

Recensión a Ángel Rojo y Emilio  
Beltrán (directores), *La responsa-  
bilidad de los administradores*,  
Tirant lo Blanch, Valencia, 2005

Jesús Alfaro Águila-Real

Facultad de derecho  
Universidad Autónoma de Madrid

281

1. A menudo le asalta a uno una cierta insatisfacción cuando examina los temas a los que se dedican los colegas universitarios de la propia disciplina. La decepción la provoca el hecho de que temas que uno considera de gran interés intelectual apenas reciben atención mientras otros que deberían ser analizados por los “prácticos” constituyen el centro de atención de los juristas académicos. El resultado es que muchas instituciones siguen sin estudiar debidamente y, por el contrario, existe un exceso de páginas publicadas sobre temas escasamente interesantes intelectualmente hablando. Aunque sea sólo por esta razón, hay que saludar la aparición de esta colección de estudios sobre un tema tan importante, tan difícil y de tanta actualidad como el de la responsabilidad de los administradores. El libro está formado por una colección de estudios monográficos de los temas más relevantes que plantea la responsabilidad de los administradores y se acompaña de unos voluminosos anexos (más de doscientas páginas) en los que se recopilan sentencias y bibliografía.

2. En las páginas que siguen expondremos brevemente el contenido del libro y efectuaremos críticas y observaciones particulares a las afirmaciones de los autores. No nos ocuparemos de los aspectos penales y tributarios dada nuestra ignorancia sobre esos temas. Con carácter general, debe señalarse que estamos ante una aportación relevante al ámbito de materias objeto del libro lo que obliga a reiterar nuestra satisfacción por su publicación. La mayor parte de los trabajos en él contenidos avanzan nuestro conocimiento de estos problemas, están escritos con claridad y pueden ser “falsados” en el sentido de que se expresan tesis concretas respecto de los problemas examinados de forma que no resulta difícil para el lector crítico decidir si está de acuerdo o no con el autor. Este es un gravísimo problema que aqueja a la literatura de Derecho mercantil y al que no han escapado algunos de los trabajos que componen el libro como tendremos ocasión de exponer.

Nuestra mayor discrepancia con el tono de los trabajos que forman el libro se encuentra en la escasa atención de nuestra doctrina mercantilista a las doctrinas generales del Derecho privado. La materia de la responsabilidad de los administradores sociales no debería sino constituir un supuesto específico de aplicación del régimen general de la responsabilidad contractual y extracontractual que estudian nuestros colegas de Derecho Civil. Las categorías construidas por ellos deberían poder traspasarse casi directamente a la responsabilidad de los administradores porque no se nos ocurre que la posición de éstos frente a las sociedades que administran y frente a los terceros planteen problemas diferentes a los que plantea la responsabilidad del mandatario o comisionista frente a su principal y frente a los terceros con quien contrata en nombre de su principal o a la de los trabajadores que causan daño a terceros cuando desempeñan sus funciones en una empresa. Veremos que los trabajos sobre la acción social y la acción individual de responsabilidad están, en este sentido, poco “civilizados”.

3. También con carácter general hemos de expresar nuestra discrepancia con la opción de los directores del libro de permitir a (algunos de) los autores la publicación sin notas. La falta de *notas* con indicación y discusión de las fuentes en algunos trabajos resulta sorprendente en un libro que, según su prólogo, se dice universitario y académico. La justificación según la cual “los trabajos son, conscientemente, trabajos de autoridad” (v., el prólogo) no es una buena

justificación. Precisamente porque no hay una doctrina asentada y unánime en las materias que aborda el libro, no estaremos en la fase de escribir libros “de autoridad” hasta que no hayamos pasado la fase de escribir trabajos monográficos de los que suelen llamarse “definitivos” sobre cada uno de los temas abordados en el libro. Es más, parece también indicación de los directores la no utilización de literatura extranjera, que no se cita ni siquiera en los trabajos que contienen indicaciones de literatura española. No creo que la doctrina mercantilista española pueda permitirse el lujo de la autosuficiencia y el recurso a las importaciones es siempre garantía de que no sufriremos baja calidad en el mercado español. El coste de semejante decisión no es grande porque se deduce de la lectura de los distintos trabajos que los autores han recurrido a la mejor literatura comparada para elaborar sus trabajos pero no se proporcionan tales indicaciones a los lectores interesados.

Tampoco creemos que sea excesivamente útil la recopilación de sentencias que se contiene al final del volumen (hoy se encuentran todas las sentencias a un “clic” de ratón de ordenador) que ha obligado, sin duda, a sacrificar la extensión del análisis de algunas cuestiones importantes.

4. El trabajo del profesor LLEBOT sobre *los deberes de los administradores* constituye un resumen actualizado de su libro de título semejante del año 1995. En general, puede coincidir con sus planteamientos, tributarios – adecuadamente – de la doctrina norteamericana que es la que de forma más intensa ha estudiado estos problemas. Sin embargo, se observan algunas contradicciones. Así, tras haber afirmado que la diligencia y lealtad se *deben* por los administradores sólo a la sociedad y no a los terceros (p 27) afirma que “el fundamento de la ilicitud de las cláusulas estatutarias que modifican el régimen de responsabilidad por infracción del deber de diligencia reside no en el presupuesto carácter imperativo de este deber... sino en la ilicitud de los pactos que afectan a la esfera jurídica de terceros... La razón reside en que uno de los principios configuradores del régimen jurídico de las sociedades anónimas... es la protección de los acreedores sociales... que se manifiesta en diversos preceptos como... las reducciones del capital social”. Pues bien, no vemos cómo pueden afirmarse simultáneamente ambas cosas. Si el deber de diligencia genera un derecho a su exigencia sólo a la sociedad (acreedora de tales deberes), resulta difícil afirmar que un pacto entre accionistas y administradores por el que se aligera la responsabilidad por negligencia de los administradores pueda tener efectos sobre terceros. Si el administrador es negligente y, de tal negligencia se deriva un daño para terceros, responderá – normalmente – la sociedad y, eventualmente, el propio administrador si *hay título de imputación del daño al administrador* de acuerdo con la doctrina general aplicable (art. 1902 CC) y el pacto entre el administrador y los accionistas no será oponible al tercero legitimado para exigir la responsabilidad. No vemos cómo puede fundarse la afirmación de que “la validez de las modificaciones estatutarias del deber de diligencia comportaría la irresponsabilidad de los administradores frente a la sociedad por las infracciones del deber de diligencia constitutivas de culpa y por tanto también frente a los acreedores sociales que, ante la insuficiencia patrimonial de ésta no podrían ejercitar la acción social de responsabilidad para restituir el patrimonio social y satisfacer así sus créditos” (p 33). La legitimación de los acreedores para el ejercicio de la acción social es *subsidiaria* y semejante a la del acreedor que se subroga en las acciones de su deudor contra terceros (art. 1111 CC) de forma que sólo si la liberación de la responsabilidad del

administrador pudiera calificarse como un acto realizado en *fraude* de acreedores, cabría atribuir al acreedor legitimación para impugnar la cláusula estatutaria correspondiente, lo que sólo podrá afirmarse en casos muy excepcionales. Es más, la conclusión del profesor LLEBOT le obligaría a afirmar que el contrato entre el administrador y la sociedad (el profesor LLEBOT no duda del carácter contractual de la relación entre el administrador y la sociedad) es un contrato *en beneficio de terceros* (los acreedores) lo que impediría a las partes del mismo modificarlo respecto a sus rasgos legales sin ¿consentimiento? de los acreedores. Además, debe recordarse que en la sociedad colectiva – cuya regulación es mucho más protectora de los derechos de los acreedores sociales – se establece *legalmente* una modificación de la responsabilidad de los administradores que les hace responder frente a la sociedad sólo por culpa grave (art. 141 C de c). Si el legislador establece expresamente una “reducción” de la responsabilidad de los administradores ¿por qué no van a poder establecerlo las partes?

Lamentablemente, los límites de espacio han impedido al autor abordar en detalle numerosas cuestiones relativas a los distintos deberes que concretan el genérico deber de lealtad y que darían, por sí solos, para una monografía. Nuevamente, hubiera sido preferible, desde la perspectiva conjunta de la obra, reducir el espacio dedicado a otras materias o suprimir la recopilación de extractos de sentencias para permitir el análisis de cuestiones tan relevantes como las transacciones vinculadas o la responsabilidad de los administradores no ejecutivos en el ámbito de la remuneración de los administradores ejecutivos de forma amplia.

5. El profesor MARTÍNEZ SANZ se ocupa del *ámbito subjetivo de la responsabilidad*. Con el cuidado que caracteriza sus trabajos, el profesor de la Universidad Jaime I estudia los problemas que la materia plantea y analiza la figura del administrador de hecho, a quien se extiende el régimen de responsabilidad de los administradores distinguiendo, acertadamente a nuestro juicio, entre administrador aparente y administrador oculto, haciendo fructíferas así, las construcciones doctrinales elaboradas en el marco del estudio del factor y de los apoderados generales. Concluye sumándose a la opinión mayoritaria que aboga por extender la responsabilidad ex art. 262.5 LSA a los administradores de hecho. En relación con los administradores de la sociedad dominante el autor señala que no es correcto considerar automáticamente a los administradores de la dominante como administradores de hecho de las filiales y, por tanto, que la cuestión puede resolverse examinando si, de la configuración concreta de las relaciones entre los administradores de la dominante y los administradores de la filial puede deducirse que los de la filial, en realidad, carecen de cualquier independencia de juicio y se limitan a ser meros ejecutores de la voluntad formada en la cabeza del grupo. También se examina más brevemente, la responsabilidad del administrador persona jurídica y del administrador que ha cesado en sus funciones pero cuyo cese no se ha inscrito en el Registro Mercantil con conclusiones plenamente compartibles (el administrador cesado puede ser demandado pero difícilmente objeto de condena de responsabilidad si no realizó la actuación generadora de daños a la sociedad o a los terceros).

6. Del análisis de la *acción social de responsabilidad* se encarga el profesor RAFAEL LARA de la Universidad Pública de Navarra. Comienza este autor distinguiendo la acción social de la acción individual de responsabilidad en función del patrimonio dañado de acuerdo con la doctrina

mayoritaria (el de la sociedad en el primer caso y el de acreedores o socios individualmente considerados en el segundo). A nuestro juicio, este criterio de distinción no capta el núcleo de la distinción. Es mejor afirmar que la acción de responsabilidad *social* es, en sentido estricto, una especie dentro de la acción *de indemnización de daños por incumplimiento contractual*. El administrador ha incumplido su contrato con la sociedad (el contrato de administración), y ha causado daños a la sociedad que habrá de indemnizar si el incumplimiento ha sido *negligente* o *desleal* (art. 1107 -1108 CC)<sup>1</sup>. De esta forma, la distinción con la llamada *acción individual* de responsabilidad se refleja limpiamente. Esta última no es una “acción” sino que es, simplemente, una remisión. El legislador, en el art. 135 LSA, afirma que, el hecho de que el administrador responda contractualmente frente a la sociedad y haya de reparar los daños causados por incumplir su contrato de administración no excluye que, de acuerdo con reglas generales (1902 CC) o particulares (art. 20 LCD, por ejemplo) pueda estar legitimado pasivamente para soportar una acción de daños, de cesación, de retractación, de enriquecimiento injusto etc ejercitada por un tercero o un accionista.

La mayor parte del trabajo es una presentación de “materiales” y se echa de menos, a veces, un mayor esfuerzo de construcción unificadora que podría haber reducido el riesgo de incongruencias. Así cuando se pregunta acerca de si los administradores afectados pueden participar en la votación en la que se decide si la sociedad ejercita la acción de responsabilidad (pp. 94-95) concluye que “la ley se abstiene de formular la prohibición y se confía a la honorabilidad de los administradores acusados, los cuales, salvo excepciones que confirman la regla, no suelen participar con su voto en la adopción del acuerdo acerca de su propia responsabilidad”<sup>2</sup>. Pero inmediatamente, al abordar la cuestión en el marco de la sociedad limitada donde se ocupa de ella -indirectamente- el art. 52.1 LSRL, el autor concluye que el administrador - socio *no ha de abstenerse* de votar en la Junta de la sociedad anónima que está decidiendo sobre el ejercicio de la acción social, como tampoco ha de hacerlo cuando se decide si nombrarle administrador o destituirlo como tal. Con buen criterio, hacerlo así conduciría a “mayorizar” a la minoría, como, por otro lado, ha hecho indebidamente el legislador de la sociedad limitada - nueva empresa, obligando a las sociedades a un carrusel de nombramientos y destituciones (art. 139.5 LSRL)<sup>3</sup>. La protección de los accionistas minoritarios frente a la decisión de la mayoría de no ejercer la acción social de responsabilidad está en la legitimación subsidiaria de la minoría, no en el acuerdo por el que la mayoría decide no ejercitarla. LARA acepta que esta es la situación legal en el caso de la limitada y añade (p. 96) que se confirman así “las ideas que he expuesto al respecto en las líneas precedentes” y añade que, efectivamente, existe el riesgo de mayorizar a las minorías concluyendo, en la misma línea argumental con el art. 114 LMV *a contrario*.

---

<sup>1</sup> De acuerdo con la mejor doctrina, el contrato de administración sería uno de esos contratos en los que el deudor responde (tiene obligación de indemnizar los daños sufridos por su acreedor, la sociedad) sólo por culpa o dolo a diferencia de lo que sucede en otros contratos (depósito, por ejemplo), en los que la obligación de indemnizar del deudor el daño sufrido por el acreedor es independiente de la existencia de dolo o culpa.

<sup>2</sup> No se cita estudio empírico alguno al respecto, se cita a GARRIGUES/OLIVENCIA, *Comentario al art. 80. LSA*, en la tercera edición del comentario GARRIGUES/URÍA a la Ley de Sociedades Anónimas, 1976.

<sup>3</sup> Compárese con la decisión del legislador en el nuevo art. 114 LMV que sólo priva del derecho del administrador a votar en esta cuestión respecto de las acciones cuya representación ostente, no respecto de las acciones de su titularidad y al que el autor hace referencia en p. 97.

El autor afirma que el acuerdo mayoritario por el que se rechaza exigir responsabilidad a los administradores sería un acuerdo impugnabile ex art. 115 LSA (p. 96 citando a GARRIGUES/OLIVENCIA y a POLO SÁNCHEZ). A nuestro juicio, tal conclusión no parece coherente con el sistema del artículo 134 LSA. Si el legislador ha exigido un 5 % del capital social para poder ejercitar subsidiariamente la acción de responsabilidad en caso de negativa por la mayoría a ejercerla, permitir la impugnación del acuerdo mayoritario significaría casi lo mismo que prescindir del requisito del 5 % porque un accionista que fuera titular de una sola acción podría impugnar el acuerdo social (art. 117.2 LSA). La declaración judicial de nulidad del acuerdo conduciría a entender entonces que la Junta *debe* acordar exigir la responsabilidad de los administradores?. Nos hubiera gustado que la cita de las sentencias se acompañara de la indicación de lo que cada una de ellas aporta a la discusión del tema.

Se discute si la transacción y la renuncia al ejercicio de la acción – que el art. 134.2 LSA permite – han de constar en el orden del día para que la Junta pueda adoptar el acuerdo correspondiente (renunciar o transigir en relación con la responsabilidad del administrador). A nuestro juicio, tienen razón quienes afirman que si la Junta puede promover la acción debería poder llegar a un acuerdo con el administrador aunque no conste en el orden del día (argumento lógico: el que puede lo más, - exigir la responsabilidad o renunciar a ella rechazando la propuesta de exigir la responsabilidad a los administradores – ha de poder lo menos – aprobar el ejercicio de acciones contra los administradores y transigir). LARA se pronuncia en contra (p. 101) alegando el derecho de información del accionista – lo que podría predicarse igual del ejercicio de la acción – y el carácter excepcional de la regla que permite discutir un tema sin que conste en el orden del día.

A continuación se introduce en la discusión acerca de si es presupuesto de la transacción o la renuncia a exigir responsabilidad la adopción de un acuerdo previo de entablar la acción. Él distingue entre renuncia y transacción. La renuncia necesitaría la preexistencia del acuerdo de entablar la acción de responsabilidad mientras que la transacción, no.

El autor no aborda las cuestiones relativas a los requisitos para que triunfe la demanda social de responsabilidad de los administradores ni la posibilidad de exigir judicialmente algo distinto de la indemnización de daños y perjuicios ni el problema de la solidaridad pasiva de los miembros del órgano de administración.

7. El profesor JUSTE se ocupa de la *legitimación subsidiaria* para el ejercicio de la acción social. El trabajo es un ejemplo de buena dogmática. Aborda con detalle y claridad cuestiones complejas y las valoraciones revelan una adecuada comprensión de los problemas del Derecho de sociedades y una gran preocupación por la coherencia sistemática y la adecuación de la interpretación de las normas a la finalidad de protección de intereses. De gran interés es su análisis sobre el requisito del 5 % para el ejercicio de la acción de responsabilidad por parte de los socios minoritarios (p. 119-122) y las consecuencias de que durante el proceso, la minoría demandante deje de ostentar el 5 %. Algunas de sus conclusiones son, obviamente, discutibles, pero se expresan tras la exposición de todos los argumentos imaginables. Por ejemplo, no creemos que la *ratio* de la norma que atribuye legitimación a la minoría para ejercitar la acción social de responsabilidad

permita a la Junta negarse a pronunciarse al respecto si la cuestión no estaba en el orden del día. Si se niega a votar al respecto, la minoría debería tener expedita la interposición de la demanda porque, bien mirado, en nada perjudica al interés social el ejercicio en tal caso de la acción por la minoría. Si la mayoría quiere abordar más adelante la cuestión, podrá hacerlo en una nueva junta, con todos los accionistas "avisados" y, entonces se pronunciará a favor (en cuyo caso podrá sumarse al proceso) o se pronunciará en contra (en cuyo caso, nada cambia).

8. El examen de la *acción individual de responsabilidad* corresponde al profesor ESTEBAN VELASCO. Como nos hemos ocupado de la cuestión monográficamente (ALFARO, *RdS* 18 (2002) pp 45-76), y existen importantes discrepancias entre la exposición del profesor ESTEBAN VELASCO y la nuestra, nos extenderemos un poco más en el análisis de este trabajo. El núcleo de las diferencias se encuentra en que, en nuestra opinión, el administrador ha de reparar los daños causados a los terceros en el ejercicio de sus funciones cuando deba hacerlo de acuerdo con las reglas generales sobre responsabilidad, es decir, cuando *haya infringido un deber que el ordenamiento le impone para proteger a los terceros* de manera que el daño le sea imputable a título personal. En sentido contrario, la infracción de sus *deberes de lealtad y diligencia como administrador* no determina, en principio, la responsabilidad de los administradores, sino sólo la de la sociedad administrada sin perjuicio de la eventual acción de responsabilidad de la sociedad contra el administrador negligente o desleal (es más, en muchos casos, habrá que afirmar la responsabilidad externa del administrador sin que su comportamiento pueda calificarse como incumplimiento de sus deberes de diligencia y lealtad frente a la sociedad).

Esto es lo que resulta de aplicar las normas generales sobre la responsabilidad. El profesor ESTEBAN piensa, por el contrario, que el incumplimiento de los deberes de diligencia en el ejercicio de su cargo por parte del administrador sí que es relevante para decidir si responde frente a un tercero que ha sufrido un daño como consecuencia de la actuación de la sociedad a través de su administrador (v., por ejemplo, p 162 y p 164 o, en p 169: La singularidad de la acción individual "se presenta en los casos en que la interferencia-responsabilidad de los administradores se produce en una relación constituida entre sociedad y el socio o un acreedor, en donde deben combinarse dos ingredientes aparentemente incompatibles: la infracción de deberes del cargo asumidos en una relación contractual con la sociedad... y la causación de los daños a persona con la que se tiene contacto social y no una relación jurídica previamente constituida" (p. 169). En definitiva, el profesor ESTEBAN parece justificar la existencia y función del art. 135 LSA porque cree que el carácter de órgano "tiene el efecto de aislar y blindar al administrador frente a socios y terceros cuando... actúa en el desempeño de sus funciones orgánicas" (p. 165), es decir, que si no existiera el art. 135 LSA, ningún tercero ni acreedor social podría reclamar nada al administrador personalmente y habría de limitarse a ejercitar acciones contra la sociedad<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> P. 164: "no está excluido que *bajo ciertas circunstancias y condiciones*, pueda ser relevante también (la relación entre el administrador y la sociedad) en el plano de las relaciones entre el administrador y los terceros.... No debe excluirse que (el Derecho pueda establecer)... la responsabilidad directa frente a... (los) terceros de quienes ocupando la posición de órgano lesionan esos intereses. Esta es la opción de política jurídica de nuestro artículo 135 LSA""

Pero esto no es lo que piensan los que se han ocupado del Derecho de la responsabilidad contractual y extracontractual. Hay muchos supuestos en los que la aplicación de las reglas generales conduce a la responsabilidad de quien no es parte de un contrato (por interferencia ilegítima en el mismo o porque asuma la responsabilidad sin ser deudor como sucede con el fiador) o de quien actúa por cuenta y en nombre de otro (actuaciones dolosas, infracción de deberes de cuidado impuestos por el ordenamiento para proteger intereses de terceros). No puede compartirse, por tanto, que el art. 135 refuerce la tutela de acreedores y terceros gracias a que se hace responsable, además de la sociedad, al administrador (p 164). Si el artículo 135 LSA no existiera, nadie dudaría que el administrador que, en ejercicio de su actividad como administrador denigra a un competidor responde, junto con la sociedad, de los daños causados al competidor. El carácter de órgano de una persona jurídica del administrador social no puede perjudicar al tercero dañado. Tampoco duda nadie de que el administrador que promete al acreedor que la mercancía adeudada (por la sociedad) le será entregada en tiempo de modo que el acreedor puede creer legítimamente que se trata de una actuación *personal* y añadida a las declaraciones que realiza como administrador social, responderá si tal no es el caso *porque se ha obligado personalmente frente al tercero*. El profesor ESTEBAN debería poner algún caso en el que sea posible afirmar la responsabilidad del administrador frente al tercero *precisamente* porque existe el artículo 135 LSA de modo que si éste no existiera, la aplicación de las reglas generales (1902 CC, 1101 ss. CC) y especiales (art. 17 LCD) conduciría a negar tal responsabilidad.

Su conclusión respecto de la naturaleza de la responsabilidad del administrador frente a los terceros es que ésta es siempre extracontractual (p. 170). Nosotros estamos básicamente de acuerdo, pero creemos más correcto examinar la cuestión desde el punto de vista de la acción ejercitada contra el administrador por el tercero y esta opción es preferible, a nuestro juicio, porque hay más bajo la luz del sol que el binomio responsabilidad contractual/extracontractual. Por ejemplo, si se puede imputar personalmente al administrador la violación de un derecho de marcas en el seno de la sociedad, el plazo de prescripción de la acción del titular de la marca *contra la sociedad* y *contra el administrador* será de 5 años (art. 45 LM). Lo relevante no es, pues, decidir si es contractual o extracontractual, sino si es imputable o no al administrador *personalmente* la infracción del derecho de marca ajeno.

Tampoco tiene mucho interés el examen de los requisitos de los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en este ámbito (p. 171 ss). Son idénticos a los que se exigen para imponer responsabilidad ex art. 1902 CC. El problema es que el profesor ESTEBAN y la mayoría de la doctrina mercantilista afirma que los presupuestos son antijuridicidad, culpabilidad, daño y relación de causalidad mientras que la más moderna doctrina civilista afirma que los requisitos son daño, relación de causalidad e imputación objetiva del daño al causante o, en otros términos, que por el causante del daño se haya infringido un deber de cuidado impuesto por el ordenamiento para proteger el interés lesionado.

En relación con la antijuridicidad, el profesor ESTEBAN concluye de forma - creemos - no coherente con su exposición anterior. Así, afirma que "el primer presupuesto de la responsabilidad es que exista una infracción de deberes propios del cargo... bien se trate de las

normas legales o bien de deberes específicos o generales que se anudan a la relación y posición del administrador” (p. 172). Pero inmediatamente admite que no cualquier infracción de cualquier deber como administrador es relevante, sino que sólo serán relevantes las infracciones por los administradores de normas bajo cuyo fin de protección estén incluidos los terceros (*ibidem*). Es decir, está reconociendo que lo relevante es que el administrador haya infringido una norma dictada por el legislador para proteger a los terceros y, por tanto, *que le impone a él (al administrador) un deber de cuidado frente a esos terceros*, deber, naturalmente, que es distinto de su deber frente a la sociedad de gestionar diligente y lealmente el patrimonio social. Lo propio cabe decir respecto de la inmediata afirmación del profesor ESTEBAN según la cual “en relación con... los deberes generales inherentes al cargo debe partirse de (los deberes de)... controlar los riesgos que generan mediante su comportamiento personal y también los generados por las cosas que están sometidas a su ámbito de dominio” (*ibidem*) esto puede afirmarse de cualquier persona. Cualquier persona ha de controlar los riesgos que genera su comportamiento personal y los de las cosas que están sometidas a su ámbito de dominio. Y termina abordando el supuesto en el que podría justificar su posición, pero no lo hace: “en relación con los riesgos que genera la actividad societaria o empresarial y los deberes de evitación de daños, hay que definir (por un lado)... lo que corresponde a la posición de la sociedad frente al perjudicado y, por otro, los que incumben a los administradores en relación con este tipo de riesgos cuyo control asumen” (pp. 172-173). El problema es que, nos tememos, esa tarea no es hacedera porque *todos los riesgos que genera la actividad empresarial y todos los deberes de evitar daños* son imputables a la sociedad pero sólo la materialización de algunos de esos riesgos o la omisión de algunas conductas que podían haber evitado los daños permiten imputar responsabilidad personal al administrador.

El resto del trabajo está dedicado al examen de los *grupos de casos* que pueden englobarse bajo la llamada acción individual. Comienza el profesor ESTEBAN VELASCO (p. 176 ss) con los que llama “ilícitos de empresa”, es decir, los daños causados a terceros por la actividad empresarial. Se corresponde, *grosso modo*, con los casos en los que el tercero que sufre el daño no tiene una relación contractual con la sociedad.

Al respecto, afirma que “la acción individual de responsabilidad contra los administradores sólo podrá prosperar cuando concurre un *comportamiento ilícito personal en la causación del daño*” (p. 178), comportamiento que genera responsabilidad aunque no sea un comportamiento doloso. Cita nuestro trabajo aunque, creemos, lo cita incorrectamente, ya que nosotros afirmamos que si un administrador sabe que sus empleados están pactando precios con los competidores y no hace nada para impedirlo, podemos imputarle a él personalmente el ilícito (cártel del art. 1 LDC) porque su conducta omisiva “es valorativamente equiparable a la del empleado que infringe la patente o pacta los precios (activa) precisamente porque el administrador está en condiciones de impedir la producción del daño porque conoce la realización de la conducta y ostenta una posición – la de dirección de la empresa social – que se lo permite, de manera que podemos decir, sin violentar las palabras, que el administrador contribuyó, personalmente, a la violación del derecho ajeno, al menos, con dolo eventual”. No afirmamos, pues, que no quepa imputar responsabilidad al administrador en un caso en el que su conducta haya sido negligente, sino que, en el caso que exponemos en nuestro trabajo, la conducta del administrador que *conoce* el

comportamiento ilegal de sus empleados y puede impedirlos, su conducta es comparable a la que realiza activamente la conducta ilegal en cuyo caso, no hay duda de que responde.

El problema con la posición del profesor ESTEBAN VELASCO respecto de este grupo de casos es que, si no se entra en los detalles – como intentábamos hacer nosotros en el trabajo citado – no es posible resolver los problemas. Así, en el ejemplo que cita, el de la STS 22-I-2004, se consideró responsable a la sociedad titular de la explotación minera y a los administradores de la misma por los daños sufridos “por un menor que accedió a una mina sin vigilancia ni señal alguna de peligro ni prohibición de entrada”, decisión que considera acertada. Los argumentos de la sentencia – transcritos en p. 178 – justifican la imposición de responsabilidad a la sociedad, pero no hemos encontrado ninguno para justificar la responsabilidad *personal* de los administradores. ESTEBAN VELASCO afirma que “en esta sentencia se establece correctamente la responsabilidad de los administradores por omisión de deberes extracontractuales de tráfico que pesan sobre quien es responsable máximo de la dirección y control de la actividad empresarial” (pp. 178-179). Esta afirmación merece dos comentarios. En primer lugar, el profesor ESTEBAN está reconociendo que el deber infringido por el administrador no es su deber de gestión diligente de la empresa social, sino un deber *extracontractual de tráfico* (parece que se refiere a las *Verkehrssicherheitspflichten*), deber que pesa sobre cualquier titular de una explotación, sea un individuo o una sociedad porque es un *deber* impuesto por el ordenamiento *para proteger* a los terceros, lo que es incoherente con la posición que mantiene el autor en la formulación de las bases de la responsabilidad de los administradores. En segundo lugar, de los datos transcritos no puede deducirse si los administradores debían ser considerados personalmente responsables de los daños sufridos por el menor. Si se trata de una pequeña explotación minera donde los administradores están próximos a la actividad concreta y diaria de la mina, es probable que, de acuerdo con las reglas normales de división del trabajo de una organización, corresponda a los administradores velar por que se cumplan las normas para evitar daños a las personas que pueden entrar inopinadamente en el recinto minero. Pero si se trata de una gran sociedad minera con decenas de explotaciones y miles de empleados ¿puede afirmarse razonablemente que los administradores tenían el deber de asegurarse que todas y cada una de las instalaciones cumplieran todas las medidas de evitación de daños a terceros?

En relación con los daños *causados a los socios*, (p. 179 ss.), la cuestión se plantea en términos diferentes. No es correcto, a nuestro juicio, afirmar que los deberes de los administradores respecto de los socios deriven del deber general de buen administrador (127 LSA) (p. 179). Los administradores, además de gestores de la empresa social, en la cual han de actuar diligente y lealmente, son *gestores del contrato social*, es decir, puede afirmarse que los socios les encargan también la gestión del contrato social. Así, por ejemplo, ejecutan los acuerdos de los socios (un aumento de capital, la separación de un socio, el reparto de dividendos, etc) y se encargan de que los socios puedan tomar decisiones sobre el contrato social (convocando y organizando las juntas de socios). Esta responsabilidad no es, pues, *extracontractual* sino *contractual*: deriva del incumplimiento por parte del administrador de los deberes que le impone el contrato social y las leyes de sociedades *frente a los socios* considerados individualmente (no le admite como socio en una junta, le niega indebidamente unos dividendos...) El profesor ESTEBAN se pronuncia en

contra de la opinión sostenida por nosotros según la cual, de estos daños no debería responder la sociedad, sino exclusivamente, el administrador. Su argumentación es la siguiente. Afirma que la sociedad debe responder porque “no deja de ser cierto que dicha vinculación (funcional entre administradores y socios) tiene lugar en el marco del contrato de organización societaria, donde el papel de mediador y garante de los administradores en la disposición sobre el patrimonio social está sometido a una serie de reglas sobre separación entre patrimonio social y patrimonio personal... que en el sistema del art. 135 LSA incluye esa tutela de los intereses directos de los socios y no sólo de terceros y donde es una pieza importante que, en último término, el patrimonio social pueda recuperar la indemnización satisfecha dirigiéndose contra el administrador responsable”. No entendemos bien el argumento. El art. 135 incluye la tutela de los intereses de los socios *concediéndoles acción contra el administrador*, no contra la sociedad, de manera que no vemos cómo el precepto puede apoyar la tesis de la responsabilidad de la sociedad. Por otra parte, que la sociedad pueda repetir contra el administrador está muy bien si está obligada a pagar en primer lugar, pero es innecesario si no está legitimada pasivamente para soportar la acción del socio maltratado por el administrador. El profesor ESTEBAN VELASCO debería haber argumentado de qué modo el daño sufrido por el socio en estos supuestos *es imputable a la sociedad* y no en exclusiva al administrador. El apoyo para afirmar la responsabilidad del administrador podría encontrarse según alguna opinión en el art. 129 LSA pero, como es sabido, éste protege sólo a *los terceros* y los socios no pueden ser considerados tales al margen de que dicho precepto protege a los terceros exclusivamente en relación con su confianza en *el ámbito del poder de representación* de los administradores estableciendo la *vinculación* de la sociedad.

El siguiente grupo de casos que propone el profesor ESTEBAN VELASCO (pp. 182 ss.) es muy heterogéneo se titula “Supuestos de intromisión lesiva en el proceso de formación de la voluntad del tercero-acreedor (o del socio)” e incluye no sólo los casos de inmiscusión personal del administrador en un contrato celebrado entre la sociedad y un tercero (un cliente o un proveedor) y los casos en los que alguien está en fase de decidir si se convierte en socio (si suscribe o adquiere acciones de la sociedad) sino también “la omisión de deberes societarios en caso de <<crisis disolutoria>> y la omisión de los deberes en caso de <<crisis concursal>>”.

Respecto de los *inversores*, la posición del profesor ESTEBAN VELASCO es que los administradores responden personalmente siempre frente a los que adquieren o suscriben valores emitidos por la sociedad que administran cuando la información facilitada por la sociedad en el proceso de emisión es errónea y el inversor confió en ella (pp. 184-185 LSA). Nuestra posición es mucho más restrictiva: sólo creemos responsables a los administradores personalmente que hubieran conocido el carácter erróneo o falso de la información y no hubieran hecho nada para evitar el engaño sufrido por el inversor. El problema con la posición del profesor ESTEBAN VELASCO es que, así las cosas, *los administradores responden personalmente en todos los casos en los que sea responsable la sociedad*. Nos parece que esta conclusión es excesiva.

Los grupos de casos que el profesor ESTEBAN VELASCO llama de <<crisis disolutoria>> y <<crisis concursal>> (pp. 186 ss) no tienen excesivo interés, como reconoce el autor, desde la perspectiva

del art. 135 LSA porque en tales casos los administradores responden *de las deudas sociales* (no de los daños causados a los acreedores con su comportamiento) porque así lo ha querido el legislador. Supuestos de tutela aquiliana de estos acreedores permitiéndoles dirigirse contra los administradores serán muy poco relevantes pero, en todo caso, - nuevamente discrepamos con el profesor ESTEBAN VELASCO - la responsabilidad de los administradores en estos supuestos deriva de no haber informado al tercero de la situación económica de la sociedad cuando ésta hacía harto difícil que los acreedores pudieran cobrar sus créditos. Naturalmente que este comportamiento de los administradores *es necesariamente doloso*, ya que no de otro modo puede calificarse la conducta de alguien que, sabiendo que la sociedad no podrá pagar el crédito al acreedor, oculta esa información y celebra el contrato con el acreedor en nombre y por cuenta de la sociedad. Por tanto, no vemos cómo puede afirmarse que, en estos casos, “la ilicitud se basa en la infracción de ese deber de informar, que no necesita acreditar dolo ni encubrimiento” (p. 189). Si se oculta una información a sabiendas de que su conocimiento hubiera llevado a la otra parte a no contratar y concurriendo la obligación de comunicarla, el sujeto que así actúa lo hace dolosamente (Las sentencias que recoge el autor en las pp. 190-191 se refieren a comportamientos dolosos. La expresión “a sabiendas” aparece continuamente).

Respecto de los *acreedores contractuales de la sociedad* el profesor ESTEBAN VELASCO se muestra muy cauteloso (p. 192 “grupo de casos particularmente difíciles”) y concluye razonablemente que sólo en casos marginales cabrá considerar responsable al administrador del incumplimiento del contrato por la sociedad (p. 192-195). Exige inmiscusión dolosa del administrador en la ejecución del contrato (p. 193) o “comportamientos específicos que atenten contra los intereses de determinados acreedores”, en particular, los que puedan impedir que la sociedad cumpla (destrucción de bienes del acreedor en posesión de la sociedad, por ejemplo) (pp. 194-195).

En las últimas páginas de su trabajo el autor ofrece una cuidada síntesis del *status quaestionis* en materias como la solidaridad, la prescripción o la posibilidad de acumular acciones.

9. EMILIO BELTRÁN se ha encargado de la exposición de los problemas relativos a la responsabilidad de los administradores *por las deudas de la sociedad* en caso de pérdida del capital y de las difíciles relaciones entre la Ley de Sociedades Anónimas y la nueva Ley Concursal. La exposición del profesor BELTRÁN es, como siempre, detallada y muy clara. Posee el profesor de la Universidad San Pablo una excepcional habilidad para exponer de forma accesible cuestiones muy complicadas sin pérdida de rigor y el trabajo que comentamos es una muestra más de esta habilidad. Tratándose de un tema que el profesor BELTRÁN conoce exhaustivamente puesto que son numerosas sus publicaciones al respecto, no es de extrañar que haya logrado una exposición redonda en la línea de la literatura de comentario a normas legales que tan útiles son para la aplicación correcta del Derecho. Echamos de menos, en todo caso, las referencias doctrinales (por ejemplo, respecto de la “sugestiva tesis” a la que se refiere en pp. 241-242) aunque el texto está sazonado con abundantes referencias a la jurisprudencia. También se echa de menos un mayor grado de “implicación” del profesor BELTRÁN. A menudo se limita a exponer las posiciones doctrinales al respecto sin tomar partido (v., por ejemplo, pp. 241-243 sobre cumplimiento tardío de la obligación de convocar).

Analiza sucesivamente el origen de esta responsabilidad y las modificaciones introducidas por la Ley Concursal y, a continuación, el supuesto de hecho (cálculo de las pérdidas, carga de la prueba, momento en el que deben existir las pérdidas etc). Tiene gran interés su análisis del momento en que debe considerarse que la sociedad ha incurrido en pérdidas que exigen la disolución (pp. 223 ss.) a efectos del cálculo del plazo de dos meses para convocar la Junta. BELTRÁN incluye todos los argumentos a favor de cada una de las tesis (pérdidas son sólo las que afloran en el balance anual/basta con que un administrador diligente se hubiera dado cuenta de su existencia) pero la conclusión es sorprendente: “el análisis de los argumentos que pueden utilizarse conduce a la conclusión de que las dos tesis son igualmente defendibles” (p. 225).

El profesor BELTRÁN desmenuza suficientemente la relación entre la solicitud de declaración de concurso y la convocatoria de Junta para acordar la disolución como consecuencia de la promulgación de la Ley Concursal (pp. 226 ss. y el diferente - e injustificado - tratamiento de la cuestión en la sociedad anónima y en la limitada. En resumen, de acuerdo con las Disp. finales 20ª y 21ª LC, los administradores cumplen los deberes que les impone esta norma si, en lugar de convocar la Junta para disolver, solicitan la declaración de concurso voluntario de la sociedad. Y, viceversa, no procederá la disolución sino la declaración de concurso si la sociedad es insolvente (arts. 260.1-4º LSA; 262.2-II LSA; 104.1-e) LSRL: “las medidas societarias dejan paso a las concursales” (p. 227 ss.). Mientras en la sociedad anónima los administradores han de optar entre solicitar la declaración de concurso (si la sociedad es insolvente) o convocar a la Junta para que acuerde la disolución (si el patrimonio social no cubre la mitad del capital), en la sociedad limitada, los administradores han de convocar, en todo caso, a la Junta para que ésta inste la declaración de concurso (art. 105.1 LSRL), de forma que - parece - los administradores de la limitada no pueden instar directamente el concurso sino sólo en el caso de que la Junta no adopte el acuerdo existiendo insolvencia (art. 105.5 LSRL). Los socios pueden solicitar a los administradores la convocatoria de la Junta cuando consideren que la sociedad se encuentra en causa de disolución o en concurso (arts. 262.2 III LSA, 105.1 LSRL). La consecuencia particular es que si la sociedad es insolvente, los administradores que no insten el concurso *responden por las deudas sociales* porque la solicitud de declaración de concurso es la obligación alternativa a la convocatoria de la Junta para acordar la disolución (art. 262.5 LSA que establece que responden solidariamente de las obligaciones sociales “los administradores que no soliciten la disolución social, o si procediere, el concurso de la sociedad” (v., art. 105.5 LSRL). Si se ha convocado la Junta para que decida sobre la solicitud de concurso, los administradores tendrán obligación de solicitar el concurso cuando la junta no llegara a celebrarse o no “acordara la solicitud de concurso (y)... en el caso de que la junta se hubiera pronunciado a favor”(p. 231) porque los administradores serían, en este último supuesto, los ejecutores de la voluntad social.

Aborda también con detalle las obligaciones de los administradores sociales en caso de que la sociedad esté incurso en causa de disolución (convocatoria de la junta; solicitud de disolución judicial, consecuencias del cumplimiento tardío, carácter solidario, ámbito subjetivo, prescripción y caducidad...). De todos los temas se obtiene una pintura completa de la aplicación jurisprudencial del art. 262 LSA.

10. El profesor GARCÍA CRUCES se ocupa de la responsabilidad concursal de los administradores (y de los ex administradores), es decir, la responsabilidad por (todas o parte de) las deudas sociales que impone – si así lo decide el Juez – el artículo 172.3 LC si se abre la fase de liquidación; quedan acreedores insatisfechos y el concurso se califica como culpable. El profesor GARCÍA CRUCES inicia su exposición con algunas críticas a la regulación (la extensión a los ex administradores de los dos últimos años;; el excesivo margen a la voluntad del juez...).

El trabajo abusa, en ocasiones, de la cita larga de otros autores hasta el punto de que podría verse como un diálogo entre el autor y A. ALONSO UREBA (v., las citas de las pp. 273 a 280, 293, 294 y 295). Debemos aclarar que, en la misma, el profesor GARCÍA CRUCES parece estar del lado de la razón. Pero quizá sea excesiva la atención que presta a la cuestión de si la responsabilidad ex art. 172.3 es un caso de responsabilidad sanción o de responsabilidad por daño, lo que el profesor de Zaragoza resuelve correctamente con la doctrina mayoritaria. La concepción contraria y minoritaria – la de que estamos ante un supuesto de responsabilidad por daño – se enfrenta a contradicciones sistemáticas notables (sería superfluo el precepto ya que siempre se pueden ejercitar por los administradores concursales acciones resarcitorias contra cualquiera que haya causado daño a la masa y no se entendería que proceda sólo en caso de liquidación y de concurso culpable, p. 273). Aborda también, con parecida extensión y “técnica expositiva” el problema del carácter solidario o no de la responsabilidad concursal de los administradores (pp. 280 ss.). Concluye – en contra de ALONSO UREBA – que “quedará al arbitrio judicial la determinación del posible carácter solidario” (p. 282) y que la destinataria de los pagos que, en virtud de esta norma tengan que hacer los administradores o ex administradores será “la administración concursal – y no directamente los acreedores – de tal modo que en la distribución de estas cantidades entre los acreedores se apliquen las reglas de pago previstas en los artículos 154 ss. de la Ley Concursal”, (p. 282) a pesar de que el tenor literal del art. 172.3 parece sugerir que son los acreedores los que, una vez que el juez ha afirmado la responsabilidad de los administradores sociales y una vez que no han quedado satisfechos a través de la liquidación, puedan reclamar directamente el pago de sus créditos insatisfechos. También emplea una gran extensión para examinar si el juez puede ordenar el embargo preventivo de bienes de los administradores para hacer frente a la responsabilidad que les impone el art. 172.3 (art. 48.3) y concluye que no procede exigir a la administración concursal – que solicita el embargo – caución alguna (y, por tanto, que no se aplica el art. 728.3 LEC) porque “el crédito que pudiera asistirles” (a los administradores embargados) por los daños y perjuicios derivados del embargo “merece la calificación como crédito contra la masa”, que son los primeros que reciben satisfacción en el concurso. Y lo propio cabe afirmar sobre la relación entre responsabilidad concursal y responsabilidad societaria (pp. 292 – 295) y responsabilidad por deudas sociales donde las citas ajenas ocupan más de la mitad del espacio que el autor utiliza (pp. 298-301, por ejemplo). La conclusión, respecto de los últimos temas señalados es la independencia de las acciones de responsabilidad societarias y las concursales.

11. La profesora de Derecho Mercantil doña Ana Belén CAMPUZANO se ocupa de *la responsabilidad administrativa* de los administradores sociales (p. 375 ss). El trabajo es una simple enumeración de los más variados supuestos de normas que establecen la responsabilidad de los administradores

sociales. Creemos, sinceramente, que no contiene aportación ni análisis alguno y que podría haberse suprimido.

12. El último trabajo de los contenidos en el libro que se refiere a aspectos mercantiles es el del profesor RONCERO sobre el *seguro de responsabilidad civil* de los administradores. Se trata de una cuidada actualización de su monografía sobre el particular, donde resume los problemas principales que este seguro plantea comenzando por su admisibilidad, puesta en duda por algunos autores, pero hoy claramente afirmada; su caracterización como una modalidad de seguro de responsabilidad civil y su principal especialidad derivada del hecho de que normalmente es la propia compañía – esto es, la que puede sufrir el daño indemnizable – la tomadora del seguro: “la asunción por la sociedad de la posición jurídica de tomador del seguro puede tener importantes consecuencias en los supuestos en los cuales la propia sociedad sea la perjudicada por la actuación de los administradores... en particular, (porque)... la sociedad perjudicada, en cuanto tomadora del contrato, es conocedora de todo el contenido de la póliza, lo cual, en opinión de nuestros tribunales, puede disminuir sus posibilidades de ejercicio de la acción directa frente al asegurador respecto al supuesto en el cual el perjudicado sea un tercero, dado que permitirá que la compañía aseguradora oponga excepciones basadas en el contrato que no podría oponer a otros perjudicados” (pp. 489-490). Recoge la doctrina mayoritaria en el sentido de que “la contratación de este seguro se dirige a proteger intereses propios de la sociedad” (p. 490) y la consideración de la prima como “contenido de la retribución satisfecha a los administradores” (pp. 49-492). Aborda igualmente la cuestión de la extensión de la cobertura a los “reembolsos” a los administradores, es decir, a los pagos que “a éstos haya podido originar una reclamación de responsabilidad” (p. 494)... En Derecho español es también posible que la exigencia de responsabilidad al administrador... origine gastos o daños a la propia sociedad... los gastos de defensa judicial y.. daños que le haya podido originar el proceso de exigencia de responsabilidad al administrador... y los daños o gastos que pueda originarle (al administrador) la exigencia de responsabilidad... que,... queda limitado exclusivamente al supuesto de que los daños hayan sido causados a un tercero que no pueda exigir responsabilidad alguna a la sociedad o por un comportamiento que no genere responsabilidad frente a la sociedad... lo cual... deja un escasísimo margen de eficacia a dichos compromisos” (p. 495). Afirma la asegurabilidad “del supuesto de responsabilidad contemplado en el art. 262.5 LSA” (p. 502)

13. Como avanzamos más arriba, la colección de sentencias y resoluciones que ocupa la última parte del libro no parece especialmente útil ya que hoy están a disposición de cualquiera que disponga de una base de datos de jurisprudencia. Están ordenadas temporalmente, lo que no facilita la búsqueda y no contiene resúmenes de la doctrina contenida en cada sentencia por lo que el lector interesado no tiene más remedio que leerlas todas para encontrar los pronunciamientos jurisprudenciales que le interesan.

14. En definitiva, debemos reiterar la satisfacción que produce ver publicada una recopilación de trabajos sobre un tema tan importante como el de la responsabilidad de los administradores. Contiene algunos trabajos de alto valor dogmático y práctico y tiene algunas carencias importantes. Definitivo, por tanto, no parece.