

# *Revista del Foro Canario*



JURCOM Y LEGISCOM, S.L.  
Calle Cartago 2, Esc. Dcha. 1º A - Madrid - España  
Impreso por Omagraf, S.L.  
I.S.S.N.: 0211-0903  
Depósito Legal: G.C. 258-1980

**“RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.  
LA CLÁUSULA DE EXONERACIÓN QUE CONTEMPLA EL  
ARTÍCULO 133 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.  
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE  
22 DE DICIEMBRE DE 1.999”**

**Trabajo Revisado por D. Jesús Quijano Rodríguez**  
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid

**Doña Berta Gil-Merino y Rubio**  
Abogado y Juez Sustituta en el Partido Judicial  
de Las Palmas de Gran Canarias

## RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

### ANTECEDENTES

Ante las deudas existentes por letras cambiarias vencidas e impagadas, basadas en el traspaso de jugadores entre los clubes, por un importe de 112.297.396 pesetas, como acreedor del "REAL BURGOS CLUB DE FUTBOL", el "ATHLETIC CLUB DE BILBAO" interpuso una demanda en procedimiento ordinario de menor cuantía, contra los miembros del Consejo de Administración, a los que reclamaba las cantidades adeudadas que tenían su origen en años anteriores al momento en que los demandados accedieron a su cargo, es decir, años 1.991 y 1.992.

La acción ejercitada por el "ATHLETIC CLUB DE BILBAO" tenía su base en el artículo 262,5º, en relación con el número 4º del párrafo 1 del artículo 260, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Este último precepto contempla como causa de disolución la situación denominada de pérdidas cualificadas, esto es, aquella en la que las pérdidas reducen el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, sin que se proceda a la oportuna corrección técnica de tal situación a través del aumento o la reducción del capital que restauren el equilibrio alterado. Si la causa de disolución acaece, los administradores estarán obligados a procurar la efectiva disolución de la sociedad convocando Junta General con ese fin en el plazo de dos meses y solicitando la disolución judicial si la Junta no se constituye o no adopta el correspondiente acuerdo. De incumplir tal obligación, los administradores resultarán solidariamente responsables de las obligaciones sociales pendientes con los acreedores.

Esta base legal de la demanda requiere la constatación de algunos hechos concretos que el acreedor relacionaba oportunamente: en primer lugar, la existencia de créditos pendientes con la sociedad, derivados de las letras impagadas que ya se han mencionado; en segundo lugar, la concurrencia de la citada causa de disolución por pérdidas cualificadas, que aquí se apoyaba en las conclusiones de un Informe de Auditoría que el órgano administrativo no tuvo en consideración; en tercer lugar, el incumplimiento por parte de los administradores de la obligación legal de procurar la disolución, que quedó integrado al transcurrir dos meses sin que se convocara la Junta General para disolver la sociedad o, alter-

nativamente, para reintegrar el capital, pues, en efecto, la Junta General se convocó y se celebró para adoptar otros acuerdos y, entre ellos, la aprobación de unas cuentas que obviaban el citado Informe de Auditoría.

La sentencia dictada en primera instancia condenó a todos los miembros del Consejo de Administración, por serles imputable el incumplimiento de las mencionadas obligaciones, a satisfacer el crédito pendiente de la sociedad con el demandante. Uno de los administradores, no obstante, fue absuelto por estimar el Juez que podía acogerse favorablemente a la cláusula de exoneración prevista en el artículo 133 de la LSA, a la vista de la conducta observada tanto en el seno del Consejo de Administración como en las fechas previas a la Junta General, en que había anunciado su dimisión como consejero precisamente por discrepar de la cuentas presentadas que, por otra parte no había firmado.

Esta sentencia fue recurrida ante la Audiencia Provincial por los demandados condenados, adhiriéndose al recurso la demandante y dictándose en apelación nueva sentencia por la que se revocó la proferida por el Juzgador de Instancia. Todos los demandados fueron absueltos por la Audiencia que entendió que esta responsabilidad de los administradores exige no sólo la prueba del incumplimiento de la obligación de disolver, sino también la prueba de un daño derivado para el acreedor de tal incumplimiento, prueba que no había sido proporcionada por el demandante.

El subsiguiente recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, dio lugar a la Sentencia de 22 de diciembre de 1999 que, casando la de la Audiencia, condenó definitivamente a todos los administradores como responsables solidarios de la deuda pendiente de la sociedad con el acreedor demandante y, esta vez, sin que ninguno de los miembros del Consejo de Administración quedara exonerado de la responsabilidad.

A la vista de estos antecedentes, y dado el innegable interés que el asunto planteado y el fallo producido revisten para la interpretación de un complejo tema como lo es el tipo especial de responsabilidad aquí considerado, convendrá analizar con algo de detalle los pronunciamientos que se sucedieron en la primera y segunda instancia, antes de proceder al comentario específico de la Sentencia del Tribunal Supremo finalmente recaída.

## SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO SEIS DE BURGOS

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Seis de Burgos entra en el fondo del asunto a partir del fundamento jurídico séptimo, ya que en los anteriores se limita a resolver las excepciones opuestas por las partes demandadas. Analiza entonces la responsabilidad de los administradores por insolvencia de la Sociedad, canalizada a través del artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, que imputa responsabilidad a los mismos derivada del incumplimiento de determinadas obligaciones sociales, y examina en su fundamento décimo la concurrencia de dicha responsabilidad en los demandados, llegando a concluir que la situación patrimonial de la Sociedad era inferior al 50% de su capital social, en virtud de la documentación contable existente y muy en particular del informe de auditoría presentado, razón por la cual el supuesto de hecho encajaba dentro de los contemplados en el artículo citado, pues las deudas que tenía la Sociedad arrojaban una situación económica de evidente insolvencia conocida por los demandados. Constataba además que las cuentas anuales a 30 de junio de 1.993, no reflejaban la realidad del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad pues se habían sobervalorado las partidas de ingresos, dando por supuesto que la legislación vigente atribuye en exclusiva a los administradores la gestión económica de la empresa y la consiguiente obligación de informar en el momento en que existan discrepancias entre el patrimonio real y el capital, debiendo en consecuencia, restablecer la relación entre capital y patrimonio a través del oportuno acuerdo de aumento o reducción en la medida suficiente, o promover la disolución de la sociedad, cosa que no se hizo, razón por la cual la responsabilidad les es imputable.

La sentencia, sistemáticamente analizada, contenía un primer pronunciamiento de interés en relación con la naturaleza de esta responsabilidad por no disolución de la sociedad en el supuesto indicado, pues venía a optar por la tesis que la configura como una responsabilidad objetiva que se concreta en la asunción de las deudas sociales por parte de quienes son responsables de la permanencia de una sociedad que debió ser disuelta. En la medida en que es imputable a los administradores el incumplimiento de obligaciones automáticas legalmente establecidas, la responsabilidad opera como una sanción que no necesita la previa demostración de la causación de un daño a los acreedores.

Pero, además, la presente sentencia introducía otro pronunciamiento de interés al conferir un

trato diferenciado a los distintos miembros del Consejo de Administración de la Sociedad en base a la conducta desplegada por cada uno. Hay que señalar al respecto que en el Acta fundacional de la Sociedad Anónima Deportiva, se determina que el día 8 de Octubre de 1.992, fecha en la que se renovó el Consejo de Administración, entraron todos los demandados, excepto dos, que lo hicieron el día 6 de Mayo de 1.993, y el día 10 de Febrero del mismo año. Ciertamente, el comportamiento global y conjunto de los administradores había producido los correspondientes daños a quienes resultaban acreedores de la Sociedad, pues no podían hacer efectivo su crédito con el patrimonio realmente existente en la misma. Aunque este efecto perjudicial no era precisamente relevante para la exigencia de esta responsabilidad, lo cierto es que el incumplimiento imputable de la obligación de procurar la disolución de la sociedad en esa situación de deterioro patrimonial hacía recaer sobre los administradores la sanción en que se materializa una responsabilidad calificada como cuasi objetiva.

Entraría entonces en juego una presunción legal de responsabilidad por incumplimiento, con imputación de todas las consecuencias inherentes a la situación creada y, en concreto, con asunción automática de las obligaciones sociales por parte de los administradores con carácter solidario.

Del ámbito de la responsabilidad de los administradores queda no obstante exceptuado uno de ellos en el fundamento jurídico undécimo al estimar incluido su comportamiento dentro de la cláusula de exoneración que contempla el artículo 133 de la L.S.A. y que se considera aplicable a este supuesto de responsabilidad del artículo 262, quedando desvirtuada la presunción de culpa al haberse acreditado documentalmente que éste dimitió por nota de prensa pública el día 2 de Septiembre de 1.993, con anterioridad a la celebración de la Junta General de fecha 3 de Septiembre de 1.993, que aprobó las cuentas del Club, no entrando en la misma, y por manifestar no estar de acuerdo con la redacción dada a esas cuentas, no firmando el Informe de Gestión, las Cuentas Anuales de la Sociedad y el Proyecto de Presupuesto para la temporada 1.993-1.994. Estimaba la sentencia que con dichas actuaciones el administrador en cuestión empleó los medios a su alcance, considerándole exonerado de responsabilidad, y por tanto el fallo resultaba condenatorio para el resto de los administradores con excepción de éste al que absuelve por falta de acción.

Vista en su conjunto, la referida Sentencia de Primera Instancia contenía una doctrina notablemente equilibrada donde estaban ponderadas por igual las dos cuestiones esenciales en este

tipo de responsabilidad, esto es, la naturaleza sancionadora con que opera y el margen de exoneración individual al que pueden acogerse los administradores singulares para compensar la automaticidad y rigor de la sanción que alcanza, nada menos, a todo el pasivo social pendiente en el momento del incumplimiento de la obligación de disolver. Siempre, claro está, que el administrador que pretenda la exoneración suministre la prueba de que tal incumplimiento no le es personalmente imputable en la medida en que hizo lo posible por evitarlo sin que pudiera exigírsele otro comportamiento en base al deber de diligencia al que está sujeto.

### **SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS DE 24 DE JULIO DE 1.995**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 24 de Julio de 1.995 absuelve a todos los demandados sin exclusión, pero lo hace con arreglo a criterios distintos al de la sentencia de primera instancia respecto del único administrador entonces absuelto, revocando en ese sentido la sentencia aunque el resultado sea también la absolución de éste junto con los demás a los que también absuelve.

La tesis que sostiene la Sección de la Audiencia Provincial de Burgos, es claramente diferente a la examinada y se correspondía con el debate entonces mantenido tanto en la doctrina como en otras decisiones judiciales. Se entendía ahora que el supuesto especial de responsabilidad del artículo 262 de la LSA debía interpretarse integrándolo en el régimen general de la responsabilidad civil, que, no se olvide, opera a partir de los requisitos de daño, culpa y relación de causalidad. Era entonces exigible que el acreedor, además de probar el incumplimiento de la obligación de los administradores de disolver la sociedad, hubiera probado también el daño a los acreedores conectado causalmente a tal incumplimiento. Si no había quedado probada ni la causación de daños ni la vinculación entre la actuación de los administradores y la situación de insolvencia de la sociedad ni el efecto de ésta en términos de deterioro de la garantía patrimonial de las deudas de la sociedad con terceros, no podía haber condena de los administradores que, en consecuencia, resultaban absueltos sin necesidad de tomar en consideración las circunstancias propias del comportamiento de cada uno porque no entra en juego la exoneración si previamente no hay responsabilidad exigible por falta de los citados presupuestos.

La revocación de la sentencia de primera instancia como consecuencia de la apelación afecta-

ba por igual a todos los administradores y, por tanto, el que resultó exonerado en aquella quedaba ahora absuelto en plano de igualdad con los demás. No obstante, la Sentencia de la Audiencia introdujo alguna valoración sobre la suficiencia de su comportamiento en orden a la exoneración y, discrepando de los criterios señalados, se mostraba más exigente al entender que el consejero debió haber promovido la disolución de la sociedad de forma más efectiva ante el Consejo y la Junta General, no siendo bastante el haber discrepado de las cuentas presentadas o el haber anunciado su dimisión en nota de prensa, lo que no tenía mayor efecto jurídico hasta que tal dimisión fue formalizada e inscrita en el Registro Mercantil. De este modo, la Audiencia, aunque tales criterios no tuvieran relevancia para el fallo absolutorio basado en otros argumentos, anticipaba en buena parte una posición que la definitiva Sentencia del Tribunal Supremo terminaría acogiendo y ampliando al exigir del administrador el ejercicio de la posibilidad de impugnar el acuerdo del Consejo que convocaba la Junta sin incluir la disolución, o la adopción de medidas alternativas, en el orden del día, como tendremos ocasión de analizar.

(Ver en "Revista de Sociedades", nº 5, de la Editorial Aranzadi, el Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de GUIJANO GONZALEZ, J., con un análisis crítico a la doctrina sostenida, en línea parcialmente similar a la finalmente acogida por el Tribunal Supremo).

Ha de ponerse de manifiesto que respecto del tema que nos ocupa hay numerosa jurisprudencia menor, de sentencias dictadas por Audiencias Provinciales en un sentido o en otro, durante los años 1.996 y 1.997, así:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 5 de febrero de 1.996.

Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de abril de 1.996 y de 7 de febrero de 1.997.

Sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares de 6 de mayo de 1.996, de 10 de diciembre de 1.996 y de 3 de febrero de 1.997.

Sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid de 11 de junio de 1.996 y de 18 de marzo de 1.997.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 18 de septiembre de 1.996.

Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de octubre de 1.996, y de 22 de noviembre de 1.996.

Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 4 de febrero de 1.997.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 10 de marzo de 1.997.

No obstante existen también sentencias de Audiencias Provinciales que han sostenido igual criterio al de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 25 de marzo de 1.996, esto es, la responsabilidad por daños, y la necesidad, para dictar una sentencia condenatoria, de que concurra de forma acreditada la relación de causalidad entre la insolvencia y el daño. Sin embargo se echa de menos en la jurisprudencia examinada la aplicación de la cláusula exoneratoria que contempla el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas sin tener en cuenta que de la aplicación rigurosa de la norma sin contemplar situaciones excepcionales, o circunstancias concurrentes que incluyan la exoneración, se deducen importantes consecuencias de tipo económico para el patrimonio personal de las personas que han ostentado la cualidad de Administradores.

En esta línea coincidente con la que mantuvo la Audiencia Provincial de Burgos están, por ejemplo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 20 de marzo de 1966 y de 10 de octubre de 1966.

Estas sentencias incluyen, junto a la causación de un daño, la conexión entre éste y la concurrencia de la relación causal entre lo que conforma una falta de gestión o incumplimiento de las obligaciones invocadas y el daño, en el mismo sentido que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 25 de Marzo de 1.996, que considera que la responsabilidad no es objetiva sino por culpa, y dado que no considera probada la existencia de relación de causalidad entre el mero incumplimiento formal de la obligación legal, que de promover la disolución de la sociedad se les atribuía a los demandados Administradores, y el daño sufrido por la actora con el impago de la deuda, que es un presupuesto indispensable para que la acción de responsabilidad individual que se ejercita tuviera éxito, procede a dictar una sentencia absolutoria para todos los Administradores, incluyendo al Consejero absuelto en primera instancia, pero por diferentes razones, sin aplicar la cláusula exoneratoria.

No obstante, la mayoría de las sentencias de Audiencias Provinciales estima que existe una responsabilidad objetiva o cuasi objetiva, como responsabilidad sanción, sin que sea un requisito que medie una culpa por parte del administrador, sino que únicamente por el hecho de no

convocar a la Junta en el plazo de dos meses para instar la disolución de la Sociedad, surge desde ese momento la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración por las deudas de la misma, deudas cuyo origen pueden ser con anterioridad a su toma de posesión en el Consejo, ya que la referencia a las deudas de la Sociedad incluye todas las deudas que ésta haya contraído. Así pues, con independencia del momento del origen de la deuda y de la cantidad, asumen como obligación solidaria propia todos los miembros del Consejo de Administración todas las obligaciones de tipo económico que la sociedad hubiera contraído.

## **LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE DICIEMBRE DE 1999: COMENTARIO**

### **SUMARIO**

- 1) Consideraciones previas.**
- 2) Criterio del Tribunal Supremo.**
- 3) Comentario y valoración de la sentencia:**
  - a) En lo relativo al carácter de la responsabilidad de los Administradores.**
  - b) En lo relativo a la aplicación de la cláusula de exoneración.**
- 4) Algunos asuntos conexos de interés jurídico.**

### **1) CONSIDERACIONES PREVIAS**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1999 es, ciertamente, trascendental por lo que supone de clarificación interpretativa en relación con la polémica que se venía sosteniendo a propósito del alcance de la especial responsabilidad prevista en el artículo 262 de la L.S.A. Ya el propio Tribunal Supremo, en algunas sentencias anteriores (así, la de 3 de abril de 1998 o la de 28 de abril de 1999) había apuntado los mismos criterios favorables a considerar tal responsabilidad como una sanción legal por incumplimiento de la obligación de procurar la disolución por parte de los administradores. Pero es seguramente ésta de 22 de diciembre de 1999 la que fija una doctrina jurisprudencial más contundente al respecto, en la medida en que, además de reiterar ese criterio sobre la naturaleza de la responsabilidad, se pronuncia también sobre un delicado asunto como es el de las posibilidades de exoneración a que los administradores pueden acogerse.

En este sentido, el hecho de que la sentencia valore el comportamiento de los administradores de una Sociedad Anónima Deportiva que, en épocas anteriores a su mandato, había contraído importantes deudas con otro Club de Fútbol no añade otra peculiaridad más que la derivada del especial contexto en que suceden los hechos. En el plano jurídico, la SAD es a todos los efectos una Sociedad Anónima y le resulta aplicable el régimen de ésta salvo en lo que resulte de su propia normativa, que actualmente está recogida en el R.D. de 19 de julio de 1999.

## 2) CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO

El examen del texto de la Sentencia objeto de comentario pone de manifiesto ante todo una adecuada selección de hechos probados que el Fundamento de Derecho Primero sintetiza con evidente claridad en la medida en que suponen presupuestos inexcusables para el pronunciamiento final. Interesa destacar este aspecto, pues la eventual declaración de responsabilidad de los administradores exige la comprobación sucesiva de distintas circunstancias en el orden que lo hace la Sentencia: en primer lugar, la existencia de deudas pendientes que otorgan al demandante la condición de acreedor social por una determinada cuantía; en segundo lugar, la concurrencia en los demandados de la cualidad de administradores de la sociedad en el momento en que quedaron integrados los presupuestos de la responsabilidad que exige el artículo 262; en tercer lugar, la presencia de una causa de disolución de la sociedad de las que pone en marcha el mecanismo de ese precepto, que en este caso eran las pérdidas cualificadas que reducían el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad de la cifra de capital, como se deducía del informe de auditoría presentado a los administradores; en cuarto lugar, la constatación de que, transcurridos dos meses desde que concurrió la causa de disolución, no fue convocada la Junta General para disolver la sociedad o para tomar las medidas alternativas de reequilibrio entre capital y patrimonio, sino que, por el contrario, la Junta General que se convocó y celebró tuvo un objeto distinto en este aspecto, como es la aprobación de unas cuentas que no reflejaban la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad.

A partir de esta relación de hechos probados, los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero penetran en los dos asuntos de fondo: el carácter de la responsabilidad de los administradores y el alcance de la exoneración que había sido favorablemente estimada para uno de ellos en la Primera Instancia.

El Fundamento de Derecho Segundo, citando las dos Sentencias precedentes antes mencionadas, se muestra tajante al rechazar el criterio

sostenido por la Audiencia según el cual "con independencia de la obligación de disolver, es preciso inquirir sobre si efectivamente el daño producido, que constituye el fundamento de la pretensión instada, fue debido al mencionado incumplimiento o no". Frente a ello, afirma la Sentencia que "el incumplimiento de dicha obligación, sin más, deberá desencadenar la responsabilidad solidaria legalmente establecida, al margen de que el daño que se haya producido en si pudiera provenir o no de una conducta culposa o negligente o falta de diligencia". No duda además la Sentencia en calificar como régimen especial el contenido en el artículo 262,5 de la L.S.A. frente al previsto en los artículos 133 a 135, especialidad que se basa en la finalidad legal de evitar que, por el incumplimiento de los administradores de la obligación de promover la disolución en ciertos casos, continúen actuando en el tráfico mercantil sociedades incursas en causas de disolución.

El Fundamento de Derecho Tercero aborda el asunto de la exoneración, partiendo de la base de que la cláusula del artículo 133 de la LSA, prevista para el régimen general de responsabilidad, es también aplicable en este supuesto especial. El Tribunal Supremo entiende que el consejero inicialmente exonerado no goza de argumentos favorables suficientes para mantener tal tratamiento. Dicho consejero acudió a todas las reuniones del Consejo celebradas tras su nombramiento, incluida la que acordó celebrar Junta General sin recoger en la convocatoria la disolución de la sociedad; además, su negativa a suscribir el informe de gestión y las cuentas anuales acredita que conocía la falta de concordancia entre esos documentos y la situación real de la sociedad que estaba reflejada en el informe de auditoría, donde se proponían los ajustes a introducir. A pesar de ello, el consejero no impugnó el acuerdo del Consejo de convocar la Junta en los términos en que se hacía, ejerciendo la facultad prevista en el artículo 143 de la L.S.A., sino que se limitó a "adoptar una postura meramente pasiva de inibirse de la marcha de la sociedad mediante esa inoperante renuncia a su cargo a través de la prensa, conducta que no puede incardinarse en la causa de exoneración de la responsabilidad del artículo 133,2 de la L.S.A., por lo que procede declarar la responsabilidad de este codemandado por las obligaciones sociales".

Una vez puesta de manifiesto la doctrina sostenida por la Sentencia en relación con los dos temas objeto de debate, procede comentar y valorar los criterios mencionados desde un punto de vista que tenga en cuenta tanto las consideraciones críticas que resulto oportuno realizar, como el análisis de las consecuencias que pueden derivar del pronunciamiento efectuado por el Tribunal Supremo.

### 3) COMENTARIO Y VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

#### A.- En lo relativo al carácter de la responsabilidad de los Administradores.

Teniendo en cuenta la estructura jurídica del novedoso supuesto de responsabilidad de los administradores introducido en el sistema legal de la sociedad anónima por el tan citado artículo 262,5, conviene comenzar afirmando que, por riguroso que pueda parecer en orden a sus consecuencias, la doctrina sentada por la Sentencia que comentamos resulta congruente con la orientación de dicho supuesto legal de responsabilidad.

En efecto, la Sentencia, recogiendo en términos generales el criterio que ya sostuvo el Juez de Primera Instancia y apartándose del luego mantenido por la Audiencia Provincial, acepta de pleno la tesis que ve en este supuesto de responsabilidad una sanción civil por incumplimiento de una obligación legal tasada y le atribuye el carácter de responsabilidad cuasi objetiva que se desencadena de forma prácticamente automática una vez constatado que el incumplimiento de la obligación legal es imputable a los administradores.

Rechaza, por tanto, la Sentencia la tesis alternativa que cree ver en este supuesto una aplicación especial del régimen general de responsabilidad civil por daño derivado de culpa, que, obviamente, exigiría para su declaración unos presupuestos sustancialmente distintos, ya que no bastaría la prueba del incumplimiento de la obligación de procurar la disolución si no se acompaña de la prueba del daño causalmente derivado de tal incumplimiento.

Si se observa atentamente el tenor literal del precepto, resulta bastante evidente que la acción concedida a los acreedores de la sociedad está dirigida a conseguir que los administradores asuman solidariamente las obligaciones sociales y no a obtener la indemnización del daño que su incumplimiento haya podido causar a esos acreedores. Es más, la responsabilidad que los administradores asumen es independiente no ya sólo de la prueba del daño sino incluso de la propia existencia de éste, pues tampoco se exige que demuestren la insolvencia de la sociedad o la imposibilidad de cobrar sus créditos con cargo al patrimonio social para reclamar el pago a los administradores, que es en el fondo lo que hacen al ejercer esta acción de responsabilidad. Dicho en otros términos, lo que establece el precepto no es una responsabilidad subsidiaria de los administradores para cuando la sociedad no tenga

patrimonio suficiente porque éste haya sido perjudicado por la acción negligente de aquéllos, sino una verdadera asunción de las deudas sociales por los administradores como sanción civil por no haber procurado la disolución de la sociedad en los términos que la ley ordena.

Tal vez alguna confusión sobre el carácter de la responsabilidad haya podido proceder del hecho de que su exigencia se produce habitualmente en situaciones de deterioro patrimonial grave de la sociedad deudora, pues es entonces cuando los acreedores se muestran especialmente activos en la utilización de mecanismos alternativos de cobro. No es, por eso, extraño que la mayor parte de las demandas de responsabilidad por esta vía aleguen la concurrencia de la causa de disolución conocida como de "pérdidas cualificadas", que es la prevista en el nº 4 del artículo 260. Pero si se observan las causas de disolución a las que el artículo 262 vincula la obligación de los administradores de convocar la Junta General y, en su caso, de solicitar la disolución judicial, se aprecia inmediatamente que hay otras causas que en absoluto implican deterioro patrimonial de la sociedad. Se trata de las causas 3ª, 5ª y 7ª del 260 que, además de la citada 4ª, ponen en marcha el proceso regulado en el 262. Algunas de entre ellas (véanse, por ejemplo, las del nº 3 : conclusión de la empresa, imposibilidad de realizar el fin social, paralización de los órganos sociales) nada tienen que ver con situaciones de precariedad económica por pérdidas y hasta pueden concurrir en sociedades perfectamente solventes, por lo que contribuyen a alejar del análisis cualquier rastro de vinculación de la responsabilidad exigible a los administradores con hipótesis de imposibilidad de satisfacción a los acreedores por parte de la sociedad, de insolvencia de ésta provocada por la negligencia de los administradores o de daño patrimonial que afecte a los créditos pendientes.

De todo lo cual se deduce que el interés protegido por la ley es otro bien distinto: lo que se pretende es evitar el mantenimiento en el tráfico jurídico y económico de "sociedades ficticias o aparentes" en las que concurre una causa de disolución que no ha sido oportunamente removida, en la medida en que de tal situación derivan riesgos potenciales para la propia sociedad afectada, como persona jurídica, para los socios que pueden ver esfumarse progresivamente el valor de sus acciones y, sobre todo, para terceros de buena fe que pueden verse impulsados a establecer o a continuar relaciones jurídicas con una sociedad artificial que ni se disuelve, ni se liquida, ni se cancela en el Registro Mercantil.

Esta es quizá la principal razón por la que la ley impone a los administradores una obligación

tan estricta de procurar la disolución y una responsabilidad tan rigurosa para cuando incumplan esa obligación.

Por lo demás, este tipo de sanción consistente en asumir las deudas sociales no es tan extraño en el Derecho de Sociedades: existe en las sociedades de personas para ciertos incumplimientos y existe en la propia sociedad anónima en casos de falta de adaptación a la nueva ley en las Disposiciones Transitorias. La Ley de Sociedades Limitadas también lo ha recogido en el artículo 105.

Es ciertamente riguroso en sus presupuestos y en su alcance. En sus presupuestos porque el elemento desencadenante de la responsabilidad es simplemente el incumplimiento de una obligación estricta sometida a un plazo breve, como es el de dos meses desde que concurra la causa de disolución, para convocar la Junta General para que adopte el correspondiente acuerdo o alguna solución alternativa y, de no hacerlo, para instar la disolución judicial en otros dos meses. De modo que el grado de automatismo es considerable en la apreciación de tal presupuesto de la responsabilidad: basta constatar dos hechos objetivos, la concurrencia de una causa de disolución y el transcurso de dos meses para convocar con ese objeto disolutorio o de otros dos meses para instar la disolución judicial si ese objeto no se logra en la Junta General. Obviamente, si los administradores cumplen su obligación convocando, pero la Junta General no se llega a constituir por falta de quórum o, constituida, no adopta el acuerdo, no surge la responsabilidad porque falta la imputación del incumplimiento. De lo contrario, acaecidos los dos hechos objetivos citados, surge una presunción de incumplimiento de la obligación legal que facilita considerablemente la exigencia de responsabilidad, en la medida en que tal presunción alcanza a todos los administradores (por supuesto, en su caso, al administrador único) e invierte la carga de la prueba en su contra, de modo que ha de ser cada administrador que pretenda exonerarse quien debe demostrar que el incumplimiento no le es personalmente imputable.

El rigor señalado se aprecia también en el alcance económico de la responsabilidad: basta constatar que los administradores asumen todas las obligaciones sociales pendientes, con independencia de su naturaleza, origen, procedencia temporal, etc., pues ninguna distinción ni salvedad hay en el precepto legal al respecto, lo que imposibilita interpretaciones benignas en este punto (por ejemplo, extender la asunción de deudas sólo a las que se generaran a partir del incumplimiento, o a las contraídas durante el mandato de los administradores responsables, etc.). Si alguna duda inicial hubo en esto, la Ley de S.R.L. se

encargó de disiparla al referirse a "todas las obligaciones sociales" donde la L.S.A. sólo se había referido a "las obligaciones sociales".

#### **B.- En lo relativo a la aplicación de la cláusula de exoneración.**

El otro aspecto relevante de la Sentencia, merecedor de comentario, es el relativo a la aplicación que hace de la cláusula de exoneración de responsabilidad de los administradores, previsto en la L.S.A. en el artículo 133 y declarado aplicable a este supuesto especial. Es aquí donde, probablemente, se concentra más duda sobre la corrección del criterio sostenido por el Tribunal Supremo. En efecto, la Sentencia sostiene que para que un administrador conocedor de la situación de la sociedad obtenga la exoneración individual de responsabilidad debe impugnar el acuerdo del Consejo por el que se convoca la Junta General sin incluir en el orden del día la disolución de la sociedad o, sobrentiende, la adopción de medidas alternativas de reintegración patrimonial que solucionen la situación de pérdidas cualificadas. ¿Es proporcional esta exigencia que convierte la facultad de impugnar en un deber jurídico a estos efectos exoneratorios?

Para responder a esta pregunta se hace necesario valorar el alcance de la cláusula general del artículo 133. Se trata con ella de ofrecer algún elemento de equilibrio o compensación que los administradores individuales puedan utilizar frente al automatismo de la responsabilidad solidaria. Cuando, como es el caso, la administración social se organiza a través de un Consejo de Administración, el principio de colegialidad en la adopción de decisiones fundamenta una presunción de participación en ellas de todos los miembros del órgano. Si el acto realizado o el acuerdo adoptado resultan lesivos, se presume que todos los administradores han participado en él y que a todos les es imputable. Como es obvio, esta presunción de culpa colectiva está en la base de la solidaridad con que deben responder los administradores, sea del daño causado en el supuesto general del artículo 133, sea de las obligaciones sociales que deben asumir frente a los acreedores. En este caso en concreto, se presume que a todos los administradores les es imputable el incumplimiento de la obligación de procurar la disolución y por eso todos responden solidariamente de esas obligaciones.

Ahora bien, tal presunción debe admitir prueba en contrario, pues no sería razonable que todos los administradores se vieran afectados por la responsabilidad sin tener la posibilidad de probar que el incumplimiento no les es imputable. Esta es la función de la cláusula de exoneración: permitir a los administradores individua-

les demostrar la no imputabilidad del incumplimiento. La presunción invierte la carga de la prueba en contra de los administradores, pero si alguno de ellos consigue hacer valer en su favor una causa de exoneración demostrando que el incumplimiento no le es imputable, habrá destruido la presunción citada y no le será exigible la responsabilidad solidaria. El artículo 133 lo plantea así expresamente ("responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben...") y el artículo 262,5, lo hace implícitamente ("responderán solidariamente los administradores que incumplan la obligación..."). No se refiere a todos los administradores de forma irremisible, sino exactamente a los administradores que incumplan la obligación de convocar, de donde se deduce que, si bien inicialmente puede presumirse que todos los administradores han incumplido la obligación salvo prueba en contrario, si alguno de ellos demuestra que él no ha incumplido, no le alcanzará la responsabilidad solidaria.

Planteado así el sentido de la exoneración, el artículo 133 plantea tres circunstancias que pueden producir ese efecto. La primera se refiere a los administradores que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían la existencia del acto que origina responsabilidad, que en este caso es la no convocatoria de la Junta para disolver la sociedad. La segunda se refiere a los administradores que, conociendo la existencia del acto, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño, aquí para evitar la falta de convocatoria para disolver.

Finalmente, está el caso de los administradores que, al menos, se opusieron expresamente al acto de incumplimiento de la obligación legal.

Las opciones posibles de exoneración abren un abanico de posibilidades de análisis de las circunstancias concretas de cada supuesto de hecho que deben ser valoradas con equilibrio y ponderación. Seguramente será difícil probar el desconocimiento del acto de incumplimiento en condiciones normales de asistencia regular a las sesiones del Consejo de Administración y de información adecuada de los asuntos que en él se tratan, máxime cuando los administradores están obligados a utilizar en el desempeño del cargo una diligencia relativamente estricta como es la que les exige el artículo 127 de la L.S.A. (la de un ordenado empresario y un representante leal). La pregunta se refiere más bien al alcance del segundo término de la exoneración: ¿cuándo se entiende que un administrador ha hecho lo conveniente para evitar el acto de incumplimiento que genera la responsabilidad?; ¿hasta dónde llega exactamente su obligación de diligencia en este sentido?. Porque el artículo 133 parece establecer un umbral mínimo de exoneración. como

es la oposición expresa al acto, sin especificar si ello implica la manifestación de un desacuerdo que conste en acta del Consejo o basta algún signo externo e inequívoco de desaprobación para entender que ha habido oposición expresa.

Lo que el Tribunal Supremo ha dicho en la Sentencia es que no es suficiente la negativa a firmar los documentos contables o las actas del Consejo, y ni siquiera la manifestación pública de la intención de dimitir. En su criterio la única posibilidad de exoneración en estos casos de conocimiento demostrado del acto pasaría por ejercer la acción de impugnación del acuerdo del Consejo consistente en convocar Junta General sin incluir en el orden del día la disolución, utilizando para ello la legitimación que el artículo 143 de la L.S.A. concede a los administradores. Más allá de que con tal criterio se convierta prácticamente en un deber lo que el precepto legal configura como una facultad, la posición del Tribunal Supremo implica una interpretación notablemente restrictiva del ámbito legal de la exoneración.

En efecto, la L.S.A. no exige con carácter general un elemento estricto de profesionalidad o de competencia técnica para acceder al cargo de administrador. Lo que se exige es un comportamiento diligente y leal y por eso lo que ha de valorarse es si el administrador hizo lo conveniente atendiendo a las circunstancias del caso concreto. En el supuesto analizado, teniendo en cuenta esas circunstancias, podría perfectamente estimarse que se ha alcanzado el nivel suficiente de conveniencia y de manifestación de desacuerdo como para obtener la exoneración, pues convertir la posibilidad de impugnación en presupuesto materialmente único a tal efecto parece desproporcionado.

Si se analizan en detalle las circunstancias del caso (el tiempo efectivo de ejercicio del cargo, la forma de acceso en representación de la Corporación municipal, el estatus del administrador como integrante de una minoría con menos posibilidades objetivas de acceder a toda la información, etc.) puede llegarse a la conclusión de que tal administrador hizo lo que le era exigible a efectos de la exoneración. En este sentido, frente al rigor excesivo del criterio del Tribunal Supremo, parece más adecuada la tesis que mantuvo la Sentencia de Primera Instancia a la hora de valorar los hechos y de estimar suficiente el comportamiento desplegado por el administrador entonces exonerado, luego absuelto junto a los demás y finalmente condenado solidariamente al pago de las obligaciones sociales.

Frente a la interpretación sostenida en torno al carácter de la responsabilidad como sanción legal, ésta parte de la Sentencia del Tribunal

Supremo referida al alcance de la exoneración parece, en fin, menos defendible, en la medida en que cierra buena parte de las posibilidades de distinguir los tipos de comportamiento de los diversos administradores a efectos de atribuirles o no la imputabilidad del incumplimiento que es requisito para la responsabilidad solidaria.

Finalmente, en relación con este asunto de la exoneración pueden hacerse algunas precisiones añadidas. Así, debe estimarse aconsejable en casos de evidencia de situaciones de deterioro patrimonial que los administradores extremen las medidas de requerimiento que, con el debido asesoramiento, les lleven a plantear formalmente las medidas a adoptar: por ejemplo, si el administrador cuyo comportamiento es objeto de discusión en el caso hubiera procedido a requerir del Consejo la convocatoria de una Junta General para abordar la situación, proponiendo la disolución o las medidas alternativas como parte del orden del día, es probable que las posibilidades de exoneración hubieran aumentado. Por otro lado, teniendo en cuenta que la responsabilidad solidaria se establece en garantía de los acreedores pero que, en la relación interna entre codeudores solidarios, la cantidad satisfecha debe ser dividida, cabe la posibilidad de valorar el grado desigual de contribución al incumplimiento con ocasión del ejercicio del derecho de repetición o de regreso entre los obligados una vez efectuado el pago, pues la regla aquí debe ser que la división de la deuda en partes iguales sólo se justifica si no hay razones objetivas y demostradas que permitan establecer una proporción personalizada entre la cantidad de deuda a asumir y el grado de imputación individual del incumplimiento, correspondiendo la prueba al administrador que alegue en su favor la distribución desigual.

(Un Comentario interesante a la Sentencia del Tribunal Supremo aquí analizada puede verse en la Revista de Sociedades nº 15, Año 2000, de la Editorial Aranzadi, realizado por M<sup>a</sup> Jesús Peñas Moyano, Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid).

#### **4) ALGUNOS ASUNTOS CONEXOS DE INTERÉS JURÍDICO.**

Concluido el comentario propiamente dicho a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1999, quedan por mencionar en este apartado final algunos asuntos conexos que, si bien no fueron objeto de consideración en el proceso por distintos motivos de orientación de la demanda o de la oposición a ésta, tienen suficiente notoriedad y relevancia como para merecer una reflexión suplementaria.

A.- En primer lugar, y en relación con los efectos de la asunción de las deudas sociales por parte de los administradores como consecuencia de la responsabilidad analizada, debe tenerse en cuenta que tal asunción no supone que las deudas sociales dejen de ser de la sociedad y se conviertan en deudas personales de los administradores que responden de ellas como si fueran propias. Ocurre en la práctica que la sociedad deudora no suele ser demandada precisamente porque en los supuestos más habituales de aplicación del artículo 262 de la L.S.A., que son los de pérdidas cualificadas, ya se parte de la constatación de que la sociedad no está en condiciones patrimoniales de satisfacer sus deudas y lo que se busca precisamente es el pago de los administradores. Pero la sociedad sigue siendo deudora de sus acreedores y lo que hacen los administradores es pagar sus deudas pero no sustituirla. El efecto tiene alguna analogía con el que produce una fianza o garantía solidaria, ya que tampoco se exige la previa exclusión de los bienes de la sociedad ni la responsabilidad de los administradores tiene el carácter de subsidiaria. Sería, pues, factible dirigir la demanda contra los administradores y contra la propia sociedad conjuntamente, lo que puede ser útil si ésta mantiene solvencia patrimonial. Además, una vez que los administradores han pagado a los acreedores, frente a quienes podrían alegar las eventuales excepciones que la sociedad tuviera con ellos, la sociedad queda liberada porque la obligación se extingue con el fin de evitar un eventual doble pago. Pero esa liberación es sólo frente a los acreedores y no frente a los administradores que han pagado por ella, lo mismo que el pago por el fiador extingue la deuda frente al acreedor pero no frente al deudor principal. Dicho en otros términos, los administradores, una vez que han pagado, tendrían acción de repetición contra la sociedad deudora para, si es posible, recuperar lo pagado en todo o en parte, suponiendo que dicha sociedad mantenga su existencia, personalidad jurídica, titularidad patrimonial, etc.

2.- En segundo lugar, merece también una reflexión el hecho, incidentalmente planteado en el litigio, de que una parte de los administradores lo eran por designación de la Corporación Municipal o Provincial que tenían la condición de accionistas de la Sociedad Anónima Deportiva. Este era el caso concreto del administrador respecto del que se discutió la posibilidad de exoneración antes analizada que, a la sazón, formaba parte como concejal de la minoría municipal.

Quede claro que tales entidades públicas no habían sido designadas administradores ellas mismas, pues, de haberlo sido, la cuestión sería más evidente: estaríamos entonces ante el supuesto habitual de personas jurídicas administradores de una sociedad que designan un

representante permanente o persona física que ejerce el cargo en su nombre. De ser así, se viene admitiendo en la doctrina mercantil que la relación interna entre la persona jurídica administradora y la persona física representante en el Consejo de la sociedad administrada da lugar a un supuesto de ejercicio del cargo en nombre de otro que conlleva, llegado el caso, una responsabilidad compartida, lo que permite trasladar, y en forma solidaria, las consecuencias económicas que puedan derivar de tal ejercicio, excepto, quizá, en supuestos de mala fe de la persona física no imputable técnicamente a la persona jurídica representada.

Lo que se plantearía en este supuesto es una cuestión no exactamente idéntica pero sí con bastante analogía: a saber, si el administrador que accede al cargo no por un nombramiento personal autónomo de la sociedad administrada, sino en virtud de una previa designación representativa de la Corporación accionista, puede trasladar a ésta las consecuencias patrimoniales derivadas del ejercicio del cargo y, más en concreto, el importe de las obligaciones sociales satisfechas a los acreedores de la sociedad participada en virtud de responsabilidad / sanción civil por incumplimiento de una obligación.

Se trata de una compleja cuestión, con implicaciones diversas (de Derecho Civil, en cuanto a los efectos del mandato representativo, de Derecho Administrativo en cuanto a la naturaleza de la designación en estos casos, etc.), pero que en el ámbito mercantil debe ser enfocada en el contexto de la figura del administrador que lo es no en interés propio sino del accionista a quien materialmente representa y a cuyas instrucciones, poder de revocación, etc., estaría sometido. Tales criterios ofrecen base razonable para estimar jurídicamente correcto un planteamiento dirigido a desplazar a las citadas Corporaciones la parte de deuda asumida por sus efectivos representantes en el Consejo de la entidad deportiva en base a la significativa participación en el capital de ésta suscrita por aquéllas.

3.- En tercer lugar, y también como cuestión incidentalmente mencionada en el proceso pero no evaluada porque no llegó a tener planteamiento formal, estaría la de la posible eficacia de una póliza de seguro de responsabilidad civil de sus administradores que, a la sazón, la entidad deportiva tenía suscrita. Un análisis riguroso de tal cuestión exigiría un examen puntual del contenido de la póliza y de los habituales problemas de delimitación del riesgo cubierto, ámbito temporal de vigencia, montante de suma asegurada, ámbito de las eventuales exclusiones, contenido de los deberes de las partes en estos contratos de seguro, etc., que no procede efectuar aquí. Pero sí viene al caso llamar la atención, a la vista del

notable rigor con que esta responsabilidad puede ser exigida y declarada, de la conveniencia de suscribir pólizas de seguros suficientemente precisas, al menos en un doble aspecto, como es el de la correcta delimitación del supuesto de hecho de esta especial responsabilidad dentro de la definición de riesgos cubiertos y el de la exacta fijación del ámbito temporal de la cobertura con el fin de que esté clara su extensión a la época en que quedaron integrados los presupuestos de la responsabilidad, con independencia de la presentación de la demanda, o lo contrario. La práctica de las sociedades mercantiles muestra la frecuencia con que este tipo de pólizas son suscritas, pero también el escaso cuidado que a veces se emplea en perfilar cuestiones tan decisivas como son el concepto de riesgo cubierto, la descripción de los supuestos incluidos o excluidos, la delimitación de la vigencia temporal, etc., aspectos todos ellos que sin duda se irán teniendo en cuenta progresivamente a la vista del considerable alcance que la responsabilidad del artículo 262 va teniendo y con el fin de evitar litigiosidad e incertidumbre añadidas.

4.- Por último se impone una reflexión final de conjunto: la necesidad de ponderar bien las decisiones judiciales de aplicación de la responsabilidad aquí examinada. La conciencia del riesgo asumido debe llevar a la prudencia a quienes aceptan el cargo de administrador de una sociedad mercantil, dada la envergadura de los intereses en juego que pueden resultar afectados, pero no deben llevar en última instancia a apartar de la función de administrar a personas competentes y adecuadas para tales tareas. Se impone por ello una visión equilibrada que combine el debido rigor en la exigencia de responsabilidad a quienes están afectados por un estricto deber de diligencia como consecuencia de haber aceptado el cargo, con la garantía de que su conducta será valorada teniendo en cuenta las circunstancias concretas en que han desempeñado su función. Tal equilibrio se conseguirá conjugando ese rigor en la responsabilidad con el margen necesario de flexibilidad a la hora de apreciar las causas de exoneración, de modo que el administrador sepa de antemano con qué parámetros se le declarará responsable, pero también con qué criterios podrá quedar exonerado de responsabilidad. Al margen de la conveniencia de disponer de mecanismos de cobertura suficiente, como es el caso de los seguros de responsabilidad civil de administradores, que están proliferando en la práctica como póliza especial, la correcta aplicación del régimen legal de responsabilidad y exoneración constituye una cuestión esencial de seguridad jurídica que, en la mejor tradición del Derecho, implica un objetivo de certeza en cuanto a la interpretación de las normas vigentes para mayor garantía de todos los interesados.

Las Palmas de Gran Canaria, junio de 2001.