

TRABAJO FIN DE MÁSTER DE LA ABOGACIA



Universidad de Oviedo

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: LA ACCIÓN INDIVIDUAL

Manuel Palacio Fernández

Tutor: Prof. José María Muñoz Paredes

Cotutor: Ldo. Pelayo Fernández- Mijares Sánchez

Enero de 2016

1.- Introducción	2
2.- Consideraciones Previas.....	3
3.- El Régimen de Responsabilidad Civil de los Administradores de las Sociedades de Capital	5
3.1.- Exposición del supuesto.....	6
3.2.- Los deberes del Administrador Societario	7
3.3.- Deber de Diligencia	8
3.4. Deber de Lealtad	15
4.- Acción individual de Responsabilidad.....	20
4.1.- Sobre la Acumulación de Acciones y la Competencia de los Juzgados de lo Mercantil	22
4.2.- La importancia de la Prueba	28
5.- Cuestiones sobre el fondo del asunto: La contestación a la demanda.....	29
6.- Conclusiones	37
7.- Bibliografía	39

1.- Introducción

El presente trabajo tiene por objeto tratar una de las acciones que integran el denominado régimen de responsabilidad civil de los administradores de las sociedades de capital desde un punto de vista práctico. Nos estamos refiriendo a la acción individual de responsabilidad, regulada en el artículo 241 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

El hecho de exigir la responsabilidad de los administradores societarios ante los Tribunales representa hoy día, en este contexto de crisis económica más si cabe, un aspecto relevante a analizar, sobre todo por lo que al incumplimiento de los deberes inherentes a este cargo se refiere, deberes que por otra parte, han sido reformados para la mejora del gobierno corporativo recientemente en Diciembre de 2014

Es por ello, por lo que atendiendo a las opciones para el desarrollo de este Trabajo Fin de Máster, he decidido desglosar el mismo conjugando los aspectos teóricos a tener en cuenta sobre un caso concreto que he tenido que llevar junto a mi abogado tutor durante las prácticas profesionales, junto a las consideraciones de Derecho hechas a tal efecto; lo que redundará en un doble provecho, tanto para el alumno, que ve reflejado el estudio previo de una cuestión antes de abordarla en la práctica, plasmándolo en escritos judiciales; y de otro lado, para el lector, que puede comprender en líneas generales, con carácter previo a las cuestiones más puramente jurídicas, lo que en este trabajo se viene a desarrollar, es decir, cuales son aquellos deberes que debe observar todo administrador en el ejercicio de su cargo, como encargado de gestionar los distintos activos de las complejas estructuras que son las Sociedades en su normal desenvolvimiento en el tráfico jurídico; y en qué medida su incumplimiento dará lugar a un proceso judicial de la naturaleza propia de este tema.

2.- Consideraciones Previas

“Aequam memento rebus in arduis servare mentem”¹(acuérdate de conservar la mente serena en los momentos difíciles)

Durante el período de prácticas ha sido una frase que he tenido siempre presente, de la mano del gran poeta romano Horacio; y que sin duda, para mi representa en primera línea el cambio de la vida universitaria a la profesional, viniéndome siempre a la mente la frase que un Profesor nos comentaba al inicio de la clases de este Máster de la Abogacía “Es hora de que afrontéis una nueva perspectiva del Derecho y sobretodo de que sintáis el vértigo de la profesión”

Por aquel entonces, desconocía de lleno su significado, estábamos acostumbrados a ser “demandantes” para comprender las lecciones jurídicas durante nuestra formación, siempre con un supuesto llano, que nos permitiese apreciar la argumentación jurídica que siempre avalaba la pretensión demandante por antonomasia en cualquier asunto jurídico.

No obstante, fue durante las prácticas profesionales cuando verdaderamente sentí su significado, en el momento en el que acudes a una reunión con un cliente, te transmite su situación y te hace entrega de la demanda que le han planteado para que asumas su representación. Recuerdo haberla leído y sentir en cierto modo la misma indefensión que el cliente, como si se tratase de una verdad insuperable lo que en ese escrito se plasmaba, todo ello acentuado además, por ser la primera vez en que intervenía en la práctica profesional de lleno, razón de una mayor preocupación, de ahí ese “vértigo”

Sin embargo, junto a las indicaciones de mi abogado tutor, que desde un primer momento han sido fructíferas, salió a relucir otro valor inculcado tanto por el personal docente universitario como por el del máster, que no es otro que el de asumir el verdadero rol de un abogado, entendido como un operador del Derecho, que conoce las leyes y las interpreta, y que estudia la doctrina y la jurisprudencia para avalar sus posturas, sirviéndose de los medios de prueba a su alcance para ello.

¹ Horacio (Quintus Horatius Flaccus); Odas III (Odae); Libro 2; s. I. a.C

Es así, con todas esas aptitudes que debe reunir todo abogado, y con la metodología adecuada para proceder en cada caso concreto, como se puede asumir la representación de un cliente en su asunto. Si al concluir nuestros estudios universitarios somos una estructura simple, hagamos que con la formación postobligatoria adecuada y con un estudio constante del derecho durante nuestra vida profesional que acaba de comenzar, seamos una estructura a la que se le van sumando elementos, hasta el punto en que estemos edificados como profesionales.

De este modo, en mi humilde opinión, es momento de mantener la mente serena, aplicar las aptitudes profesionales que nos inculcan nuestros abogados tutores y junto a nuestra formación previa a modo de base, ser ordenados con nuestra metodología a la hora de abordar un asunto; y así, ir perfilándonos como futuros operadores del Derecho, experiencia tras experiencia.

Finalmente, por lo que a la mejora de la práctica de la abogacía respecta, considero que acabamos de adentrarnos en un vasto mundo como es el del Derecho, en el que continuamente se producen cambios, un gran ejemplo de ello es el de la entrada en vigor del sistema Lexnet el día 1 de enero de 2016, sistema sobre el que el distinguido jurista Antonio Garrigues ha tenido ocasión de pronunciarse en el Congreso de Enatic de este año.

Respecto a los retos que plantea para la abogacía la irrupción de los medios tecnológicos, sentenció ante el déficit de abogados digitales en España que "La abogacía no puede pretender estar por delante de los cambios tecnológicos y de la ciencia, no es nuestro papel, pero tampoco podemos estar al margen porque todos estos cambios tienen implicaciones jurídicas [...] La abogacía será respetada si se ve que conocemos el saber de nuestro tiempo"

En este sentido y compartiendo el espíritu de sus palabras, considero que los juristas de mi promoción nos encontramos en un momento ciertamente revestido de gran relevancia, repleto de cambios para el Derecho, cambios que deberemos asumir para aprender en ellos a desempeñar nuestra labor, para crecer paulatinamente como auténticos profesionales, respetando en todo momento las prácticas de nuestra profesión, y procesando un incesante estudio del Derecho.

Mi visión sobre este punto en concreto se delimita en breves palabras, en aprender en la práctica para erigirnos como profesionales primero, y para conformarnos un criterio que nos permita apreciar verdaderamente lo que necesita nuestra profesión, lo que vendrá de la mano de la experiencia futura.

Como ya anunciara, el tema que he elegido para este trabajo y sobre el que versaba esa primera demanda a la que hube de enfrentarme, es el de la exigencia de responsabilidad a un administrador a través de una acción individual.

Para abordarlo, expondremos en primer lugar, en términos generales, el régimen actual de su responsabilidad, para posteriormente abordar los deberes inherentes a este cargo, para que podamos finalmente estudiar las cuestiones concretas que se plantean en nuestro supuesto de referencia.

3.- El Régimen de Responsabilidad Civil de los Administradores de las Sociedades de Capital

El cargo de administrador de una Sociedad de Capital, comporta necesariamente el cumplimiento de una serie de deberes que en su conjunto, denotan el carácter de alto riesgo propio de este cargo; y cuya inobservancia, desencadenará necesariamente las consecuencias propias del régimen de responsabilidad civil regulado en el Capítulo V del Título VI del mismo texto legal (arts. 236 y ss.)

En este sentido, dispone la nueva redacción del artículo 236.1 dada por la Ley 31/2014 que “Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.

La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales”

De este modo, podemos establecer que su responsabilidad opera en dos esferas: la interna, por lo que los administradores responden por el incumplimiento de sus deberes ante la Sociedad y sus socios (acción social); y de otro lado la externa

(acción individual), por la que responderán frente a los acreedores sociales, siendo ésta última en la que se incardinará nuestro estudio.

Siguiendo una de las finalidades del presente Trabajo de Fin de Máster como es el análisis crítico sobre el trabajo desarrollado durante las prácticas profesionales, tal y como hemos hecho alusión con anterioridad, ha llegado el momento de reflejarlo de un modo orientado al primer contacto con la práctica profesional, esto es, desde que nos llega el asunto al despacho, para abordar su estudio a fin de representar los intereses de nuestro cliente como mejor le convenga, hasta la interposición de los correspondientes escritos judiciales.

3.1.- Exposición del supuesto

La Sociedad A, dedicada a proveer suministros para una constructora, denominada Sociedad B, demanda a ésta última en el año 2006 como consecuencia del impago de una serie de materiales por importe de 6.500 €.

Dicho procedimiento, concluyó con un auto en el año 2010 decretando su archivo por imposibilidad de ejecución. Debemos tener en cuenta, desde este mismo instante, que en todo momento, la deuda es admitida y por tanto, no discutida.

En el año 2015, la Sociedad A, demanda al administrador (nuestro cliente) de la Sociedad B, esta vez ejercitando una acción individual de responsabilidad del administrador societario, acumulando otra acción de reclamación de cantidad, contra D. Pablo (nombre ficticio, nos debemos a nuestro deber de confidencialidad como abogados y ante todo a nuestros clientes), en su condición de Administrador único de la Sociedad B, por la cantidad de 6.500 € en concepto de principal y 4000 € de intereses.

Las pretensiones de la parte demandante, se centran en síntesis, en el incumplimiento por parte del administrador de su deber de diligencia al alterar la contabilidad para aparentar que la Sociedad B continúa en el tráfico Mercantil, cuando en realidad no es cierto, imputándole una desaparición de hecho, sin seguir los pertinentes cauces legales al no haber promovido el concurso voluntario de la misma.

Asimismo, solicita la parte demandante como medida cautelar, “dada la importancia de la deuda contraída” el embargo preventivo de la vivienda habitual del administrador demandado.

Ante este supuesto de hecho, nosotros asumiremos la representación del Sr. Pablo, como administrador único de la Sociedad B demandada.

Para reflejar lo que terminó siendo la contestación a la demanda, nos centraremos en un primer momento en exponer en líneas generales en qué consisten los deberes inherentes al cargo de administrador, para que una vez entendidos éstos, podamos abordar los aspectos jurídicos propios de la responsabilidad de los administradores de las Sociedades de Capital que se enjuician en nuestro supuesto tales como las acciones que se acumulan, la necesidad de una prueba adecuada, o las medidas cautelares, para terminar abordando el propio fondo del asunto en la contestación.

3.2.- Los deberes del Administrador Societario

Como punto de partida de nuestro estudio, y como antesala a una de las acciones para exigir su responsabilidad que trataremos, expondremos unas breves nociones sobre los deberes a los que ha de acogerse el Administrador para desempeñar su cargo en la Sociedad que gestiona y representa; deberes que por otra parte, de ser incumplidos, darán lugar a las responsabilidades contempladas en la Ley², razón por la que trataremos los mismos de modo que podamos tener una visión global aunque sintetizada en este primer momento; sin perjuicio ello, como veremos en el siguiente apartado, de que profundicemos en aquellos cuyo incumplimiento será el fundamento de la pretensión que se invoque para exigir la responsabilidad de los administradores ante los Tribunales, como primer contacto con el ejercicio profesional de la abogacía.

En este contexto, conviene advertir que los deberes inherentes al cargo de administrador como su régimen de responsabilidad, han sido recientemente reformados por la *Ley 31/2014 de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de*

² AA.VV. Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F; Manual de Derecho Mercantil; Vol. II; 21ª edición; Ed. Tecnos; Madrid; 2014; págs.. 505 y ss.

*Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*³, significando ello, en palabras del Profesor Sánchez Calero Guilarte, “la reformulación de cada uno de esos deberes clásicos y obligatorios para todo administrador (diligencia, lealtad y secreto) y el establecimiento con respecto al deber de lealtad de soluciones especiales en cuanto a la imperatividad de su régimen legal y con respecto a la acción social basada en su infracción.”⁴

Partimos pues de aquellos deberes que asume el Administrador, una vez delimitada su relación con la Sociedad, relación de naturaleza contractual, entendida como un “negocio jurídico bilateral de carácter contractual, formado por el cruce de declaraciones de voluntad que se produce en virtud de: el nombramiento por parte de la Junta General, y la aceptación por parte del administrador”⁵, momento que determina la efectividad del cargo, y con él, su desempeño conforme a Derecho.

Por lo que respecta a los deberes, estos se encuentran regulados en el Capítulo III, del Libro Sexto del TRLSC, imponiendo la Ley en líneas generales que los administradores actúen con diligencia y lealtad a la Sociedad, tal y como pasamos a exponer a continuación.

Por otro lado, cabe distinguir entre deberes generales (diligencia y fidelidad), que configuran el modelo de conducta de los administradores, y otros deberes específicos, que se corresponden con supuestos de hecho específicos y generadores de una obligación precisa, de exigibilidad inmediata (como la abstención o el secreto entre otros).⁶

3.3.- Deber de Diligencia

El artículo 225.1 TRLSC, regula la conducta conforme a la que el administrador ha de desempeñar su cargo, disponiendo que éste deberá

³ Véase en especial preámbulo V.

⁴Sánchez- Calero Guilarte, Juan: “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad”; *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*; Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015,; págs. 894-917.

⁵ Sanchez Calero, Fernando.: «Los administradores en las sociedades de capital», Ed. Thomson, Navarra, 2007.

⁶ Embid Irujo, José Miguel; “Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas desde la perspectiva del Derecho Español.”; *Revista Advocatus*; nº 17; 2007; págs. 57- 84

“desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario”

Pese a que el administrador no tenga la condición de empresario, dentro de la esfera económica, en las actividades de la propia Sociedad, cobraría sentido por cuanto que “organiza los diversos factores de producción para la obtención de beneficios o de un resultado empresarial. Por ello, es lógico que deba ajustar su actuación a la diligencia de un ordenado empresario.”⁷

Se trata sin duda de una noción abstracta, pero que la Jurisprudencia trata de perfilar, así según la *SAP Navarra 15 febrero 1995*, por diligencia debe entenderse el cumplimiento de la «conducta socialmente esperable en el tráfico, integrando en gran medida los usos del comercio y las buenas prácticas de la gestión empresarial». De esta noción lo que podemos extraer es que el administrador debe cumplir los mandatos legales y reglamentarios, asesorándose adecuadamente antes de tomar decisiones que afecten al buen rumbo de la sociedad y en definitiva, el control de aquellas personas que dependan directamente de él, como sus colaboradores.

Este deber por tanto, parte de la premisa de que el administrador ha de ejercer su cargo eficazmente, involucrándose con la sociedad a la que representa y gestiona, para lo que la Ley le encomienda una serie de deberes, entre ellos, los nombrados en los apartados 2) y 3) del artículo 225: deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad; y en el desempeño de sus funciones, tendrá el derecho de exigir y recabar de la sociedad, la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

De este modo, para cumplir materialmente con este deber de diligencia, los administradores deberán cumplir con otros deberes complementarios que integran aquél junto a un principio introducido por la reforma de diciembre de 2014: Deber de vigilancia o supervisión, deber de informarse y el principio de la protección de la discrecionalidad empresarial

- **La vigilancia o supervisión:** mediante este deber, los administradores deberán controlar a las personas u órganos en quienes deleguen sus

⁷ Castañer Codina, Joaquim; “Deberes de los Administradores”; *TODO SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA 2012/2013*; S.A CISS, 2012; págs. 431-447

facultades, independientemente de que se trate de un administrador único, o bien un órgano colegiado compuesto por varios. En ambos casos, tienen el deber inexcusable de supervisar y controlar que la dirección de la Sociedad cumple con los objetivos marcados y respeta el objeto e interés de la misma.

Un ejemplo del incumplimiento de este deber, lo encontramos en la SAP Barcelona nº 12/2012 de 19 enero que enjuicia un supuesto en el que los administradores no llevaron a cabo su deber de vigilancia sobre un apoderado al que le habían conferido amplísimos poderes, razón por la que no pudieron conocer la verdadera situación de la Sociedad, y mucho menos, haber procedido a promover su disolución concurriendo causa legal imperativa para ello.

“La detección de las irregularidades de gestión y las manipulaciones contables podía ser difícil, sin duda si no se activaban eficaces mecanismos de vigilancia y control, pero desde luego no imposible, y era obligación de los consejeros, pues son ellos quienes responden del daño causado a los terceros con quienes contratan y de las deudas de la sociedad si no promueven oportunamente la disolución concurriendo una causa imperativa. La exoneración de los administradores demandados resulta muy forzada en el ámbito de aplicación del art. 262.5TRLISA con pretexto en una imposible o difícil detección de la verdadera situación de la sociedad en las circunstancias descritas, si se tiene en cuenta que para comprobar esa verdadera situación bastó con encargar un informe de revisión limitada a una empresa externa de auditoría, precaución que no fue observada por quienes delegaron las tareas de gestión y contabilización durante un lapso de tiempo, ya se ha dicho, demasiado largo, limitándose a confiar en el apoderado, y que pudieron haber adoptado, por lo menos, una vez al año, como medida de vigilancia y control, aunque la sociedad no estuviera obligada a someter sus cuentas a auditoría.”

- **El Deber de informarse:** necesariamente para cumplir con su deber de diligencia, es que los administradores dispongan de este derecho de exigir y recibir, cuanta información sea necesaria de la propia sociedad, a fin de estar informados y poder de tal modo adoptar las decisiones más acertadas para el buen gobierno de la persona jurídica que gestionan.

Los administradores deben estar al corriente en todo momento de la marcha de la sociedad y, en especial, de su situación patrimonial para poder tomar las decisiones y adoptar las medidas oportunas. Esto les permitirá, por otra parte, analizar la situación concreta de la Sociedad, para poder evitar situaciones que no

solo le reporten consecuencias legales por lo que a su régimen de responsabilidad se refiere, sino que también para llevar a cabo eficazmente una gestión óptima de los recursos de la misma.

Manifestación de ello, y parecer que comparto, es el expuesto por el Profesor Muñoz Paredes respecto a la petición de la información por parte del administrador “Basta con que el mismo pueda ser necesario en el desempeño de sus funciones para que la petición sea, en cuanto a la materia, legítima, por lo que serán ciertamente contados los datos a los que no pueda tener acceso. En este sentido, procede señalar, siguiendo a Libonatti que, por principio, toda solicitud de información es legítima y por tanto, las causas que pueden impedirla han de ser restrictivamente interpretadas y perfectamente acreditadas, dejando fuera toda presunción. La Sociedad, dice Libonatti, ha de ser para los consejeros, “un libro abierto para hojear y leer incluso con lupa, y ésta es la máxima a seguir”⁸; y que a mi juicio, se escapa de otras interpretaciones más restrictivas sin ahondar en su acreditación, como es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de septiembre de 2006, que “contundentemente afirma que el desconocimiento de un administrador, lejos de legitimarle para ejercer el derecho de información, es la mejor razón para negárselo, pues revela que viene incumpliendo su deber de informarse de la marcha de la sociedad. Se dice, literalmente: «Que la demandante no ejerza las obligaciones que le son propias del cargo para el que fue nombrado y aceptado, no debe implicar premiar tal pasividad, porque su obligación es gestionar la sociedad pues el artículo 61 en relación con el artículo 69 de la Ley 2/95 le impone ser diligente y el artículo 127.2 de la Ley de Anónimas les atribuye el deber de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad, más cuando tiene acceso directo a la documentación de la sociedad administrada. Por consiguiente, no puede sostenerse que un administrador social esté desinformado y por ende exigir esa información a la propia administración social sobre la gestión de la sociedad, pues ello implícitamente significa la falta de diligencia en el ejercicio del cargo»”⁹

⁸ Muñoz Paredes, Jose María; “El ejercicio del derecho a la información”; *La información de los Consejeros en la Sociedad Anónima*; Ed. Aranzadi; Pamplona; 1999; págs..101-132

⁹ Rodríguez- Palmero Seuma, Pablo; “El derecho de información de los administradores, antes y después de la ley de transparencia”; *Diario La Ley*, Nº 7100, Sección Doctrina, 26 de Enero de 2009.

Según la STS de 16 de diciembre de 2004 "El deber de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad se impone, como se ha visto, a "cada uno de los administradores", tanto al ejecutivo como el que no lo es. Este deber, que es una concreta manifestación de la diligencia expresada en el modelo de conducta de un "ordenado empresario" (no el del "buen padre de familia" que acoge el Código Civil cuando regula la culpa o negligencia), obliga de un lado a ejercer el cargo efectivamente y, de otro, a ejercerlo conforme a este patrón o estándar de comportamiento en el cuidado de la gestión social, pues su tarea es de carácter empresarial. Su actividad gestora, que necesariamente incluye información y vigilancia constante, y que implica la responsabilidad frente a socios y terceros así como la asunción de las cuentas anuales mediante su firma en ellas, ha de estar presidida por el calificativo de "ordenado", que presupone un "orden" y "organización" que han de aplicar los administradores a la generalidad de su actuación positiva, conformando una regular y prudente buena administración.

Este deber incluye el de analizar la información, su suficiencia y transparencia, y el de investigar la verdadera situación de la sociedad"¹⁰

Corresponde también traer a colación en este apartado, a la obligación de conocer la contabilidad de la Sociedad por parte del Administrador, en el sentido de que puede resultar crucial a efectos de su responsabilidad.

En este sentido, dispone el artículo 253 TRLSC, que el Administrador dispondrá de un plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio para la formulación de las cuentas anuales y su depósito en el Registro Mercantil, aspecto obligatorio que de lo contrario puede dar lugar a sanciones (art. 283 TRLSC)

Por otro lado, dichas cuentas deben reflejar la imagen fiel de la empresa, de tal modo que su falseamiento por parte del administrador le puede acarrear serias consecuencias, como es el supuesto enjuiciado por la STS 298/2012 de 21 de Mayo, que desestima el recurso de casación interpuesto por la representación de tres

¹⁰ Sobre el incumplimiento del deber de diligencia y en especial, sobre los de vigilancia y falta de información se pronuncia la doctrina mayoritaria en el mismo sentido por lo que a la interpretación de los mismos se refiere; véanse STSS de 31 de enero de 2007, 10 de julio de 2008, 11 de julio de 2008, 10 de marzo de 2010 [(RCL 1989, 2639 y RCL 1990, 119) n.º 1435/2005] y 30 de junio de 2010

administradores societarios que se sirvieron de artificios contables para falsear las cuentas, conducta que desencadenó en la necesaria calificación del concurso como culpable: “el concurso se calificará, en todo caso, como culpable cuando el deudor " hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera " en la contabilidad que llevara.”

En definitiva, el deber de la llevanza de la contabilidad de modo adecuado y ordenado impuesto por la Ley, en el artículo 25.1 del Código de Comercio, recae en el caso de las sociedades, en los propios administradores, pudiendo llevar a cabo ellos mismo esta tarea, o bien ser llevada a cabo por otros autorizados por los primeros; pero que en ningún caso, se les exime de su veracidad, de ahí el deber de informarse adecuadamente sobre la contabilidad y de que la imagen que refleje, sea en definitiva la real y fiel a la sociedad que sirven.

En este contexto, “el incumplimiento de prescripciones legales contables constituye una infracción de deberes legales de los administradores que pueden ocasionar daños a la sociedad, a los socios y a terceros, o, al menos, constituir un presupuesto previo para la determinación de la responsabilidad por daños (arts. 238 y ss., 241 LSC)”¹¹

En este sentido, y por lo que a la legislación concursal se refiere, pueden generarse incluso responsabilidades penales. En cuanto a la posibilidad de estas responsabilidades, de los administradores de las sociedades inmersas en un procedimiento concursal, debemos remitirnos a los artículos 163 y ss de la Ley Concursal, concretamente en el Título VI, sobre la calificación de los concursos.

El concurso de una mercantil, puede ser calificado de fortuito o culpable, y por ser éste último el que nos interesa, debemos tener en cuanto que el mismo será calificado de ese modo “cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviera, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores”¹²

¹¹ Machado Plazas, José; “La responsabilidad de los administradores sociales en el ámbito contable”; La responsabilidad de los administradores de las sociedades Mercantiles; Ed. Tirant Lo Blanch; Valencia; 2013; págs.415- 439

¹² Moya Jiménez, Antonio; La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes, 9ª Edición; Ed. Wolters Kluwer; Madrid; 2014; págs.. 68-99.

Sobre este aspecto, determina el letrado Moya Jiménez, que para considerarse culpable e incurrir en culpa grave, en los administradores de las sociedades concursadas tiene que concurrir entre otras circunstancias, el incumplimiento del deber de llevar una contabilidad, mediante el hecho de llevar una doble contabilidad o haber cometido irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la empresa; siendo un claro ejemplo de condena de esta conducta, la SAP de Burgos, Sección tercera, de 16 de abril de 2014, cuya conclusión principal fue la siguiente “La sentencia de instancia declara el concurso como culpable por detectar irregularidades contables relevantes para comprender la situación patrimonial o financiera de la concursada, y por el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso en el plazo establecido por la Ley”

- **Principio de Protección de la Discrecionalidad empresarial:** Se introduce como novedad bajo éste nombre, en el artículo 226.1 TRLSC, precepto que acoge la presunción de diligencia, aspecto genérico que rige la actuación de todo administrador. En este sentido, como ya hemos visto, el administrador, pese a no ser empresario, debe tomar determinadas decisiones en interés de la propia Sociedad a la que sirve, lo que nos lleva a sostener, que considerando que adopta las decisiones en beneficio de la sociedad y no en el suyo propio, no puede prever el resultado de sus actos, aun siendo impecable su actuación.

“La protección de la discrecionalidad empresarial se configura, por tanto, como una medida destinada a proteger la facultad de los administradores de tomar decisiones estratégicas y de negocio. De este modo, si las decisiones son tomadas actuando de buena fe, sin interés personal en el asunto que es objeto de decisión, con información suficiente (por ejemplo, con la colaboración de expertos en la materia o conforme a informes periciales) y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado (por ejemplo, estudiando posibles alternativas y analizando la incidencia de la decisión sobre la sociedad), se considera que han sido tomadas de forma diligente. De esta manera, se protege a los administradores a la hora de tomar

decisiones estratégicas y de negocio, evitando que sean responsables cuando las decisiones resultan ser infructuosas pero se han tomado de forma diligente.”¹³

Se trata de una importación estadounidense denominada “*business judgment rule*”, que determina que los jueces no revisarán las decisiones de carácter empresarial tomadas por los administradores sociales siempre que el administrador se haya informado convenientemente antes de adoptar la decisión; y siempre que la actuación no sea ilegal o contraria a los estatutos y el administrador no tenga un interés propio en la materia que resulte contradictorio con el de la sociedad.

Asimismo, también apreciamos en nuestra Jurisprudencia pronunciamientos que ya indicaban su vigencia en nuestro Ordenamiento, pese a que fue incluido objetivamente por la reforma operada en el TRLSC por la Ley 31/2014. Un claro ejemplo es el de la SAP de Madrid, nº 168/2007, de 13 de Septiembre, que reza del modo siguiente “El “incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación de administrar no puede determinarse en función de los resultados”, una vez que el juzgador ad quem determina que a la luz de las pruebas, no aprecia incumplimiento alguno de los deberes que le son inherentes al administrador y que la dirección y administración de empresas no es una ciencia exacta.

3.4. Deber de Lealtad

Se define de conformidad con el artículo 227 TRLSC como el deber del administrador de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad, advirtiendo el propio precepto, que de ser incumplido dicho deber, no solamente se deberá indemnizar el daño ocasionado al patrimonio social, sino que también le deberá ser restituido a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido.

Dicho deber se corresponde con velar por los intereses de la sociedad y anteponer éstos a los propios del administrador y naturalmente a los de terceros, estén o no vinculados a la sociedad. Es por este motivo, por el que este deber

¹³ AA.VV. “Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil”; 22 de abril de 2015; Guías prácticas Uría Menéndez; <http://www.uria.com/es/publicaciones.html>

comprende varias conductas a seguir, para que en el caso de un conflicto de intereses entre los de la sociedad y los propios del administrador, prevalezcan los primeros, de modo que no pueda el administrador obtener ventajas a expensas de su cargo y en consecuencia, de la sociedad.

Vemos pues como para la jurisprudencia, el interés social es el interés común de los accionistas, de tal modo que éste no puede verse vulnerado por un acto de conveniencia del administrador en favor propio o de terceros.

Así por ejemplo, en la STS nº 391/2012, de 25 de junio, que versa sobre un acuerdo que atribuía una remuneración desconsiderada a un administrador, excediendo lo pactado en los estatutos y perjudicando gravemente a la Sociedad dada su situación, ratifica el fallo condenatorio al mismo, disponiendo que “resulta irrelevante que la retribución hubiese sido acordada por una mayoría consciente o inconscientemente desleal para con la sociedad. Además, que el sistema fijado se ajuste a las reglas abstractas de buen gobierno de las sociedades no significa que su aplicación práctica y en el modo de hacerlo se ajuste a las exigencias de lealtad de la concreta sociedad afectada. El administrador no puede ampararse en que se trata de la ejecución del acuerdo cuando este es lesivo; el acuerdo lesivo, incluso si no hubiese sido impugnado, no constituye causa de exoneración, por lo que es irrelevante el desconocimiento de que el acuerdo sería impugnado. Y al ampararse la retribución percibida por el administrador en un acuerdo lesivo que, además ha sido anulado, sin que exista demostración de que la restitución provoca un enriquecimiento sin causa de la sociedad, existe coincidencia entre el daño y la retribución.”¹⁴

Finalmente, la ley especifica cuáles son las conductas que integran este deber de lealtad en su artículo 228, de tal modo que este deber conlleva que el administrador deba actuar necesariamente:

- Desempeñando su cargo como un fiel representante de la Sociedad, procediendo de buena fe y buscando el bien del interés social.
- Consecuencia de lo anterior, es que utilice sus facultades para ese fin, y no para otro para el que no están previstas, desdibujando los mandatos legales al efecto.

¹⁴ Sobre acuerdos que por incumplimiento del deber de lealtad perjudican el interés social; SAP La Coruña nº 146/2008 de 18 de enero; SAP de Guipúzcoa 4 junio 1999

Según el Profesor Oriol Llebot, los administradores están facultados para ejercer su posición y usar los elementos a los que ésta (la Sociedad) da acceso para la consecución del fin social, pues la administración de la sociedad consiste precisamente en el desarrollo de todas las actividades necesarias para alcanzar dicho fin. Y continúa sosteniendo que todos los actos de explotación de la posición de administrador o cualesquiera de los elementos a los que la misma da acceso realizados por los administradores con fines privados, deben considerarse prohibidos cuando son empleados por el administrador para la satisfacción de un interés distinto al interés social, constituyendo el incumplimiento del deber de lealtad.¹⁵

Nos estamos refiriendo a que los administradores no puedan disponer por ejemplo, de activos sociales, de información confidencial o de obtener determinadas ventajas de terceras personas

- Guardar el secreto, aún finalizado el cargo, de toda clase de información sobre la sociedad a la que haya podido tener acceso, salvo cuando una disposición legal lo exceptúe.

Prosiguiendo con las consideraciones del Profesor Oriol, el contenido obligatorio de la posición fiduciaria de los administradores y el deber de lealtad derivado del modelo de conducta del representante leal, únicamente son exigibles mientras los administradores ejercen el cargo, de modo que únicamente tutelan el interés de la sociedad en el mantenimiento del carácter confidencial de la información a la que han tenido acceso mientras ocupan el cargo pero no más allá.

No obstante, conviene traer a colación la STS 6150/2012, de 3 de Septiembre, que versa sobre una sociedad que ejerció la acción social de responsabilidad contra un antiguo administrador, cuya pretensión principal, era acusarle de haber realizado trabajos para dos clientes a los que contactó cuando todavía era administrador. De palabras del propio Tribunal, se dispone que “Por un lado, la adjudicación del contrato por parte de Instituto de Fomento de Andalucía (Eurocei) a una sociedad vinculada a don Rafael, no puede considerarse la apropiación de una oportunidad de negocio integrada, de hecho, en el activo de The Cluster Competitiveness Group, SA. En

¹⁵ Oriol Llebot, José; “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”; La responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles; Ed. Tirant Lo Blanch; Valencia; 2013; págs. 23- 53.

efecto, el trámite de la contratación - concurso público -, la intervención en él, además del demandado, de dos empleados de la sociedad, lógicamente conocedores de los detalles de la situación, el tiempo transcurrido desde que se había producido el cese del administrador - seis meses - y las diferencias entre lo ofertado y lo pactado, no permiten entender que el demandado se hubiera realmente apoderado de una oportunidad de negocio de la demandante. Otra cosa acontece con los contratos celebrados con Consorci de Promoció Comercial de Catalunya (Copca) por don Rafael y la sociedad a él vinculada, pues - pese a que el sistema de contratación fuera el mismo y hubiera también diferencias entre lo ofertado y lo finalmente convenido -, las adjudicaciones se produjeron escaso tiempo después del cese y, sobre todo, la sentencia relata que, el quince de junio de dos mil cinco, Copca remitió un correo electrónico al administrador demandado "dando muestras del interés de dicho organismo a aceptar los servicios de la empresa actora, por más que se tratara de una adjudicación por el procedimiento de concurso público ". Esta última circunstancia es evidencia de que, por la razón que fuera, la negociación con la demandante había llegado a buen puerto e identifica un supuesto de apropiación contraria al estándar de buena fe integrada en la relación recientemente extinguida, que constituye fuente de responsabilidad del administrador demandado, de conformidad con la doctrina expuesta"

Es así, como el TS, en contra de lo sostenido por la AP de Barcelona que conoció de la apelación, entiende que pese haber cesado en el cargo, debe observar respecto a la Sociedad a la que representaba ciertos deberes de conducta conforme a la buena fe, cosa que no hizo, razón por la que al infringir tales deberes aprovechando esta oportunidad de negocio (perteneciente al activo de la Sociedad a la que representaba) permite exigirle responsabilidad por la vía de la acción social, con el fin de resarcir el daño que hubiera causado a la sociedad, aun habiendo cesado en sus funciones como administrador.

- No participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada a él, tenga un conflicto de intereses. Se trata del denominado **deber de abstención**, regulado en el artículo 229 TRLSC, precepto que según el Profesor Sánchez Calero, obedece a un doble sentido, ya que establece dicho precepto un deber de comunicación a cargo de los administradores con relación a cualquier conflicto que puedan tener con los intereses de la Sociedad; y en segundo término, junto a ese deber de comunicación, aparece el de abstención,

estando en todo caso ambos deberes, vinculados, de modo que el “primero es instrumental. Su cumplimiento es el medio que provoca la observancia del segundo”¹⁶

Sobre este deber, destaca en especial la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Madrid, 246/2013 de 30 de Octubre, en el que son partes los miembros del consejo de administración de Unión Fenosa GAS S.A.

El núcleo fáctico de la cuestión, se centra en que los Consejeros demandados no estimaron que existiera respecto a ellos un deber de abstención por conflicto de intereses en relación con los acuerdos propuestos (rescindir contratos de explotación con el Gobierno Egipcio a causa del conflicto surgido con la Primavera árabe, por suponer un sobrecoste a UFG). Votaron en contra de la propuesta y no resultó aprobada por el Consejo.

Es por esta razón, por la que son condenados por el incumplimiento de los deberes de lealtad que obligan a los administradores a comunicar la existencia del conflicto de interés y de abstenerse en intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación afectada por el conflicto. Según el propio Tribunal “Los Consejeros debieron y deberán abstenerse en relación con los acuerdos o decisiones sobre la notificación de fuerza mayor en los Contratos relevantes”

Este deber de abstención, en nuestra legislación vigente, admite una pluralidad de supuestos conforme a los que debe ventilarse cualquier situación en la que el deber de lealtad sea exigible.¹⁷

Y finalmente, ejercer su cargo bajo su propia responsabilidad, con libertad de criterio e independencia respecto de posibles influencias en su proceder por parte de terceros que les transmitan instrucciones, así como adoptar cuantas medidas sean oportunas para evitar situaciones en las que sus intereses, por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y sus deberes.

¹⁶Sánchez- Calero Guilarte, Juan “La abstención del consejero en conflicto de intereses”; *Estudios de Derecho Mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*; Ed. Marcial Pons; Madrid; 2013; págs.. 293- 307.

¹⁷ Mambrilla, V.; “Deber de fidelidad y lealtad”; en C. Alonso Ledesma (director), *Diccionario de Derecho de Sociedades*; Madrid, 2006, págs.. 428 y ss

4.- Acción individual de Responsabilidad

Se encuentra regulada en el artículo 241 TRLSC, disponiendo que “Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos.”

Este artículo, contempla la acción individual de responsabilidad contra los administradores, configurándose como “una acción autónoma de resarcimiento o indemnizatoria de los daños sufridos directamente e individualmente por los socios o por los terceros (por ejemplo, los acreedores de la sociedad) y no por la sociedad, por actos de los administradores”, debiendo encuadrarse, según Magro Servet, en el ámbito del derecho común relativo a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, de la que constituye un supuesto específico. Por esta razón continúa, no sólo se exige un daño directo en el patrimonio de terceros, sino que el propio daño, ha de venir originado por una actuación antijurídica o culpable de los administradores en cuanto tales, es decir, actuando investidos de su cargo.

Y concluye ese Magistrado, disponiendo que dicha acción, trata de proteger y restaurar el patrimonio individual de aquellas personas, socios o terceros, que han visto lesionados directamente sus intereses por la actuación de los administradores de la Sociedad (STS de 12- 4- 89)¹⁸

Por lo que respecta a los presupuestos o requisitos que han de concurrir para el ejercicio de esta acción, vemos efectivamente, como se da una correspondencia con el régimen de culpa extracontractual del artículo 1902 y 1903 de nuestro Código Civil. Tales requisitos son¹⁹:

a.- Que se produzca un daño directo en el patrimonio de los terceros (en este caso, identificándolo con el supuesto que analizamos, con un acreedor) evaluable económicamente.

¹⁸ Magro Servet, Vicente; “La Responsabilidad Civil del administrador Societario”; *Guía práctica sobre responsabilidad civil*; Ed. LA LEY, grupo Wolters Kluwer; Madrid; 2015; págs. 73-93

¹⁹ Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen I. Navarra, 2013,pág.535.

b.- Que el acto que haya generado dicho daño, haya sido de un administrador societario en el ejercicio de su cargo.

c.- Que la acción u omisión en cuestión, sea ilícita²⁰. En este sentido, la Jurisprudencia ha seguido los criterios empleados para el caso de la acción social, por lo que necesariamente se ha de enjuiciar este aspecto a los ojos del artículo 236 TRLSC.

d.- La relación o nexo de causalidad entre el daño ilícito producido por el administrador, y el daño ocasionado en el patrimonio del tercero acreedor; lo que resulta sumamente importante y decisivo a posta de nuestro supuesto, tal y como veremos. El actor debe probar sobre este extremo, los hechos en que se sustentan sus pretensiones.

En su mayoría, los supuestos que se plantean en la práctica, sin perjuicio de la jurisprudencia analizada, que tiene en cuenta un gran multitud de supuestos en los que se plantean la acumulación de la acción social y subsidiariamente la individual para el caso en que la primera no sea estimada por el Juzgador (aspecto del que no comparto, por cuanto que una ordenada demanda debe de ceñirse a las pruebas de las que se dispone en función del daño sufrido por nuestro representado y de ahí nuestra pretensión; salvo los casos en que la acción social no haya sido ejercida por quienes la ley antepone para ello), versan, atendiendo a la acción individual, sobre endeudamientos de la Sociedad por parte de los administradores aun sabiendo la situación de ésta última, y por ende, la imposibilidad de hacer frente a las deudas; entre ellas, las SSTS de 17 de julio del 2001 y de 19 de noviembre de 2002²¹

²⁰ Cruz Rivero, D., La administración de la sociedad en Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles. (Coord. Jiménez Sánchez, G.J. y Díaz Moreno, A). Madrid, 2013, págs. 542 y ss.

²¹ Efectivamente, de la jurisprudencia analizada se desprende la subordinación del éxito de la acción individual, al hecho de ejercitarla subsidiariamente a la acción social, sin tener en cuenta en muchas ocasiones, si se tiene la legitimación activa para ejercitar la acción social; no obstante, sobre este extremo, el de la acción individual, comparto el parecer del profesor Valpuesta Gastaminza recogido en su obra. Valpuesta Gastaminza, Eduardo; *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*; Ed. Bosch; Barcelona; 2013; págs..648- 674

En otros casos, como uno de los elementos que forman parte de nuestro supuesto analizado, el daño directo a terceros se considera causado por el denominado cierre de hecho de la empresa, sin seguir los cauces legales para una ordenada disolución, tal y como dispone la Ley. En todo caso, el detonante fundamental es la carga de la prueba, siendo más importante la que recae en la parte actora en la acción individual de responsabilidad, que como hemos visto está obligada a demostrar la relación de relación de causalidad entre el acto ilícito del administrador y el daño sufrido por el socio o el tercero²²

Por lo que respecta al plazo para el ejercicio de esta acción, antes de la entrada en vigor de la Ley 31/2014, los tribunales optaban por aplicar el artículo 949 del Código de Comercio, estableciendo a tal efecto, tanto para la acción social como para la individual, un plazo de prescripción de 4 años, computado desde el día a partir del cual, el administrador cesa de su cargo. No obstante, con la entrada en vigor de la referida Ley, se introduce en el TRLSC el artículo 241 bis, que prevé expresamente un plazo de prescripción de 4 años para esta acción, pero en este caso, computado a partir del día en que pudiera ejercitarse en este caso, la acción individual, lo que lejos de mejorar algo, ha contribuido a generar dudas hasta ahora inexistentes.

4.1.- Sobre la Acumulación de Acciones y la Competencia de los Juzgados de lo Mercantil

En la demanda interpuesta contra nuestro cliente, el Sr. Pablo, en su condición de administrador único de la Sociedad B, se ejercitan acumuladamente, la acción individual de responsabilidad del administrador y la de reclamación de cantidad, al amparo del artículo 367 TRLSC.

Para el entendimiento de esta acumulación, el máximo exponente sin duda, viene de la mano de la STS 539/2012 de 10 de septiembre. Dicha sentencia, es dictada ante un gran conflicto doctrinal en torno a la atribución de la competencia objetiva sobre estas acciones, a los Juzgados de lo Mercantil o por el contrario, a los de Primera Instancia, solventando la jurisprudencia enfrentada entre Audiencias Provinciales.

²² SSTS de 4 de noviembre de 1991, RJ8143

Como punto de partida, debemos tener en consideración que la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma Concursal, introdujo el suborden de lo Mercantil dentro del orden jurisdiccional civil, integrado por los Juzgados de lo Mercantil en la instancia, y especializando una Sección en cada Audiencia Provincial para la apelación, y conforme al art. 86.ter.2.a) LOPJ, se le asignan, entre otras competencias objetivas exclusivas, el conocimiento de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, y se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles, por lo que nos interesa en este caso.

En este sentido, “a favor de la acumulación de las acciones reseñadas se han pronunciado entre otras, la SAP de Madrid de 24 de junio de 2005¹⁸, al señalar que ni el artículo 73.1.1º LEC ni el artículo 86 ter LOPJ son “obstáculos insalvables para la acumulación de acciones” siempre y cuando el órgano que conociera del asunto fuera el Juzgado de lo Mercantil, en el mismo sentido se pronunció la SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2006, que entre otros argumentos aboga por la acumulación porque “carece de sentido y contraría la economía procesal e incluso la seguridad jurídica, el planteamiento de dos demandas, por separado, ante dos órganos judiciales distintos, cuando se trata de conseguir el mismo pronunciamiento de condena frente a dos sujetos” a pesar, añade la sentencia, que la literalidad del artículo 73.1 LEC, aparentemente lo impida, pero esto es así porque “el precepto es anterior a la creación y al deslinde competencial legislativo de los Juzgados Mercantiles, debe imponerse una solución integradora y conciliadora con el designio de la Ley procesal, que no es precisamente entorpecer la tutela judicial efectiva, menoscabar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, fomentar el «peregrinaje de jurisdicciones», o introducir i innecesariamente complejidad técnica en el desarrollo del proceso”. En contra de la acumulación de acciones se pronunció, el auto dictado por el Juzgado núm. 1 de lo Mercantil de Madrid, habida cuenta que según este fallo, el Juzgado de lo Mercantil carece de competencia objetiva para conocer de las acciones derivadas del incumplimiento contractual, de conformidad con el artículo 73.1.1º LEC y, sin embargo es el competente para conocer de las acciones de responsabilidad contra los administradores, conforme al artículo 86 ter LOPJ. Este pronunciamiento contrario a la acumulación ha sido a su vez refrendado en el Congreso Mercantil celebrado en Salamanca entre los días 30 de noviembre y

1 de diciembre de 2006, en cuyas conclusiones se hizo constar que el criterio mayoritario entre los jueces de lo mercantil, se opone a la acumulación de las acciones habida cuenta que la acción de reclamación de cantidad a una sociedad no se sustenta en la legislación societaria”²³

Son muchos los profesionales que ya con anterioridad se pronunciaban al respecto, en el sentido de que existe una clara conexión entre la acción de carácter civil que se pretenda ejercer contra la sociedad (en concepto, por ejemplo, de reclamación de una cantidad debida) y la que se ejercerá contra el administrador cuando se pretenda la declaración de su responsabilidad respecto a sus deudas, no teniendo aparentemente sentido, litigar contra el administrador ante un tribunal, y contra la sociedad en otro²⁴

Pero sin duda alguna, el debate quedó solventado definitivamente por la Sentencia del Tribunal Supremo a la que aludíamos al principio, cuyos argumentos sobre esta acumulación son los siguientes:

“1) Posibilidad de acumulación de las acciones: la estrecha conexión existente entre ambas acciones y el obstáculo desproporcionado que para la tutela judicial efectiva supone tener que ejercitarlas separadamente ante distintos Juzgados. Se argumentaba en la sentencia: (i) entre ambas [acciones] hay una relación de prejudicialidad, pues el éxito de la acción frente a la sociedad es presupuesto para que proceda la acción de responsabilidad de los administradores; (ii) la acción de responsabilidad exige acreditar la concurrencia de las circunstancias legalmente establecidas determinantes de la misma, sobre las que gravitará normalmente el peso del proceso; pero el presupuesto de ambas acciones es el incumplimiento de la sociedad; (iii) la finalidad que persigue la parte con el ejercicio de ambas acciones es única: el resarcimiento de los perjuicios que le ha ocasionado el incumplimiento por la sociedad; (iv) la responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales constituye una responsabilidad por deuda ajena ex lege [según

²³ Casado Andrés, Blanca; “*Acción individual de responsabilidad contra los administradores de sociedades de capital: presupuestos y aspectos procesales.*”; Noticias Jurídicas; Sección de Derecho Mercantil; 2012;

²⁴ Valmaña Cabanes, Antonio; “*La acumulación de acciones contra la sociedad y su administrador: un problema no resuelto de peregrinaje jurisdiccional*”; Dialnet; Universidad de la Rioja; 2011

la ley] que tiene naturaleza de responsabilidad solidaria impropia exigible directamente por los acreedores de la sociedad y opera muy frecuentemente en situaciones de insolvencia total o parcial de esta (la responsabilidad de los administradores puede surgir como consecuencia del incumplimiento de sus deberes de promover la disolución de la sociedad en caso de disminución de su patrimonio, entre otras situaciones de significado análogo) y como remedio a la misma en íntima relación causal con el incumplimiento por parte de aquella.

...

Esta Sala considera que la situación descrita no responde a la voluntad de la ley, sino a una laguna legal. La LEC no permite directamente la vía de la acumulación en estos supuestos, pero tampoco resuelve las situaciones de prejudicialidad entre los juzgados de primera instancia y los juzgados de lo mercantil.

Puede considerarse la existencia de una norma implícita en el artículo 43 LEC, según la cual los tribunales civiles pueden resolver las cuestiones civiles prejudiciales que se planteen si no se decide que se ventilen en otro procedimiento ante el órgano competente a petición de alguna de las partes. Sin embargo, además de no haber sido expresamente formulado por la LEC, este criterio sería insuficiente para resolver la situación que estamos planteando, pues la resolución con carácter prejudicial de la pretensión dirigida contra la sociedad no permite que la cuestión se examine y resuelva de manera definitiva ni obtener una condena del demandado.

En consonancia con ello, el principio de interpretación de las normas legales con arreglo a la Constitución proclamado en el artículo 5 LOPJ, y la finalidad de evitar la aplicación de un criterio procesal que podría ser determinante de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, obliga a examinar si es posible hallar una solución más allá de la posible inconstitucionalidad de las normas afectadas.

Pues bien, a juicio de esta Sala, la aplicación analógica de las normas sobre acumulación permite en este supuesto admitir la procedencia de la acumulación de las acciones que estamos considerando, habida cuenta de que la prohibición de la acumulación de acciones ante un tribunal que carezca de competencia para conocer de alguna de ellas admite diversas excepciones, entre las cuales figura que así lo disponga la ley para casos determinados (artículo 73.2 LEC). Entendemos que la regulación de la responsabilidad de los administradores sociales, con los caracteres que se han destacado, en estrecha relación con la insolvencia de la sociedad y con el impago de sus deudas conlleva implícitamente el mandato, exigido por el respeto

al derecho tutela judicial efectiva proclamado por la CE, de la posibilidad de acumulación de ambas acciones”

Y por lo que atañe a la atribución del conocimiento de estos asuntos a los Juzgados de lo Mercantil prosigue el Supremo en este sentido:

“la procedencia de que el conocimiento de las acciones acumuladas corresponda a los Juzgados de lo Mercantil se justificaba en las siguientes razones:

(a) Ante los juzgados de lo mercantil se ejercita la acción más específica sobre responsabilidad de los administradores, la cual tiene carácter principal respecto de la acción por incumplimiento social, que opera con carácter prejudicial respecto de la primera. Así se infiere de la aplicación analógica de las normas sobre las prejudicialidad civil, de las que se infiere que la competencia para resolver una cuestión que aparece con carácter prejudicial respecto de otra corresponde al tribunal competente para conocer de la cuestión principal. En consecuencia, ante la ausencia de una regulación legal específica, debe considerarse preferible esta solución a la que resultaría de la aplicación del principio de disposición por la parte demandante (artículo 71.2 LEC, en el caso de acumulación de acciones) o mayor antigüedad del proceso (artículo 79.1 LEC, en el caso de acumulación de procesos), articuladas en consideración a la situación de órganos judiciales con competencias paralelas.

(b) La finalidad que persigue la norma de atribución de competencia residual a los juzgados de lo civil – artículo 45 LEC, que consagra el principio de la vis atractiva – es la de cerrar el sistema normativo de distribución de competencias entre los distintos órganos judiciales. Este principio no puede prevalecer frente a la norma de especialización competencial de los juzgados de lo mercantil – artículo 83 ter LOPJ –, pues esta, sin alejar la materia del orden jurisdiccional civil, al que pertenecen los juzgados mercantiles, va encaminada a la necesidad de avanzar en el proceso de especialización de estos a que lleva la complejidad de la realidad social y económica de nuestro tiempo, según se declara en la EM de la LORC. Este principio quedaría en entredicho si aceptáramos la competencia de los juzgados de primera instancia para el conocimiento de las acciones acumuladas.

(c) La solución que entendemos procedente produce una alteración mínima en el sistema de distribución de competencias, ya que en la acción de reclamación

de cantidad se ve implicada una sociedad mercantil, y se respeta así la efectividad de la reforma que condujo a la creación de los juzgados de lo mercantil.

(d) La solución que entendemos procedente no provoca indefensión a las partes, dado que no afecta a sus posibilidades de alegación y defensa. La acumulación no implica la modificación del tipo de proceso a través del que deben ejercitarse las acciones acumuladas y la atribución de su conocimiento a los juzgados de lo mercantil no modifica el sistema de garantías procesales y recursos que pueden ser utilizados por las partes.”²⁵

Resulta pues, un gran avance en lo que a la economía procesal respecta, pudiendo acumular ambas acciones ante los Juzgados de lo Mercantil, creados precisamente, para el conocimiento especializado de esta materia entre otro orden de cuestiones.

Para concluir este apartado, considero interesante el hecho de traer a colación otro asunto visto durante las prácticas profesionales; si bien en el presente trabajo tomamos como papel el de la representación del demandado, en este otro hemos asumido la del demandante, lo que ha supuesto una ampliación de perspectivas en este tipo de procesos, beneficioso para nuestra formación profesional.

En breves palabras, nuestro cliente interesaba demandar al administrador de una sociedad para la que había escriturado la entrega de una importante cuantía económica a modo de inversión en un negocio del que suscribía la sociedad en cuestión con terceros, que por otra parte, estuvo condicionado en su otorgamiento a la información contable que el administrador le facilitó desde un primer momento, reflejando una total solvencia y buena marcha del negocio, que no resultó corresponderse con la realidad, hecho del que el administrador era conocedor y que con mala fe ocultó al prestamista de su empresa. Tras un breve periodo de tiempo tras la inversión, la sociedad, desapareció de hecho del tráfico mercantil, no atendiendo su administrador único, ningún contacto o requerimiento de información sobre la marcha de la operación detonante de lo que terminó siendo la demanda que interpusimos.

²⁵ Muchas han sido las sentencias posteriores que han seguido esta línea, consolidando la Jurisprudencia en esta asentada, como por ejemplo la STS nº 315/2013, de 23 de mayo

Por otra parte, encuentro en esta conducta lesiva una especie de correspondencia con lo acaecido en el caso Bankia con su salida a bolsa, facilitando una información que reflejaba a la entidad como un “titán” plenamente solvente, cuando en realidad no era tal la situación, siendo muchos los afectados por la adquisición de acciones motivados por esa información que distaba demasiado de la imagen fiel de la entidad, y que a día de hoy, aún siguen siendo muchos los asuntos que integran ese aluvión de demandas.

4.2.- La importancia de la Prueba

En esta clase de procedimientos, por lo que a la prueba respecta, resulta más importante la que recaer en la parte actora en la acción individual de responsabilidad, que como hemos visto, está obligada a demostrar una serie de requisitos, cobrando una gran importancia de entre ellos la relación de causalidad entre el acto ilícito del administrador y el daño sufrido por el socio o el tercero.

Según el artículo 217 de la LEC, existe la obligación de probar los hechos de los que se desprenda el efecto jurídico de las pretensiones reclamadas en la demanda. En consecuencia, el actor habrá de probar las obligaciones que reclama y, el demandado, habrá de aducir y probar los hechos que las enerven, extingan o impidan, tal como veremos más adelante, en calidad de representantes del Sr. Pablo, administrador demandado de la Sociedad B.

Efectivamente, entre el daño causado y la actuación ilícita que el demandante pretende que sea declarada culpable, debe mediar un nexo causal efectivo y probado, debiendo manejarse, según el profesor Esteban Velasco²⁶ “una cuidadosa variante de la llamada teoría de la adecuación de la causa, para apreciar el origen del daño y la medida en que la acción u omisión de los administradores ha contribuido a su producción, sin excluir hipótesis extremas de exclusión de la responsabilidad por culpa exclusiva del perjudicado o por insignificancia de la actuación enjuiciada.”

²⁶ Esteban Velasco, Gaudencio; sub art. 241 TRLSC, en Rojo Ángel/ Beltrán Emilio; *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*; Tomo I; Ed. Civitas; Navarra; 2011; págs.. 1728- 1735

Por lo que a nuestro administrador demandando nos concierne, nos corresponde en este caso solicitar de nuestro cliente, una vez estudiada la demanda contra él y su sociedad interpuesta, toda la documentación pertinente para armarnos de prueba. En este sentido; con relación a la prueba aportada en su escrito de demanda por la Sociedad A, nos interesa lógicamente, negar los hechos en ella vertidos, de ahí la solicitud de documentación contrastada a nuestro cliente, para aportar con la contestación contrapruebas. También adoptar una determinada postura ante la medida cautelar que se solicita contra el patrimonio de nuestro representado, aspecto que trataremos en el siguiente apartado.

En lo referente a las acciones entabladas, y por lo que a la carga de prueba compete, para que surja la responsabilidad por daños, depende del demandante acreditar cada uno de los presupuestos que hemos expuesto con anterioridad; y por lo que a la responsabilidad por la deuda contraída se refiere²⁷ “únicamente precisa la prueba de dos circunstancias: Que la Sociedad esté incurso en alguna de las causas de disolución enumeradas en la Ley, como por ejemplo, que como consecuencia de las pérdidas, el patrimonio queda reducido a una cantidad inferior al capital social; y que los administradores no hayan cumplido con la obligación legal de convocar en el plazo de dos meses para convocar la junta general que adopte el acuerdo de disolución (TS 16- 12-04)”

No obstante, lo que debemos tener en cuenta, es que en todo caso nos corresponde a nosotros como demandados la carga de probar aquellos hechos que conforme a las normas aplicables tal y como veremos, nos permitan extinguir o enervar la eficacia jurídica de los hechos que sustentan las pretensiones de la Sociedad A en su calidad de demandante.

5.- Cuestiones sobre el fondo del asunto: La contestación a la demanda

A continuación y obviando la contestación a determinados puntos fácticos y jurídicos de la demanda por desviarse del objeto de nuestro estudio, expondremos cuales han sido los argumentos jurídicos determinantes de nuestra contestación a la demanda interpuesta por la Sociedad A contra nuestro cliente el señor Pablo, como administrador de la Sociedad B.

²⁷ Memento Práctico; *Administradores y Directivos 2014-2015*; Ed. Francid Legebvre; Madrid; 2014; págs.. 210- 219.

Para llevar a cabo la contestación a esta demanda, ha resultado determinante no sólo el análisis de las pretensiones demandantes junto a la prueba documental con ellas aportadas, sino que un diálogo constante con nuestro representado, quien nos ha tenido que aportar cuanta documentación hemos precisado, para que finalmente con una exposición limpia y depurada del supuesto que se nos plantea, hayamos podido tras relacionar bien los hechos con los aspectos jurídicos, conformar la contestación a la demanda.

Uno de los primeros aspectos con los que la parte demandante identifica el daño causado a su patrimonio, y que pasa a relacionar con la desaparición de hecho, es la imposibilidad de cobro por no poder dirigirse al establecimiento mercantil de la Sociedad B, representada por nuestro mandante el Sr. Pablo.

Dicha afirmación resulta de difícil entendimiento, cuando por nuestra parte, se aporta como documental, correspondencia tratando el tema de la deuda entre ambas partes hasta la fecha del 2014, correspondencia que en todo momento llegó al domicilio social; y por otro lado, el domicilio sigue siendo el mismo que aparece en la documentación aportada por la propia demandante, obtenida de este mismo año del Registro Mercantil. Sobre este aspecto, la SAP de Murcia, de 8 de Junio de 1994 entre otras (AC/1994/1619) dispone sobre el daño que “éste lo cifra el actor en la imposibilidad de dirigirse contra la sociedad deudora a fin de hacer efectivo el cobro de su legítimo crédito. Debiendo al respecto matizarse que, en primer lugar, la falta de localización del deudor no significa una imposibilidad de emprender una acción legal, como de hecho se llegó a emprender, ni que ésta termine en sentencia favorable al actor, ni siquiera implica la imposibilidad de embargar bienes, pues cabe la citación al deudor por edictos, y cabe el embargo de aquellos bienes que conocidamente pertenezcan al deudor. De manera que, lo que en realidad podría ocasionar daño al actor sería más bien la insolvencia de la deudora; insolvencia que, al no haberse terminado el procedimiento ejecutivo iniciado, no haberse iniciado alguno de suspensión de pagos o quiebra, y no venir reconocida por los demandados, no puede considerarse plenamente probada”

Adentrándonos ya en los aspectos más puramente sustantivos, según la STS 501/2012, de 16 de julio, al comentar la naturaleza de la acción individual, dispone que “que se trata de una responsabilidad por daño que exige la concurrencia de los clásicos requisitos indicados [...] Las únicas especialidades dignas de mención a

efectos de esta sentencia, es que la relación causal entre acción u omisión y daño, debe ser directa, y que la norma no se refiere a los acreedores”²⁸

Dicha sentencia, prosigue en el sentido de que cuando se pretende emplear la acción individual del artículo 241 TRLSC para transmitir deudas sociales al patrimonio del administrador, la parte que lo alega se ve obligada a forzar completamente el contorno de los presupuestos de aquella acción, desdibujándolos, tal y como esta parte considera que se produce en nuestro caso.²⁹

Siguiendo esta línea jurisprudencial, la parte actora pretende identificar el daño de la actuación del administrador con el impago de una deuda de la sociedad, pero los hechos generadores de dicho daño, no se ubican en el comportamiento contractual del deudor, sino que en alegaciones formales, tales como la desaparición de hecho y el incumplimiento del deber de diligencia del Sr. Pablo, que alteró la contabilidad para reflejar cierta solvencia, pero existiendo la ausencia de patrimonio suficiente de la sociedad, recordemos, en un momento muy posterior al nacimiento de la deuda, para responder de ella; es aquí donde consideramos al igual que la Jurisprudencia, que se rompe la vinculación causal, “también por lo que respecta al elemento de la culpabilidad, ya que en ningún supuesto los administradores sociales responden, dentro del marco de la acción individual del art. 241 TRLSC, de modo objetivo por el mero hecho de la frustración de la empresa económica que da objeto a la sociedad, con su cierre de facto”

²⁸ En efecto, las SSTs de 12 de Octubre y de 17 de Noviembre de 2011 precisan que el daño que sufren los acreedores por impago de las deudas, debe calificarse de indirecto.

²⁹ Debemos recordar, que según la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 19 de Septiembre de 2012 (JUR/2012/390406) entre otras, tras precisar el alcance del art. 241 TRLSC, dispone que “cuando el administrador actuando como tal, contrata con terceros, se produce una vinculación jurídica inmediata entre la sociedad y esos terceros. La parte contratante es la sociedad, sin que exista en aquella vinculación directa del administrador con terceros. Por ello, cuando el débito contractual resulta impagado, la única responsable es la sociedad, no el administrador, ya que éste no lesiona directamente los intereses de aquellos. Y de la misma forma, cuando es la sociedad la que genera un daño extracontractual respecto de un tercero, aun cuando en su actuación, por lógica forzosa, haya sido guiada por su órgano de administración. De lo contrario se llegaría al absurdo de entender que en todo caso que la sociedad no cumple con su débito, se produce una especie de afianzamiento o aseguramiento de dicha obligación con el patrimonio del administrador.

A continuación, debemos recordar que desde la Ley 19/2005, se responde únicamente de las **deudas posteriores** al acaecimiento de la causa legal de disolución.

Pues bien, en nuestro supuesto, la parte demandante ejercita la acción individual el art. 241 TRLSC, pero en el fondo jurídico (proceder que determinó en gran medida nuestra contestación a la demanda) se entremezclan elementos que se corresponden con la acción del artículo 367 TRLSC (sobre la responsabilidad solidaria de los administradores)

Debemos tener en cuenta a modo de apunte, que la acción del artículo 367, tal y como aparece reflejada en la Ley, exige lo siguiente:

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

En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.” (Hecho en el que no incidimos más de lo necesario, debemos recordar aquí que en ningún caso se discute la deuda)

En efecto, con la Ley 19/2005³⁰, se responde únicamente de las **deudas posteriores** al acaecimiento de la causa legal de disolución; y de conformidad con

³⁰ Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España. Mediante su Disposición Final Segunda, se modificó en este sentido el artículo 105 de la hoy derogada Ley 2/1995, de 23 de Marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, conservando dicha redacción hasta el actual Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

la STS 648/2004 de 16 de febrero, por lo que respecta a la asunción de deudas en el marco de la acción individual (la efectivamente ejercitada por el demandante), se dispone que el simple impago de una deuda por la sociedad, no puede identificarse necesariamente con la negligencia que exige el artículo 241, convirtiendo así a los administradores en una especie de aseguradores universales de las deudas sociales, desoyendo la personalidad jurídica diferenciada de la sociedad y el principio de limitación del riesgo inherente a las sociedades de capital.³¹

Se precisa pues, de conformidad con la ratio del Supremo, que la contratación que dio lugar a la deuda, se haya celebrado en serias dificultades económicas de la Sociedad, aspecto que por otra parte, no ha sido manifestado por la representación de la Sociedad A.

En este caso concreto, la demanda ni siquiera acredita la existencia de ninguna causa legal de disolución de la Sociedad B. De ningún modo consta que haya contratado que nuestro representado haya contratado con la demandante en situación de crisis económica irreversible, ni que cuando contrató estaba desaparecida o había cerrado de hecho sus dependencias o establecimientos mercantiles.

Dispone la STS 1311/2002 de 30 de diciembre (RJ/2003/332), sobre un supuesto muy similar al nuestro, que “en virtud de la acción individual de responsabilidad, los administradores sociales responderán frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley, o a los Estatutos o por

³¹ En el mismo sentido, SSTs 30 mayo de 2008 y de 24 de mayo de 2014 entre otras, “no puede aplicarse de forma indiscriminada la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento en el marco de las relaciones obligatorias que nacen de los contratos, pues, como ha señalado esta Sala (STS 30 de mayo de 2008) supondría olvidar e ir en contra de los principios fundamentales de las sociedades de capital, como son la personalidad jurídica de las mismas, su autonomía patrimonial y su exclusiva responsabilidad por las deudas sociales, u olvidar el principio de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que lo otorgan, como proclama el art. 1257 Cc . La responsabilidad de los administradores en ningún caso se puede conectar al hecho objetivo del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las relaciones contractuales, convirtiéndolos en garantes de las deudas sociales o en supuestos de fracasos de empresa que han derivado en desarreglos económicos que, en caso de insolvencia, pueden desencadenar otro tipo de responsabilidades en el marco de otra u otras normas.”

los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, la cual se mensura de modo objetivo con arreglo al estándar, o patrón de comportamiento, de la que debe observar un ordenado empresario. Se trata de una acción indemnizatoria que asiste a los terceros por los actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses. La doctrina jurisprudencial (SS. 21 septiembre 1999 , 30 marzo 2001, 19 noviembre 2001, entre otras) la configura como una acción resarcitoria para la que están legitimados los terceros (y entre ellos los acreedores sociales) que exige una conducta o actitud –hechos, actos u omisiones– de los administradores contraria a la Ley o a los Estatutos, o carente de la diligencia de un ordenado comerciante –bastando la negligencia simple, que dé lugar a un daño, de tal modo que el accionante perjudicado ha de probar (SS. 21 septiembre 1999, 30 marzo y 27 julio 2001 ; 25 febrero 2002) que el acto se ha realizado en concepto de administrador y existe un nexo causal entre los actos u omisiones de éste y el daño producido al actor (SS. 17 julio , 26 octubre y 19 noviembre 2001 y 14 noviembre 2002).

La parte demandante fundamenta su acción de responsabilidad en el supuesto normativo de la actuación negligente –incluso habla de malicia– por parte del Administrador don Tomás M. S., y en el dato histórico de que hay una situación de insolvencia de la Sociedad, que le impide cobrar el crédito que acredita contra la misma, la cual atribuye al comportamiento del administrador codemandado [...] por cuanto que no se deduce una actuación desordenada o de falta de diligencia por parte del Administrador demandado”

Abordando pues el presunto incumplimiento del deber de diligencia, mediante la afirmación de que nuestro mandante ha alterado la contabilidad de la sociedad, a fin de aparentar solvencia, encubriendo una evasión de activos del patrimonio social al suyo personal, por cuanto que se aportan por nuestra parte, los contratos celebrados por la Sociedad B con terceros durante los ejercicios 2013 y 2014, con sus correspondientes facturas e importes justificados, lo que destierra cualquier insinuación de haber llevado a cabo burdos artificios contables, sin que se haya jugado con las partidas de activos y pasivos, compensándolas a nuestro antojo.

Esto nos lleva en el caso que nos ocupa, a delimitar que la deuda que reclama la demandante es anterior al año 2013 (dicha deuda se genera en 2006), período respecto el que la actora, fija como el del comienzo de la inactividad de la Sociedad B. Por ello, aplicando la acción del artículo 367 TRLSC, la acción ejercitada por el

demandante debe ser desestimada, por cuanto que la responsabilidad se limita a las deudas posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, lo que en este caso no se da, o más bien, es precisamente lo contrario.

De este modo, no hay enlace causal entre el actuar del administrador demandando y el daño supuestamente causado al demandante. Según la SAP Murcia nº 81/1994 de 8 de junio (AC/1994/1619) analizada con anterioridad “la falta de relación de causalidad entre la actitud imputada a los demandados y ese hipotético daño que, hay que insistir, no se encuentra satisfactoriamente probado, pues no hay que olvidar que, incluso aunque la sociedad fuera insolvente, el hecho de proceder a su desaparición fáctica no puede nunca ser considerada causa de tal insolvencia que es la que en realidad perjudicaría al actor. En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 mayo 1992 (RJ 1992\4274), donde en un caso similar al aquí debatido, se declaró que «admitiendo que en el caso de autos existe la declaración fáctica de que los administradores no han desempeñado su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y que no han amparado los derechos de los terceros acreedores, no hay declaración alguna en la sentencia de instancia que permita afirmar que exista relación de causa a efecto entre la actuación y el resultado dañoso», añadiendo que la importancia del elemento causal se desprende de que hay que evitar «que una laxa interpretación de los preceptos convierta en todo caso a los administradores en responsables absolutos, con responsabilidad patrimonial universal, por encima o además del patrimonio social».”

Finalmente, por lo que a la Medida Cautelar que la parte actora solicita, debemos tener en consideración que las medidas cautelares en esta clase de procedimientos se configuran como imprescindibles, no sólo por el tiempo que pueda prolongarse en el tiempo el procedimiento en sí, sino que obedeciendo a su propia naturaleza, es conveniente solicitarlas para tratar de asegurar una hipotética futura condena a entregar una cuantía dineraria.

Sobre este aspecto, no nos detendremos en los presupuestos legales que han de reunir (artículos 721 y ss. LEC), siendo estos la apariencia de buen derecho, el peligro por la mora procesal, la proporcionalidad y la necesidad de prestar caución, sino que nos detendremos más bien en la concreta medida cautelar que contra nuestro representado se articuló en la demanda, que no es otra que la del embargo preventivo, con la finalidad de asegurar la efectividad del cobro de la deuda.

El bien que mediante esta medida cautelar se pretende embargar, no es otro que la vivienda habitual de nuestro representado; fundando dicha medida la parte demandante en una presunta desaparición del tráfico mercantil de facto, la prueba de la existencia de la deuda y el mantenimiento ficticio de la empresa activa (mediante la manipulación de la contabilidad) por nuestro mandante el Sr. Pablo.

El Tribunal Juzgador en nuestro supuesto, siguiendo el hilo argumental aquí expuesto, determinó en su auto la desestimación de esta medida cautelar de embargo preventivo, por cuanto que la deuda es anterior al presunto cierre de hecho al que la alude la parte demandante, por lo que teniendo en cuenta el artículo 367, el resultado de su petición ha de ser claramente desestimatorio, no habiendo nexo causal alguno entre el proceder de nuestro representado y el daño invocado de contrario.

6.- Conclusiones

En virtud de lo analizado en nuestro trabajo, resulta evidente el manifiesto carácter de “alto riesgo” del desempeño del cargo de administrador societario, máxime desde la promulgación de la Ley 31/2014, de 3 de Diciembre, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, para la mejora del Gobierno Corporativo, por cuanto que entre otros aspectos, amplía y precisa los deberes generales de diligencia y lealtad de los administradores, además del plazo de prescripción para el ejercicio de las correspondientes acciones para exigir su responsabilidad civil (artículos 225 a 230 y el 232 de la Ley de Sociedades de Capital y el nuevo artículo 241. bis del mismo texto legal referente a la prescripción de las acciones de responsabilidad que se pueden seguir contra los administradores), que es de 4 años, siendo su dies a quo lo que plantea problemas, por el mero hecho que se cuenta desde que “la acción hubiera podido ejercitarse”, lo que la convierte en casi imprescriptible si tuviésemos en cuenta que el daño se conoce tras el cese del sujeto en el cargo.

Esto unido a nuestro actual panorama de crisis económica, conlleva necesariamente a esa situación de riesgo elevada, por la posibilidad de incurrir en una de las responsabilidades contempladas en el TRLSC, como es la de la acción individual que aquí hemos tratado, ante el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador. De este extremo, y pese a que no lo analizamos en nuestro estudio, resulta de vital necesidad la suscripción por parte de estos operadores mercantiles, de una póliza de seguro adecuada, que les dé cobertura ante una eventual responsabilidad civil de esta naturaleza.

Retomando ahora el aspecto procesal y propiamente sustantivo, de la experiencia que he vivido con el asunto tratado, la responsabilidad regulada en el art. 367.1 de la LSC, es uno de los principales motivos alegados contra los administradores ya que sólo es necesario demostrar que la sociedad estaba en causa de disolución y el administrador no siguió los cauces legales para la extinción pacífica y legal de la sociedad, mientras que la acción del art. 241, exige por el contrario la demostración de los requisitos por antonomasia del art. 1902 del Código Civil.

Pero no obstante, son numerosas las demandas que se presentan exigiendo las responsabilidades de los administradores acumulando ambas acciones, sin precisar debidamente en el escrito que acción se ejercita exactamente, o como es nuestro caso, yuxtaponiendo argumentos de una y otra, sin encontrar correspondencia

necesariamente en los aspectos fácticos expuestos. De hecho son también numerosas las sentencias que consideran incongruente condenar al administrador solidariamente con la sociedad cuando la condena se pidió subsidiariamente, para el caso en que la sociedad como persona jurídica no pudiese hacer frente a la deuda social contraída con el demandante, lo que nos reconduce a recordar que en todo caso, los administradores no pueden convertirse en una especie de aseguradores universales de la sociedad a la que representan con su propio patrimonio. Debe respetarse en todo caso el deslinde entre la persona jurídica y la física de quien la representa.

Este parecer, extrapolado a lo que nos concierne, como abogados que acabamos de iniciar nuestra vida profesional, se corresponde necesariamente con un estudio exhaustivo de las normas que rigen nuestro caso, y de la jurisprudencia que versa sobre las mismas. Con todo ello, no se trata de desprestigiar la labor de otro compañero, (simplemente, a nuestro juicio, la vía que pretendió para el cobro de la deuda de la que su cliente es acreedor, no ha sido la adecuada), sino que de asumir aptitudes y responsabilidades, que en este caso se han traducido (recordemos aquí ese vértigo al leer la demanda por primera vez) en el estudio de las cuestiones planteadas en la demanda, las reuniones con nuestro cliente, y el estudio jurídico-jurisprudencial de la materia para abordar la contestación a la demanda, con perspectiva didáctica y de futuro, para los posibles futuros asuntos.

7.- Bibliografía

• Obras Generales

- AA.VV. Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F; Manual de Derecho Mercantil; Vol. II; 21ª edición; Ed. Tecnos; Madrid; 2014; págs.. 505 y ss.
- Cruz Rivero, D., La administración de la sociedad en Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles. (Coord. Jiménez Sánchez, G.J. y Díaz Moreno, A). Madrid, 2013.
- Esteban Velasco, Gaudencio; sub art. 241 TRLSC, en Rojo Ángel/ Beltrán Emilio; *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*; Tomo I; Ed. Civitas; Navarra; 2011.
- Machado Plazas, José; “La responsabilidad de los administradores sociales en el ámbito contable”; La responsabilidad de los administradores de las sociedades Mercantiles; Ed. Tirant Lo Blanch; Valencia; 2013.
- Magro Servet, Vicente; “La Responsabilidad Civil del administrador Societario”; *Guía práctica sobre responsabilidad civil*; Ed. LA LEY, grupo Wolters Kluwer; Madrid; 2015.
- Mambrilla, V.; “Deber de fidelidad y lealtad””; en C. Alonso Ledesma (director), *Diccionario de Derecho de Sociedades*; Madrid, 2006.
- Memento Práctico; *Administradores y Directivos 2014-2015*; Ed. Francid Legebvre; Madrid; 2014.
- Moya Jiménez, Antonio; La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes, 9ª Edición; Ed. Wolters Kluwer; Madrid; 2014.
- Muñoz Paredes, José María; “El ejercicio del derecho a la información”; *La información de los Consejeros en la Sociedad Anónima*; Ed. Aranzadi; Pamplona; 1999.

- Oriol Llebot, José; “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”; La responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles; Ed. Tirant Lo Blanch; Valencia; 2013.
- Sánchez Calero, Fernando.: «Los administradores en las sociedades de capital», Ed. Thomson, Navarra, 2007.
- Sánchez- Calero, Juan “La abstención del consejero en conflicto de intereses”; *Estudios de Derecho Mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*; Ed. Marcial Pons; Madrid; 2013.
- Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J., Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I. Navarra, 2013.
- Sánchez- Calero, Juan: “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad”; *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*; Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- Valpuesta Gastaminza, Eduardo; *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*; Ed. Bosch; Barcelona; 2013.
- **Artículos Doctrinales**
 - Casado Andrés, Blanca; “Acción individual de responsabilidad contra los administradores de sociedades de capital: presupuestos y aspectos procesales.”; Noticias Jurídicas; Sección de Derecho Mercantil; 2012;
 - Castañer Codina, Joaquim; “Deberes de los Administradores”; *TODO SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA 2012/2013*; S.A CISS, 2012.
 - Valmaña Cabanes, Antonio; “La acumulación de acciones contra la sociedad y su administrador: un problema no resuelto de peregrinaje jurisdiccional”; Dialnet; Universidad de la Rioja; 2011

- **Revistas y otras publicaciones**

- AA.VV. “Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil”; 22 de abril de 2015; Guías prácticas Uría Menéndez; <http://www.uria.com/es/publicaciones.html>
- Embid Irujo, José Miguel; “Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas desde la perspectiva del Derecho Español.”; *Revista Advocatus*; nº 17; 2007
- Rodríguez- Palmero Seuma, Pablo; “El derecho de información de los administradores, antes y después de la ley de transparencia”; *Diario La Ley*, Nº 7100, Sección Doctrina, 26 de Enero de 2009.

- **Legislación**

- Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio del Poder Judicial.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 19/2005, de 14 de Noviembre, sobre la Sociedad Anónima europea domiciliada en España.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de Julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Ley 31/201, de 3 de Diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo.

- **Jurisprudencia**

- STS de 4 de Noviembre de 1991 (RJ 8143)
- STS 21 de Mayo de 1991 (RJ/1992/4274)
- STS nº 648/2001 de 16 de febrero
- STS nº 1311/2002 de 30 de Diciembre (RJ/2003/332)
- STS 16 Diciembre de 2004
- STS nº 1435/2005 de 10 de Marzo.
- STS nº 298/2012 de 21 de Mayo.
- STS nº 391/2012 de 25 de Junio.
- STS nº 501/2012 de 16 de Julio.
- STS nº 6150/2012, de 3 de Septiembre.
- STS nº 539/2012, de 10 de Septiembre.
- STS nº 315/2013, de 23 de Mayo.

- SAP de Murcia nº 8/1994, de 8 de Junio (AC/1994/1619)
- SAP de Navarra, de 15 de Febrero de 1995.
- SAP de Valencia, de 20 de Septiembre de 2006.
- SAP de Madrid, nº 168/2007, de 13 de Septiembre.
- SAP de La Coruña nº 146/2008, de 18 de Enero.
- SAP de Barcelona nº 12/2012, de 19 de Enero.
- SAP de Burgos, de 16 de abril de 2014.

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 19 de Septiembre de 2012 (JUR/2012/390406)
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Madrid, nº 246/2013, de 30 de Octubre.