



- ◆ Trabajo realizado por el equipo de la Biblioteca Digital de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 del T.R.L.P.I. (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 12 abril 1996)

6. LA RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS SOCIALES

EMILIO M. BELTRÁN

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad San Pablo-CEU de Madrid*

SUMARIO: I. EL SISTEMA LEGAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LAS DEUDAS SOCIALES: 1. Planteamiento. 2. La génesis y la evolución del sistema legal: 2.1. La génesis del sistema legal. 2.2. Las modificaciones realizadas por la Ley Concursal. 3. Las funciones del sistema legal. II. LOS DEBERES LEGALES: 1. El nacimiento de los deberes legales: 1.1. El deber de convocatoria de la junta general: 1.1.1. La cuantía de las pérdidas. 1.1.2. El problema del momento de la existencia de las pérdidas. 1.1.3. El estado de insolvencia de la sociedad. 1.2. El deber de solicitud de la disolución judicial o del concurso. 2. La extinción de los deberes legales. 3. El cumplimiento de los deberes legales: 3.1. El cumplimiento: 3.1.1. La convocatoria de la junta general. 3.1.2. La solicitud de disolución judicial. 3.1.3. La solicitud de concurso. 3.2. El cumplimiento tardío. Efectos. III. EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS SOCIALES: 1. La naturaleza sancionatoria de la responsabilidad. 2. El carácter solidario de la responsabilidad. 3. El ámbito subjetivo de la responsabilidad. 4. El ámbito objetivo de la responsabilidad: 4.1. La extensión de la responsabilidad a todas las deudas sociales. 4.2. Las reclamaciones contrarias a la buena fe. 5. El ámbito temporal de la responsabilidad. 6. Las reclamaciones en el concurso de acreedores.

I. EL SISTEMA LEGAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LAS DEUDAS SOCIALES

1. *Planteamiento*

Con la finalidad específica de hacer efectiva en las sociedades de capital la concurrencia de una causa de disolución 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 diseñó un sistema compuesto de dos elementos básicos: la imposición de unos *deberes legales* específicos de los administradores en orden a la promoción oportuna de la disolución (convocatoria de junta general y, sucesivamente, solicitud de

disolución judicial) y la consiguiente imposición de la *responsabilidad por las deudas sociales a los administradores* en caso de incumplimiento de esos deberes legales (art. 7). El texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, recogería ese sistema en los artículos 260.1-3º, 4º, 5º y 7º y 262, aplicables en toda su extensión, por remisión legal, a las sociedades comanditarias por acciones (art. 152 C de C) y a las sociedades de garantía recíproca (art. 59.2 LSGR). El mismo sistema se aplicaba desde su origen —con algunas pequeñas diferencias— a las sociedades de responsabilidad limitada, regulándose después de manera específica en la Ley 2/1995, de 23 de marzo (arts. 104.1-c) a g) y 105). Por el contrario, el sistema no se extendió a las sociedades cooperativas, a pesar de su estructura corporativa y de su regulación de la disolución inspirada en las sociedades de capital, de modo que el consejo rector no podrá ser específicamente sancionado por no promover la disolución o el concurso, sin perjuicio de su eventual responsabilidad por daños y o por causación o agravación de la insolvencia en caso de concurso.

Ese sistema legal cobra pleno sentido cuando la causa de disolución concurrente sea la de *pérdidas graves* del capital social y la sociedad sea, al propio tiempo, *insolvente*, porque se convierte entonces en un atractivo instrumento de satisfacción de los acreedores sociales. Y, en efecto, en la práctica, los casos más frecuentes de utilización del sistema han sido aquellos de falta de disolución oportuna de sociedades insolventes, con independencia de que se hubiese o no abierto el correspondiente procedimiento concursal. No debe extrañar, por ello, que, con la loable intención de resolver las importantes dudas existentes en torno a las relaciones entre la causa de disolución consistente en las pérdidas graves y la existencia y declaración de un estado de insolvencia, las dos Leyes reguladoras de las sociedades de capital hayan sido reformadas en este punto por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (respectivamente, disposiciones finales 20ª y 21ª). Con esa reforma, la insolvencia de la sociedad (art. 2 LC) y el consiguiente deber legal de instar el concurso de acreedores (arts. 3, 5 y 165-1º LC) se integran en algunos casos y no siempre de forma armónica en un sistema legal diseñado para hacer efectiva la concurrencia de una causa de disolución. En concreto, la Ley Concursal modifica ese sistema legal con la finalidad de incluir expresamente la solicitud de declaración de concurso voluntario de la sociedad como un supuesto de *cumplimiento alternativo* de los deberes legales impuestos a los administradores y, en consecuencia, como una causa de liberación de la sanción prevista. Con la expresión «cumplimiento alternativo» se hace referencia a aquellos casos en los que, existiendo pérdidas cualificadas (es decir, causa legítima para la disolución), los administradores, en lugar de cumplir con el deber primario de convocar junta general de socios para acordar

la disolución y, en su caso, con el deber subsidiario de solicitar la disolución judicial de la misma, solicitan la declaración judicial de concurso. De esa manera, en caso de pérdidas graves del capital los deberes legales de los administradores se entenderán cumplidos no sólo cuando convoquen la junta general y, en su caso, soliciten la disolución judicial, sino también cuando insten el concurso de acreedores, porque entonces el sistema legal previsto para obtener la disolución se sustituye por las normas concursales. La reforma pretendía exclusivamente zanjar los problemas de la práctica, ya que unas resoluciones judiciales reconocían que la solicitud de quiebra y de suspensión de pagos debían producir el mismo efecto que la solicitud de disolución judicial y otras consideraban que el silencio legal impedía liberar de responsabilidad a los administradores de una sociedad suspensa o quebrada que no solicitasen la disolución judicial (v. SSTS 4.2.1999, 21.9.1999, 20.10.2003 y 16.12.2004). Sin embargo, la nueva redacción de esos preceptos ha sido tan desafortunada que dificulta gravemente su interpretación.

2. La génesis y la evolución del sistema legal

2.1. La génesis del sistema legal. - La incorporación a la Comunidad Económica Europea obligaba a modificar el tratamiento legislativo de las pérdidas graves del capital de las sociedades anónimas, ya que la Ley de Sociedades Anónimas entonces vigente consideraba que eran graves las pérdidas cuando dejasen reducido el patrimonio «a una cantidad inferior a la *tercera parte* del capital social» (art. 150-3º LSA1951), mientras la norma comunitaria no autorizaba que las legislaciones estatales fijaran por debajo de la *mitad* del capital social los efectos específicos de las pérdidas graves. El Anteproyecto de Ley de Reforma parcial y Adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, aprobado por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación en 1987, no contenía norma alguna sobre este particular, lo que incumplía el mandato comunitario. A la vista de las críticas que ese texto prelegislativo estaba recibiendo, la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia solicitó algunos informes, entre los que destacaría el elaborado, durante el mes de agosto de 1987, por el profesor ROJO, que constituía una simple —y muy urgente— revisión del Anteproyecto, bajo la forma de *Texto revisado*, pero cuyas soluciones tuvieron amplia acogida en el *Informe* elaborado por la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia el 16 de octubre de 1987 y en el Anteproyecto fechado el 19 de enero de 1988, que, con muy ligeras modificaciones, habría de convertirse en Proyecto de Ley y, tras la tramitación parlamentaria, en la Ley 19/1989, de 25 de julio.

El *Texto revisado* proponía no sólo la modificación de la cuantía de las pérdidas constitutivas de la causa de disolución, sino también la creación de los instrumentos técnicos adecuados para impedir que la sociedad que se encontrase en esa situación siguiera actuando en el tráfico, para lo cual ofrecía una doble opción: de un lado, decidir entre una *solución general*, aplicable a todas las causas de disolución, y una *solución especial*, aplicable única y exclusivamente a las pérdidas cualificadas, y, de otro lado, decidir el tipo de sanción, de carácter civil o de carácter administrativo. El *Texto revisado* dejaba sin resolver la primera cuestión y, respecto a la segunda, optaba por imponer a los administradores determinados deberes de promoción de la disolución

(la convocatoria de junta general y la solicitud de disolución judicial) y por sancionar su infracción con la imposición de responsabilidad (civil) por las obligaciones de la sociedad «*contraídas por ésta desde la fecha de solicitud de convocatoria o, caso de haberse convocado la Junta, desde la fecha prevista para su celebración*», es decir, sólo por las *deudas posteriores* al incumplimiento de los deberes legales. Con esa norma se pretendía establecer un mecanismo de tutela de los acreedores sociales para conseguir —o intentar conseguir— que las sociedades que se encontrasen en tal estado se disolvieran efectivamente o adoptaran como alternativa medidas de saneamiento financiero, o, al menos, que se abstuvieran de realizar nuevas operaciones. La *función* de la norma sobre responsabilidad de los administradores por incumplimiento de los deberes legales en orden a la disolución oportuna de la sociedad era esencialmente *preventiva* o *preconursal* y se encontraba íntimamente ligada al concepto de capital social.

El Proyecto de Ley suprimió la referencia temporal a las deudas sociales que podían imputarse a los administradores incumplidores, de manera que pasaban a responder de todas las deudas sociales, *posteriores* y *anteriores* al acaecimiento de la causa de disolución (como, para evitar dudas, se encargaría de expresar el artículo 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995). La razón de esa *extensión de la responsabilidad* se encuentra en una decidida política legislativa de lucha contra el fenómeno de las *extinciones de hecho* de sociedades con pasivo exigible. Si el *ámbito objetivo* de la responsabilidad de los administradores fuera única y exclusivamente el de las deudas posteriores —se argumentaba—, no existiría estímulo para conseguir que sociedades inactivas se disolvieran, liquidaran y cancelaran siguiendo las prescripciones legales. Para evitar esa responsabilidad legal sería suficiente con que, una vez acaecidas las pérdidas, la sociedad dejase de actuar en el tráfico. Por el contrario, si ese ámbito objetivo de responsabilidad de los administradores comprendiera también —como comprende— las deudas anteriores, la mera inactividad social no liberaría —y no libera— a los administradores de responder por aquellas deudas contraídas por la sociedad antes del acaecimiento de la causa de disolución. En tales supuestos, los administradores, serán los primeros interesados en cumplir con los deberes legales en orden a la oportuna disolución de la sociedad, ya que, en caso de inobservancia de esos deberes, de las deudas sociales existentes no sólo responde la sociedad misma, sino también sus administradores.

Esa opción de política legislativa explica también que el sistema legal no se limitara al caso de las pérdidas graves del capital social, sino que se extendiera a todas las causas legítimas para la disolución. La Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, tras algunas vacilaciones, resolvió el dilema planteado por el *Texto revisado* adoptando una *solución general*, a pesar de las evidentes dificultades para fijar, respecto de algunas de las causas de disolución el *dies a quo* para el cómputo del plazo establecido para el cumplimiento del primer deber, y a pesar, igualmente, de las dificultades de justificar una sanción tan dura sin vincularla a la función del capital social y, por tanto, a la tutela de los acreedores sociales.

2.2. Las modificaciones realizadas por la Ley Concursal. - Una trayectoria paralela ha seguido la reforma de los artículos 260 y 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y 104 y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada realizada, respectivamente, por las disposiciones finales vigésima y vigésimo primera de la Ley Concursal. En efecto, el nuevo tratamiento de las relaciones entre las pérdidas patrimoniales y la insolvencia de la sociedad anónima no existía ni en el Anteproyecto de Ley Concursal elaborado por la Comisión General de Codificación en 2000 ni en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno en 2002, sino que tiene su origen en las únicas enmiendas realizadas a las referidas disposiciones finales en toda la tramitación parlamentaria (las enmiendas números 399 y 400, presentadas en el Congreso por el Grupo Socialista). Además, el resultado final está muy alejado de la intención perseguida. Esas

enmiendas proponían una simple modificación de los artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada dirigida a establecer que la solicitud de declaración de concurso voluntario de la sociedad constituyera un supuesto de *cumplimiento alternativo* de los deberes legales impuestos a los administradores y, en consecuencia, una forma más de impedir la sanción legalmente prevista. De esa manera, en caso de pérdidas graves del capital los deberes legales de los administradores se entenderían cumplidos no sólo cuando convocasen la junta general y, en su caso, solicitasen la disolución judicial, sino también cuando instasen el concurso de acreedores. Como consecuencia de las discusiones derivadas de la presentación de esas enmiendas, el texto de la disposición final en la que se modificaba la Ley de Sociedades Anónimas emanado del Congreso (que reproducía el del Informe de la Ponencia y el del Dictamen de la Comisión) contenía tres nuevos apartados. El apartado quinto aceptaba la enmienda al artículo 262.5, de modo que la solicitud de concurso voluntario liberaría, en efecto, de la sanción a los administradores; pero iba mucho más lejos, porque la falta de solicitud de concurso dentro del plazo legal merecería la misma sanción que el incumplimiento de los deberes legales de promoción de la disolución. Y los apartados tercero y cuarto —sin explicación alguna— añadían una previsión tan absurda como errónea: la tradicional pérdida de la mitad del capital social dejaba de constituir causa de disolución de la sociedad (se suprimía el art. 260.1.4^º LSA) y pasaba a ser una circunstancia que obligaba a la sociedad a solicitar su declaración de concurso (nuevo art. 260.3 LSA). En el Senado no se presentó ninguna enmienda; pero la evidente incorrección del texto del Congreso —que parecía olvidar que una sociedad puede haber perdido la mitad del capital social sin encontrarse por ello en estado de insolvencia— obligaría a modificar el texto de la disposición final vigésima (primero en el Dictamen de la Comisión y luego, con más cambios, en el Pleno), con el siguiente resultado: En primer lugar (apartado 3), renació la causa de disolución por pérdidas graves (art. 260.1-4^º LSA), aunque ahora con el añadido —lógico— de que concurrirá dicha causa «siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso». En segundo lugar (apartado 4, que da nueva redacción al art. 262.2 LSA, dividido en tres párrafos), la pérdida de la mitad del capital social *faculta* a los administradores a solicitar la declaración de concurso cuando la sociedad sea insolvente, previsión que cae en un absurdo contrario al del texto del Congreso, puesto que, literalmente, no existiría deber de los administradores de una sociedad anónima insolvente de instar su concurso, algo que contradice la Ley Concursal (art. 5), y la concurrencia de causa legítima para el concurso *faculta* a los accionistas para solicitar a los administradores la convocatoria de junta general, desconociendo también que la competencia para solicitar el concurso no se atribuye a la junta general, sino a los administradores (art. 3.1-II LC). En tercer lugar (apartado 5), se añade un inciso al artículo 262.4, en el que se fija en dos meses el plazo en que los administradores deben solicitar la disolución judicial, sin reparar en que dicho plazo está ya fijado en el apartado siguiente del propio artículo 262. En fin (apartado 6), se modifica la redacción dada en el Congreso al artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, para indicar que la solicitud de concurso, alternativa a la convocatoria de la junta o a la solicitud de disolución judicial, sólo podrá realizarse «si procediere».

De forma simultánea —aunque no idéntica—, se procede también a la modificación de los artículos 104 y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (disp. final 21^ª LC). El texto aprobado por el Congreso incluía en el artículo 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada el incumplimiento de la obligación de solicitar la declaración de concurso como desencadenante de la sanción a los administradores, sin referirse en ningún momento a las relaciones entre las pérdidas graves del capital y la insolvencia de la sociedad. En el Senado no se presentaría enmienda alguna, pese a lo cual —y como ya había sucedido con la sociedad anónima— se modificó el sistema de la disolución por pérdidas y su relación con el concurso de acreedores, aunque en un sentido diferente al de la sociedad anónima. En concreto, se da nueva redacción a la letra e) del apartado primero

del artículo 104, sobre la configuración de la causa de disolución consistente en la pérdida de la mitad del capital social, que reproduce lo que se había hecho con el precepto correspondiente de la Ley de Sociedades Anónimas, y se modifican los apartados primero y quinto del artículo 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. En el apartado primero se incluyen tres referencias literales al concurso de acreedores, que resultan difíciles de comprender: que la solicitud de concurso de la sociedad requerirá acuerdo de la junta general, que los administradores deberán convocar dicha junta en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o inste el concurso y que cualquier socio podrá solicitar a los administradores la convocatoria de la junta general si estima que concurre insolvencia. Y en el apartado quinto se establece —como ya había sucedido con las sociedades anónimas y con una redacción igualmente desafortunada— que los administradores devendrán responsables de las deudas sociales si no convocan junta o no solicitan la disolución judicial o, cuando procediere, la declaración de concurso.

3. Las funciones del sistema legal

La evolución experimentada por el sistema legal tanto en su configuración como en su aplicación práctica hace que cumpla diversas funciones:

A) El sistema legal cumple una indudable *función preventiva*, apoyada en la consideración del *capital social* como cifra de garantía de los acreedores sociales y, en particular, una *función preconcursal* (así, STS 2.3.2004): impedir que, existiendo pérdidas graves, la sociedad continúe actuando en el tráfico y acabe siendo insolvente. Para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, con el consiguiente daño a los acreedores, se establece un mecanismo preventivo: en una situación de pérdida de más de la mitad del capital social (y no, por tanto, necesariamente, de insolvencia) la sociedad ha de disolverse y liquidarse de forma voluntaria o, alternativamente, eliminar ese desequilibrio patrimonial, de modo que los administradores responderán de las deudas sociales si no realizan los actos necesarios para que esos acuerdos se lleguen a adoptar y a ejecutar. Esta función ha sido confirmada en la reforma operada con la Ley Concursal, al precisarse que no procederá la disolución por causa de pérdidas graves del capital cuando la sociedad sea ya insolvente y, en consecuencia, «sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal» (arts. 260.1-4º LSA y 104.1-e) LSRL). En efecto, si la sociedad se encuentra ya en estado de insolvencia, carece de sentido poner en marcha una causa de disolución cuya finalidad fundamental es, precisamente, evitar esa insolvencia mediante la correspondiente liquidación voluntaria u otra medida alternativa. La determinación de la pérdida de la mitad del capital como causa de disolución pretende evitar la declaración de concurso, pero si eso no es posible porque la sociedad se encuentra ya en estado de insolvencia (actual o inminente), las medidas societarias dejan paso a las concursales y el sistema

legal dirigido a la promoción de la disolución se sustituye por la normativa concursal.

B) Como consecuencia de la extensión del sistema producida a lo largo de la elaboración de la Ley de 1989, se produjo también una *ampliación* de su función: a la función meramente *preventiva*, se añadió una *función represora*, dirigida a conseguir la efectiva disolución de la sociedad cualquiera que fuese la causa concurrente. La norma no contiene sólo, pues, una *medida de fomento* de la disolución vinculada a la función del capital social, sino también una *medida coactiva* cuya efectividad se consigue a través de esa amenazante responsabilidad legal por las deudas sociales de los administradores que no promuevan oportunamente la disolución de la sociedad. Siempre que exista alguna causa legítima para la disolución, la sociedad ha de disolverse, es decir, ha de iniciar el proceso extintivo, o, alternativamente, ha de enervar la causa dentro del plazo legal, y se impone a los administradores una *sanción civil* —la responsabilidad por las deudas sociales— por el incumplimiento del deber primario de convocar o del deber subsidiario de solicitar la disolución judicial o el concurso de la sociedad.

Sin embargo, al no haber ido acompañado de otras medidas complementarias, el sistema resulta manifiestamente insuficiente por cuanto que no garantiza la liquidación y la cancelación igualmente oportunas de la sociedad disuelta. La Ley impone a los administradores unas meras *obligaciones de medios*, y no de *resultado*. El cumplimiento de los deberes de conducta de los administradores en orden a la disolución oportuna de la sociedad pone en marcha los mecanismos conducentes a la disolución, pero no garantiza que la sociedad se liquide y se cancele efectivamente. Esa conclusión es muy clara respecto a las sociedades anónimas (v. por ejemplo, STS 11.2.2002), cuya liquidación se encuentra regulada por normas procedentes de la Ley de 1951, que —como es sabido— dejan bastante que desear en la regulación de la extinción: pero puede predicarse incluso respecto de las sociedades de responsabilidad limitada, a pesar de que su Ley reguladora contiene medidas dirigidas a la liquidación y la cancelación oportunas, tales como la conversión de administradores en liquidadores, la separación de los liquidadores transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación o la regulación del activo y del pasivo sobrevenidos a la cancelación. Se producen así casos de mero cumplimiento formal de las exigencias legales, para evitar la responsabilidad de los administradores, quedando *sine die* la sociedad (sobre todo, anónima) en estado legal de liquidación, aunque sin liquidadores nombrados. Así, por ejemplo, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de septiembre de 2000 consideró inscribibles la aceptación por la junta general de accionistas de la renuncia de los administradores de la sociedad, sin nombramiento de otros nuevos por no existir candidatos, y la disolución de la sociedad (por paralización de los órganos sociales y) por pérdidas graves acordada en esa misma junta, sin nombramiento de liquidadores, igualmente por la inexistencia de candidatos.

C) El sistema legal está cumpliendo también una *función paraconcursal*. Con frecuencia, los acreedores, en lugar de instar la declaración judicial de concur-

so, que tiene el inconveniente, en muchos casos, de su inutilidad por falta de bienes, realizan reclamaciones a los administradores de sociedades insolventes. No parece que la Ley Concursal vaya a suponer un cambio de tendencia: en la medida en que establece un presupuesto objetivo del concurso necesario muy restrictivo, no habrá de extrañar que los acreedores opten por la reclamación a los administradores y no por la solicitud de concurso.

D) Finalmente, en la medida en que la Ley Concursal no se pronuncia sobre el particular, puede hablarse de una *función concursal* del sistema legal: el concurso de la sociedad no impide que los acreedores sociales reclamen el pago de sus créditos a los administradores que hubieran incumplido los deberes legales (v. *infra*, III.6).

II. LOS DEBERES LEGALES

1. *El nacimiento de los deberes legales*

1.1. El deber de convocatoria de la junta general

El primero de los deberes que se impone a los administradores es el de convocar junta general. El deber surge cuando concurra una causa legítima para la disolución, es decir, cuando acaezca cualquier hecho que la ley o los estatutos consideren que ha de conducir, por acuerdo de la junta general o por decisión judicial, a la disolución de la sociedad, y que no opera, por tanto, de pleno derecho. El sistema legal es aplicable cualquiera que sea la causa de disolución concurrente.

En el caso de *sociedades anónimas* (art. 262.1 y 2 LSA), los administradores deberán convocar junta general en el plazo de dos meses «cuando concurra alguna de las causas previstas en los números 3º, 4º, 5º, y 7º del apartado 1 del artículo 260», es decir, conclusión de la empresa, imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social (así, STS 2.7.1999, RJ 4900), paralización de los órganos sociales, pérdidas cualificadas (sin que se haya llegado al estado de insolvencia), reducción del capital por debajo del mínimo legal y cualesquiera causas estatutarias. Quedan, pues, fuera del sistema legal no sólo la disolución por simple acuerdo de la junta general (número 1º) y la disolución de pleno derecho por cumplimiento del término fijado en los estatutos (número 2º), que constituyen formas distintas de disolución, sino también la fusión o escisión total de la sociedad (número 6º), que constituyen una forma propia de extinción de sociedades, así como la violación sobrevenida y duradera del límite impuesto a la emisión de acciones sin voto (art. 91.2 LSA), aunque, paradójicamente, su aplicación podría justificarse tanto porque presupone el incumplimiento de normas imperativas como por la existencia de un plazo de dos años para impedir que la causa concurra.

En las *sociedades de responsabilidad limitada*, el deber de los administradores de convocar junta general en el plazo de dos meses nace (art. 105.1 LSRL) «en los casos previstos en las letras c) a g) del apartado 1 del artículo anterior», es decir, en los casos de conclusión de la empresa, imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, paralización de los órganos sociales, falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante tres años consecutivos, pérdidas cualificadas (sin que se haya llegado al estado de insolvencia), reducción del capital por debajo del mínimo legal y cualesquiera causas estatutarias. Ahora bien, en caso de reducción del capital por debajo del mínimo legal dicho deber legal opera de modo distinto según que la reducción sea o no consecuencia del cumplimiento de una ley. Si la reducción tiene carácter voluntario, el sistema legal no se diferencia del previsto con carácter general para todas las demás causas legítimas para la disolución; pero si es consecuencia del cumplimiento de una ley, se establece un sistema peculiar en el artículo 108 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, por cuya virtud, transcurrido un año sin que se haya inscrito el acuerdo de transformación o el de disolución de la sociedad o el de aumento del capital, se producen, de modo simultáneo, la disolución de pleno derecho de la sociedad y la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales. Con esa amenaza para los administradores sólo puede pretenderse forzar a la sociedad a remediar su situación irregular antes de que transcurra el plazo de un año. Sin embargo, el mecanismo de la disolución automática transcurrido ese año elimina el riesgo de que se prolongue indefinidamente la situación, lo que hace dudar de la conveniencia de tan dura sanción. Si se tiene en cuenta, además, que el presupuesto de la sanción es la falta de inscripción de la medida impeditiva en tiempo oportuno (por faltar el correspondiente acuerdo social, o porque la medida acordada no se inscriba tempestivamente), lo que no siempre será imputable a los administradores, se comprenderá mejor la incongruencia de la sanción prevista y, sobre todo, la necesidad de interpretar el precepto en el sentido de que la sanción sólo procederá cuando la falta de enervación de la disolución de pleno derecho sea imputable a los administradores, por no convocar junta general para la adopción del acuerdo pertinente, o por no solicitar la inscripción del acuerdo en tiempo oportuno.

La prueba de la concurrencia de la causa de disolución corresponderá, como es lógico, al acreedor social que reclame al administrador el pago de la deuda (expresamente, SSTS 3.4.1998, que recuerda la regla básica de que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento; 22.12.1999 y 17.11.2003; v., sin embargo, las dudas de las SSTS 2.2.2004 y 5.10.2004, que plantean una especie de «inversión de la carga de la prueba», cuando se haya producido el «cierre» *de facto* de la sociedad). Ninguna de esas circunstancias probatorias planteará problemas en relación con determinadas causas (así, la reducción del capital por debajo del mínimo legal o las pérdidas cualificadas derivadas de las cuentas anuales o una causa estatutaria fácilmente constatable). En los demás casos, será difícil no sólo probar la concurrencia de la causa, dado el grado de incertidumbre que las caracteriza, sino también probar el momento del acaecimiento a efectos de computar el plazo de dos meses.

El deber de promoción de la disolución cobra todo su sentido cuando la sociedad no se encuentra en buena situación económica, pues entonces los acreedores intentarán conseguir la satisfacción de sus créditos contra la sociedad reclamando a los administradores responsables. Tiene, pues, particu-

lar interés determinar cuándo concurre la causa legítima para la disolución consistente en la pérdida de la mitad del capital y nace, por tanto, el deber legal de los administradores. Ello obliga, de un lado, a distinguir entre la *cuantía* de las pérdidas (1.1.1) y el *momento* en que dichas pérdidas deben estimarse constitutivas de causa de disolución (1.1.2), y, de otro, a analizar la circunstancia de que la sociedad se encuentre en estado de insolvencia (1.1.3).

1.1.1. La cuantía de las pérdidas

La configuración de la pérdida de la mitad del capital como causa de disolución es, sobre todo, una *medida de protección de la integridad del capital social*, cuya finalidad es evitar una desproporción elevada entre capital y patrimonio, que reduzca gravemente la garantía de los acreedores sociales. Se trata, pues, de obligar a la sociedad a adoptar medidas para evitar que se llegue a la situación de insolvencia y se cause daño a los acreedores. Para que concorra la causa de disolución y, por consiguiente, para que nazca el deber legal de convocatoria de la junta general, se exige que las pérdidas hayan reducido el patrimonio a un valor inferior a la mitad del capital social (arts 260.1-4^o LSA y 104.1-e) LSRL). En la Ley de Sociedades Anónimas, los términos objeto de comparación son capital social y patrimonio (art. 150-3^o), mientras que en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada los términos son capital social y patrimonio *contable*; pero la doctrina y la práctica consideran que el adjetivo añadido constituye una simple aclaración. Los criterios de valoración empleados para la determinación de las pérdidas han de ser los exigidos en la Ley con carácter general para las cuentas anuales y para la determinación de beneficios o pérdidas. En consecuencia, el balance se redactará de acuerdo con los valores contables históricos y no con los de mercado o de liquidación. La resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de fecha 20 de diciembre de 1996 indica que se hace referencia siempre a un mismo concepto, que podría denominarse «*valor patrimonial de la empresa*», cuya cuantificación «*deberá realizarse teniendo como base las magnitudes contenidas en las cuentas anuales de las empresas, y más concretamente en el balance*».

Para determinar si concurre o no la causa de disolución, es indiferente la *cifra* del capital: la causa opera del mismo modo cualquiera que sea esa cifra, es decir, tanto si el capital social es el mínimo legal general (arts 4 LSA y 3 LSRL) o especial, como si es muy superior a ese mínimo. Es indiferente igualmente la *causa* de esas pérdidas: pueden ser consecuencia de resultados negativos de las actividades sociales; pero la causa legal de disolución puede existir por efecto de las dotaciones para amortizaciones y de las provisiones que, por imperativo

legal o reglamentario, sea preciso realizar. Es igualmente indiferente el *carácter* de dichas pérdidas: la Ley trata del mismo modo los casos en los que la disminución del patrimonio social por debajo de la mitad del capital social se ha producido de modo súbito o repentino y aquellos otros en los que esa disminución es la consecuencia de un proceso de deterioro de ese patrimonio. Y es, en fin, indiferente que existan o no *posibilidades objetivas de recuperación*. Si esas posibilidades existen, tienen que materializarse antes de que transcurra el plazo para el cumplimiento del deber de convocatoria (v. STS 16.12.2004) y, en caso de fracaso de la junta convocada, antes de que transcurra el plazo para el cumplimiento del deber de solicitud de disolución judicial de la sociedad. Cuando existan esas posibilidades objetivas de recuperación, los administradores tienen cierto margen de maniobra sin riesgo de responsabilidad por las deudas sociales. Así, incluso cuando esas posibilidades no puedan materializarse dentro del plazo de cumplimiento del deber de convocatoria de la junta, es suficiente con que los socios, apreciando la proximidad de esa recuperación, voten en contra de la disolución. Se abre así otro plazo de dos meses para el cumplimiento por los administradores del deber subsidiario de instar la declaración judicial de disolución. Los administradores pueden esperar hasta los días finales de ese segundo plazo para comprobar si dicha recuperación ha tenido lugar efectivamente o no. En cambio, no pueden, obviamente, esperar a que dicha recuperación se produzca tras el incumplimiento de sus deberes legales (v., sin embargo, STS 20.7.2001).

1.1.2. El problema del momento de la existencia de las pérdidas

No resuelve la Ley la delicada cuestión de si la causa legítima para la disolución concurre desde el acaecimiento de las pérdidas o desde que, una vez finalizado el ejercicio social, los administradores proceden a formular las cuentas anuales. La primera tesis sostiene que existe causa legítima para la disolución desde el mismo instante en el que los administradores conocieran o hubieran debido conocer la existencia de esas pérdidas. Se afirma que la determinación del importe de las pérdidas resultará normalmente de documentos contables, sean las cuentas anuales, o sean las que con anterioridad al cierre del ejercicio manifiesten con evidencia el referido desequilibrio patrimonial; pero que la pérdida puede ser tan manifiesta que los administradores no puedan ignorarla sin necesidad de documento contable alguno. En consecuencia, a partir del momento en que los administradores conozcan o no puedan ignorar el desequilibrio patrimonial legalmente exigido comienza a correr el plazo para que convoquen la junta general que ha de decidir la medida a adoptar. Esta es la solución jurisprudencial prevalente, asumida por el Tribunal Supremo en la

sentencia de 30 de octubre de 2000: *«el dato decisivo para efectuar el cómputo del plazo de dos meses (del art. 262.5) no se puede reconducir de modo absoluto al momento en que se conoce el resultado de las cuentas anuales, sino que se ha de contemplar en relación con el conocimiento adquirido, o podido adquirir (con la normal diligencia exigible a un administrador social, art. 127.1 L.S.A.), acerca de que se da una situación en la que el patrimonio social es inferior a la mitad del capital social»*. La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2001, al resumir la doctrina del Tribunal sobre esta responsabilidad *ex lege*, afirma que comienza *«en el momento mismo en que los administradores conocen la situación patrimonial y sin embargo no proceden como dispone el art. 262»*. E insiste en esa tesis la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004, que añade que el desequilibrio puede deducirse tanto de un balance de comprobación como de un estado de situación.

Ahora bien, se ha defendido también la interpretación de que la causa legítima para la disolución no ha de estimarse concurrente hasta el momento en el que se formulan las cuentas anuales por los administradores y, en caso de falta de formulación, el último día del plazo legal establecido a tal fin (art. 171.1 LSA). Según esta segunda tesis, si los administradores formulan las cuentas anuales antes de que finalicen los tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, se deberá estar a la fecha de la formulación; y si, por el contrario, infringiendo el deber legal de formulación oportuna, dejan transcurrir ese plazo de tres meses sin redactar las cuentas anuales, el *dies a quo* para la convocatoria de la junta sería el último día del plazo para esa formulación oportuna (es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2004, que, sin embargo, no se pronunció sobre el problema). Ese *dies a quo* no se modificaría en el caso de que, como consecuencia del informe del auditor, los administradores modificasen las cuentas anuales (art. 210.2 LSA), puesto que los administradores deberían haber reflejado dichas pérdidas al formular originariamente las cuentas anuales, y no en este momento posterior, si bien, claro está, cuando la modificación suponga una disminución de las pérdidas en cuantía suficiente como para afectar a la existencia misma de la causa de disolución, los administradores no tendrán que convocar junta general.

La diferencia entre una y otra tesis se manifiesta en los casos de especial gravedad, en que antes del cierre del ejercicio social y de la formulación de las cuentas correspondientes a dicho ejercicio, la situación sea tan insostenible que los administradores tengan que adoptar medidas para el saneamiento financiero de la sociedad (convenios extrajudiciales con uno o varios acreedores, ejercicio de la facultad delegada de acordar el aumento del capital social, etc.) o tengan que convocar junta general para que acuerde las medidas oportunas o la disolución de la sociedad o incluso el concurso. Según la primera tesis, en

ese momento ya nacería el deber de los administradores de convocar junta general en el plazo de dos meses, cuyo incumplimiento acarrearía la correspondiente sanción. Para la segunda tesis, en cambio, no se iniciaría el *dies a quo* para el cómputo del plazo del cumplimiento de ese *deber específico* de convocatoria; pero ello no impediría que, en ocasiones, el *deber general* de administración diligente (art. 127.1 LSA) exigiese una concreta actuación de los administradores, antes del cierre de ese ejercicio, para evitar las consecuencias negativas de unas pérdidas sobrevenidas o del incremento de pérdidas preexistentes.

El análisis de los argumentos que pueden utilizarse conduce a la conclusión de que las dos tesis son igualmente defendibles:

A) El primer argumento ha de ser, lógicamente, el que se derive del propio *fundamento del sistema legal*. Puede afirmarse, en un sentido, que si ese fundamento es la tutela de los acreedores sociales, cualquier demora en su operatividad iría en contra de dichos acreedores, ya que la sociedad podría caer en estado de insolvencia. Pero puede afirmarse igualmente, en sentido contrario, que la vinculación de las pérdidas a la formulación de las cuentas anuales serviría para mitigar la rigurosa sanción y, además, sería más congruente con la regla de la interpretación restrictiva de las causas legítimas para la disolución.

B) En segundo lugar, puede argumentarse sobre la base del propio *concepto de pérdidas*. Así, de un lado, es claro que pérdida equivale sencillamente a disminución de patrimonio susceptible de cuantificación, de modo que si la Ley no añade nada es porque estaría utilizando ese significado vulgar de las pérdidas, algo que se justificaría por la gravedad de la situación. Pero, en sentido contrario, no puede descartarse que la Ley conciba las pérdidas —más técnicamente— como el resultado negativo que figure en las cuentas anuales. Las pérdidas serían aquel resultado desfavorable de la explotación durante un periodo fijado por la Ley que se manifiesta contablemente por la existencia de un saldo deudor en la cuenta de pérdidas y ganancias (art. 189, b), número 10 LSA) desde donde trasciende al balance (art. 175 LSA). Desde el fin del último ejercicio existirían resultados positivos o negativos (arg ex art. 216, b) LSA); pero esos resultados sólo adquirirían la condición de beneficios o de pérdidas, a los efectos de la legislación de sociedades, cuanto constan en el balance del ejercicio.

C) El tercer argumento que puede utilizarse a favor de una y otra tesis es —en relación sólo con las sociedades anónimas— el derivado de la existencia de dos normas legales sobre la existencia de pérdidas. El tratamiento jurídico de las pérdidas en la Ley de Sociedades Anónimas se compone de dos piezas fundamentales que están en función de la cuantía de esas pérdidas: en primer lugar, la reducción obligatoria cuando las pérdidas hayan disminuido el patrimonio social «por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiera transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio» (art. 163.1 III LSA); y, en segundo lugar, la disolución obligatoria cuando esas pérdidas hayan reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, salvo que éste se aumente o se reduzca (art. 260.1-4^º LSA). Mientras que en el primer caso al requisito cuantitativo —pérdidas de un tercio— se añade un requisito temporal —transcurso íntegro de un ejercicio social—, en el segundo es suficiente con ese requisito cuantitativo: las pérdidas superiores a la mitad del capital social configuran por sí solas la causa legal de disolución. A la hora de interpretar ese requisito cuantitativo en relación con la obligación de reducir, la doctrina que ha prestado más atención al tema entiende que el supuesto de hecho exige dos balances anuales u ordinarios —el primero, para evidenciar que se ha perdido efectivamente, al menos, un tercio del capital social, y el segundo para constatar que ha transcurrido un ejercicio social entero sin que la recuperación haya tenido lugar— y no parece

que tuviera mucho sentido considerar que las pérdidas a las que se refiere la Ley a la hora de establecer la obligación de reducir el capital son las pérdidas anuales, esto es, las que resultan del balance de ejercicio, y defender una distinta concepción del término pérdidas cuando se utiliza por la misma Ley para delimitar una concreta causa legal de disolución, es decir, que el concepto jurídico de pérdidas habría de ser común a la reducción obligatoria y a la disolución obligatoria por la *identidad de función* —la tutela de los acreedores sociales— que esa reducción y esa disolución cumplen. Ahora bien, en sentido contrario puede afirmarse no sólo que la norma sobre reducción obligatoria calla acerca de la exigencia de que el transcurso del año deba ir seguido de la formulación de las cuentas anuales, sino también, y sobre todo, que las dos normas legales no se configuran como un sistema armónico, por lo que bien pueden partir de presupuestos diferentes.

D) El último argumento es de orden *lógico*. Puede afirmarse, por un lado, que el término pérdidas debería interpretarse en el sentido de pérdidas que refleje el balance anual, ya que, en caso contrario, al no existir cautela temporal alguna, se podría llegar a un resultado absurdo o ilógico. Así, por ejemplo, en el supuesto de que, en el primer trimestre de un ejercicio, una sociedad experimente resultados negativos que superen la mitad de la cifra del capital social y en los meses siguientes obtenga resultados positivos que sitúen las pérdidas al final de ese ejercicio por encima de ese porcentaje. De seguir la tesis de que el *dies a quo* coincide con el momento en el que las pérdidas se producen materialmente, los administradores de la sociedad, al confeccionar el balance trimestral de comprobación, conocerían la cuantía de esas pérdidas (o, mejor, de esos resultados negativos) y, desde ese mismo momento comenzaría a correr el plazo de dos meses para convocar la junta general con el objeto de acordar la disolución de esa sociedad. Si esa situación patrimonial fuera pasajera o reversible —v. gr.: obedeciera simplemente a un descenso transitorio en la cotización de elementos del patrimonio en época de volatilidad del mercado de mercaderías o de valores—, al final de ese mismo ejercicio, la sociedad se encontraría disuelta y en fase de liquidación a pesar de que la situación patrimonial no fuera de déficit o éste tuviera un carácter menor. Pero parece claro que puede darse la vuelta al argumento: del mismo modo que a un balance trimestral de comprobación en el que figuren resultados negativos graves puede seguir un balance trimestral o anual en el que ya no figuren (por haberse compensado con resultados positivos, por revalorización de elementos del activo, etc.), esas pérdidas cualificadas pueden existir al final de un ejercicio social determinado y haber desaparecido el día de celebración de la junta general convocada para acordar la disolución, o poco tiempo después.

Un punto importante de la discusión es el relativo a la trascendencia de los denominados *balances trimestrales de comprobación*, que los sujetos mercantiles deben confeccionar (art. 28.1 C de C). Es claro que la Ley no conecta particulares consecuencias a lo que resulte de ellos y, por supuesto, no los toma en consideración ni a efectos de la reducción obligatoria del capital social ni a efectos de la disolución de la sociedad por pérdidas. Como quiera, además, que el balance de comprobación constituye fundamentalmente un instrumento de control, que tiene como finalidad asegurar la concordancia entre las anotaciones realizadas en cada *Debe* y las realizadas en cada *Haber*, puede afirmarse que el ejercicio diligente del cargo de administrador de una sociedad (art. 127.1 LSA) exige su realización, y, si ese balance evidencia la existencia de resultados negativos, los administradores deben esforzarse por tratar de enderezar la marcha de la sociedad en lo que reste del ejercicio: pero no puede poner en marchas el sistema legal que analizamos. Sin embargo, parece claro también que el balance de periodicidad trimestral cumple igualmente una función informativa de la situación patrimonial del empresario individual o de la sociedad mercantil, de la que los administradores puedan derivar la situación de pérdidas requerida legalmente (asi. STS 16.12.2004).

1.1.3. El estado de insolvencia de la sociedad

La causa de disolución por pérdidas de una parte significativa del capital social concurrirá «siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal» (arts. 260.1-4º *in fine* LSA y 104.1-e) *in fine* LSA). Aunque la formulación concreta de la previsión legal deje mucho que desear, la excepción es lógica: si la sociedad se encuentra en estado de insolvencia y, por tanto, *procede* la declaración de concurso (en los términos de la Ley Concursal: arts. 2, 3 y 5), carece de sentido poner en marcha una causa de disolución cuya finalidad fundamental es, precisamente, evitar esa insolvencia a través de una liquidación voluntaria o de una medida alternativa. De este modo, las pérdidas de la mitad del capital dejan de operar como causa de disolución para dejar paso a las soluciones concursales. En situaciones de dificultad económica, corresponderá, pues, a los administradores sociales valorar y decidir si procede la convocatoria de la junta general, porque la sociedad haya perdido la mitad de su capital, pero no se encuentre en estado de insolvencia, o si procede, por el contrario, solicitar la declaración de concurso, porque la sociedad no sólo haya perdido la mitad de su capital, sino que se encuentre en la situación de insolvencia. En el primer caso, la sociedad deberá disolverse —o adoptar una medida alternativa—, porque «no es procedente solicitar la declaración de concurso», de modo que sí, en esa situación, los administradores no convocan junta en el plazo de dos meses, pasarán a responder de las deudas sociales (art. 262.2-I y 5), aunque más tarde la sociedad llegue a ser insolvente y se declare el concurso. En el segundo caso, los administradores habrán de promover la declaración de concurso.

Así lo confirma la confusa previsión legal según la cual los administradores «podrán solicitar la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este se aumente o se reduzca en la cuantía suficiente, siempre que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal» (art. 262.2-II LSA). Rectamente entendida, la norma constituye una simple reiteración de la anterior: si concurren simultáneamente la pérdida de la mitad del capital social y el estado de insolvencia, los administradores no tienen el deber de convocar junta general, sino el de solicitar la declaración de concurso, liberándose también en tal caso de la sanción prevista por la no promoción de la disolución. En efecto, la expresión «podrán» significa, en primer lugar, que no es obligada la convocatoria de la junta general, porque los administradores «podrán» sustituir esa convocatoria por la solicitud de concurso. Las dos Leyes reguladoras de las sociedades de capital utilizan la misma fórmula —completamente

obvia— para señalar cuándo se producirá la sustitución del deber de promover la disolución por el de solicitar el concurso: cuando «sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal». Eso sucederá, en primer lugar, cuando los administradores hubieran conocido o debido conocer el estado de insolvencia de la sociedad (art. 5.1 LC), entendiéndose por tal aquel en que se encuentra la sociedad que no puede cumplir regularmente sus obligaciones (art. 2.2 LC), y presumiéndose *iuris tantum* ese conocimiento cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario (arts. 2.4 y 5.2 LC). Y sucederá, en segundo lugar, cuando los administradores soliciten la declaración de concurso por considerar inminente la insolvencia, es decir, cuando prevean que la sociedad no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2.3). Para obtener la declaración de concurso, los administradores deberán justificar también el endeudamiento de la sociedad (art. 2.3 LC).

Los antecedentes legislativos demuestran que la única finalidad de la Ley Concursal era que se considerase como cumplimiento alternativo de los deberes legales y, por tanto, impeditiva de la sanción, la solicitud de concurso de acreedores de la sociedad incurso en causa de disolución. Sin embargo, consciente o inconscientemente, las dos Leyes reguladoras de sociedades de capital han ido más allá de esa finalidad. Así, al establecer que los administradores «podrán solicitar la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas» (art. 262.2-II LSA), se está diciendo que los administradores pueden, como es obvio, solicitar —directamente— la declaración de concurso (arts. 2, 3.1 y 5.1 LC); pero pueden también, lo que parece menos lógico, convocar junta general. De ese modo, la Ley de Sociedades Anónimas (modificada en este punto por la Ley Concursal) establece una regla especial de competencia para la solicitud de concurso en estos supuestos: el órgano «competente para decidir sobre la solicitud» (art. 3.1-II LC) no será únicamente el órgano de administración, porque este órgano queda facultado también para someter la solicitud de concurso a la consideración de la junta de accionistas. Naturalmente, el simple incumplimiento del deber —concursal— de solicitar el concurso cuando concurra el estado de insolvencia (art. 5 LC) no implica la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales, porque, a esos efectos, la Ley de Sociedades Anónimas «transforma» el deber de solicitar el concurso en una simple facultad, alternativa a la de convocar la junta general —aunque sí podrá producirse la responsabilidad derivada de la eventual calificación del concurso como culpable (art. 172.3)—. Para que nazca la responsabilidad por las deudas sociales, es preciso, además, que los administradores no convoquen junta general en el plazo de dos meses, o que, convocada la junta, no se celebre o no acuerde solicitar el concurso y los administradores no soliciten el concurso en

«el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario al concurso», o que, finalmente, la junta convocada para decidir acerca de la solicitud de concurso acuerde esa solicitud y los administradores no insten el concurso en el plazo de dos meses (art. 262.5 LSA; v. *infra*, 1.2).

Más lejos ha ido aún la Ley de *Sociedades de Responsabilidad Limitada*. En efecto, en estas sociedades, cuando, de forma simultánea a la causa de disolución, concurra el estado de insolvencia, los administradores no sólo no deben, sino que ni siquiera pueden solicitar directamente la declaración de concurso de la sociedad, puesto que el deber legal consiste ahora necesariamente en «convocar la Junta General en el plazo de dos meses para que (...) inste el concurso» (art. 105.1, segundo inciso). El deber de solicitar el concurso (art. 5 LC) se convierte, pues, en un deber de convocar la junta general, y la competencia de los administradores para decidir sobre la solicitud de concurso (art. 3.1-II LC) pasa, al menos en un primer momento, a la junta general. Para que no quede duda alguna sobre la modificación de esas dos reglas previstas por la Ley Concursal, se parte de la base de que «la solicitud de concurso (...) requerirá acuerdo de la Junta General adoptado por la mayoría a que se refiere el apartado 1 del artículo 53» (art. 105.1, primer inciso). La convocatoria de la junta general libera de responsabilidad a los administradores por cumplimiento del deber; pero sólo de una forma temporal, ya que, en su caso, tendrán un segundo deber, el de solicitar el concurso, que surgirá tanto cuando la junta convocada no llegue a celebrarse como cuando no acuerde la solicitud de concurso existiendo insolvencia como, en fin, cuando la propia junta acuerde la solicitud de concurso (art. 105.5 LSRL; *infra*, 1.2).

Por último, las dos Leyes reguladoras de las sociedades de capital confieren a los socios el derecho a requerir a los administradores la convocatoria de la junta general cuando consideren que la sociedad se encuentra en causa de disolución o de concurso (arts. 262.2.III LSA y 105.1, tercer inciso LSRL).

1.2. El deber de solicitud de la disolución judicial o del concurso

El deber de solicitud de la disolución judicial de la sociedad tiene un *doble presupuesto*: la *subsistencia* de la causa de disolución y el *fracaso* de la junta general convocada para acordar la disolución. El sistema legal obliga, sin embargo, a tener en cuenta en ambos casos la posibilidad de que concurra también la insolvencia de la sociedad, pues surge entonces un deber de instar el concurso.

A) El *primer supuesto* es la *subsistencia de la causa de disolución*. Por tanto, los administradores no deberán solicitar la disolución judicial de la sociedad si la causa de disolución hubiera desaparecido, por cualquier causa, en la fecha de la junta o durante los dos meses siguientes al día fijado para la celebración de la junta convocada, hubiérase o no constituido, o si en ese plazo de dos meses la disolución hubiera sido ya instada por algún interesado (así, STS 24.10.2002). La disolución judicial tampoco deberá ser solicitada cuando, durante el plazo de dos meses, aun subsistiendo la causa de disolución, sobreviniera el *estado de insolvencia*, porque, en tal caso, el deber de los administradores pasará a ser el de *instar el concurso*: de nuevo el sistema legal de tutela basado en el capital social es sustituido por el derecho de la insolvencia, y así lo manifiestan tanto la Ley de Sociedades Anónimas como la de Sociedades de Responsabilidad Limitada, aunque la técnica utilizada no sea tampoco la más adecuada. En efecto, se establece, respectivamente, que «responderán solidariamente de las obligaciones sociales (...) los administradores que no soliciten la disolución social o, si *procediere*, el concurso de la sociedad» (art. 262.5) y que «el incumplimiento de la obligación de convocar junta general o de solicitar la disolución judicial o, si *procediera*, el concurso de la sociedad, determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales» (art. 105.5). Quiere ello decir que, cuando la insolvencia de la sociedad sobrevenga dentro del plazo para el cumplimiento del deber subsidiario de instar la disolución judicial, los administradores deberán solicitar directamente el concurso de la sociedad (arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL). No habrán de instar la disolución judicial y tampoco podrán convocar junta general para que se pronuncie sobre la situación, porque no parece razonable reiniciar el cómputo de los plazos. Naturalmente, la falta de solicitud de concurso determinará la responsabilidad por las deudas sociales, ya que vendría a sustituir al deber de instar la disolución judicial.

B) El *segundo supuesto* es que la junta general de socios, específicamente convocada para la adopción del acuerdo de disolución, no hubiera podido constituirse o no hubiera adoptado el acuerdo de disolución. Si adopta ese acuerdo, aunque, con posterioridad, el juez suspendiera su eficacia durante la tramitación del juicio de impugnación (art. 120 LSA), los administradores no están obligados a solicitar la disolución judicial o el concurso. Por supuesto, en cuanto interesados, los administradores *podrán*, si lo consideran oportuno, solicitar la disolución judicial de la sociedad ante el juez de primera instancia del lugar del domicilio social (art. 262.3 LSA y 105.3 LSRL); pero se trata de una mera facultad, y no de un deber en sentido técnico-jurídico.

Cuestión distinta es la de si, impugnado el acuerdo de disolución, prospera la demanda impugnatoria, declarando el juez nulo el correspondiente acuerdo. Si la estimación de la demanda

estuviera fundada en la inexistencia de causa legal de disolución, es evidente que los administradores no sólo no pueden sino que ni siquiera deben instar la disolución judicial de la sociedad. Por el contrario, si la estimación de la demanda estuviera fundada en defectos formales de la junta (sea de la convocatoria o de la constitución) o en infracción de derechos de los socios (por ejemplo, infracción del derecho de información), la solución tiene que ser radicalmente distinta. Al haber perdido eficacia definitivamente el acuerdo de disolución adoptado por la junta, los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad, y, si no lo hacen, responderán solidariamente de las deudas sociales. Repárese en que esta solución es independiente de que la causa de la impugnación sea o no imputable a los administradores. En ocasiones, la impugnación se basará en una infracción legal imputable a esos administradores (así, por ejemplo, en caso de defectos de la convocatoria, incluida la falta de claridad del orden del día; en caso de publicación tardía de esa convocatoria; etc.); y en otras ocasiones la impugnación será ajena a ellos (v gr: infracción del derecho de información de un socio como consecuencia de una decisión del presidente de la Junta que no sea administrador).

En todos estos supuestos en los que, tras la firmeza de la resolución judicial que declara la nulidad del acuerdo de disolución, los administradores proceden a solicitar la disolución judicial de la sociedad, se produce un cumplimiento tardío del segundo deber legal, con los riesgos que más adelante habrá ocasión de señalar. Y, por esta razón, cuando la impugnación se funde en causas distintas a la inexistencia de causa legal de disolución, los administradores, si tienen duda razonable acerca de la prosperabilidad de la acción ejercitada, deberían proceder inmediatamente que conocieran la existencia de la demanda de impugnación a convocar nueva junta para que (ratificara o) adoptara de nuevo el acuerdo de disolución (art. 115.3-I LSA) o, si fuera posible, solicitar del juez la concesión de un plazo para que la causa de impugnación pudiera ser subsanada (art. 115.3-II LSA). Un nuevo acuerdo de disolución *lite pendente* no evita que la acción de impugnación del anterior acuerdo pueda prosperar, pero reduce considerablemente los riesgos de un cumplimiento excesivamente tardío del primer deber.

Ahora bien, declarada la nulidad del acuerdo de disolución por causas distintas a la inexistencia de causa legal, los administradores, en lugar de, o además de, instar la disolución judicial de la sociedad, pueden convocar una nueva junta para que acuerde, de nuevo, la disolución. También en este caso se estará ante un cumplimiento tardío. Si optan por convocar la junta sin instar la disolución judicial de la sociedad, aumentan el riesgo de una acción de responsabilidad en el periodo que se extiende desde la declaración judicial de ineficacia del primer acuerdo de disolución hasta la adopción del segundo acuerdo de disolución. Por esta razón, es preferible la acumulación de cumplimientos: los administradores convocan junta general y previa, simultánea o inmediatamente solicitan la disolución judicial de la sociedad, solicitud de la que desistirán en el mismo momento en el que la junta general acuerde de nuevo la disolución de la sociedad.

La cuestión se complica —y mucho— si la junta general hubiera sido convocada para pronunciarse sobre la solicitud de concurso, ya que es obvio que, a diferencia de lo que sucede con la disolución, la junta general no puede acordar el concurso, sino tan sólo su solicitud. Así, si la junta convocada no llegara a celebrarse o no acordara la solicitud de concurso, los administradores tendrán el *deber de solicitar el concurso* (así, art. 105.5 LSRL); pero también tendrán ese deber en el caso de que la junta general se hubiera pronunciado a favor de la solicitud de concurso.

2. La extinción de los deberes legales

Si los dos deberes legales de cumplimiento sucesivo nacen con la concurrencia de la causa legítima para la disolución, han de considerarse extinguidos si, antes de que finalice el respectivo plazo de dos meses establecido para su cumplimiento, esa causa hubiera desaparecido o hubiera sido removida. La desaparición o la remoción de la causa de disolución puede tener lugar dentro del plazo de cumplimiento del primer deber —esto es, dentro del plazo establecido para la convocatoria de la junta— o dentro del plazo de cumplimiento del segundo deber, cuando, fracasado el objetivo de un acuerdo voluntario de disolución, los administradores han de instar la disolución judicial (o el concurso) de la sociedad. Si la remoción se produce después de que hubieran finalizado los dos períodos anteriores para el cumplimiento de esos deberes, los administradores no evitan la responsabilidad por las deudas anteriores a ese momento, pero, naturalmente, no responderán de las deudas sociales posteriores a dicho momento (v., sin embargo, STS 20.7.2001, que parece otorgar aún mayor trascendencia a la remoción tardía).

En relación con las sociedades de responsabilidad limitada se establece expresamente que la junta general convocada por los administradores en cumplimiento de su deber legal tiene competencia para remover la causa de disolución (art. 105.2 LSRL), pero esa posibilidad existe también en las sociedades anónimas. Ninguna duda se plantea cuando la causa concurrente sea la pérdida de la mitad del capital social, pues la propia Ley permite, como medida alternativa a la disolución, el aumento o la reducción del capital en la medida suficiente ni cuando concurra la paralización de los órganos sociales, porque si la junta general se reúne y acuerda no disolverse, no cabe, en rigor, estimar que había concurrido la causa de disolución. En los demás casos, la facultad de remoción puede ser ciertamente debatida, pero a nuestro juicio existen poderosas razones para defender una solución afirmativa. La Ley distingue claramente entre la causa legítima para la disolución y la disolución propiamente dicha: el efecto de la disolución no se produce por la simple concurrencia de la causa, pues los órganos sociales conservan todos sus poderes y, entre ellos, el de eliminar la causa, haciendo desaparecer el presupuesto de la disolución. Por otra parte, esa parece ser la solución más lógica: si, al lado de la existencia de una causa legal o estatutaria de disolución, considerada como incompatible con la continuidad de la sociedad anónima, la Ley exige, en todo caso, un acuerdo de la junta que abra la liquidación, parece correcto entender que el acuerdo social no puede, ciertamente, ser contrario a la disolución si la causa existe y subsiste, pero si la propia junta procede a la eliminación de aquella causa, tomando los acuerdos oportunos, ha de estimarse como válida y eficaz la remoción de la causa de disolución. En esta misma línea de argumentación se podría invocar la conveniencia de respetar, en cuanto sea posible, el principio de conservación de la empresa, y entender que, eliminada la causa, no hay razón para obligar a la sociedad a que se disuelva.

Particular interés presenta la posibilidad de remover la causa de disolución consistente en la pérdida de la mitad del capital, que la Ley contempla expresamente (arts. 260.1-4º y 262.2-II LSA y 104.1-e) LSRL). La desaparición de las pérdidas graves puede tener lugar por *causa económica* o por *causa*

jurídica. Se produce la eliminación económica de las pérdidas graves cuando la sociedad obtiene resultados positivos, por ingresos ordinarios o extraordinarios, o cuando, de cualquier otro modo, aumenta el activo (v. gr.: por actualización del valor de elementos del balance) para enjugar las pérdidas en medida suficiente; y también cuando uno o varios acreedores sociales (por ejemplo, sociedades del mismo grupo de la deudora) condonan la totalidad o parte de los créditos de los que son respectivamente titulares de modo tal que el patrimonio, hasta entonces inferior a la mitad de la cifra del capital social, pase a superar ese porcentaje. Ahora bien, se reproduce aquí el problema de la concurrencia de la causa de disolución: si se aceptara que no existen propiamente pérdidas y tampoco ganancias hasta la formulación de las cuentas anuales (o hasta que transcurra el plazo para la formulación de esas cuentas), habría que sostener ahora que los resultados positivos obtenidos en el siguiente ejercicio no enervarían los deberes legales de convocar junta y de instar la disolución judicial de la sociedad por cuanto que, hasta que finalice ese ejercicio y se formulen las cuentas anuales, no existirán propiamente ganancias. En todo caso, la carga de la prueba de que esos resultados positivos efectivamente se han producido pesa sobre los administradores.

Se produce la eliminación *jurídica* de la causa de disolución cuando la sociedad adopta y ejecuta determinados acuerdos sociales que, directa o indirectamente, producen ese específico efecto. Esas medidas pueden ser directas o indirectas. Entre las *medidas directas*, la Ley menciona dos operaciones sociales, el aumento y la reducción del capital social, que, una vez ejecutadas, extinguen el deber de convocar y el deber de instar la disolución judicial de la sociedad. No se trata de una enumeración taxativa y excluyente. No sólo es posible la combinación de ambas medidas (la reducción y el aumento simultáneos, denominada «operación acordeón»), sino que existen otras medidas directas como la restitución (o reintegración) de aportaciones que producen el mismo efecto. Las *medidas indirectas* son aquellas que no tienen por finalidad primaria la eliminación de la causa legal de disolución, sino la modificación de la normativa aplicable a la sociedad, de manera que la pérdida de la mitad del capital dejase de constituir causa legítima para la disolución. Así sucede cuando la sociedad anónima o de responsabilidad limitada afectada se transforma en sociedad colectiva o en sociedad comanditaria simple, formas sociales en las que, para que exista causa legal de disolución por pérdidas, se exige la pérdida entera del capital social (art. 221-2º C de C), y en las que, además, aun concurriendo esa causa, no pesa sobre los administradores deber legal específico de clase alguna.

La Ley prevé expresamente que esta causa legal de disolución se elimine mediante el aumento o la reducción del capital social (art. 260.1-4º LSA y art.

104.1.e) LSRL). Cabe, pues, que los administradores convoquen junta general para tratar de ese aumento o de esa reducción del capital y no de la disolución de la sociedad (v., en ese sentido, STS 23.2.2004), y cabe también que el punto relativo a la disolución se sitúe en el orden del día después del relativo a ese aumento o a esa reducción (o a esa *operación acordeón*), para el caso de que estas operaciones de saneamiento no fuera aprobadas. La virtualidad para enervar la eficacia de la causa legal de disolución corresponde a la *operación* de aumento o de reducción (o a la operación combinada de reducción y de aumento simultáneos) y no al simple acuerdo de aumento o de reducción. La Ley establece, con toda claridad, que, en caso de pérdidas graves, la sociedad está obligada a disolverse, a no ser que el capital se aumente o se reduzca en la medida suficiente. El acuerdo de aumento o de reducción es, pues, condición necesaria, pero no es condición suficiente: se requiere la *ejecución* de ese acuerdo, es decir, que el capital efectivamente se aumente o se reduzca en la medida suficiente (SSTS 23.2.2004 y 16.12.2004).

La reducción del capital es operación mucho menos compleja que la de aumento. El único inconveniente es que el acuerdo de reducción es competencia exclusiva de la junta general, mientras que, en caso de capital autorizado, la competencia para adoptar el acuerdo de aumento es del órgano de administración, lo que supone un ahorro de tiempo que puede ser importante. De otro lado, mientras que el aumento del capital social no tiene límites máximos, siendo suficiente con que, como consecuencia del aumento, el patrimonio contable sea igual o superior a la mitad de la cifra del capital social, la operación de reducción tiene dos límites cuantitativos: el límite máximo de la reducción es la cifra del capital social mínimo, ya que la sociedad no puede reducir el capital por debajo del denominado capital social mínimo (v. sin embargo, art. 108 LSRL); el límite mínimo es la cifra que permite a ese capital superar el cincuenta por ciento del «patrimonio contable».

El aumento del capital es suficiente que se realice en la medida necesaria para eliminar esa determinada proporción entre el capital y el patrimonio contable. Si, como consecuencia del aumento, el patrimonio contable alcanza o supera la mitad del capital social, desaparece la causa legal de disolución y, por consiguiente, se extinguen los deberes de los administradores de promover la disolución de la sociedad. Del mismo modo, la reducción no tiene que comprender la totalidad de las pérdidas. Para enervar los efectos de la causa legal de disolución, la junta debe acordar la reducción del valor nominal de las acciones o participaciones sociales (art. 163.2 y 164.4 LSA) bien por la totalidad de las pérdidas efectivamente producidas, bien por parte de ellas, siempre que, como consecuencia de la reducción, la cifra del capital sea superior a la mitad del patrimonio contable de la sociedad. No es, pues, necesario que cuantía de las pérdidas y cuantía de la reducción sean coincidentes. La Ley reconoce los mismos efectos a reducciones por cuantía inferior si se realizan en la medida suficiente para superar esa proporción señalada respecto del patrimonio contable.

Mientras que la ejecución del acuerdo de reducción por pérdidas graves no es necesaria, por agotarse la operación en el propio acuerdo (sin que pueda considerarse ejecución propiamente dicha la formalización del acuerdo), la ejecución del acuerdo de aumento del capital social supone un tiempo, más o menos largo, como consecuencia necesaria del proceso de suscripción (o asunción) y desembolso de las nuevas acciones o participaciones sociales (o como consecuencia del desembolso en caso de mera elevación del valor

nominal). Con demasiada frecuencia, cuando finaliza la operación de aumento, han transcurrido ya los dos meses establecidos por la Ley para el cumplimiento del deber de convocatoria. Por esta razón, parece conveniente que, en la misma junta que adopte el acuerdo de aumento, se adopte también, aunque bajo condición suspensiva, el acuerdo de disolución, facultando a los administradores para que, en caso de fracaso o de retraso de la operación de aumento, puedan considerar cumplida la condición y, por consiguiente, disuelta la sociedad. Es preciso tener en cuenta, igualmente, que la *suficiencia* del aumento plantea un problema de estrategia, si existen incertidumbres acerca de si la suscripción de las nuevas acciones será o no completa. En sociedades de muchos socios, es aconsejable que el acuerdo de aumento sea por cantidad superior a la imprescindible, y es igualmente aconsejable que, en el propio acuerdo, exista previsión tanto respecto de la suscripción incompleta (art. 161.1 LSA) como respecto de una segunda vuelta o, al menos, del régimen de ofrecimiento y de adjudicación de las acciones no suscritas por los accionistas. Por regla general, en las sociedades de responsabilidad limitada estas previsiones no son necesarias (arts 77 y 75.4 LSRL).

También la operación de reducción del capital social supone un tiempo con el que necesariamente tienen que contar los administradores a fin de evitar el nacimiento de la responsabilidad legal, aunque no se trata de un tiempo posterior al acuerdo, sino anterior. En efecto, el principal problema que plantea la reducción de capital por pérdidas es que, por exigencia legal, el balance que sirva de base a la operación tiene que estar auditado, y ello aunque la sociedad no esté obligada a la verificación de las cuentas anuales (art. 168.2 LSA y 82.2 LSRL). La auditoría no sólo supone un coste económico, un gasto que, en ocasiones, pequeñas sociedades con pérdidas no están en condiciones de asumir, sino, además, un coste de tiempo, más o menos largo, según que la sociedad tuviera ya o no auditor nombrado. Aquellas sociedades que hagan auditar regularmente las cuentas anuales, estén o no sujetas al deber de verificación, no tendrán especiales problemas para conseguir, en tiempo razonable, ese balance auditado en base al cual acordar la reducción del capital social. Aquellas otras que nunca hubiera hecho auditar esas cuentas o que carecieran de auditorías de los últimos ejercicios sociales, tendrán o podrán tener dificultades para conseguir la emisión del informe de auditoría en tiempo oportuno, es decir, antes de que transcurran dos meses desde que exista la causa legal de disolución. Quienes tienen suficiente experiencia práctica conocen bien que el coste económico de la auditoría impide, con demasiada frecuencia, que pequeñas sociedades con pérdidas se regularicen, y que el coste temporal explica, en esas sociedades, el importante porcentaje de reducciones tardías, que, por razón del momento en que tienen lugar, no evita el nacimiento de la responsabilidad legal de los administradores por falta de promoción oportuna de la disolución de la sociedad (v. STS 16.12.2004).

En todo caso, para enervar los efectos de la causa legal de disolución, ni el aumento ni la reducción tienen que estar inscritos. La inscripción de la operación de aumento, de la operación de reducción o de la denominada «operación acordeón» no tiene efecto constitutivo, sino meramente declarativo. El aumento o la reducción existen aunque todavía no hayan accedido al Registro mercantil. En todo caso, el acreedor social que, confiando en el Registro, presentara demanda contra los administradores sociales para hacer efectiva la responsabilidad legal por las deudas sociales, no debería ser condenado al pago de las costas a pesar de la desestimación de la demanda; y, si fuera condenado, tendría acción contra los propios administradores (ex art. 135 LSA) si, concurriendo culpa, hubieran demorado éstos el acceso al Registro de la operación de aumento o de reducción, por el daño que dichas costas ocasionan al patrimonio del acreedor demandante. No estará de más señalar que este problema no es específico del aumento o de la reducción del capital social. También puede darse respecto de la disolución, cuando el correspondiente acuerdo no ha accedido al Registro mercantil.

3. El cumplimiento de los deberes legales

3.1. El cumplimiento

3.1.1. La convocatoria de la junta general

El cumplimiento ordinario del primer deber legal exige la adopción del acuerdo o de la decisión de convocar junta general y la observancia de las formalidades legales (o, eventualmente, en el caso de sociedades de responsabilidad limitada, de las formalidades estatutarias) en relación con el anuncio de convocatoria (arts 97 LSA y 46 LSRL). No existirá deber legal de convocatoria si ya hubiera tenido lugar una convocatoria judicial a solicitud de la minoría (arts 101.2 LSA y 46.3 LSRL) siempre que en el orden del día de dicha junta figure el punto relativo a la disolución de la sociedad o, en su caso, al concurso. El deber de los administradores de convocar junta general se entenderá, pues, cumplido siempre que la convocatoria se realice antes de que transcurran dos meses, a contar desde la concurrencia de la causa de disolución (así, SSTS 30.10.2000 y 16.12.2004; contra, sin embargo, STS 23.2.2004, que, de forma sorprendente, amplía el plazo legal sosteniendo que esa argumentación «se basa en una interpretación rígida y literal de la norma, improcedente cuando el *desfase temporal es de tan pocos días si es seguido por la convocatoria de la Junta*»).

La adopción del acuerdo o decisión de convocar constituye un deber de carácter orgánico. Si la administración estuviera encomendada a un consejo, se requiere acuerdo adoptado en sesión legalmente constituida, y si la administración estuviera encomendada a administradores mancomunados, se requiere decisión conjunta. Los miembros singulares del consejo de administración (o un singular miembro del órgano de administración mancomunada) no pueden convocar individualmente la junta general. En esta materia siguen rigiendo los principios generales (arts 94 LSA y 45 LSRL). Es dudoso si, en caso de muerte o de cese de la mayoría de los miembros del consejo de administración, cualquiera de los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo, que puede convocar junta general con la finalidad de completar el órgano (art. 45.4 LSRL), puede o no incluir en el orden del día de dicha junta el tema de la disolución, aunque parece lógico pensar que, al existir tanto un deber legal como un concreto plazo para su cumplimiento, el consejo deficitario tendría competencia para añadir la disolución de la sociedad al punto relativo a la cobertura de las vacantes.

Nada dice la Ley acerca del momento de la *celebración* de la junta general, si bien el propio fundamento del sistema legal obliga a considerar que la junta

debe celebrarse en un plazo razonable, que puede cifrarse entre los quince días a contar desde la publicidad de la convocatoria que prevé la Ley como plazo mínimo entre la convocatoria y la celebración (arts 97.1 LSA y 46.3 LSRL) y un máximo de treinta a contar desde el día de la convocatoria, plazo previsto legalmente para la celebración de una junta convocada a petición de la minoría (arts 100.2 LSA y 45.3 LSRL).

3.1.2. *La solicitud de disolución judicial*

El cumplimiento ordinario del deber legal subsidiario exige la presentación de solicitud de disolución judicial de la sociedad o de declaración de concurso ante el juez competente (art. 262.5 LSA y 105.4 LSRL). Por lo que se refiere a la disolución judicial, será necesario acreditar la existencia de la causa de disolución y que, desde su acaecimiento, han transcurrido dos meses sin que la junta general hubiera acordado la disolución de la sociedad (bien por falta de convocatoria de la junta, bien por falta de constitución de la misma, o bien por falta de acuerdo de disolución) o sin que la sociedad hubiera procedido a la remoción de dicha causa legal de disolución. En el derecho español, es posible impugnar acuerdos positivos, pero no acuerdos negativos, o, con mayor claridad, la falta de adopción de un determinado acuerdo. La razón estriba en que el juez no puede, con carácter general, suplir la voluntad de la junta general de accionistas. Por esta razón, si la junta no acuerda la disolución de la sociedad, los administradores no deben impugnar dicho acuerdo negativo, sino que deben solicitar la disolución judicial de la sociedad. En todo caso, si se impugnara ese acuerdo negativo, la impugnación no produce efectos suspensivos del deber supletorio de instar la disolución judicial o el concurso de la sociedad.

No es necesario acumular a la solicitud de disolución judicial la solicitud de nombramiento de los liquidadores. Si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, quienes fueren administradores en la fecha de la firmeza de la resolución judicial de disolución de la sociedad quedarán convertidos en liquidadores, sin necesidad de pronunciamiento expreso, salvo que se hubieren designado otros en los estatutos sociales (art. 110.1 LSRL). En una sociedad anónima, en defecto de disposición de los estatutos, el nombramiento de liquidadores corresponde necesariamente a la junta general (art. 268.1 LSA).

Aunque los términos en que se expresan las normas legales aplicables no son suficientemente claros, consideramos que, al igual que respecto del primer deber, el de solicitar la disolución judicial no es un deber individual, sino un *deber de ejecución orgánica*. Ahora bien, para evitar la responsabilidad personal por las deudas sociales, cada uno de los miembros del órgano de administración tiene el derecho, en cuanto interesado, a instar esa disolución (arts 262.3 LSA

y 105.3 LSRL). En ese sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona [15ª] de 19 de septiembre de 2000 consideró que había cumplido con los deberes de promoción oportuna de disolución el administrador único nombrado el 14 de marzo de 1996 que el 3 de abril siguiente convocó junta para el día 23 del mismo mes, dimitiendo poco después de esa convocatoria; y luego, ante la falta de adopción del acuerdo de disolución y ante la falta de aceptación de la renuncia, por existir dos bloques de socios al cincuenta por ciento, solicitó, actuando como socio, y no como administrador, la disolución judicial de esa sociedad. El ejercicio de ese derecho impide que los acreedores sociales puedan exigir responsabilidad al administrador que solicitara la disolución judicial; pero no impide que dichos acreedores exijan responsabilidad a los demás integrantes del órgano de administración que no hubieran ejercitado ese derecho.

A primera vista, el hecho de que un interesado solicite la disolución judicial de la sociedad no debería eximir a los administradores de solicitar igualmente dicha disolución y, en consecuencia, no les exoneraría de responsabilidad por las deudas sociales. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2002, tratando de matizar el rigor de la sanción legalmente prevista, sostiene que *«no es aceptable la interpretación literal, rígida e inflexible del art. 262.5 L.S.A., de modo que baste simplemente la no convocatoria de la junta de accionistas, o que no se solicite la disolución judicial, todo ello dentro de los plazos señalados en la citada norma para hacerlo, para que se declare la responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales. Ha de tenerse en cuenta que el art. 262.3 L.S.A. permite a cualquier interesado solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando la junta no fuese convocada o no pudiese lograrse el acuerdo o éste fuera contrario a la disolución. Por tanto, puede darse el hecho de que en el plazo de dos meses del art. 262.5 L.S.A. los administradores no cumplan su obligación, pero haya solicitado la disolución cualquier interesado. No es razonable que, pese a cumplirse la finalidad de la ley, los administradores sean responsables solidarios. En suma, pues, el art. 262.5 L.S.A. ha de conjugarse con el apartado 3 anterior y analizar si en el plazo de dos meses se ha pedido, aunque sea por un interesado, la disolución judicial de la sociedad, que es lo que quiere el legislador»*.

No fija la Ley el procedimiento para la disolución judicial. Se establece reglamentariamente que el título inscribible en el Registro Mercantil es el «testimonio judicial de la sentencia firme por la que se hubiera declarado la disolución de la sociedad» (art. 206.1 RRM) y que «podrá practicarse anotación preventiva de la demanda de disolución judicial de la sociedad en los términos previstos en los artículos 155 y 156 de este Reglamento» (art. 208 RRM). por lo que parecería necesario iniciar en todo caso un contencioso para obtener la resolución judicial de disolución. Sin embargo, esa solución contrasta con el sistema legal fijado para obtener la disolución en presencia de una causa legítima. En efecto, la disolución judicial se arbitra como un mecanismo para suplir un

acuerdo de la junta general que la Ley exige cuando concurre determinado hecho (causa legítima para la disolución), al que puede acudir cualquier interesado y que están obligados a solicitar los administradores bajo la amenaza de una fuerte sanción, y no para resolver un conflicto entre partes bien determinadas. El interesado que insta la disolución judicial no pretende pleitear contra la sociedad, o contra los socios, sino conseguir que el juez haga lo que la junta debió hacer —disolver la sociedad en presencia de una causa legítima—, por lo que carece de sentido exigirles que entablen un declarativo —salvo, quizá, cuando la causa concurrente sea la paralización de los órganos sociales—. Más claramente aún el deber de los administradores no parece encajar en los moldes de un procedimiento contencioso. En particular, cuando la demanda sea planteada por el órgano de administración existen serios inconvenientes para determinar quién actuará en el procedimiento ostentando la representación procesal del demandado (la sociedad). Corresponde al juez únicamente constatar que la causa concurre. Esto es evidente en relación con determinadas causas (v. gr. pérdidas patrimoniales cualificadas, reducción del capital por debajo del mínimo legal, violación sobrevenida del límite impuesto a la emisión de acciones sin voto); pero no es menos cierto en relación con las demás: no pueden confundirse las dificultades para determinar cuándo concurre un hecho con la necesidad de abrir un procedimiento contencioso, pues también un expediente de jurisdicción voluntaria puede derivar en contencioso si existe oposición (art. 1817 LEC1881). Los hechos se fijan por la ley —o por los estatutos— y concurren en un momento determinado. Al juez corresponde únicamente constatar que el hecho ha concurrido y disolver la sociedad. Si esas reflexiones son correctas, lo lógico es considerar aplicable el procedimiento de jurisdicción voluntaria, al amparo del artículo 1811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a cuyo tenor «se considerarán actos de jurisdicción voluntaria, todos aquellos en que sea necesario o se solicite la intervención del juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas». Pese a las discrepancias existentes al respecto, cabe afirmar que la jurisdicción voluntaria se caracteriza por la ausencia de controversia y por la circunstancia de que una persona tiene, unilateralmente, derecho a obtener la tutela judicial y ambas notas confluyen en la disolución judicial.

No sería obstáculo a esa conclusión la falta de inclusión del supuesto entre los de jurisdicción voluntaria expresamente previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues esa enumeración no tiene carácter taxativo, como lo prueba la existencia de otros muchos supuestos contenidos en diferentes leyes, algunos de los cuales (convocatoria judicial de junta general, designación de interventor de la liquidación) se encuentran en la propia Ley de Sociedades Anónimas, sin que se especifique el procedimiento aplicable. La regulación de la disolución judicial se haría sobre la base de los principios y criterios legales establecidos en las disposiciones generales sobre los actos de jurisdicción voluntaria (arts. 1811-1824 LEC1881) y en las disposiciones generales sobre los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio (arts. 2109-2118 LEC1881). Tampoco podría alegarse que no es posible acudir a este expediente por el carácter constitutivo de la disolución judicial, por cuanto la resolución de un procedimiento de jurisdicción voluntaria tiene, en muchas ocasiones, ese carácter.

El argumento fundamental empleado para exigir un procedimiento declarativo es el de que un procedimiento de jurisdicción voluntaria no tutela suficientemente los intereses en juego, de modo que podría llegarse a una disolución arbitraria de la sociedad. Sin embargo, dicho argumento no puede ser compartido. De un lado, porque no hay que olvidar que el presupuesto para la disolución judicial es la constatación de la falta de voluntad social de disolver. El auxilio judicial no puede ser solicitado directamente por ningún interesado. Se exige, con carácter previo, un comportamiento negativo de la sociedad (falta de convocatoria de la junta solicitada por algún accionista, falta de constitución de la junta convocada o falta de adopción del acuerdo de disolución). De otro lado, porque no hay que confundir jurisdicción voluntaria con arbitrariedad del juez. La Ley de Enjuiciamiento Civil establece

la fórmula para solucionar los problemas que puedan plantearse en torno a la concurrencia de la causa de disolución: «cuando hubiese terceras personas a quienes las actuaciones puedan perjudicar, deberán ser citadas para que, si quieren, concurren a su práctica, sin perjuicio de que también pueda acudir a las mismas todo aquel que entienda le interesa el asunto que se ventile» (art. 2111.II.1º LEC1881). Así, pues, la disolución judicial debería considerarse como un acto de jurisdicción voluntaria. Es cierto que la resolución carece de efectos de cosa juzgada material, por lo que cualquier interesado podrá iniciar el oportuno juicio declarativo en el que, eventualmente, podría estimarse que la sociedad no debió disolverse, con la consiguiente nulidad de la liquidación realizada; pero eso no es más que un argumento de hecho. También puede suceder que la junta acuerde la disolución y, una vez comenzada la liquidación, se declare nulo el acuerdo por no haber concurrido causa legítima.

3.1.3. *La solicitud de concurso*

Los deberes legales se entienden cumplidos también cuando los administradores soliciten la declaración judicial del concurso de acreedores, si bien el sistema legal es muy confuso. Naturalmente, la solicitud de concurso de la sociedad presentada dentro de los dos meses a contar desde la concurrencia de la causa de disolución produce el mismo efecto que la convocatoria de la junta general, considerándose como un supuesto de cumplimiento alternativo. En tal sentido, dispone la Ley de Sociedades Anónimas que los administradores «podrán solicitar la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social (...), siempre que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal» (art. 262.2-II).

El cumplimiento de los deberes legales se hace más complejo cuando los administradores, concurriendo el estado de insolvencia, hubieran optado por convocar junta general en lugar de solicitar el concurso, opción que permite la Ley insertando el deber de solicitud del concurso dentro del sistema legal de promoción de la disolución. En ese caso, el deber de los administradores no es ya el de instar la disolución judicial, sino el de solicitar el concurso de acreedores. Además, ese deber se impondrá cualquiera que fuese el resultado de la decisión anterior, porque, como es obvio, la junta general no tiene competencia para acordar el concurso y ni siquiera para su solicitud: el deber concurrirá tanto cuando la junta convocada al efecto no se hubiera celebrado o no hubiera acordado solicitar el concurso como cuando hubiese acordado dicha solicitud.

Cualquiera que sea el momento en que se realice, la solicitud de declaración del concurso de acreedores es una tarea del órgano y no de los administradores individualmente considerados (arts. 3 y 5 LC).

3.2. El cumplimiento tardío

Con la expresión cumplimiento tardío se hace referencia a aquellos casos en los que los administradores convocan junta general para que adopte el acuerdo de disolución transcurridos ya dos meses desde el acaecimiento de la causa legítima para la disolución, sin que se haya producido un cumplimiento alternativo, y también cuando cualquiera de ellos solicita la disolución judicial de la sociedad transcurridos ya dos meses desde la fecha prevista para la celebración de la junta, si ésta no se hubiera constituido, o desde el día de su celebración, si el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución. El cumplimiento tardío no es sino el cumplimiento fuera de plazo, sea del deber primario de convocatoria, sea del deber subsidiario o de solicitud de disolución judicial. La Ley no sólo ha establecido esos deberes legales, sino que los ha configurado con un plazo rígido para el cumplimiento —dos meses—, variando únicamente el *dies a quo* para el cómputo. Es irrelevante la importancia de la sociedad: los sucesivos plazos de dos meses son comunes para todas las sociedades de capital, cualquiera que sea la cifra del capital social o la cifra de los fondos propios; y es también irrelevante la forma de organizar la administración (administrador único, administradores mancomunados, administradores solidarios o consejo de administración): esos deberes y esos plazos no varían por razón de la estructura del órgano. Y, de otro lado, es irrelevante la importancia del retraso —unos pocos días o varios meses o años (v., sin embargo, STS 23.2.2004, que sostiene, de modo ciertamente sorprendente, que la responsabilidad no nace «cuando el desfase temporal es de tan pocos días si es seguido por la convocatoria de la Junta»)—; y es igualmente irrelevante la causa de ese retraso (v. gr.: disensiones entre los administradores acerca de la aplicación de determinados criterios contables; problemas con el auditor; convocatoria tardía de la junta para acordar la disolución tras el fracaso de una operación de aumento autorizado del capital social, etc.).

El cumplimiento tardío no debe producir efectos respecto de las deudas anteriores al momento en que tiene lugar, sino sólo respecto de las deudas sociales contraídas con posterioridad. Una vez cumplido el correspondiente deber legal, los administradores dejarán de responder por las nuevas obligaciones que contraiga la sociedad, pero continuarán respondiendo de las ya contraídas. Una sugestiva tesis sostiene que el cumplimiento fuera de plazo del deber legal de convocar o del deber legal de instar la disolución judicial de la sociedad produce *también* efectos hacia el pasado, en el sentido de que la deuda social sólo será exigible a los administradores si, en el momento en que se les reclama su pago, *continúan* en situación legal de incumplimiento. Transcurrido el plazo de dos meses, los administradores que no hayan observado el deber de

convocar junta general o, en su caso, de solicitar la disolución judicial de la sociedad, están expuestos a que cualquier acreedor pueda exigir y obtener de ellos el pago de las deudas sociales; pero, aunque hayan transcurrido esos dos meses, si convocan junta o si, fracasada ésta, instan la disolución de la sociedad, ha de considerarse extinguida la responsabilidad también por las deudas sociales anteriores al momento del cumplimiento *frente a todos aquellos acreedores que no hubieran ejercido, judicial o extrajudicialmente, el derecho correspondiente*. Esta interpretación tiene, además, el mérito de ofrecer un incentivo —y, ciertamente, muy poderoso— para observar los deberes legales, y, en definitiva, para conseguir la efectiva disolución de la sociedad o la adopción y ejecución de las imprescindibles medidas de saneamiento alternativas, que es la finalidad primaria del sistema legal. Por supuesto, el retraso no es irrelevante: en tanto dure la situación de incumplimiento, la sanción potencial puede hacerse actual en cualquier momento. Es suficiente con que un acreedor reclame a uno o varios administradores el pago de la deuda social para que los administradores contra los que haya dirigido la acción tengan que hacer frente a esa obligación ajena. Pero el cumplimiento tardío tampoco es irrelevante. De un lado, despliega los efectos que le son propios respecto de las posibles deudas sociales posteriores, algo que poco o nada importará a las sociedades definitivamente inactivas, en las que, salvo excepciones, las únicas deudas posteriores serán las de intereses y las de sanciones. De otro lado, juega un papel decisivo respecto de todos aquellos acreedores sociales que, por cualquier razón (v. gr.: inexigibilidad de la deuda social de la que fueran titulares; mera desidia; etc.), todavía no hayan reclamado el pago.

Sin embargo, esa tesis ha sido rotundamente rechazada por el Tribunal Supremo, que, en sentencia de 16 de diciembre de 2004, sostiene una interpretación mucho más rigurosa del plazo legal, según la cual *«el texto legal no ofrece duda: se impone un plazo inexorable de dos meses a los administradores de las sociedades anónimas para convocar la junta de accionistas para en su caso acordar la disolución o las medidas sustitutivas adecuadas, si fuese la voluntad del legislador el establecer una excepción o casación de responsabilidad por un cumplimiento tardío, tal cosa sería lógicamente incompatible con el establecimiento de un término fatal (...) para convocar junta. En efecto, si la responsabilidad se alzase en el momento del cumplimiento tardío, ello supondría que los administradores en cualquier momento (transcurridos meses o años), cumplido que fuera el deber se liberarían de la responsabilidad que la norma les atribuye y carecería de sentido alguno el plazo bimensual que tan claramente ha establecido la Ley»*.

En el mismo sentido, no la solicitud de concurso realizada cuando ya hubieran transcurrido los dos meses legalmente previstos producirá efecto

alguno. En este caso, además, ni siquiera puede pensarse en la posibilidad de ofrecer incentivo alguno a los administradores para el cumplimiento, sino de sancionar el incumplimiento.

III. EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS SOCIALES

1. La naturaleza sancionatoria de la responsabilidad

El sistema legal consiste en imponer a los administradores la responsabilidad solidaria por las deudas sociales como consecuencia del incumplimiento de deberes legales específicamente dispuestos para conseguir la disolución —o adoptar una medida alternativa— o para obtener la declaración de concurso. La Ley impone, pues, una *sanción específica* por el incumplimiento de un deber igualmente específico: los administradores pasan a responder solidariamente de obligaciones ajenas, como *pena civil*, por el incumplimiento de alguno de los deberes derivados de la concurrencia de una causa de disolución (así lo viene indicando el Tribunal Supremo desde la sentencia de 15 de julio de 1997) o del incumplimiento del deber de instar el concurso. De este modo, los acreedores sociales podrán exigir el pago de su crédito no sólo a su deudor (la sociedad), sino también a cualquiera de los sujetos solidariamente responsables (los administradores sancionados). Se trata, pues, de una asunción de responsabilidad *ex lege*: a la responsabilidad de la sociedad deudora se añade *ministerio legis* la responsabilidad de los administradores sancionados. La sociedad continúa siendo la única *deudora*, pero ya no es la única *responsable*. Sin ser *deudores*, los administradores de la sociedad se convierten en *responsables* de las deudas sociales —esto es, de deudas ajenas—, sin que la sociedad pierda la responsabilidad por deuda propia. Los administradores tienen, pues, *ex lege* la consideración de *garantes solidarios*. No es posible, por ello, compartir aquella tesis según la cual estarían legitimados para ejercer la acción no sólo los acreedores sociales, sino también la sociedad y los accionistas. Esa «extensión» de la legitimación carece de sentido: la sociedad no puede reclamar a los administradores el pago de deudas sociales y los socios tampoco, a menos que sean al mismo tiempo acreedores de la sociedad. Todo ello sin perjuicio de que la sociedad y los socios puedan también ejercitar contra los administradores una acción de responsabilidad por los daños que su actuación haya podido causar al patrimonio social o al patrimonio individual de los socios.

Las consecuencias de la naturaleza sancionatoria son muy claras e importantes. En primer lugar, la sanción que analizamos es muy diferente del sistema de *responsabilidad por daños* a la sociedad, a los socios o a los acreedores sociales. El sistema legal no consiste, en efecto, en la atribución de una responsabilidad por los daños derivados de la falta de disolución de una sociedad incurso en causa de disolución o de la falta de declaración de concurso de una sociedad insolvente, sino en hacer a los administradores solidariamente responsables de las deudas sociales. Es más, si se tratara de un régimen de responsabilidad por daños, las normas que analizamos serían superfluas, ya que sería suficiente acudir a los artículos 133 a 135 de la Ley de Sociedades Anónimas.

El Tribunal Supremo, que en un primer momento exigía un perjuicio a los acreedores para hacer responsables a los administradores (así, STS 15.7.1997), ha ido modificando su posición: la sentencia de 3 de abril de 1998 no aludía ya a la exigencia de perjuicio, sino sólo a la prueba de la concurrencia de la causa de disolución y del incumplimiento del deber de los administradores. Con algunas dudas, pueden verse las sentencias de 4 de febrero de 1999, 29 de abril de 1999 y 12 de noviembre de 1999. Ya con cierta claridad, la de 21 de septiembre de 1999 se refería a las diferencias entre la acción individual de responsabilidad *ex* artículo 135 y la acción derivada de la sanción del artículo 262.5, insistiendo en el carácter indemnizatorio de la primera, que, sin embargo, no tiene la segunda. En fin, esta línea se consolidaría con la sentencia de 30 de octubre de 2000, que sostuvo expresamente que «no se requiere, por lo tanto, ni nexo causal entre el crédito accionado y la inactividad de los administradores, ni otra negligencia de éstos que la que valora o toma en cuenta la propia norma legal» (v., no obstante, SSTs 29.12.2000 y 30.1.2001, que, tras extenderse en explicar las diferencias entre las que denomina «responsabilidad por daños» y «responsabilidad por deudas», parece exigir la existencia de perjuicio). La sentencia de 31 de mayo de 2001 se extendió de nuevo sobre el particular: «está perfectamente reflejada una responsabilidad por parte del Administrador, cuando se incumpla dicha obligación legal de convocar en el plazo de 2 meses la Junta General, para que adopte en su caso, el acuerdo de disolución en los supuestos en que se determina, en los términos, entre otros, previstos en el repetido núm. 4º del artículo 260; y si ello se pone además en consonancia con lo recogido en el artículo 127, en cuanto que en el ejercicio del cargo de los Administradores, éstos actuarán con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. Asimismo, sobre la acción individual del artículo 135, se prescribe que, estarán a salvo siempre las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y terceros por actos que lesionen directamente los intereses de aquéllos, y lo dispuesto en el artículo 133, que en cuanto a la responsabilidad en general, establecía que los Administradores,

responderán frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos contrarios a la ley». La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2001 resumió la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta responsabilidad, señalando que «se rechaza su identificación con la fundada en negligencia, de los arts. 133 a 135 LSA, por no ser necesaria ni una relación de causalidad entre la omisión de los administradores y la deuda social ni una negligencia distinta de la prevista en el propio precepto». Desarrolló aún más esa distinción la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2004, que señaló que la acción derivada del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas es «de naturaleza extracontractual, y requiere que se den los requisitos propios de la responsabilidad de esta naturaleza (acción u omisión culposa, daño y relación de causalidad entre éste y aquélla), mientras que la acción ex art. 262.5 no requiere ninguna culpa en el administrador, ni relación de causalidad alguna con el daño, basta el hecho objetivo del incumplimiento de las obligaciones que la LSA impone específicamente al administrador social para que se desencadene el efecto sancionador». En la misma línea se mueve la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2004: «La responsabilidad regulada en el referido artículo 262, por la no convocatoria en dos meses de junta general para la adopción del acuerdo de disolución de la sociedad o la no solicitud de su disolución judicial, constituye una responsabilidad objetiva y solidaria, cuya acción se fundamenta en el incumplimiento por los administradores de las obligaciones que les impone la Ley, y no requiere producción de daño, ni exige la existencia de perjuicios, y tampoco la relación de causalidad, pues se trata de un sistema preconcursal de la Ley de Sociedades Anónimas. La citada responsabilidad constituye una modalidad de responsabilidad "ex lege", y requiere tan sólo la concurrencia de los presupuestos objetivos siguientes: a) Existencia de un crédito contra la sociedad en las causas 4ª y 5ª del artículo 260 de la Ley de Sociedad Anónimas. b) Concurrencia de alguna de las causas de disolución de la sociedad. c) Omisión por los administradores de su obligación de convocar junta general, en el plazo de dos meses, para que adopte el acuerdo de disolución de la sociedad, o solicitud, en su caso, de disolución judicial. (...) Nos encontramos, pues, ante una responsabilidad objetiva, que no se evita con las alegaciones de la falta de culpa y del nexo causal». La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004 señala que «se trata de una responsabilidad carente de las notas conceptuales del a responsabilidad aquiliana» y «que no requiere más que la prueba de los hechos que son presupuesto de la efectividad de la sanción».

Se trata, pues, de una sanción civil (o, si se prefiere, de una responsabilidad-garantía legal), y no de una responsabilidad-indemnización (responsabilidad por daños). Ni la función ni los presupuestos de ejercicio de las respectivas reclamaciones son iguales, aunque, con frecuencia, pueda producirse una coincidencia total o parcial de los efectos prácticos. La sanción de la responsa-

bilidad de los administradores trata de provocar la eliminación de una situación anormal de cierta gravedad y peligrosa para los intereses de los acreedores o simplemente de sancionar a los administradores que no promuevan el concurso de acreedores, y no indemnizar a éstos por daños pretendida o efectivamente causados.

Se trata, además, de una sanción que puede acumularse a la eventual responsabilidad por daños, de modo que, ante un supuesto concreto, se aplicarían simultáneamente los dos regímenes (así, SSTS 18.9.2003 y 23.2.2004). Los administradores responderán frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales de los daños producidos en el patrimonio social o en el individual por el incumplimiento de las obligaciones legales, siempre que medie relación de causalidad entre la conducta de los administradores y el daño (arts. 133 a 135 LSA y 69.1 LSRL), y, además, se les impone como sanción la responsabilidad por las obligaciones de la sociedad. Ni la sociedad, ni los socios —salvo que, al mismo tiempo, sean acreedores de la sociedad— podrían exigir —como ya dijimos— responsabilidad a los administradores al amparo del mecanismo que estudiamos. En cambio, el acreedor social podría tener a su favor las dos acciones: una para exigir el pago de la obligación social, ya que, junto a la sociedad, pasan a responder de ella los administradores, por imperativo de la ley, y otra para exigir la reparación de los daños y perjuicios que, en su caso, hayan ocasionado los administradores con el incumplimiento (v. STS 21.9.1999). Con frecuencia, sin embargo, los acreedores sociales se limitan a acumular las dos acciones sin fundamentación suficiente y sin tener en cuenta su distinta naturaleza y sus diferentes presupuestos (v. SAP Valencia 11.2.2000; STS 18.9.2003). En efecto, no pueden desconocerse las diferencias entre ambos sistemas legales, de modo que si se ejercita exclusivamente la acción individual por daño directo, el juez no podrá aplicar el régimen de responsabilidad legal de los artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, por impedirlo el principio de congruencia entre el objeto del proceso y el fallo judicial. Así, lo ha reconocido de forma decidida el Tribunal Supremo (SSTS 21.9.1999, 28.6.2000 y 20.7.2001; v., sin embargo, STS 3.12.2002), tratando de poner fin a las dudas que se habían suscitado en las Audiencias.

La sanción derivada del incumplimiento de los deberes legales de promoción de la disolución no se subordina, pues, a la *insuficiencia patrimonial* de la sociedad, es decir, a la circunstancia de que resulte incumplida una obligación social por incapacidad de su patrimonio, donde se situaría el requisito del *daño*, de modo que no puede exigirse tampoco que medie una *relación de causalidad* entre el incumplimiento de la obligación de los administradores y la insuficiencia patrimonial o el impago de la deuda. Por lo que se refiere especialmente al

supuesto de pérdida de la mitad del capital social, los deberes de los administradores y la consiguiente sanción por su incumplimiento no se imponen para cubrir la insolvencia de la sociedad, que no tiene por qué existir, sino, en todo caso, para impedir que llegue a producirse, es decir, para evitar que una situación de pérdida de la mitad del capital derive en una situación de insolvencia. La imposición de responsabilidad a los administradores no es una consecuencia de la insolvencia —y mucho menos del impago de una obligación social—, sino una medida preventiva de esa insolvencia: si en una situación grave, pero en la que todavía hay solvencia, se obliga a la sociedad a disolver o a adoptar una medida alternativa, bajo la amenaza a los administradores de responder de las obligaciones sociales, parece evidente que se trata de evitar el concurso. Lo mismo puede afirmarse si se tratase de otra causa de disolución: al administrador se le sanciona por no convocar la junta general o por no instar la disolución judicial y no por la insolvencia de la sociedad. Cosa distinta es que, cuando la insolvencia exista, se imponga la misma sanción a los administradores que no promuevan el concurso, y cosa distinta es también que, una vez que la sanción sea operativa, el sistema legal pueda funcionar como medio de satisfacción de los acreedores complementario del procedimiento concursal abierto contra la sociedad o incluso sustitutivo del mismo. La declaración de concurso no pone fin a la sanción ya impuesta y, además, permite completar su fundamento: a la responsabilidad del patrimonio social viene a sumarse la de los patrimonios personales de los administradores que, con su omisión, propician la insolvencia de la sociedad (v. STS 20.10.2003, que llega a afirmar que «*es, pues, una responsabilidad objetiva, que no se evita con una alegación de diligencia, ni, mucho menos, con el argumento de que posteriormente se presentó solicitud de quiebra*»; v. también STS 23.12.2003) o impiden una declaración tempestiva del concurso de acreedores.

La circunstancia de que no se trate de un régimen de responsabilidad por daños no significa que nos encontremos ante un sistema de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva, en el sentido de que se prescinda de la culpa del agente. La sanción se impone por el incumplimiento de una obligación legal, incumplimiento que, obviamente, ha de ser imputable a los administradores (v., con ciertas vacilaciones, STS 31.5.2001). Como afirmó la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2001, la responsabilidad deriva de una negligencia de los administradores consistente en que, conocedores de la situación patrimonial de la sociedad, no proceden como dispone el artículo 262.

De otro lado, la sanción impuesta a los administradores no se subordina tampoco a la circunstancia de que llegue a producirse efectivamente la *disolución* de la sociedad o la declaración del *concurso de acreedores*, lo que obligaría

al acreedor social demandante a instar, con anterioridad o simultáneamente a la demanda contra los administradores, la disolución judicial o la declaración de concurso, sino que deriva del incumplimiento de los correspondientes deberes legales. La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004 señala, en efecto, que la facultad de los acreedores de instar la disolución (judicial de la sociedad deudora *«no puede estimarse como una obligación o carga»*, a la cual se subordina la reclamación del crédito.

La sanción es aplicable a aquellas sociedades que hubiesen cesado en su actividad antes de la entrada en vigor de los respectivos sistemas legales. puesto que entonces surgió un deber de los administradores de todas las sociedades existentes de convocar junta general o de solicitar la disolución judicial, cuyo incumplimiento debe acarrear la responsabilidad por las deudas sociales. Se pronunció en sentido contrario la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1997, afirmando que la sanción no es aplicable cuando el incumplimiento de los administradores sea anterior a la entrada en vigor de la Ley, porque ello no provoca perjuicio alguno a la sociedad, y porque no puede aplicarse retroactivamente una norma sancionadora, pero esa planteamiento no parece correcto, porque no se trata de que la nueva legislación haya modificado el sistema anterior de responsabilidad de un modo perjudicial para los administradores, algo que haría jugar la prohibición de retroactividad de las normas sancionadoras, sino de la creación de un nuevo sistema legal para impedir que las sociedades permanezcan indefinidamente incursas en causa de disolución. De este modo, la sanción no se impone por un incumplimiento realizado bajo la ley anterior, sino como consecuencia del incumplimiento de un deber impuesto por la nueva legislación, por lo que el problema debe resolverse atendiendo a la circunstancia de si la sociedad —activa o inactiva— existía o subsistía en el momento de la entrada en vigor de la Ley. Así, correctamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000, según la cual: *«resulta indiferente que la situación económica de la sociedad (...) se haya producido en ejercicios económicos anteriores, o que iniciada entonces se haya consumado o consolidado después del 1 de enero de 1990... Lo que importa es que tal situación exista (o subsista) una vez está en vigor el nuevo régimen legal... Por eso no hay aplicación retroactiva de la Ley. Habría retroactividad si se hubiera valorado únicamente la situación económica anterior con abstracción de la existente o constatable en el año 1990, pero no ha sucedido así»*. La sentencia de 16 de julio de 2002 se manifiesta en el mismo sentido cuando señala que *«efectivamente, el día 1 de enero de 1990, la sociedad anónima se encontraba incursa en causa de disolución, rigiéndose a partir de dicha fecha por la nueva LSA de 1989 que expresamente deroga la Ley de 17 de julio de 1951, estando obligados los administradores, a convocar la Junta General para disolver la sociedad, por la causa señalada en el artículo 260.4»*.

2. El carácter solidario de la responsabilidad

La responsabilidad por las deudas sociales impuesta a los administradores sancionados tiene carácter solidario, por expresa disposición legal. La solidaridad rige no sólo, como parece obvio, entre los administradores responsables por imperativo de la ley (v. STS 31.5.2001), sino también entre la sociedad (única

obligada) y los administradores (responsables). En efecto, si bien la Ley no dice expresamente que la solidaridad es «entre sí y con la sociedad» (v., por el contrario, disp. tr. 3^a.3; v. también art. 108 LSRL), la solidaridad con la sociedad puede deducirse sin excesivas dificultades del fundamento del sistema legal y de la circunstancia de que la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales no se encuentra subordinada a la producción de hecho alguno que no sea el incumplimiento del deber legal (v. SSTs 3.4.1998, 29.4.1999, 22.12.1999, 30.10.2000, 29.12.2000 y 16.12.2004). Ciertamente, en la gran mayoría de los casos, la responsabilidad está funcionando —y seguirá funcionando— en la práctica *como si* se tratara de responsabilidad subsidiaria, por cuanto que los acreedores, si existe patrimonio social libre suficiente, no suelen exigir responsabilidad a los administradores.

De conformidad con las reglas generales sobre las obligaciones solidarias (v. STS 31.5.2001), el acreedor goza tanto del *ius eligendi*, por lo que podrá dirigir su acción contra cualquiera de los responsables, o contra todos ellos simultáneamente (art. 1144-I CC), como del *ius variandi*, por lo que podrá demandar sucesivamente a otros responsables mientras no resulte cobrada la deuda por completo (art. 1144-II CC), y el pago hecho por cualquiera de los responsables solidarios extingue la obligación (art. 1145-I CC). Toda relación solidaria tiene también un ámbito interno. Extinguida la obligación, a efectos externos, por el pago de cualquiera de los responsables solidarios, debe abrirse la vía de regreso. El Código Civil dispone, al respecto, que «el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada una corresponda» (art. 1145-II). Ahora bien, la fórmula legal no debe entenderse literalmente. Lo que el Código Civil establece es que «la solidaridad genera entre los codeudores una distribución de responsabilidad, que a su vez puede generar nuevos vínculos obligatorios, en los cuales alguno o algunos de los codeudores resulten acreedores y otros, respectivamente, deudores». En consecuencia, la determinación del modo de distribución de la responsabilidad exige el examen de la relación jurídica subyacente, lo que en este caso muestra que el verdadero deudor es la sociedad; los administradores son únicamente responsables, en garantía de los acreedores sociales. Por el contrario, entre los administradores responsables existe una verdadera comunidad de intereses, que permite aplicar literalmente la regla de reparto de la deuda establecida por el Código Civil. Si la obligación es satisfecha por la sociedad, se produce la extinción de la obligación, a efectos externos e internos. La sociedad no goza de acción de regreso contra los administradores que, en garantía de los acreedores sociales, eran responsables de la obligación social. Por el contrario, el pago hecho por cualquiera de los administradores extingue la obligación en el ámbito externo y hace surgir a su favor una acción de regreso contra la sociedad por la totalidad de la obligación

y también una acción de regreso *pro quota* contra los demás administradores, quienes a su vez podrán exigir a la sociedad el pago de la parte de la obligación satisfecha por ellos.

En la práctica la acción de regreso no suele operar, porque las reclamaciones a los administradores se efectúan normalmente cuando la sociedad es insolvente. La insolvencia de la sociedad determina el reparto de la deuda entre los administradores (art. 1145-III CC). Si a la insolvencia de la sociedad se añadiera la de alguno de los administradores responsables, la deuda se distribuiría entre los restantes.

3. El ámbito subjetivo de la responsabilidad

La sanción se impone a quienes integren el órgano de administración y representación de la sociedad el día del vencimiento del plazo otorgado para el cumplimiento de los correspondientes deberes legales, cualquiera que sea su configuración estatutaria y, en el caso del consejo de administración, con total independencia de que exista o no delegación de facultades. La sanción se aplica lógicamente también a los denominados *administradores de hecho*, a quienes, han de extenderse las normas previstas para los administradores de derecho y, entre ellas, las relativas a la responsabilidad. No se extiende, por el contrario, a los representantes voluntarios (directores generales, gerentes, etc.) nombrados por la sociedad, que no tienen, en rigor, la condición de administradores (art. 141.1 *in fine*), salvo, naturalmente, que lo sean de hecho (v. STS 16.7.2002, que niega la imposición de la sanción al «gerente», por carecer de la facultad de convocar la junta y por considerar que las normas sancionadoras no son susceptibles de interpretación extensiva; y, en el mismo sentido, STS 22.3.2004).

La cesación en el cargo de administrador con anterioridad al plazo de dos meses fijado para cumplir los deberes legales liberará de la responsabilidad (a menos claro está que siquiera actuando como administrador de hecho: STS 26.5.2003). Por el contrario, una cesación posterior no puede considerarse como causa de extinción de una sanción ya nacida (v., en ese sentido, para el caso de renuncia, aunque con cierta confusión acerca del presupuesto de la responsabilidad, STS 3.12.2002), si bien operará entonces —como veremos— el plazo de caducidad de cuatro años a contar desde ese cese fijado para el ejercicio de acciones contra administradores de sociedades (art. 949 C de C). No hay responsabilidad por las deudas sociales si el administrador no ha incumplido el deber de convocatoria o el deber de solicitud de la disolución judicial o el de solicitud de concurso. Por esta razón, si el demandado ha dejado de ser administrador, aunque el cese no conste en el Registro Mercantil, no responde

de las deudas sociales (cfr. STS 10.5.1999; contra, STS 13.4.2000, aunque se trataba de un caso de administrador dimitido sin que constara la aceptación de la renuncia). Por supuesto, el tercero de buena fe que demanda a un administrador cesado cuyo cese no consta en el Registro mercantil no puede ser condenado al pago de las costas aunque la demanda sea desestimada.

Tratándose de deberes legales, debe estimarse que los administradores asumen responsabilidad si se limitan a presentar su dimisión sin convocar simultáneamente la junta o, en su caso, solicitar la disolución judicial o el concurso de acreedores. En sentido contrario, los *nuevos administradores* tendrían igualmente los deberes de promoción de la disolución y de solicitud de concurso, de forma que si los incumplen serán sancionados también con la responsabilidad por las deudas sociales.

El hecho de que no se trate de una responsabilidad objetiva, sino de una sanción derivada del incumplimiento de deberes legales específicos, hace que no puedan ser sancionados aquellos administradores que prueben que no les es imputable el incumplimiento. En particular, quedarán exentos de responsabilidad quienes hicieran todo lo conveniente para evitar el incumplimiento de los deberes impuestos para propiciar la disolución o el concurso y quienes se opusieran expresamente al acuerdo del órgano de no convocar junta para la disolución o de no solicitar la disolución judicial o el concurso de acreedores (SSTS 22.12.1999, y, con dudas, 31.5.2001).

La sanción no puede imponerse a los *liquidadores* de la sociedad. Como ya se señaló, puede producirse un cumplimiento meramente formal de los deberes legales de los administradores, de manera que existan sociedades disueltas que se encuentren sin liquidadores o cuyos liquidadores no realicen actividad alguna. El alto grado de insatisfacción que producen estas situaciones explica que, en ocasiones, se haya declarado la responsabilidad de los liquidadores de una sociedad disuelta por no haber procedido, una vez abierto el período de liquidación, a realizar las operaciones en que la liquidación voluntaria consiste (infringiendo así el parámetro de diligencia a ellos exigible: v. arts 279 LSA y 114 LSRL, que, no utilizan criterios coincidentes) o, alternativamente, por no haber procedido a instar la declaración judicial de concurso (v arts. 3.1-II y 5 LC y los formalmente derogados arts 281 LSA y 124 LSRL). Según esa jurisprudencia, el cumplimiento formal del deber legal de disolver la sociedad no evita la aplicación al liquidador de las normas sobre responsabilidad *ex lege* de los administradores si ese liquidador no procede a liquidar efectivamente la sociedad. El fundamento jurídico para la afirmación de esta responsabilidad se intenta encontrar en la doctrina del fraude de ley, y no en las normas generales en

materia de responsabilidad civil de los liquidadores (SSAP Zaragoza [2^a] 16.2.1996, 20.10.1998 y 11.4.2000). Según esas sentencias, en caso de pérdidas graves, el acuerdo de disolución de la sociedad y de nombramiento de un liquidador que ni siquiera ha confeccionado el inventario y formulado el balance inicial de liquidación y que no ha procedido a realizar operación de liquidación alguna ni, alternativamente, a presentar la solicitud de concurso de la sociedad, constituye una «actuación claramente fraudulenta que, conforme al artículo 6.4 del Código civil, no debe obstaculizar las normas que se han tratado de eludir (en materia de responsabilidad de los administradores)». Esta construcción jurisprudencial no puede ser compartida. Ciertamente, no es de excluir que, en muchos casos, la inactividad del liquidador cause daños a la sociedad y a los socios; pero en tales supuestos no estaremos en presencia de un supuesto de responsabilidad *ex lege*, como el que es específico de la infracción de los deberes de promoción oportuna de la disolución, sino en presencia de un supuesto de responsabilidad indemnizatoria, con la que se trata de conseguir la reparación del daño efectivamente causado por la inactividad de los liquidadores, daño cuya prueba, como es lógico, corresponde al acreedor demandante. Con esta jurisprudencia, a los deberes de los administradores en orden a la promoción de la disolución de la sociedad se anuda el deber de los liquidadores de liquidar efectivamente la sociedad (liquidación voluntaria) o de promover la apertura de procedimiento concursal como medio de satisfacción ordenada de la colectividad crediticia. Por supuesto, en casos como el mencionado de sociedad disuelta que no se liquida, los liquidadores no suelen solicitar el concurso de la sociedad tanto por la falta de bienes para hacer frente a los gastos de la solicitud y del procedimiento como por el convencimiento de que ese procedimiento concursal, antes o después, será sobreesido por falta de activo. Pero estas circunstancias no son tenidas en cuenta por algunos jueces y magistrados a la hora de declarar la responsabilidad de los liquidadores que incumplan ese deber legal alternativo: o hay liquidación voluntaria o —argumentan— necesariamente tiene que haber liquidación forzosa.

4. El ámbito objetivo de la responsabilidad

4.1. La extensión de la responsabilidad a todas las deudas sociales

La responsabilidad de los administradores se extiende a todas las deudas sociales, cualquiera que sea su naturaleza (legales, contractuales.

extracontractuales o cuasicontractuales), cualquiera que sea el momento en que se hubieran contraído (anteriores o posteriores a la concurrencia de la causa de disolución) y cualquiera que sea el órgano o apoderado que hubiese actuado en representación de la sociedad (v. STS 16.12.2004). A favor de esa interpretación militan no sólo los antecedentes de las normas legales objeto de consideración, sino también la función que cumple el sistema legal y los principios generales en materia de interpretación, que impiden distinguir allí donde las leyes no han establecido distinción alguna. En efecto, como ya señalamos, los trabajos preparatorios de la Ley de Sociedades Anónimas muestran que el problema del ámbito objetivo de la responsabilidad estuvo presente en la mente del legislador, que, de una forma deliberada y en contra de los textos anteriores, optó por no limitar el objeto de la responsabilidad, que, en consecuencia, parece alcanzar a todas las deudas sociales. A ello debe añadirse la circunstancia, algo más que significativa, de que el artículo 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada afirme expresamente que la responsabilidad se extiende a todas las deudas sociales. En fin, para el caso de las sociedades anónimas, si la Ley no limita la responsabilidad a las obligaciones surgidas tras la concurrencia de la causa de disolución o del estado de insolvencia o a las nacidas tras el incumplimiento del correspondiente deber, parece lógico entender que tenga un carácter de responsabilidad *ilimitada*, en el sentido de que se extiende a *todas* las deudas sociales. Así lo ha entendido de forma prácticamente unánime la doctrina y la jurisprudencia (v., SSTS 1.12.1999, respecto a la sanción prevista por la transitoria tercera para la falta de adaptación, y 30.10.2000; y, en relación con deudas laborales, SSTS (4^a) 28.2.1997, 28.10.1997, 31.10.1997, 31.3.1998, 21.7.1998). Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004 (v. también SAP Zaragoza 23.11.1991), «ante la falta de explicitación del artículo 262.5 de la nueva ley, hay que llegar a la conclusión de que los demandados responden de todas las obligaciones sociales, solución indudablemente dura para los administradores, pero que responde al deseo de la nueva Ley de obligar a los administradores a solicitar la disolución».

La responsabilidad de los administradores se extiende a las deudas contraídas por la sociedad con anterioridad a la entrada en vigor del sistema legal. Como ya se señaló, este sistema legal no prevé un régimen de responsabilidad por daños que modifique el anterior de modo perjudicial para los administradores, lo que haría jugar las normas sobre irretroactividad de normas sancionadoras, sino que regula *ex novo* el problema de conseguir que una sociedad no permanezca incurso por tiempo indefinido en causa de disolución. La sanción no se impone en base a actos realizados —mejor, omitidos— bajo el imperio de la legislación anterior, sino como consecuencia de una obligación impuesta por la nueva legislación e incumplida tras su entrada en vigor (v., ampliamente, STS 30.10.2000).

4.2. Las reclamaciones contrarias a la buena fe

Dentro de la clara tendencia de la jurisprudencia a mitigar el rigor de la sanción que analizamos, se ha acudido, como no podía ser de otra manera, al principio general del derecho por cuya virtud «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» (art. 7.1 CC) para rechazar algunas reclamaciones de acreedores sociales en quienes concurrían circunstancias especiales. Y es evidente, en efecto, que la reclamación de las deudas de la sociedad a sus administradores debe ejercitarse —como cualquier otro derecho— conforme a las exigencias de la buena fe. Lo que no es tan evidente es que siempre que se haya invocado ese principio general se produjera realmente esa circunstancia. La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2001 sostuvo que carecen de la posibilidad de reclamar contra los administradores aquellos acreedores que, conocedores de la situación social, hubieran decidido asumir el riesgo de contratar con esa sociedad porque supondría una interpretación del precepto *«totalmente contraria al principio de la buena fe»*. Tras señalar, con acierto, que *«el rigor de la responsabilidad de los administradores establecida en el art. 262.5 LSA no puede ser tan extremado que, una vez producida la causa de disolución contemplada en el art. 260.1.4ª de la misma Ley, ésta quede absolutamente petrificada hasta el punto de determinar a todo trance aquella responsabilidad por todas las obligaciones contraídas por la sociedad en los años posteriores»*, añade dos elementos para mitigar ese rigor o eliminar esa petrificación. El primero, el de *«la evolución de la sociedad»* y el segundo, el de *«la conducta de los administradores para con el acreedor de la sociedad»*. Se señala, en efecto, que *«si la situación de déficit patrimonial está en vías de superación efectiva, no en meras posibilidades, durante los dos años posteriores y, conocida esa situación pasada y las dificultades financieras aún presentes por las entidades hoy recurrentes, éstas aceptan contratar con la sociedad siendo plenamente conscientes del riesgo que corrían sus créditos por haber sido oportuna y lealmente advertidas desde la propia sociedad (...) declarar la responsabilidad de los administradores de esta última con base en el art. 262.5 LSA supondría una interpretación de tal precepto no solamente ajena sino incluso totalmente contraria al principio de la buena fe exigido para el ejercicio de los derechos en general por el art. 7 CC»*. Ambos argumentos parecen rechazables. De un lado, en efecto, los deberes legales impuestos a los administradores no pueden estimarse cumplidos por la circunstancia de que desaparezca con posterioridad la causa de disolución, porque eso conduciría a soluciones tan absurdas que ni siquiera es preciso enumerar. En realidad, si la situación de pérdidas se soluciona espontáneamente transcurrido ese tiempo, no sólo parece poco probable que fueran a ser demandados, sino que, además, los administradores que, en su caso, debiesen soportar el pago de las deudas sociales, podrían repetir de la sociedad. Y si la situación no se ha

solucionado, el sistema legal sigue siendo plenamente vigente. En cuanto a la doctrina del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe, no parece que pueda considerarse aplicable al caso concreto: no puede entenderse que los acreedores renuncien a esta garantía legal por el simple hecho de conocer la mala situación de la sociedad y, además, la eventual responsabilidad de los administradores por las deudas sociales constituye un estímulo para contratar con esas sociedades, ya que ese sistema legal se instituyó precisamente para garantía de los acreedores sociales.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2003 parte del presupuesto —tan equivocado como peculiar— de que *«en su caso, esta responsabilidad solidaria "sui generis" antedicha, tiene su fundamento o "ratio", en que con su conducta omisiva los administradores han inducido a error a un determinado tercero contratante con el ente social, que creyendo en una situación normal desde un punto de vista económico y financiero de la sociedad, ha realizado operaciones mercantiles con él, llevándose con el transcurso del tiempo una desagradable sorpresa que afecta gravemente a su posición patrimonial por mor de dicha contratación»*, para luego establecer que *«hay que tener en cuenta el art. 7.1 del Título Preliminar del Código Civil, que obliga al ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe. Por tanto, aunque [la Lex...] otorgue a los acreedores el poder de exigir solidariamente a los administradores con la sociedad las deudas sociales, ha de verse si en el ejercicio del mismo obran de buena fe»*, y concluir —dando un paso excesivo y muy arriesgado, y confundiendo, de nuevo, el fundamento de la sanción— que *«sería una rémora importantísima para la rapidez de las transacciones mercantiles que hubiera que acudir al Registro Mercantil para enterarse de la solvencia de la persona con quien se quiere concertar una operación (...). No obstante, existen situaciones muy cualificadas en que ello es una carga inevitable en lógica comercial, y es cuando hay motivos suficientes o indicios racionales de la insolvencia. No puede amparar la norma al que se despreocupa de ello y opera sin ninguna cortapisa, suministrando géneros al cliente de solvencia sospechosa. No puede pretender que juegue entonces a su favor la imposición de la solidaridad de los administradores con la sociedad para el pago de las deudas sociales, no se actuaría entonces de la manera razonable, honesta y adecuada a las circunstancias de acuerdo con el artículo 7.1 del Código Civil»*.

En cambio, es claramente aplicable la doctrina al caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2001: *«resulta incuestionable la conducta contraria a la buena fe mínima exigible en los comportamientos jurídicos, pues no cabe desconocer que la actora fue fundadora y sigue siendo socia de la compañía demandada, perteneció al Consejo de Administración durante una época en que era proveedora de la sociedad, generando entonces un importe de deuda que cuando menos no era inferior al reconocido en autos, y que renunció*

al cargo de administrador con posterioridad a la entrada en vigor de la LSA de 1989. Por otro lado no demanda al Presidente del Consejo de Administración que es uno de los dos Consejeros Delegados (al que le une una buena amistad) y sin embargo dirige la acción contra un vocal del Consejo, el que, según parece, entró a formar parte del mismo animado por la representación de la actora para ver de hacer efectivo un crédito que tenía contra la entidad y que no llegó a cobrar». Constituye un claro supuesto de reclamación contraria a las exigencias de la buena fe el contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2003, en el que el demandante (reclamante del crédito contra la sociedad) dominaba el consejo de administración de la sociedad deudora en el momento en que se produjo la infracción de los deberes legales.

Ha de citarse, en fin, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004, que —sin cita de las anteriores sentencias— niega la existencia de abuso del derecho en el acreedor reclamante, considerando que se trata de la normal relación entre deudor y acreedor: *«no existe abuso de derecho cuando sin traspasar los límites de la equidad y la buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial, con sus consecuencias ejecutivas, para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle».*

5. El ámbito temporal de la responsabilidad

La naturaleza de esta especial responsabilidad por las deudas sociales permite determinar su *duración*. Si la sanción consiste en hacer a los administradores responsables de las deudas sociales, parece evidente que la acción de reclamación contra los administradores prescribirá, respecto de cada crédito concreto, en el mismo momento en que lo haga la acción contra la sociedad, pues un responsable solidario no puede tener peor situación que el obligado principal. De otro lado, finalizará la responsabilidad de los administradores, ahora ya respecto de todos los acreedores sociales, por el transcurso del plazo de cuatro años fijado con carácter general por el artículo 949 del Código de Comercio para el ejercicio de acciones contra administradores de sociedades, plazo que comienza a contar desde el momento del cese del administrador (SSTS 7.6.1999, 2.7.1999, 20.7.2001, 15.3.2002, 7.6.2002, 2.3.2004 y 5.10.2004, que rechazan expresamente la tesis de la prescripción anual prevista en el Código Civil para la responsabilidad extracontractual). En consecuencia, la acción para exigir a los administradores el pago de una deuda social prescribirá por el transcurso del plazo establecido para el ejercicio de la acción contra la sociedad (que, a falta de plazo expreso, será el de quince años del artículo 1964 del Código Civil), y que se contará desde que pudo ejercitarse (art. 1969 CC), y

caducará por el transcurso del plazo de cuatro años a contar desde que se produzca el cese del administrador. Se trata de dos plazos distintos y claramente compatibles: el primero se refiere directamente a la prescripción de un derecho de crédito; el segundo alude al plazo —de caducidad— durante el cual subsiste la posibilidad de ejercitar una acción contra un administrador que hubiera cesado en su cargo.

6. Las reclamaciones en el concurso de acreedores

Como hemos indicado, la sanción prevista legalmente por el incumplimiento de los deberes legales de promover la disolución o de instar el concurso no queda en suspenso por el simple hecho de que se produzca la declaración de concurso. La tramitación del concurso de una sociedad no impide que los acreedores reclamen a los administradores el pago de las deudas de la sociedad si el sistema legal ya se hubiera puesto en marcha porque los administradores hubieran incumplido anteriormente sus deberes legales. Antes, al contrario, la sanción cobra pleno sentido cuando se declare el concurso sin que los administradores hubieran adoptado las medidas previstas en la Ley para evitarlo o para que fuera declarado tempestivamente: a la responsabilidad del patrimonio social viene a sumarse entonces la de los patrimonios personales de los administradores que, con su omisión, hubieran propiciado la insolvencia de la sociedad o no la hubieran sometida a concurso (SSTS 12.11.1999, 30.10.2000 y 20.10.2003). Puede afirmarse incluso que, con cierta frecuencia, la declaración de concurso —que presupone la insolvencia de la sociedad (arts. 2 LC y 260.1-4^o LSA y 104.1-e) LSRL)— pondrá de manifiesto, precisamente, que han fallado los mecanismos protectores establecidos para los supuestos en que la sociedad fuese todavía solvente (así, SSAP Palencia 9.10.1996, ArC 1912, y Baleares 3.2.1997, ArC 413).

La responsabilidad de los administradores se convierte entonces en un medio complementario de satisfacción de los acreedores concursales, quienes, a pesar del concurso, conservan sus acciones contra los administradores. Ciertamente, hubiera sido más lógico que esta especial sanción se hubiese integrado en el procedimiento de concurso, en el sentido de que la legitimación para el ejercicio de las reclamaciones se hubiese atribuido en exclusiva a la administración concursal (así lo preveía el art. 57.2 PropALC 1995), convertida en un mecanismo adicional de reintegración de la masa activa del concurso; pero el silencio legal (v. art. 48 LC, que, por el contrario, sí convierte en mecanismo de reintegración la responsabilidad por las deudas sociales de los socios de sociedades personalistas) obliga a afirmar que los acreedores conser-

van sus acciones contra los administradores y, entre ellas, la acción para reclamar el pago de las deudas sociales a los administradores que hubieran asumido responsabilidad para el pago de las mismas por el incumplimiento de sus deberes legales. La Ley Concursal olvida el carácter y el fundamento de esa sanción, íntimamente vinculados al concurso de acreedores, de modo que la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales que hubiera derivado del incumplimiento de sus deberes no sufre modificación alguna durante el concurso: serán los acreedores —y no la administración concursal— los legitimados para reclamar a los administradores sancionados —como responsables solidarios— el pago de sus créditos.

Esa opción legal origina delicados problemas interpretativos, sobre los que deberán pronunciarse los tribunales. De un lado, si, como consecuencia de las reclamaciones de los acreedores, los administradores llegaron a satisfacer deudas sociales, habrán de gozar de la correspondiente *acción de regreso* contra la sociedad concursada, si bien el correspondiente crédito se clasificará como *subordinado*, porque el administrador tiene la condición de persona especialmente relacionada con el concursado (arts. 92-5º y 93.2-2º LC). Si, en sentido contrario, algún administrador no pudiera hacer frente a las reclamaciones, deberá declararse su propio concurso —a solicitud del propio administrador o de los acreedores (art. 3.1 LC)—, que podrá ser *acumulado* al concurso de la sociedad (art. 25 LC). La eventual acumulación garantizará la coordinación de los pagos a los acreedores de la sociedad y el regreso del administrador frente a la sociedad, permitiendo incluso —en su caso— la rescisión de los pagos ya realizados por el administrador (art. 71 LC).

Otro delicado problema interpretativo es el de la compatibilidad entre esta sanción y la que pueda derivar de la calificación del concurso como culpable, consistente en la obligación de los administradores declarados personas afectadas por la calificación de cubrir, total o parcialmente, el déficit que resulte de la liquidación concursal (art. 172.3), compatibilidad que ha de perseguirse atendiendo al mandato de la Ley Concursal de que «la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado» (art. 48.2-III). El presupuesto de una y otra sanción es diferente, por lo que no siempre procederán las dos: la sanción que analizamos deriva del incumplimiento de los especiales deberes impuestos cuando concurra causa de disolución, mientras que la sanción derivada de la calificación exige la declaración de concurso, la apertura de la fase de liquidación, la calificación del concurso como culpable y la consideración de los correspondientes administradores como personas afectadas por la calificación. Puede ocurrir incluso que las reclamaciones de los acreedores derivadas de la primera sanción eviten la aplicación de la segunda, si, por ejemplo, no llegara a abrirse la fase de

liquidación en el concurso. Cuando sean procedentes las dos sanciones, corresponderá al juez del concurso modular la sanción derivada de la calificación acomodándola a la que se hubiera producido por el incumplimiento de los deberes legales de promoción de la disolución. No en vano la Ley Concursal deja a la decisión del juez tanto la procedencia de la sanción misma cuanto la determinación de su extensión, con el límite del déficit que resultase de la liquidación (art. 172.3).

Se plantea, en fin, el problema de los *efectos* que pueda producir sobre esa sanción la aprobación judicial de un *convenio*, que tiene especial relieve cuando se haya pactado una quita y, sobre todo, cuando los acreedores hubieran renunciado a las acciones que pudieran corresponderles contra los administradores de la concursada. Es el supuesto contemplado por la sentencia de 23 de febrero de 2004, en una suspensión de pagos, que resuelve lo siguiente: «*Esta Sala no comparte el criterio de la sentencia recurrida para negar legitimación activa a la recurrente como acreedora (...) para exigir la responsabilidad solidaria por su deudas al administrador social demandado, porque efectivamente votó (...) en contra de la aprobación del convenio, y la doctrina de esta Sala en supuestos análogos (deudor en suspensión de pagos que fue afianzado solidariamente por tercero) no niega acción al acreedor siempre que, se repite, haya votado en contra de la aprobación del convenio (sentencias de 24 de enero de 1989 y 8 de enero de 1997). Esta doctrina ha sido acogida precisamente en el artículo 135 de la Ley concursal de 9 de julio de 2003*». En efecto, si la sanción consiste, precisamente, en hacer a los administradores garantes solidarios de la sociedad, parece lógico aplicar la doctrina jurisprudencial plasmada en la Ley Concursal conforme a la cual «los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado (...), quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos» (art. 135.1 LC).