<sup>35</sup> Sentencia del Court of Chancery of Delaware, New Castle County, de 6 de noviembre de 2006, *Stone vs. Ritten*.

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal Regional de Múnich I, de 18 de octubre de 2016, *Reiter vs. Fairbank*.

<sup>37</sup> Vives Ruiz, F., *Órganos de la Sociedad (II)...* *Op. Cit.*

Es el apartado primero el que establece que se deberá responder frente a la propia sociedad, sus socios o acreedores en caso de que se cause perjuicio por medio de acciones u omisiones que contravengan lo dispuesto por las leyes o los estatutos sociales en las que medie dolo o culpa.<sup>38</sup>

De lo anterior, se extrae que no responderán únicamente frente a la sociedad por el perjuicio que hayan podido ocasionar, sino que también tendrán derecho a exigir esta responsabilidad los socios o los acreedores. Tiene sentido que no sea la sociedad la única posibilitada para exigir a los administradores la responsabilidad correspondiente, pues esto podría desembocar en asimetrías entre socios y acreedores que no se hubieran visto afectados de igual forma y que, consecuentemente, no tuvieran interés en promover la acción individual de responsabilidad a la que nos referiremos más adelante cuando tratemos las acciones.

Asimismo, finaliza el apartado primero sentando que la culpa se presumirá en relación con el quebranto de los preceptos legales o estatutarios. Sin embargo, cabe decir que se trata de una presunción *iuris tantum* al admitir prueba en contrario, por lo que será posible que el actor demuestre que su actuación estuvo libre de culpa.

Tradicionalmente, se han suscitado discusiones en el seno de la doctrina sobre los presupuestos generadores de responsabilidad. Esto se debe a que la redacción antigua de este precepto distinguía entre el daño causado por acciones u omisiones en las que mediara dolo o culpa y el causado por no observar los deberes inherentes a la propia condición de administrador<sup>39</sup>. Sin embargo, este debate carece de fundamento puesto que los deberes de los administradores incluyen el evitar el perjuicio mediando dolo o culpa.<sup>40</sup>

Prosiguiendo, el apartado segundo del artículo que estamos analizando, alude a la imposibilidad de que se exonere de responsabilidad al administrador cuya actuación no se adecúe a los parámetros del apartado primero por medio de la ratificación o autorización por la junta general. Si bien es cierto que el poder de la junta es muy amplio, encontramos diversas

---

<sup>38</sup> Artículo 236 de la LSC. Redacción dada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE 4 de diciembre de 2014).

<sup>39</sup> Cruz Rivero, D., *La administración de la sociedad en Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles*. (Coord. Jiménez Sánchez, G.J. y Díaz Moreno, A). Madrid, 2013, págs. 542 y ss.

<sup>40</sup> Vicioso, J. M. Z. (2015). “La responsabilidad de los administradores”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, (10), 2015.

cuestiones sobre las que no puede dispensar. Este caso puede entenderse como un mecanismo de protección de minorías.

El apartado tercero se refiere a la figura del administrador de hecho. Ya desde que se aprobó la Ley de Transparencia se unificó el régimen de responsabilidad entre administradores de hecho y de derecho. El artículo 236.3 LSC define al administrador de hecho como 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, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad*”<sup>41</sup>. A pesar de que resulte clara la definición, conviene añadir que la jurisprudencia exige los siguientes requisitos para que se dé tal calificación<sup>42</sup>: (i) falta de subordinación, (ii) habitualidad y (iii) conocimiento y habilidad.

Sea como fuere, la ley por medio del reconocimiento de esta figura ha venido a aportar seguridad jurídica al panorama societario, pues parece necesario que la persona que deba de responder por las acciones u omisiones en las que interviniera dolo o culpa en la labor de gestión y representación de una sociedad sea la que verdaderamente se encuentre detrás de ellas, aun sin título válido, y no quien ostente el mero cargo formal.

Es muy frecuente que el órgano de administración de las sociedades capitalistas, en aras de garantizar el correcto funcionamiento y la agilidad en el tráfico jurídico, confiera poderes de representación a ciertos individuos, que podrán, o no, formar parte de él. A este respecto deberemos prestar atención a los rasgos propios del administrador de hecho pues podría ser que por medio de unos poderes de representación suficientemente amplios se pueda ser merecedor de tal consideración y, por ende, sea de aplicación el régimen de responsabilidad diseñado para ellos.<sup>43</sup>

El siguiente apartado alude a los casos en los que no exista delegación permanente de facultades en uno o más consejeros, es decir, en los que no haya consejero/s delegado/s. El mismo artículo 236.4 LSC atribuye la responsabilidad en estos casos a aquellos que ostenten la más alta

---

<sup>41</sup> Artículo 236 de la LSC. Redacción dada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE 4 de diciembre de 2014).

<sup>42</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Cuarta, núm. 312/2011, de 6 de julio.

<sup>43</sup> Vicioso, J. M. Z. “La responsabilidad de los administradores”, Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, (10), 2015.

dirección de la sociedad, eso sí, sin perjuicio de las acciones que se derivaran de la relación entre el sujeto y la sociedad.

El fundamento en este caso es el mismo que el que da lugar al reconocimiento de la figura de un administrador de hecho: la seguridad jurídica. Es acertado recoger esta posibilidad pues siempre habrá un individuo persona física de quien dependa una decisión, incluso en aquellos casos en los que sea una persona jurídica quien esté facultada para decidir. De esta forma, el legislador asegura que toda acción dolosa o culpable puede quedar sometida a examen, aun cuando no sea tomada por alguien que ostente facultades delegadas permanentemente.

Para finalizar con el análisis del artículo 236 LSC nos referiremos a su último apartado, por el que se reconoce aplicable el régimen de responsabilidad de los administradores a la persona física que actúe en nombre y representación de la persona jurídica que ostente el cargo de administrador.

El hecho de que sea administrador de una sociedad una persona jurídica comporta un amplio abanico de ventajas, entre las que destacamos la estabilidad que ofrecen y la desvinculación de las personas físicas de la titularidad orgánica<sup>44</sup>. Pero no todo es bueno, puesto que surgen espacios de incertidumbre. La primera pregunta que nos podemos plantear a la hora de valorar la responsabilidad de la persona física representante de la persona jurídica es qué estándar se ha de aplicar. A pesar del arduo trabajo de la Dirección General de los Registros y del Notariado para dilucidar la cuestión y de las demandas de esta regulación por parte de la doctrina<sup>45</sup>, han sido las nuevas normas las encargadas de aportar luz sobre ella. El artículo 236.5 de la LSC viene a resolver esta problemática, precisamente, descargando en la persona física representante toda la responsabilidad por la acción de la persona jurídica a la que representa.

Desde mi punto de vista, la solución es la más acertada de entre todas las posibles. Puesto que todo administrador persona jurídica ha de facultar a un individuo persona física para que lo represente, la equiparación entre la condición de administrador persona física y la de

---

<sup>44</sup> Pérez Benítez, J., “La responsabilidad del representante del administrador persona jurídica”, *Lefebvre. El Derecho*, 2020. Recuperado de <https://elderecho.com/la-responsabilidad-del-representante-del-administrador-persona-juridica-2> en marzo de 2023.

<sup>45</sup> Rojo, A. y Beltrán, E. (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia, 2013, p. 79.

representante de administrador persona jurídica es el cauce más justo para lograr la equidad en la esfera de sus deberes.

Para concluir con este apartado, es necesario aclarar que la responsabilidad de los administradores será solidaria. Si bien no es objeto del presente estudio valorar y exponer el régimen de la solidaridad recogido en el Código Civil (en adelante, “CC”), sí que conviene referirnos al artículo 237 LSC. Éste no sólo recoge el carácter solidario de la responsabilidad, sino que también estipula una serie de supuestos que permiten excluirla, como el no haber intervenido en la ejecución de la decisión, desconocerla, haber hecho todo lo posible para evitarla u oponerse de forma expresa.

En relación con lo anterior, los requisitos que se exigen para poder concluir la exoneración de la responsabilidad son los siguientes<sup>46</sup>:

- i. Que, en relación con el desconocimiento de la decisión, posteriormente no se hubiera tomado partido sobre ella o contribuido a su materialización. En este caso la carga de la prueba recaerá sobre el administrador interesado en que se le excluya de la responsabilidad<sup>47</sup>;
- ii. Que, en caso de conocer el acuerdo perjudicial, el administrador hubiera hecho todo lo posible para evitar que se llevara a cabo; y
- iii. Que la oposición tenga carácter expreso, no siendo suficiente con la mera abstención y requiriéndose que se deje constancia de ella en el acta.

A los supuestos mencionados *supra*, debemos añadir el caso de que el administrador manifieste su voluntad de cesar en el cargo por medio de notificación fehaciente ante Notario y comunicación a la sociedad<sup>48</sup>.

## **2.2. Acciones para exigir responsabilidad**

Cuando la actuación de los administradores no se ajuste a lo exigido legal y estatutariamente procede exigir responsabilidad por vía judicial. En este sentido, la LSC distingue entre dos

---

<sup>46</sup> Vicioso, J. M. Z., La responsabilidad de los... *Op. Cit.*

<sup>47</sup> Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. Manual de Derecho Mercantil. Madrid, 2014.

<sup>48</sup> *Id.*

supuestos: la acción individual y la acción social, cuya procedencia dependerá de la esfera perjudicada.

### 2.2.1. Acción social

La *ratio* de esta acción es el perjuicio que sufre la propia sociedad a partir de la conducta de los administradores, buscando “*restaurar el patrimonio resarciendo el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador*”<sup>49</sup>. Se trata de la más relevante puesto que, con carácter general, será la sociedad la principal perjudicada por su actuación y no los socios o acreedores que, en caso de sufrir daño, será indirecto.

Asimismo, se debe matizar que cabrá el ejercicio de esta acción en todos aquellos supuestos en los que medie dolo o culpa. Si bien parece lógico que en los supuestos de actuación culpable de los administradores se puede exigir responsabilidad, esto no siempre ha sido así. Con la antigua LSA se recogía la eximente de culpa ordinaria, por lo que en aquellos casos en los que no se actuara diligentemente, pero en los que la actuación pudiera encuadrarse en tal estándar, el administrador quedaría liberado de toda responsabilidad.<sup>50</sup>

Es igualmente importante aclarar quiénes van a ser los que puedan ejercitar la acción, pues a pesar de ser la sociedad quien sufre el daño directo, como bien indica la LSC en sus artículos 238 y 239, encontraremos más sujetos facultados para ello. Éstos son:

- i. La sociedad. Para su ejercicio será necesario previo acuerdo de la junta general sin necesidad de que conste en el orden del día. Asimismo, no se podrá modificar la mayoría ordinaria requerida para su adopción.
- ii. Los socios, con carácter subsidiario. Si la sociedad no la ejercitara, se da lo que se conoce como sistema “en cascada”<sup>51</sup>, por el que podrían ejercitarla aquellos socios que, individual o conjuntamente, ostenten participación suficiente para solicitar la convocatoria de la junta general, i.e., 5% o 3% (si es una sociedad cotizada) del capital social<sup>52</sup>, en aras siempre del mejor interés de la sociedad. También, en

---

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 396/2013 de 20 de junio.

<sup>50</sup> Casanova-Torrado, M. J. (2012). La fundamentación de los "fiduciary duties" de los administradores de sociedades y sus consecuencias en la acción social de responsabilidad. p.404.

<sup>51</sup> Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. *Op. Cit.*

<sup>52</sup> Vives Ruiz, F., *Órganos de la Sociedad (II)... Op. Cit.*

aquellos casos en los que no se instara por la sociedad, estos socios podrán hacerlo cuando<sup>53</sup>: i) no lo hicieran los administradores, ii) hubiera transcurrido el plazo de un mes desde la adopción del correspondiente acuerdo, o iii) cuando éste fuera contrario a la exigencia de responsabilidad.

- iii. Los acreedores, en última instancia. Para ello será necesario que no hubiera sido promovida ni por la propia sociedad ni por sus socios, además de requerir que el capital social no sea suficiente para poder garantizar la satisfacción de los créditos que éstos ostentaran contra la sociedad.

El hecho de que no sea la sociedad la única que pueda ejercitar esta acción encuentra su fundamento, según el Tribunal Supremo (en adelante, “TS”), en que *“el daño causado directamente a la sociedad puede, de modo reflejo, provocar también daños a los socios y los acreedores. La disminución del patrimonio social provoca la correlativa disminución del valor de las acciones o participaciones sociales de las que es titular el socio, y puede provocar que no se repartan dividendos, o se repartan en menor medida. En tal caso, la conducta ilícita del administrador provoca un daño indirecto al socio. Asimismo, dada la función de garantía que el patrimonio social tiene para el acreedor, el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador supone la disminución, o incluso la desaparición, de esa garantía frente a terceros como los acreedores”*. En relación con este último inciso, añade, que la legitimidad de los acreedores para ejercitar la acción se pondrá de manifiesto en aquellos casos en los que *“el patrimonio social no sea suficiente para satisfacer sus créditos”*.<sup>54</sup>

De lo anterior puede extraerse, *a contrario*, que en aquellos casos en los que la lesión se produzca de forma directa, la acción social no será el cauce procedimental adecuado para exigir responsabilidad y lograr la reparación del daño soportado por los socios, puesto que deja claro que la acción social se refiere a daños *“reflejos”*, es decir, derivados del daño principal sufrido por la sociedad.

Otra cuestión de vital importancia sería sobre quién recae la carga de la prueba una vez se está exigiendo responsabilidad. A este respecto, la mayor parte de la doctrina defiende que ha de ser sobre la parte actora, es decir, quien ejercite la acción será la encargada de probar que se ha

---

<sup>53</sup> Vicioso, J. M. Z., La responsabilidad de los administradores... *Op. Cit.*

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 396/2013 de 20 de junio.

causado un daño y su nexo con la actuación profesada por el órgano de administración. Ahora bien, si esto es comúnmente aceptado para los supuestos de actuación dolosa, no se puede permitir respecto del comportamiento culpable. Esto se debe a que es la propia LSC quien, en su artículo 237, recoge la inversión de la carga de la prueba en estos supuestos al sentar que serán los administradores quienes deban probar la ausencia de culpa<sup>55</sup>. Esto supone que el ordenamiento jurídico establece una nueva presunción de culpabilidad, presunción que admitirá prueba en contrario.

Debemos referirnos también al 239.2 LSC, pues recoge una precisión de gran importancia procesal al obligar a la sociedad a reembolsar todos los gastos en los que el socio ejercitante hubiera incurrido a lo largo del proceso de exigencia de la responsabilidad si se estimara la demanda. Además, no será necesaria una estimación total, siendo suficiente que se estime parcialmente. Esta institución se fundamenta en la reparación total del daño, es decir, es obvio que el procedimiento a través del cual se busca la reparación del daño sufrido conlleva una serie de gastos que, a su vez, constituyen un perjuicio para quien los soporta. Por ello, para garantizar que se repone al perjudicado en su situación previa al daño sufrido será necesario que la sociedad se haga cargo de los gastos con los límites contenidos al respecto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.<sup>56</sup>

Para terminar con la breve construcción de la acción social que aquí exponemos debemos tratar otra cuestión relevante; el plazo para su ejercicio. La construcción actual, es decir, el plazo de prescripción de 4 años recogido en la LSC es fruto de un largo e intenso periodo de debate doctrinal y jurisprudencial en el que se han defendido varias posturas hasta que, finalmente, en el año 2001 nuestro TS se encargó de unificar doctrina.

Parte de la jurisprudencia, coincidiendo con la doctrina mayoritaria, defendía la aplicación del artículo 949 del Código de Comercio (el “CCom”), por el que las acciones contra los administradores terminarían a los cuatro años a contar desde el día de su cese. Otras posturas, por el contrario, defendían la aplicación de lo dispuesto en el CC, es decir, tomaban estas acciones como acciones de resarcimiento, por lo que habrían de guiarse por el contenido del artículo 1902 en relación con el del 1968.2. Por último, encontramos posiciones tendentes a

---

<sup>55</sup> Casanova-Torrado, M. J. (2012). La fundamentación de los "fiduciary duties" ... *Op. Cit.*

<sup>56</sup> Vicioso, J. M. Z., La responsabilidad de los administradores... *Op. Cit.*

optar por uno u otro plazo en función de la naturaleza contractual o extracontractual de la relación<sup>57</sup>.

Finalmente, como se ha dicho, fue el TS en el año 2001 quien zanjó la cuestión, unificando la línea jurisprudencial y doctrinal y estableciendo que se someterá a plazo de prescripción de 4 años atendiendo a lo dispuesto por el CCom que, con buen criterio, ahora incluye la LSC en su artículo 241.bis.

### 2.2.2. *Acción individual*

Si bien, siguiendo lo dispuesto por nuestro TS, *“del daño causado a terceros responde la sociedad, sin perjuicio de que ésta pueda repetir contra sus administradores una vez reparado, mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad [...] el art. 241 LCS permite una acción individual contra los administradores, cuando en el ejercicio de sus funciones incumplen normas específicas que se imponen a su actividad social y tienden a proteger al más débil [...] quien sufre directamente el daño como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones”*.<sup>58</sup>

Por ello se admite la posibilidad de que, cuando se hubieran lesionado de forma directa los derechos e intereses de los socios o terceros ajenos a la sociedad, éstos puedan ejercitar la acción individual. La principal diferencia que encontramos reside en que la acción social busca resarcir el daño que se causa de forma directa a la sociedad y que puede perjudicar, por contagio, a sus socios o acreedores, mientras que la acción individual se fundamenta en el perjuicio causado directamente a los intereses de los socios o terceros.<sup>59</sup>

El TS la define como una acción directa y principal, no subsidiaria, que se otorga a accionistas, socios y terceros para recomponer su patrimonio particular<sup>60</sup>. Además, establece un paralelismo con la acción social a la hora de tratar los presupuestos que la originan, pues establece que son *“idénticos a los de la acción social de responsabilidad, es decir, los contrarios a la ley, a los*

---

<sup>57</sup> Casanova-Torrado, M. J. (2012). La fundamentación de los "fiduciary duties" ... *Op. Cit.*

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 959/2016, de 3 de marzo.

<sup>59</sup> Vives Ruiz, F., *Órganos de la Sociedad (II)*... *Op. Cit.*

<sup>60</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 140/2005, de 11 de marzo.

*estatutos o los realizados sin la diligencia con la que los administradores deben desempeñar su cargo”.*<sup>61</sup>

No es cuestión pacífica para la doctrina la naturaleza de esta acción. Si bien no es discutible que se trate de una acción de carácter indemnizatorio por el hecho de que lo que busca es resarcir el daño que se hubiera causado de forma directa a socios o terceros por parte de la conducta de la administración social, no queda claro si nos encontramos ante una acción independiente que se articula como una institución exclusiva de Derecho Mercantil o si, más bien, se trata de un conjunto de acciones que responden a una remisión al Derecho Privado Común.<sup>62</sup>

La cuestión se suscita por la propia redacción del artículo 241 LSC, el cual introduce a la acción individual como “las acciones de indemnización”, por lo que se puede entender que son más de una. Sin embargo, a pesar de no haberse logrado la unanimidad en la doctrina, el TS es quien nos dice que *“la acción individual de responsabilidad supone una especial aplicación de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia (art. 135 LSA -241 LSC), que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1902 CC [...]. Se trata, de una responsabilidad por “ilícito orgánico”, entendida como la contraída en el desempeño de sus funciones del cargo.”*<sup>63</sup>

De la citada sentencia, por tanto, se desprende una suerte de naturaleza mixta en la que, partiendo de una institución genérica, como es la reparación del daño causado del artículo 1902 CC, se adapta al marco mercantil, dotándola de una regulación específica que, en última instancia, la diferencia de la regla contenida en el Derecho Civil.

Si tenemos en cuenta todo lo anterior, podemos intuir que su ejercicio quedará restringido a los casos en los que se haya causado daño directo a socios o terceros, sin embargo, debemos apreciar otros requisitos:<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2022, por el que se inadmite recurso de casación.

<sup>62</sup> Quijano González, J., *La responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima. Aspectos sustantivos*. Valladolid, 1985.

<sup>63</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de los Civil, Sección 1ª, núm. 2037/2014, de 23 de mayo.

<sup>64</sup> Sánchez Calero, F., Sánchez-Calero Guilarte, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen I. Navarra, 2013.

- i. La concurrencia de daño directo y efectivo a la esfera concreta de los socios o terceros. No será el cauce óptimo para exigir responsabilidad por el daño reflejo que hemos comentado al tratar la acción social. Tampoco será de utilidad para reclamar por expectativas de daño, es decir, se ha de materializar el perjuicio.
- ii. Que el perjuicio se derive de la acción u omisión del órgano de administración. A este respecto debemos observar los requisitos para considerar la actuación como merecedora de exigir responsabilidad, es decir, deberemos atender al contenido del ya estudiado artículo 236 LSC, pues puede ser que nos encontremos ante situaciones amparadas por la protección de la discrecionalidad empresarial; y
- iii. Que exista relación de causalidad entre la conducta sancionable y el daño perpetrado.

La anteriormente citada sentencia del TS núm. 959/2016 añade que la conducta ha de ser dolosa, culposa o negligente e idónea para producir el daño. Además, realiza una conexión muy importante con el deber de diligencia, al establecer que *“el incumplimiento de una norma legal sectorial, de ius cogens, cuyo cumplimiento se impone como deber de diligencia del administrador, se conecta con el ámbito de sus funciones (arts. 225, 226, 236 y 241 LSC), por lo que le es directamente imputable”*.

Junto a todo lo anterior, es igualmente importante aclarar que no puede emplearse esta acción de forma indiscriminada por cualquier incumplimiento en el marco de las relaciones contractuales, pues chocaríamos de frente con la propia esencia de las sociedades de capital, es decir, su personalidad jurídica que las permite operar en el tráfico jurídico por medio de su libre autonomía y contando con su propia esfera patrimonial y de responsabilidad.<sup>65</sup>

En este sentido, la sentencia anterior dispone que *“la responsabilidad de los administradores en ningún caso se puede conectar al hecho objetivo del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las relaciones contractuales, convirtiéndolos en garantes de las deudas sociales o en supuestos de fracasos de empresa que han derivado en desarreglos económicos que, en caso de insolvencia, pueden desencadenar otro tipo de responsabilidades en el marco de otra u otras normas”*.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 242/2014, de 23 de mayo.

<sup>66</sup> *Id.*

Por último, en lo referente al plazo para su ejercicio, nos remitiremos a lo que hemos comentado en el apartado anterior con respecto a la acción social, prescribiendo el plazo para su ejercicio a los 4 años en aplicación del artículo 949 del CCom y 241.bis LSC, como reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo manifiesta.<sup>67</sup>

### **2.3. Especial referencia a la responsabilidad por deudas de los administradores**

Puesto que esta responsabilidad se estudia con mayor detalle en el **apartado 1.1 del Capítulo IV** relativo a la diligencia del administrador en caso de concurrencia de causa de disolución, por ahora nos limitaremos a dejar constancia de su existencia y realizar una breve introducción.

Podríamos referirnos a esta responsabilidad, consagrada en el artículo 367 LSC, como una medida de política legislativa que tiene por objeto conseguir que una sociedad que se encuentra en causa de disolución se disuelva o emprenda cuantas acciones sean necesarias para lograr eliminar la causa. El legislador, lo que verdaderamente busca a través de ella es evitar que sociedades que se encuentren en estos escenarios continúen actuando de forma regular como si nada pasara. Por ello es que, dado que son los administradores los encargados de la gestión social, es a ellos a quienes se les impone el cumplimiento de los deberes legales derivados de la concurrencia de causas de disolución, haciéndolos responsables solidarios de las deudas sociales contraídas con carácter posterior a la inobservancia de estos deberes.<sup>68</sup>

Para completar esta primera aproximación, que será ampliada al final del estudio, será suficiente con exponer las causas que originan esta responsabilidad solidaria por deudas y que han sido aceptadas jurisprudencialmente. El TS añade a la concurrencia de causa de disolución, la necesidad de que: (i) se omita la convocatoria de la junta general para la adopción del acuerdo de disolución o de remoción de la causa, (ii) el trascurso del plazo de dos meses a contar desde el día en que se conoció la causa o se pudo hacerlo, (iii) la imputabilidad de la conducta pasiva al administrador, y (iv) que la omisión no se halle justificada.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 263/2007, de 5 de marzo.

<sup>68</sup> Beltrán Sánchez, E. M. (1998). La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución.

<sup>69</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 2013/2918, de 11 de enero.

En conclusión, la responsabilidad por deudas se fundamenta en la falta de diligencia en relación con el escenario de disolución. De esta forma, en aquellos casos en los que no se actúe debidamente, *i.e.*, no se observen las obligaciones legales, los administradores deberán responder solidariamente con la sociedad por toda deuda que se hubiera contraído con carácter posterior a la concurrencia de la causa de disolución.

## CAPÍTULO III. PROTECCIÓN DE LA DISCRECCIONALIDAD EMPRESARIAL

### 1. ORIGEN Y RATIO

#### 1.1. Origen

Para tratar el origen de *Business Judgment Rule* (en adelante, “**BJR**”) nos debemos remontar al año 1984, cuando los Tribunales del Estado de Delaware (EE. UU.) formalizaron en el caso *Aronson v. Lewis*<sup>70</sup> un estándar que ya se había dejado entrever previamente. A modo de curiosidad, no es casualidad que fuera este estado uno de los pioneros en materia mercantil, ya que Delaware era el lugar en el que muchas compañías tenían su domicilio social por lo avanzada que era su regulación en materia mercantil y por el carácter racional de sus magistrados.<sup>71</sup>

Sin embargo, la primera formulación de la BJR viene dada por el Tribunal Supremo de Pensilvania en el año 1829, a raíz del asunto *Percy v. Millaudon*, en el que se estableció que los administradores no deben ser responsables por errores en el juicio llevado a cabo diligentemente.<sup>72</sup>

En el ordenamiento jurídico español, esta cláusula tiene su origen en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo<sup>73</sup>. Sin embargo, los propios tribunales nacionales ya venían desarrollando el concepto con carácter previo con base en una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, como ponen de manifiesto algunas sentencias<sup>74</sup> a través de las cuales dejaron claro que escapa al control judicial la valoración del acierto o error en la toma de decisiones económico-empresariales siempre y cuando se hubiera actuado conforme a los parámetros exigidos en relación con la buena fe, la información y la ausencia de interés personal en el asunto.

---

<sup>70</sup> Supreme Court of Delaware. *Aronson v. Lewis*, de 1 de marzo de 1984.

<sup>71</sup> De Roa, Felipe, “The business judgment rule in los estados unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva”, *127 Universitas*, 341-371, 2013.

<sup>72</sup> Gevurtz, F. A., *The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion*. *S. Cal. L. Rev.*, 1993, vol. 67, p. 287.

<sup>73</sup> Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE de 4 de diciembre de 2014).

<sup>74</sup> Por ejemplo, las Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012, o la de 29 de marzo de 2007.

## 1.2. Ratio de la discrecionalidad empresarial

Los motivos que han llevado a la legislación mercantil a adoptar esta protección para con los administradores podrían resumirse en tres: garantía de cumplimiento del deber de diligencia, protección de administradores y seguridad jurídica.

### a. Cumplimiento del deber de diligencia

El deber de diligencia se predica con carácter general respecto de toda actuación llevada a cabo por los administradores sociales y está estrechamente relacionado, por tanto, con la discrecionalidad empresarial<sup>75</sup>. Sin embargo, el cumplimiento de este deber no lleva siempre aparejado el éxito de las decisiones, pues es posible que aun habiendo contemplado todos los requisitos legales y estatutarios se llegue a circunstancias adversas y perjudiciales para la sociedad, sus socios o terceros.

En cualquier caso, la BJR no es un mecanismo para garantizar el acierto e idoneidad de la decisión del órgano de administración, se trata más bien de un instrumento encaminado a asegurar que dicha actuación se ciñe a unos parámetros que hagan de la conducta una conforme a derecho en la que no podría haberse exigido un mayor grado de diligencia, aunque sí de acierto.

### b. Protección del órgano de administración

Debemos tener en cuenta que el cargo de administrador social comporta una serie de riesgos y responsabilidades que, de no ser por instituciones como la de la protección de la discrecionalidad empresarial, no atraería a muchos individuos.

En el fondo se trata de una forma de fomentar el ejercicio del cargo. Como es lógico, no se puede exigir a una persona que siempre esté acertada en la toma de decisiones, pues sería contrario a la naturaleza humana. Ahora bien, sí que es exigible que las decisiones tomadas por estas personas se fundamenten en un proceso adecuado en el que se ha actuado de buena fe,

---

<sup>75</sup> García-Villarrubia, M. “La regla de la discrecionalidad empresarial”, Uría Menéndez. Madrid, 2022. Recuperado de <https://www.uria.com/es/publicaciones/7942-la-regla-de-la-discrecionalidad-empresarial> en marzo de 2023.

conforme a buenas fuentes de información, siguiendo el cauce procedimental debido y sin buscar un interés personal en el asunto.

De esta forma, es decir, garantizando la abstención del poder judicial<sup>76</sup> con respecto a todas aquellas actuaciones conforme a la diligencia debida, se protege al administrador, que es quien debe tomar las decisiones (y no el juez)<sup>77</sup>. En este sentido, la jurisprudencia establece que *“el juez no es un órgano fiscalizador “del desacierto económico” de las decisiones empresariales ni un órgano dictaminador de lo que en cada momento haya de resultar conveniente para la sociedad [...] es el órgano social y no el juez quien tiene que valorar la oportunidad empresarial de la decisión”*.<sup>78</sup>

### c. Fomento de la seguridad jurídica

Las aportaciones de esta cláusula con respecto a la seguridad jurídica se proyectan en tres planos, principalmente: el del órgano de administración, el del poder judicial y el de los socios.

- i. En el primer caso, los administradores tienen la certeza de que su actividad será juzgada con base en el estándar de conducta seguido y no en función del resultado derivado de su actividad, pues *“corresponde a los empresarios la adopción de las decisiones empresariales, acertadas o no, sin que el examen del acierto intrínseco en sus aspectos económicos pueda ser fiscalizado por los Tribunales”*.<sup>79</sup>
- ii. En el segundo, los jueces observan que pueden juzgar la función del administrador aun sin contar con los conocimientos técnicos y empresariales debidos para valorar el resultado, pues su papel se limita a someter a examen la forma en la que se adopta la decisión, no el resultado derivado de ella;
- iii. Finalmente, los socios tendrán certeza de que la actuación del órgano de administración se ajustará siempre al interés social, evitando que haya discordancias entre la voluntad de los administradores y la suya, pues el objeto que se persigue es

---

<sup>76</sup> Guerrero Trevijano, C. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*. Civitas, 2014.

<sup>77</sup> Sánchez Calero, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2005.

<sup>78</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, núm. 226/2009, de 24 de septiembre.

<sup>79</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 991/2011, de 17 de enero.

el de maximizar el valor de la empresa y no frenar el desarrollo por miedo a una potencial sanción.

### 1.3. Presupuestos de aplicación

#### 1.3.1. Artículo 226 LSC

Para poder esclarecer en qué supuestos es de aplicación esta regla debemos analizar el contenido del artículo 226 LSC, cuyo tenor es:<sup>80</sup>

*“1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.*

*2. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230.”*

A partir de este artículo, observamos como el apartado primero diferencia entre los ámbitos objetivo y subjetivo de su aplicación<sup>81</sup> y el segundo establece una delimitación negativa por la que excluye la aplicación de la protección cuando el beneficiario de la decisión del administrador tenga la condición de persona vinculada.

Por un lado, la ley se refiere a las “*decisiones estratégicas y de negocio sujetas a discrecionalidad empresarial*”. Por otro, se definen cuatro requisitos con respecto a la conducta del administrador<sup>82</sup>: (i) actuación de buena fe; (ii) sin interés personal; (iii) con información suficiente; y (iv) con arreglo al procedimiento decisorio adecuado.

---

<sup>80</sup> Redacción dada por la Ley 31/2014, para la reforma del gobierno corporativo (BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014)

<sup>81</sup> Vives Ruiz, F., *Órganos de la Sociedad (II)... Op. Cit.*

<sup>82</sup> Llebot Majó, J.O. *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*. Civitas. Madrid, 1996.

En cuanto al ámbito objetivo, es decir, a las decisiones estratégicas y de negocio sujetas a discrecionalidad empresarial, debemos aclarar que incluye tanto acciones como omisiones, por lo que quedarán amparadas por esta norma todas aquellas situaciones en las que el órgano de administración, conscientemente, decida no actuar, a excepción de los casos de manifiesta pasividad contrarios al interés social. Asimismo, el que la ley se refiera a las “*decisiones estratégicas y de negocio*” no es suficientemente esclarecedor, pues se trata de conceptos jurídicos indeterminados que requerirán de valoración *ad casum*<sup>83</sup>. Por ello es por lo que lo verdaderamente importante y diferenciador será el segundo inciso, es decir, la discrecionalidad empresarial<sup>84</sup>. Dentro de estas entrará todo el elenco de situaciones y mecanismos que los administradores sociales puedan emplear para resolver los problemas que enfrente la sociedad.<sup>85</sup>

Siguiendo con el ámbito subjetivo de aplicación, retomamos los cuatro puntos exigidos por el ordenamiento jurídico.

- i. Buena fe. Nos encontramos en un supuesto de buena fe subjetiva, es decir, no es posible valorar conforme a parámetros exactos si se actuó o no de buena fe. Plantea, consecuentemente, un grave problema de prueba, puesto que no será suficiente para considerar que se actuó de buena fe el alegarlo, se deberá demostrar. La jurisprudencia establece que la buena fe se presume, debiendo acreditarse la falta de ésta por la parte actora<sup>86</sup>. Añade, la doctrina, que para probar la buena fe deberemos tener como límite las decisiones disparatadas en términos de valoración de riesgos.<sup>87</sup>
- ii. Sin interés personal en el asunto. Este requisito se encuentra estrechamente ligado con el anterior. Esto se debe a que el administrador ha de obrar pensando en el mejor interés social y no en el propio. En palabras del TS, “*lo relevante es que los administradores se abstengan de anteponer su interés personal al de la sociedad*”<sup>88</sup>. También debemos dejar constancia en este apartado de la exclusión planteada en el

---

<sup>83</sup> Cañete, M. J. V. (2016). “Deber de diligencia y protección de la discrecionalidad empresarial de los administradores” *Revista Lex Mercatoria, Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, 102-108.

<sup>84</sup> Vives Ruiz, F., *Órganos de la Sociedad (II)*... *Op. Cit.*

<sup>85</sup> Guilarte, J. S. C., Naharro, M. F. (2021). Deberes de los administradores sociales en tiempos de pandemia: en especial, el deber de diligencia y la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial. *Derecho de sociedades y crisis de la empresa en tiempos de pandemia* (pp. 3-31). Editorial Comares.

<sup>86</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Gijón nº3, núm. 88/2019, de 15 de marzo.

<sup>87</sup> García-Villarrubia, M. “La regla de la discrecionalidad...” *Op. Cit.*

<sup>88</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 889/2021, de 21 de diciembre.

apartado 2 del artículo 226 LSC, por la que la norma no se aplicará en aquellos casos en los que, aún sin tener interés personal el propio administrador sí concurre el de persona vinculada, entendiendo como tal a las recogidas en el artículo 231 LSC.

- iii. Con información suficiente. El deber de informarse se predica con carácter obligatorio respecto de la conducta del administrador, como ya hemos introducido al tratar las manifestaciones concretas del deber de diligencia. La aplicación de la BJR quedará, por tanto, condicionada a la conducta activa del administrador por la que se informó con carácter previo a la toma de la decisión.
- iv. Siguiendo el cauce decisorio adecuado. Será imprescindible que se siga el cauce apropiado para la toma de decisiones, es decir, habrá de observarse la ley, pero también la normativa estatutaria o parasocial completa para asegurar que la decisión se tomó como se debía.

Lo que parece claro es que, si bien la intención del legislador es buena, la redacción de la norma no aporta toda la claridad que debería. Se deja un amplio margen de valoración sobre dichas conductas de los administradores, que se basarán, en su mayoría, en notas subjetivas.

### *1.3.2. Carga de la prueba*

Como hemos indicado, la aplicación del artículo 226 LSC es ciertamente problemática pues, a pesar de recoger cuatro criterios definidos para valorar la conducta, no permite una valoración objetiva que delimite claramente si la actuación del administrador es merecedora, o no, de la abstención judicial. Por ello es por lo que en numerosas ocasiones el asunto llegará a los tribunales, que deberán valorar la procedencia o no de la protección de la discrecionalidad empresarial. Ello nos lleva a plantearnos quién ha de probar que la actuación es o conforme al artículo 226 LSC, o lo que es lo mismo, a quién corresponde la carga de la prueba, cuya finalidad no es *“establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes”*.<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 445/2014, de 4 de septiembre.

La carga de la prueba con respecto a los presupuestos del artículo 226 LSC ha sido un tema muy controversial en la doctrina, pues la legislación no aporta claridad sobre quién debe probar la concurrencia o falta de diligencia, cosa que sí se observa en el derecho comparado. En él encontramos dos modelos posibles en cuanto a carga de la prueba se refiere: el de “puerto seguro” alemán<sup>90</sup> y el americano (introducido en Delaware). En el primer de los casos se requiere que todo administrador que invoque la BJR esté en condiciones de probar que su actuación se guió por los parámetros de conducta exigidos. En el segundo, se recoge, más bien, una presunción de actuación adecuada, por lo que deberán ser los perjudicados los encargados de probar la concurrencia de conducta indebida.<sup>91</sup>

Sin embargo, aunque el derecho nacional no se muestre partidario de forma clara de ninguna de las opciones, la regla general es, siguiendo a la doctrina<sup>92</sup>, que será el administrador que quiera valerse de la protección ofrecida por la cláusula quien deba demostrar que ha cumplido con los requisitos necesarios, es decir, será de aplicación el “puerto seguro” del que habla el modelo alemán. No obstante, existirán diversas excepciones en función del demandante, del cargo actual del demandado o del momento de la demanda<sup>93</sup>. Además, añade el TS que *“las reglas de distribución de la carga de prueba solo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria”*.<sup>94</sup>

En conclusión, parece lógico que sea el propio administrador que alegue haber actuado como debía quien deba probar que su conducta, efectivamente, fue la correcta. Ello se debe al principio de facilidad probatoria, por el que se podrá hacer recaer sobre el administrador las consecuencias de la falta de prueba.

---

<sup>90</sup> Osborne Clarke. “La “business judgement rule” como mecanismo de limitación de la responsabilidad de los administradores en la toma de decisiones”. 2020. Recuperado de <https://www.osborneclarke.com/es/insights/la-business-judgement-rule-como-mecanismo-de-limitacion-de-la-responsabilidad-de-los-administradores-en-la-toma-de-decisiones> en marzo 2023.

<sup>91</sup> Hernando Mendivil, J. “Cargas de la prueba en el nuevo artículo 226 LSC (business judgement rule)”. *Almacén de Derecho*, 2015. Recuperado de <https://derechomercantilesparana.blogspot.com/2015/01/carga-de-la-prueba-en-el-nuevo-articulo.html> en marzo de 2023.

<sup>92</sup> Alfaro Águila-Real, J., Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial, en Juste Mencía, J. (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*. *Sociedades no cotizadas*. Cizur Menor, Aranzadi. Navarra, 2015.

<sup>93</sup> García-Villarrubia, M. “La regla de la discrecionalidad... *Op. Cit.*”

<sup>94</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm., 333/2011, de 9 de mayo.

## **CAPÍTULO IV. RESPONSABILIDAD EN SITUACIONES DE CRISIS**

### **1. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD**

#### **1.1. Introducción**

Podríamos definir disolución social como el acto o circunstancia que da lugar al proceso de liquidación de la sociedad. A excepción de las causas de disolución recogidas en los artículos 360 y 361 LSC o la Disposición adicional 17 de la Ley de Marcas, que son aquellas que requirieren el acuerdo de la junta, la disolución no opera automáticamente y se han de seguir una serie de pasos por parte de la administración social, a saber:

- i. Convocatoria de la junta. Siguiendo lo dispuesto por el artículo 365 LSC, los administradores dispondrán de un plazo de dos meses para convocar la junta de socios a partir del momento en el que se ponga de manifiesto la causa de disolución para acordar la misma o instar el concurso de acreedores.
- ii. Celebración de la junta y adopción del correspondiente acuerdo. Será la junta general quien deberá aprobar la disolución o su remoción, es decir, a pesar de que la sociedad se encuentre inmersa en causa de disolución se podrán adoptar medidas tendentes a solventarla (por ejemplo, la concesión de un préstamo participativo en aquellos casos en los que la causa de disolución sea la del 363.1 LSC).
- iii. Convocatoria judicial. En aquellos casos en los que la junta no fuese convocada, no llegara a celebrarse o el acuerdo adoptado fuera de imposible consecución o contrario a la disolución, los administradores estarán obligados a solicitar la disolución ante el juez de lo mercantil del domicilio social (artículo 366 LSC).

A modo de resumen y derivado de lo anterior, las causas que dan pie a la responsabilidad de los administradores en el marco de la disolución social son dos:

- i. Incumplimiento de la obligación de convocar la junta en el plazo de dos meses desde que concurra la causa; o
- ii. Que cuando procediera no instaran la disolución judicial o el concurso.

Parece, por tanto, que en los casos de disolución la diligencia del administrador no busca asegurar los intereses de los socios, sino más bien garantizar que no se perjudica al tráfico jurídico-mercantil por medio de la adopción de las medidas necesarias y del conocimiento de la situación concreta que atraviesa la sociedad, como veremos en el apartado siguiente.

## 1.2. Fundamento

Esta responsabilidad a la que se enfrentan los administradores no sólo busca penalizar una falta de diligencia en la gestión al no proteger los derechos de los socios, sino que también respecto de acreedores y terceros, entendiendo como estos últimos a todas aquellas personas cuyos intereses pudieran verse afectados por la situación social de infracapitalización, insolvencia o parálisis social<sup>95</sup>.

Siguiendo la postura de nuestro Tribunal Supremo<sup>96</sup>, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad *ex lege* por deuda ajena cuya naturaleza no es la de sanción o pena civil<sup>97</sup>. Éste, en su sentencia 3625/2021, de 5 de octubre, afirma que se da una protección de un interés general que ampara a los acreedores de la sociedad en cuestión por medio de la ampliación del número de deudores solidarios al que poder dirigirse para satisfacer su derecho de crédito.

De lo anterior podemos extraer que el deber de diligente administración en los casos de disolución subsiste, ahora bien, se da una extensión del beneficiario, pues dejan de ser los socios, únicamente, aquellos por cuenta de los que se actúa diligentemente para que sean los acreedores y el tráfico mercantil en general.

## 1.3. Responsabilidad por deudas del artículo 367 LSC

La responsabilidad por deudas del administrador se erige como una institución propia del Derecho Mercantil que tiene por objeto defender no sólo a los propios socios, como indica el TS en su sentencia núm. 263/2007, sino también “*al orden público económico y a los terceros*”

---

<sup>95</sup> Ayala, C. “Breves notas sobre la responsabilidad de administradores del artículo 367 LSC”. *All Law*. 2018. Recuperado de <https://www.all-law.es/breves-notas-sobre-la-responsabilidad-de-administradores-del-articulo-367-lsc/> en marzo de 2023.

<sup>96</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, núm. 3625/2021, de 5 de octubre.

<sup>97</sup> Fontes Migallón, I. “Derecho transitorio en la responsabilidad de los administradores por deudas sociales”. *Gómez-Acebo & Pombo*. Recuperado de <https://www.ga-p.com/publicaciones/derecho-transitorio-en-la-responsabilidad-de-los-administradores-por-deudas-sociales-sts-1a-de-5-de-octubre-de-2021/> en marzo de 2023.

*con los que contratan*”. Asimismo, se expone que esta responsabilidad, como hemos indicado, se encuentra estrechamente ligada con los deberes a observar en los casos en los que la sociedad se encuentre en causa de disolución, debiendo adoptar *“acuerdos dirigidos a remover la causa de disolución concurrente y reconstruir el patrimonio social; o la reducción del capital social restableciendo el equilibrio entre la cifra de capital y el patrimonio, con la necesaria publicidad que ello conlleva; o, si procediere, el solicitar concurso de la sociedad.”*<sup>98</sup>

Encontramos, por tanto, una intersección entre los planos de interés de los socios y los deudores. Por un lado, los socios quieren la maximización del valor de sus acciones o participaciones (entendiendo como tal, también, la minimización de la pérdida). Por otro, los acreedores buscan la satisfacción o, al menos la garantía, de sus derechos de crédito. Por ello es que la administración deberá actuar conjugando y ponderando ambos intereses, evitando el perjuicio a los socios por medio de la limitación de la potencial pérdida que se derive de la situación y emprendiendo todas aquellas acciones que tiendan a garantizar los créditos que se ostentaran contra la sociedad.<sup>99</sup>

El artículo 367.1 de la LSC dispone que los administradores serán solidariamente responsables de las obligaciones surgidas con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución siempre que no cumplan con las obligaciones derivadas de la especialmente delicada situación en la que se encuentran, que recordamos eran: (i) convocatoria de la junta, y (ii) solicitar la disolución judicial cuando las circunstancias la precisen.

Como ya se ha indicado en el **apartado 1.3 del Capítulo II**, esta responsabilidad surge, según el TS, por: (i) concurrencia de causa de disolución, (ii) la omisión del deber de convocar la junta general para la adopción del acuerdo de disolución o de remoción de la causa, (iii) el trascurso del plazo de dos meses a contar desde el día en que se conoció la causa o se pudo hacerlo, (iv) la imputabilidad de la conducta pasiva al administrador, y (v) la falta de justificación de la omisión.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 2013/2918, de 11 de enero.

<sup>99</sup> Graña Recamán, E.: *Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis*, Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades, n. 45, 2016.

<sup>100</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 2013/2918, de 11 de enero.

Debemos tratar, además, los hitos temporales principales para poder determinar la extensión, o no, de esta responsabilidad solidaria<sup>101</sup>. Estos derivan de la postura de nuestro TS<sup>102</sup> y son los siguientes:

- i. Concurrencia de causa de disolución. El momento en el que se aprecia la causa de disolución es de vital importancia, pues es desde entonces cuando comienza el cómputo para determinar los dos meses de los que se dispone para la convocatoria de la junta general.
- ii. Contracción de la obligación. Además, es igual de importante poder determinar el momento exacto en el que se contrae la obligación que generaría la extensión de la responsabilidad, ya que el propio artículo limita la responsabilidad solidaria a las obligaciones que surjan con posterioridad a la concurrencia de la causa de disolución.
- iii. Aceptación del cargo. También, debemos señalar que podría darse el caso de que se nombre un administrador con posterioridad a la concurrencia de la causa, en estos supuestos, el nuevo administrador contará con dos meses para convocar la junta desde el momento de aceptación del cargo (no desde la concurrencia de causa, que no tendría sentido).

El incumplimiento de las obligaciones será suficiente para que se considere extendida la responsabilidad al órgano de administración. En relación con lo anterior, podría darse el caso de que, a pesar de no haber cumplido en tiempo y forma con las obligaciones recogidas legalmente, lo hicieran de forma tardía. En estos casos, tal y como dispone nuestro TS, *“se impone un plazo inexorable de dos meses a los administradores de las sociedades anónimas para convocar la Junta de Accionistas para en su caso acordar la disolución o las medidas substitutivas adecuadas. [...] si la responsabilidad se alzase en el momento del cumplimiento tardío ello supondría que los administradores en cualquier momento (transcurridos meses o años), cumplido que fuera su deber se liberarían de la responsabilidad que la norma les*

---

<sup>101</sup> García-Villarubia, M. “Responsabilidad por deudas del art- 367 LSC: algunas cuestiones polémicas en torno al nacimiento de la obligación, en relación con la existencia de causa de disolución”. *Uria Menéndez*, Boletín Mercantil nº 47. Recuperado de <https://www.uria.com/es/publicaciones/5137-responsabilidad-por-deudas-del-art-367-lsc-algunas-cuestiones-polemicas-en-tor> en marzo de 2023.

<sup>102</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 2013/2918, de 11 de enero.

*atribuye y carecería de sentido alguno el plazo bimensual que tan claramente ha establecido la Ley”.*<sup>103</sup>

Por ello, concluimos que los administradores que cumplan con sus deberes extemporáneamente seguirán respondiendo de las obligaciones que se hubieran contraído durante el periodo de incumplimiento, y sólo cuando ya hubieran actuado conforme a derecho dejarán de ser responsables con respecto a las obligaciones que surjan con carácter posterior, debiendo seguir respondiendo por aquellas de las que sí lo son.

Refiriéndonos ahora al apartado segundo, observamos la presunción, muy gravosa a mi parecer, de que toda obligación cuyo cumplimiento se exija ante los tribunales una vez acaecida la causa de disolución habrá surgido con posterioridad a la concurrencia de dicha causa o a la fecha de aceptación del cargo. Lógicamente, se trata de una presunción *iuris tantum*, ya que carecería de todo sentido que no admitiera prueba en contrario por el desproporcionado perjuicio que se originaría para los administradores.

En cuanto al apartado tercero, se excluye la posibilidad de extensión de responsabilidad en aquellos casos en los que los administradores, dentro de los dos meses siguientes a la concurrencia de causa de disolución o de la aceptación del cargo, hubieran comunicado al juzgado la existencia de un proceso de reestructuración o solicitado el concurso.

En esencia, la aplicación del artículo 367 LSC girará en torno a los presupuestos e hitos temporales recogidos en él, que harán responsable solidario al administrador por las obligaciones nacidas con posterioridad al surgimiento de la causa de disolución siempre y cuando no cumpla con diligencia debida -que recordemos se basa en la protección de acreedores y no sólo en la maximización del valor de la acción o participación social- que requiere el escenario concreto. Por el contrario, se puede afirmar que los administradores no serán responsables por obligaciones contraídas con posterioridad a su cese o una vez hubieran cumplido con sus obligaciones<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 1219/2004, de 16 de diciembre.

<sup>104</sup> García-Villarubia, M. “Responsabilidad por deudas del art- 367 LSC...” *Op. Cit.*

## 2. CONCURSO DE ACREEDORES

### 2.1. Introducción

Antes de comenzar a tratar la responsabilidad de los administradores en relación con el concurso de acreedores, debemos introducir a qué nos referimos por él.

El concurso de acreedores podría definirse como el “*procedimiento judicial de carácter universal destinado a garantizar la igualdad de trato entre los acreedores de una persona física o jurídica que, por hallarse en situación de insolvencia, no puede cumplir puntual y regularmente con sus obligaciones de pago*”<sup>105</sup>.

Para la declaración del concurso de acreedores será necesario que concurren tres presupuestos: objetivo, subjetivo y formal<sup>106</sup>.

- i. Objetivo. Por presupuesto objetivo nos referimos a las circunstancias que han de producirse para que un sujeto se halle en situación de concurso de acreedores.
- ii. Subjetivo. En este caso nos referimos a todas aquellas personas que pueden ser declaradas en concurso de acreedores, estableciendo que podrán serlo tanto personas físicas como jurídicas.
- iii. Formal. Éste alude a todos los hitos que han de seguirse durante el proceso, que se iniciará con la solicitud del concurso y finalizará con la declaración del mismo.

En resumen, el concurso de acreedores es un procedimiento que se articula como un mecanismo de defensa de los acreedores ante la situación presente o futura de insolvencia de una persona física o jurídica, que está, además, rodeado de ciertos requisitos formales.

### 2.2. Nacimiento de la responsabilidad de la administración social

Si bien es cierto que el concurso de acreedores es dirigido por lo que se conoce como administración concursal, debemos aclarar que el órgano de administración deberá actuar diligentemente en todo momento, colaborando en todo caso con las instituciones previstas en

---

<sup>105</sup> Veiga Copo, A. “La insolvencia” en Veiga Copo, A. (coord.), *Fundamentos de Derecho Mercantil*, Thomson Reuters, Pamplona, 2019, p. 213.

<sup>106</sup> *Id.*

la ley para evitar los posibles efectos adversos que se derivarían de una falta del deber de diligencia que, a su vez, puede desembocar en la calificación del concurso como culpable.

En este sentido, el artículo 135 del Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, “TRLR”)<sup>107</sup>) establece que los administradores tendrán el deber de cooperar en todo momento personándose ante el juez o administrador concursal cuando les sea requerido, actuando siempre en el mejor interés del procedimiento concursal. En relación con ello, la jurisprudencia establece que se *“impone al deudor la obligación de comparecer no solo ante el Juzgado, sino también ante la administración concursal, cuantas veces sea requerido y de informar de todo lo conveniente para la resolución del concurso, por lo tanto, cuando el administrador concursal ha de acudir al auxilio del Juzgado para que el deudor entregue una documentación que previamente le había solicitado, el deudor, en principio, está incumpliendo su obligación de colaborar”*.<sup>107</sup>

Prosiguiendo con el estudio de la diligencia debida en este tipo de escenarios, para poder delimitar de forma precisa los deberes del órgano de administración, diferenciaremos entre las dos posibles situaciones que dan lugar al concurso: insolvencia actual e insolvencia inminente. Por lo que respecta a la primera, será aquella en la que la persona no pueda hacer frente a sus obligaciones de pago en el presente. En cuanto a la segunda, comprenderá aquellos casos en los que en la actualidad sí se pueda hacer frente a los créditos que se tuvieran contra la persona del deudor, pero en los que se prevé que, en un futuro próximo (tres meses como máximo), se ponga de manifiesto una falta de recursos que imposibiliten atender a dichas obligaciones de pago.<sup>108</sup>

Las principales diferencias entre ambos escenarios se proyectan sobre las consecuencias jurídicas. Asimismo, en el caso de insolvencia actual, se tiene la obligación de solicitar la declaración del concurso por el deudor dentro del plazo recogido en la ley, pudiendo incurrir en responsabilidad en caso de no hacerlo y siendo suficiente el cumplimiento extemporáneo de la obligación para que se presuma al concurso como culpable, con las repercusiones que esto conlleva y que veremos más adelante. Además, en caso de que el deudor no lo solicite podrán

---

<sup>107</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, núm. 180/2022, de 3 de febrero.

<sup>108</sup> Veiga Copo, A. “La insolvencia” en Veiga Copo, A. (coord.), *Fundamentos... Op. Cit.*

hacerlo los acreedores<sup>109</sup>. Por otro lado, puesto que la insolvencia inminente se funda en una expectativa, no obliga a la solicitud de declaración de concurso, siendo el deudor el único facultado para solicitarlo durante este periodo de pre-insolvencia.

Centrándonos en los supuestos de insolvencia actual, que son los que obligan a la solicitud del concurso, dispone el artículo 3.1 TRLC<sup>110</sup> que tendrán competencia para solicitarlo tanto el órgano de administración como el de liquidación. Una vez resuelta la cuestión competencial, debemos referirnos al plazo del que se dispone para evitar el nacimiento de responsabilidad. Siguiendo lo dispuesto por el artículo 5 TRLC, el deudor dispondrá de dos meses para solicitar la declaración del concurso, siendo el *dies a quo* el momento en el que se conociera o debiera conocer la situación de insolvencia.

En relación con lo anterior, la propia ley establece una serie de presunciones sobre el momento en el que se conoció o debió conocer dicho estado, es decir, enumera una serie de supuestos que de constatarse supondrían que el deudor conocía o debía conocer la insolvencia<sup>111</sup>, como, por ejemplo, el incumplimiento generalizado del pago de obligaciones tributarias o de cuotas de la Seguridad Social.

En aquellos casos en los que el órgano de administración no actúe como debe, es decir, falte a la diligencia, incurrirá en responsabilidad, siendo la principal consecuencia la declaración del concurso como culpable. En este sentido, la propia ley establece una serie de presunciones, que podrán ser, bien *iuris et de iure*, bien *iuris tantum* en atención al comportamiento observado.

En relación con las contenidas en el artículo 443 TRLC del tipo *iuris et de iure*, se establece por la Audiencia Provincial de Córdoba “*que se derivará, en todo caso, la calificación del concurso como culpable, puesto que la Ley presume sin posibilidad de prueba en contrario que han contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, y por tanto tales supuestos amparan todos y cada uno los requisitos o elementos exigidos para la declaración de concurso culpable*”<sup>112</sup>. Esta consideración se basa en el tenor literal del artículo, pues la expresión “en todo caso” con la que se introducen las presunciones “*no admite margen de exención de*

---

<sup>109</sup> Artículo 3.2 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (BOE de 7 de mayo de 2020).

<sup>110</sup> Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo... *Op. Cit.*

<sup>111</sup> Veiga Copo, A. “La insolvencia...” p. 221. *Op. Cit.*

<sup>112</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, núm. 18/2014, de 23 de enero.

*responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada”.*<sup>113</sup>

Los hechos constitutivos de esta clase de presunción serán: (i) alzamiento de bienes del deudor, (ii) reducción fraudulenta del patrimonio del deudor, (iii) actos de simulación patrimonial, (iv) inexactitud grave en los documentos, (v) incumplimiento de ciertas obligaciones contables, e (vi) incumplimiento del convenio<sup>114</sup>.

Por el contrario, la misma Audiencia Provincial de Córdoba aclara que los supuestos contenidos en el artículo 444 TRLC admiten prueba en contrario y, además, *“requieren que la comisión u omisión en que consisten han sido eficaces para la generación o agravación de la insolvencia”.*<sup>115</sup>

Una vez hemos expuesto las distintas presunciones de culpabilidad, podemos tratar la construcción jurisprudencial sobre los requisitos para la declaración culpable del concurso, que son los siguientes<sup>116</sup>:

- i. Acciones u omisiones del deudor, sus representantes, administradores o liquidadores, ya sean de hecho o de derecho.
- ii. Que hayan contribuido o causado el estado de insolvencia.
- iii. Que les sea imputable a título de dolo o culpa, excluyéndose expresamente la culpa leve.
- iv. Que exista relación de causalidad entre la conducta de los sujetos mencionados supra y la generación o agravación de la insolvencia.

El TS añade que *“cualquier otra conducta no prevista en los hechos-base descritos, pero en los que concurran los factores de dolo o culpa grave y hayan generado o agravado la insolvencia de acuerdo con un nexo de causalidad, es merecedora de calificarse de culpable, a los efectos de calificación del concurso.”*<sup>117</sup>

---

<sup>113</sup> *Id.*

<sup>114</sup> Artículo 443 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo... *Op. Cit.*

<sup>115</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba... *Op. Cit.*

<sup>116</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia, nº 1, núm. 270/2021, de 18 de noviembre.

<sup>117</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 185/2015, de 10 de abril.

En cuanto a las consecuencias que la declaración del concurso como culpable tiene para los administradores sociales, serán las que se recojan en la sentencia de calificación y, como no podría ser de otra forma, dependerán de lo perjudicial que hubiera resultado la acción u omisión que motiva la resolución. Éstas se recogen en el artículo 455 TRLC, y son las siguientes:<sup>118</sup>

- i. Inhabilitación para la administración de bienes personales o ajenos por un plazo comprendido entre los dos y los quince años.
- ii. La pérdida de los derechos que los afectados por la calificación ostentaran como acreedores.
- iii. El deber de devolver todos los bienes y derechos que hubieran obtenido indebidamente.
- iv. Responsabilidad, solidaria o no, en función de lo que decida el juez, de responder por los daños y perjuicios causados.

Asimismo, junto con las anteriores, podría darse el caso de que se condenara al administrador a la cobertura del déficit, entendiendo como tal lo dispuesto por el TS, es decir, “*el daño indirecto provocado por el estado de insolvencia que ha motivado la apertura del procedimiento concursal, en el seno del cual se realiza la liquidación y con ella se constata la insuficiencia del activo para pagar todos los créditos*”.<sup>119</sup>

Además, como medida preventiva, se prevé en el artículo 133 TRLC que, a solicitud de la administración concursal, se pueda acordar el embargo de bienes y derechos de los administradores o personas asimiladas (administradores de hecho o apoderados generales) cuando, con base en un juicio razonable de posibilidad, sea probable que se condene a estos sujetos a la cobertura del déficit.

Para la condena a la cobertura del déficit será necesario que, en atención al artículo 456 TRLC, la formación o reapertura de la fase de calificación sea consecuencia del inicio de la fase de liquidación y que la actuación del administrador hubiera contribuido o generado la insolvencia. Además, según dispone el TS, “*es necesario que el tribunal valore [...] los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con*

---

<sup>118</sup> Artículo 455 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo... *Op. Cit.*

<sup>119</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 772/2014, de 12 de enero.

*la actuación que [...] había determinado la calificación del concurso como culpable*”. A título ejemplificativo, se deberán valorar cuestiones como el correcto desempeño de los administradores en relación con la contabilidad o el cumplimiento del convenio.<sup>120</sup>

De lo anterior, concluimos siguiendo la postura del TS, que: (i) no procederá condena en aquellos casos en los que la conducta del administrador, de hecho, o de derecho, así como apoderados generales, no hubiera contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, y (ii) en caso de que la actuación merezca la condena a la cobertura del déficit, el montante se calculará con base en la incidencia de la conducta.<sup>121</sup>

En definitiva, como se ha expuesto a lo largo del apartado, la actuación diligente de la administración social en los casos de insolvencia es fundamental. De ella depende, en gran medida, la declaración del concurso como culpable, lo que en la práctica tendrá una serie de efectos muy negativos para los administradores que hubieran contribuido a esta situación. Si bien con la reciente modificación de la LSC operada por la Ley 16/2022 por la que se reforma el TRLC<sup>122</sup>, desaparece la responsabilidad solidaria por deudas sociales en caso de solicitud extemporánea de concurso, el régimen de responsabilidad sigue siendo muy duro, conteniendo sanciones como la pérdida de los derechos que se tuvieran en el procedimiento concursal como acreedor para los administradores, la imposibilidad de administrar su patrimonio o el ajeno por un periodo de tiempo elevado o una potencial condena a la cobertura del déficit.

### **2.3. Coordinación de acciones de responsabilidad y el procedimiento concursal**

Uno de los problemas que se plantean con la declaración del concurso es qué sucede con aquellas acciones que se hubieran iniciado con carácter previo -o se quieran realizar- a partir de las cuales se pretenda reclamar responsabilidad a los administradores por los daños que de su actuación se hubieran derivado. Para aportar luz sobre tan controvertida cuestión, deberemos

---

<sup>120</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 597/2018, de 31 de octubre.

<sup>121</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 772/2014, de 12 de enero.

<sup>122</sup> Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) (BOE de 6 de septiembre de 2022).

analizar las reglas de coordinación entre las acciones societarias de responsabilidad y el procedimiento concursal, distinguiendo entre la acción social y la acción individual. Asimismo, nos referiremos a la responsabilidad por deudas.

### 2.3.1. *Acción social*

El actual TRLC permite la posibilidad de que se ejercite la acción social por los daño que se hubieran podido derivar de la actuación de los administradores con posterioridad a la declaración del concurso. Sin perjuicio de lo anterior, se establecen una serie de cautelas con el fin de garantizar el mejor desarrollo del procedimiento.

Por un lado, la necesidad de que sea la administración concursal quien la ejercite, recogida en el artículo 132.1 TRLC. Esta legitimación exclusiva y excluyente encuentra su fundamento en el propio interés del concurso, pues una eventual condena incrementará el patrimonio social que, a su vez, hará lo mismo con la masa activa. Por otro lado, se impone que el juez competente para conocer del procedimiento sea el encargado del propio concurso, con independencia de que se ejercite antes o después de la declaración. Esto significa que, en todos aquellos casos en los que con carácter previo a la declaración del concurso se estuviera tramitando la acción social en sede judicial, será el juez que esté conociendo el procedimiento concursal quien pasará a estar facultado para enjuiciarla.<sup>123</sup>

Lo anterior es la representación del fenómeno de acumulación de acciones al que alude el artículo 138 TRLC, en virtud del cual aquellas acciones de responsabilidad que se ejercitaran contra la persona del administrador o asimiladas (por ejemplo, el administrador de hecho) se acumularán al concurso, con los únicos requisitos de que se encontraran en primera instancia y de que no hubiera finalizado el acto del juicio o la vista.

La sustanciación paralela de ambos procedimientos, es decir, del de la acción social y del concurso de acreedores será posible en aquellos casos en los que, habiéndose quebrantado el deber de diligencia por parte de los administradores, se genere o agrave la situación de insolvencia de la sociedad. En las situaciones en las que se condene a los administradores a indemnizar daños por efecto de la acción social, el juez no podrá exigir responsabilidad

---

<sup>123</sup> Morales Barceló, J. (2016). La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en Derecho español. *Revista de Derecho*, (21), 75-103.

concurstal para evitar supuestos de doble castigo. En caso contrario, es decir, si se sentencia antes la responsabilidad concursal, en el posterior proceso por el cual se enjuicie la acción social debería valorar la condena que se hubiera impuesto en el plano concursal.<sup>124</sup>

### 2.3.2. *Acción individual*

Como sabemos, el administrador no será quien responda del cumplimiento de los contratos que suscriba en nombre y por cuenta de la sociedad en situaciones normales. Sin embargo, en aquellas ocasiones en las que los acreedores no vean sus derechos de crédito satisfechos por causa imputable a los administradores, sí que podría derivarse la responsabilidad de los mismos, pasando éstos a responder personalmente. Como hemos dicho al tratar la acción individual, será preciso que se cause daño directo al patrimonio del tercero por la conducta reprochable de los administradores.<sup>125</sup>

Por medio del ejercicio de esta acción, se podría vulnerar uno de los principios que han de regir el concurso de acreedores, el de la *par conditio creditorum*. Esto se debe a que si el acreedor ve su derecho satisfecho por esta vía estaría obteniendo una ventaja con respecto al resto de acreedores que no hubieran podido ejercitar la acción por contar con los requisitos legitimadores.<sup>126</sup>

En cuanto a los efectos del concurso sobre esta clase de acciones, debemos decir que se trata de una cuestión extensamente debatida por la doctrina. Puesto que el TRLC se refiere de forma directa a las acciones de la sociedad contra los administradores y nada se dice sobre las que pudieran poseer los terceros, hay parte de la doctrina que considera que no resultaría aplicable el régimen establecido para aquellas.<sup>127</sup>

Por lo que concierne a las posturas que defienden la no aplicación del régimen dispuesto para la acción social, fundamentan su razonamiento en el tenor de la norma, ya que el artículo 132 TRLC se refiere a las “acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada”, es decir,

---

<sup>124</sup> Morales Barceló, J. (2016). La coordinación entre... *Op. Cit.*

<sup>125</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 2037/2014, de 23 de mayo.

<sup>126</sup> Morales Barceló, J. (2016). La coordinación entre... *Op. Cit.*

<sup>127</sup> Pardo Pardo, J.M. La responsabilidad de los administradores por daños. Incidencia de los programas de compliance en su responsabilidad. Especial referencia a los casos de crisis empresarial.

a la acción social única y exclusivamente<sup>128</sup>. Las posturas a favor, por el contrario, argumentan que el desarrollo de esta acción no perjudica al procedimiento concursal ni supone riesgo contra los créditos del resto de acreedores en la medida que se dirige contra los administradores y no contra la sociedad.<sup>129</sup>

Una vez que hemos aclarado las dos posturas posibles, ¿cuál es la que debemos aplicar? Bien, la respuesta sigue sin ser clara. Lo que sabemos a ciencia cierta es que el problema surge en los casos en los que la sentencia que resuelve la acción individual y la que declara el concurso son simultáneas, cuando una vez iniciado el concurso se quiere emprender dicha acción, o cuando al momento de declaración del concurso se estuviera enjuiciando la acción individual.

En el primero de los casos, deberemos aplicar las reglas sobre prioridad de ejecución que, generalmente, se articulan por medio de la figura del embargo preventivo de bienes y derechos de los administradores del artículo 133 TRLC, que actuará como contrapeso al posible perjuicio que se cause por la acción individual al patrimonio social de forma indirecta por disminuir el patrimonio de los administradores, que servirá como garantía de satisfacción de créditos.<sup>130</sup>

En el segundo supuesto, todo apunta a que será de aplicación el régimen de suspensión de acciones del artículo 139 TRLC, fundamentando esta consideración en la interrupción de la prescripción de las acciones contra administradores, entre otros, a la que se refiere el artículo 135 TRLC. Sin embargo, cabe decir que esto no cierra la puerta completamente al ejercicio de la acción social durante el procedimiento concursal, deberemos examinar las circunstancias concretas de cada caso para determinar la posibilidad o no de su ejercicio.

Cabe decir que cierta jurisprudencia admite el ejercicio de esta acción durante el concurso basándose en que atañen a esferas distintas. El concurso se refiere al patrimonio social, mientras que la acción de individual al patrimonio de los administradores<sup>131</sup>. A pesar de ello, aquí defendemos que los ataques al patrimonio de los administradores sí que repercuten en el otro, por lo que la justificación no sería válida.

---

<sup>128</sup> Martínez, A. G. (2006). Declaración del concurso: responsabilidad de los administradores de la sociedad concursada. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, (101), 28-37.

<sup>129</sup> Velasco, G. E. (2011). La acción individual de responsabilidad. In *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (pp. 169-254). Tirant lo Blanch.

<sup>130</sup> Pardo Pardo, J.M. La responsabilidad de los administradores... *Op. Cit.*

<sup>131</sup> Morales Barceló, J. (2016). La coordinación entre... *Op. Cit.*

Por último, cuando se haya declarado el concurso y se quiera ejercitar la acción individual, los jueces no admitirán a trámite la demanda, como dispone el artículo 136 TRLC.

### 2.3.3. Responsabilidad por deudas

El propio TRLC se refiere de forma expresa al supuesto en el que coincida el procedimiento concursal con la tramitación de la acción de responsabilidad por deudas recogida en el artículo 367 LSC. Si bien en un primer momento se acumularán al concurso como dispone el artículo 138 TRLC, una vez se haya declarado el concurso quedará en suspenso, como dispone el artículo 139 TRLC y reafirma la jurisprudencia<sup>132</sup>. Asimismo, no se admitirán a trámite todas aquellas demandas por las que se exija la responsabilidad del 367 LSC una vez que se haya declarado el concurso, como recoge el artículo 136.1 TRLC.

Es una forma de mostrar la prevalencia del procedimiento concursal sobre la responsabilidad por deudas, pues en caso de admitirse la continuidad de estos últimos procedimientos sería posible burlar el principio de la *par conditio creditorum*. Además, es necesario aclarar que este periodo de suspenso no computa a efectos de prescripción, es decir, a pesar de que se interrumpa el procedimiento no se desvirtúa la intención de finalizarlo, por lo que no se puede admitir que la parte perjudicada alegue prescripción una vez concluido el procedimiento concursal basándose en la interrupción del procedimiento. Será una vez ha quedado resuelto el plano concursal cuando comience, de nuevo, el cómputo de la prescripción.<sup>133</sup>

Prosiguiendo, los efectos que se derivan de la declaración del concurso sobre los administradores dependerán de la forma en la que se le ponga fin. Por un lado, si se acaba mediante convenio, todo acreedor que hubiera votado en su contra se mantendrá legitimado para ejercitar la acción. Por la parte que corresponde a aquellos acreedores que, si lo hubieran aceptado, no sólo se verán desprovistos de esta acción para con los administradores, sino que también perderán la facultad de ejercitar acciones contra la sociedad concursada. Por otro lado, si el concurso finaliza mediando liquidación, debemos advertir dos posibilidades: que la masa activa sea suficiente para cubrir todo crédito, o que no lo sea. En el mejor de los casos, es decir, que el activo de la sociedad sea suficiente para satisfacer los créditos, parece lógico que no

---

<sup>132</sup> Auto del Juzgado de los Mercantil nº1 de Oviedo de 13 de diciembre de 2005.

<sup>133</sup> Morales Barceló, J. (2016). La coordinación entre... *Op. Cit.*

procederá el ejercicio de la acción, dándose por terminadas todas aquellas que estuvieran en suspenso. En caso de que no sea suficiente, procederá el ejercicio de esta acción siempre que los administradores hubieran quedado condenados a la cobertura del déficit.<sup>134</sup>

La doctrina ha planteado un posible problema de doble resarcimiento en los casos en los que coincidan acción de responsabilidad por deudas y el procedimiento concursal. Sin embargo, no es posible admitir esta posibilidad pues una tiene por objeto el patrimonio del administrador mientras que el otro ataca la masa activa perteneciente a la sociedad.<sup>135</sup>

Para concluir, la concurrencia de la acción de responsabilidad por deudas y la responsabilidad concursal será posible sólo en aquellos casos en los que la sociedad se encuentre en un supuesto de pérdidas graves anterior a la situación de insolvencia. En este escenario, una vez se haya abierto la fase concursal, en virtud del artículo 139 TRLC, quedarán suspendidos todos aquellos procedimientos que se hubieran iniciado con anterioridad.

---

<sup>134</sup> *Id.*

<sup>135</sup> Sánchez Gimeno, S. (2011). Las acciones de responsabilidad de los administradores previstas por la normativa societaria en el concurso de acreedores. *Uría Menéndez*, 187-193.

## CONCLUSIONES

1. El deber de diligencia es un estándar de conducta que dependerá del cargo, actividad, negocio y sector en el que se desenvuelva la administración, debiéndose analizar el entorno general para poder valorar la adecuación o no de la conducta. Además, el estándar exigible variará, también, dependiendo de la estructura del órgano, pues como sabemos hay deberes que se predicen con carácter exclusivo con respecto a determinadas formas de organizar la administración.
2. Con la evolución del régimen de responsabilidad los administradores pasan a responder, también, en los casos de culpa ordinaria. Asimismo, la solución propuesta por el legislador a través de la cual se equipara el régimen de responsabilidad establecido para los administradores de derecho con el de los de hecho, apoderados generales y representantes de administrador persona jurídica es muy acertada. Esta consideración se fundamenta en que lo verdaderamente importante es quien ejerce como administrador y no quien ostenta el cargo formal. Por establecer un paralelismo con el derecho de contratos, se proclama una suerte de principio de irrelevancia del *nomen iuris*.
3. La acción social se fundamenta en el perjuicio causado a la sociedad a partir de la actuación ilícita del administrador, entendiendo como tal aquella en la que no se observen sus deberes. Ahora bien, no se predica un monopolio respecto del ejercicio de esta acción por la sociedad afectada pues la ley abre la puerta a que sean socios o acreedores quienes la ejerciten siempre que hubieran sufrido un daño derivado del principal sufrido por la persona jurídica, los denominados por el TS como daños reflejos. Será importante matizar que corresponderá a la parte actora el probar la ilicitud de la conducta salvo en los supuestos de comportamiento culposo, que corresponderán al administrador por el principio de facilidad probatoria.
4. Si bien la regla general es que será la propia sociedad quien responda del daño causado por su actividad, como es doctrina jurisprudencial del TS, el legislador mercantil permite que en ciertos supuestos sean los administradores quienes personalmente deban resarcir el daño provocado por su conducta mediando el ejercicio de la acción individual. La conducta que da lugar a la acción social es la misma, por lo que no podemos diferenciarlas atendiendo a ella. Para distinguir la procedencia del ejercicio deberemos centrarnos en la esfera dañada, de tal forma que si el perjuicio provocado afecta directamente -y no de forma refleja- al patrimonio de socios y terceros procederá

el ejercicio de la acción individual. Finalmente, resulta fundamental aclarar que esta responsabilidad personal de los administradores no puede tener carácter automático convirtiéndoles en garantes de las deudas sociales, ha de estar sometida a estrictos requisitos.

5. La tipificación de la BJR no ha supuesto más que un reconocimiento formal a una medida que ya venía siendo aplicada jurisprudencialmente. No por ello resulta menos importante, pues es innegable su contribución en ciertos ámbitos, especialmente al de la seguridad jurídica. Esto se debe a que, por un lado, los administradores pasan a tener la certeza de que siempre que adecúen su actuación a los parámetros exigidos quedarán exentos de responsabilidad. Por otro lado, se favorece a la unidad de criterio en la labor judicial, ya que el papel del juez se limita a valorar la actuación y no el resultado, lo que podría desembocar en una menor calidad jurisprudencial, en el sentido de sentencias contradictorias al no contar con los conocimientos técnicos necesarios para valorar la oportunidad de la decisión empresarial. En cualquier caso, a pesar de la valiosísima contribución de esta norma, sigue reinando en su aplicación la subjetividad en la valoración de los requisitos exigidos para la exoneración.
6. Por lo que respecta a la disolución, encontramos una extensión en el beneficiario de la actuación diligente, es decir, no se buscará sólo el interés social, sino también el de los acreedores y el del tráfico mercantil general. La diligencia gira en torno a la realización de determinadas situaciones encaminadas a la adopción de decisiones por la junta general, de tal forma que en caso de no observar la conducta requerida se derivan una serie de consecuencias muy gravosas. Principalmente, destacamos la activación de la responsabilidad solidaria por deudas del artículo 367 LSC, por la que, en caso de quebranto de la diligencia debida por parte de la administración social en relación con los hitos procedimentales de la disolución, ésta deberá responder solidariamente de las deudas contraídas con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución.
7. En relación con el escenario concursal, debemos distinguir los supuestos de insolvencia actual con los de insolvencia inminente, pues el estándar de conducta exigible a los administradores no será el mismo. En el primero de los casos, se ponen de manifiesto una serie de obligaciones especiales (como la de solicitar la declaración del concurso), mientras que, en el segundo, puesto que se funda en una expectativa será suficiente con mantener el estándar de diligencia regular con el único matiz de no contribuir o agravar la situación de insolvencia. Del cumplimiento de la diligencia debida por parte de la administración depende, en gran medida, la calificación del concurso como culpable,

lo que en la práctica conlleva una serie de consecuencias muy perjudiciales, especialmente para los administradores.

8. En el marco del concurso será posible que se condene a la administración a la cobertura del déficit cuando la administración hubiera generado o agravado la insolvencia, pasando a responder personalmente por el importe de la cuantía que suponga el daño indirecto, tal y como dispone el TS en su sentencia núm. 772/2014 de 12 de enero. Esto, sin embargo, no procederá de forma automática con la calificación culpable del concurso, sino cuando la calificación se reabra o forme en la fase de liquidación.
9. Por último, al abordar la coordinación del proceso concursal con el ejercicio de las diversas acciones de responsabilidad contra los administradores, concluimos que:
  - i. En el caso de la acción social, será de aplicación el fenómeno de acumulación de acciones, por el que todas aquellas que se estuvieran enjuiciando con carácter previo o las que se ejerciten posteriormente por la administración concursal pasarán a ser resueltas por el juez que conozca el concurso.
  - ii. En el caso de la acción individual, a pesar del debate jurisprudencial y doctrinal, optamos por seguir la postura mayoritaria en la que prevalece la literalidad de la norma. Por ello es que, en los casos de sentencia simultánea que resuelva la acción y el concurso, aplicaremos las normas de prioridad en la ejecución. Así, en los supuestos en los que se quiera emprender la acción con posterioridad a la declaración, se inadmitirá a trámite la demanda. Por último, cuando se declare el concurso mientras se está sustanciando un procedimiento relativo a la acción individual, esta última quedará en suspenso.
  - iii. Por lo que respecta a la acción de responsabilidad por deudas, nos remitimos a lo dispuesto para la acción individual en lo concerniente a las acciones que se ejerciten durante el concurso o que se estuvieran ejercitando de forma previa.
10. De *lege ferenda*, en relación con la coordinación de la acción individual y el procedimiento concursal, convendría positivizar un régimen inequívoco que disipara toda duda que surgiera a su alrededor, facilitando no sólo la unidad de doctrina sino el ejercicio judicial. Pues si bien es cierto que la literalidad de la norma se refiere únicamente al ejercicio de la acción social, por la innegable relación que existe entre ambas (acción social e individual) al compartir la conducta que da pie a su ejercicio y, en cierto modo, los sujetos legitimados para ejercitarla, no es descabellado que en una interpretación teleológico-sistemática quepa aplicar por analogía el mismo régimen.

## BIBLIOGRAFÍA

Alfaro Águila-Real, J., “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, en Juste Mencía, J. (coord.), Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas. Cizur Menor, Aranzadi. Navarra, 2015.

Alfaro Águila-Real, J., “El deber de secreto de los administradores sociales”, Almacén de Derecho, 2018. Recuperado de <https://almacenederecho.org/deber-secreto-los-administradores-sociales> en enero de 2023.

Ayala, C. “Breves notas sobre la responsabilidad de administradores del artículo 367 LSC”. All Law. 2018. Recuperado de <https://www.all-law.es/breves-notas-sobre-la-responsabilidad-de-administradores-del-articulo-367-lsc/> en marzo de 2023.

Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. “Manual de Derecho Mercantil”. Madrid, 2014.

Cañete, M. J. V. (2016). “Deber de diligencia y protección de la discrecionalidad empresarial de los administradores” Revista Lex Mercatoria, Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación, 102-108.

Casanova-Torrado, M. J. (2012). “La fundamentación de los "fiduciary duties" de los administradores de sociedades y sus consecuencias en la acción social de responsabilidad.” p.404.

Castellano Ramírez, M. J., “El deber de secreto”, en Rojo, A. y Beltrán, E., Comentario a la ley de sociedades de capital, Thomson Reuters, 2011, p.1665.

Castro de Cifuentes, M. “La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano”. Revista de Derecho Privado, 1986, pp. 123-141.

Cruz Rivero, D., “La administración de la sociedad en Derecho Mercantil”. Las sociedades mercantiles. (Coord. Jiménez Sánchez, G.J. y Díaz Moreno, A). Madrid, 2013, págs. 542 y ss.

De la Fuente, J., “El derecho de información del socio en las sociedades de capital”. *Economist & Jurist*, 2017. Recuperado de <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/el-derecho-de-informacion-del-socio-en-las-sociedades-de-capital/> en enero de 2023.

De Roa, Felipe, “The business judgment rule en los estados unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva”, *127 Vniversitas*, 341-371, 2013.

Fernández, R. J., “Los deberes de los administradores sociales”. *El Blog de J. Raúl Fernández. Abogado*, 2022. Recuperado de <https://www.jraulfernandez.es/deberes-administradores-sociales/> en enero de 2023.

Fleischer, H., "La business judgment rule a la luz de la comparación jurídica y de la economía del Derecho", *Revista de Derecho Mercantil (RDM)*, n. 246, 2002, pg. 1742.

Fontes Migallón, I. “Derecho transitorio en la responsabilidad de los administradores por deudas sociales”. *Gómez-Acebo & Pombo*. Recuperado de <https://www.gap.com/publicaciones/derecho-transitorio-en-la-responsabilidad-de-los-administradores-por-deudas-sociales-sts-1a-de-5-de-octubre-de-2021/> en marzo de 2023.

García-Villarrubia, M. “La regla de la discrecionalidad empresarial”, *Uría Menéndez*. Madrid, 2022. Recuperado de <https://www.uria.com/es/publicaciones/7942-la-regla-de-la-discrecionalidad-empresarial> en marzo de 2023.

García-Villarubia, M. “Responsabilidad por deudas del art- 367 LSC: algunas cuestiones polémicas en torno al nacimiento de la obligación, en relación con la existencia de causa de disolución”. *Uría Menéndez, Boletín Mercantil* n° 47. Recuperado de <https://www.uria.com/es/publicaciones/5137-responsabilidad-por-deudas-del-art-367-lsc-algunas-cuestiones-polemicas-en-tor> en marzo de 2023.

Gevurtz, F. A., “The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion”. *S. Cal. L. Rev.*, 1993, vol. 67, p. 287.

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

Guerrero Trevijano, C. “El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital”, *Civitas*, 2014.

Guilarte, J. S. C., Naharro, M. F. (2021). “Deberes de los administradores sociales en tiempos de pandemia: en especial, el deber de diligencia y la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial. Derecho de sociedades y crisis de la empresa en tiempos de pandemia”, (pp. 3-31). Editorial Comares.

Hernando Cebriá, L. “La buena fe en el marco de los deberes de los administradores de las sociedades de capital: viejos hechos, nuevas implicaciones”. *Universidad de Valencia*, 2016 pp. 1399 – 1400.

Hernando Cebriá, L., “Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1” en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de Derecho*, Bosch, Barcelona, 2015.

Hernando Mendivil, J. “Cargas de la prueba en el nuevo artículo 226 LSC (business judgement rule)”. *Almacén de Derecho*, 2015. Recuperado de <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2015/01/carga-de-la-prueba-en-el-nuevo-articulo.html> en marzo de 2023.

Llebot Majó, J.O. “Los deberes de los administradores de la sociedad anónima”. *Civitas*. Madrid, 1996.

Martínez, A. G. (2006). “Declaración del concurso: responsabilidad de los administradores de la sociedad concursada”. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, (101), 28-37.

Morales Barceló, J. (2016). “La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en Derecho español”. *Revista de Derecho*, (21), 75-103.

Osborne Clarke. “La "business judgement rule" como mecanismo de limitación de la responsabilidad de los administradores en la toma de decisiones”. 2020. Recuperado de <https://www.osborneclarke.com/es/insights/la-business-judgement-rule-como-mecanismo-de-limitacion-de-la-responsabilidad-de-los-administradores-en-la-toma-de-decisiones> en marzo 2023.

Pardo Pardo, J.M. “La responsabilidad de los administradores por daños. Incidencia de los programas de compliance en su responsabilidad. Especial referencia a los casos de crisis empresarial.”

Paz-Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, InDret, 2003, núm. 20, pp. 67-109.

Pérez Benítez, J., “La responsabilidad del representante del administrador persona jurídica”, Lefebvre. El Derecho, 2020. Recuperado de <https://elderecho.com/la-responsabilidad-del-representante-del-administrador-persona-juridica-2> en marzo de 2023.

Pérez Carrillo, E. F., “El deber de diligencia de los administradores de sociedades”, Revista de Derecho de Sociedades, 2000, núm. 14, pgs. 275-353.

Quijano González, J., “La responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima. Aspectos sustantivos”, Valladolid, 1985.

Ramos Herranz, I., “El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario”, Proyecto de Investigación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) sobre «El vínculo trasatlántico en el Derecho Concursal (aproximación y armonización del Derecho de insolvencias en Europa y América Latina), p. 200.

Recalde, A., “Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; la business judgment rule” en Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 249.

Rojo, A. y Beltrán, E. (Dirs.), “La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles”, Valencia, 2013, p. 79.

Sánchez Calero, F., “Los administradores en las sociedades de capital”, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2005.

Sánchez Calero, F., Sánchez-Calero Guilarte, J., “Instituciones de Derecho Mercantil”. Volumen I. Navarra, 2013.

Sánchez Gimeno, S. (2011). “Las acciones de responsabilidad de los administradores previstas por la normativa societaria en el concurso de acreedores”. Uría Menéndez, 187-193.

Veiga Copo, A. “La insolvencia” en Veiga Copo, A. (coord.), Fundamentos de Derecho Mercantil, Thomson Reuters, Pamplona, 2019, p. 213.

Velasco, G. E. (2011). “La acción individual de responsabilidad en la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles”, (pp. 169-254). Tirant lo Blanch.

Verdú Cañete, M. J., “Deber de diligencia y protección de la discrecionalidad de los administradores”, Revista Lex Mercatoria, n. 24, 2015, pp. 102-108.

Vicioso, J. M. Z. (2015). “La responsabilidad de los administradores”, Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, (10), 2015.

Vives Ruiz, F., Órganos de la Sociedad (II): El Órgano de Administración. Apuntes de Derecho de Sociedades. Madrid, 2022.

## **LEGISLACIÓN**

Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, CNMV, febrero 2015 y revisado en junio 2020.

Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para

aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) (BOE de 6 de septiembre de 2022).

Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (BOE 18 de julio de 2003).

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

Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. (BOE 13 de abril de 2021).

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (BOE de 7 de mayo de 2020).

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

## **JURISPRUDENCIA**

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Oviedo de 13 de diciembre de 2005.

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2022.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 2702/2020, de 14 de diciembre de 2014.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, núm. 180/2022, de 3 de febrero.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, núm. 18/2014, de 23 de enero.

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Cuarta, núm. 312/2011, de 6 de julio.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, núm. 226/2009, de 24 de septiembre.

Sentencia del Court of Chancery of Delaware, New Castle County, de 25 de septiembre de 1996, In re Caremark International Inc. Derivative Litigation.

Sentencia del Court of Chancery of Delaware, New Castle County, de 6 de noviembre de 2006, Stone vs. Ritten.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Gijón nº3, núm. 88/2019, de 15 de marzo.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia, nº 1, núm. 270/2021, de 18 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Regional de Múnich I, de 18 de octubre de 2016, Reiter vs. Fairbank.

Sentencia del Tribunal Supremo 662/2011, Sala de lo Civil, Sección 1, de 4 de Octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 667/2009, de 23 de Octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 959/2016, de 3 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 140/2005, de 11 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 396/2013 de 20 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 242/2014, de 23 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 2013/2918, de 11 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 991/2011, de 17 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 889/2021, de 21 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 445/2014, de 4 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm., 333/2011, de 9 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 3625/2021, de 5 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 2013/2918, de 11 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 1219/2004, de 16 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 185/2015, de 10 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 772/2014, de 12 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 597/2018, de 31 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 2037/2014, de 23 de mayo.

Sentencia del Supreme Court of Delaware. Aronson v. Lewis, de 1 de marzo de 1984.