

Artículos

La exigencia de responsabilidad a los administradores sociales: régimen jurídico. Evolución y situación actual

Autor: Daniel Prades
Facultad de Derecho
Universidad Pontificia Comillas

Resumen

La reforma introducida en la LSA por la Ley 26/03 “de Transparencia” aporta un catálogo de deberes del administrador para con la sociedad administrada. Ello parece implicar dos situaciones distintas deducidas de los artículos 133 a 135 de la LSA en punto a la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales:

Una Acción Social, propiamente mercantil, procedente cuando el administrador cause daño a la sociedad que administra. Habrá de fundamentarse según el art. 133 en actos u omisiones realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, predicables para con la sociedad, y podrá ejercitarse, según el art. 134, por la sociedad, por los socios o por terceros si no la inician la sociedad ni los socios.

Una Acción Individual, recordada por el art. 135, ejercitable por tercero o socio directamente dañado por el administrador, que no se fundamenta en los deberes del administrador para con la sociedad, sino en norma contenida en la propia LSA -por

ejemplo en los casos del art. 262- o en cualquier otra del Ordenamiento, como la responsabilidad extracontractual del 1902 del Código Civil. Ésta no es necesariamente mercantil, su naturaleza vendrá determinada por la de la norma de fundamento.

Palabras clave: Administradores, Responsabilidad, Deberes, Negligencia, Causalidad, Prescripción

Abstract

The reform got in the LSA by the Law 26/03 “ of Transparency “ introduces a catalogue of duties of the manager/director for with the administered society. It seems to imply, two different situations deduced from the articles 133 to 135 of the LSA exactly to the exigency of responsibility to the social managers:

An Social Acción, properly mercantile, proceeding when the manager damages the society who administers. It will to be based according to the art. 133 in acts or omissions realized breaking the duties inherent in the performance(discharge) of the cargo, predicables for with the society, and it will be able to exercise, according to the art. 134, for the society, for the associates or for third if neither the society nor the associates initiate it.

An Individual Acción remembered by the art. 135, ejercitable for third or associate directly damaged by the manager, who is not based on the duties of the manager for by the society, but on norm contained in the own LSA - for example example on the cases of the art. 262-or in any other one of the Classification, as the responsibility extracontractual of 1902 of the Civil Code. This one is not necessarily mercantile, nature will come determined by that of the norm of foundation.

Key words: Managers, Liability, Duties, Negligence, Causality, Prescription

Recibido: 11.01.2008

Aceptado: 30.01.2008

I. Introducción

Las reformas en el texto de la Ley de Sociedades Anónimas, introducidas por la Ley 22/03, Concursal, la Ley 26/03, 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, (conocida como Ley de Transparencia) y la Ley 19/05, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, han venido a depurar y aclarar las posibilida-

des de ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores de las sociedades anónimas¹, que ciertamente se han venido produciendo de forma un tanto abusiva desde que la *Ley 19/89, de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades*, y el posterior *Real Decreto Legislativo 1564/89*, que aprobó el Texto Refundido correspondiente, aportaron una nueva y ampliada redacción al texto original de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA), de 17 de Julio de 1951.

Al amparo de la expresión *sin la diligencia con que deben desempeñar el cargo* contenida en la redacción dada al artículo 133.1 de la LSA en el texto de 1989 -junto a una cierta demonización cultural, que no jurídica, del empresario- han venido tomando carta de naturaleza interpretaciones excesivas y exageradas del precepto, probablemente debido en parte a un “ambiente social” teñido de demagogia, aceptado por los jueces en muchas ocasiones, importado desde la Jurisdicción Laboral a la Mercantil, y también, y quizá principalmente, debido en parte al aventurerismo de algunos abogados partidarios del “demanda que algo sacas”.

Debe también añadirse la confusión jurisdiccional que se produjo al sentenciarse responsabilidad de los administradores sociales, recurriendo a lo dispuesto en la LSA, en reclamaciones de cantidad de los trabajadores ante la jurisdicción laboral, con aplicación simultánea del habitual in dubio pro operario propiciando una interpretación rigorista del texto legal que, para favorecer al trabajador por cuenta ajena, cargaba contra el administrador social.

De esta manera, aportaciones doctrinales dignas y convenientes, como la teoría del levantamiento del velo², han resultado en algunos casos aplicadas con extremo rigor y producido declaraciones de responsabilidad en la jurisdicción social que extralimitaban la propia competencia, al entrar y decidir en la materia, propiamente mercantil³, de responsabilidad del administrador de la sociedad por las deudas sociales, propiciándose una suerte de investigación policíaca, basada en el clásico *cui pro-*

¹ Si bien cuanto más adelante se dirá puede aplicarse a: *sociedades anónimas, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad comanditaria por acciones, sociedad anónima europea domiciliada en España y por remisión legal a sociedad de garantía recíproca y sociedad cooperativa*. Vid. ALONSO ESPINOSA FJ.: *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores*. Pamplona 2006, pág 14-15.

² SERICK, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, (trad. por J. Puig Brutau), ed. Ariel, Barcelona, 1958.

³ De hecho la Sala de lo Social del TS en diversas sentencias -STS 28-2-1997 (RJ 1997, 4220), 13-4-1998 (RJ 1998, 4577), 21-7-1998 (RJ 1998, 6211), 11-1-1999 (RJ 1999, 79) y 9-11-1999 (RJ 1999, 8520)- resolvió, reiterándolo en otra de 17 de enero de 2000 (RJ 2000, 918), *incompetencia del orden jurisdiccional social cuando se trata de la responsabilidad de los administradores fundada en la omisión de los deberes societarios impuestos en los artículos 133.1 y 262.5 del TRLSA*, manteniendo lo contrario en los supuestos de no adaptación de la sociedad a la reforma -STS 28-10-1997 (RJ 1997, 7680), 31-12-1997 (RJ 1997, 9644), 31-3-1999 (RJ 1999, 3782) y 20-9-1999 (RJ 1999, 7227)-. Sin embargo la sutileza de la distinción y la abundancia de resoluciones dan idea de la proclividad de algunas Magistraturas a entrar en la materia, lo que unido a la peculiaridad de los recursos en materia laboral -en cuanto a la necesidad de afianzamiento de la cuantía de la condena para la admisión del recurso patronal- facilitó la intromisión, pues muchas sentencias no han sido formalmente recurridas por falta del preceptivo depósito.

dest⁴ y destinada a determinar siempre y en todo momento un responsable para las deudas de las empresas en situación de crisis, apuntando al administrador en lugar de utilizar los medios legales previstos para estas situaciones.

A tal punto llegó la marea que, con lógica, comenzó a producirse el reflujo, y ha sido necesario más adelante mitigar los previos excesos, por lo que no es ahora extraño encontrar en la Jurisprudencia frases tales como: *...este impago no puede equivaler necesariamente a un daño directamente causado a los acreedores sociales por los administradores de la sociedad deudora, a menos que el riesgo comercial quiera eliminarse por completo del tráfico entre empresas o se pretenda desvirtuar el principio básico de que los socios no responden personalmente por las deudas sociales*⁵.

Indudablemente, en los años transcurridos desde 1989, se ha producido una auténtica ceremonia de la confusión en la interpretación y aplicación puntual de los artículos 133 a 135 de la LSA -extremando el rigor de la Ley hasta más allá de su propio texto- agravada por el hecho de que la casuística es infinita y también singular, sin que se haya producido la conveniente y necesaria armonización y distinción doctrinal entre las muy diversas situaciones que se han juzgado bajo las normas citadas, que agrupan un mínimo de siete diferentes legitimaciones activas para el ejercicio de las dos posibles acciones y un infinito número de causas en las que basar el *petitum* de la demanda.

Sobre todo ello gravitaba además el serio problema de la falta de especialización de la judicatura en materia mercantil; como muestra vale referir el hecho de que muchos jueces no tenían -ni algunos tienen aún⁶- clara la distinción legal entre los conceptos de capital y patrimonio recogidos por la LSA, aunque es de esperar que la creación en la Primera Instancia de los Juzgados de lo Mercantil, y la reserva a éstos de las acciones de responsabilidad contra los administradores, produzca con el tiempo un sano y necesario efecto en la formación y especialización judicial en la materia, cada día más precisa.

Si a todo ello se une el aventurerismo de algunos letrados, lanzándose a demandar y citando forzosamente jurisprudencia fuera de contexto ante jueces en sus primeros destinos y prácticamente legos en la materia, no es de extrañar el que se hayan producido condenas indebidas y al mismo tiempo absoluciones escandalosas⁷.

⁴ Marco Tulio Cicerón en su discurso Pro Sexto Roscio Amerino, que constituyó su debut como defensor en el Foro, atribuye al pretor Lucio Casio Longino Ravila la paternidad tanto de la pregunta, no precisamente retórica, como del sistema de investigación del delito buscando ante todo a sus beneficiarios.

⁵ STS 20-6-2005 (RJ 2005, 6425).

⁶ Dice, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de octubre de 2005 (Recurso de Apelación nº 145/04): *Comparte la Sala la resolución recurrida en orden a afirmar que concurrió causa legal de disolución de la sociedad, así existían deudas, entre otras los pagarés impagados, cuya deuda superaba el capital social desembolsado (...)*

⁷ Ilustra mucho sobre la dificultad de estas decisiones la STS de 26-2-1998 (RJ 1998, 1196). Citada por APARICIO GONZALEZ, M. L. y DE MARTIN MUÑOZ, A. J., *La sociedad anónima, legislación, jurisprudencia y bibliografía*, Madrid, 1999, pág. 539, que además versa sobre un caso de sobra conocido.

Consecuentemente la Jurisprudencia sobre estos tres artículos de la LSA es variadísima y hasta llega a parecer contradictoria. Si tomamos, por ejemplo, el supuesto de la prescripción de la acción, que más adelante analizaremos en profundidad, encontraremos sentencias que estiman pertinente la aplicación del artículo 949 del Código de Comercio (cuatro años), mientras otras anteriores entendieron aplicable la del 1968.2 del Código Civil (un año), y la realidad es que deberá aplicarse una u otra según quién fuere el actor y cuál la acción ejercitada y causa de pedir, pero es preciso sentar y aclarar los principios para la aplicación de uno u otro plazo.

Para mayor complicación, la actividad del legislador en esta materia sufrió un repentino acelerón, de hecho con sólo una semana de diferencia las Leyes 22/03 de 9 de Julio, Concursal, y 26/03, de 17 de Julio, “de transparencia” modificaron, cada una de ellas parcialmente, la redacción del artículo 133, la primera para ampliar los supuestos de legitimación pasiva, la segunda para modificar y también aclarar las causas de la responsabilidad.

Por todo ello es necesario tratar de recapitular y describir ordenadamente las distintas posibilidades. No se pretende en estas páginas un exhaustivo análisis de la Jurisprudencia, sino sólo una reflexión sobre la evolución de los textos legales y la aportación de una interpretación de lo dispuesto por la LSA según su actual redacción, aunque analizando previamente las anteriores redacciones de las normas implicadas y tratando de aplicar a todas ellas los criterios de interpretación del derecho sin el apasionamiento ni el interés de la defensa del caso concreto.

Conviene pues acercarse y tratar de ordenar la cuestión, de manera tal que tanto los administradores de sociedades como los letrados y jueces dispongan, al menos, de un “marco neutro” en el que ubicar sus reflexiones para decidir, argumentar o resolver las controversias. Si el Derecho son las reglas del juego de la empresa qué menos que pedir que el reglamento que rige el juego sea claro para los participantes y no dependa en su aplicación de la decisión de un árbitro mal informado⁸.

A todos se nos alcanza que, entre los innumerables elementos a tener en cuenta en el ejercicio de una actividad empresarial, hay uno preponderante y principal: el riesgo.

La empresa es riesgo y éste no puede ni debe anularse por el Ordenamiento, pero es también el punto focal del empresario, sobre el que ha de trabajar y aplicar las herramientas a su alcance con el fin de reducirlo y hasta, si es capaz, eliminarlo.

No otra es la labor del empresario, pero en una sociedad sobreprotegida como la actual⁹ -y por ello en riesgo de infantilización- la tentación de acudir a los órganos del

⁸ La sentencia citada en la anterior nota 6 dice también: *Distinta es la responsabilidad del codemandado D. B quien al aceptar el cargo de administrador asume la responsabilidad por todas las obligaciones existente en ese momento.* Es decir, que, según la sentencia, el administrador que acepta el cargo concurrente una causa de disolución, aún sin saberlo y por este hecho, asume como propias las deudas sociales.

⁹ En el mismo sentido, véase el reciente artículo, citando a Milton Friedman, de SAMUELSON, P.A., “¿Han fracasado los nuevos dioses?”, *Negocios EL PAIS*, Edición digital, 16 de septiembre de 2007 (http://www.elpais.com/articulo/semana/Han/fracasado/nuevos/dioses/elpepueconeg/20070916elpneglse_1/Tes, 12:10 horas del 27 de septiembre de 2007).

Estado para que nos resuelvan los problemas en que no debiéramos habernos metido es demasiado fuerte, tanto más cuanto su reacción invariable, con criterio más político que jurídico, es “proteger al perjudicado” -más bien al que más ruido hace reclamando su intervención- sin tener en cuenta que éste lo es en muchos casos por propia y libre decisión, y que la diligencia en el cuidado de los propios asuntos es exigible siempre a ambas partes, y muy especialmente cuando se trata del tráfico mercantil.

Esta cultura de la queja, convenientemente estimulada por la demagogia, está en la raíz de la necesidad de determinar siempre un responsable, alguien a quien se obligue legalmente a pagar por nuestras decisiones, negligencias o errores, en lugar de asumirlos como propios. Hasta tal punto ha arraigado esta necesidad de encontrar responsables ante cualquier situación que el Tribunal Supremo ha tenido recientemente que pronunciarse en los siguientes términos: *No toda desgracia determina necesariamente que alguien tenga que responder de ella, porque la vida comporta riesgos por sí misma*¹⁰.

Un buen empresario, un buen administrador, será aquél capaz de identificar y controlar el elemento riesgo para reducirlo al mínimo posible en su actividad, pero también ha de ser capaz de seleccionar adecuadamente “con quién” concierta sus operaciones, valorando su solvencia tanto económica como profesional y técnica.

Un mal empresario será el que se aventure sin cuantificar ni conocer el riesgo que asume y hace asumir a quienes confían en él (desde sus socios a sus trabajadores, clientes y proveedores) y su error de cálculo o decisión inconsciente no ha de ser necesariamente compensado a costa de otro. No puede ser de recibo favorecer al mal gestor con una interpretación de la ley que descargue la responsabilidad sobre el patrimonio de un tercero, cuando la normal diligencia exigible al aparente perjudicado hubiera bastado para evitar el perjuicio.

En consecuencia, la obligación del jurista, y del ordenamiento jurídico, en este aspecto es facilitar la tarea con normas claras de actuación y sin correr, ni permitir hacerlo, el albur de una diversidad de interpretaciones que convierta en una suerte de lotería maligna el resultado de una demanda aparentemente inocua, que se puede envenenar, y de hecho se envenenan continuamente, en aplicación del dicho de los tres elementos necesarios para ganar un pleito: tener razón, saberla exponer y que te la quieran dar.

II. El régimen de responsabilidad de los Administradores sociales instaurado por la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de Julio de 1951

La redacción original de la LSA ya fue controvertida pues, aunque en realidad daba lugar a interpretaciones diversas, fue interesadamente reducida en su contenido y aplicación, muy probablemente por la inexistencia entonces de una cultura

¹⁰ Cfr. STS de 17-7-2007, (R2007,4895). La sentencia resuelve sobre una reclamación por responsabilidad civil del anfitrión en accidente sufrido por su huésped al tropezar éste con un juguete abandonado en el pasillo, pero obviamente ilustra sobre los aludidos excesos en las reclamaciones.

social e incluso política partidaria de la exigencia de responsabilidad a los administradores de las sociedades.

Conviene en cualquier caso reparar aquella redacción y comentar brevemente las posibles interpretaciones de la norma, pues curiosamente, y a pesar de los aparentes vaivenes legales, que habría más bien que imputar a interpretaciones, existe una enorme coherencia entre aquella redacción y las sucesivas normas que han regulado esta situación, no así en la interpretación y aplicación de las mismas.

II.1. Fundamento legal de la acción de responsabilidad

Del texto original¹¹ del artículo 79 se dedujo, quizá interesadamente, que los administradores no respondían en ningún caso de la negligencia leve en su actuación, ya que claramente se recogía en el mismo la limitadora expresión negligencia grave. De aquí las frecuentes interpretaciones sobre la existencia para el administrador de una “franquicia”¹² sobre la culpa leve, a cuyo amparo quedaron impunes auténticas conspiraciones y bancarrotas punibles.

Y es posible que la intención del legislador de entonces fuese precisamente ésta¹³, pero no es menos cierto que, aunque fuese utilizada en escasas ocasiones, para exigir la responsabilidad por la culpa leve existía la vía del artículo 1902 del Código Civil, indirectamente invocado desde la obligación de diligencia establecida como deber del administrador para con los asuntos sociales al comienzo del artículo 79 de la LSA, como también existía la posibilidad de acudir al Código Penal para la exigencia de la responsabilidad por dolo o infidelidad en el ejercicio de la administración de bienes ajenos¹⁴.

Cabe en cualquier caso interpretar que el legislador al regular la responsabilidad de los administradores por daños al patrimonio social tuviera en cuenta que, a la postre, los administradores son elegidos por los socios (al menos por la mayoría de socios), es decir por la voluntad social, y que la sociedad debe cargar con las consecuencias de sus propios actos por la inadecuada elección de una persona insuficientemente capacitada para ejercer el cargo, como tiene que hacerlo cualquier comerciante que selecciona mal a sus colaboradores¹⁵.

¹¹ El artículo 79 LSA, en su versión de 1951, decía: “Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, y responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave. En cualquier caso estarán exentos de responsabilidad los administradores que hayan salvado su voto en los acuerdos que hubieren causado daño”.

¹² POLO, E., *Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima*, en URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VI, Madrid, 1992, pág. 281.

¹³ STS 13-2-1990 (RJ 1990, 681): *La legislación ha mantenido un criterio benevolente no imputándoles a los administradores responsabilidad sino en casos de dolo o negligencia grave*. Citada por APARICIO GONZALEZ, M.L. y DE MARTÍN MUÑOZ, A.J., *op.cit.*, pág. 533.

¹⁴ Genéricamente incluidos, en el Código Penal de 1973, entre los delitos de enriquecimiento (apropiación indebida, delitos de defraudación y las quiebras punibles, cuya calificación como fraudulentas y culpables se ha mantenido en el Código de Comercio hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal).

¹⁵ Responsabilidad por culpa *in eligendo* e *in vigilando* del artículo 1903 del Código Civil.

Así, el legislador nos estaría diciendo que, en efecto, concede a los administradores franquicia por el daño producido al patrimonio social, mediando culpa leve o levisima, precisamente porque han sido puestos en el cargo por la sociedad, y ésta debe asumir el riesgo y las consecuencias de que su elección no sea acertada.

Es decir, supone una llamada de atención a los socios para que busquen y procuren la designación de un administrador “capaz y diligente”, sin ampararse en que no se verán afectados por los errores leves del incompetente porque podrán resarcirse de ellos por vía de la responsabilidad de éste. Se trataría pues de una llamada a la responsabilidad de los socios en decisión tan importante como la determinación de la persona a quien encomiendan la gestión del patrimonio común.

Lógicamente lo anterior no se puede predicar cuando el daño se produce directamente a un grupo minoritario de socios o a terceros, dado que entonces éstos, que no son ni representan la voluntad social, podrán ejercer las acciones que pudieren asistirles, en virtud de la reserva expresa que se estableció en el artículo 81 para las que puedan corresponder.

De ser así quedaría claro que la voluntad del legislador fue regular en el artículo 79 exclusivamente la responsabilidad derivada de la relación entre el administrador y la sociedad, y no otra, y que cualquier otra responsabilidad¹⁶ en que incurra personalmente el administrador por daños al patrimonio de tercero o socio en particular no se regula en la LSA, sino que queda sometida a las normas generales. Y esta voluntad trasciende a las posteriores redacciones de las normas homólogas, y en tal sentido debieran interpretarse.

Conviene también aclarar que el artículo 79 hablaba del *daño que causen* (...) y, aunque lo habitual es que pensemos en daño patrimonial, este carácter no está especificado en la Ley. Cabe evidentemente que la actuación del administrador cause un daño no inicialmente económico o patrimonial, sino de imagen o prestigio comercial (por ejemplo, una opinión política o deportiva, la omisión de una obligación formal que genere la pérdida de status financiero, la vinculación en una campaña publicitaria con una imagen que provoque rechazo en la clientela, ...) no produciéndose en ninguno de estos casos un daño patrimonial directo (podrá venir más adelante o no), aunque es indudable que existe daño para la sociedad, que éste se da por incumplimiento de sus obligaciones, aunque sea in vigilando, por parte del administrador y que el incumplimiento parcial del contrato social, como el de cualquier otra obligación, genera el derecho del perjudicado a resarcirse¹⁷. No es necesario recordar que

¹⁶ A la misma conclusión se llega aplicando el criterio de interpretación sistemática, basta comprobar la ubicación de las normas para comprender que la Ley se refiere a las relaciones entre administrador y sociedad.

¹⁷ Sin entrar en la polémica sobre la sociedad-institución y la sociedad-contrato, si cabe señalar que el administrador, al aceptar el cargo, manifiesta como mínimo su adhesión a un contrato preexistente que la sociedad “oferta” a quien haya de desempeñar el cargo, cuyas condiciones están establecidas, en parte, por las disposiciones imperativas de la Ley, en otra parte por lo previsto en los Estatutos sobre las normas meramente dispositivas y finalmente por estas últimas en cuanto los Estatutos no dispongan otra cosa. Por todo ello cabe decir que el vínculo entre administrador y sociedad es un vínculo contractual al que el administrador se adhie-

toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa y que del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todo su patrimonio (...) son formulaciones legales que, en su conjunto, bien que distanciadas entre sí en el Código Civil, componen la teoría del débito y la responsabilidad.

Así pues tengamos presente que la responsabilidad existe en el momento en que se produce daño a la sociedad, tenga o no éste consecuencias directas e inmediatas en el patrimonio social.

II.2. Exigencia de la responsabilidad. La acción en interés social

Con independencia del origen y fundamento de la responsabilidad, conviene resaltar que los artículos 80 y 81 de la Ley establecían claramente dos formas alternativas de ejercer la acción de responsabilidad contra los administradores sociales: las hoy -a mi entender- mal llamadas acción social y acción individual por el propio texto de la LSA.

De la redacción del antiguo artículo 80 LSA¹⁸ se deduce la existencia de una acción para que la sociedad exija de sus administradores la responsabilidad deducida de los actos realizados en el ejercicio del cargo, según se expone a continuación.

II.2.1. Legitimación principal: ejercicio de la acción por la sociedad

En primer lugar, observamos que la Ley crea una acción específica, destinada a reconstituir (indemnizar, hacer indemne) el patrimonio social si resulta perjudicado por la actuación de los administradores.

Se trata pues de una acción a favor de la sociedad (legitimación activa) y contra el administrador (legitimación pasiva) para exigir a éste la responsabilidad (fundamento de la acción) en que pueda incurrir derivada del contenido del artículo 79, es decir, por los *actos o acuerdos que dañen el patrimonio social en los que medie malicia, abuso de facultades o negligencia grave*, o en los que no actúe con la diligencia de un

re voluntariamente y que se obliga a respetar, por lo que el incumplimiento de las condiciones de ejercicio del cargo será incumplimiento contractual, susceptible de generar indemnización para el perjudicado.

¹⁸ El artículo 80 LSA, en su versión de 1951, decía: *La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la Junta general, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día.*

En cualquier momento, la Junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen, al menos, la décima parte del capital social. El acuerdo de promover la acción o de transigir implica la destitución de los administradores.

Los accionistas que representen la porción de capital que queda establecida en el párrafo anterior podrán entablar conjuntamente contra los administradores la acción de responsabilidad, cuando la sociedad no lo hiciere, dentro del plazo de tres meses, contados desde la fecha del acuerdo o cuando éste hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

Los acreedores de la sociedad sólo podrán dirigirse contra los administradores cuando la acción tienda a reconstituir el patrimonio social, no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos.

ordenado comerciante y un representante leal. No olvidemos que se trata de un supuesto de administración de bienes ajenos¹⁹ y que, en realidad, lo que la Ley exige al administrador es que actúe en beneficio del patrimonio social²⁰ tal y como lo haría en el de su propio patrimonio.

Lógicamente la sociedad, cuando resulta dañada, ha de tener la prioridad en el ejercicio de la acción, y, como *fictio iuris*, ha de formar su voluntad mediante acuerdo de la Junta general, de aquí que sea la primera legitimada y se exija el citado acuerdo para su ejercicio, pero a la vez se debe facilitar a los accionistas la posibilidad tanto de proponer como aprobar el acuerdo.

Como la Junta debe ser convocada por los administradores, quienes además establecen el Orden del Día, a éstos les habría resultado muy sencillo bloquear cualquier iniciativa en este sentido evitando la convocatoria y haciendo así ilusoria la posibilidad de acordar el ejercicio de la acción de responsabilidad. Para evitar este bloqueo inicial se hizo excepción al funcionamiento normal de la Junta, permitiendo la Ley que el necesario acuerdo pudiera tomarse sin convocatoria previa, evitando así advertir a los administradores sobre la intención de los socios de someter a consideración de la Junta el ejercicio de la acción contra ellos.

La precaución de imponer la destitución del administrador, en caso de aprobarse el ejercicio de la acción por la sociedad y aunque posteriormente se llegare a transigir, es absolutamente lógica dado que no parece que pueda continuar administrando un patrimonio ajeno quien ya ha sido fundadamente sospechoso de infidelidad o deslealtad al interés que está obligado a proteger, siendo indiferente que resulte o no condenado, pues la pérdida de confianza se habrá producido en ambos casos.

II.2.2. Primera legitimación subsidiaria: ejercicio de la acción por los socios

Por otro lado, también es obvia la necesidad de proteger a las minorías de la imposición de acuerdos por el grupo mayoritario, el cual normalmente habrá nombrado al administrador y difícilmente aceptará actuar contra su “instrumento”, que incluso podría haber obedecido instrucciones; de aquí que se legitimara subsidiariamente a las minorías para ejercer la acción en defensa del interés social. Esta legitimación de segundo orden aparecía tanto si se toma el acuerdo y no se ejecuta, mediante la interposición de la demanda en el plazo de tres meses, cuanto si el acuerdo hubiera sido contrario al ejercicio de la acción.

Pero, en cualquiera de los dos supuestos en que los socios quedan legitimados para ejercer la acción en defensa del interés social, la acción que se ejerce ha de fun-

¹⁹ ALONSO ESPINOSA FJ., Op.cit., pág 26: (...) no es un dominus del patrimonio administrado (...) sino administrador de un patrimonio ajeno cuya administración le ha sido confiada por sus propietarios.

²⁰ En este sentido, ALFARO AGUILA-REAL, J. “La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad “externa” de los administradores sociales”, 2ª edición, 23 de enero de 2007, nº 1, InDret, 2007, pág. 6.

damentarse necesariamente en la lesión del interés social deducida de la actuación de los administradores, si no hay daño directo y propio para la sociedad (fundamento de la responsabilidad) no existe posibilidad de ejercer esta acción; el daño infligido a socios o terceros no será fundamento del ejercicio de la acción social.

La motivación es clara, ya que el daño directo al patrimonio social producirá una pérdida de valor real o contable de las acciones (o al menos de su valor liquidatorio, aunque pudiera no afectar al de cotización si el daño no trascendiera al mercado²¹) y esta minusvalía de las acciones provoca una afección correlativa en el patrimonio del socio. El daño directo a la sociedad produce daño indirecto (consecuencial) en el patrimonio del socio, y por ello debe estar éste legitimado para ejercer la acción que, reconstituyendo el patrimonio social, devuelva al socio el valor real de su acción “haciendo indemne” también, como consecuencia, el patrimonio del socio.

Por contra es también absolutamente lógico que no pueda utilizarse esta acción, fundamentada en el artículo 79, cuando no exista daño directo para la sociedad puesto que, si no hay lesión, ni hay responsabilidad ni cabe por lo tanto indemnizar a la sociedad. Así, si el daño se produce directamente al patrimonio del socio será otra, la individual, la acción a ejercitar.

Como también es lógica la exigencia de un mínimo agrupamiento de los socios, diez por ciento del capital social, para ejercer la acción en su legitimación activa subsidiaria, ya que si la acción pudiera ser ejercida por cualquier socio sería imposible el gobierno de la sociedad²², que quedaría expuesto a posibles “francotiradores” con participaciones irrelevantes.

II.2.3. Segunda legitimación subsidiaria: ejercicio de la acción por los acreedores. Procedencia y limitaciones

Por último, se establece una tercera legitimación activa, subsidiaria de la subsidiaria, que redondea tanto el ejercicio de la acción como su propio carácter, esto es la legitimación del acreedor.

Resaltemos que el párrafo comenzaba diciendo los acreedores (...) *sólo podrán dirigirse* (...). Es decir, se trata de una legitimación especial del acreedor con carácter

²¹ Indudablemente la minoración del patrimonio social como consecuencia de la pérdida sufrida por el daño hace que el valor liquidatorio de la acción -patrimonio total repartido proporcionalmente al nominal de las acciones emitidas- se reduzca. En cuanto al valor de mercado, si el perjuicio trasciende, puede acarrear igualmente -pero no necesariamente porque el comportamiento del mercado no es una operación matemática- una bajada en el valor de cotización, lo que perjudica consecuentemente al tenedor de la acción cuyo precio de venta se reduce; también cabe señalar que la reducción del precio de la acción en el mercado puede producirse por un acto del administrador que no causa daño patrimonial, por ejemplo una expresión políticamente incorrecta puede generar un rechazo de determinados valores en el mercado simplemente por no caer en gracia al pequeño inversor, que sumado es muy grande, pero nunca en estos casos el daño se produciría a la sociedad, sino a los socios, pues el patrimonio social no se ve afectado por el menor valor de cotización, no cabría pues acción social sino individual.

²² Un claro argumento a favor de lo que se mantiene en el texto se puede encontrar en la Exposición de Motivos de la LSA de 1951, en concreto, en su Motivo III.

de excepción y excluyendo y proscribiendo (negando legitimación para ejercer la acción de responsabilidad por daños al patrimonio social) cualquier supuesto en que no se cumplieran las condiciones que a continuación establecía la Ley para el ejercicio de la acción por el acreedor.

Y estas condiciones eran tres y se encontraban claramente enunciadas por el texto legal, sin que quepa duda respecto de la intención del legislador ni tampoco sobre el tenor literal de la norma.

La primera de ellas se refiere al objetivo de la acción: cuando *la acción tienda a reconstituir el patrimonio social*.

La segunda establece el ejercicio de la acción como subsidiaria de segundo orden: cuando *no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas*.

La tercera explica y justifica la causa por la que se concede esta legitimación extraordinaria: cuando se trate de un *acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos*. Es decir, que de resultas del acuerdo se siga causalmente una de estas dos opciones:

En sentido amplio: un empobrecimiento de la sociedad que, lógicamente, deteriore su solvencia general al reducir su patrimonio²³, recortando con ello la garantía personal de la sociedad frente a sus acreedores²⁴, representada por el patrimonio social y no por el capital, que sólo refleja el patrimonio inicial aportado por los socios.

En un sentido más estricto y literal: resulte amenazada la garantía específica de un crédito concreto, sea ésta real (deterioro por omisión o reforma aventurada de un inmueble objeto de hipoteca) o incluso personal (decisiones que puedan acarrear la retirada de un aval, cancelación de una caución, etc.).

Y del conjunto de las tres condiciones queda claro que el legislador pretende que en aquellas situaciones en que una actuación de los administradores, en la que se pueda apreciar malicia, abuso de facultades o negligencia grave, cause un daño directo al patrimonio social, y con ello ponga en peligro o amenace gravemente la satisfacción de las deudas sociales, y simultáneamente se produzca la pasividad de la sociedad y de los socios en la situación (bien por conveniencia o ignorancia), puedan los acreedores en su propio nombre ejercer la acción para reconstituir el patrimonio social y asegurar el cobro de sus créditos, pero no les cabe ejercitar la acción en su propio beneficio y por ello no pueden pedir en su demanda el pago directo en su favor.

Es decir, que los acreedores disfrutaban de algo parecido a una acción directa²⁵ excepcional que les permitía demandar en propio nombre al deudor (el administra-

²³ Anticipando el contenido del artículo 150.3, que obligará a disolver por pérdidas que reduzcan el patrimonio a menos de la tercera parte del capital.

²⁴ Artículo 1911 del Código Civil: *Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todo su patrimonio presente y futuro*.

²⁵ Similar en su fundamento y ejercicio a las contenidas en los artículos 1552 y 1597 del Código Civil. En ambos casos, subcontrata y subarriendo, el actor reclama directamente y en propio nombre al deudor de su deudor, por existir vinculación en el objeto de ambos contratos, causa y fundamento de las respectivas obligaciones.

dor social) de su deudor (la sociedad), pero para lograr la reconstitución del patrimonio de este último (dañado directamente por la actuación del primero) y con ello evitar, que no resarcirse directamente, el daño indirectamente producido (¿o por producir?) al patrimonio del acreedor demandante. La diferencia con las dos acciones citadas estriba en que no podrán los acreedores, sino la sociedad, percibir directamente la indemnización solicitada.

Hay que hacer hincapié en que esta legitimación especial tiene inicialmente una limitación, y muy importante, y es que los acreedores pueden “demandar en nombre propio”, en virtud de su legitimación expresa y especial, pero “no en provecho propio” dado que sólo podrán dirigirse contra los administradores cuando la acción tienda a reconstituir el patrimonio social. Es decir, que demandarán en nombre propio pero el resultado de la demanda, de prosperar, habrá de ser necesariamente favorable a la sociedad, y sólo ésta recibirá la indemnización acordada en la sentencia con el objeto de reconstituir el patrimonio y mantener su solvencia frente a los acreedores, a los que atenderá cuando sea oportuno. Se deduce pues que la norma no autoriza al acreedor a cobrar directamente del “deudor de su deudor”, sino que tan sólo le permite actuar en provecho ajeno, aunque de su actuación se deduzca que simultáneamente evite, pero no que resarza, el perjuicio propio. Incluso podemos decir que basta, para demandar, el carácter de acreedor de una obligación no vencida, pues no se exige el impago sino sólo el riesgo, con lo que la acción tiene el carácter de preventiva.

El fundamento de la acción consistía pues en el daño directo al patrimonio de la sociedad que, ante la pasividad de los afectados directamente, desencadena un posible daño indirecto en el patrimonio del acreedor-actor, quien solo está legitimado para ejercer la acción para proteger su patrimonio del riesgo consecuente de la pasividad de aquéllos.

De lo anterior se deduce claramente, a mi entender, que en el juego de sus artículos 79 y 80, la LSA de 1951 estableció exclusivamente una acción específica para restaurar el patrimonio de la sociedad (artículo 80) ante los daños directos causados por los administradores cuando en el ejercicio de su cargo (artículo 79) actúen de forma distinta a como lo habrían hecho administrando el patrimonio propio, con la salvedad de la culpa leve o levísima, que se descarga en la sociedad por ser precisamente la voluntad social la que ha colocado al administrador en el cargo que ocupa sin cerciorarse ni de su idoneidad ni de su nivel de competencia.

Éste es pues el original y auténtico significado de la mal llamada ahora acción social de responsabilidad, que más propiamente debiera llamarse acción en interés del patrimonio social, según se deduce del texto de los artículos 79 y 80 de la LSA de 1951 y, como veremos, de sus homólogos actuales.

II.3. Exigencia de la responsabilidad: el artículo 81 como mera reserva de acciones

Que la franquicia por la culpa leve fuera solo aplicable a la relación entre administrador y sociedad se ratifica con el análisis del artículo 81 de la Ley²⁶. Observemos que comienza con un *no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes*. Es decir, que a pesar, además y con independencia de lo dispuesto en los artículos 79 y 80, caben otras posibles acciones, dado que éstos no obstan al ejercicio de la acciones que puedan corresponder; y debe tenerse en cuenta que tales acciones habrán de tener fundamento en otros preceptos, puesto que el artículo 81 no establece cuáles sean ni cuando puedan proceder, sino que sólo se exige la realidad del daño directo.

La expresión *no obstante* nos está indicando que, en realidad, de los artículos 79 y 80 se deduce única y exclusivamente la existencia y ejercicio de la acción de responsabilidad en interés del patrimonio social, creada por el artículo 80, como consecuencia del daño producido a éste por una actuación del administrador no adecuada a las exigencias y parámetros establecidos en el 79 para el comportamiento exigible al administrador para con la sociedad.

Siguiendo con esta argumentación, la siguiente pregunta sería si podemos invocar el artículo 79 desde la perspectiva del artículo 81. Y la respuesta que nos ofrece la Ley es clara en el sentido de que no resulta posible esa invocación, toda vez que parece estar vetada por el tenor literal del propio artículo 81, al desvincular este preceptos de los dos anteriores. Es decir, que la existencia de la acción social basada en el comportamiento inadecuado respecto al artículo 79 no obsta para que queden a salvo las *acciones que puedan corresponder* (...) por lesión directa, o, lo que es lo mismo, que las acciones a que se refiere el artículo 81 existen “a pesar, además y con independencia de” lo dispuesto en los artículos 79 y 80, y que las mismas existirían también si los citados artículos desaparecieran del texto legal.

Se trata por lo tanto de una reserva específica de acciones²⁷, por la que aparte y además del posible ejercicio de la social, si ésta nos está vedada podremos utilizar las que puedan corresponder, pero de ningún modo se crea aquí una acción de socios o terceros basada en un comportamiento del administrador inadecuado a los parámetros del artículo 79.

Y es de toda lógica, porque el artículo 79 de la LSA regula las obligaciones del administrador para con la sociedad y la responsabilidad exigible a éste por la sociedad cuando su patrimonio resulta dañado. Sólo desde este punto de vista resulta entendible la “franquicia de culpa leve” que el artículo 79 otorga al administrador, porque en realidad no es tal franquicia sino, como se ha dicho más arriba, la conse-

²⁶ El artículo 81 de la LSA, en su versión de 1951, establecía: *No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos.*

²⁷ En el mismo sentido, se expresa ALFARO AGUILA-REAL, op. y loc. ult. cit., si bien el autor desarrolla sus argumentos respecto al vigente artículo 135 del TR de la LSA.

cuencia de la “elección de colaboradores inadecuados” en que la propia sociedad incurre al designar un administrador incompetente para el ejercicio del cargo. Contra su propia negligencia en la elección no puede la sociedad quedar vacunada por ley, ni sacar la ventaja de que otro indemnice la mala elección realizada por la voluntad social.

Esta franquicia del administrador, por lo tanto, solo existe ante la sociedad; ante los socios y los terceros el administrador responderá, ya que no tiene vínculo contractual con ellos, en toda la extensión de lo dispuesto por el ordenamiento en otras normas, y en especial de la culpa extracontractual del 1902 del Código Civil; el 79 no recorta la culpa extracontractual del administrador ante socios y terceros, ni determina un comportamiento exigible al administrador por un tercero que no sea la sociedad, sino tan solo la relación entre administrador y sociedad. Por ello, si el artículo 81 dice no obstante... quedan a salvo; lo que nos quiere decir es que independientemente de lo dicho en el 79 y el 80 sobre la relación entre administrador y sociedad, los socios y los terceros siguen pudiendo aplicar en toda su extensión el ordenamiento jurídico en lo que les ampare frente al comportamiento del administrador; luego no sólo el 1902, sino también las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos, obviamente en tanto estén reconocidas por nuestro ordenamiento.

De aquí, de este entendimiento del contenido del artículo 81, surgió la línea de jurisprudencia firme y estable que, a través de multitud de sentencias, establecía que a las acciones iniciadas al amparo del artículo 81 les deben ser exigibles los tres presupuestos básicos²⁸ de la responsabilidad extracontractual:

- a) Acto del administrador por acción u omisión.
- b) Daño directo al patrimonio de tercero, el daño a la sociedad será indirecto para el tercero, pero no directo.
- c) Relación de causalidad entre actuación y daño: que necesariamente del acto se siga el daño, y que éste no se hubiera producido sin el acto.

Insistamos en que el artículo 81 nos remite al ordenamiento jurídico en su integridad, no sólo al 1902 del Código Civil, recordándonos que podemos ejercer cuantas acciones tengamos, pero también imponiendo que, lógicamente, para su ejercicio procesal tengamos que fundamentar la demanda en normas concretas, sin que se pueda alegar genéricamente la existencia del daño sin acreditar la causa legal de pedir. Habrá que demostrar la existencia de un daño concreto, que éste se derive de un acto determinado del administrador y que el acto concreto sea negligente o

²⁸ STS 3-4-1990 (RJ 1990, 2690): *El precepto legal invocado no sólo se refiere a la malicia...presupone un “daño causado” y una relación de causa a efecto entre esa situación irregular y el daño causado.* Citada por APARICIO GONZALEZ, M.L. y DE MARTIN MUÑOZ, A.J., *op.cit.*, pág. 535.

incumpla una norma, siendo necesario tanto invocar la norma como hacer patente el incumplimiento.

De la LSA de 1951 podemos deducir, en resumen, que se crea, por el artículo 80, la acción especial por daño directo a la sociedad -afecte o no inmediatamente al patrimonio social- que sea consecuencia de la actuación del administrador en los términos previstos en el artículo 79, y que además persisten y perviven en todo caso, por el artículo 81, la acción por culpa extracontractual deducida de culpa o negligencia del administrador que produzca daño directo al patrimonio de un tercero, así como la responsabilidad "ex lege" para cualesquiera otros supuestos concretos, y por último las que puedan deducirse de actuaciones dolosas (sea dolo civil o penal) del administrador.

III. Incidencia de la reforma de 1989 en el régimen de responsabilidad de los administradores

La anterior uniformidad de interpretación jurisprudencial y doctrinal saltará por los aires, perdida en un aparente bosque de contradicciones, a partir de la *Ley 19/89, de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades*, que modifica sensiblemente lo dispuesto por la regulación anterior.

III.1. Ampliación del fundamento legal de la acción de responsabilidad

Las novedades legales comienzan por la nueva redacción del artículo 133 del TR LSA²⁹, homólogo del 79 original, que varía los supuestos de responsabilidad estableciéndola como solidaria en los órganos pluripersonales, ampliando la diligencia exigible y además reduciendo las posibilidades de exoneración o elusión de la responsabilidad por parte de los administradores.

Dada la relevancia de esas novedades, a continuación se estudian pormenorizadamente.

III.1.1. La diligencia exigible

La norma primera del artículo 133 modifica los supuestos de responsabilidad, sustituyendo la expresión del anterior 79, *daño causado por malicia, abuso de facultades o*

²⁹ Recordemos su redacción: Artículo. 133. Responsabilidad:

1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

2. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

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

negligencia grave, por otra indudablemente mucho más amplia: *daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo*.

Por lo tanto ya no existe la exigencia, obviamente subjetiva, de la malicia y la negligencia grave, cuya apreciación judicial siempre resultaría improbable por la intrínseca dificultad probatoria de un elemento intencional, sino que acertadamente se sustituye la expresión por la de actos contrarios a la ley o a los estatutos, mucho más apropiada, por objetiva y susceptible de prueba en estrados por la oposición entre la norma (legal o estatutaria) y el acto realizado. Se sustituye pues la generalización subjetiva por la tipificación, aunque ésta sea en exceso amplia.

No podemos sin embargo decir lo mismo de la expresión final sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, expresión que ha sido base de las interpretaciones más extremas, para llegar a calificar la responsabilidad del administrador como objetiva, siendo causa de importante polémica y dando lugar a corrientes contradictorias de interpretación de la norma, tanto en la doctrina cómo en los criterios jurisprudenciales³⁰.

Esta diligencia especial que se requiere a los administradores en su actuación, y antes aparecía en el propio texto del artículo 79 con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal pasa a ser recogida en el artículo 127.1 en los siguientes términos: *Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal*. Expresión que como se puede ver no varía la redacción original más que en la sustitución del término comerciante por el más amplio, pero equivalente a los efectos de la norma concreta, de empresario. En la práctica se trata de un llamamiento al administrador para que cuide de los intereses sociales que se le encomiendan de la misma forma en que cuidaría sus intereses propios.

A la interpretación de exigencia de especial diligencia se vino también a añadir -forzadamente, a mi juicio- que el artículo 135, al referirse en su "título" a la acción individual de responsabilidad, abría a los acreedores una vía de exigencia de responsabilidad por falta de diligencia de los administradores en el desempeño de su cargo, estableciendo como fundamento de la acción la invocación del artículo 133 desde el 135, criterio que todavía encontramos acogido en sentencias del Tribunal Supremo³¹.

De esta forma se ampliaron sustancialmente los límites de la responsabilidad del administrador, ya que invocando el 133 desde el 135, y por entenderse en ocasiones al menos "cuasi objetiva" la responsabilidad deducida del 133, se ha venido produciendo en los tribunales inferiores una inversión de la carga de la prueba en detri-

³⁰ Dice la STS 29-12-2000 (RJ 2001, 354): *en la actualidad, dentro de la praxis judicial, se está casi en el umbral de la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo....* Frente a ella la STS nº 488/07 de 3-5-2007 (RJ 2007,2823) sigue exigiendo los tres elementos de la culpa ya citados: acto, daño y relación de causalidad.

³¹ Véase por todas, STS 27-10-2006 (RJ 2006, 8930)

mento de la defensa de los administradores, y no olvidemos que el relato de los hechos, en definitiva, la apreciación de la prueba, no puede ser objeto de casación.

Donde antes veíamos la exigencia de los tres elementos de la culpa extracontractual expresados más arriba, pasábamos a otro razonamiento en que se partía de acusaciones genéricas de “falta de diligencia” del administrador, quien ahora se veía obligado a probar que actuó con la diligencia propia del cargo, invirtiéndose además la carga de la prueba. Y para mayor extremo, la diligencia en cuestión no se exigía en la actuación del administrador para con la sociedad, lo que al menos sí está dispuesto y exigido por el artículo 133, sino para con el tercero acreedor, de manera que han aparecido en más de una demanda expresiones del tipo: *...el administrador incumple su deber pues el hecho de no pagar la deuda demuestra que su actuación no es diligente para con el acreedor*³².

Se pasó así, en la práctica, de interpretar indebidamente la existencia de la franquicia por culpa leve del administrador frente a los acreedores, que sí existía frente a la sociedad, al extremo opuesto de culpa cuasi-objetiva con inversión de la carga de la prueba y forzando al administrador demandado a probar su constante diligencia, planteamiento que ha prosperado indebidamente en multitud de resoluciones de la primera instancia, sin tener en cuenta que la exigencia de probar la constante diligencia es, en realidad, una prueba diabólica, pues es imposible en términos lógicos probar que en ningún acto realizado ha intervenido negligencia o se ha actuado con diligencia suficiente. La duda razonable se convierte así en aliado indebido del demandante.

III.1.2. *El destinatario de la diligencia exigible: la profesionalización del administrador*

Conviene en cualquier caso observar que tanto la expresión del alcance de la diligencia, como su ubicación dentro del texto legal, parecen referirse más a la relación jurídica interna del administrador con la sociedad -obligaciones del administrador con respecto a la sociedad que administra- que a unas supuestas obligaciones del administrador para con terceros -relación jurídica externa a la sociedad- y que además por pura lógica los intereses sociales son en muchas ocasiones opuestos a los intereses de sus acreedores. Y no olvidemos que estamos aplicando la LSA, que regula precisamente el reconocimiento de la persona jurídica y su pervivencia en el mercado, así como su funcionamiento posterior, es decir las relaciones internas de la sociedad y de ésta con sus socios y órganos, no con terceros; la sola ubicación del precepto en el texto legal hubiera debido bastar para proscribir estas interpretaciones.

El administrador no ha sido elegido por los socios para proteger a sus clientes y/o proveedores, sino para administrar el patrimonio social y hacerlo rendir, lógicamente

³² Tal cual se recoge en la demanda que da finalmente lugar a Sentencia nº 172/06 de la AP de Madrid (Secc. 28), de 16-11-2006, (AC 2006, 2241).

dentro de los límites y condiciones que la Ley pone a la actuación en el mercado y con respeto absoluto al contrato social reflejado en los Estatutos. Si quebranta la ley o los estatutos o actúa negligentemente en la administración será responsable del daño que sufra la sociedad, se refleje o no en el patrimonio social, ya que lo que indudablemente desaparece en el artículo 133 es la franquicia por culpa leve que ante la sociedad disfrutaba en la redacción anterior.

Visto así este sin la diligencia hace referencia más a la profesionalización³³ del cargo de administrador que a una supuesta culpa objetiva o cuasi-objetiva, en la que se deba demostrar haber actuado siempre diligentemente y de la que solo nos exonerare la culpa exclusiva de la otra parte. Se trata, en realidad, de pedir y exigir a los administradores sociales una preparación profesional³⁴ que anteriormente no exigían ni el mercado ni la ley.

La administración del patrimonio, propio o ajeno, tiene unas reglas económicas, una *lex artis*³⁵, que es tan exigible al administrador social como lo son sus propias *leges artis* a los ingenieros, médicos, arquitectos o abogados.

Y aquí cobra importancia la sustitución, en apariencia menor, del término comerciante por el de empresario. Podemos afirmar que la doctrina de forma unánime establece, entre otras, la diferencia entre comerciante y empresario como producto de una evolución profesionalizadora de la función. El empresario no simplemente realiza actos de comercio, sino que ordena, organiza y controla los medios de producción, orientándolos al desarrollo de una actividad de contenido y carácter económico³⁶, que en el caso de las sociedades capitalistas, llega a convertirse en un producto en sí mismo al acceder al mercado secundario de capitales: las acciones.

Por lo tanto lo que exige el artículo 133 al hablar de diligencia es pura y simplemente la profesional exigible por la sociedad a su administrador: la “*lex artis*” del empresario, que obviamente nada tiene que ver con la relación entre administrador y acreedor social.

Todo lo anterior se verá ratificado por la posterior reforma de 2003, que más adelante analizaremos.

³³ ALONSO ESPINOSA FJ Op. Cit., pág 23: *El espíritu y finalidad de las normas en esta materia (...) tiene como contenido esencial la consideración del cargo de administrador como profesional por cuenta ajena de una actividad de riesgo patrimonial.*

³⁴ En este sentido RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M.I., *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, 4ª edición, Pamplona, 1998, pág. 425: *Se ha agravado notablemente la responsabilidad de los administradores, lo que exigirá, sin duda, una mayor dedicación y especialización de los mismos. Ser administrador dejará de ser un cargo cuasi-inimputable, para convertirse en una profesión delicada y profesionalizada.*

³⁵ ALONSO ESPINOSA FJ.: Op. Cit., pág 28: *Es objetivamente exigible al administrador un nivel adecuado de competencia profesional (lex artis).*

³⁶ Véase sobre la distinción RUIZ DE VELASCO, A., *Manual de Derecho Mercantil*. 3ª Ed. Madrid, 2007, pág. 173 y ss.

III.1.3. *Supuestos de exoneración de responsabilidad*

Hay también que resaltar la introducción de los dos últimos apartados del artículo 133, que claramente se encaminan, de un lado, a ampliar y acotar la responsabilidad del administrador y al mismo tiempo a facilitar su exigencia.

Frente a la genérica exoneración de responsabilidad por la simple salvedad en la votación, según el anterior 79, el nuevo 133.2 la establece primero como solidaria entre todos los miembros del órgano de administración, y luego reduce las posibilidades de exoneración: oposición expresa al acuerdo o acto lesivo o desconocimiento del mismo, por no haber intervenido en su adopción, acompañado de actos encaminados a evitarlo. Pero no basta con la “actitud”, el intento de palabra de oponerse o limitar el daño. La ley dice: *...hicieron todo lo conveniente para evitar el daño*, lo que en buena lógica debe incluir la utilización por el administrador disconforme de los mecanismos legales de impugnación de los acuerdos, tanto los nulos y anulables como los simplemente lesivos.

Resulta evidente que la expresión utilizada por el legislador tiene un alcance máximo: todo lo conveniente. Luego no debe bastar, para exonerar de culpa al administrador disidente, la simple expresión verbal de su disidencia y la constancia de ésta en el acta de la sesión del Consejo³⁷. Esta exigencia menor quedaría sólo en una simple expresión de opinión contraria con la que, desde luego, no se cumple con el deber impuesto por la ley -tratar de impedir la ejecución del acuerdo ilegal- como única forma de evitar incurrir en la responsabilidad solidaria establecida. Recordemos que la propia Ley establece el mecanismo adecuado para hacer todo lo conveniente, a través del sistema de impugnación de los acuerdos sociales previsto en los artículos 115 y siguientes. Es indudable que lo más conveniente para evitar la ejecución de un acuerdo es su impugnación. La ley prevé como impugnables los acuerdos de la junta de socios que sean contrarios a la ley o a los estatutos y los lesivos para el interés social³⁸, a los que clasifica como nulos o anulables³⁹, e igualmente los acuerdos del Consejo de Administración⁴⁰.

La actitud lógica de un administrador disconforme, y a la vez la exigencia mínima que debe plantear la Ley, es precisamente utilizar todos los mecanismos legales a su alcance para impedir la tropelía, y es evidente que mientras no los utilice no habrá hecho todo lo conveniente. Por lo tanto sólo cabe interpretar el precepto en el senti-

³⁷ Del Consejo porque es evidente que la discrepancia en el acuerdo sólo puede producirse en un órgano colegiado: el administrador único no puede disentir ni exonerarse de sus propios actos; si la administración está encomendada a dos administradores mancomunados la discrepancia supone imposibilidad de acto, y si a administradores solidarios puede cualquiera deshacer el acto de otro, luego debe hacerlo si lo considera perjudicial, aunque el resultado sea tejer y destejer el tapiz de Penélope.

³⁸ LSA. Artículo 115.1: *Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.*

³⁹ LSA. Artículo 115.2: *Serán nulos los acuerdos contrarios a la Ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables.*

⁴⁰ LSA. Artículo 144: *Los administradores podrán impugnar los acuerdos nulos y anulables del Consejo de Administración...*

do de utilizar todos los medios legales al alcance del administrador para impedir que prospere la decisión objeto de su disidencia, y entre ellos está la impugnación de los acuerdos sociales, salvo demostración de no haber tenido conocimiento de ellos hasta transcurrido el plazo legal de caducidad de la acción impugnatoria.

Lógicamente todo lo anterior ha de entenderse de aplicación cuando nos encontremos ante acuerdos impugnables por responder a los supuestos de nulidad o anulabilidad especificados en la LSA, pero no será aplicable ni exigible en los casos en que exista una mera diferencia de opinión o de criterio entre los administradores a la hora de adoptar un acuerdo, si tanto éste como su contrario cumplen la ley y los estatutos o no son directamente lesivos. Será en cualquier caso defendible la postura del administrador que, en una toma de decisión controvertida, exponga suficientemente los argumentos técnicos por los que no la cree conveniente, es evidente que habrá hecho todo lo posible para convencer al órgano colegiado, pero éste ha decidido en contra de los argumentos expuestos.

Por último, y en evitación de actuaciones ventajistas, deja claro que la responsabilidad subsiste aunque el acuerdo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general, ya que de no hacerlo bastaría con que los administradores sometieran todos sus actos a ratificación posterior para desplazar la responsabilidad de los mismos a la sociedad, lo que con frecuencia se estableció como línea de defensa procesal en reclamaciones de responsabilidad al amparo del antiguo 79. Con posterioridad a la nueva redacción se ha venido aún intentando la alegación de que la aprobación de las Cuentas Anuales y de la gestión de los administradores suponen la asunción por la sociedad de los actos de éstos y la imposibilidad de ejercer la acción social, a pesar de la terminante disposición legal contraria si bien tal alegación ha sido, como no podía ser menos, sistemáticamente rechazada.

Parece como si, con la redacción dada a la norma en el nuevo artículo 133, el legislador se hubiese planteado cruzar la distancia entre las concepciones de la evolución desde el punto de vista lamarckiano⁴¹ de la función crea el órgano, en el sentido de que los administradores aprenderán a serlo en el desempeño de sus cargos, y el darwinista⁴² de la supervivencia del más apto, si el administrador no está correctamente preparado para serlo arriesgará su propio patrimonio y no el de la sociedad

⁴¹ Jean Baptiste Monet de Lamarck, director del Jardin des Plantes de Paris en 1792, fue el primero en formular una teoría de la evolución natural, que basaba en la necesidad de adaptación. La formulación más clara de su rudimentaria teoría se realiza a través del ejemplo de la jirafa: el animal tiene el cuello largo porque lo estira continuamente para alcanzar las hojas altas de las que se alimenta. La función, estirar el cuello, crea el órgano, el propio cuello largo. Evidentemente el fallo está en que, aún aceptando el efecto de la función sobre el órgano, un carácter adquirido no se puede transmitir genéticamente.

⁴² Más elaborada y conocida es la teoría de Charles Darwin, según la cual el individuo cuyas características están más adaptadas a la supervivencia en el medio en que actúa, por mostrarse más eficiente –se alimenta mejor la jirafa que tiene el cuello más largo– tiene mayores posibilidades de reproducción y su legado genético se transmite a las generaciones siguientes reforzando los caracteres de adaptación al medio. El más apto sobrevive y se reproduce, mientras el legado genético del menos eficiente se diluye y desaparece, por ello *sobrevive el más apto* tanto en su generación como en las futuras.

que administra, luego ya se ocupará el nombrado de no aceptar el cargo si no está debidamente preparado para ejercerlo, lo cual favorecerá el que los más aptos para el desempeño del cargo de administrador sean quienes lo acepten y ejerzan.

Y de alguna manera acierta, pues en los años siguientes a la reforma el desempeño de los cargos de administración dejó de ejercerse por pura presunción o apariencia social (tan frecuente antes de ella), indudablemente –entre otros argumentos- ante el riesgo deducido de la responsabilidad⁴³ en que pudiera incurrirse, y descendió apreciablemente el número medio de los componentes de los Consejos de Administración.

III.2. Exigencia de la responsabilidad. La acción en interés social

Pero no solo varía el fundamento de la responsabilidad de los administradores con la reforma, sino también se amplían y aclaran los supuestos de ejercicio de la acción de responsabilidad mediante la nueva redacción del artículo 134 del LSA⁴⁴, que sustituye a su homólogo, el anterior 80.

Nos encontramos sin duda ante un nuevo catálogo de supuestos de legitimación, que amplía de manera sustancial los previstos en el texto original de la Ley.

III.2.1. Legitimación principal: Ejercicio por la sociedad

La legitimación de la sociedad para ejercer la acción es indiscutible, es la perjudicada directamente, y poco podía reformar la Ley sobre su procedencia, pero sí puede, y lo hace, matizar y completar la redacción original.

Por ello, básicamente la primera norma del artículo se limita a transcribir la anterior redacción, matizándola en el sentido de prohibir la inclusión de norma estatuta-

⁴³ DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Madrid 1993, pág. 250: *La convulsión que se aprecia en la cúpula de las sociedades anónimas...*

⁴⁴ LSA-TR 1989, Artículo. 134. Acción social de responsabilidad:

1. La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día.

Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la prevista por el artículo 93 para la adopción de este acuerdo.

2. En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social.

El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados

3. La aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada.

4. Los accionistas, en los términos previstos en el artículo 100, podrán solicitar la convocatoria de la junta general para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad y también entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

5. Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

ria que dificulte o restrinja las posibilidades de tomar el acuerdo de exigencia de responsabilidad.

Lo mismo sucede con el segundo párrafo del artículo, que mantiene la norma anterior sobre la posible transacción posterior al acuerdo, salvo en cuanto a la minoría de bloqueo de la misma, que se reduce de un 10 a un 5% del capital social; de otro lado, este 5% del capital que ahora se exige es, a lo largo de toda la reforma, el porcentaje mínimo exigido para ser “minoría representativa” con ciertas facultades de control. Se mantiene igualmente la separación del administrador de su cargo si se acuerda el ejercicio de la acción, aún en el supuesto de transacción.

La regla tercera es nueva, y a todas luces aclara la norma para responder y eliminar estrategias de defensa utilizadas bajo la anterior ley, como ya hemos visto que hace el artículo 133: frente a la alegación frecuente, arriba citada, de que la Junta General aprobó o ratificó las Cuentas Anuales, que subsumen la totalidad de los actos de administración con contenido económico, se establece legalmente que no obsta esta aprobación a la posterior exigencia de responsabilidad, entendiéndose que se trata de una aprobación o ratificación genérica, y no específica de todos y cada uno de los actos.

Así pues se mantiene básicamente la anterior redacción, legitimando en primer lugar a la propia sociedad, mediante acuerdo de Junta General, con la reducción de la minoría de bloqueo de la transacción posterior y la aclaración relativa a las Cuentas Anuales, que no deja de ser redundante con el artículo anterior.

Donde sí aparece indudablemente la novedad es en la regla cuarta del artículo 134, que amplía y perfila los supuestos de ejercicio de la acción social de responsabilidad por los accionistas.

III.2.2. Primera legitimación subsidiaria: Ampliación del ejercicio de la acción por los socios

La Ley de 1951 legitimaba, con carácter subsidiario de la acción ejercida por la sociedad, a los socios minoritarios, tanto por haber sido rechazada en Junta la propuesta de ejercer la acción como por, resultando aprobada, no interponerse la acción judicial en plazo de tres meses desde la fecha del acuerdo aprobatorio de su ejercicio.

También en este caso se reduce en la nueva redacción el porcentaje de capital para ejercer la acción en la misma medida indicada en el apartado anterior -aunque indirectamente, a través de la remisión al artículo 100, en materia de solicitud de convocatoria- a la vez que se reduce de tres meses a uno el plazo de inactividad de la sociedad en el ejercicio de la acción que legitima a la minoría para interponerla directamente.

A estos tres supuestos de legitimación de la ley original, la nueva redacción añade otras posibilidades.

En primer lugar declara expresamente (con la antigua se podía entender de manera tácita), el derecho de los socios minoritarios a solicitar específicamente la

convocatoria de junta para tratar del ejercicio de la acción social, que deberá incluirse en el orden del día de la misma. Aunque la Ley no lo dice expresamente, debemos también entender, en lógica, que si el 5% de los socios tiene derecho a pedir la convocatoria de junta específica para someter a votación el ejercicio de la acción de responsabilidad, también podrán solicitar –dentro del plazo legal- la inclusión de este punto en el orden del día de una junta ya convocada con otro objeto y sea ésta ordinaria o extraordinaria.

Solicitada la convocatoria por la minoría, cabe que el administrador obedezca o no su obligación legal de convocarla.

En el caso de que no la convoque, la nueva redacción aporta la novedad de autorizar directamente el ejercicio de la acción por parte de la minoría de socios, sean éstos o no los mismos que solicitaron la convocatoria de Junta, resolviendo directamente el problema y, desde el punto de vista del animus procesal, uniendo la demostración evidente de mala fe del administrador, por incumplir la obligación de convocar, a cuanto ya tuvieran en su contra como fundamento de la acción.

Si por el contrario la junta fuera convocada y celebrada, nos cabría tanto que se apruebe el acuerdo de ejercer la acción, como que se niegue. De resultar aprobado, deberán los nuevos administradores (los anteriores cesarán en el cargo al aprobarse el acuerdo) interponer la acción en el plazo de un mes, y si no lo hicieran quedarán legitimados los socios para su interposición directa.

Si, reunida la junta, se pronuncia en contra del ejercicio de la acción, los socios minoritarios (que representen el 5% del capital) quedarán también legitimados para el ejercicio de la misma.

Lo que no queda claro en el texto legal es si esta legitimación activa deducida del acuerdo de junta convocada al efecto, tanto si ha resultado aprobado como rechazado, existe también para el caso en que la junta se pronuncie en sesión convocada por otro motivo, cuando se haya planteado la propuesta sin previo aviso y sin que figure recogida en el orden del día.

En mi opinión la legitimación se produce de idéntica forma y es indiferente que la convocatoria sea ad hoc o la propuesta de ejercicio de la acción se ampare en la norma primera del artículo, planteándose sin previa inclusión en el orden del día; sin embargo, cabe mantener procesalmente la opinión contraria, fundamentándola en que la norma cuarta no hace expresamente referencia a la norma primera, para incluirla en los supuestos que analiza, y que ciertamente la norma cuarta se refiere específicamente a la junta ad hoc y no a otra.

III.2.3. Segunda legitimación subsidiaria: Ejercicio por los acreedores. Modificaciones en su procedencia y limitaciones

En cuanto a la norma quinta del artículo 134, sí aparece un importante cambio de redacción con respecto al último párrafo del antiguo artículo 80, y la modifica-

ción produce un recorte, no una ampliación como cabría esperar del sentido general de la reforma, en las posibilidades de ejercicio por parte de los acreedores de la acción en interés social.

Recordemos que en la norma anterior se decía expresamente que la acción directa y subsidiaria concedida a los acreedores debía tener por objeto reconstituir el patrimonio social ante un acto que amenace gravemente la garantía de los créditos. Es decir, que se trata de una acción que, en su redacción original, podía utilizarse con carácter preventivo: el requisito para el ejercicio no era el daño real a la solvencia de la sociedad, sino la posibilidad futura (amenaza) de reducción de la solvencia o la garantía.

No se desencadenaba pues la acción por el daño real y existente, sino por la posibilidad de que éste se produjera como consecuencia del acto de los administradores.

También debemos recordar que el objeto de la acción era reconstituir el patrimonio social, y por ello el acreedor demandante ejercía la acción en nombre propio, pero no en provecho propio, sino en beneficio del patrimonio social.

Ambas circunstancias varían en la redacción de 1989, ya que, en primer lugar, establece terminantemente que la acción podrá ser ejercida por el acreedor siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos. Obviamente en esta redacción desaparece el carácter preventivo de la acción, y los acreedores tendrán que esperar para actuar a que el daño al patrimonio social resulte consumado; pero aquí se añade otra dificultad, de carácter procesal, ya que el acreedor deberá probar la insuficiencia patrimonial, que es el requisito legal terminantemente expresado. No cabe, con la ley en la mano, ampararse para ejercer la acción en el simple impago o la falta de liquidez circunstancial.

Tengamos en cuenta que la simple falta de liquidez es una situación coyuntural, en la que se carece de tesorería, pero el activo realizable-contable, supera el pasivo exigible, el patrimonio neto es aquí una magnitud positiva y no cabe en esta situación hablar de patrimonio insuficiente, pues si se realizase en su integridad excedería del importe de las deudas, y no será ejercitable la acción por los acreedores, debiendo ser rechazada por el juez a quo en el mismo momento en que se justifique la existencia de patrimonio neto positivo por incumplimiento de las premisas legales para el ejercicio de la acción por acreedor.

Por el contrario el tenor literal de la norma, insuficiencia patrimonial, hace referencia a una situación no coyuntural sino estructural; es decir, el pasivo exigible excede del activo realizable-contable, el patrimonio neto es una magnitud negativa. Como consecuencia las deudas jamás alcanzarán a cubrirse en su totalidad, salvo un golpe de fortuna o una infravaloración de los activos⁴⁵, y precisamente por ello la Ley permitió a los acreedores que, ante la inactividad de sociedad y socios, ellos se ocu-

⁴⁵ Era sin duda más común la situación contraria en las Suspensiones de Pagos, alegándose frecuentemente para justificar el desbalance manifestado por los interventores, que las reconducía a Quiebra, que el valor de los activos en una actividad en marcha es superior al valor liquidatorio de los mismos.

paran de exigir del administrador el resarcimiento a la sociedad del daño causado, incrementando el patrimonio de ésta y con ello la posibilidad de cubrir el total de las deudas, o al menos ampliando su proporción de cobro.

Y ésta es la segunda variación importante, ya que ¿cabe probar la insuficiencia patrimonial en un procedimiento ordinario? Hipotéticamente es posible, pero ello exige que en la prueba se manejen los estados contables de la sociedad y que se determine sin ninguna duda el desequilibrio patrimonial, lo que requiere no sólo la aportación de los documentos contables y los libros de contabilidad, sino también la opinión pericial que determine el estado de insolvencia, que es a lo que parece referir y remitirse la ley (todo ello salvo la excepcional circunstancia de que la insolvencia quede demostrada y reconocida por la propia sociedad en las cuentas anuales depositadas en el Registro). Y para ello precisamente se disponía, entonces, el procedimiento de Quiebra, única posibilidad del acreedor, ya que la suspensión de pagos solo cabía a petición del interesado y no a instancia de tercero⁴⁶.

De ser así, la condición de actuar una vez consumado el daño patrimonial requiere, además, que este daño provoque insolvencia, no de otra manera puede calificarse el concepto de insuficiencia patrimonial, luego la reclamación del acreedor en interés social debiera necesitar, para ser procesalmente admitida y prosperar, la previa declaración de insolvencia de la sociedad, o su reconocimiento formal por la sociedad en las cuentas anuales, y sin ella el acreedor no estaría legitimado.

El razonamiento se confirma también por pasiva. Supongamos que se logra probar la insolvencia a través de un procedimiento ordinario, o que conste reconocida en las Cuentas Anuales. En tal caso tampoco podrá el acreedor solicitar que el administrador pague la deuda pendiente de la sociedad con el actor, sino que reponga (indemnice) el patrimonio social⁴⁷ del daño deducido de la actuación del administrador.

En primer lugar porque la acción ejercida es la social, claramente encaminada a resarcir a la sociedad, según el nº4 del artículo al decir expresamente en defensa del interés social, y no al acreedor reclamante, cuya legitimación hemos definido como subsidiaria de segundo grado⁴⁸. De hecho la Jurisprudencia ha seguido interpretando que la acción social está encaminada a reconstituir el patrimonio social, aunque haya desaparecido de la norma legal esta expresión concreta.

⁴⁶ La entrada en vigor de la Ley Concursal, cuyo artículo 2.2 define insolvencia como el estado del deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones incide aún más en este punto, ya que el nuevo concepto de insolvencia y la obligación de constituirse en concurso (artículo 5) unidos a los supuestos de concurso culpable (artículo 165.1) y al embargo preventivo de los bienes personales del administrador (artículo 48.3) hacen que el administrador que no ha solicitado el concurso sea directamente responsable por las deudas.

⁴⁷ POLO, E., *Op. y loc. ult. cit.*: ...su objetivo no es otro que la reintegración del patrimonio social insuficiente para el pago...

⁴⁸ URÍA-MENÉNDEZ-GARCÍA DE ENTERRÍA, en Uría-Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*. 2ª Ed. Madrid, 2006; Vol. I, pág. 985: *El acreedor tampoco reclama para sí, sino para la sociedad, en beneficio de la cual se ejercita subsidiariamente la acción social ante la pasividad o negligencia de la propia sociedad y de los accionistas.*

En segundo lugar porque, demostrada la insolvencia, desembocaríamos en la necesidad de aplicación a los acreedores de la *par conditio creditorum*, y el hecho de que el reclamante cobrase directamente del patrimonio del administrador supondría un perjuicio al derecho de los demás acreedores ordinarios a la participación proporcional en el patrimonio social (al que se incorporaría automáticamente el derecho de la sociedad a cobrar la indemnización en que resultase condenado el administrador), y sin duda también al derecho preferente de los acreedores privilegiados⁴⁹. Indudablemente si se consiente que un acreedor cobre íntegramente su deuda directamente del patrimonio del administrador se permitiría que el beneficiado saltase por encima del orden de cobros establecido en la Ley, con lo cual se utilizaría la acción de la LSA para alterar el orden de prelación de cobros que entonces establecía el Código de Comercio; por ello, lo sensato y coherente es que la indemnización deba pagarse a la sociedad, dañada directamente por el administrador, y su montante incrementa proporcionalmente el derecho de cobro de los acreedores sin alterar el orden legalmente previsto.

Un último dato a favor de esta interpretación lo podemos encontrar en la expresión inicial del apartado 5 del artículo 134: Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción... Nótese que no se dice "cualquier acreedor", sino que se utiliza la expresión en plural, redacción que parece sugerir una referencia al conjunto de los acreedores, es decir acción colectiva y no individual de un acreedor aislado, interpretación que casa también perfectamente con la frase final de la misma norma... *insuficiente para la satisfacción de sus créditos*. Parece, pues, que al hablar de los acreedores y de sus créditos se refiere a su actuación como colectivo que, encaminada a reponer el patrimonio social, encaja perfectamente en los procedimientos de insolvencia y, por el contrario, lo haría difícilmente en el procedimiento ordinario.

Por coherencia interna del ordenamiento no debe caber la posibilidad de entablar una acción que para prosperar requiere la previa demostración de la insolvencia de la sociedad, ya que si se logra probar la insolvencia, el éxito de la acción llevaría al cobro individual del reclamante cuando ya fuera conocida la existencia de la situación de insolvencia, y ello supondría una grave contradicción del ordenamiento ya que alteraría la *par conditio creditorum*, esta alteración consecuente nos lleva necesariamente a concluir que la acción no podría prosperar en los términos en que se interpuso, sino que habría de ser reconducida necesariamente al procedimiento de quiebra, entonces vigente.

Debemos, pues, concluir que la reforma de 1989, en este punto concreto, no amplió, como parece deducirse de una primera lectura de la norma, sino que redujo sustancialmente las posibilidades del ejercicio por el acreedor de la acción de responsabilidad en interés social, ya que la reservó expresamente para el daño consumado, perdiendo su original carácter preventivo, y, de manera al menos indirecta, recondu-

⁴⁹ VEIGA COPO, A., *Los privilegios concursales*, 2ª Ed., Granada 2006, pág 113 y ss.

jo esta acción para su ejercicio en los procedimientos de insolvencia al exigir el requisito de la insuficiencia patrimonial, situación que se mantiene en la actualidad, pues no ha sido afectada la norma por las modificaciones posteriores.

III.3. Exigencia de la responsabilidad. Permanencia de la reserva del artículo 135. Ampliación de fundamentos de la acción

Nada se altera sin embargo en la reforma sobre el ejercicio de la acción por socios o terceros dañados directamente. El nuevo artículo 135 de la LSA, equivalente del antiguo 81, simplemente elimina el artículo “los” antepuesto a terceros, como podemos ver en el nuevo texto⁵⁰, aunque desafortunadamente aporta la novedad de incluir la expresión acción individual para dar título al artículo, del que antes carecía, creando con esta expresión el equívoco, pues el título del artículo no se corresponde con su contenido.

Por lo tanto, cabe repetir aquí lo expresado anteriormente sobre el significado de este artículo en la Ley del 51, en cuanto a que constituye simplemente una reserva de acciones y de ninguna manera cabe invocar el 133, menos aún el 134, desde el 135 para fundamentar la acción ejercida. Sin embargo, reiteradamente se han admitido y prosperado multitud de demandas fundamentadas erróneamente en esta invocación apoyada en el título del artículo y no en su contenido⁵¹, que han resultado sistemáticamente acogidas por los Tribunales con pronunciamiento favorable, aunque el nexo causal reconocido llegue a ser tan peregrino como el mero transcurso del tiempo que determina el aumento del recargo⁵².

La novedad, y ampliación de fundamentos de la reclamación, en cuanto a las acciones de indemnización que puedan corresponder se encuentra en un precepto de nueva redacción y sin antecedente en el texto del 51, recogido en el artículo 262 de la LSA⁵³, y que sí puede ser invocado desde el artículo 135 para fundamentar el ejercicio de la acción individual.

⁵⁰ LSA-TR 1989, Artículo 135. Acción individual de responsabilidad.

No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos.

⁵¹ Vale como ejemplo la reciente STS nº 488/07 de 3-5-2007 (RJ 2007, 2823), en la que se afirma: *La decisión judicial se ha movido, por tanto, dentro del ámbito de la responsabilidad por culpa que es objeto de la acción prevista en los artículos 133 y 135 de la LSA.* Acepta pues la existencia de una supuesta acción creada por el 135, aunque después la desestime por falta de prueba del nexo causal entre acto y daño.

⁵² STS nº 497/07, de 3-5-2007 (RJ 2007, 2826)

⁵³ LSA-TR 1989, Artículo 262. Acuerdo social de disolución

1. Cuando concurra alguna de las causas previstas en los números 3, 4, 5 y 7 del apartado 1 del artículo 260 la disolución de la sociedad requerirá acuerdo de la junta general constituida con arreglo al artículo 102.

2. Los administradores deberán convocar junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución. Cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que convoquen la junta si, a su juicio, existe causa legítima para la disolución.

3. En el caso de que la junta solicitada no fuese convocada o no pudiese lograrse el acuerdo o éste fuese contrario a la disolución, cualquier interesado podrá solicitar la disolución judicial de la sociedad.

Aún no siendo éste el objeto principal de este trabajo, no podemos prescindir de dejar constancia en él de la novedad contenida en el nuevo apartado 5, en especial porque sí cabe apreciar en su redacción la existencia, ratificada por el TS, de una responsabilidad objetiva, o al menos cuasi-objetiva, de los administradores sociales que incurrir en la situación tipificada⁵⁴.

Los apartados 3, 4, 5 y 7 del nº 1 del artículo 260 se refieren a conclusión del objeto social; imposibilidad de realizar el fin social; paralización de los órganos sociales que impidan el funcionamiento de la entidad; pérdidas que reduzcan el patrimonio a menos del 50% del capital; reducción del capital por debajo del mínimo legal; y, causa establecida en los estatutos.

Obviamente, se trata en todos los casos de condiciones esenciales para la propia existencia de la sociedad, que, a su vez, pueden ser objeto de alteración por acuerdo de los socios que modifique los estatutos, y por lo tanto requieren constituirse en junta, con arreglo al artículo 103; es decir, con quorum reforzado.

La obligación de los administradores será en estos casos poner la concurrencia de la circunstancia en conocimiento de los socios y solicitar el acuerdo de éstos en el sentido de disolver la sociedad o modificar los estatutos. Téngase en cuenta, además, que en todos estos casos, el acuerdo favorable a la disolución de la sociedad requerirá el quorum y la mayoría propios de los asuntos comunes (artículo 102), mientras que la modificación estatutaria requerirá la mayoría de los supuestos especiales (artículo 103).

La intención del precepto es clara y evidente: si se ha producido una circunstancia que altera alguna de las condiciones que la Ley considera esenciales para la existencia de una sociedad anónima, ésta ya no existe y hay que realizar los trámites necesarios para que deje de existir formalmente, pues no es jurídicamente concebible que perviva inscrita una apariencia de sociedad. Por lo tanto, la sociedad incurso en cualquiera de estas situaciones, no olvidemos que es una *fictio iuris*, debe ser disuelta, sea voluntariamente o por declaración judicial de disolución -eso sí previa constatación procesal de la concurrencia de causa legal de disolución- si no se alcanzara el acuerdo de los socios.

Lo que la Ley no puede permitir es que la pasividad de la sociedad perpetúe la apariencia de su existencia en tanto que ya no cumple los mínimos legales requeridos. Por ello descarga en los administradores la obligación de poner los medios necesarios para que la apariencia, la *fictio iuris*, se acomode a la realidad y deje de existir.

4. Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado.

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

⁵⁴ Vale como ejemplo, por citada de continuo en las posteriores, la STS de 30-10-2000 (RJ 2000, 9909)

Al precepto cabe criticarle la excesiva dureza de hacer a los administradores responsables de la totalidad de las deudas sociales, solución en efecto draconiana⁵⁵, ya que éstos pueden encontrarse con una situación preexistente al aceptar su cargo y correr por ello con las consecuencias de una situación creada por sus antecesores, de la que, en realidad, no son responsables, aunque sí lo sean de no haber tomado las medidas conducentes a la liquidación social. Y el rigor aparente de la Ley ha sido confirmado por la Jurisprudencia de forma unánime, a pesar de lo extremado de la norma. A tal extremo llegó la dureza de la interpretación que el legislador se ha visto obligado a dar marcha atrás, aclarando y limitando el alcance de la sanción. El problema ha sido resuelto por la modificación introducida en el texto legal por la Ley 19/05, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, que modifica la norma 5 del 262 de la LSA, dulcificándola en el sentido, mucho más coherente, que más adelante se verá⁵⁶.

IV. Incidencia de las reformas de 2003

En el escaso término de ocho días, en el mes de julio de 2003, se produjeron dos reformas de gran calado en el punto que nos ocupa, y en concreto en la redacción del artículo 133 de la LSA⁵⁷, reformas que, en este epígrafe, trataremos conjuntamente como si de una sola reforma se tratase, dada su inmediatez temporal.

La Ley 26/03 de Transparencia, introdujo en el texto del artículo 133 un nuevo apartado 2, desplazando los anteriores apartados 2 y 3 a los actuales 3 y 4, pero sin modificar la redacción de éstos –que siguen conservando la de 1989, como también la conservan los artículos 134 y 135– el apartado 1, sí resultó modificado y, como veremos, con escasas palabras pero gran alcance. La Ley 22/03, Concursal, modificó por su parte el contenido del artículo 262 de la LSA.

⁵⁵ *Responsabilidad gravísima que presenta tintes draconianos*. Cfr., ALCOVER GARAU, G., “La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima por las deudas sociales ex artículo 262.5 y los procedimientos concursales”. *Derecho de Sociedades*, 1997, nº 8, págs. 265-271.

⁵⁶ Véase el epígrafe núm. 5 de este trabajo.

⁵⁷ La integración de ambas reformas ha dejado la actual redacción del artículo 133 como sigue (en negrita las modificaciones):

Artículo. 133. Responsabilidad: 1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados **incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo**.

2. **El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador.**

3. **Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.**

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

IV.1. Aclaración del fundamento legal de la acción de responsabilidad

En efecto, la Ley 26/03 introdujo importantes novedades en la cuestión, dando nueva redacción al apartado 1 del artículo 133 e introduciendo en su texto “los artículos 127” (ordinal, bis, ter y quáter), con cuya entrada en vigor varió sustancialmente la regulación legal de estos extremos, y desde luego arroja sobre la controversia la luz de la interpretación hecha por el legislador de la anterior redacción de la norma que aclara por vía de la reforma.

Recordemos que la expresión final del artículo 133.1 en su redacción de 1989, *actos ... realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo*, constituyó el fundamento de todas las interpretaciones tendentes tanto a extremar la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales, exigiendo a éstos demostración de diligencia constante, como a vincular este párrafo con el 135 para fundamentar la acción individual en el artículo 133.

El argumento habitual en este sentido estriba en que el artículo 133 hacía una solicitud expresa e indiscriminada de actuación con diligencia especial, la debida al cargo, que vendría delimitada por el contenido del artículo 127, la propia de un ordenado empresario⁵⁸.

En cuanto al destinatario de la diligencia debida, se interpretaba su exigibilidad, con carácter general, por cualquier interesado, ya que, al no determinarse un destinatario específico, había que entender la obligación *erga omnes*, siendo exigible por cualquiera. Es de notar que en esta interpretación era corriente obviar la segunda parte de la formulación original del artículo 127 (...) y *de un representante leal*, ya que, como esta representación leal sólo cabe referirla a la sociedad, pondría en duda la posibilidad de tercero de exigir para con él la primera parte de la formulación, y con ello dificultaría la interpretación extensiva del precepto.

Así pues se interpretaba, en resumen, que el administrador había de mantener una especial diligencia, tanto en sus relaciones internas, con la sociedad y los socios, como en las externas con los propios socios o cualquier tercero, procurando a la vez la protección de los intereses de todos ellos. En definitiva, se le pretendía obligar a tener en cuenta siempre y en todo momento los intereses de la sociedad, de los socios y de los terceros simultáneamente, aunque éstos pudieran resultar -como de hecho lo son frecuentemente- antitéticos y excluyentes entre sí; pero esta labor corresponde a un árbitro, no a un administrador. No olvidemos que nadie puede servir a dos señores, sin embargo esto es lo que se ha pretendido hacer decir a la ley.

Es evidente, por ejemplo, que el interés del acreedor es cobrar en el plazo debido, y no se puede poner en duda su derecho a que así sea. Sin embargo, en una situación puntual de tensión de tesorería, falta de liquidez, el administrador puede verse, con esta interpretación, entre Escila y Caribdis, pues es indudable que el interés de la

⁵⁸ El artículo 127 en su redacción de 1989 establecía: *Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal.*

sociedad le exige atender en primer lugar al acreedor que resulte más necesario mantener conforme, por su carácter más crítico en el proceso productivo, y posponer el pago al menos necesario -para atenderlo en otro momento- aunque su crédito tenga un vencimiento anterior. Desde el punto de vista del interés de la sociedad su decisión es irreprochable; sin embargo, para el acreedor preterido se habrá actuado sin la diligencia exigible, pagar en plazo, y, con esta interpretación, incurrido en responsabilidad personal exigible por el artículo 135 en relación con el 133.

Indudablemente llevamos al extremo la letra de la ley, pero el anterior razonamiento no ha sido precisamente ajeno a multitud de procedimientos judiciales, obteniendo pronunciamiento favorable y provocando finalmente la reacción jurisprudencial⁵⁹, bien que escasa todavía en número.

Pongámonos en la situación del administrador y elijamos entre lo malo y lo peor, sin olvidar que, si nuestra decisión es la contraria a la arriba propuesta, podremos vernos frente a una acción social de responsabilidad, entablada por la propia sociedad, por el perjuicio ocasionado al perder a un proveedor crítico y afectar negativamente a la cuenta de explotación; e incluso presentada por otros acreedores, si no lo hacen la sociedad o los socios, en el caso de que la negativa del proveedor a continuar su suministro ocasione una crisis de producción y ésta a su vez la cadena infernal de desatención de compromisos de entrega, anulación de encargos, exigencia de indemnizaciones por incumplimiento, y finalmente insolvencia⁶⁰. La conclusión es que si ésta fuera la exigencia legal, resultaría en la práctica imposible de cumplir, por lo tanto habría de ser modificada.

Si la Ley, el Derecho, es un sistema de resolución de conflictos, indudablemente su función ha de ser resolverlos, no crearlos. De ahí que podamos decir que, ante lo extremo de situaciones como la descrita, el legislador haya tomado cartas en el asunto y, a través de la reforma, nos precise el sentido exacto de la norma.

Desde la indicada Ley de Transparencia dice el artículo 133.1 LSA: *Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.*

Es decir que desaparece del texto la expresión *sin la diligencia* y se sustituye por la expresión *incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo*, con lo que ya no cabe la invocación de una diligencia especial abstracta y erga omnes, sino la exigencia de un comportamiento concreto: el cumplimiento de los deberes que la ley impone al administrador.

Consecuentemente, si ya no hay base para interpretar una exigencia genérica de diligencia, sino concretada en los deberes inherentes al cargo, bastará con definir y tipificar éstos y su destinatario en cada caso para determinar el alcance y objetivo del

⁵⁹ Ver nota 5.

⁶⁰ Aunque pueda parecer inverosímil o novelesco, el caso ha sucedido casi tal y como se describe, no en vano decía Oscar Wilde: *La realidad imita al arte.*

comportamiento exigible al administrador, sin interpretaciones extensivas ni restrictivas, y por supuesto sin que sea ya posible la inversión de la carga de la prueba.

Cabe decir que, con la actual redacción, el demandante deberá probar sin duda alguna cuál de los deberes ha resultado incumplido, con qué acción u omisión concreta, el daño producido y la relación causal entre el incumplimiento y el daño, lo que hasta podría permitir graduar el incumplimiento, y desde luego no caben alegaciones genéricas ni presunciones de culpa objetiva.

IV.2. Alcance de la diligencia exigible: los deberes del administrador. La sociedad como único destinatario

La reforma de 2003 modifica y amplía además el contenido del artículo 127, añadiendo al texto legal los artículos 127 bis, ter y quáter, para entre los cuatro nuevos artículos definir y concretar con precisión los deberes inherentes al desempeño del cargo.

Estos deberes son: de diligencia⁶¹, de información sobre la marcha de la sociedad⁶², de fidelidad⁶³ al interés de la sociedad, de lealtad⁶⁴ a la sociedad y de secreto⁶⁵ en interés de la sociedad.

⁶¹ Artículo 127.1: *Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal.*

⁶² Artículo 127.2: *Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad.*

⁶³ Artículo 127 bis: *Los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad.*

⁶⁴ Artículo 127 ter.: *Deberes de lealtad: 1. Los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas.*

2. *Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador.*

3. *Los administradores deberán comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. En caso de conflicto el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera.*

En todo caso, las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los administradores de la sociedad serán objeto de información en el informe anual de gobierno corporativo.

4. *Los administradores deberán comunicar la participación que tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, así como los cargos o las funciones que en ella ejerzan, así como la realización por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social. Dicha información se incluirá en la memoria.*

⁶⁵ Artículo 127 quáter: 1. *Los administradores, aún después de cesar en sus funciones, deberán guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social.*

Se exceptúan del deber a que se refiere el párrafo anterior los supuestos en que las leyes permitan su comunicación o divulgación a tercero o que, en su caso, sean requeridos o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión, en cuyo caso la cesión de información deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes.

2. *Cuando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto recaerá sobre el representante de ésta, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación que tengan de informar a aquella.*

Hay que destacar que el deber de diligencia y el de información sobre los asuntos sociales se recogen conjuntamente en el mismo artículo, luego no cabe duda sobre “a favor de quién” se exige la diligencia, teniendo además en cuenta que la diligencia del ordenado empresario se predica unida a la del representante leal. Por tanto, diligencia e información son requeridas exclusivamente para con la sociedad y los asuntos sociales o de interés para la sociedad.

Menos aún cabe la duda cuando el deber de fidelidad se establece expresamente con fidelidad al interés social, si tenemos en cuenta que la ley cuando dice interés social, añade y aclara taxativamente entendido como interés de la sociedad⁶⁶. Igualmente son claras las referencias al interés social o interés de la sociedad en lo relativo a los deberes de lealtad y secreto, incluso es de destacar la insistencia en la expresión interés social, cuyo sentido se ha determinado y concretado previamente, según hemos visto.

Todo ello significa que el administrador debe anteponer el interés social a cualquier otro, con la excepción única del deber de secreto ante las autoridades y en el marco legal de las obligaciones en superior interés. Es decir, que para el administrador, en el ejercicio de su cargo, el interés de la sociedad está por delante y por encima de cualquier otro, y que incurrirá en la responsabilidad del artículo 133.1 si incumple estos deberes.

Luego el interés protegido por los artículo 127 y el 133 es el interés de la sociedad, y ningún otro, y la diligencia del administrador consiste precisamente en la protección del interés de la sociedad, y ningún otro; y debe ser antepuesto al propio del administrador, al particular de cada uno de los socios y al de cualquier tercero, siempre dentro del marco del respeto a la ley.

Si se perjudica a socio o a tercero al proteger el interés social, la responsabilidad consecuente deberá exigirse exclusivamente, como es lógico, al beneficiario del perjuicio causado, esto es, la sociedad, pues tampoco el perjudicado puede ni debe quedar inerte ante el daño que se le cause. Todo ello salvo, lógicamente, en aquellos supuestos en que concurra dolo penal o civil, fraude de ley, negligencia genérica del 1902 CC, incumplimiento de norma especial, etc., y no cabe exigir una diligencia especial ni específica al administrador en sus relaciones con terceros o con los socios individualmente, pues no se debe a ellos sino a la sociedad.

En definitiva, la redacción actual del artículo 133 y su remisión a los 127 configura específicamente el alcance de la responsabilidad del administrador frente a la sociedad administrada, como responsabilidad derivada del contrato entre el administrador y la sociedad. Es decir, que se trata de una responsabilidad contractual, específica y determinada, consecuente del contrato entre la sociedad y el administrador, asumido por éste en el momento de aceptar el cargo para el que resulta nombra-

⁶⁶ Adviértase que precisamente aquí exige la Ley cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos, por lo que no parece caber duda respecto a quién sea el destinatario de la fidelidad y el cumplimiento de los deberes, las leyes y los estatutos.

do por la junta. Y es así aunque esta responsabilidad contractual pueda ser exigida por los socios o los acreedores en el caso de no serlo por la sociedad; de aquí la enumeración del 133 *responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales*, que no debe verse ya como una lista de damnificados por la actuación del administrador, sino de legitimados sucesivamente para exigir el resarcimiento del daño causado a la sociedad.

Todo esto significa también que en la responsabilidad definida por el artículo 133, que es contractual, se incurre por actos que dañen al interés social, no al de tercero, y desaparece la posibilidad de demandar al administrador, con base en el artículo 133, por “responsabilidad por falta de diligencia ante terceros”, ya que ésta es una responsabilidad extracontractual que no está recogida específicamente en el mismo, como antes podría interpretarse. Sí es cierto, sin embargo, que por él se responde ante los socios y acreedores sociales de los daños que la negligencia del administrador haya causado directamente al patrimonio social, y como consecuencia de ello indirectamente al patrimonio de aquéllos; es decir, que el perjuicio al acreedor o al socio es en este supuesto un daño indirecto y que se produce como consecuencia del previo daño directo al patrimonio social.

Por otra parte, todo ello sucede con lógica absoluta y coherencia interna del ordenamiento jurídico, ya que el objeto de la LSA es regular el funcionamiento de la sociedad y sus relaciones jurídicas internas y externas, en definitiva las consecuencias del “contrato de sociedad anónima”, pero no las consecuencias o implicaciones ante terceros del contrato del administrador como gestor de patrimonio ajeno.

No olvidemos que entre administrador social y acreedor no existe relación contractual alguna -sí existen entre administrador y sociedad y entre acreedor y sociedad- como de hecho tiene declarado el TS en abundante jurisprudencia⁶⁷, por todo lo cual las reclamaciones basadas en la culpa extracontractual por causa de negligencia que cause perjuicio directo al patrimonio de tercero deberán exigirse por la vía que el artículo 135 de la LSA deja libre y reservada para hacerlo con base en la norma específica que haya resultado incumplida por el administrador, o en la culpa extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, pero será por supuesto necesario invocar y concretar procesalmente la norma infringida para fundamentar la reclamación, sin que sea admisible invocar la falta de diligencia especial como fundamento genérico.

Todo lo anterior se confirma si revisamos ahora el contenido del artículo 134 de la LSA que regula la “mal llamada” acción social de responsabilidad. En primer lugar, hay que recordar que esta acción resulta así denominada por la Ley por ser precisamente el interés social el perjudicado⁶⁸ y el que debe ser resarcido, como se expresa claramente en el apartado 4 del citado artículo: (...) *podrán entablar la acción de res-*

⁶⁷ Véase por todas, STS 3-4-1990 (RJ 1990, 2690)

⁶⁸ POLO, E., Op.cit. pág 298: *La sociedad es la única, originaria y verdadera titular de la acción, puesto que se ejercita en su interés.*

ponsabilidad en defensa del interés social (...). Nótese que con independencia del título descriptivo del contenido del artículo 134, su texto configura la acción descrita como acción de responsabilidad en defensa del interés social.

Esta acción, única basada en el 133 LSA por producirse perjuicio directo en el interés de la sociedad, deberá ser ejercida por el interesado; es decir, la propia sociedad. Solo ella será, en principio, quien pueda exigir el resarcimiento de los daños producidos a su patrimonio e interés, y habrá de hacerlo mediante acuerdo previo de junta general, por ello el artículo 134.1 establece: *la acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad...*

Pero recordemos que la sociedad sólo es una fictio iuris, y que su voluntad no existe por sí misma, sino que ha de componerse mediante la suma de las voluntades de los socios. Es obvio, por tanto, que una mayoría de éstos puede imponer, en interés propio, la inactividad de la sociedad. Consecuentemente, la norma prevé el ejercicio de la acción en defensa del interés social pero ejercida por personas diferentes a la sociedad para el caso en que ésta no quiera ejercerla. De aquí que los socios minoritarios puedan ejercer la acción social *-Los accionistas podrán (...)-* ya que el patrimonio de los socios resulta indirectamente afectado si se lesiona el interés social. Y, además, ante la sociedad abstencionista, se permite el ejercicio de la acción en defensa del interés social a los acreedores, para evitarles el perjuicio indirecto, siempre que no se haya ejercido por la sociedad ni los socios y que la sociedad carezca de patrimonio para satisfacer sus deudas; es decir, cuando el interés social no resarcido afecte indirectamente a los acreedores, al hacer imposible a la sociedad cubrir sus deudas.

Esta legitimación del acreedor para ejercer la acción en defensa del interés social -acción directa excepcional por la que el acreedor puede demandar al deudor (el administrador) de su deudor (la sociedad) si éste no puede atender sus pagos- precisa para su ejercicio de dos premisas. Por un lado, que el administrador haya dañado el interés social; y por otro, que la sociedad y los socios permanezcan inactivos

Por lo tanto la acción social no podrá ser utilizada por el acreedor si de la actuación del administrador no se ha deducido daño a la sociedad, y sólo podrá ejercitarse por el acreedor cuando el daño directo a la sociedad haya causado a su vez un daño indirecto al patrimonio del acreedor, consistente en el impago de las obligaciones sociales. De ahí que el ejercicio de la acción por el acreedor sea dependiente de la inacción de la sociedad y los socios y que sea condición para su admisibilidad que no hayan ejercitado la acción ninguno de ellos, pues de lo contrario ya se habrá producido el resarcimiento o bien habrá sido negado judicialmente.

Así pues, en nuestra opinión, el artículo 133 crea una acción en defensa del interés social por responsabilidad contractual de los administradores, exigible por la sociedad, los socios y los acreedores a través del 134, pero no por otra vía. Criterio que si antes podía deducirse del texto legal, con la reforma introducida por la Ley 26/03, resulta ya incuestionable, dado que es condición para el ejercicio de la acción

en interés social que el administrador haya incumplido los deberes inherentes al cargo, que le obligan en su relación con la sociedad.

De este modo, el legislador sale al paso de cualesquiera otras interpretaciones y reforma el contenido de la norma en el sentido de matizar que el administrador se debe al interés social, y por ello sustituye la genérica expresión *sin la diligencia* por la más concreta *incumpliendo los deberes*, y por ello amplía, cataloga e introduce éstos en el texto legal.

Como consecuencia, únicamente se pueden invocar los artículos 127 y 133 desde el artículo 134, para fundamentar y ejercer la acción social de responsabilidad, de carácter contractual, y no cabe hacerlo desde el 135 para fundamentar la acción individual, de carácter legal o extracontractual. Y sólo es posible en defensa del interés social si el administrador le ha causado perjuicio directo -sea éste de carácter patrimonial o no- y si este daño a la sociedad perjudica indirectamente al socio o al acreedor, pero en ningún otro caso, y desde luego habrá de hacerse entablado la acción social de responsabilidad del 134 de la LSA y cumpliendo los requisitos establecidos por éste para su ejercicio.

IV.3. Modificaciones en el ejercicio de la acción en interés social

Además de aclarar su fundamento, la reforma introduce dos nuevos supuestos de legitimación en el ejercicio de la acción en interés social. El primero de ellos, por modificación directa del texto de la LSA, se introduce un nuevo apartado 2 del artículo 133, que supone la ampliación de los supuestos de legitimación pasiva, entre los que ahora se da cabida al administrador de hecho.

El segundo, relativo a la legitimación activa, no encuentra acogida en la LSA, sino que se dispone directamente en el artículo 48.2 de la Ley Concursal con carácter genérico para cualquier persona jurídica.

IV.3.1. Ampliación de los supuestos de Legitimación Pasiva

El nuevo apartado 2 del artículo 134 tiene por objeto introducir en la LSA, y consecuentemente en la LSRL, la figura del administrador de hecho⁶⁹, al que impone deberes y hace responsable en idénticos términos a los utilizados para con quien ostente la condición legal de administrador. Por lo tanto, y en adelante, cualquier mención legal al administrador deberá ser tenida sin duda alguna como relativa a los administradores de hecho y de derecho.

Otra cosa es el alcance de la nueva figura legal, pues desgraciadamente ni la Ley Concursal ni la LSA nos dan un concepto siquiera aproximado, salvo el conminatorio *el que actúe como administrador de hecho* con que comienza el apartado 2.

⁶⁹ Aparecerá también, introducido por la Ley de Transparencia, en el nuevo artículo 127 ter.5 al enumerar a las personas vinculadas con la persona jurídica administradora de otra sociedad, aunque, extrañamente, no entre las personas vinculadas con la sociedad administrada.

Importada desde los artículos 290 y siguientes del Código Penal, reguladores de los Delitos Societarios⁷⁰, la figura aparece originalmente en la Jurisprudencia civil para distinguir la situación del administrador “aparente” o “de derecho”, por ser el inscrito en el Registro Mercantil, de aquél que nombrado por la Junta se abstiene de inscribir su nombramiento, o no lo consigue por defecto formal, y sin embargo pretende ejercer el cargo bajo el paraguas de la responsabilidad ante terceros del inscrito⁷¹, dado que la responsabilidad de la inscripción recae sobre el recién nombrado.

Esta misma figura del administrador de hecho aparece profusamente recogida en el texto de la Ley Concursal⁷², siempre en el sentido de extender la responsabilidad por las deudas sociales al mayor número posible de personas, porque curiosamente en ninguno de los supuestos en que se determina la responsabilidad del administrador de hecho se predica simultáneamente, como sería lógico, la exoneración del aparente cuando ambas figuras concurren, por lo que cabe preguntarnos sobre si debemos concluir que son responsables ambos simultáneamente o sólo uno de ellos.

Se responderá que esta exoneración viene dada de suyo y la sentará la Jurisprudencia, pero es de temer que, al no ser explícita y con el retraso endémico en la resolución de los recursos, habrá muchos indebidamente condenados y multitud de situaciones injustas.

Nótese por ejemplo, y vale como muestra, que las dos sentencias citadas en nota anterior han recaído respectivamente diez y trece años después de interpuestas las demandas originales y el TS ha tardado siete años en resolver definitivamente los recursos a él sometidos⁷³. Si se unen al retraso una primera y/o segunda sentencia condenatoria, y la ejecución provisional de la indemnización, tendremos una penosa situación que, culminada con la posterior insolvencia del ejecutante, se convierte en un auténtico atropello legal, en el que obtener pronunciamiento favorable, siete o diez años después de ser embargados los bienes y sin posibilidad de recuperarlos, por conveniente insolvencia del ejecutante, es más un sarcasmo que un acto de justicia.

Todo lo anterior viene agravado porque la Ley en ningún momento nos da tampoco un concepto de la figura del administrador de hecho, que puede ser el nombrado y no inscrito en su acepción más reducida, pero también algo tan amplio como el que

⁷⁰ Sobre la cuestión planteada en el texto véase la aportación al tema de GARCIA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid, 1996.

⁷¹ Todavía en este sentido aparece recogida la distinción entre el administrador efectivo y el aparente, por inscrito, en las STS 11-4-2007(RJ 2007, 1752), 10-5-2007 (RJ 2007, 4323). En la primera de ellas, que resuelve sobre hechos recogidos en demanda presentada en 1997 y recurrida ante el TS en 2000, se hace hincapié, con base en el artículo 125 LSA, en el carácter no constitutivo de la inscripción para el desempeño del cargo, descargando en el efectivo, no inscrito, la responsabilidad y exonerando de ella al aparente, inscrito en el Registro. La segunda, sobre hechos de 1994 sentenciados por la AP en 2000, resuelve que el cese, aunque no inscrito, supone en la práctica ignorancia de las decisiones y justifica la exoneración del aparente con base en la ignorancia de los acuerdos lesivos.

⁷² Véanse los artículos 48.3, 172 y 93.2.2º.

⁷³ Este desfase de entre siete y ocho años entre la sentencia de la AP y la del TS es constante para todas las resoluciones de éste último, en esta materia, dictadas entre 2005 y 2007. Justicia tardía es justicia baldía, dice el aforismo.

realmente domina la voluntad de los órganos sociales o les impone la suya propia por haberlos nombrado directamente para el cargo, casos por ejemplo del socio único -lo que contradiría su exención legal de responsabilidad por las deudas sociales y acabaría con el, por otra parte absurdo por contradictorio, concepto de sociedad individual- o de los grupos de sociedades obligados a consolidar balances⁷⁴. Es innegable que quien impone su voluntad al órgano de administración de la sociedad actúa como administrador de hecho, tomando previamente las decisiones que el órgano aparente ratificará formalmente, ¿se extenderá hasta tanto la interpretación jurisprudencial?

Desafortunada pues, por incompleta en su regulación, la introducción de la figura del administrador de hecho, no cabe sino esperar una más que necesaria aclaración legal (pero llevamos más de cuatro años sin que se produzca).

No es posible abandonar este epígrafe sin llamar la atención sobre la contradicción ahora existente entre la regla 3 del artículo 133, que exonera de responsabilidad al administrador que desconocía el acuerdo lesivo, y el deber de información sobre los asuntos sociales recogido en el 127.2 que lógicamente impone la obligación de conocer los acuerdos. Es claro que, si se tiene el deber de conocer los asuntos sociales, no pueden éstos desconocerse sin incurrir en negligencia, y de ésta no se pueden deducir consecuencias ventajosas para el negligente.

Como resulta evidente que la Ley no puede propiciar la exoneración de responsabilidad amparándose en el incumplimiento de un deber, debemos concluir que en adelante esta causa de exoneración quedará reservada en exclusiva a casos de justificada fuerza mayor (enfermedad, ausencia prolongada⁷⁵...) pero es sin duda alguna alegable para fundamentar la exoneración del administrador cesado cuyo cese no ha sido inscrito en el Registro, ya que evidentemente no está afectado por el deber de información ni tampoco puede conocer el acuerdo; gracias pues a un aparente “despiste” del legislador encontramos un argumento a favor de la exoneración del administrador aparente, desplazando en exclusiva la responsabilidad al de hecho.

IV.3.2. Ampliación de los supuestos de Legitimación Activa

En cuanto a la legitimación activa, el artículo 48.2 de la Ley Concursal añade explícitamente un nuevo supuesto⁷⁶ al encomendar a los administradores concursales

⁷⁴ Véase artículo 42 del Código de Comercio, tanto en su anterior redacción como en la reformada en 2007.

⁷⁵ Aunque no siempre será aceptada. De hecho la Sentencia nº 2/2004 de la AP de Córdoba de fecha 7 de enero, Recurso nº 104/2003, condena a un administrador residente en Uruguay, aplicando la responsabilidad solidaria con el resto del Consejo establecida en el 262 por no instar la disolución.

⁷⁶ Artículo 48.2: *Sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios.*

Corresponderá al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior. La formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado.

el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra administradores, liquidadores y auditores.

No parece constituir una novedad legislativa esta legitimación de los administradores concursales, sino en todo caso aclaración de que la ley les considera representantes de los acreedores en el proceso concursal, por lo que les atribuye directamente y para evitar cualquier duda el ejercicio de las acciones que pudieran competir a éstos.

La novedad sí estriba en el hecho de que su legitimación es de primer grado, no subsidiaria de la sociedad y los socios como la de los acreedores en el 134.5 LSA, ya que al expresar el 48.2 LC: *estarán también legitimados ... los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios*, claramente coloca a los administradores concursales, en este punto, en el mismo nivel que la propia sociedad, pues independiza su decisión de la necesidad de previo acuerdo de la Junta.

Cabe preguntarse si es posible el ejercicio de la acción contra la voluntad expresa de la sociedad, obviamente expresada mediante acuerdo de la Junta, supuesto que no se explicita en el texto legal. La respuesta ha de ser que sí, al menos en las sociedades en que los socios no responden por las deudas sociales, ya que los administradores concursales representan los intereses de los acreedores y no pueden los socios o la sociedad impedir la exigencia de responsabilidad a los malos gestores, al menos no cuando su inacción redunde en perjuicio ajeno, siendo éste en realidad el fundamento de la legitimación de los acreedores para ejercer la acción social concedida por el 134.5 de la LSA.

Por lo tanto se debe concluir que el 48.2 introduce, para el caso de concurso, una legitimación especial e independiente para los administradores concursales en el ejercicio de la acción en interés social, sin el carácter de subsidiariedad de segundo orden de la instaurada por el 134 en favor de los acreedores y por supuesto sin el requisito previo de la insolvencia demostrada, pues éste se encuentra de por sí ínsito en el procedimiento de concurso.

IV.4. Permanencia del artículo 135 como mera reserva de acciones

En nada afecta la reforma a la redacción del artículo 135, ni siquiera para introducir en el mismo la referencia al administrador de hecho, si bien ésta matización se puede considerar innecesaria al establecer tanto el 133.2 LSA como el 48.3 LC su absoluta equiparación con el de derecho a efectos de responsabilidad y el 127 ter su inclusión entre las personas vinculadas.

Consecuentemente se mantiene y afirma, a nuestros ojos, el carácter del 135 de reserva expresa de acciones o recordatorio explícito de la existencia de éstas, sin que pueda mantenerse, como se ha venido haciendo, que de su supuesta vinculación con el 133 nacen nuevas acciones a favor de socios y terceros; posición, la nuestra, que se ratifica y refuerza en virtud de todos los razonamientos anteriores.

Así, la acción individual reservada por el 135 deberá interponerse sólo en los casos en que de la actuación del administrador se deduzca un daño directo para el patrimonio del demandante, fundamentándola en norma concreta infringida y, en el caso de hacerlo en el 1902 del CC, estableciendo claramente la secuencia: acto u omisión del administrador, daño directo para el demandante y relación de causalidad entre las anteriores, con carga directa de la prueba según el principio general de que quien alega ha de probar, y sin invertir ésta obligando al administrador a la prueba diabólica de justificar la procedencia y diligencia de todos y cada uno de sus actos.

V. Modificación del alcance temporal de la responsabilidad de los administradores

En el mismo sentido de aclarar y concretar las situaciones desencadenantes de la responsabilidad del administrador, la Ley 19/05 sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, a través de su DF 1^a.8, hace un importante añadido aclaratorio sobre la norma 5 del artículo 262 de la LSA.

Esta norma establecía, como hemos visto en el epígrafe 3.3, la responsabilidad del Administrador en determinados supuestos de incumplimiento de la obligación de disolver la sociedad. Los términos del apartado fueron objeto de debate, ya que, como hemos recogido más arriba, parece excesiva sanción para el administrador el tenor literal de la expresión *el incumplimiento de la obligación (...) determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales*⁷⁷, pero ésta ha sido la interpretación habitual por literal.

Cabía también entender que el precepto no se refería al pasivo íntegro, incluyendo las contraídas por administradores anteriores, y que por lo tanto, y más proporcionalmente, sólo podría referirse a aquellas deudas que hubiesen sido contraídas después de existente la causa de disolución, únicas cuya responsabilidad era imputable al administrador por incumplimiento del deber legal de disolución.

Y lo anterior era argumentable con toda lógica pues, concurrente causa de disolución, la sociedad dejaba de existir por incumplir los requisitos legales de su forma social, manteniéndose solo una apariencia de sociedad pendiente de la declaración judicial del hecho de su disolución.

Por ello las obligaciones contraídas después por los administradores no podrían afectar al patrimonio de una persona inexistente y, consecuentemente, afectaban única y exclusivamente al patrimonio de éstos -en clara analogía con la sociedad en formación o la sociedad irregular pretendida anónima⁷⁸- permitiendo así a los socios la recuperación de su participación en el haber social existente en la fecha real de la disolución, esto es, cuando concurrió la causa, y sin que dicha participación se viera

⁷⁷ Todavía más dura y clara es la LSRL, en cuyo art. 105 se especifica (...) *por todas las deudas sociales*, expresión utilizada en la jurisprudencia como aclaratoria de lo dispuesto en el 262 LSA.

⁷⁸ Véanse artículos 15 y 16 LSA

minorada por hechos posteriores, de los que sólo, y por omisión, los administradores eran responsables.

Es evidente que lo mismo cabe predicar con respecto a los acreedores, a quienes no debe perjudicar la omisión de los administradores, pero sin duda tampoco beneficiarles, y esto sucedería si se impusiese al administrador la responsabilidad de cubrir el pasivo anterior a la concurrencia de causa de disolución. Basta con ponernos en el supuesto de la disolución obligatoria por pérdidas para comprender que si son las ya consolidadas las que obligan a disolver, podría hasta ser un enriquecimiento injusto para los acreedores afectados el que resultaran forzosamente cubiertas por un administrador recién nombrado para intentar reflotar la sociedad.

Esta interpretación deviene ahora auténtica, por cuánto la Ley 19/2005, modifica el referido núm. 5 del artículo 262 LSA incluyendo el término posteriores⁷⁹ como relativo a las deudas cuya responsabilidad descarga en el administrador omisivo de sus obligaciones, con lo que sin ninguna duda la norma es ahora más lógica y justa. Así pues esta responsabilidad, definida por el TS como al menos cuasi-objetiva y claramente invocable desde el artículo 135, queda claramente restringida a las deudas posteriores a la concurrencia de la causa de disolución no atendida.

VI. Estado actual y conclusiones

Trataremos finalmente de resumir en tres últimos y breves epígrafes todas las consideraciones anteriores, recogiendo los fundamentos alegables para el ejercicio de las acciones de responsabilidad frente a los administradores sociales, tanto en interés social como individual, así como las legitimaciones procesales activa y pasiva en cada uno de los supuestos y finalmente el plazo de prescripción aplicable.

VI.1. Fundamento y legitimación procesal de la acción de responsabilidad en interés social

Con la actual redacción de la LSA es exigible al administrador de la sociedad, tanto por ésta como por los socios o los acreedores, el cumplimiento y respeto de las leyes, de los estatutos y de los deberes inherentes al cargo de administrador que, dispuestos por el artículo 127, quedan establecidos como: deber de administración diligente, deber de información sobre los asuntos sociales, deber de fidelidad al interés social, deber de lealtad al interés social y deber de secreto sobre los asuntos sociales.

⁷⁹ Dice ahora el apartado 5 del artículo 262: *Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acacimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.*

El incumplimiento de las obligaciones legales o estatutarias, o de sus deberes legales por el administrador, causando con ello un daño directo a la sociedad –sea o no éste de carácter patrimonial- abrirá la posibilidad de exigencia al administrador de resarcimiento de los daños producidos que, este sí, habrá de ser patrimonial, pues no cabe resarcir de un daño no patrimonial más que a través de la indemnización económica.

El obligado a respetar las obligaciones y deberes, destinatario de la acción -legitimado pasivamente- por responsabilidad, será tanto el administrador de derecho, elegido para el cargo por la junta y debidamente inscrito en el Registro Mercantil, como el administrador de hecho, teniéndose por tal el que actúe como administrador aún a falta de los requisitos legales para ostentar debidamente el cargo.

Está legitimada activamente en primer lugar, legitimación principal, para exigir el resarcimiento de los daños padecidos la propia sociedad damnificada, y habrá de hacerlo previa formación de la voluntad social mediante acuerdo de la Junta General, que podrá tomarse tanto en sesión convocada ad hoc a petición del 5% de los socios, como en el transcurso de sesión convocada con otro objeto y aunque no figure el asunto en el orden del día publicado para la misma.

El ejercicio de la acción por la sociedad acarreará la remoción del cargo de administrador de quien fuere su destinatario.

Para el caso en que la sociedad damnificada esté en situación procesal de concurso de acreedores, los administradores nombrados por el juez del concurso gozarán de legitimación especial para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, sin necesidad de acuerdo de la Junta y aún en el caso de que el acuerdo social fuese expresamente en contra de su ejercicio.

Estarán legitimados en segundo lugar, primera legitimación subsidiaria, para ejercer la acción social de responsabilidad los socios que, en su conjunto, reúnan al menos el 5% del capital social. Procederá la legitimación de estos socios en los casos en que:

- 1º Se acuerde en Junta el ejercicio de la acción, pero transcurra un mes desde la adopción del acuerdo aprobatorio y no haya sido interpuesta demanda.
- 2º No se convoque por los administradores, dentro del plazo de un mes, la Junta solicitada por socios, que representen un 5% del capital social, con el objeto de someter a decisión el ejercicio de la acción.
- 3º El acuerdo de la Junta sea contrario al ejercicio de la acción, ya sea en junta ad hoc o por propuesta en Junta convocada a otro efecto.

Si tanto la sociedad como los socios permanecieran inactivos, y sólo si de esta inactividad y del daño producido a la sociedad se dedujera su situación de insolvencia, se producirá una segunda legitimación activa subsidiaria a favor de los acreedores, sea cual fuere su número y proporción en el pasivo, quienes podrán ejercer

directamente la acción; si bien cabe en este caso la duda de si la habrán de ejercer en interés social o les cabrá hacerlo en provecho propio, reclamando para sí y excluyendo de la indemnización a los acreedores no reclamantes, solución esta última que quebranta el sistema de privilegios y el principio de la par conditio creditorum en las situaciones de insolvencia establecidos por la Ley Concursal, y que por ello no creemos ajustada a Derecho.

VI.2. Fundamento y legitimación procesal de la acción en interés individual. La reserva de acciones del 135 LSA

Si leemos el artículo 135, teniendo presente todo lo antedicho, apreciaremos claramente que su contenido nada tiene que ver con los artículos precedentes, más que para excluirlos. Es evidente que las dudas interpretativas que existieron sobre el juego de los artículos 133 a 135 de la LSA, propiciando la invocación del primero desde el segundo, quedan definitivamente aclaradas con la reforma en el sentido de negar esta invocación.

Resulta ahora obvio que, además e independientemente de la acción social y para el caso en que se perjudique directamente al acreedor o al socio, el 135 nos recuerda que éstos pueden iniciar las acciones que tengan con base en otros motivos legales - distintos del artículo 133 LSA- que sean causa de la lesión, ya que claramente dice el texto *no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes*, expresión que engloba tanto al 134 como al 133, lo que abona la tesis de la imposibilidad de invocar el 133 desde el 135, y sigue *quedan a salvo las acciones...* en clara expresión de reserva de acciones y remisión a las leyes que las establezcan.

Cabe pues decir que el artículo 133, en relación con los 127, crea la acción en defensa del interés social, el 134 nos dice quién y cuando puede ejercerla y el 135 nos dice que, si tenemos otras acciones distintas de la anterior, podemos usarlas, pero no es posible invocar el artículo 133 desde el 135.

Si antes cabía mantenerlo, con la nueva redacción es ya evidente que el artículo 135 no crea ninguna acción individual, como se ha venido interpretando, sino que, a la luz del texto de los 127 y el 133, simplemente nos recuerda que los socios y los acreedores pueden utilizar, además de la social, si les cabe, o en lugar de ésta, cuantas otras les conceda el ordenamiento. Es una mera y simple reserva de acciones, por otra parte innecesaria, o, si queremos, un recordatorio de que existen otras acciones legales ejercitables, que no se ven excluidas por el texto de la LSA, para indemnizar el patrimonio del acreedor -con quien el administrador no tiene vínculo contractual- o del socio que resulten directamente perjudicados en su patrimonio.

No dispone el artículo 135 una vía de acción individual basada en el artículo 133, sino una reserva, para la acción individual, de los derechos que puedan ejercer socios y acreedores por daño directo a su patrimonio y que no sean la acción en interés social, que les permite ejercer el artículo 134.4 cuando el daño se hace directamente a la sociedad y por ello indirectamente al socio o al acreedor.

No hay por lo tanto una acción individual del socio o acreedor contra el administrador dispuesta en el artículo 135 y basada en el artículo 133 en relación con el artículo 127, sino simplemente una reserva, para la acción individual, de las acciones que acreedores y socios puedan emprender por motivos diferentes a los citados artículos y que hayan causado directamente lesión en el interés del acreedor (por ejemplo, la falta de convocatoria de la junta general cuando concurre una causa de disolución obligatoria, porque en este caso la sociedad ya no existe, queda tan solo su apariencia y el trámite obligado de su liquidación).

Por lo tanto para ejercer la acción individual será necesario fundamentarla bien en un incumplimiento específico de norma legal concreta -como sería el caso de la acción deducida del artículo 262.5 de la LSA- bien en la negligencia que cause un daño directo al patrimonio del acreedor sometida a los casos y condiciones de la culpa extracontractual del 1902 del Código Civil, o en otros supuestos establecidos en leyes especiales, como sería el caso de algunos supuestos de competencia desleal y otros varios.

En cualquier caso, no debe bastar para fundamentar la acción con invocar el artículo 135, que no establece ninguna por sí mismo, sino que además deberá citarse la norma concreta que se considere infringida por el administrador, sea por acción u omisión, o, cuando menos, invocar el 1902 del Código Civil o los relativos a la culpa in vigilando como fundamento en los casos en que se alegue simple negligencia, teniendo en cuenta, en cuanto a la prueba, que será preciso igualmente demostrar la negligencia, el daño directamente padecido y la relación de causalidad entre negligencia y perjuicio.

Es por ejemplo constante últimamente la posición del TS de considerar insuficiente por sí misma para acoger la pretensión la alegación de negligencia por falta del depósito preceptivo de las cuentas anuales⁸⁰, pues aunque sea infracción legal, por sí misma y sin más circunstancias de hecho, no es susceptible de causar daño a tercero; otra cosa sería, por ejemplo, proporcionar unas supuestas cuentas anuales falseadas o maquilladas para la obtención de un crédito o la adjudicación de una obra, situación en que existiría indudablemente responsabilidad del administrador firmante.

VI.3. El problema de la prescripción

Queda un último e importante punto por despejar: el atinente al plazo de prescripción a aplicar a las diferentes acciones individuales ejercitables, sobre el que hay que reseñar que la Jurisprudencia ha sido cambiante.

El TS se inclinó en principio por aplicar el plazo de prescripción correspondiente a la culpa extracontractual del 1902, establecido en un año, desde que se pudo ejer-

⁸⁰ STS 26-5-2006 (RJ 2006, 3052)

cer la acción, por el artículo 1968.2 del Código Civil, para posteriormente considerar aplicable el de cuatro años desde el cese del administrador contenido en el 949 del Código de Comercio, exigiendo además la inscripción del cese para iniciar el cómputo del plazo, siendo estos los dos extremos de un arco en que aparecen escasas pero significativas excepciones, como la consistente en aplicar cuatro años desde el cese efectivo del administrador saliente, en acción individual ejercida por socios⁸¹, pues no es exigible al saliente, sino al entrante, la inscripción del cese y el nuevo nombramiento y no pueden los socios negar el conocimiento de la sustitución del administrador más que por propia negligencia o desentendimiento de los asuntos sociales, ya que es obvio que estará recogido en acta.

Sin embargo, y visto que existen múltiples fundamentos legales para el ejercicio de la acción individual, pero en ningún caso la invocación del 133, que era la causa última en que se justificaba la aplicación a todos los casos del plazo de cuatro años del 949 al tratarse de una acción específicamente de naturaleza y carácter mercantil, cabe concluir que la norma sobre prescripción aplicable será siempre y en todo caso la correspondiente a la naturaleza jurídica⁸² y fundamento legal de la reclamación planteada, sin que quepa tratar de reducir toda la casuística a un único supuesto, como ahora se viene haciendo incluso por el propio TS.

Consecuentemente habrán de aplicarse diversos plazos de prescripción de las acciones, según la que en concreto se esté ejercitando. Tratemos finalmente de diferenciar los supuestos para aplicar una u otra norma.

VI.3.1. Prescripción en cuatro años desde la inscripción del cese del administrador en el Registro Mercantil

Procederá aplicar este supuesto, en virtud del artículo 949 en relación con el 21.1 del Código de Comercio y el 9.1 del RRM, para las acciones individuales, de carácter extracontractual, interpuestas por acreedor o tercero afectado y que lo sean al amparo de la reserva legal del 135 LSA y basadas en el incumplimiento de disposiciones específicas de la LSA o la LSRL -como sería el caso de la acción del 262.5 LSA o del 105.5 LSRL- o de ley especial mercantil que no disponga plazo propio, pues si lo dispusiera se habrá de estar al específicamente establecido.

En todas ellas por tratarse de acciones de naturaleza mercantil y por lo tanto resultarles de aplicación el artículo 949 del Código de Comercio, en cuanto se refiere al plazo en sí, y los 21.1 Código de Comercio y 9.1 RRM, en cuanto al efecto frente a terceros de los actos sujetos a inscripción, para la fecha inicial del cómputo del plazo; siempre teniendo en cuenta que la demostración en fase probatoria del conocimien-

⁸¹ STS 11-4-2007 (RJ 2007, 1752)

⁸² POLO, Op.cit. pág. 379: *...la aplicación de un régimen u otro de prescripción no se fundamenta tanto en el titular que ejercita la acción, cuanto en la propia naturaleza –contractual o extracontractual- de la responsabilidad exigida.*

to anterior del cese por el tercero haría arrancar desde este momento el cómputo de la prescripción⁸³, pues lo contrario sería manifiesto abuso de derecho.

No se debe olvidar que la Ley descarga la responsabilidad de la inscripción del cargo en el nuevo administrador, pues es quien debe emitir la certificación del acuerdo para su inscripción, encontrándose muchas veces inerte el sustituido cuando el nuevo administrador retrase indebidamente, o simplemente no inscriba su propio nombramiento y/o el cese de su predecesor, actuando así bajo la aparente responsabilidad del cesado. No cabe en estos casos exigir la inscripción a quien no puede obtenerla, pero tampoco descargar en el tercero las consecuencias. Para resolver la situación existen sin embargo opciones suficientes.

La primera de ellas será una precaución a tomar por el administrador saliente, que puede solicitar el levantamiento de acta notarial para la junta en que va a ser relevado, si le consta previamente, y solicitar la inscripción de su cese con la presentación ante el Registro del Acta Notarial que lo recoge. Más forzosamente, y una vez sustituido por acuerdo que no conste en acta notarial, le cabe presentar ante notario y para su notificación a la sociedad, renuncia al cargo en la que, haciendo referencia al acuerdo ya tomado, presenta también su renuncia voluntaria con carácter precautorio por si la junta o el acuerdo adolecieran de defecto legal, de manera que al menos podrá demostrar fecha efectiva de su cese e intentar la inscripción.

La segunda corresponde al demandante, quien podrá interponer la demanda simultáneamente contra el administrador de hecho, el no inscrito, y el de derecho, el inscrito, permitiendo al juez así exonerar al administrador aparente y acoger la pretensión del demandante condenando al administrador de hecho. Incluso, de no hacerlo el demandante, el administrador aparente puede llamar al pleito al nuevo administrador excepcionando litisconsorcio pasivo.

También le cabe al administrador aparente basar su defensa, además de en los argumentos propios del caso concreto, en el 133.3 LSA, por razón de desconocimiento⁸⁴ por su parte del acto o actos lesivos, sin estar obligado a conocerlos por razón de la fecha de su cese y sustitución en el cargo, ya que el relevo se produce desde el momento de su aceptación por el nombrado, según el artículo 125 LSA. Y finalmente, de resultar condenado, es obvia la posibilidad de repetición contra el que debió inscribirle, aunque desgraciadamente el retraso de los tribunales hace esta opción más bien ilusoria.

VI.3.2. Prescripción en cuatro años desde el cese efectivo

Procederá este supuesto de prescripción en todos los casos de ejercicio de la acción social -evidentemente de carácter contractual, por basarse en la relación

⁸³ STS 26-5-2006 (RJ 2006, 3052)

⁸⁴ STS 10-5-2007 (RJ 2007, 4323), en el mismo sentido STS 28-4-2006 (RJ 2006, 4087) y otras.

entre administrador y sociedad, y deducida del artículo 133 de la LSA- sea quien fuere el demandante de entre los cuatro legitimados por la ley: sociedad, socios, acreedores y administrador concursal.

Se aplicará el mismo plazo de cuatro años del 949, indudablemente por basar la reclamación en el 133 LSA, pero ahora contado desde el cese efectivo en el ejercicio del cargo, con fundamento en que tanto a la sociedad como a los socios ha de constarles, por ser un acuerdo social tomado en Junta y recogido en el Libro de Actas de la sociedad, la fecha de la sustitución de un administrador por otro, no son por lo tanto terceros que puedan alegar válidamente la ausencia de inscripción del cese.

En cuanto a la acción social ejercida por tercero acreedor, e incluso por administrador concursal, hay que significar que en este supuesto el plazo y cómputo habrán de ser los aquí indicados, pues no establece para el caso la Ley una legitimación directa, sino subsidiaria, y el sustituto demandante sólo podrá ejercer su acción en los términos en que podría haberlo hecho el legitimado principal, no en términos más amplios que éste, por lo que afectarán a su demanda los hechos que hubieren afectado a la del perjudicado en cuyo derecho se subroga.

Lo mismo cabe decir y aplicar en cuanto a las acciones individuales de naturaleza mercantil interpuestas por los socios, sería por ejemplo el caso de un perjuicio ocasionado al socio por no respetar, o no comunicar correctamente la posibilidad de ejercer, un derecho de adquisición preferente sobre acciones emitidas o participaciones de la limitada. A éstas corresponderá el plazo de cuatro años, por mercantiles, y el cómputo desde el cese efectivo -la aceptación del cargo por el sucesor- por constarle, o al menos deber constarle, al demandante por su carácter de acuerdo social tomado en junta, con lo que no podrá alegar su desconocimiento.

VI.3.3. Prescripción en un año

Deberá aplicarse el plazo de prescripción de un año dispuesto por el 1968.2 del Código Civil, y a contar desde el momento en que pudo ejercerse la acción, para todas las acciones individuales, de los socios o los acreedores contra el administrador, que no se fundamenten específicamente en infracción de norma de naturaleza mercantil sino en el principio general de la culpa del 1902 del Código Civil; por tratarse indudablemente de acciones de carácter extracontractual⁸⁵ y de naturaleza civil⁸⁶, ya que no estarán basadas, como se ha venido manteniendo, en una inexistente acción creada por el 135 en relación con el 133, sino en una reserva expresa de

⁸⁵ ALONSO ESPINOSA FJ.:Op. Cit., pág 53: *El fundamento de la acción individual es extracontractual.*

⁸⁶ Se debe pues aquí regresar al criterio mantenido, entre otras, por la STS de 21-5-1992 (RJ 1992, 4274): *El plazo de cuatro años a que se refiere el artículo 949 del Código de Comercio es aplicable a las otras responsabilidades derivadas de la gestión social o de la representación, pero no a la responsabilidad del artículo 1902 del Código Civil complementado por el 81 de la Ley de sociedades Anónimas.* Citada por APARICIO GONZALEZ, M.L. y DE MARTIN MUNOZ, A.J., *op. cit.*, pág 550.

acciones contenida en el repetido artículo 135 y sin vinculación con el 133 que, de existir, conferiría a la acción naturaleza mercantil.

En cualesquiera otros supuestos las dispuestas específicamente por las respectivas leyes en que se fundamente la causa de pedir, calibrando siempre la naturaleza de la norma cuya infracción se alega para fundamentar la reclamación.

VI.3.4. *La sentencia de 20-07-01. Un criterio a revisar*

Indudablemente todo lo antedicho se opone frontalmente al criterio sobre la prescripción establecido por la sentencia⁸⁷ de 20 de Julio de 2001, que sienta como criterio el plazo único de cuatro años computables desde la inscripción del cese del administrador en su cargo. Sin embargo, a pesar de su aceptación generalizada, considero que existen elementos que avalan y justifican una revisión del criterio asentado, por unánime que haya sido su aceptación en la jurisprudencia posterior.

Cabe recordar que también fue unánime la jurisprudencia en la interpretación más dura del artículo 262.5 de la LSA, y que la reforma introducida en su texto por la Ley 19/05, como más arriba se ha explicado, ha suavizado el rigor de la norma, aclarando su sentido, en vista de la anterior dureza de la interpretación. Igualmente podemos reseñar la dulcificación de la jurisprudencia en cuanto al inicio del cómputo del plazo, para el que ya se admite la demostración de conocimiento del cese como fecha de comienzo. En ambos casos ha partido la jurisprudencia de una interpretación rigorista, que posteriormente se ha debido suavizar, y esto es lo que, en mi criterio, debiera de alguna manera suceder en lo relativo al plazo de prescripción de la acción en lo que atañe a las acciones de carácter extracontractual.

La referida sentencia contiene, en su Fundamento nº 4, una cumplida y detallada relación de todos los criterios hasta entonces manejados para el establecimiento del plazo de prescripción de la acción individual de responsabilidad, procediendo, tras el análisis de cada uno de ellos, a establecer como definitivo el de cuatro años deducido del art 949 del Código de Comercio. Para ello articula su razonamiento en una serie de puntos que reproducimos en parte:

A). *El art 943 C de C, punto de partida para llegar al art. 1968.2 del CC, se refiere textualmente a “las acciones que en virtud de este Código no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio”. Sin embargo resulta que el propio C de C, en su art. 949, sí asigna un plazo determinado, el de cuatro años, a “la acción contra los socios, gerentes y administradores de las compañías o sociedades”, sin distinción alguna, por más que su emplazamiento sistemático, a la vista del contenido de los dos artículos que le preceden, permita opinar que podría estar refiriéndose sólo a la acción que contra el administrador ejerciten los socios.*

⁸⁷ STS 20-7-2001 (RJ 2001, 6863).

B). *La acción individual de responsabilidad, ya corresponda a los socios, ya a terceros, se regula específicamente en un precepto de la LSA-TR 1989, el art. 135, que es una norma mercantil cuyo complemento debe buscarse en el Código de Comercio, a tenor del art 121 de este último y dado su carácter de cuerpo legal básico en el ámbito mercantil, antes que en el Código Civil.*

Y es en este punto donde no podemos estar de acuerdo con lo expresado en la sentencia, porque el Fundamento de la misma se basa únicamente en el carácter mercantil que él mismo atribuye a la acción por estar específicamente regulada en una norma de carácter mercantil: el art. 135 LSA. Sin embargo, como más arriba proponemos, el citado artículo no crea ni regula ninguna acción específica individual de responsabilidad de carácter mercantil, sino que sólo consiste en una mera reserva de acciones, y esa reserva no basta para convertir en mercantiles las acciones posibles a que se refiere, sino que por ser tan sólo reserva hace que éstas acciones, sean cuales fueren las utilizadas o reservadas, conserven su propio carácter.

Recordemos que el artículo 135 comienza diciendo *No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes los socios y terceros conservarán las acciones que puedan corresponder (...)*. Si la redacción del artículo estableciera el artículo precedente -en singular, cosa que no hace- sí estaríamos sin duda ante una nueva acción de carácter específicamente mercantil que podría fundamentarse en el incumplimiento por el administrador de lo dispuesto en el artículo 133. En tal caso el artículo 133 sería el fundamento del ejercicio de la acción social prevista en el artículo 134 y de la acción individual creada por el 135, y cabría exigir por esta vía el cumplimiento de los deberes del administrador establecidos en los 127 y exigidos por el 133.

Pero el legislador optó por la redacción en plural, lo cual excluye, con el no obstante, tanto al artículo 134 como al 133. Lo que en realidad nos está diciendo el artículo 135 es: lo que he dispuesto en los artículos precedentes no obstará para que quien tenga una acción con fundamento diferente del contenido de los mismos pueda utilizarla; de ninguna manera puede hacérsele decir, como se pretende: con independencia de los artículos precedentes, pueden fundamentar en ellos su acción los socios y terceros; esta formulación es un absoluto contrasentido pues nada se puede fundamentar en los artículos 133 y 134 no obstante lo que ellos mismos disponen.

Sólo hay una sentencia⁸⁸ en la que se valore la expresión no obstante contenida en el artículo 135, y en ella, Fundamento 4.A.b, se dice (...) *al utilizar la adversativa de "no obstante..." quiere decirse es supletoria o, con independencia de que no se dé la anterior, procede esta cuando proceda.*

Más que supletorio debemos entender que es independiente lo que dispone el 135 de lo dispuesto en el 133 y 134, por lo que el primero no regula ni crea ninguna acción sino que deja en salvo y supervivientes cualesquiera otras que puedan corres-

⁸⁸ STS 29-12-2000 (RJ 2001, 352)

ponder no obstante a su ejercicio el contenido de los artículos 133 y 134; cabe pues incluso ejercer simultáneamente, como subsidiarias una de otra, la acción social del 134 basada en el 133 y otra individual, reservada incólume por el 135, fundamentada en infracción de norma concreta o en la genérica negligencia extracontractual si éstas hubieran producido daño directo al actor tercero y hasta por infracción de los estatutos si el actor es socio y con base en infracción contractual, pero no cabe afirmar que el 135 crea ni regula específicamente una acción nueva.

Visto que el artículo 135 no crea ni regula específicamente acción alguna⁸⁹, las acciones entabladas al amparo de la reserva que en él se establece tendrán, lógicamente, la naturaleza que corresponda a la norma creadora de cada una de las acciones que puedan corresponder... y, si los deberes del administrador se predicen en la Ley para con la sociedad, los terceros habrán de invocar una norma específica para fundamentar su acción o recurrir a la norma general de la responsabilidad por negligencia, de carácter civil y a la que no podrá aplicarse un plazo de prescripción contenido en el Código de Comercio, sino en el Código Civil.

Si, como reconoce la sentencia de 20 de julio de 2001, el art. 949 parece referirse, por su ubicación sistemática, a las acciones de los socios y no de los terceros, si el fundamento de la reclamación es la culpa extracontractual por negligencia, de naturaleza civil, si no se invoca norma alguna de naturaleza mercantil para fundamentar la acción utilizada por el tercero, si no hay pues una norma especial mercantil para fundamentar el plazo de prescripción por no ser mercantil la acción interpuesta, no cabe otra conclusión que aplicar en estos casos el plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 1968.2 del Código Civil para las acciones entabladas al amparo del artículo 1902, en virtud de la reserva expresa contenida en el artículo 135 del Código de Comercio, aplicándose el de cuatro años sólo cuando la acción entablada sea de naturaleza específicamente mercantil.

VI.3.5 *Proposición final*

Todo lo anteriormente expresado tiene su fundamento en la actual redacción de la LSA, pero a su vez todo cambiaría con una pequeña variación en el contenido de los artículos 133.1 y 135. Si, a pesar de los razonamientos expuestos, el legislador quiere que la responsabilidad del administrador se extienda hasta los límites de una responsabilidad cuasi-objetiva, y que su diligencia se deba no sólo a la sociedad, sino también a los terceros, e igualmente que exista una acción individual de responsabilidad de naturaleza mercantil, bastaría redactar los mencionados artículos como a continuación se propone:

⁸⁹ URÍA-MENÉNDEZ-GARCÍA DE ENTERRÍA, en Uría-Menéndez *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª Ed. Madrid, 2006; pág. 986: (...) *los daños que la conducta incorrecta o negligente de los administradores provoque directamente en el patrimonio de los socios o de terceros han de exigirse a través de la acción individual (que no deja de ser, por ello, una simple manifestación del principio general del art. 1.902 CC).*

“Artículo. 133. Responsabilidad: 1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que les causen directamente, por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”.

“Artículo 135. Acción individual de responsabilidad: No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, los socios y terceros podrán ejercer cuantas acciones de indemnización, fundamentadas en el anterior artículo 133 o en cualesquiera otras normas, pudieren corresponderles por actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses”.

Pero mientras siga vigente la actual redacción de las normas, seguirá siendo predecible cuanto más arriba se expone.

Bibliografía

- ALCOVER GARAU, G., “La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima por las deudas sociales ex artículo 262.5 y los procedimientos concursales”. *Derecho de Sociedades*, 1997, nº 8, págs. 265-271.
- ALFARO AGUILA-REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad “externa” de los administradores sociales”, 2ª edición, 23 de enero de 2007, nº 1, *InDret*, 2007.
- ALONSO ESPINOSA F.J.: *La Responsabilidad Civil del Administrador de Sociedad de Capital en sus elementos configuradores*. Pamplona 2006.
- APARICIO GONZALEZ, M.L. y DE MARTIN MUÑOZ, A.J., *La sociedad anónima, legislación, jurisprudencia y bibliografía*, Madrid, 1999.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Madrid 1993.
- GARCIA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid, 1996.
- IGLESIAS PRADA, Juan Luis, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, ed. Tecnos, Madrid, 1971.
- OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VI, Madrid, 1992.
- POLO, E., *Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima*, en *URIA-MENENDEZ-OLIVENCIA, Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VI, Madrid, 1992.
- RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando, *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas*, Consejo de Administración, ed. Tecnos, Madrid, 1971.
- RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M.I., *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, 4ª edición, Pamplona, 1998.
- RUIZ DE VELASCO, A., *Manual de Derecho Mercantil*. 3ª Ed. Madrid, 2007

SERICK, Rolf, Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles, (trad. por J. Puig Brutau), ed. Ariel, Barcelona, 1958.

URIA, R. - MENENDEZ, A., Curso de Derecho Mercantil, 2ª Ed. Madrid, 2006.

VEIGA COPO, A., Los privilegios concursales, 2ª ed., Granada, 2006.

