

La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en la nueva normativa

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SISTEMAS LEGISLATIVOS: 1. DERECHO ALEMÁN. 2. DERECHO FRANCÉS. 3. DERECHO ITALIANO. 4. SISTEMA ANGLOSAJÓN. 5. COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA.—III. **EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN NUESTRO DERECHO:** 1. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1829. 2. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1895. 3. LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 17 DE JULIO DE 1951.—IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES EN LA VIGENTE NORMATIVA: 1. MODIFICACIONES OPERADAS POR LA LEY 19/ 1989, DE 25 DE JULIO, EN ESTE PUNTO. 2. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS ADMINISTRADORES: A) Extensión de la responsabilidad; B) Aplicabilidad a las omisiones; C) Causas de exoneración de la responsabilidad; D) La subordinación a la junta general; E) Responsabilidad solidaria en supuestos de pluralidad de administradores; F) Duración de la responsabilidad y plazo de prescripción de la acción.—3. SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL TEXTO LEGAL. 4. OBLIGACIÓN DE GUARDAR SECRETO. 5. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL: A) Introducción; B) Ejercicio por la sociedad; C) La acción ejercitada por los accionistas; D) Ejercicio de la acción social por los acreedores.—6. LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD.—V. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

I. INTRODUCCIÓN

La sociedad anónima, una de las más perfectas creaciones del genio comercial, como acertadamente expresó Vidari (1), ha sido definida como un capital con personalidad jurídica (2). Ha supuesto en el pasado y representa actualmente un factor de progreso y de generación de riqueza. Ello

(1) ERCOLE VIDARI. *Corso di Diritto commerciale*, vol. secondo, Milano, 1881, págs. 8 y 9.

(2) J. GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1936, pág. 232. El mismo, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1953, pág. 114.

se ha debido, principalmente, al permitir por medio de tal mecanismo el mejor desarrollo de la iniciativa privada y porque ha posibilitado la actuación de grandes capitales, formados de pequeñas aportaciones de numerosos accionistas, tranquilizados porque su riesgo queda limitado a su participación en el ente social, pero ávidos de ver fructificar sus ahorros. No debe olvidarse que es inherente a toda actividad empresarial la idea de riesgo, por el legislador, por una parte favoreció la distribución de ese riesgo entre varias personas y, por otra, concedió a éstas el principio de limitar su responsabilidad a la cuantía de su aportación (3).

El carácter capitalista de esta sociedad, la limitación de la responsabilidad patrimonial de sus socios por las deudas y responsabilidades sociales y su estructura democrática, por cuanto la participación en los derechos sociales se determina en proporción a la aportación del accionista al ente social, precisa la existencia y actuación de diversos órganos: la junta general de accionistas, los administradores y los censores de cuentas.

Si la junta general es el órgano soberano, como ha recogido la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1963 y ha repetido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de octubre de 1984, al que están sometidos todos los demás órganos, que dependen en su nombramiento y revocación de dicha junta, el administrador o administradores suponen el órgano ejecutivo de la sociedad.

La sociedad anónima, motejada a veces como criatura superlativa del capitalismo y otras como cristalización del anticapitalismo, lleva en sí implícita un valor de Derecho que hace de ella una institución plena de contenido axiológico por los diversos beneficios que proporciona (4).

Los nudos más delicados e interesantes para la comunidad son los de su fundación y administración (5). Deben pedirse normas y sanciones para los administradores, pero no abrumarles con reglas y sanciones no soportables más allá de la línea clásica indiscutible (6) para mantener en pie una empresa y un patrimonio (7).

La actividad administrativa aparece como necesaria y deriva su exigencia no sólo de la propia esencia de la sociedad anónima, sino también de la existencia y reconocimiento de una autonomía patrimonial en tales

(3) José Manuel OTERO LASTRES: "La reforma de la legislación sobre sociedades: sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada", en *La Ley*, 2/1987, pág. 1183.

(4) Lorenzo MOSSA: "Fundación y administración de la sociedad anónima en el proyecto español de reforma", en *Revista de Derecho Mercantil*, vol. X, núm. 28, julio-agosto 1950, pág. 7.

(5) *Ibidem*, pág. 8.

(6) *Ibidem*, pág. 23.

(7) *Ibidem*, pág. 24.

entes mercantiles (8). Por actividad administrativa debemos entender cualquier género de actividad relacionada con el patrimonio (9). En sentido amplio, resulta equivalente a gobierno de un determinado patrimonio, o lo que es lo mismo, el cumplimiento de cualquier tipo de actividad económica y jurídica en relación precisamente con un determinado patrimonio (10). La sociedad anónima precisa valerse para su vida de relación, externa e interna, de un órgano ejecutivo y representativo a la vez, que lleve a cabo la gestión cotidiana de la sociedad (11). Este órgano ejecutivo y representativo del ente social administra y maneja un patrimonio ajeno y nos interesa ahora determinar la responsabilidad de esta concreta persona o colectivo encargado de tal cometido.

II. SISTEMAS LEGISLATIVOS

1. DERECHO ALEMÁN

Se caracteriza por vigorizar la posición de los administradores frente a las interferencias de los accionistas, pero reforzando al tiempo la intervención de éstos en el control de la gestión (12).

Desde la *Aktiennovelle* de 11 de junio de 1870 se estableció junto al *Vorstand* (Dirección) y con carácter necesario el *Aufsichtsrat* (Consejo de Vigilancia), que el Código de Comercio precedente había conferido carácter facultativo, y este sistema se mantuvo con la *Aktiennovelle* de 18 de junio de 1884 y con el Código de Comercio de 1897, con la *Aktiengesetz* de 30 de enero de 1937 y con la vigente *Aktiengesetz* (Ley de Sociedades Anónimas) de 6 de diciembre de 1965. Esta última normativa, si bien no desconoce la importancia del *Vorstand* como órgano encargado de la gestión social, tiende a fortalecer la posición del accionista y se ocupa especialmente de las *verbundene Unternehmen* (uniones de empresas), *Konzerne* (grupos de sociedades) y *Mitbestimmung* (cogestión), esta última fijada más tarde en la Ley de 4 de mayo de 1976 (13).

(8) Luis SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ: "Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles", en *Revista de Derecho Mercantil*, vol. 34, núm. 85, julio-septiembre de 1982, pág. 58.

(9) MINERVINI: *Gli amministratori di Società per azioni*, Milano, 1956, págs. 216 y 217.

(10) SUÁREZ-LLANOS, *ob. cit.*, pág. 68.

(11) Rodrigo URÍA: *Derecho Mercantil*, 16.^a ed., Madrid, 1989, pág. 287.

(12) Ángel CRISTÓBAL MONTES: "La administración de la sociedad anónima en Derecho comparado", en *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI, fase. III, julio-septiembre de 1983, pág. 845.

(13) Ver en *Documentación jurídica. Derecho europeo de Sociedades Anónimas*, t. XIV, julio-septiembre de 1987, Ministerio de Justicia, el estudio preliminar de José Miguel Embid Irujo, págs. 8 a 15.

Centrándonos exclusivamente en la responsabilidad de los miembros de la Dirección, hemos de destacar que su criterio de actuación ha de ser "con el cuidado de un gerente ordenado y fiel" (art. 93,1). El citado precepto añade que "deberán guardar silencio respecto a indicaciones confidenciales y secretas de la sociedad, en especial secretos de empresas o de operaciones que hayan llegado a conocimiento personal debido a su actividad en la Dirección".

La responsabilidad se destaca en los apartados siguientes del citado artículo 93. Así en 2: los miembros de la Dirección que infrinjan sus obligaciones están obligados solidariamente a resarcir a la sociedad los daños que se produzcan. Si resulta controvertida la aplicación de su deber de diligencia, les corresponderá la carga de la prueba.

En el artículo 93.3 se recoge que "los miembros de la Dirección están obligados especialmente a la indemnización por daños si en contra de esta Ley

- 1.º se devuelven aportaciones a los accionistas,
- 2.º se pagan intereses o participaciones en beneficios de los accionistas,
- 3.º si se suscriben, adquieren, reciben en prenda o recogen acciones propias de la sociedad o de otra sociedad,
- 4.º se emiten acciones antes del desembolso total del valor nominal o superior al precio de emisión,
- 5.º se reparte el patrimonio de la sociedad,
- 6.º se efectúan pagos una vez que se haya producido la insolvencia de la sociedad o haya resultado su endeudamiento excesivo,
- 7.º se conceden bonificaciones a miembros del Consejo de Vigilancia,
- 8.º se otorgan créditos,
- 9.º en caso de aumento de capital condicionado se emiten acciones suscritas fuera de la finalidad determinada o antes de la aportación total del contravalor".

El apartado 4 del artículo 93 señala que "la indemnización no podrá exigirse frente a la sociedad si la acción en cuestión descansa en un acuerdo legalmente adoptado por la Junta general. Por el hecho de que el Consejo de Vigilancia haya aprobado dicha actuación, no se excluye la obligación de indemnizar. La sociedad, transcurridos tres años desde que surge la pretensión, podrá renunciar a sus derechos de indemnización o transigir sobre los mismos cuando lo apruebe la Junta general y no se oponga a ello una minoría cuya participación, en conjunto, represente el doce por ciento del capital social. No existe limitación en el tiempo cuando la persona

obligada a indemnizar sea insolvente y para evitar o superar el procedimiento de quiebra concluya un acuerdo con sus acreedores".

Añade el apartado 5 que la pretensión de indemnización de la sociedad podrá, asimismo, ser alegada por los acreedores de la sociedad, en la medida en que éstos no pudieran obtener una satisfacción de la misma. Para casos distintos de los contemplados en el párrafo 3, la anterior disposición sólo será aplicable cuando el miembro del Consejo de Vigilancia haya quebrantado gravemente la diligencia de un gerente ordenado y leal; se aplicará de manera análoga el párrafo 2,2. El derecho de indemnización frente a los acreedores no podrá ser objeto de renuncia o transacción por la sociedad por el hecho de que la actuación se base en un acuerdo de la Junta general. Si el patrimonio de la sociedad quedara sujeto a un procedimiento de quiebra, el interventor de la quiebra podrá ejercer el derecho de los acreedores de la sociedad contra miembros de la Dirección".

Por último, el apartado 6 señala que "las pretensiones que derivan de estas disposiciones prescribirán a los cinco años", y el artículo 94 extiende a los suplentes de los miembros de la Dirección estas disposiciones (14).

2. DERECHO FRANCÉS

El sistema galo desde la Ley de 24 de julio de 1867 y las Leyes de 16 de noviembre de 1940 y 4 de marzo de 1943, hasta la vigente Ley de Sociedades Mercantiles de 24 de julio de 1966, completado por el Decreto de 13 de mayo de 1967, derogó los preceptos del Código de Comercio y los de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y ha aproximado el sistema al modelo alemán. Acoge dos formas de sociedad anónima en cuanto a su administración: la denominada tradicional con un Consejo de Administración que administra la sociedad (art. 89) y un Presidente-director que "asume, bajo su responsabilidad, la dirección general de la sociedad" (art. 113). La otra estructura operacional (arts. 118 a 150) presenta como dos piezas básicas "*le Directoire*" y "*Le Conseil de Surveillance*". El primero, colectivo de gestión con amplios poderes para actuar en nombre de la sociedad, integrado por un máximo de cinco miembros, accionistas o no, nombrados por el Consejo de Vigilancia por cuatro años y que pueden ser revocados por la Junta general a propuesta del Consejo de Vigilancia. A este último organismo compete el control permanente de la gestión de la sociedad (art. 128) y está compuesto por miembros, accio-

(14) He seguido la traducción de José Miguel Embid Irujo en la obra citada en nota anterior.

nistas, nombrados y removidos por la Junta general, oscilando entre tres y doce componentes.

Merece hacer mención del artículo 91 de la Ley número 66/537, de 24 de febrero de 1966, que permite que una persona jurídica pueda ser nombrada administrador, estando obligada a designar un representante permanente, que se someterá a las mismas condiciones y obligaciones, así como a las responsabilidades civiles y penales que el administrador en nombre propio, "sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona jurídica representada".

El artículo 92 prohíbe a toda persona física la pertenencia simultánea a más de ocho Consejos de Administración de sociedades domiciliadas en la Francia metropolitana.

Cada administrador debe ser propietario de un número de acciones de la sociedad determinado por los estatutos y estas acciones quedan afectadas en su totalidad a la garantía de todos los actos de gestión, incluidos los que serían exclusivamente personales de uno de los administradores (art. 95,2, modificado por la Ley 69/12, de 6 de enero de 1969). Estas acciones son inalienables y deben ser nominativas y, en su defecto, ser depositadas en Banco.

El antiguo administrador o sus derechohabientes recobran la libre disposición de las acciones en garantía por el mero hecho de aprobación por la Asamblea general ordinaria de las cuentas del último ejercicio correspondiente a su gestión (art. 96).

El artículo 100,3 se refiere a la obligación de guardar secreto sobre las informaciones recibidas con carácter confidencial y dadas por el Presidente del Consejo de Administración con tal carácter.

Los convenios concertados entre la sociedad y uno de sus administradores o directores generales o, sin este concierto, cuando éstos estén interesados o se realicen por medio de persona interpuesta, deben ser sometidos al Consejo de Administración.

Las consecuencias perjudiciales para la sociedad con relación a tales convenios y los desaprobados por la Asamblea "pueden ser puestas a cargo del administrador o del director general interesado, y, eventualmente, de los otros miembros del Consejo de Administración (art. 104). Sin perjuicio de esta responsabilidad de administradores o directores, pueden ser anulados dichos actos si han tenido consecuencias dañosas para la sociedad. Esta acción de nulidad prescribe a los tres años.

La responsabilidad civil de los administradores en funciones en el momento de incurrir en nulidad, puede ser declarada solidaria, en cuanto al perjuicio que resulte para los accionistas o terceros (art. 242,1). Esta acción prescribe a los tres años contados desde el día en que el acuerdo de

anulación hubiere adquirido fuerza de cosa juzgada (arts. 243 y 370,1). Por lo demás, los administradores serán responsables individual y solidariamente, según el caso, frente a la sociedad o frente a terceros, por infracción a las disposiciones legales o reglamentarias aplicables a las sociedades anónimas, por las violaciones de los estatutos y por las faltas cometidas en su gestión (art. 244,1, modificado por la Ley número 67/559, de 12 de junio de 1967). Si varios administradores han cooperado en los mismos hechos, el Tribunal determinará la parte constitutiva de cada uno en la reparación del daño (art. 244,2).

Además de la acción de reparación del perjuicio sufrido personalmente, los accionistas podrán, bien individualmente, bien agrupándose en las condiciones fijadas por decreto, promover la acción social de responsabilidad contra los administradores. Los demandantes estarán habilitados para perseguir la total reparación del total perjuicio sufrido por la sociedad, incrementado, en su caso, con daños y perjuicios (art. 245).

La acción de responsabilidad contra los administradores, tanto social como individual, prescribirá a los tres años a contar desde el hecho perjudicial, salvo que haya sido disimulado, en cuyo caso comienza con su revelación y si el hecho se califica de delito el plazo es de diez años (art. 247).

En caso de apertura de un procedimiento de "reflotamiento" judicial, en aplicación de la Ley número 85/98, de 25 de enero de 1985, relativa al "reflotamiento" y a la liquidación judicial de empresas, las personas afectadas por esta legislación podrán ser declaradas responsables del pasivo social y estarán sometidas a las prohibiciones e indignidades, en las condiciones previstas por dicha legislación (art. 248, modificado por la Ley citada) (15).

3. DERECHO ITALIANO

El régimen jurídico de la sociedad anónima está integrado en el Código Civil de 1942, que regula esta materia con notoria mayor perfección que el texto precedente, *Código di Commercio* de 1882, que seguía el modelo francés.

La administración se puede confiar a una o varias personas, pero en este último supuesto éstas constituirán el Consejo de Administración (art. 2.380). Su nombramiento no puede hacerse por un período superior a tres años, si bien cabe la reelección (art. 2.383) correspondiendo a la asamblea tanto su nombramiento como su revocación.

(15) La traducción del texto francés es de Jesús Blanco Campaña en la obra señalada en la nota 13.

Las facultades del Consejo de Administración pueden centrarse en dos fundamentales: una, la referente a la organización de la sociedad y la otra, al propio ejercicio de la empresa social (16).

Los administradores ostentan la representación de la sociedad (art. 2.384,1). El Consejo de Administración es el órgano colegiado de gestión, siendo necesario para la validez de sus deliberaciones la presencia de la mayoría de sus miembros, salvo que el título constitutivo no exija una mayoría superior de presentes. Sus decisiones se toman, salvo disposición contraria en el título constitutivo, por mayoría absoluta, no pudiendo votarse por representación (art. 2.388).

Los administradores deberán cumplir los deberes que les imponen la ley y el acto constitutivo con la diligencia del mandatario, y serán solidariamente responsables frente a la sociedad de los daños derivados de la inobservancia de tales deberes, a menos de que se trate de atribuciones propias del Comité ejecutivo o de uno o más administradores. En todo caso, serán solidariamente responsables si no han vigilado el curso general de la gestión social y también cuando, teniendo conocimiento de actos lesivos, no hayan hecho lo que hubieran podido para impedir su realización o eliminar o atenuar las consecuencias dañosas. La responsabilidad por los actos u omisiones de los administradores no se extiende a aquellos que, estando libres de culpa, hicieron constar inmediatamente su disenso en el libro de actas del Consejo, comunicándolo también inmediatamente y por escrito al Presidente del Colegio sindical (art. 2.392).

La acción social de responsabilidad de los acreedores requiere acuerdo de la asamblea aunque la sociedad se encuentre en liquidación. Tal acuerdo puede ser adoptado con ocasión de discusión del balance, aunque no esté incluido el asunto en el orden del día y entrañará la separación de los administradores contra los que se ejercita la acción, siempre que sea adoptado el acuerdo con el voto favorable de un quinto, al menos, del capital social. En este caso la asamblea proveerá lo necesario para su sustitución, pero la sociedad podrá renunciar al ejercicio de la acción de responsabilidad y transigir sobre la misma, con tal que la renuncia o transacción sea aprobada mediante acuerdo de la asamblea, y no se oponga una minoría que represente, al menos, la quinta parte del capital social (art. 2.393).

Además de esta acción social, los administradores responderán frente a los acreedores sociales de la inobservancia de las obligaciones inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio social. La acción podrá ser ejercitada por los acreedores cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de los créditos. En caso de quiebra o de

(16) MINERVINI, *ob. cit.*, págs. 182 y 183.

liquidación administrativa de la sociedad, la acción corresponde al síndico o al comisario de la liquidación. La renuncia de la acción por parte de la sociedad no impedirá el ejercicio de la acción por los acreedores sociales. La transacción podrá ser impugnada por los acreedores sólo con la acción revocatoria (art. 2.394).

Con carácter general recoge el artículo 2.395 que estas disposiciones precedentes sobre la responsabilidad de los acreedores no prejuzgan el derecho al resarcimiento del daño que compete el socio individual o al tercero que han sido directamente dañados por actos culposos o dolosos de los administradores (17).

4. SISTEMA ANGLOSAJÓN

No vamos a ocuparnos aquí de la evolución desde la antigua *Companies Act* inglesa de 1929, o de su sustitución por la de 1948, para llegar a la vigente regulación de 1980 (18). Sin embargo, sí hemos de destacar que en este sistema normativo se requiere una aprobación de la Junta general de cualquier contrato de trabajo entre un administrador y la sociedad o con otra sociedad del grupo si la duración es superior a cinco años y no cabe una revocación unilateral por parte de la sociedad, mediante simple notificación o no pueda resolverse más que por causas o circunstancias especiales (Sección 47). La relación jurídica del ente social con sus administradores se califica de contrato, lo que no empece al carácter orgánico de su estructuración en el Derecho inglés (19).

El administrador, en cuanto miembro de un ente social, puede ser relevado de su cargo, sin que ello impida el ejercicio de la acción de daños y perjuicios, si hubo incumplimiento contractual. La revocabilidad del nombramiento prueba el carácter orgánico de la administración, la posible indemnización de daños y perjuicios demuestra la existencia de un contrato (20). Además de exigirse el acuerdo de la Junta general para transacciones recayentes sobre importantes bienes patrimoniales y siempre que en ellas intervengan administradores o personas vinculadas con ellos y permitir su anulación a instancia de la sociedad, se prohíbe al ente social

(17) Hemos seguido la traducción de J. Blanco Campaña en la obra señalada en la nota 13.

(18) Sobre este punto: Ángel CRISTÓBAL MONTES, *ob. cit.*, págs. 863 y 865, y Clive M. SCHMITTHOFF: "Consideraciones generales sobre la ley inglesa de sociedades mercantiles de 1980", en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 156, abril-junio de 1980, págs. 191 y sigs.

(19) Clive M. SCHMITTHOFF, *ob. cit.*, pág. 208, nota 10.

(20) *Ibidem*.

conceder préstamos a los administradores. El administrador de empresa "holding" no podrá conceder tampoco un préstamo o cuasipréstamo al administrador de una sociedad relacionada con la entidad social acreedora (Sección 64), salvo limitadas excepciones.

Aparte de cuanto se ha expresado, la ley considera delito las acciones de *Insider* (Secciones 68-73), persona física sujeta a la sociedad y no excepcionada normativamente. La negociación realizada contraviniendo la prohibición del "insider trading" resulta nula y la persona que contravenga tales disposiciones incurre en responsabilidad penal, si bien es perseguible de oficio por el Director of Public Prosecutions (Sección 72).

La Ley de 1980 estableció que cualquier socio puede solicitar al Juez una indemnización por daños y perjuicios demostrando que la sociedad ha desarrollado operaciones de modo perjudicialmente injusto para algún miembro de la sociedad, incluida la omisión dañosa (Sección 75).

En Estados Unidos se ha llegado a un punto de separación entre propiedad y control de empresa y los administradores lo son de un organismo dirigido más a fines que interesan a toda la comunidad que al máximo beneficio de los socios (21).

5. La Comunidad Económica Europea ha dictado siete Directivas en materia de sociedades, pero ninguna hace referencia a la responsabilidad de los administradores (22). Tampoco el Reglamento 137/85, de 25 de julio de 1985, relativo a la agrupación europea de interés económico afecta a este punto.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE NUESTRO DERECHO

I. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1829

Nuestro primer Código Mercantil no señaló normas concretas sobre la responsabilidad de los administradores y siguió el modelo francés, quizá por destacar suficientemente en su definición de sociedad anónima, que su manejo se encomienda a administradores o mandatarios amovibles a voluntad de los socios (art. 265,3.º). Pero a cambio de tan precisa caracteri-

a1) BERLE: *Property, Production and Revolution*, cit. por Ángel Cristóbal Montes, *ob. cit.*, pág. 866.

(22) Primera Directiva 68/151, de 9 de mayo de 1968; Segunda 77/91, de 13 de diciembre de 1976; Tercera 78/855, de 9 de octubre de 1978; Cuarta 78/660, de 25 de julio de 1978; Sexta 82/891, de 17 de diciembre de 1982; Séptima 83/349, de 13 de junio de 1983, y Octava 84/253, de 10 de abril de 1984.

zación no dictó preceptos específicos sobre el régimen de responsabilidades (23).

Sin embargo, ya Martí de Eixalá (24) puso de relieve cómo esta carencia de normas determinaba que los administradores se prestaban al plagio y al fraude y comprometían con ello la fortuna de gran número de personas. Ello determinaría la promulgación de la Ley de 28 de enero de 1848 y su Reglamento de 17 de febrero del mismo año que, con independencia de la tutela del poder político-administrativo en la fundación y vida de la sociedad, propia del tiempo y determinante de viciosas actuaciones que llevarían a su derogación (25) estableciera la subordinación de los administradores a la junta, prohibiéndose cualquier pacto que tendiera a hacer irrevocable la administración o gerencia, como recogió el artículo 2.º del citado Reglamento y permitiendo, por otra parte, la revocación, incluso sin causa, como se estableció en el artículo 27 de la Ley. Sin embargo, lo más importante de toda esta normativa, es lo referente a la designación de personas encargadas de la vigilancia de la administración, recogida en el artículo 25 de la citada Ley, ello sin perjuicio de la inspección del Poder público.

A fines de octubre de 1868 se derogó toda la legislación especial y en el año siguiente se suprimió toda la intervención de la Administración pública, sustituyéndose ésta por la publicidad.

El artículo 11 de la Ley de 19 de octubre de 1869 permitió a los tenedores de acciones, tanto individual como colectivamente, reclamar ante los Tribunales ordinarios el cumplimiento de los estatutos y reglamentos por los que se rigieran las sociedades y de los acuerdos de las juntas legítimamente adoptados, para exigir responsabilidad a sus mandatarios o administradores.

2. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1885

El Código vigente recoge tal responsabilidad en su artículo 156: "Los administradores de las compañías anónimas son sus mandatarios y, mientras observen las reglas del mandato, no estarán sujetos a responsabilidad personal ni solidaria por las operaciones sociales; y si, por la infracción de las leyes y estatutos de la compañía, o por la intervención de los acuerdos

(23) J. GIRÓN TENA: "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español", en *Anuario de Derecho Civil*, t. XII, fase. II, abril-junio de 1959, pág. 523.

(24) *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, 5.ª ed., 1870, pág. 270.

(25) J. GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. 424.

legítimos de sus juntas generales, irrogaren perjuicios y fuesen varios los responsables cada uno de ellos responderá a prorrata".

Destacó Garrigues (26) que en virtud de tal precepto los administradores estaban sujetos a una doble especie de responsabilidad: como mandatarios de la sociedad y como órganos encargados de cumplir la ley, los estatutos sociales y los acuerdos legítimos adoptados por las juntas generales. La primera de tales responsabilidades se generaba por el incumplimiento de las obligaciones del mandatario, y respondía por ello el administrador, "no sólo del dolo, sino de la culpa que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según el mandato haya sido o no retribuido" (art. 1.726 del CC).

La segunda clase de responsabilidad nacía de actos contrarios a normas legales coactivas, a los estatutos y a los acuerdos legítimos de la junta general. Pero en ambos casos, si existía pluralidad de administradores la responsabilidad no era solidaria. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1915 estimó que el obrar en cumplimiento de lo acordado en la junta general eximía de responsabilidad al administrador. Tal doctrina fue muy criticada, con notoria razón, por la doctrina (27).

Aparte de lo que antecede, la teoría del mandato quedó totalmente desfasada desde el momento en que se patentizó por los tratadistas patrios la imposibilidad de que una sociedad anónima pudiera llegar a funcionar sin administradores (28). Pero toda la regulación de la administración en el Código de Comercio fue muy criticada por la doctrina (29).

3. LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 17 DE JULIO DE 1951

Esta Ley abandonó deliberadamente el concepto de mandato, inclinándose por la doctrina del órgano y exigiendo a los administradores la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, imponiendo a los órganos de administración del ente social la obligación de responder frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores de los daños causados por malicia o negligencia grave. Fue novedad de este texto la introducción de la teoría del órgano (30) o relación originaria, así como regular la responsabilidad de los administradores.

(26) *Curso...*, cit., t. I, pág. 268.

(27) *Ibidem*.

(28) GARRIGUES-URIA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. 2.º, Madrid, 1953, pág. 26.

(29) José M.ª ECHEVARRI Y VIVANCO: *Comentarios al Código de Comercio*, t. II, Valladolid, 1923, pág. 274.

(30) José M.ª GARRETA SUCH: "La responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima", en *Revista Jurídica de Cataluña*, julio-septiembre de 1981, págs. 596 y sigs.

El profesor de la Universidad de Pisa, Lorenzo Mossa, a la vista del proyecto español, que luego cristalizaría en la Ley de 17 de julio de 1951, reconoció haber solicitado para el Derecho italiano normas y sanciones para los administradores, y puso de relieve asimismo que ello había producido terror e imprevisión fuera de Italia, pero en conjunto se manifestó satisfecho de nuestro proyecto, porque no abrumaba a los administradores del ente social con reglas y sanciones insoportables más allá de una línea clásica indiscutible (31). Reconocía que el texto del proyecto reducía al mínimo indispensable las normas y las sanciones respecto a la conducta de los administradores y llamaba la atención del trasplante del modelo de responsabilidad de los socios de la compañía colectiva o de nombre colectivo, trasponiendo la responsabilidad por el patrimonio y los negocios sociales desde el capital impersonal de la sociedad al ámbito personal de la gestión (32). Añadía también que el proyecto español seguía la línea tradicional como consecuencia del daño provocado con malicia, abuso de facultades o negligencia grave en su artículo 80 (33).

Ya la propia exposición de motivos de la Ley de 17 de julio de 1951 recogía que "la forma en que se regula el concepto de acción permite asegurar que el reconocimiento de la responsabilidad de los administradores no será fuente de abusos ni hará peligrar la buena marcha de las sociedades. Servirá, por el contrario, para mantener en todos los casos la pureza administrativa que es norma y blasón de la mayoría de las empresas españolas". Sin embargo, la regulación que este texto legal adoptó para determinar la responsabilidad de los administradores y su exigencia fue motejada de conservadora por nuestros tratadistas (34).

Por lo pronto, sólo se ocupa de la responsabilidad civil, y como la penal no se determinó después, el resultado ha sido incompleto para regular debidamente la materia (35).

El artículo 79 expresaba que "desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal", conceptos estos que habrían de determinarse por los Tribunales (36), pero ello no era suficiente para incurrir en responsabilidad, porque se exigía, además, que el daño originado por tal actuación fuera "causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave" (37). Por si tales restricciones que reducían

(31) L. MOSSA, *oh. cit.*, pág. 23.

(32) *Ibidem*, pág. 24.

(33) *Ibidem*, pág. 26.

(34) J. M. GARRETA SUCH, *oh. cit.*, pág. 601.

(35) *Ibidem*.

(36) J. GARRIGUES: *Instituciones...*, cit., pág. 152.

(37) R. LÓPEZ BARRANTES y M. MEJÍAS GONZÁLEZ: *Sociedades Anónimas. Aplicación práctica de su legislación*, Madrid, 1953, pág. 392; no obstante esta clara interpretación del texto en cuestión añaden que "el más elemental criterio interpretativo

en grado sumo la aplicabilidad del precepto y la posibilidad de exigencia de la responsabilidad, no fueran suficientes, se restringía más aún, al declarar además exentos de responsabilidad a los administradores "que hayan salvado su voto en los acuerdos que hubieren causado el daño".

Se discutió si en los casos de administración plural la responsabilidad sería solidaria o mancomunada, pero la doctrina se inclinó en la tesis de la mancomunidad, por tratarse de una responsabilidad individual (38). Por los tratadistas se aludió a una responsabilidad social de los administradores frente a la sociedad, recogida en el artículo 80, diferente de la responsabilidad individual frente a socios y terceros contemplada en el artículo 81. La acción social de responsabilidad se atribuía a la junta general. Tal acuerdo podía ser adoptado aunque no figurara en el orden del día. En este sentido se pronunció la Sentencia de 31 de enero de 1969.

La sociedad podía en cualquier momento transigir o renunciar el ejercicio de la acción siempre que no se opusieran socios que representaran al menos la décima parte del capital social.

El acuerdo de promover la acción o de transigir implicaba la destitución de los administradores.

Los accionistas que representaran la décima parte del capital social podían 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 hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. A diferencia de la legislación francesa, que permite ejercitar la acción social de responsabilidad a accionistas aislados, en el Derecho italiano y en el nuestro sólo se concede a los socios que alcancen determinado porcentaje cuantitativo.

La responsabilidad social es subsidiaria ("cuando la sociedad no lo hiciere, dentro de la fecha de tres meses, contados desde la fecha del acuerdo o cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad"). En cuanto a "los acreedores de la sociedad sólo podrán dirigirse

obliga a pensar en la responsabilidad del administrador que falta a aquella diligencia —aunque no sea negligencia grave—. Y sucederá que habrá acciones como las que en este precepto (art. 79) se regulan no solamente en base a los artículos 1.902 del Código Civil... y los citados anteriormente sobre las reglas del contrato de mandato, sino incluso porque así se deduce del artículo 83 (que habla de la responsabilidad conforme a este artículo en caso de deslealtad).

(38) La mancomunidad ha constituido la *communis opinio* de nuestro tratadistas. Así GARRETA SUCH, *ob. cit.*, pág. 52, la apoya en el silencio de la Ley de Sociedades Anónimas, debiendo acudir por ello al artículo 1.137 del Código Civil y en que en otros muchos artículos de la Ley se recoge la solidaridad (arts. 7, 13, 27, 28, 29 y 113). También Víctor FAIREN GUILLEN: "La responsabilidad civil de los órganos de administración de las sociedades anónimas", en *Revista de Derecho Privado*, 1955, pág. 873; GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. 448.

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

Pero, con independencia de esta acción social, ejercitada primariamente por la sociedad y sólo en su defecto por los socios que representaren la décima parte del capital social y los acreedores, con la finalidad de reconstitución del patrimonio social y subsidiariamente de sociedad y socios, la Ley de 17 de julio de 1951 reconocía, además, una acción individual a favor de accionistas y acreedores. Esta última acción, con independencia de la social descrita, se refiere a la indemnización que pudiera corresponder a socios y terceros "por los actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos".

Más adelante nos ocuparemos con más detalle de esta acción, pues tal precepto no ha sido afectado por la reciente Ley y ha pasado íntegramente a la nueva normativa.

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES EN LA VIGENTE NORMATIVA

I. MODIFICACIONES OPERADAS POR LA LEY 19/1989, DE 25 DE JULIO, EN ESTE PUNTO

La necesidad de adaptar la Ley de Sociedades Anónimas y, en general, la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades, determinó la publicación de la Ley 19/1989, de 25 de julio (BOE del 27, núm. 178), pero si bien la reforma de la responsabilidad de los administradores no venía impuesta para la homologación a la normativa comunitaria, se aprovechó la ocasión para modificar la responsabilidad de los administradores (39). Ciertamente

(39) Francisco J. ARANGUREN URRIZA, en la obra conjunta con V. M. GARRIDO DE PALMA, J. Carlos SÁNCHEZ GONZÁLEZ, T. A. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ y F. Javier GARDAZÁBAL DEL RÍO: *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Editorial Trivium, Madrid, 1989, pág. 465; Jesús RUIZ-BEATO BRAVO: "La responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima", en *Cinco Días*, de 11 de enero de 1989, donde se expresa con razón que "a diferencia de lo que ocurre en otras muchas materias recogidas en el proyecto, en esta reforma se realiza por razones de política legislativa o de oportunidad y no porque así lo exija la necesaria adaptación de la legislación interna española a las Directivas de la CEE. La responsabilidad civil de los administradores aparece regulada en la Quinta Directiva, relativa a la estructura de las sociedades anónimas y poderes y obligaciones de sus órganos, y la misma, como es sabido, sólo está formulada a nivel de propuesta".

este tema del agravamiento de la responsabilidad de los administradores figuró y mucho entre los suscitadores de la polémica más viva en la fase de anteproyecto, lo cual era lógico, por ser tema hostil en su reacción y afectar directa y personalmente a los empresarios y más concretamente a las personas que ejercen funciones de gestión y representación en las grandes sociedades (40).

Pero, como dijimos, al no venir impuesta por homologaciones comunitarias, la nueva regulación de la responsabilidad de los administradores obedeció exclusivamente a una decisión de política legislativa del Gobierno (41). La Ley de 17 de julio de 1951 había sido muy criticada en este punto, señalándose al respecto que la responsabilidad de los administradores seguía "anclada" en los fundamentos y principios de la responsabilidad civil en general, en la doctrina de la culpa con alguna escapada hacia el riesgo (42).

Se estimó asimismo que tal regulación debiera calificarse de "conservadora", y se dijo también que no se encontraban sentencias que se refirieran a dicho tema, lo que quería decir claramente que no había tenido acceso a los Tribunales (43). La realidad es que en casi cuarenta años de vigencia apenas si se había hecho uso de los mecanismos de responsabilidad contenidos en la mencionada Ley (44). La tradicional benevolencia existente en nuestra Patria cristalizó en la Ley de 1951 en un sistema de responsabilidad basado sobre el daño causado "por malicia, abuso de facultades o negligencia grave" (45).

La reforma ha dado nueva redacción a los artículos 79 y 80, conservando inalterado el artículo 81. Tales preceptos, que son los que se ocupan genéricamente de la responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima se han trocado, respectivamente, en los artículos 133, 134 y 135 del Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas {BOE del 27, núm. 310} (46), que se dictó porque la disposición final primera de la

(40) Guillermo SENÉN: "La responsabilidad de los administradores después de la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas", en *Círculo de Empresarios*, boletín núm. 49, primer trimestre, 1990, pág. 77.

(41) *Ibidem*.

(42) V. FAIRÉN, *ob. cit.*, pág. 881.

(43) GARRETA SUCH, *ob. cit.*, pág. 601.

(44) F. RODRÍGUEZ ARTIGAS y QUIJANO GONZÁLEZ: *El nuevo derecho de sociedades de capital*, Editorial Trivium, Madrid, 1989, pág. 34.

(45) R. URÍA, *ob. cit.*, pág. 306.

(46) La corrección de errores del Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, se publicó en el BOE de 1 de febrero de 1990, núm. 28, y en cuanto a los preceptos que nos ocupan son los siguientes:

citada Ley 19/1989, de 25 de julio, autorizó al Gobierno para que en el plazo de un año a contar desde la publicación de esta Ley en el *BOE* elaborara y aprobara, mediante Decreto legislativo, un texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. En cuanto a la responsabilidad de la que se ocupa el nuevo artículo 79 (133 del t.r.) se observan las siguientes modificaciones en relación con la regulación precedente:

- a) En el apartado 1 declara la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales sin condicionar el daño causado (que lo era por malicia, abuso de facultades o negligencia grave en el texto derogado), aludiéndose además como fuente de responsabilidad no sólo a "los actos contrarios a la ley o a los estatutos", sino también "los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo".

En la Ley de 1951 se daba la exoneración de responsabilidad para el administrador que, aun no habiendo obrado con la diligencia exigible a un ordenado comerciante y representante leal, no llegara a un grado grave de negligencia, ni obrara con malicia o abuso de facultades, en la normativa vigente, no es consecuencia de negligencia grave, sino de la mera omisión de la diligencia con la que deben desempeñar el cargo o de actuación contraria a la ley o a los estatutos (47).

- b) Frente al sistema anterior sobre la categoría de la responsabilidad en los casos de actuación plural, el apartado segundo establece la responsabilidad solidaria.

-
- a) Donde dice: "Sociedad" en los arts. 133,1; 134,1; 134,4 y 135 (dos veces), debe decir: "sociedad".
- b) Donde dice: "Estatutos" en los arts. 133,1 y 134,1, debe decir: "estatutos".
- c) Donde dice: "Administradores" en los arts. 133,1; 134,1; 134,2; 134,4 y 134,5, debe decir: "administradores".
- d) Donde dice: "Junta" en los arts. 133,3; 134,1; 134,2 y 134,4 (dos veces), debe decir: "junta".
- e) En el art. 134,2, donde dice: "5 por 100", debe decir: "cinco por ciento".
- f) En el art. 133,2, donde dice: "...existencia o conociéndola hicieron...", debe decir: "...existencia o, conociéndola, hicieron...".
- g) En el art. 134,3, donde dice: "... no impedirá ni supondrá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supone renuncia...", debe decir: "... no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá renuncia...".
- h) En el art. 134,5, donde dice: "accionistas", debe decir: "accionistas".
- i) En el art. 135, donde dice: "... a los socios y a los terceros...", debe decir: "... a los socios y a terceros", y donde dice: "...actos de Administradores...", debe decir: "... actos de administradores...".

(47) José Javier CUEVAS CASTAÑO: "Administración y representación de la sociedad anónima: modificaciones y adaptación al Derecho comunitario", en *Boletín de Estudios Económicos*, vol. XLV, abril de 1990, núm. 139, págs. 66 y 67.

- c) Si en el texto originario de la Ley de 1951 estaban "exentos de responsabilidad los administradores que salvaron su voto en los acuerdos que hubieren causado daño", el texto vigente requiere la prueba de que además de no haber intervenido en la adopción y ejecución, desconocimiento de su existencia o, en caso contrario, esto es, conociéndolo, "hicieren todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieren expresamente a aquél".

En la Ley de 1951 se eximía de responsabilidad a los administradores que hubieren salvado su voto, exoneración que se extendía por la doctrina al caso de ausencia o de voto en contra, lo que significaría que un administrador solidario no sería responsable de los actos realizados por otro administrador. En la normativa vigente únicamente queda excluida la responsabilidad por el desconocimiento, la oposición expresa o la realización de todo lo conveniente para evitar el daño. En caso de administrador solidario, nacería la responsabilidad por lo realizado por el otro, salvo que pruebe su oposición expresa o su actitud beligerante para evitar el daño, pero la neutralidad, el "lavarse las manos" genera la responsabilidad (48).

- d) Expresamente se dice en el texto vigente que no exonerará de responsabilidad en ningún caso a los administradores que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.

En cuanto al artículo 80 (134 del t.r.) debemos destacar:

- a) El apartado 1 se conserva igual en su literalidad al texto precedente, pero se le ha adicionado un párrafo que dice: "Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la prevista en el artículo 93 para la adopción de este acuerdo".
- b) El apartado 2 es idéntico al texto anterior y lo único ocurrido es que el párrafo se ha dividido en dos.
- c) Se añade un apartado tercero para destacar que "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".
- d) El precedente párrafo tercero se limitaba a declarar la posibilidad del ejercicio de la acción social a los accionistas que representaren la décima parte del capital social cuando la sociedad no lo hiciere,

(48) *Ibidem*, pág. 67.

dentro del plazo de tres meses, contados desde la fecha del acuerdo o cuando éste hubiere sido contrario a la responsabilidad. El actual, más completo, permite a "los accionistas en los términos previstos en el artículo 100 (art. 56 de la Ley) 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 convocaren 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".

Con esto se completa el texto precedente, no limitándose sólo a la omisión de la pasividad de la sociedad, sino que se extiende a la falta de convocatoria de la junta por los administradores y, finalmente, se reduce el plazo de tres meses del texto precedente a uno.

- e) Finalmente, el último párrafo ha sido mejorado al suprimirse el adverbio "sólo" y se restringe el ejercicio al supuesto de que el patrimonio social —garantía de acreedores— resulte insuficiente para la satisfacción de los créditos de los acreedores, en tanto que el texto anterior hacía referencia a un acuerdo que amenazar gravemente la garantía de los créditos.

Aparte de cuanto ha quedado expresado, comparando el nuevo texto con el precedente, podemos destacar que la agravación de la responsabilidad de los administradores no se produce sólo por la nueva formulación de la regla general de la diligencia exigible y de los elementos que integran la responsabilidad, sino de otras normas de la nueva Ley que configuran una responsabilidad realmente agravada (49) y que examinaremos más adelante.

2. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS ADMINISTRADORES

A) *Extensión de la responsabilidad*

La responsabilidad de que se ocupa la Ley es sólo la civil. Como ya destacó la Sentencia de 25 de junio de 1959, los hechos son examinados dentro del ámbito del derecho privado sin inmiscuirse en lo resuelto por

(49) G. SENÉN, *ob. cit.*, pág. 78.

la jurisdicción penal dentro de su esfera, que no prejuzgó, ni podría prejuzgar lo que por la civil se resolviese a valorar con plena competencia tales hechos y sus efectos jurídicos.

Concretado el estudio a esta responsabilidad de tipo civil y de carácter reparatorio, frente al antiguo artículo 79 que recogía que "los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal", el artículo 127,1 del texto refundido (art. 79,1 de la Ley modificada) sustituye el término comerciante por el de empresario. Ello se debe a que la complejidad de una sociedad anónima ha dejado ya obsoleto aquel viejo concepto de comerciante, puesto que la sociedad puede tener un objeto tanto fabril como de comercio o servicios, y el precepto intenta adecuarse en su nomenclatura a las actuales circunstancias del mercado (50).

En su segundo párrafo se añade que "deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones".

Después de expresarse la diligencia en la actuación, se recoge también en el artículo 133,1 del texto refundido (79,2 de la Ley) que "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 deban desempeñar el cargo".

Ha desaparecido el sistema de reducir la responsabilidad de los administradores a los supuestos de daños causados por malicia, abuso de facultades o negligencia grave, bastando ahora para desencadenar la responsabilidad de los administradores causar un daño a la sociedad realizando actos contrarios a la ley o a los estatutos, o incluso cuando siendo conformes con la legalidad y las normas estatutarias sean realizados sin la diligencia con que deben desempeñar su cargo, que es la de un ordenado empresario y de un representante leal (arts. 127,1 y 133,1 del t.r.). La jurisprudencia, con referencia al texto de la Ley de 1951, pero que también resulta aplicable a la nueva normativa, había declarado en la Sentencia de 3 de marzo de 1966, que en los casos de impugnación establecidos en el artículo 79, no es preciso que se den conjuntamente, bastando que exista uno de ellos para la viabilidad de esta acción.

La referencia a esta precisa diligencia (de un ordenado empresario y de un representante leal), al no limitarse a la culpa grave, por haber desaparecido tal mención en el texto nuevo, supone, por una parte, la posibilidad de exigir responsabilidad no sólo en los supuestos de culpa grave o dolo,

(50) José M.^a NEILA NEILA. *La nueva Ley de Sociedades Anónimas. Doctrina, jurisprudencia y Directrices comunitarias*, vol. I, Edersa, Madrid, 1989, pág. 497.

propios de la legislación derogada, sino de la culpa leve y aun la levísima, cuando la conducta del administrador se separe del módulo de la culpa genérica en abstracto (de ordenado empresario y de representante leal). La tradicional norma de medida de la culpa de forma no profesional y con referencia al padre de familia se ha sustituido por la de un ordenado comerciante —ahora ordenado empresario—, eligiendo así la ley este camino entre los dos existentes en el Derecho comparado en este punto (51). El ordenado empresario constituye una especie de paterfamilias especializado por la civilización (52). Supone, a título de analogía, la expresión de datos reales susceptibles de entrar, a través de la experiencia, a formar parte de los materiales constitutivos de una máxima de experiencia. En cuanto la alusión al representante leal supone una mera concesión a la superada doctrina del mandato (53).

La diligencia del "buen padre de familia", del "bonus ac diligens paterfamilias" del Derecho Romano, a que alude el Código Civil en diversos preceptos (arts. 497, 1.094, 1.104, 1.555, 1.889 y 1.903), ha sido muy criticada por pretender medir a un hombre de carne y hueso con un fantasma, olvidando que la vida sólo con la vida puede medirse (54).

Al no expresar nada la Ley sobre la intensidad o grado de la culpa por el que deben responder los administradores, hay que estimar que todos son susceptibles de generar dicha responsabilidad. La referencia a la diligencia de un representante leal ha hecho acudir a las normas del mandato mercantil, que obliga a cuidar de los asuntos como propios y que se recoge en el artículo 255 del Código de Comercio (55), en virtud del cual se obliga al comisionista en lo no previsto expresamente por el comitente, consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio, pero si estuviere autorizado a obrar a su arbitrio o no fuere posible la consulta, "hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio". Ello nos transmite a la culpa leve *in concreto*.

Ciertamente no nos encontramos ante una responsabilidad objetiva o sin culpa. En todo caso se exige negligencia en el administrador o administradores, pero no se explicita la clase de imprudencia. La supresión de la referencia a la negligencia grave lo es para hacer más rigurosa y exigente la responsabilidad. Podría entenderse por ello, que ahora se genera la responsabilidad no sólo de la culpa grave como en el texto derogado, sino por la leve e incluso la levísima. La admisión de esta última pudiera

(51) J. GIRÓN: *La responsabilidad...*, cit., pág. 446.

(52) V. FAIRÉN GUILLEN, *ob. cit.*, pág. 869.

(53) *Ibidem*.

(54) J. ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, t. I, parte general, Madrid, 1949, pág. 219.

(55) GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. cit.

apoyarse en que sirve de desencadenante de la responsabilidad en los supuestos de culpa extracontractual o aquiliana de los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, como se deduce del propio artículo 1.089 del mismo texto legal, que recoge la regla "et Lege Aquilia ex levísima culpa venit". Pero los autores se refieren tan sólo a la culpa leve como desencadenante de la responsabilidad en la gestión (56).

Estamos de acuerdo con que la exigencia de una responsabilidad objetiva o por el resultado alejaría a los hombres preparados para la dirección de negocios de la asunción de las eventuales responsabilidades nacidas en la gestión de la sociedad anónima (57), pero una cosa es la no admisión de la responsabilidad sin culpa y otra muy distinta la admisión de la negligencia levísima. La trascendencia puede ser muy destacada en cuanto a sus efectos. En el primer caso, el actor sólo tendría que probar el daño y la relación de causalidad con la actuación del administrador, en el otro supuesto pecharía con la carga de la alegación y de la prueba además del acreditamiento o demostración de la negligencia. Téngase en cuenta que el nuevo artículo 79 ha pretendido lograr un sistema de responsabilidad más enérgico y completo que al anterior (58) y que no se ha señalado limitación en la literalidad del nuevo precepto, que se ha limitado a suprimir la restrictiva concreción y reducción de la culpa grave. Se incluyen así, frente a lo que sucedía en el texto precedente, los daños causados por simple negligencia del administrador (art. 79,2 de la LSA, reformada, y art. 133,1 del t.r.) (59). Por otra parte, los límites entre las diversas clases de culpa son imprecisos y equívocos, así como determinados por referencias culturales extranormativas, y si se aplicara el sistema de la culpa *in concreto* habría razones suficientes para determinar la responsabilidad por la culpa levísima, porque en los asuntos propios se suele poner una diligencia extremada.

Sin embargo, de tales argumentos, pensamos que el criterio de benignidad de nuestros Tribunales excluirá la culpa levísima, profetizamos que con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo sobre la culpa contractual, pese a que la doctrina del mandato para el administrador ha sido arrumbada y que a la teoría del órgano le es más aplicable la responsabilidad aquiliana. La Sentencia de 25 de mayo de 1979 estimó como negligencia grave no celebrar en un año ninguna reunión del Consejo de Administración, ni junta general ordinaria, así como no rendir cuentas durante varios años.

(56) G. SENÉN, *ob. cit.*, pág. 78.

(57) LEHMANN. *Gesellschaftsrecht*, 1949, pág. 203, cit. por Girón Tena, *ob. cit.*, pág. 447.

(58) R. URÍA, *ob. cit.*, pág. 306.

(59) *Ibidem*, pág. 307.

B) *Aplicabilidad a las omisiones*

Aunque no se hace referencia expresa a las omisiones en el texto, entendemos que, producido un daño y demostrada la causalidad con la omisión negligente, como ocurre en el artículo 1.902 del Código Civil, se generará la responsabilidad (60).

La responsabilidad del administrador se extiende no sólo a los actos, sino a las omisiones, ya que lo mismo se perjudica los intereses sociales con actuaciones positivas que con dejaciones y abstenciones injustificadas, dejando de realizar aquellas actividades que debieran de efectuarse inexcusablemente (61).

En la responsabilidad solidaria, de la que más adelante nos ocuparemos, específicamente se extiende incluso del acto en que no se ha intervenido, ni en su adopción ni en su ejecución, si no se hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, no consta que se opusiera expresamente a dicho acto.

La responsabilidad se extiende no sólo a la ejecución del acuerdo determinante del daño por actos contrarios a la ley o estatutos, o bien, siendo conformes, realizados sin la diligencia debida, sino también al propio acuerdo (62). Se extiende, por tanto, lo mismo a la vía de declaración que a la de ejecución, ya que ésta no es otra cosa que la puesta en práctica de lo acordado. A estos dos momentos hace alusión el artículo 79,3 nuevo (art. 133,2 del t.r.), al referirse tanto a la *adopción* del acuerdo lesivo como a la propia *ejecución* del mismo.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1986, la responsabilidad del artículo 79 exige: *a)* la realidad del daño; *b)* al ser la responsabilidad subjetiva, conductas maliciosas, de abuso de facultades o gravemente culposas, y *c)* la culpa originadora de la responsabilidad ha de ser grave. En todo caso, se ha exigido un daño estimable y una actuación dolosa o gravemente negligente, en Sentencias de 31 de enero de 1969, 28 de marzo y 21 de mayo de 1985, 13 de octubre de 1986 y 12 de abril de 1989.

Adaptando tal doctrina a la normativa vigente, resulta: *a)* la realidad del daño; *b)* conducta contraria a la ley o a los estatutos o, siendo conformes, realizadas sin la diligencia con que deben desempeñar el cargo; *c)* cualquier entidad de culpa o negligencia (o si no se acepta amplitud, tanto el dolo, la culpa grave y la culpa leve).

(60) F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, pág. 468.

(61) J. M. NEILA, *ob. cit.*, pág. 498.

(62) F. J. ARANGUREN URRIZA, *ob. cit.*, pág. 467.

C) *Causas de exoneración de la responsabilidad*

No exonera de la responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general (art. 79,4 de la Ley y 133,3 del t.r.). Ello se debe a que si bien la junta general es el órgano soberano de la sociedad, el acto contrario a la ley o a los estatutos es ilícito y también lo es el que sea conforme pero se realice sin diligencia debida por los administradores.

Este punto destaca su interés por las consecuencias a que puede dar lugar, derivadas tanto de la relación entre los diversos órganos sociales como a la posible distribución de competencias (63).

Los administradores que ejecuten un acuerdo nulo o anulable de la junta incurrir en responsabilidad. Están legitimados para su impugnación, como se deduce del artículo 117,1 del texto refundido (64), los accionistas y cualquier tercero que acredite un interés legítimo. Para los actos anulables, los accionistas que hubieren hecho constar en el acta su oposición al acuerdo o hubieren sido ilegítimamente privados del voto.

D) *La subordinación a la junta general*

La Ley de 1951 fue más lejos que su anteproyecto (65). En éste se mantiene la soberanía de la junta, pero se pretendió "contrapesar los poderes de la Dirección y el poder de la Junta general". El artículo 51,2 del anteproyecto citado desapareció en la Ley de 17 de julio de 1951 y ha quedado el principio de la soberanía de la junta sin recortes ni limitaciones (66). Este principio se ha conservado igual en el texto vigente.

Los administradores como representantes leales no están sujetos a una obediencia ciega a los mandatos o acuerdos de la junta cuando éstos sean claramente nulos o anulables. El problema respecto a estos últimos radica en la brevedad del plazo de caducidad señalado para su impugnación

(63) *Ibidem*.

(64) F. J. ARANGUREN estima que tanto los actos nulos como los anulables acordados por la junta general obligan a su ejecución a los administradores. No puedo estar de acuerdo con dicha opinión, que luego se contradice en el texto, al añadir que la forma de exoneración de la responsabilidad es, además de no intervenir en su ejecución, preconstituir prueba de su oposición. Lo que realmente se deduce es que la ley no se conforma con la pasividad, con la omisión de los administradores frente a los actos nulos y anulables, sino que exige una oposición a tales actos.

(65) GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. 437.

(66) *Ibidem*, pág. 438.

(cuarenta días, a diferencia de la impugnación de los actos nulos en que el plazo es de un año), pero ello no empece a la obligación del administrador de impugnarlo, si bien si no lo hiciere y, con independencia de la responsabilidad en que incurra por no hacerlo, combatiéndolo dentro de plazo, el acuerdo devendrá ejecutivo y deberá cumplirse.

La ratificación por la junta general de lo actuado por los administradores no presupone necesariamente que éstos hayan invadido asuntos y materias que son incumbencia exclusiva de la asamblea (67). Puede ocurrir así, y en tal caso habría que entender que la ratificación *ex post facto* conferirá al acto administrativo una eficacia de la que carecería en otro caso y siempre que no se trate de materia contraria a la ley o a los estatutos, como se desprende del artículo 1.259 del Código Civil. Pero también puede ocurrir que siendo el acto atribución de los administradores, la junta lo aprueba y hace suyo, pretendiendo un respaldo a la conducta de tal órgano de gestión o representación. En el primer caso podría desencadenarse la responsabilidad de los administradores, pero no necesariamente. Así, si la junta lo ratifica, porque se estima que es útil y conveniente para la sociedad, pienso que no puede nacer responsabilidad donde no existe daño o perjuicio ajeno. En otro caso, necesariamente y, pese a la ratificación de la junta, se desencadenaría la responsabilidad exigible por la sociedad, accionistas o terceros. El artículo 133,3 declara irrelevante tal ratificación de la junta general, pero es que, además, la ratificación con finalidad de renuncia no valdrá, si se oponen accionistas que representen el cinco por ciento del capital social, según establece el artículo 134,2 en un sentido de protección minoritaria.

E) *Responsabilidad solidaria en supuestos de pluralidad de administradores*

Siguiendo los modelos francés y holandés, si bien en estos ordenamientos se recogen numerosas excepciones, la reforma de la Ley de 1951 ha establecido la regla de la solidaridad. Los administradores de la sociedad anónima, en caso de ser plural su número, responden de forma solidaria. Todos responden de todo (68). Contra uno cualquiera de ellos, contra varios o contra todos puede desencadenarse la responsabilidad para reclamar la totalidad del perjuicio causado.

Todos los consejeros sin excepción son responsables. Si existe pluralidad de administradores y han sido designados solidariamente, responden

(67) F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, pág. 467.

(68) J. M. NEILA, *ob. cit.*, pág. 499.

los que hayan adoptado la decisión u omitido la actuación necesaria y los restantes siempre que hayan intervenido en la misma. En supuesto de mancomunidad, ambos administradores (69).

En todo caso se trata de una presunción de responsabilidad solidaria en supuestos de administración plural, que descarga del *onus probandi* a la actora. Incumbe así al concreto administrador, para poder eludir la responsabilidad nacida de tal presunción, probar que no tuvo parte en tal acto generador de la misma y que intentó evitarlo, si lo conoció.

El artículo 132,2 del texto refundido (art. 79,3 de la Ley) permite subdistinguir diversos supuestos:

- a) Si el administrador no ha intervenido en la adopción del acuerdo y desconocía su existencia, no incurre en responsabilidad (70), siempre que no se le pueda imputar tal desconocimiento. En este caso su responsabilidad derivaría de omisión. Se ha juzgado riguroso el precepto por exigir para la exoneración de la responsabilidad no haber intervenido. También se ha discutido si ha de estimarse intervención la mera presencia o ha de exigirse en todo caso una "intervención decisiva" (71). A esto debe responderse que la pasividad o el desentendimiento pueden generar el desencadenamiento de la responsabilidad, habida cuenta la exigencia de representación leal y la actuación como ordenado empresario, que se demanda del administrador.
- b) Cuando conociendo la existencia de ejecución del acuerdo hizo el administrador todo lo conveniente para evitar el daño ocasionado. Lo normal que debe realizar es la impugnación de tal acuerdo y a ello se refiere el artículo 116 [art. 83,^ de la Ley]. No es bastante la disidencia, el desacuerdo, la oposición verbal en el colectivo de administradores a la decisión tomada. La ley exige algo más: Hacer "todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, oponerse expresamente a aquél" (72). En caso de acuerdo, la oposición expresa requiere la manifestación contraria al mismo y su constancia en el acta de la sesión correspondiente. Pero, a más de todo ello, la impugnación del acto, ya que no puede decirse que se opone el que permite que el acto o acuerdo devenga inexpugnable por el transcurso del tiempo de caducidad, si no lo ha evitado o

(69) *Ibidem*.

(70) *Ibidem*. Entiende que se generaría la responsabilidad por no haber adoptado el acuerdo que se tenía el deber de adoptar.

(71) F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, pág. 467, estima esta última, pues es evidente que el que votó en contra o salvó su voto, no tuvo intervención en la adopción del acuerdo.

(72) *Ibidem*.

intentado al menos por el modo legal y más normal cual es su impugnación judicial. Por ello parece deducirse que debe estimarse como obligatorio impugnar el acto o acuerdo contrario a la ley o a los estatutos porque la antijuridicidad resulta patente, pero no debe exigirse cuando sea simplemente perjudicial a la sociedad desde un punto de vista económico exclusivamente, porque en estos casos es suficiente la impugnación en el debate interno (73).

Existe una presunción de culpa colectiva (74) que es compatible con la no presunción de falta de diligencia (75). Efectivamente, la parte demandante (sociedad, accionistas o acreedores) ha de probar el daño, la culpa y la relación de causalidad, pero probada la culpa, se presume la culpa colectiva de todos los administradores (76).

F) *Duración de la responsabilidad y plazo de prescripción de la acción*

La nueva normativa, al igual que ocurría con la Ley de 1951, no menciona el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad. Garrigues (77) estimaba deliberada esta omisión en el texto precedente y señalaba al respecto que tal cuestión estaba prevista y resuelta en un precepto específico del Código de Comercio, cuya vigencia había sido declarada por el Decreto de 14 de diciembre de 1951, al referirse a las disposiciones de la legislación común que quedaban en vigor después de publicada la precedente Ley de Sociedades Anónimas, refiriéndose al artículo 949 (78). El artículo citado señala que "la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración". La Ley 19/1989, de 25 de julio, no ha afectado a este punto, y los tratadistas patrios han aceptado tal aplicación, tanto para el texto precedente (79) como para el actual (80).

(73) *Ibídem*.

(74) RODRÍGUEZ ARTIGAS y QUIJANO, *ob. cit.*, pág. cit.

(75) F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, pág. 468.

(76) *Ibídem*.

(77) GARRIGUES-URÍA, *ob. cit.*, pág. 155.

(78) *Ibídem*.

(79) Véase FAIRÉN GUILLEN, *ob. cit.*, pág. 880; L. SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ; "Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima", en *Anuario de Derecho Civil*, t. XV, fase. IV, octubre-diciembre de 1962, pág. 930; J. M. GARRETA SUCH, *ob. cit.*, pág. 949.

(80) J. M. NEILA, *ob. cit.*, pág. 500; F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, pág. 471, si bien matiza con que ha de producirse el daño para que surja la acción.

En virtud de tal precepto, el plazo de la acción queda en suspenso mientras el administrador ejerca el cargo (81), pero en cuanto cese el mismo comienza a correr el plazo prescriptivo, con independencia de que el hecho que motive la responsabilidad se descubra después del cese del administrador (82). Ciertamente que existe una suspensión, que permite que el término inicial haya que vincularlo a la realización del *eventus damni* (83). Se trata en sustancia de una suspensión del plazo de prescripción por una causa normalmente existente en el momento en que el plazo debiera comenzar a transcurrir, en virtud de lo cual se produce un desplazamiento de la iniciación del plazo prescriptivo hasta el momento que cesa la causa que originó la pretensión (84).

Todo el problema radica en que el desencadenante de la responsabilidad es la producción del daño, y éste puede surgir después de haber cesado el administrador (85). Entiende Suárez-Llanos que el momento de la producción del daño y no el cese determinará el inicio del plazo prescriptivo durante los cuatro años señalados en el artículo 949 del Código de Comercio (86). En otro caso, el término de prescripción comenzaría antes de que el derecho pudiera ejercitarse (87), lo cual debe rechazarse por absurdo, habida cuenta lo dispuesto en el artículo 1.969 del Código Civil.

Entendemos que existe una confusión en la interpretación del citado artículo 949, que claramente se refiere al cómputo final. "Terminará" dice precisamente el texto y parece que el legislador quiere dejar tranquilos a los administradores de su responsabilidad transcurrido este plazo. Téngase en cuenta, además, que el acuerdo de promover la acción o de transigir determina la destitución de los administradores afectados (art. 134,2,2 t.r.). La responsabilidad podrá exigirse no simplemente cuando el administrador esté en el ejercicio de sus funciones, sino también después de haber cesado en ellas (88). Precisamente a partir del momento del cese es cuando correrá el plazo de cuatro años de prescripción de la acción de responsabilidad contra los administradores, según el tantas veces citado artículo 949 del Código de Comercio y que se reitera en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1962 (89). Esta resolución mantiene la doctri-

(81) GARRIGUES-URÍA, *ob. cit.*, pág. cit.

(82) L. SUÁREZ-LLANOS, *ob. ult. cit.*, pág. cit.

(83) *Ibidem.*

(84) *Ibidem*, págs. 930 y 931, nota 24.

(85) F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, pág. 471.

(86) *Ibidem*, pág. 931.

(87) *Ibidem.*

(88) F. SÁNCHEZ CALERO: "LOS administradores en la sociedad anónima", en *Pre-tor*, año 1979, pág. 224.

(89) *Ibidem.*

na de que una cosa es que se extinga el mandato por renuncia del mandatario y otra muy distinta que tal extinción arrastre la liberación de las responsabilidades contraídas por el mandatario en cumplimiento del encargo que se le encomendó, porque la ley concede acciones y un plazo de prescripción y de caducidad, dentro del cual pueden ejercitarse si no se renunciaron, como ocurría en el caso del recurso.

3. SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL TEXTO LEGAL

A lo largo del articulado de la ley encontramos diversos supuestos concretos en que se proclama la responsabilidad civil de los administradores:

- a) "Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad" (art. 15,1).
No se refiere expresamente el texto a los administradores, pero implícitamente se comprenden en el mismo y en el apartado 2 del precepto se les nombra expresamente.
- b) Los administradores responderán solidariamente de los daños y perjuicios que causaren por su incumplimiento de presentar a inscripción la escritura de constitución en el Registro Mercantil del domicilio social en el plazo de dos meses (art. 17,2), a contar desde su otorgamiento.
- c) La prohibición de suscribir la sociedad acciones propias, ni emitidas por su sociedad dominante. En caso de realización por persona interpuesta, los administradores responderán solidariamente del reembolso de las acciones suscritas (art. 74,3). Quedarán exentos de responsabilidad quienes demuestren no haber incurrido en culpa (art. 74,4).
- d) Se impone multa a los administradores de la sociedad anónima, previa instrucción de expediente, por el Ministerio de Economía y Hacienda, con audiencia de los interesados y conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo, por importe de hasta el valor de las acciones suscritas, adquiridas o aceptadas en garantía de la sociedad o adquiridas por un tercero con asistencia financiera de la sociedad (art. 89,1), infringiendo cualquiera de las prohibiciones

establecidas en la sección 4.^a (arts. 74 a 89). O sea, lo que se ha denominado como prohibición sobre autocartera.

- e) El incumplimiento por los administradores de la obligación de depositar los documentos a que se refiere la sección 10.^a ("Depósito y publicidad de cuentas anuales") dará lugar a la imposición de una multa a la sociedad de 200.000 a 2.000.000 de pesetas por cada año de retraso (art. 221).
- f) 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 judicial de la sociedad en el plazo de dos meses, a contar de 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 hubiere sido contrario a su disolución (art. 262,5).
- g) Los administradores de la sociedad que incumplieren lo establecido para el anuncio de la emisión de obligaciones en el mercado con los datos previstos en el artículo 286,1 serán solidariamente responsables ante los obligacionistas de los daños que, por culpa o negligencia, les hubieren causado (art. 286,2).
- h) Por no adaptar antes del 30 de junio de 1992 los estatutos a lo dispuesto en la nueva ley, si estuvieran en contradicción con sus preceptos, los administradores y, en su caso, los liquidadores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales (disp. trans. 38).
- i) A partir de la fecha máxima establecida para la adecuación de la cifra social al mínimo legal, no se inscribirá en el Registro Mercantil escritura alguna de sociedad anónima que no hubiera procedido a dicha adecuación. Se exceptúan las escrituras de cese o de dimisión de administradores, gerentes, directores generales o liquidadores, y de revocación de poderes, así como la de disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores. Si antes del 31 de diciembre de 1995 las sociedades anónimas no hubieran presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en las que consten el acuerdo de aumentar el capital social hasta el mínimo legal, la suscripción total de las acciones emitidas y el desembolso de una cuarta parte, por lo menos, del valor de cada una de sus acciones, quedarán disueltas de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a la sociedad disuelta. No obstante la cancelación, subsistirá la responsabilidad personal y solidaria de administradores, gerentes,

directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad (disp. trans. 6.^a).

- j) Por incumplimiento de la obligación (de empresarios individuales, sociedades y entidades sujetas a inscripción obligatoria) de hacer constar toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y factura, el domicilio y los datos identificadores de su inscripción en el Registro Mercantil y en las sociedades mercantiles su forma jurídica y, en su caso, situación de liquidación en que se encuentren, será sancionado con una multa de 50.000 a 500.000 pesetas (art. 24 del Código de Comercio, modificado por el art. 1.º de la Ley 19/1989, de 25 de julio).

4. OBLIGACIÓN DE GUARDAR SECRETO

La Ley 19/1989 recogió tal obligación en el inciso final del artículo 79,1, después de señalar que "los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y representante leal", añadió que "deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial aun después de cesar en sus funciones". Pero el texto refundido lo ha extraído del precepto de la responsabilidad (art. 133) y lo ha trasladado al artículo 127, referente al ejercicio del cargo y ha convertido en dos párrafos lo que antes eran dos incisos del mismo párrafo.

Fuera de la colocación sistemática o de la *sedes materiae*, hay que destacar que se establece una nueva obligación que no se encontraba explicitada en la redacción originaria de la Ley de 17 de julio de 1951 y que ahora se recoge de forma expresa (90). De todas maneras, el precepto parece más amplio de lo que es en realidad. La obligación de guardar secreto se prolonga ciertamente después de cesar en las funciones de administración, pero a pesar de la aparente amplitud, resulta restringido en cuanto alcanza sólo a "las informaciones de carácter confidencial". Ello limita y restringe notablemente su extinción y aplicabilidad, pues sólo tiene lugar con relación a informaciones que presenten tal carácter.

Sin embargo, es preciso entender que, aparte de tales informaciones recibidas con sentido confidencial, también puede alcanzar al normal sigilo y prudencia, que determine un perjuicio para el ente social o terceros.

Por algún sector doctrinal se ha estimado que no es necesario acreditar que la publicidad de tales informaciones haya causado daño (91), pues la mención expresa en el precepto podrá determinar el desencadenamiento

(90) J. NEILA, *ob. cit.*, pág. 497.

(91) *Ibidem*.

de la responsabilidad. Pero no podemos estar de acuerdo con tal opinión. Sin un concreto perjuicio no puede existir responsabilidad civil. Si se viola el sigilo y no se produce daño o perjuicio alguno, podrá existir y estimarse por ello un incumplimiento de un deber por parte del administrador demostrativo incluso de la carencia de confianza de sociedad y accionistas y determinante de la separación del cargo, pero no puede pensarse en una responsabilidad civil. No existe tal responsabilidad cuando no existe nada que reparar.

Si no existe acto dañoso (92), no puede reputarse aplicable el plazo señalado en el artículo 949 del Código de Comercio, ya que la obligación de guardar secreto debe durar tanto cuanto la información revelada pueda causar daño a la sociedad (93).

5. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL

A) Introducción

Se denomina acción social de responsabilidad aquella dirigida contra los administradores para la tutela del patrimonio y de los intereses sociales, mediante el resarcimiento del daño sufrido (94). Se contrapone a tal acción de carácter social la denominada individual, que corresponde a los accionistas y a los terceros contra los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos (95). A la primera se refieren los artículos 133 a 134 del texto refundido (arts. 79 y 80 de la Ley), y a la otra el artículo 135 (81 de la Ley). Ambos supuestos tienen en común comprender una responsabilidad civil derivada del daño (96), basada en la culpa. Ambas forman dos grandes regímenes de responsabilidad, como ha puesto de relieve Girón Tena (97). El primero, específico para la sociedad anónima, y el otro, referido al Derecho común, contractual o extracontractual, que no queda excluido por aquél (98).

(92) Implícitamente por el autor citado se viene a admitir así, aunque no se exprese correctamente y pueda inducir a equívocos: "... facultará a los perjudicados para exigir responsabilidad al administrador..." porque está haciendo referencia inexcusable al perjudicado.

(93) J. NEILA, *ob. cit.*, pág. cit.

(94) R. URÍA: *Derecho Mercantil...*, cit., pág. 307.

(95) *Ibidem*, pág. 308. Ver también GARRETA SUCH, *ob. cit.*, pág. 611.

(96) SUÁREZ-LLANOS, *ob. ult. cit.*, pág. 922.

(97) *Ob. cit.*, pág. 445.

(98) *Ibidem*.

B) *Ejercicio por la sociedad*

La responsabilidad social de los administradores es algo que concierne "directamente" a la propia titular del patrimonio lesionado, si bien indirectamente también a otros sujetos (99). La sociedad anónima es la interesada en exigir la reparación del daño (100). Por consiguiente, la acción corresponde ejercitarla a la sociedad, que es quien sufre el daño directamente (101). Se trata, por tanto, de una legitimación *iure proprio* (102).

La nueva regulación mantiene el texto anterior: "La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día" (arts. 80,1 de la Ley, y 134,1 del t.r.). Pero se añade un segundo inciso (segundo párrafo en el art. 134 del t.r.), que expresa que "los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la prevista en el artículo 48 para la adopción de este acuerdo". Esta mayoría del artículo 48 de la Ley (93 del t.r.): "Los accionistas, constituidos en Junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta". Se constituye por la mitad más uno de los votos emitidos, como ha destacado una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 1956. No debe confundirse el *quorum* del artículo 58, que es de asistencia, con el de votación, como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1973, con respecto al texto originario de la Ley de 17 de julio de 1951, pero que, aunque la reforma lo ha cambiado, sigue en el mismo sentido de *quorum* de asistencia y, por tanto, la doctrina sigue siendo aplicable.

Ahora bien, el previo acuerdo de la junta general no implica simultáneo ejercicio de la acción para perseguir la responsabilidad de los administradores, pues el texto legal habla en futuro. Por otra parte, la autorización dada representa este acuerdo, que una vez adoptado acarrea la destitución —implícita— de los administradores. Los cuales, conforme al artículo 75 de la propia Ley, (hoy 131 del t.r.), pueden ser separados en cualquier momento por acuerdo de la junta general (Sentencia de 31 enero 1969).

El acuerdo social, que resulta obligatorio, exige que la junta general así lo decida. No importa que tal acuerdo no figure en el orden del día para que produzca virtualidad y efecto. Puede así lograrse, tanto en junta

(99) SUÁREZ-LLANOS, *ob. ult. cit.*, pág. 925.

(100) GARRETA SUCH, *ob. cit.*, pág. 612.

(101) Véase FAIRÉN, *ob. cit.*, pág. 874.

(102) *Ibidem*.

general ordinaria como extraordinaria (103), bastando con que un accionista lo plantee y se tome dicho acuerdo, previa su votación (104).

Ya vimos la mayoría precisa para tomar tal decisión, que no puede ser alterada ni en junta ni en los estatutos, ya que la norma en cuestión tiene carácter de *ius cogens*.

De todas maneras, tal mayoría no puede circunscribirse al solo acuerdo, para lo cual basta la mitad más uno de votos emitidos, pues se precisa previamente una convocatoria. Por eso se ha apuntado a la mayoría del artículo 102 del texto refundido, entendiendo que debe calificarse por la convocatoria y por la asistencia (105). El artículo 102, referido a la constitución de la junta, distingue entre primera y segunda convocatoria para obtener el quorum de asistentes para su validez. Se inclina la doctrina a referir la mayoría al capital presente, tomando en cuenta el artículo 103 (106), exigiendo, además, que los requisitos de convocatoria han de ser mínimos, señalado en los artículos 51 y 58 de la Ley, tras su modificación para garantizar el derecho de las minorías (107), porque si bien no se requiere una convocatoria *ad hoc* para la validez del acuerdo, las juntas determinan sus mayorías en atención a la convocatoria. Al no exigirse que figure en el orden del día puede suscitarse tal cuestión en una segunda convocatoria y decidirse por mayoría mínima.

El segundo párrafo del artículo 134,2 del texto refundido recoge que "el acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados". Si se trata de un órgano colegiado, como afectará a todos sus miembros, salvo prueba en contra, la junta que acuerde el ejercicio de la acción deberá nombrar nuevos administradores (108). La sociedad anónima es una persona jurídica que necesita valerse de órganos que actúen por ella y la representen. El órgano que debe representar a la sociedad es el de administración, pero si lo que se pretende es exigir una acción de responsabilidad contra sus miembros se podría producir una clara y patente incompatibilidad (109).

Desde otro punto de vista, los administradores contra quienes se va a proceder pueden oponer en la junta general muchas dificultades, reuniendo votos, pues suelen estar apoyados por grupos de accionistas y utilizar sus propias acciones, en caso de tenerlas (110). Algunas legislaciones se lo

(103) J. NEILA, *ob. cit.*, pág. 507.

(104) *Ibidem*.

(105) F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, pág. 469.

(106) *Ibidem*.

(107) J. NEILA, *ob. cit.*, pág. cit.

(108) F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, pág. 469.

(109) FAIRÉN, *ob. cit.*, pág. ult. cit.

(110) *Ibidem*, pág. 875.

impiden, pero la nuestra no se ocupa de esta cuestión. Girón Tena ha entendido que no se les pudiera permitir que votasen tal acuerdo (111), otros autores se han referido en este punto a un conflicto de intereses (112) o ser juez en causa propia (113). Pero como decimos, la ley no dice si pueden los administradores que sean accionistas participar en la formación del quorum determinante de la exigencia de la responsabilidad. En el sentido de negarles la posibilidad de asistencia y votación se pronuncian algunos autores (114), pero tal opinión no es unánime (115). Entiendo que al no aparecer prohibida expresamente (tampoco de forma implícita) tal actuación, debiera permitirse. El accionista administrador no pierde aquel carácter, ni abdica sus facultades como tal por pertenecer al órgano de administración de la sociedad anónima. En otro caso, también se tendría que prohibir (y por la misma razón), en el caso que el administrador no accionista apareciese apoyado por un número de socios.

Se ha dicho por algún comentarista que esta acción social habrá de entablarse contra todos los administradores y corresponderá a cada uno de ellos probar que han de quedar eximidos de responsabilidad por ausencia de la culpa necesaria para tal exigencia (116). Pero ello, aparte de que se compagina mal con el carácter solidario que se atribuye a la administración plural en el artículo 79,3 de la Ley (133,2 del t.r.), podría chocar con la presunción de inocencia que consagra el artículo 24 de la Constitución y alcanza también al ámbito civil. Al convertirse a los administradores en deudores solidarios de la sociedad, permite a ésta exigir de cualquiera de ellos el daño causado por el colectivo equipo de administración, sin prejuzgar culpabilidades. Cada deudor solidario viene obligado al cumplimiento íntegro de la obligación (art. 1.137 del CC) y por ello el ente social puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos simultáneamente y las reclamaciones dirigidas contra uno no son obstáculo para las que posteriormente se dirijan o puedan dirigirse contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo (art. 1.144 del CC). La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1927 reconoció y admitió que estando pendiente la reclamación contra un deudor solidario puede producirse una reclamación contra otro. Pretender que si no se demandase a todos los administradores, pudiera alegarse por el o los citados la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario (117), su-

(111) *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 379.

(112) FERRARA, citado por SUÁREZ-LLANOS, *ob. ult. cit.*, pág. 945.

(113) MINERVINI, *ob. cit.*, pág. 349.

(114) GIRÓN, *ob. ult. cit.*, pág. cit.; RUBIO: *Curso de Derecho de sociedades anónimas*.

(115) SUÁREZ-LLANOS, *ob. cit.*, pág. 947.

(116) J. NEILA, *ob. cit.*, pág. 506.

(117) *Ibidem*.

pone desconocer el carácter solidario de la responsabilidad del colectivo de la administración en la sociedad anónima y la propia naturaleza de la solidaridad.

Lo normal en un caso de estos será dirigir la acción contra todos los administradores, pero también y por tratarse de una acción de responsabilidad civil, que presenta carácter reparatorio, dirigir la acción contra el administrador o administradores más solventes.

No existe ninguna norma que determine el modo de personación del ente social en el correspondiente proceso (118), el tema queda por ello abandonado a la soberanía de la junta general (119). La solución apuntada por la doctrina y que se reputa más normal es conferir la representación a los nuevos administradores nombrados en la junta general (120). Como posibles dificultades se han presentado que el artículo 76, tanto en la primitiva redacción de la Ley de 17 de julio de 1951 como en la reforma operada por la Ley 19/1989 (128 del t.r.), establece que "la representación de la sociedad enjuicio y fuera de él corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos". El texto refundido y la ley que le sirve de fundamento no atribuyen, como el originario, la representación del ente social al Consejo de Administración, sino a los administradores, añadiendo además: "en la forma determinada por los estatutos", porque, en definitiva, los estatutos, verdadera ley orgánica de la sociedad anónima, son los que han de determinar a quién compete la representación social. Ahora bien, la norma del artículo 134,2, párrafo segundo, del texto refundido, que es la que juega en este punto, constituye un precepto de *ius cogens*, con relación a la destitución que resulta inexcusable porque viene determinada *a fortiori* por el acuerdo de la junta de promover la acción o de transigir y porque la separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento de la junta. Por ello puede concluirse que tales destituidos no van a representar a la sociedad. Ciertamente es que cuando existan otros administradores que no se vean afectados por la acción de responsabilidad a ello corresponderá la representación para el planteamiento de la acción (121).

Pero la sociedad puede abandonar la persecución civil reparatoria. La junta general podrá transigir o renunciar el ejercicio de la acción, "siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social" (art. 134,2 t.r.). La Ley de 17 de julio de 1951 hacía referencia a la "décima parte del capital social" (art. 80,2), y por eso el nuevo

(118) SUÁREZ-LLANOS, *ob. cit. ult.*, Pág. 953.

(119) GIRÓN, *ob. ult. cit.*, pág. 379.

(120) SUÁREZ-LLANOS, *ob. ult. cit.*, Pág. 953.

(121) *Ibidem*, pág. 954.

porcentaje ha igualado a la minoría señalada para la convocatoria de la junta general extraordinaria en el nuevo artículo 56 (art. 100,2 del t.r.) (122). Y nos equipara con el sistema francés en este punto. Tal cambio ha sido calificado de peligroso, en cuanto la minoría citada pudiera, como destacó la enmienda del Grupo Popular, ser instrumentalizada, "prefabricada, por intereses ajenos y aun contrarios a los de la sociedad sobre todo" en una época de fuertes movimientos bursátiles y operaciones de captura y control de empresas" (123).

En definitiva, los acuerdos de renuncia o transacción pueden ser vetados por dicha minoría. Así, si contra el acuerdo de no promover la acción de responsabilidad contra los administradores, se produjera el veto de tal minoría indicada, no determinaría con ello que se ejercitara la acción de responsabilidad por la propia sociedad, sino que tendría lugar lo dispuesto en el artículo 134,4 del texto refundido (124).

Al no exonerarse en ningún caso la responsabilidad por la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo hubiera sido adoptado con autorización de la sociedad o ratificado por su junta general (art. 133,3 t.r.), puede llevar a sostener que no existe el *quitus* o descargo otorgado por la asamblea que aprueba el balance o las cuentas. Lo intentado en la junta puede ser impugnado por la mencionada minoría.

Problema interesante es el relativo al ejercicio de la acción social de responsabilidad durante el período de liquidación del ente social, que no plantea duda alguna sobre la posibilidad y así se ha recogido en la doctrina (125).

C) *La acción ejercitada por los accionistas*

El ejercicio de la acción social por los socios que alcancen la minoría indicada encuéntrase condicionada a alguno de estos supuestos:

- a) Que los administradores no convocasen la junta general destinada a la exigencia de responsabilidad. Esto se produce si, pese a haberse solicitado con los requisitos del artículo 56 (art. 100,2 del t.r.), los administradores no convocan la junta para tratar de la procedencia de la acción de impugnación (126).

(122) J. NEILA, *ob. cit.*, pág. 508.

(123) F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, págs. 469 y 472.

(124) *Ibidem*, pág. 469.

(125) Ver SUÁREZ-LLANOS, *ob. ult. cit.*, págs. 971 y sigs.

(126) J. NEILA, *ob. cit.*, pág. 508.

- b) Que la sociedad no entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, la oportuna acción. Si acordado en junta el ejercicio de la acción de responsabilidad social contra todos o determinados administradores y la sociedad no la ejercitase en el plazo indicado (el texto derogado señalaba el plazo de tres meses), en tal supuesto pueden los accionistas que alcancen el citado quorum ejercitar la acción social.

Debe tenerse en cuenta que este lapso de tiempo señalado supone un plazo de carencia (127). La aplicación del plazo del artículo 80 lo es con exclusividad al supuesto de ejercicio de responsabilidad de los administradores para el caso de que, previo acuerdo de la junta general de exigir la responsabilidad social de los administradores, no lo realice, los accionistas entablen acciones de indemnización por actos de los precitados administradores, que lesionen directamente los intereses de aquéllos (Sentencia de 12 julio 1984).

- c) Cuando el acuerdo de la junta general hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad. Este acuerdo contrario legitima a la minoría para el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

En todos estos supuestos la minoría adquiere legitimación para el ejercicio de la acción social. Se trata de una acción de carácter subsidiario (128), en cuanto se produce en el caso de que la sociedad no la ejercite.

D) *Ejercicio de la acción social por los acreedores*

Con carácter subsidiario de segundo grado se concede a los acreedores el ejercicio de la acción social cuando la junta no lo hubiere ejercitado (no hubiera convocado la junta, no hubiera ejercitado la acción en el plazo de un mes o hubiera recaído acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad), ni los accionistas que representen el cinco por ciento del capital. En tal caso se atribuye la acción a los acreedores sociales y requiere inexcusablemente:

- a) Que se trate de acreedores de la sociedad anónima, o sea supuestos en que el ente social, la persona jurídica sea deudora. No es preciso que se trate de una deuda vencida y líquida (129), ya que se pre-

(127) *Ibidem.*

(128) SUÁREZ-LLANOS, *ob. cit.*, pág. 979.

(129) J. NEILA, *ob. cit.*, pág. 509.

tende prevenir que el patrimonio social sea insuficiente y evitar que se produzca una disminución del patrimonio. Exige una insolvencia patrimonial aunque no haya sido declarada (130). Pero otro sector doctrinal se manifiesta en contra de esta opinión, destacando que no estamos en presencia de un problema de seguridad, sino de pago (131). A mi parecer, la solución resulta clara en la pura literalidad del precepto (arts. 80,5 y 134,5, respectivamente, de la Ley y t.r.): "siempre que el patrimonio social resulte insuficiente par la satisfacción de sus créditos". Por tanto, entiendo que no es preciso que la deuda esté vencida y sea líquida, bastando con la existencia de un crédito real aunque no sea aún exigible, para que la acción pueda ejercitarse.

- b) Que ni la sociedad ni los accionistas hayan hecho uso de la acción social. Ya hemos visto que se trata de una legitimación subsidiaria de segundo grado, en defecto de la sociedad y los accionistas que alcancen el quorum requerido.
- c) Que el patrimonio social no resulte suficiente. El texto derogado permitía a los acreedores sociales dirigirse contra los administradores cuando la acción tienda a reconstituir el patrimonio social, no hubiera sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas y se tratara de un acuerdo que amenazare gravemente la garantía de sus créditos. El segundo requisito se mantiene en la redacción actual, pero el problema radica en el diferente texto restante. Actualmente no se exige sino que el patrimonio social resulte insuficiente, mientras que en texto de la Ley de 1951 se requería una finalidad en la acción, resultando así una pretensión concretamente teleológica, de reconstitución del patrimonio social y que se hubiere amenazado gravemente la garantía de los créditos. En realidad el texto derogado resultaba mucho más reducido en su aplicación. Ahora no se basa el ejercicio de la acción en el peligro o amenaza de la garantía de los créditos, sino en atención a un criterio puramente objetivo de insuficiencia del patrimonio social para la satisfacción de los mismos. La acción pretende reconstituir el patrimonio social, garantía de acreedores, y no conseguir el pago del crédito (132).

Se trata así de una acción cuyo paralelo con la del artículo 1.111 del Código Civil resulta patente, aunque el ejercicio contra la sociedad desna-

(130) *Ibidem*.

(131) F. J. ARANGUREN, *ob. cit.*, pág. 470.

(132) *Ibidem*.

turaliza tal semejanza, ya que supone una subrogación del acreedor en la posición activa que correspondería al deudor (sociedad), cuya pasividad en el ejercicio de la acción que le compete, perjudica a sus acreedores (133). El acreedor no reclama para sí, sino para la sociedad, en cuanto el éxito de la pretensión ejercitada no hace engrosar su patrimonio, sino que actúa en beneficio del ente social y ejercitando subsidiariamente la acción ante la pasividad o negligencia de sociedad y de accionistas (134). Se trata, pues, de una acción que para los acreedores reviste una naturaleza cautelar, que plantea una genuina figura de legitimación sustitutiva o derivativa, en cuanto no aparecen legitimados por la relación jurídica material, toda vez que sus créditos pueden no ser exigibles, al no ser vencidos y líquidos, y por tanto carecen de acción para reclamarlos *sic et nunc*, pero ejercitan subsidiariamente una pretensión asegurativa y garantizadora.

La acción que concede el artículo 80 de la Ley lo es en último lugar a los acreedores, definiendo el interés que debe asistir al acreedor que la deduce y subordinada su atribución a la circunstancia de que no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, de lo que resulta tener un carácter subsidiario como destaca la Sentencia de 21 de mayo de 1985.

6. LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD

El artículo 81 de la Ley de 17 de julio de 1951 se ha conservado en su integridad en la reforma operada por la Ley 19/1989, de 25 de julio, y constituye el artículo 135 del texto refundido (Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre). Dice así tal precepto: "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".

Se trata de un precepto tomado casi a la letra del artículo 2.393 del Código Civil italiano de 1942, como vimos más atrás (135). De su texto se deduce claramente que se refiere a la acción individual, que tiende no a la indemnización de daños indirectamente causados al socio o al acreedor a través del patrimonio de la sociedad (daños secundarios), sino a indemnizarle y repararle de los daños directamente sufridos por el demandante en su patrimonio (daños primarios) (136). Esto quiere decir que los socios y los terceros pueden ejercitar contra los administradores, de acuerdo con

(133) *Ibidem*.

(134) R. URÍA, *ob. cit.*, pág. 308.

(135) Ver *infra* 11.3.

(136) J. GARRIGUES: *Instituciones...*, cit., pág. 154.

los principios generales, las acciones que puedan corresponderles por los actos de éstos que lesionen directamente los intereses de aquéllos (137).

El perjudicado reclama individualmente la indemnización del daño sufrido directamente en su patrimonio (138).

El artículo 81 de la Ley reconoce una acción individual a favor de los socios y de los terceros, distinta de la acción social, que regula en su artículo 80, y tendente no a la indemnización del daño causado por los administradores al patrimonio social y ordenada tal pretensión a obtener la reconstitución patrimonial, como garantía indirecta para el cobro por parte de los demandantes de sus créditos, sino a indemnizarles de los daños directamente sufridos en su patrimonio, como se recoge en la Sentencia de 21 de mayo de 1985.

En cuanto al contenido de esta acción se ha atribuido no sólo al supuesto del artículo 1.902 del Código Civil, de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, sino también a la acción civil derivada del delito, con apoyo en que el precepto no distingue (139). Sin embargo, la acción derivada del delito (no se dice de cuál), que cause un daño a un tercero no precisa para su eficacia y efectividad de este precepto, que para el caso resultaría superfluo, sino de los artículos 19 del Código Penal y 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sus concordantes, en caso de ejercitarse en vía penal o de haberla reservado para ejercitarla después de terminada la causa penal, pues en otro caso bastaría con la acción de más amplio espectro del artículo 1.902 del Código Civil.

Nace de cualesquiera actuaciones positivas o negativas de los administradores que lesionen un interés particular (140). Se trata de una acción directa que, a diferencia de la acción social ejercitada por accionistas o acreedores no presenta carácter subsidiario, se atribuye a accionistas y terceros y no se exige que sean acreedores preexistentes, pues su crédito nace del perjuicio causado por los administradores sociales. En resumen, se otorga a los citados accionistas y terceros contra los administradores por los actos de éstos realizados con lesión de terceros (141).

Si los actos se han realizado en nombre y por cuenta de la sociedad, parece que quedan fuera del precepto que nos ocupa, pues pudiera entablarse directamente la acción frente a la sociedad, salvo que ésta careciese de patrimonio suficiente para responder de la obligación contraída (142).

(137) F. SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 11.^a ed., Madrid, 1985, pág. 215.

(138) R. URÍA: *Derecho Mercantil*., cit., pág. 308.

(139) R. LÓPEZ BARRIENTOS y M. MEJÍAS GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 400.

(140) J. NEILA, *ob. cit.*, pág. 513.

(141) *Ibidem*.

(142) *Ibidem*, pág. 514; VELASCO ALONSO, *ob. cit.*, pág. cit.

Sin embargo, tal opinión doctrinal no es muy defendible. Se está tratando de una responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima, que representan al ente social y gestionan sus intereses, y no cabe duda de que los actos realizados por ellos en la representación orgánica de la sociedad afectan a ésta directamente. Ha de tratarse de una responsabilidad personal del administrador frente a accionistas y terceros y no de la responsabilidad de la sociedad de los administradores como órgano social a nombre de ella (143). Se trata, en definitiva, de daños producidos por los administradores en el patrimonio de socios o terceros, aunque simultáneamente puedan haber causado daño en el patrimonio social (144). Constituye un supuesto de responsabilidad de los encargados de la administración del ente social, que debe producirse de acuerdo con la doctrina del Derecho común sobre la responsabilidad contractual o extracontractual (145).

Se ha pretendido calcar esta acción sobre la del artículo 1.902 del Código Civil, pero a mi juicio el precepto de la Ley de Sociedades Anónimas tiene más extensión y alcance y comprende los casos que serían subsumibles en la culpa aquiliana y otros casos más. Entre estos últimos se citan los actos de los administradores que no pueden ser atribuidos directamente a la sociedad, ya que para ser operativo el artículo 81 (135 del t.r.) ha de cubrir las acciones no previstas en los artículos 79 y 80 (133 y 134 del t.r.) (146). Puede existir actuación de gestión del administrador, pero no de representación (147). Como ejemplos se suelen citar: no facilitar la asistencia de un socio a la junta, negar el derecho del socio a la suscripción preferente de acciones (148), confección de balance falso, interposición de una demanda por el administrador contra el criterio mayoritario o actuando no como órgano social, pero tampoco como simple particular, celebrar una entrevista periodística sobre temas de la sociedad, etc. (149).

Ciertamente que de los actos de los administradores dentro de la relación orgánica responde la sociedad. Esta se dirigirá después contra el administrador o administradores responsables por medio de la denominada acción social, pero el perjudicado en muchos casos no sabrá con precisión si el acto en cuestión debe atribuirse a la sociedad o al administrador (150). Por eso debiera entenderse frente a la mayoritaria opinión

(143) R. URÍA, *ob. cit.*, pág. cit.

(144) GARRIGUES-URÍA: *Comentario...*, cit., II, pág. 157.

(145) GIRÓN TENA: *El derecho de sociedades...*, cit., pág. 383.

(146) GARRETA SUCH, *ob. cit.*, pag. 627.

(147) *Ibidem*, pág. 626.

(148) VELASCO ALONSO, *ob. cit.*, pág. 390.

(149) GARRETA SUCH, *ob. cit.*, pag. cit.

(150) *Ibidem*.

doctrinal, que cuando los administradores con el carácter y representación de órganos sociales causen un daño a tercero, además de la responsabilidad de la sociedad actuante a través de su órgano, debe responder éste también y entender que la mención de este precepto de la responsabilidad del administrador a través de la acción individual, es compatible con la acción contra la sociedad y así se ha previsto por el legislador, precisamente en garantía de los terceros.

El plazo de prescripción es el de cuatro años del artículo 949 del Código de Comercio (151), pero pese al tenor literal del precepto, la doctrina suele distinguir entre acciones fundadas en la culpa contractual y las de la culpa aquiliana y atribuye a las primeras una prescripción de cuatro años, que es el plazo del citado artículo 949 del texto mercantil, computable a partir del momento del cese del administrador o administradores (152). Otros autores señalan un plazo prescriptivo de un año, conforme a lo dispuesto en el artículo 968, 2.º, del Código Civil (153). Ambas opiniones discordantes admitirían conciliación y así cabría estimar que este segundo plazo prescriptivo anual sería aplicable a los supuestos de culpa extracontractual, pero la Sentencia de 3 de febrero de 1962 destacó que la acción contractual de responsabilidad de los administradores prescribe a los cuatro años. No existe, ni debe existir tal distinción y creemos que todos los supuestos no precisan subsumirse en un único plazo de prescripción. Por otra parte, tan sólo existe una única sentencia y no constituye jurisprudencia.

V. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

El artículo undécimo de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades ha dado nueva redacción, entre otros preceptos, al artículo 11 de la Ley de 17 de julio de 1953, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada. Dispone tal precepto: "Será de aplicación a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada lo dispuesto para los administradores de la sociedad anónima, salvo lo establecido en esta Ley". Deja subsistentes, pese a esta remisión a la Ley de Sociedades Anónimas,

(151) J. NEILA, *ob. cit.*, pág. 514.

(152) FAIRÉN, *ob. cit.*, pág. 881.

(153) GARRETA SUCH, *ob. cit.*, pag. cit.

todo lo relativo a la separación de los administradores (art. 13,2 LSRL), a la prohibición de dedicarse por cuenta propia o ajena al mismo género de comercio que constituye el objeto de la sociedad (art. 12 LSRL) y duración en el período de tiempo que señale la escritura social (art. 13,1 LSRL).

JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA Y RODRÍGUEZ

Magistrado