

Grado Universitario en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

Facultad de Ciencias del Trabajo Universidad de León

Curso 2015/2016

**LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LA GESTIÓN
EMPRESARIAL:**

LA RESPONSABILIDAD MERCANTIL Y TRIBUTARIA

“The responsibility of the administrator by the business management:

The commercial responsibility and the tax responsibility”

Realizado por el alumno Dña. Marcela Duque Echeverri.

Tutorizado por el Profesor Dña. María de las Angustias Díaz Gómez.

INDICE

RESUMEN	3
ABSTRACT	4
OBJETO DEL TRABAJO	5
METODOLOGÍA.....	6
I.- LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES.	8
II.- LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL	16
II. 1. La acción social de responsabilidad.....	18
II. 2. La acción individual de responsabilidad.....	20
II. 3. El acción de responsabilidad solidaria por deudas sociales.....	22
II.3.1. La responsabilidad por deudas sociales.....	25
II.4. El seguro de responsabilidad civil de los administradores.....	31
III.- LA RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DE LOS ADMINISTRADORES.	
III.1. Las particularidades de la responsabilidad tributaria.....	33
III.2. La responsabilidad subsidiaria del Administrador.....	37
III.3.La responsabilidad solidaria del Administrador.....	42
CONCLUSIONES	46
BIBLIOGRAFIA.....	49

RESUMEN

La figura del administrador es esencial para la sociedad mercantil, en la medida en que organiza, representa y dirige a la misma para conseguir el fin social. Los administradores deben de actuar conforme a los deberes establecidos en la ley y de forma general su comportamiento debe de ser diligente y "conforme a un ordenado empresario". El incumplimiento por parte del administrador de esta conducta genérica o de cualquiera de los deberes establecidos en la ley, siempre que exista un perjuicio para la sociedad, los socios o terceros, genera la responsabilidad del administrador.

En el tráfico mercantil, la responsabilidad del administrador se estructura en torno a tres acciones: la acción social en donde lo que se persigue es salvaguardar el patrimonio de la sociedad; la acción individual en donde se protege los intereses de los socios y de los acreedores; y por último, la acción de responsabilidad solidaria por deudas sociales en donde se protege a los acreedores y se le imputa la responsabilidad directa al administrador por las deudas posteriores a la causa de disolución. En materia concursal, la responsabilidad del administrador surge desde el mismo momento en que se le obliga a acudir a esta vía en caso de insolvencia empresarial. La presentación del concurso no limita la responsabilidad del administrador, el juez puede de forma cautelar, incluso desde la declaración del concurso, acordar el embargo de los bienes personales del mismo, y en el caso de que el concurso sea declarado culpable, puede llegar a obligar al administrador a responder frente a los acreedores concursales insatisfechos tras la liquidación. El amplio régimen de responsabilidad del administrador en materia mercantil, implica que la figura del administrador se vea expuesta a reclamaciones en las que se puede ver afectado directamente su patrimonio personal. La expansión del seguro de responsabilidad del administrador, permite salvaguardar el patrimonio personal, en el caso de que por acción u omisión no dolosa el administrador cometa un daño a un tercero, socio e incluso a la sociedad.

En el ámbito tributario, con la finalidad de garantizar el pago de la deuda tributaria, al administrador se le puede hacer responsable de la deuda que la sociedad mantuviese con esta Administración. El administrador, en este ámbito, puede incurrir en dos tipos de responsabilidad. La responsabilidad subsidiaria se le aplicará cuando el administrador ha actuado de manera negligente puesto que no evitó, consintió o adoptó acuerdos que posibiliten infracciones tributarias o imposibiliten el pago de la deuda tributaria. La

responsabilidad de los administradores, en esta materia, puede ser también solidaria en los supuestos en los que el administrador incurra en una actitud activa, esto es cuando causa, colabora o participa en la comisión de la infracción tributaria.

ABSTRACT

The figure of the Administration is essential for the mercantile society, insofar as it organises, represents and targets the same to achieve the social goal. Administrators should act in accordance with the duties established by law and generally their behavior must be diligent and 'according to an orderly entrepreneur. The breach by the administrator of this generic behaviour or any of the duties established by law whenever there is a detriment to society, partners or third parties, becomes the responsibility of the administrator.

In trade, the responsibility of the administrator is structured around three actions social action where the aim is to safeguard the assets of the company; individual action where the interests of shareholders and creditors are protected; and finally, the action of joint liability for corporae debts where it protects creditors and alleges direct responsibility to the administrator for all debts subsequent to liquidation. In the case of bankruptcy, the responsibility of the administrator arises from the very moment he is forced to pursue this, in the case of corporate insolvency. Presenting the case does not limit the responsibility of the administrator. The judge can issue an injunction, even from the initial presentation of the case, and decree the embargo of personal property of the same, and where the company is found guilty, may force the administrator to respond to dissatisfied creditors subsequent to liquidation

Such broad liability for the administrator concerning commercial matters implies that said administrator can be exposed to claims that may directly affect their personal assets. Increasing liability insurance for the administrator, would safeguard such personal assets, in case of any willful act or omission the administrator commits, causing injury to a third party, partner or even society.

In the area of taxation, in order to ensure payment of the tax debt, the administrator can be deemed liable for the debt society maintains to the Administration. The administrator in this area can incur two types of responsibility. Subsidiary responsibility will apply him

when the administrator has acted negligently, by reason of failing to prevent, agreed or adopted agreements making tax violation possible, or precluding the payment of the tax debt. The liability of directors in this matter can also be supportive in cases where the administrator adopts a proactive attitude, causing, assisting or participating in the commission of a tax violation.

OBJETO DEL TRABAJO

El estudio que se presenta en el Trabajo de Fin de Grado, tiene como finalidad realizar un enfoque general del régimen jurídico de la responsabilidad de los administradores en el ámbito de la gestión empresarial en materia mercantil y tributaria. El administrador tiene atribuido, por ley, la función de representación de la sociedad, así como la función de gestión y dirección de la misma. La atribución de estas funciones va acompañada de una responsabilidad. La sociedad responde frente a terceros de los actos realizados por el administrador. Sin embargo, el administrador no ve limitada su responsabilidad, puesto que estará expuesto frente a las reclamaciones de la sociedad, socios o terceros, acreedores, trabajadores y Administraciones Públicas.

En este trabajo analizaremos primero el Derecho positivo: la Ley de Sociedades de Capital y La Ley General Tributaria, con la normativa que la desarrolla, reflejando su contenido y completándolo con las distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales. Este análisis tiene como finalidad primeramente reflexionar sobre la responsabilidad de los administradores en materia mercantil, en la medida en que ésta sirve de base a la responsabilidad tributaria. Una vez estudiada la misma, se profundizará en el estudio de los distintos tipos de responsabilidad del administrador en materia tributaria, la responsabilidad subsidiaria y la solidaria.

El resultado final pretende ofrecer un panorama global de la responsabilidad de la figura del administrador en la gestión empresarial y en materia tributaria, procurando poner claridad en la materia y salvando las dudas interpretativas mediante criterios jurisprudenciales.

METODOLOGÍA

La finalidad de la investigación jurídica es la búsqueda de soluciones a los problemas planteados por la norma, así como de la adecuada interpretación de la misma. En base a esto, resulta imprescindible seguir un método destinado a hallar la verdad y enseñarla.

El método de investigación a emplear en cada supuesto tiene mucho que ver con la naturaleza de cada ciencia, siendo necesario tener en cuenta todas las facetas que la configuran. El Derecho, como fenómeno sociocultural necesario para hacer posible la convivencia en sociedad, ofrece una triple dimensión¹ que incluye una vertiente normativa, otra fáctica y otra valorativa; gracias a su carácter normativo. En el método jurídico la norma, es el objeto esencial de estudio; en su faceta fáctica, el fenómeno jurídico muestra su naturaleza coyuntural y cambiante en el tiempo y el espacio. La naturaleza valorativa del fenómeno jurídico constituye reflejo de su objetivo, que no es otro que realizar unos determinados ideales previamente seleccionados, motivo por el cual el investigador del Derecho ajusta sus interpretaciones a tales ideas, optando por aquellas ajustadas a los valores considerados más adecuados.

Con lo afirmado queda claro que, si bien el principal objeto de estudio debe ser la norma, es preciso ocuparse también de los valores por ella definidos y de las causas y consecuencias fácticas de su elaboración e interpretación. Por ello, aunque el trabajo toma como punto de partida el estudio de los textos legales, dicha perspectiva es complementaria con la toma en consideración tanto de la realidad social objeto de regulación, como de los fines o valores que la norma pretende satisfacer. Esta consideración permitirá acercarse a la investigación del Derecho como una realidad poliédrica, donde se constata la evolución histórica de la regulación otorgada al objeto de análisis, así como los valores subyacentes en los cambios de orientación legal o en la interpretación jurisprudencial, asumiendo una labor descriptiva, crítica y constructiva.

¹ DE CASTRO CID, B.: *Cuestiones de Teoría del Derecho*, León, 1990, págs. 20-27.

En la medida en que la presente investigación versa sobre una materia jurídica, tales requisitos han sido debidamente tenidos en cuenta, procediendo a un análisis de la norma pero sin olvidar en ningún momento el debido apunte de la situación económica o de las consecuencias fácticas derivadas de la aplicación de las disposiciones legales; asimismo, ha sido imprescindible introducir valoraciones de matiz axiológico, al tratarse de un tema esencialmente impregnado de las orientaciones socioeconómicas.

Asumiendo la indicada combinación de perspectivas e intentando dotar al trabajo de una perspectiva práctica, procede sintetizar como sigue las etapas de la investigación jurídica sobre la responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil y tributario:

1.- La localización de la norma o normas vigentes (y sus antecedentes). Labor que exige estudiar las distintas disciplinas tocadas en el trabajo esto es, la Ley de Sociedades de Capital, la Ley Concursal y la Ley General Tributaria.

2.- La interpretación de la norma. Tarea dificultosa debido a los distintos criterios jurisprudenciales estudiados así como a los diferentes órdenes jurisdiccionales estudiados, el civil, y el contencioso administrativo.

3.- El pensamiento problemático. El investigador debe aportar un enfoque práctico, mostrando las diversas alternativas para resolver las contradicciones detectadas en el ordenamiento, llenar sus lagunas, seleccionar entre los diversos significados cuando se den ambigüedades, poner de manifiesto las consecuencias que derivan de cada una de las posibles alternativas. Es más, el jurista debería proporcionar adecuada orientación sobre cómo alcanzar soluciones a casos particulares, sin perder de vista, claro está, que la respuesta proporcionada debe ser compatible con las normas, cuya fuerza vinculante no desaparece por el hecho de que el intérprete las considere injustas.

I. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

El tejido empresarial español se situó en 3.186.878 sociedades según la actualización del Directorio Central de Empresas (DIRCE) a 1 de enero de 2015. Atendiendo a la evolución del último año, cabe señalar que 399.358 empresas comenzaron el ejercicio de actividades económicas durante el año 2014, mientras 329.304 empresas cesaron todas sus actividades. Estos datos denotan que existe una renovación constante del tejido empresarial. En este marco, el legislador, para garantizar la seguridad jurídica del tráfico mercantil, viene incrementando la responsabilidad de la figura del administrador con la finalidad de proteger los intereses de los socios y de los terceros de buena fe.

La responsabilidad de los administradores es un tema de importancia jurídica, porque la actuación del administrador puede tener implicaciones en distintos ámbitos; mercantil, tributario, penal y social. La crisis económica, iniciada en nuestro país en el año 2008, junto a la preocupación del legislador por la mejora de la gestión de las sociedades, han hecho que se establezca un sistema de responsabilidad del administrador más extenso y severo.

Los administradores de las sociedades de capital son las personas que actúan en nombre de la sociedad, representan a la misma, la dirigen y administran conforme a los deberes² establecidos en la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC. La figura del administrador se puede calificar de esencial³, puesto que es una figura necesaria para la creación de la sociedad. No es posible legalmente constituir una sociedad mercantil sin que se nombre a administrador que la represente. En el momento de la constitución, en los estatutos

² Los deberes han sido modificados recientemente con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, la cual establece en su exposición de motivos que: "La experiencia adquirida en los últimos años ha demostrado la importancia que un consejo de administración bien gestionado tiene para las empresas y, muy especialmente, para las sociedades cotizadas. Se hace necesario por tanto regular ciertos aspectos a los cuales se viene otorgando cada vez mayor relevancia, como son, por ejemplo, la transparencia en los órganos de gobierno, el tratamiento equitativo de todos los accionistas, la gestión de los riesgos o la independencia, participación y profesionalización de los consejeros. A estos efectos, junto a una tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad y de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés, la Ley atribuye al consejo de administración como facultades indelegables aquellas decisiones que se corresponden con el núcleo esencial de la gestión y supervisión".

³ El considerar a la administración como órgano necesario ha sido indicado por la mayor parte de la doctrina entre otros véase, SANCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, 2006, pág. 37-38. GUERRA MARTIN, G.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, La Ley, Madrid, 2011, "La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital" pág. 40.

sociales, conforme establece el art. 23 LSC, se debe de hacer mención expresa "al modo de organizar la administración de la sociedad". Así mismo, en la escritura de constitución de la sociedad se debe de identificar a las personas físicas o jurídicas, en su caso, que ocuparan el cargo, con indicación del tipo de órgano de administración elegido, esto es: administrador único, solidario, mancomunado o en su caso consejo de administración.

La LSC establece, que los administradores deberán desempeñar su cargo conforme a los deberes establecidos en la propia ley y aquellos otros que se les hayan impuesto de forma expresa por los socios en los estatutos de la sociedad. Entre los deberes básicos regulados por la ley, nos encontramos dos deberes sobre los cuales se estructura la responsabilidad del administrador. El deber de diligencia (art. 225 LSC), el deber de actuar conforme "a un ordenador empresario" y con el de lealtad (art. 227 y art. 228), el deber de actuar conforme un fiel representante.

El deber de diligencia, conforme establece el art. 225 LSC, supone desempeñar el cargo conforme al modelo de conducta de "un ordenado empresario"⁴, esto supone un grado de diligencia superior ⁵al establecido en el art. 1719 del Código Civil, que habla de la diligencia de "un buen padre de familia" para referirse al estándar medio de conducta a seguir para evitar incurrir en responsabilidad. El deber de diligencia comprende distintos deberes con un contenido específico⁶:

- El deber de información, los administradores tienen el deber de exigir información y el deber de recabar la información necesaria para cumplir sus obligaciones. Esto supone que el administrador debe de estar bien informado para poder llevar a cabo la gestión de la empresa.

⁴ Esto no supone una obligación en cuanto al resultado sino " una obligación en cuanto a medios, por lo que se establece el modo en que deben llevar a cabo sus funciones". GUERRA MARTIN, G.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, La Ley, Madrid, 2011, "La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital" pág. 40.

⁵ SANCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 2006, pág. 136.

⁶ URIA MENENDEZ,,: " Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil", Madrid, 2015, en www.uria.com/documentos/publicaciones.

- El deber de ejercer efectivamente el cargo. Los administradores deben de realizar efectivamente la administración de la sociedad y esto supone una actitud activa del administrador. La LSC ha señalado varias conductas que se podrían englobar dentro del deber de ejercer el cargo de manera efectiva. Algunas de ellas son: el deber de inscribir las escrituras de la sociedad en Registro Mercantil, el deber de convocar la Junta general, el deber de firmar las Cuentas Anuales y el deber de depositar las Cuentas Anuales en el Registro Mercantil; el deber de convocar Junta general en el caso de que concurra causa de disolución o en su caso solicitar la disolución judicial.

- El deber de vigilancia o supervisión, supone que el administrador debe de vigilar y supervisar la gestión de la sociedad y ello implica vigilar a las personas que realicen la actividad directiva de la empresa. Los administradores diligentes deben de conocer y supervisar las políticas comerciales, financieras, laborales y de gestión fiscal de la empresa, puesto que en última instancia serán ellos los responsables de las mismas.

El deber de lealtad, conforme determina el art. 227 LSC, implica que el administrador debe de actuar con buena fe, en interés de la sociedad, en beneficio de ésta y su actuación deberá de realizarse conforme a la lealtad de un fiel representante. La LSC enumera las obligaciones que debe de asumir un administrador leal;

- El deber de confidencialidad, los administradores deben de guardar silencio sobre la información de la sociedad incluso cuando haya cesado del cargo.

- El deber de evitar situaciones de conflicto de intereses, de tal manera que la ley obliga al administrador a adoptar las medidas necesarias para evitar esas situaciones y en el caso de que no se puedan evitar, a abstenerse cuando se encuentre en una situación en la que sus intereses puedan estar en conflicto con los intereses de la sociedad. El deber de evitar el conflicto de intereses tiene tanta importancia que, en los casos en los que se incurra en el mismo, se deberá no solo de informarse al resto de los administradores y a la Junta general, en el caso de que existiera un administrador único, sino que además deberá de indicarse en la Memoria de las Cuentas Anuales. En la Memoria se deberá de reflejar cualquier situación de conflicto, directo con el administrador o indirecto mediante persona vinculada al mismo, que se hubiera ocasionado en la sociedad.

Los administradores responderán si incumplen estos deberes y como consecuencia de ello, esto ocasiona un daño o un perjuicio a la sociedad, a los socios o a terceros. Este tipo de responsabilidad es una responsabilidad civil, en donde existe la obligación de responder por el perjuicio causado, siempre que se derive de un comportamiento antijurídico, imputable a aquel frente al quien se demanda la reparación⁷.

Para el legislador, como consecuencia de la Ley 31/2014, la infracción del deber de lealtad es más grave que la infracción del deber de diligencia. Esto se demuestra en el hecho de que, conforme establece el art. 232 LSC, el incumplimiento del deber de lealtad puede suponer para el administrador la devolución de los beneficios obtenidos y la impugnación y en su caso la resolución de los acuerdos que hubiera suscrito el administrador con terceros.

El régimen de responsabilidad de los administradores está establecido en el art. 236.1 de la LSC, conforme establece SANCHEZ CALERO F. y SANCHEZ - CALERO GUILARTE J.⁸, debe darse una serie de requisitos para que el administrador incurra en responsabilidad. El primero de los requisitos supone que es necesario que el daño o perjuicio que ocasiona la actuación del administrador sea sufrido por la sociedad, socio o tercero.

El segundo requisito, supone un incumplimiento de las obligaciones y de los deberes propios del administrador, siempre que haya intervenido dolo o culpa. Es importante destacar, que la actuación debe haber sido realizada por los administradores por su condición de tales y no como mero socios o particulares, puesto que en estos últimos casos la responsabilidad de los mismos sería extracontractual⁹. El administrador responde tanto por acción u omisión, en caso de incumplimientos legales, estatutarios o de los deberes inherentes al cargo de administrador, esto es de los deberes establecidos en los artículos 225 y siguientes de la LSC.

⁷ MUÑOZ PAREDES, A.: *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria*, Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 39.

⁸ SANCHEZ CALERO, F. y SANCHEZ - CALERO GUILARTE, J...: *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I*. Navarra 2013, págs. 528 y ss.

⁹ En este sentido la STS, Civil, de 23 de mayo de 2014, Repertorio Oficial de Jurisprudencia, en adelante ROJ (ROJ 2943).

En el caso de que el comportamiento del administrador suponga un incumplimiento legal, existe una presunción iuris tantum de culpa por parte del administrador. La presunción surge por el hecho que existe un acto que produce un perjuicio y que es contrario a la ley o a los estatutos sociales. El art. 226 de la LSC, establece la protección a la discrecionalidad empresarial, esto es que las decisiones estratégicas empresariales se entiendan correctamente adoptadas cuando los administradores actúen con la diligencia de un ordenado empresario. No se puede hacer responsable a los administradores del éxito de las operaciones. El fracaso de la empresa no puede ser causa para reclamar responsabilidad de los administradores cuando éstos hayan actuado conforme a la diligencia de un ordenado empresario. Las consecuencias del fracaso empresarial pueden dar lugar en todo caso a la destitución del administrador, o la reducción del salario, pero no puede suponer responsabilidad del mismo puesto que se estaría desincentivando¹⁰ la realización de la gestión estratégica.

Se presume que el administrador actúa como un ordenado empresario, con independencia del éxito o fracaso de la operación, cuando cumple cuatro requisitos; que hayan actuado de buena fé, sin interés personal en el asunto, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. En virtud de este principio, los jueces no podrán revisar las decisiones empresariales tomadas por el administrador cuando éste se haya informado previamente, la actuación no sea considerada ilegal o contraria a los estatutos y el administrador no tenga un interés propio en el asunto¹¹. De tal manera que, debe de existir un espacio de discrecionalidad en las decisiones del administrador que, actuando de manera diligente, se hayan tomado para el interés social.

¹⁰ DIAZ MORENO, ALBERTO.: " La business judgment rule en el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital", Análisis Gómez Acebo&Pombo, Julio 2014, <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/la-business-judgment-rule-en-el-proyecto-de-ley-de-modificacion-de-la-ley-de-sociedades-de-capital.pdf>. El autor establece: "...La razón de semejante afirmación no es difícil de comprender: si cualquier equivocación de los administradores de sociedades de capital en el terreno de la gestión de la empresa social fuera considerada una conducta negligente y, por tanto, desencadenante de su responsabilidad por los perjuicios causados, se estaría desincentivando gravemente la adopción de estrategias arriesgadas y se crearían estímulos para una gestión conservadora en lugar de para el impulso de proyectos innovadores (que, por supuesto, siempre comportan ciertos riesgos)".

¹¹ En este sentido la SAP de Valencia, Sección 9ª, de 7 de octubre de 2014, (SAP V ROJ 5089), admitió la teoría de "la business judgment rule", aplicada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Valencia en sentencia de 16 de diciembre de 2013.

No obstante, el órgano judicial puede con posterioridad juzgar la decisión tomada por el administrador, pero en ese caso deberá de valorar el grado de diligencia que marca el art. 226 LSC. Esta valoración se ha de realizar situándose en el momento de la toma de decisión y nunca en un momento posterior¹². El respeto a las decisiones del administrador, amparadas en este principio de discrecionalidad suponen que el órgano judicial deberá remontarse al momento temporal en el que se tomó la decisión para valorar el cumplimiento de los cuatro requisitos exigidos, esto es, que hayan actuado de buena fé, sin interés personal en el asunto, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

El tercer requisito para que el administrador incurra en responsabilidad, consiste en la exigencia de causa¹³, esto supone que la conducta del administrador debe ocasionar daño a la sociedad, socios o terceros ajenos a la misma.

Por último, el cuarto requisito supone que es necesaria la cuantificación económica del daño producido por el administrador para que pueda interponerse la acción judicial. Como regla general la cuantificación en el proceso recae sobre la parte actora, será ésta la que deba de justificar y cuantificar los perjuicios que le han ocasionado.

En el tráfico mercantil junto con el administrador social actúan otros sujetos que ejercen funciones propias del administrador y toman decisiones relevantes en el

¹² Vid, la STS, Civil, de 26 de diciembre de 2014, (ROJ 5724), en ella se indica: " 16. Desestimación del motivo tercero. Con este motivo se pretende la revisión de la valoración realizada por el tribunal de instancia, por la que concluyó que la adquisición de autocartera, dentro de los límites legales y con los requisitos establecidos en la ley, no podía calificarse de una actuación negligente de los administradores.

Identificada la conducta, que es la adquisición para Colonial de acciones propias durante el periodo comprendido entre marzo y noviembre de 2007, su ilicitud, a los efectos de la acción de responsabilidad, no radica en que estuviera prohibido por la Ley, pues se hizo dentro de los límites permitidos y con los requisitos legales, entre los que se encuentra la autorización de la Junta General de accionistas (art. 75 LSA), sino en que se trataba de un acto altamente negligente.

Dentro de los márgenes de revisión de la valoración judicial que permite en este caso el recurso de casación, podemos advertir que la sentencia recurrida parte de una premisa adecuada al juzgar sobre esta conducta no ex post facto, sino en el momento en que se realizó. En ese momento, de acuerdo con lo declarado probado, Colonial se encontraba en un proceso de expansión en segmentos que diversificaban su actividad, respaldado por los inversores y los bancos financiadores, justo antes del estallido de la burbuja inmobiliaria."

¹³ Conforme establece MUÑOZ PAREDES, A.: *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria*, cit. pág. 77 y ss, con respecto a la causa "... tenemos que indicar que para determinar la causa se debe de aplicar dos reglas, la regla de la "conditio sine quanon" (toda condición ha de ser necesaria e indispensable para que se produzca ese resultado) y la regla de " equivalencia de condiciones " (cuando concurren distintas causas todas son consideradas iguales si suprimidas imaginariamente el efecto desaparece)."

funcionamiento de las sociedades. A consecuencia de esto, le legislación amplía el círculo de responsabilidad a los altos directivos de las sociedades, art. 236.4 LSC y a la persona física representante del administrador persona jurídica, art. 236.5 LSC. La responsabilidad se extiende también, expresamente, a aquellos sujetos que realicen de forma general las tareas de gestión y representación de la empresa, en virtud de un poder general, aunque existan administradores formalmente designados. También se extiende al socio, que de hecho controla la sociedad, cuando de forma continuada desarrolle la gestión de la misma. Estamos hablando, de los administradores de hecho, a los que en el art. 236.3 se les incluye dentro del ámbito subjetivo de la responsabilidad.

Los administradores pueden ser socios de la sociedad o personas ajenas a la misma, personas físicas o personas jurídicas, en éste último supuesto, a efectos de operatividad, habrá de designarse a su vez, a una persona física para que pueda ejercer las funciones propias del cargo, conforme establece el art. 212 bis LSC.

El nombramiento de administrador conforme se indica en el art. 214. 1 LSC corresponde a la Junta general, éste nombramiento deberá de elevarse a escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil¹⁴. Sin embargo, el art. 214.3 LSC establece que el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación, y no desde su inscripción, en este punto debemos de considerar lo que establece el art. 215 LSC. Este artículo concede un plazo de diez días desde la aceptación del cargo, para que el mismo sea inscrito en el Registro Mercantil. Podemos apreciar, que la aceptación del cargo de administrador surte efectos independientemente de la inscripción en el Registro Mercantil. Así lo establece el Tribunal Supremo¹⁵, pues indica que la inscripción, es obligatoria, pero no es constitutiva, y por tanto no obsta a la validez de las actuaciones jurídicas de los administradores desde que tuvo lugar la aceptación.

¹⁴ El art. 94 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, establece la inscripción obligatoria del nombramiento y cese de administradores liquidadores y auditores.

¹⁵ STS, Civil, de 1 de marzo de 2001, (ROJ 1582).

En cuanto a la validez de la renuncia del administrador, cuando la misma no se haya inscrito en el Registro Mercantil, debemos de remitirnos al Tribunal Supremo¹⁶ que establece que falta de inscripción en el Registro Mercantil del cese del administrador no supone por sí mismo la ampliación del lapso temporal en el que deben estar comprendidas las acciones u omisiones determinantes de responsabilidad. En este sentido, se vuelve a afirmar que la inscripción en el Registro Mercantil no tiene carácter constitutivo, tal y como hemos indicado con anterioridad, y será el momento del cese definitivo el que determine el fin de la responsabilidad del administrador. No obstante, la falta de diligencia que supone la no inscripción del cese en el Registro Mercantil puede hacer que el administrador deba de responder pero sólo respecto a terceros, puesto que su condición de administrador puede haber condicionado la conducta del tercero¹⁷, de tal manera que si hubiese conocido el cese del mismo en tiempo, hubiera actuado de otra manera.

En la LSC en su art. 236.3 se establece una definición clara de lo que es el administrador de hecho, esto es una persona que desempeña sin título, con un título nulo o extinguido o con otro título las funciones propias de administrador, o aquella persona bajo la cual actúen los administradores de la sociedad. En la realidad tal y como establece MUÑOZ PAREDES¹⁸ a la vista de varios pronunciamientos jurisprudenciales, los administradores de hecho se pueden clasificar en tres grupos:

- Los administradores de hecho como sustitutos de un administrador de derecho inexistente, esto ocurre cuando el administrador tenga el cargo caducado, ejerza las funciones de administrador durante la vacancia del cargo sin tener nombramiento alguno o cuando el nombramiento sea declarado nulo pero pese a ello siga actuando como tal.

¹⁶ STS, Civil, de 3 de julio de 2008, (ROJ 3829), STS, Civil, de 12 de junio de 2009, (ROJ 5698), STS, Civil, de 18 de junio de 2009, (ROJ 5721).

¹⁷ En este sentido MUÑOZ PAREDES, A.: *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria*, cit. pág. 371 y ss.

¹⁸ MUÑOZ PAREDES, A.: *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria*, cit. pág. 103 y ss. El autor realiza una descripción de la realidad del administrador de hecho de tal manera que afirma: "... la figura del administrador de hecho se esculpe día a día por la práctica mercantil, hasta el punto de desbordar los contornos más clásicos de esta figura tradicionalmente reducidos al administrador sin título o con otro título (apoderado general, socios de referencia, altos directivos".

- Los administradores de hecho ocultos detrás del administrador de derecho, existe un administrador legalmente nombrado, pero en realidad la toma de decisión es llevada a cabo por otros.

- Los administradores concurrentes con el administrador de derecho de tal manera que la administración se ejerce entre ambos de forma conjunta.

Conforme a la STS de 8 de abril de 2016¹⁹, el administrador de hecho debe de cumplir los siguientes requisitos para que sea considerado como tal, esto es; debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, y se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad.

En la gestión diaria de muchas sociedades, con la intención de agilizar al máximo la operativa se conceden poderes de representación a personas distintas a los administradores, esto es gerentes, directivos y responsables de distintas áreas, para que puedan representar a la sociedad frente a terceros, acreedores, instituciones públicas, etc. Se debe de estudiar cada caso en particular pero dependerá del alcance del poder concedido, esto es, de si el poder permite actuar con total libertad e independencia en nombre y representación de la sociedad, y de las actuaciones llevadas a cabo con el mismo, para determinar si estaría actuando en una posición de administrador de hecho y por tanto se les podría imputar la responsabilidad del art. 236.3 LSC.

II.- LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.

La LSC establece tres tipos de acciones dirigidas a la protección de los sujetos perjudicados por los daños o perjuicios ocasionados por los administradores.

¹⁹ Según STS, Civil, de 8 de abril de 2016 (ROJ 1502), " ... Conforme a esta jurisprudencia, la noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se configura en torno a tres elementos caracterizadores: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad."

La primera de ellas es la acción social, que tiene como finalidad reparar el daño causado a la sociedad, por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo de administrador. La lesión en el patrimonio de la sociedad²⁰ debe instrumentarse a través de esta acción.

La segunda de las acciones establecidas por la LSC, es la acción individual que se les concede a los socios y a los terceros para obtener la reparación del daño causado por los actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos.

Por último, se establece una acción que va encaminada a proteger directamente los intereses de los acreedores, imponiéndole al administrador que incumple las obligaciones establecidas en la legislación mercantil, la responsabilidad solidaria de las deudas de la sociedad.

Conforme se establece en el art. 237 LSC, todos los miembros del órgano de administración que hubieran adoptado el acuerdo o adoptado el acto lesivo responderán solidariamente. Este artículo establece claramente la responsabilidad solidaria de los miembros del órgano de administración, esto supone que el sujeto legitimado podrá dirigirse contra uno o alguno o todos los miembros del órgano. El art. 237 establece tres supuestos en los que es posible eximir de responsabilidad a los miembros del órgano de administración:

a) Cuando el administrador no ha intervenido en la adopción del acuerdo y desconozca su existencia. Para que quede eximido de responsabilidad, no debe haber intervenido tampoco en la ejecución puesto que si interviene en la misma estaría ratificando implícitamente el acuerdo, pese a que no lo hubiera acordado.

b) Cuando el administrador conozca la existencia del acuerdo lesivo y haga todo lo conveniente para evitar el daño.

c) Cuando el administrador conozca la existencia del acuerdo lesivo y se opusiera expresamente. Esto supone que es necesario que vote en contra del acuerdo y que solicite que

²⁰ GUERRA MARTIN, G.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, La Ley, Madrid, 2011, RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: "La acción social de responsabilidad " pág. 155.

expresamente en las actas de la junta que se manifieste su oposición²¹. No se exime de responsabilidad al administrador que haya actuado en representación o por mandato de la Junta general. Si el administrador entiende que existe un acuerdo lesivo no debe ejecutarlo, si no que deberá de oponerse al mismo expresamente.

II. 1. La acción social de responsabilidad.

El art. 238 LSC establece con la finalidad de salvaguardar los intereses sociales, y garantizar el patrimonio empresarial, que es necesario para ejercitar esta acción que el daño se haya causado a la sociedad. Los sujetos legitimados para establecer la acción de responsabilidad frente al administrador son tres; la propia sociedad, una minoría cualificada de socios y los acreedores sociales.

Para que la acción social sea ejercitada por la propia sociedad, es necesario un acuerdo de la Junta general y, aunque no conste expresamente en el orden del día, para la aprobación basta con una mayoría ordinaria de accionistas.

La sociedad podrá, en cualquier momento, renunciar al ejercicio de esta acción siempre que no se opusieran socios que representen al menos el 5 por ciento del capital social. Por tanto, con acuerdo de la Junta general, adoptado por mayoría ordinaria de los socios, se podrá renunciar al ejercicio de la acción social, no obstante se reconoce un derecho de veto²² que podrán ejercitar los socios que alcancen en su conjunto el 5 por ciento del capital social.

Cuando la acción social no sea instada por la propia sociedad, ésta puede serlo por legitimación subsidiaria, por una minoría de socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de Junta general, esto es en las sociedades no cotizadas el 5 por ciento, art. 168 LSC y en las sociedades cotizadas, el 3 por ciento, art. 495.2 LSC. En este caso, la minoría insta la convocatoria de la Junta general que decidirá sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad.

²¹ ZURITA VICIOSO, J.M...: "La Responsabilidad de los Administradores", Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, Volumen 10, Septiembre 2015, pág. 9 y ss.

²² Sobre el estudio del derecho de veto, GUERRA MARTIN, G.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: "La acción social de responsabilidad", cit. pág. 173 y ss.

En el supuesto de que la acción se base en un incumplimiento del deber de lealtad, debido a la gravedad de la conducta del administrador, el legislador permite a los socios minoritarios, sin necesidad de someter la decisión a la Junta general, que ejerzan directamente la acción de responsabilidad social.

Existe una obligación para la sociedad, que no ha ejercido la acción social de responsabilidad, frente al administrador. Esta obligación supone reembolsar a los socios minoritarios los gastos necesarios en los que hubieran incurrido, siempre que la demanda presentada por éstos hubiera sido estimada parcial o totalmente. Se resarce, de esta manera, al socio de los gastos legales en los que hubiera incurrido en el caso de que la sociedad no hubiera interpuesto acción alguna.

Los acreedores de la sociedad también están legitimados para ejercitar la acción social. No obstante, se le imponen dos requisitos previos, esto es que la acción no haya sido interpuesta con anterioridad por la sociedad o por los socios y que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos. La insuficiencia patrimonial no tiene porque identificarse con una situación de insolvencia ni con una situación de causa de disolución por pérdidas cualificadas²³, será suficiente con que el acreedor acredite que se ha perseguido al patrimonio social de forma infructuosa.²⁴

En este tipo de acción, el tercero está interponiendo una acción judicial para defender los intereses de la sociedad, pero en ningún caso conseguiría, en el caso de que se trate de un acreedor, el pago de la deuda. Por esta circunstancia, es complicado que esta acción sea ejercitada por un acreedor de la sociedad, salvo que tenga otro tipo de vinculación con la misma. Esta circunstancia podría darse en el caso de trabajadores a los que se les adeude salarios o indemnizaciones y tengan el interés de garantizar el patrimonio empresarial para salvaguardar su puesto de trabajo.

²³ Para otros autores la mención a que el patrimonio social resulte insuficiente, coloca a la sociedad en una situación preconcursal o abiertamente concursal. En este sentido, ZURITA VICIOSO, J.M...: "La Responsabilidad de los Administradores", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, cit. pág. 12.

²⁴ En este sentido se pronuncia MUÑOZ PAREDES, A.: *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria*, cit., pág. 234 y siguientes.

El plazo para ejercitar esta acción está indicado en el art. 241 bis, donde se establece un plazo de prescripción de cuatro años desde el día en que se hubiera podido incoar la acción.

II.2.- La acción individual de responsabilidad.

La acción individual aparece contemplada en el art. 241 LSC. Con esta acción se puede reparar los daños causados para socios y terceros, principalmente acreedores, por los actos de los administradores.

Los requisitos para que concurra la acción individual han sido estudiados ampliamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁵, en adelante TS, en base a estos podemos decir que se necesita que concurra:

1) Una acción u omisión antijurídica. La referencia a la omisión, pese a que no se establece expresamente en el art. 241 LSC, se toma por extensión de la acción social.

2) Que la acción se haya cometido por los administradores en el ejercicio de su cargo.

3) Exista un daño directo al socio o tercero²⁶ que demanda. En este punto conviene destacar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación a considerar que el daño que sufren los acreedores por el impago de las deudas, consideran que el mismo no se puede calificar de daño directo, sino como daño indirecto²⁷.

²⁵ En la STS, Civil, de 23 de diciembre de 2011 (ROJ 9212), STS, Civil, de 14 de octubre de 2010, (ROJ 7567).

²⁶ En la STS, Civil, de 23 de diciembre de 2011 (ROJ 9212) establece: "... que no pueden identificarse conceptualmente "daño" con impago de lo debido, tratándose de acreedores de la sociedad, como regla, el pretendido "daño" derivado del comportamiento del administrador sería indirecto o reflejo- En este mismo sentido continúa diciendo: "... el impago del "crédito" al "acreedor" no puede identificarse sin más con "daño" y, menos aún, con "daño directo" al tercero".

²⁷ La STS, Civil, de 20 de junio de 2005, (ROJ 3971) (RJ9330) argumenta que: "... Hubo, pues, impago de deudas sociales, pero este impago no puede equivaler necesariamente a un daño directamente causado a los acreedores sociales por los administradores de la sociedad deudora, a menos que el riesgo comercial quiera eliminarse por completo del tráfico entre empresas o se pretenda desvirtuar el principio básico de que los socios no responden personalmente de las deudas sociales",

En este sentido hemos de entender que la falta de pago de los acreedores no puede suponer sin más la responsabilidad de los administradores, pues en caso contrario iríamos en contra del principio de que los socios y administradores no responden de las deudas sociales.

No obstante, para que exista responsabilidad de los administradores por la falta de pago, se debe de probar que en el momento de la contratación con el acreedor, el administrador conocía que la sociedad estaba en una situación económica "irreversible de endeudamiento y descapitalización"²⁸ que podría impedir proceder al pago. En este caso, sí que sería posible²⁹, exigir la responsabilidad del administrador por incumplimiento del deber de actuar con la diligencia de un ordenado empresario³⁰.

4) Relación de causalidad entre el acto de los administradores y el daño, correspondiendo al socio o tercero la carga de la prueba, motivando los hechos, las acciones u omisiones del administrador en el que haya concurrido dolo o culpa.

Debido a que la carga de la prueba le corresponde al socio o tercero³¹ y al hecho de que el impago al acreedor no se considere un daño directo al mismo, es complicado que prosperen las acciones judiciales. Por ello, es más común que este tipo de reclamaciones se instrumente vía art. 367 LSC, responsabilidad por deudas sociales, en este último caso no es necesario que el demandante acredite ningún tipo de vínculo de causalidad, pues la ley imputa responsabilidad al administrador por las deudas posteriores a la causa de disolución. No obstante lo anterior, tenemos que dejar claro que la vía para resarcir el daño directo causado es la vía de la acción individual, mientras que la vía para el cobro de la deuda no satisfecha es la del art. 367 LSC³².

²⁸ STS , Civil, de 16 de febrero de 2004 (ROJ 986) .

²⁹ MUÑOZ PAREDES, A.: *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria*, cit, pág. 270 y ss. El autor expone la STS , Civil, de 16 de febrero de 2004 (ROJ 986) .

³⁰ STS, Civil, de 16 de febrero de 2004 (ROJ 986).

³¹ ZURITA VICIOSO, J.M.: "La Responsabilidad de los Administradores", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, cit. , pág. 14 y 15.

³² MUÑOZ PAREDES, A.: *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria*, , cit. , pág. 240.

En cuanto al plazo de responsabilidad, conforme hemos indicado en la acción social, el art. 241 bis LSC establece como plazo de prescripción, tanto para la acción individual como para la acción social, cuatro años desde el día en que haya podido ejercitarse la acción de responsabilidad.

II. 3. La acción de Responsabilidad solidaria por deudas sociales.

El art. 367 LSC, regula la responsabilidad solidaria de los administradores de las sociedades por las deudas sociales, que concurran con posterioridad a las causas de disolución. Existen varios requisitos para que podemos exigir la responsabilidad solidaria:

- Que la sociedad se encuentre en alguna de las causas de disolución establecidas en el art. 363 LSC, esto supone que la sociedad podrá disolverse:

a) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año. Se trata de un cierre del domicilio social, sin que se haya producido la liquidación de la sociedad o en su caso el concurso, haciendo imposible la posibilidad de que se cobren los créditos contra la sociedad. Ante la falta de definición normativa el Tribunal Supremo³³ define lo que es cese de actividades considerando que se debe de tratar de un cese completo, definitivo e irreversible³⁴, no siendo suficiente el mero cese temporal ni parcial de las actividades.

³³ En este sentido STS Cont.-Admtivo., de 19 de mayo de 2013 (ROJ 2760). Esta sentencia establece: " ...Ante la ausencia de definición normativa del concepto "cese de actividades", se han generalizado las posiciones doctrinales y jurisprudenciales según las cuales el cese de actividad que integra el presupuesto de responsabilidad del artículo 40.1, párrafo segundo, de la LGT/1963 constituye un concepto fáctico, no jurídico ni formalista, consistente en una situación de hecho caracterizada por la paralización material de la actividad mercantil societaria en el tráfico o mercado, sin que se produzca, conforme a Derecho, la extinción y desaparición de la entidad, la cual conserva intacta su personalidad jurídica. El cese de actividades ha de ser completo, definitivo e irreversible, no bastando una cesación meramente parcial o la suspensión temporal de las actividades.

La exigencia de paralización de la actividad mercantil ha de matizarse en cada caso al objeto de evitar posibles conductas fraudulentas, por lo que el cese no puede identificarse siempre con la desaparición integra de todo tipo de actuación, pudiendo apreciarse el mismo en aquellos supuestos en que, a fin de eludir las responsabilidades que pudieran resultar exigibles en el pago de las deudas tributarias, se simule la existencia de cierta actividad o se mantenga un nivel mínimo de actuaciones derivado de la simple inercia del tráfico comercial".

³⁴ Esta conclusión es admitida por los Tribunales. En este sentido GUERRA MARTIN, G.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, La Ley, Madrid, 2011. Alvarez Martinez, J...: "La

b) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto social.

c) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.

d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento. Este supuesto se produce por el bloqueo de la Junta general o de los administradores sociales.

e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

f) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley.

g) Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años.

h) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

- Que los administradores no convoquen la Junta general, en el plazo de dos meses³⁵, desde que concurre la causa, para que se adopte el acuerdo de disolución o, en el supuesto de que la sociedad fuese insolvente, para que se inste el concurso de acreedores. El administrador incurre en responsabilidad por su conducta pasiva, de no convocar y de no instar el concurso. La justificación de la omisión mediante causa justa podría eximir de responsabilidad al administrador, en todo caso tendría que ser los tribunales los que valoraran la justificación dada por el administrador.

responsabilidad subsidiaria de los administradores de sociedades que hubieren cesado en sus actividades ", pág. 497.

³⁵ El art. 365 LSC dispone: " 1. Los administradores deberán convocar la Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente.
2. La Junta General podrá adoptar el acuerdo de disolución o, si constare en el orden del día, aquél o aquéllos que sean necesarios para la remoción de la causa."

Si no se cumple con el plazo establecido, la ley establece directamente la responsabilidad, no se admite prórroga alguna, ni demoras en el cómputo del plazo. El plazo de dos meses es un "termino fatal", puesto que transcurridos los dos meses surge la responsabilidad del administrador³⁶.

Para que responda el administrador de las deudas sociales tiene que haber ejercido el cargo en el momento en que se produzca la causa de disolución y dos meses más³⁷, de tal manera que si cesa con anterioridad al transcurso del plazo de dos meses no surge la responsabilidad solidaria. El cese, para que limite la responsabilidad, tiene que haberse producido con anterioridad al transcurso del plazo de los dos meses y además en el caso de que éste fuese voluntario, es necesario que no haya dificultado a la Junta general para que pueda acordar la disolución o en su caso el concurso en el plazo legalmente estipulado. En todo caso, será liberatorio para el administrador el cese forzoso por Junta general³⁸.

En el caso de que el cese del administrador implique que no exista órgano social que pueda convocar la Junta o que los que queden no puedan decidir si se opta o no por la disolución, no se exime de responsabilidad al administrador que cesó, agravándose incluso la responsabilidad puesto que este comportamiento denota una falta grave de diligencia³⁹.

- La existencia de un crédito contra la sociedad, crédito que deberá de ser posterior a la generación de alguna de las causas de disolución mencionadas anteriormente. Se trata por tanto, de una acción limitada exclusivamente a los acreedores de la sociedad. El art. 367.2 LSC, establece que las deudas sociales se presumirán de fecha posterior a la causa legal salvo que los administradores prueben que son de fecha anterior. En estos casos, la carga de la

³⁶ En este sentido MUÑOZ PAREDES, A.: *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria*, cit., pág. 348. El autor hace propia la tesis de Prof. Rojo en el Anteproyecto del Código de Mercantil, y dispone que " (el) cumplimiento tardío por los administradores de los deberes a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior extinguirá la responsabilidad legal de éstos frente a aquellos acreedores que no hubieran exigido judicialmente esa responsabilidad".

³⁷ STS, Civil, de 5 de diciembre de 2007 (ROJ 7779), STS, Civil, de 28 de abril de 2006 (ROJ 2921).

³⁸ MUÑOZ PAREDES, A.: *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria*, cit., pág. 365.

³⁹ Un estudio detallado sobre distintas sentencias referidas al cese del administrador se estudian detalladamente en MUÑOZ PAREDES, A.: *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria*, cit., pág. 365 y ss.

prueba se imputa a los administradores puesto que son ellos los que deben de probar que las deudas son de fecha anterior. Este mecanismo sirve para facilitar al acreedor la reclamación y evitarle así que pruebe si su derecho surge con anterioridad o posterioridad a la fecha en la que aparece la causa de disolución⁴⁰, puesto que en caso de imputarle la carga de la prueba al acreedor se exigiría que entrara a conocer el funcionamiento interno de la sociedad y esto dificultaría el ejercicio de esta acción.

II.3.1. La responsabilidad por deudas sociales.

El art. 363.1.d) LSC establece que cuando la sociedad tenga pérdidas patrimoniales que dejen reducido su patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, surge la obligación de disolución⁴¹.

El Plan General de Contabilidad (PCG)⁴² y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas (PGC PYMES), establece lo que se considera Patrimonio neto contable, y éste incluye con signo positivo: el capital escriturado, la prima de emisión, las reservas, el remanente de ejercicios anteriores, las aportaciones de socios como las aportaciones para compensar pérdidas, el beneficio del ejercicio, otros instrumentos del patrimonio neto y las subvenciones, donaciones y legados; y con signo negativo: el capital no exigido, los dividendos pasivos, las acciones y participaciones propias, los resultados

⁴⁰ GUERRA MARTIN, G.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital, La Ley*, Madrid, 2011. Sacristán Bergia, F.: "La responsabilidad de los administradores por no promover la disolución en las sociedades de capital". pág. 267 y ss.

⁴¹ La norma de registro y valoración (NRV) 23.ª del PGC establece en «Hechos posteriores al cierre del ejercicio» que las cuentas anuales no se formularán sobre la base del principio de empresa en funcionamiento, cuando, aunque sea con posterioridad al cierre del ejercicio, exista la intención de liquidar la empresa o cesar en su actividad. En estos casos, se debe de aplicar para formular las cuentas anuales la Resolución de 18 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento.

⁴² El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en adelante ICAC, mediante la Resolución de 20 de diciembre de 1996, fijó los criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a los efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil. En este mismo sentido, la Consulta nº1 publicada en el Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en adelante BOICAC, nº 53 de marzo de 2003 estableció el concepto de patrimonio neto contable a efectos de la distribución de beneficios. Sin embargo debemos de tener en cuenta que a raíz de la Ley 16/2007 Ley de Reforma Contable, en cuanto a la definición de patrimonio neto, debemos de remitirnos a lo establecido en el PGC y en el PGC PYMES publicados mediante los Reales Decretos 1514/2007 y 1515/2007, respectivamente.

negativos de ejercicios anteriores, las pérdidas del ejercicio y los dividendos a cuenta entregados. También forman parte del patrimonio neto, con signo negativo o positivo según el caso, los ajustes por cambios de valor.

Esta definición se tiene que complementar con el Real Decreto Ley 10/2008⁴³, a los efectos de disolución obligatoria, y por tanto irán al patrimonio neto contable con signo positivo, los dividendos pasivos, la cifra de capital (nominal y prima) registrado contablemente como pasivo (esto es, determinadas acciones/participaciones sin derecho de voto; acciones rescatables a elección del accionista; acciones/participaciones con dividendo privilegiado; capital y prima de aumento de capital en vías de inscripción), los préstamos participativos y las cantidades contabilizadas como pérdidas por deterioro derivadas de inmovilizado material, inversiones inmobiliarias y existencias; y con signo negativo o positivo, los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias.

La relación que marca la ley entre el patrimonio neto y el capital social es clara, éste no puede estar por debajo de la mitad del capital social puesto que en este supuesto estaríamos en causa de disolución con la repercusión de la responsabilidad del administrador. Y no es relevante el importe en que diste el patrimonio neto respecto a la mitad del capital social, puesto que habrá responsabilidad del administrador, con independencia del importe de la diferencia cuantitativa⁴⁴.

⁴³ En la disposición adicional única del Real Decreto Ley 10/2008, se establece " ... a los solos efectos de la determinación de las pérdidas para la reducción obligatoria de capital regulada en el segundo párrafo del artículo 163.1 TRLSA y para la disolución prevista en los art. 260.1.4º de dicho texto legal y 104.1.e) de la LSRL, no se computarán las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del inmovilizado material, las inversiones inmobiliarias y las existencias" Esta norma se prorrogó posteriormente mediante el Decreto -Ley 5/2010, de 31 de marzo, durante dos ejercicios siguientes. En este mismo sentido la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, en su disposición final séptima, establece: " A los solos efectos de la determinación de las pérdidas para la reducción obligatoria del capital regulada en el artículo 327 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital no se computarán las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del Inmovilizado Material, las Inversiones Inmobiliarias y las Existencias o de préstamos y partidas a cobrar.
2. Lo dispuesto en el apartado anterior únicamente será de aplicación excepcional en los ejercicios sociales que se cierren en el año 2014"

⁴⁴ La SAP de Pontevedra, Civil, de 6 de febrero de 2012 (ROJ 251), considera que existe causa de disolución cuando la diferencia entre el patrimonio neto y la mitad del capital social era de 14 euros. Así se establece: " ...TERCERO.- La concurrencia de causa de disolución en las cuentas del ejercicio 2003 no nos parece discutible, pues claramente el patrimonio neto contable era inferior a la mitad del capital social. Que lo era por una cantidad

En las sociedades de capital pueden darse la insolvencia de la sociedad (esto es la falta de liquidez para afrontar las obligaciones de pago que tiene contraídas) y este hecho por sí solo, no da lugar a causa de disolución. No obstante, cuando a la insolvencia de la sociedad se añade una situación de pérdidas cualificadas, el art. 363.1.e) LSC establece que se habrá que solicitar la declaración de concurso, habrá que aplicar pues la Ley Concursal. Conviene en este punto detenernos e indicar lo que el Tribunal Supremo⁴⁵ entiende por situación de insolvencia y por pérdidas cualificadas o agravadas, puesto que la confusión por parte del administrador a la hora de ejercer una acción por una vía u otra puede ocasionarle la responsabilidad solidaria.

La situación de insolvencia se da cuando la sociedad no puede cumplir regularmente con las obligaciones que tiene contraídas y esto no se puede identificar con el hecho de que el patrimonio neto contable sea inferior a la mitad del capital social. Puesto que puede ocurrir que exista insolvencia, la empresa no tenga liquidez, y la sociedad tenga sus cuentas saneadas

exigua no altera las cosas. El legislador ha establecido un criterio objetivo, sin margen para la valoración del intérprete, tanto en la cuantía como en las causas o en el carácter de las pérdidas, sin duda por elementales razones de seguridad jurídica. Si la cifra de patrimonio contable no supera la mitad del capital social, en mucho o en poco, existe desbalance y concurre causa de disolución, atendidas las magnitudes consignadas en el balance (RICAC 20.12.1996)

Otra cosa será que se demuestre, a través de la oportuna pericia, la existencia de un error en la formulación de las cuentas, por las razones que fueren. Pero en el caso tal prueba se ha omitido absolutamente. La alegación de que el desbalance en 14 euros resultó un error en la contabilidad queda convertida en una afirmación hueca, sin contenido, tanto más cuanto que no se explica en qué consistió tal error."

⁴⁵ En este sentido Vid, las STS, civil, 1 de abril de 2014, (ROJ 1368) en este mismo sentido la STS, civil, 15 de octubre de 2013, ROJ 590/2013. En la primera de ella se establece: "... DECIMOTERCERO.- Valoración de la Sala. La insolvencia a efectos del concurso. Responsabilidad de los administradores por déficit concursal y responsabilidad societaria por deudas de la sociedad...

2.- No puede confundirse la situación de insolvencia que define el artículo 2.2 de la Ley Concursal cuando afirma que «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», con la situación de pérdidas agravadas, incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores de realizar las actuaciones que las leyes societarias les imponen encaminadas a la disolución de la sociedad y, que, en caso de incumplimiento de tales deberes, dan lugar por esa sola razón a su responsabilidad con arreglo a la legislación societaria.

En la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo ser liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual.

Por consiguiente, aunque con frecuencia se solapan, insolvencia y desbalance patrimonial no son equivalentes, y lo determinante para apreciar si ha concurrido el supuesto de hecho del art. 165.1 de la Ley Concursal es la insolvencia, no el desbalance o la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas agravadas".

y al contrario, que la sociedad tenga incluso los fondos propios negativos pero que tenga liquidez suficiente para afrontar todas sus obligaciones.

En opinión de Muñoz Paredes, A.⁴⁶, se pueden dar tres situaciones posibles en relación con la insolvencia y pérdidas cualificadas; cuando solo exista pérdidas cualificadas pero no insolvencia, se deberá de proceder a liquidar, cuando solo exista insolvencia actual pero no pérdidas cualificadas, se deberá de recurrir al concurso y finalmente cuando se dan los dos casos, insolvencia actual y pérdidas cualificadas, en este caso se deberá conforme el art. 363 LSC recurrir al concurso puesto que el deber de acudir al concurso se impone al deber de liquidar.

En el tráfico mercantil es habitual que las sociedades pasen por diversas situaciones económicas, ejercicios económicos con ganancias y otros ejercicios con pérdidas a veces incluso continuadas. Por ello, los administradores de sociedades que se encuentran en causa de disolución pueden decidir no liquidar la sociedad sino continuar con la misma, ante las perspectivas de que esta situación se resuelva y se lleguen de nuevo a ejercicios económicos con ganancias. Por tanto, podemos encontrarnos con que en uno o dos ejercicios económicos la sociedad se encuentre en causa de disolución, pero que esta circunstancia cambie debido a que durante uno o varios ejercicios existan beneficios. En estos casos⁴⁷, conforme establece el Tribunal Supremo, los acreedores podrán exigir responsabilidad a los administradores respecto a las deudas que existían durante el tiempo en que se incumplió la obligación de disolver pero no respecto a las que existían cuando cesa la causa de disolución.

⁴⁶ MUÑOZ PAREDES, A.: *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria*, Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 523 y ss.

⁴⁷ En la STS, Civil, 14 de octubre de 2013, ROJ 4932/2013, se deja claro : " ... En este caso, quedó acreditado en la instancia que los administradores demandados no convocaron la junta para que acordara la disolución, esto es, incumplieron el primer deber legal relacionado con la promoción de la disolución. La primera cuestión controvertida radica en determinar el alcance de la responsabilidad, esto es, respecto de qué deudas de la sociedad serán responsables solidarios los administradores que incumplieron aquel deber legal de promover la disolución, y en concreto si esta responsabilidad incluye el crédito de la demandante (Cajalon), que surgió transcurridos más de dos años del cese de los administradores ...

La remoción de la causa de disolución de la compañía no extinguió la posible responsabilidad en que hubiera podido incurrir el administrador durante el tiempo en que incumplió el deber de promover la disolución, respecto de los créditos existentes entonces, pero sí evita que a partir del momento en que cesa la causa de disolución puedan surgir nuevas responsabilidades derivadas de aquel incumplimiento. Esto es, los acreedores de las deudas sociales surgidas después de que la compañía hubiera superado la causa de disolución, como es el caso de Cajalón, carecen de legitimación para reclamar la condena solidaria del administrador basada en un incumplimiento anterior".

Cuando la sociedad se encuentre en una situación de insolvencia que le impida tener liquidez para hacer frente a las obligaciones deberá el administrador solicitar en el plazo de dos meses el concurso. La ley 22/2009, Ley Concursal en su art. 3.1 establece que serán competentes para solicitar el concurso voluntario, en el caso de personas jurídicas, el órgano de administración. Éste mismo deberá, como se ha indicado con anterioridad, convocar la Junta general para que se adopte el acuerdo⁴⁸.

En el caso de que el concurso sea calificado como culpable⁴⁹, la LC establece en el art. 172 la responsabilidad en la que incurrirán los administradores de hecho o de derecho y los liquidadores⁵⁰, esto supondrá la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa, la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, el deber de pagar por los daños y perjuicios causados y en el caso de que, no se haya podido cubrir la totalidad de las deudas en la liquidación, como mecanismo de completamiento del activo⁵¹, el juez podrá acordar que deban de pagar a los acreedores el

⁴⁸ En este sentido Vid, GUERRA MARTIN, G.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, La Ley, Madrid, 2011. Sacristán Bergia, F.: "La responsabilidad de los administradores por no promover la disolución en las sociedades de capital". pág. 228. El autor afirma que es necesario la convocatoria de la Junta : " ... pero en aquellos casos en los que coincidan situaciones de pérdidas constitutivas de causa de disolución con un estado de insolvencia inminente, el cumplimiento alternativo a la disolución hace necesario que la solicitud de concurso sea precedida de un acuerdo de la Junta general"

⁴⁹ El art. 164.1 LC establece que el concurso se calificará culpable cuando :
"El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2."

⁵⁰ El art. 172 LC extiende la responsabilidad en caso de personas jurídicas a: " En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.2, en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo"

⁵¹ GUERRA MARTIN, G.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*. La Ley, Madrid, 2011. PULGAR EZQUERRA, J.: " La responsabilidad concursal de los administradores sociales" pág. 372. En este sentido la autora considera que la responsabilidad de los administradores y liquidadores del art. 172.3 LC; " ... constituiría un mecanismo de completamiento del activo que se añadiría a los mecanismos de

importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. En este mismo sentido el juez, conforme establece el art. 48 ter LC, puede acordar como garantía, en el mismo momento de la declaración del concurso, en el caso que existan insuficiencia de la masa o cuando vea claros indicios de que el concurso sea culpable, el embargo cautelar de los bienes de los administradores. Esta responsabilidad sólo existiría en el caso de que el concurso fuese declarado culpable. La declaración de culpabilidad del concurso exige la concurrencia de dolo o culpa grave en la actuación del administrador que cause o agrave la insolvencia⁵², sin embargo la LC realiza dos tipos de presunciones de culpabilidad del concurso; presunciones *iuris et de iure*, establecidas en el art. 164.2 LC, y otras presunciones *iuris tantum* establecidas en el art. 165 LC.

En este punto conviene destacar como los incumplimientos contables tienen repercusiones directas en la calificación del concurso. La falta de diligencia del administrador por no haber ejercido efectivamente el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante, repercute de forma directa en la calificación del concurso y por tanto hace que el administrador sea sujeto responsable del mismo. Así, la falta de formulación de las cuentas anuales⁵³ y su depósito en alguno de los tres últimos ejercicios previos a la declaración del concurso hace que se presuma la exista dolo o culpa intencionada, por parte del administrador, lo que hace que el concurso pueda ser declarado culpable. En el caso en que el incumplimiento sea la no llevanza de contabilidad o cometer irregularidades en la misma que

reintegración de la masa que de algún modo podría sostenerse han perdido algo de protagonismo con la nueva legislación concursal ..."

⁵² GUERRA MARTIN, G.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*. La Ley, Madrid, 2011. PULGAR EZQUERRA, J.: "La responsabilidad concursal de los administradores sociales" pág. 345.

⁵³ En este sentido es interesante destacar los cambios producidos en la Disposición Adicional Novena de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en donde se regula la colaboración entre la Dirección General de Registros y Notariado y el Instituto Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Esta colaboración se concreta al objeto de que los registradores mercantiles remitan información sobre las empresas que han depositado las cuentas anuales. La finalidad de esta medida supone realizar un control más estricto sobre la obligación de depósito de las cuentas anuales por parte de las sociedades mercantiles, de cara a aplicar el régimen sancionador administrativo en caso de incumplimiento. Debemos de recordar que el artículo 279 LSC impone la obligación a los administradores dentro del mes siguiente a la aprobación de las cuentas anuales a su depósito en el Registro Mercantil. El artículo 283 LSC regular el régimen sancionador aplicable al incumplimiento de esta obligación, así este artículo establece multas económicas por importe de 1.200 a 300.000 euros en función del volumen de facturación

dificulten la situación patrimonial, sin que se admita prueba en contrario, el concurso será calificado de culpable.

II.4. El seguro de responsabilidad civil de los administradores.

Una vez expuesta la responsabilidad de los administradores establecida en la LSC y vistos los supuestos en los que los administradores responderán por sus actos, conviene detenernos en la posibilidad del administrador de proteger su patrimonio personal frente a las reclamaciones de la sociedad, socios o terceros: acreedores o trabajadores. El contrato de seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos, en adelante D&O (*Directors and Officers*) es un instrumento de salvaguarda del patrimonio personal y familiar ante la tendencia de ampliar y agravar el ámbito de responsabilidad del administrador⁵⁴, es una vía que permite que éste pueda actuar con libertad de acción empresarial⁵⁵, sin que por ello se vean expuestos sus bienes.

El D&O es un seguro voluntario⁵⁶ que tiene como objetivo proteger el patrimonio personal del administrador ante las consecuencias económicas derivadas del incumplimiento de sus obligaciones legales o de negligencia por la realización de sus funciones. Se excluyen de la cobertura los supuestos de responsabilidad en los que exista conducta fraudulenta del asegurado, mala fe, dolo. De tal manera que, la mala fe del asegurado, exime al asegurador de indemnizar. La mala fe o dolo supone que el administrador haya realizado actuaciones u

⁵⁴ RONCERO SANCHEZ, A.: " El seguro de responsabilidad civil de los administradores", Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2005, pág. 2

⁵⁵ AVILA VILLEGAS, I.: "El seguro de responsabilidad civil de los administradores (D&O)", *Revista de la Asociación de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 20, 4 trimestre, 2006, pág. 13.

⁵⁶ Sobre la posibilidad de que se imponga la suscripción del seguro mediante acuerdo , Vid, RONCERO SANCHEZ, A.: " El seguro de responsabilidad civil de los administradores", Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2005, pág. 4 y ss., expone: "Desde el punto de vista de su caracterización como modalidad del seguro de responsabilidad civil, constituye en primer lugar un seguro voluntario pues ninguna norma legal impone obligatoriamente su contratación sin perjuicio de que la misma pueda imponerse convencionalmente (así, mediante una disposición estatutaria o acuerdo de la junta general a tenor de lo previsto en el art. 123.1 LSA) e igualmente de que desde una perspectiva de "lege ferenda" pueda considerarse conveniente la introducción del deber legal de los administradores, al menos en ciertas sociedades, de concluir un seguro de responsabilidad civil"

omisiones de forma consciente y voluntaria con la intención de producir daño⁵⁷. Se trata de un seguro de responsabilidad civil puesto que, tiene como finalidad proteger la responsabilidad en que puede incurrir el administrador en el ejercicio de su actividad profesional y se trata de un seguro que cubre habitualmente tres tipos de riesgos⁵⁸;

- El riesgo⁵⁹ derivado de las acciones u omisiones contrarios a la ley, Estatutos o que sean contrarios a los deberes inherentes al cargo que causen daños en terceros. Se entiende por terceros, la propia sociedad, los accionistas, socios o partícipes o una parte de ellos; los trabajadores, los proveedores o acreedores y otros terceros que vean vulnerados sus derechos. En principio, salvo que expresamente se excluya de la póliza, se incluye dentro del seguro la responsabilidad solidaria por deudas sociales y en concreto la responsabilidad por no disolución establecida en el art. 367 LSC

Una vez que haya ocurrido el riesgo, el derecho del asegurado conforme se establece en el art. 18 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en adelante la LCS, es percibir la indemnización, en este caso afrontar el pago de las cantidades reclamadas al administrador. Así la finalidad básica de este seguro, es cubrir las indemnizaciones por la responsabilidad civil del administrador siempre que medie culpa o negligencia en el desempeño de su cargo.

- La defensa jurídica⁶⁰ la debe de asumir el asegurador, conforme el art. 74.1 LCS, y será a cuenta de éste los gastos derivados de la misma. No obstante, esta cobertura se deja a

⁵⁷ Ávila Villegas, I.: "El seguro de responsabilidad civil de los administradores (D&O)", *Revista de la Asociación de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro*, cit., pág. 18.

⁵⁸ GUERRA MARTIN, G.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*. La Ley, Madrid, 2011 Pérez Carillo, E.F..." El seguro de responsabilidad de administradores de sociedades mercantiles " pág. 284 y ss.

⁵⁹ Queda por tanto expresamente excluido de la cobertura que dado que se trata de un seguro de responsabilidad civil, "... quedará excluido de su cobertura el riesgo de responsabilidad que no tenga este carácter (fundamentalmente, los supuestos de responsabilidad derivados de infracciones administrativas y penales, pero no así la responsabilidad civil derivada de la comisión culposa de un delito o falta)." RONCERO SANCHEZ, A.: " El seguro de responsabilidad civil de los administradores", *Revista para el análisis del Derecho*, cit., pág. 24.

⁶⁰ Los gastos de defensa comprenden todos los gastos originados por la defensa del asegurado tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial, incluyendo la constitución de fianzas civiles, gastos de constitución y mantenimiento de aval bancario y gastos de constitución de fianzas penales, en general todo los gastos que puedan exigirse al asegurado en el procedimiento de exigencia de su responsabilidad.

libre disposición de las partes puesto que la norma deja la puerta abierta a ésta opción cuando indica que "salvo disposición en contrario" los gastos de defensa jurídica los asumirá el asegurador. Sin embargo, dadas las características propias de este seguro y el tipo de riesgo que cubre que, sería impensable por poco operativo un D&O que no asumiera los gastos de defensa.

- El riesgos de reembolso, esto supone que la aseguradora deberá de reintegrar a la sociedad en el caso de que ésta haya adelantado cantidades como consecuencia de la defensa jurídica del administrador o pagos a los terceros por los perjuicios causados. De tal manera que, la sociedad podrá asumir en un primer momento los gastos de defensa del administrador e incluso podrá asumir los adelantos de las indemnizaciones pero existirá un derecho de subrogación⁶¹ de la sociedad en los derechos de indemnización del asegurado, en este caso el administrador.

II.- LA RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DE LOS ADMINISTRADORES

II. 1. Las particularidades de la Responsabilidad Tributaria.

En el año 2014, la deuda dejada de recaudar por parte de la Agencia tributaria rondó los 50.000 millones de euros, y el año 2013, la deuda cancelada sin ingreso, se aproximó a los 20.000 millones euros. La crisis económica ha supuesto un incremento significativo de la deuda tributaria, gracias a los impagos producidos por el sector más castigado, el sector de la construcción. En este entorno, cobra importancia la posibilidad de derivación de responsabilidad al administrador de las deudas tributarias pendientes de la sociedad. La Responsabilidad tributaria⁶² tiene como fundamento jurídico garantizar el crédito tributario, el

⁶¹ Ávila Villegas, I.: "El seguro de responsabilidad civil de los administradores (D&O)", *Revista de la Asociación de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro*, cit., pág. 24.

⁶² CASTELLANOS TORRES, J.A.: "El procedimiento de derivación de responsabilidad tributaria" *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales ICADE*, 2009, pág.67 y ss. En este estudio se abordan las diferencias entre la Responsabilidad Tributaria y la Responsabilidad Administrativa y la Responsabilidad Civil. Para el autor, la Responsabilidad Civil tiene como fundamento jurídico la existencia de un daño injusto, y la Responsabilidad Administrativa tiene como presupuesto de hecho la infracción jurídica, sin embargo la Responsabilidad Tributaria puede operar en supuestos en los que no se haya producido daño alguno a la Hacienda Pública e incluso cuando no se haya producido infracción jurídica.

pago de la deuda tributaria⁶³. Esto hace que para que surja la responsabilidad tributaria no sea requisito necesario que se haya ocasionado perjuicio alguno, ni incluso que se haya cometido ninguna infracción contra la Administración tributaria.

El art. 8 c) y el art.41⁶⁴ de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, por el que se aprueba la Ley General Tributaria, en adelante LGT, determina que se reserva a una norma de rango legal, los supuestos de responsabilidad tributaria y por tanto, no será posible la ampliación, modificación o sustitución de estos supuestos sin que así se determine por Ley⁶⁵. De tal manera que, no se permite que la responsabilidad tributaria pueda derivarse, limitarse o modificarse mediante transacción o convenio entre los particulares⁶⁶.

Del estudio del art. 41 LGT, se puede apreciar como el responsable concurre junto con la lista de los deudores principales indicados en el art. 35.2 de la LGT, en el pago de la deuda tributaria. De esta manera, expresamente, el art. 35.5 LGT establece que la figura del responsable queda obligada al pago de la deuda tributaria junto con los obligados tributarios. Esto no supone, en ningún caso, que se libere al obligado principal⁶⁷, sino que el responsable se suma a éste, ampliando el número de sujetos que están obligados al pago, cumpliéndose así la finalidad de garantía⁶⁸.

El contenido de la obligación del responsable queda limitado al pago de la deuda tributaria exigida en periodo voluntario⁶⁹, no obstante ésta se puede ver incrementada con los

⁶³ MAZORRA MANRIQUE DE LARA, S.: *Los Responsables Tributarios*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág.65.

⁶⁴ El art. 41.1 establece: "La ley 1. La ley podrá configurar como responsables solidarios o subsidiarios de la deuda tributaria, junto a los deudores principales, a otras personas o entidades. A estos efectos, se considerarán deudores principales los obligados tributarios del apartado 2 del artículo 35 de esta ley."

⁶⁵ STJ de Navarra, Cont.-Admtivo., de 28 de enero de 1997, (ROJ 32).

⁶⁶ Conforme determina expresamente la STS, Cont.-Admtivo., de 16 de mayo de 1991, (ROJ 14531).

⁶⁷ Conforme determina expresamente la STS, Cont.-Admtivo., de 16 de mayo de 1991, RJ 14531/1991: " el sujeto pasivo (contribuyente o sustituto), no desaparece como obligado tributario original, ni queda eximido de su preexistente deber de pago".

⁶⁸ GUERRA MARTIN, G.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, La Ley, Madrid, 2011. CAYON GALIARDO, A.: "La responsabilidad tributaria de los administradores de sociedades. Administradores de Personas Jurídicas que hubiesen cometido una infracción tributaria " pág. 451.

⁶⁹ Otra excepción a esta regla se encuentra en el art. 43 LGT que extiende a la responsabilidad subsidiaria de los administradores de hecho o de derecho, las sanciones tributarias. En este sentido el art. 43 establece: "...los

recargos e intereses que correspondan por el incumplimiento del pago en plazo del propio responsable. En el caso de que el responsable sea declarado solidario conforme al art. 42.2 de la LGT, responderá de la deuda tributaria pendiente, sanciones tributarias, recargos e intereses de demora. En el supuesto de que el ingreso fuese realizado por el responsable la propia LGT establece en su art. 41.6, el derecho del reembolso frente al deudor principal en los términos previstos en la legislación civil. El fundamento de este derecho se basa en la figura civil del enriquecimiento injusto. Así el deudor principal, se ha enriquecido injustamente frente al responsable que ha afrontado el pago de la deuda nacida a cargo del deudor principal⁷⁰. El art. 41.6 LGT nos remite a la legislación civil para la determinación del importe a reclamar, el plazo de prescripción para ejercitar la acción⁷¹ y del órgano judicial competente para conocer de la misma. Pese a que se da al responsable el derecho a repetir frente al deudor principal, la realidad indica que las posibilidades de cobro, en el caso de responsables subsidiarios en donde previamente ha habido una declaración de fallido del deudor principal, serán muy escasas y complicadas, en la medida en que ya la Administración Tributaria, de forma previa lo ha intentado y no lo ha conseguido pese a todos los medios que tiene a su alcance.

La Administración Tributaria puede declarar dos tipos de responsabilidad, subsidiaria y solidaria. Respecto a la responsabilidad subsidiaria, debemos indicar que sólo puede ser requerido el responsable subsidiario, cuando exista una declaración de fallido⁷² del deudor

administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo éstas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones. Su responsabilidad también se extenderá a las sanciones."

⁷⁰ GUERRA MARTIN, G.: La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital. CAYON GALIARDO, A.: "La responsabilidad tributaria de los administradores de sociedades. Administradores de Personas Jurídicas que hubiesen cometido una infracción tributaria " cit., pág. 462 y ss.

⁷¹ En cuanto al plazo para ejercitar la acción hemos de remitirnos al art. 1964 del Código Civil, en la nueva interpretación fijada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre. De tal manera que conforme a éste artículo el plazo será de cinco años, así se establece en el mencionado artículo en su apartado segundo:

"2.- Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan".

⁷² En este sentido la Resolución del TEAC de 9 de junio de 2010, (NR: 1065/2010). "... la declaración de responsabilidad subsidiaria estaba sujeta a la previa declaración de fallido del sujeto pasivo, es decir, a la declaración de su insolvencia. La declaración de fallido no es propiamente un título ejecutivo para actuar contra el responsable subsidiario y no forma parte, propiamente hablando, del procedimiento de declaración de

principal. La declaración de fallido es requisito necesario para que nazca la acción frente al responsable subsidiario. La falta de la declaración de fallido hace que se declare la nulidad del procedimiento de derivación de responsabilidad, circunstancia ésta que ha sido manifestada por numerosas sentencias del Tribunal Supremo⁷³.

En este sentido conviene detenernos en lo que se considera declaración de fallido del deudor principal. La declaración de fallido se declara cuando por parte de la Administración Tributaria se ignora la existencia de bienes o derechos embargables. La declaración de fallido puede darse tanto por la insolvencia total como por la parcial del deudor principal, esto ocurre cuando el valor de los bienes del deudor no cubre la totalidad de la deuda, y por tanto no existen bienes realizables que permitan cumplir con misma. En este último caso, la resolución de la Administración ha de ser motivada en la medida en que este hecho deriva en la declaración de responsabilidad subsidiaria⁷⁴.

En cuanto a la responsabilidad solidaria, el responsable solidario⁷⁵ puede ser declarado con anterioridad o con posterioridad al vencimiento del periodo voluntario de pago del deudor principal. Conforme determina el art. 175.1 de la LGT la responsabilidad solidaria que haya sido declarada con anterioridad al vencimiento del pago en periodo voluntario, no implica que la exigencia del pago al responsable se pueda realizar en ese mismo momento, sino que ha de esperar al vencimiento del plazo en periodo voluntario que se le ha dado al deudor principal. En la responsabilidad solidaria, no es necesario que el deudor principal sea declarado fallido

responsabilidad subsidiaria, sino que es un presupuesto de hecho conforme al cual el procedimiento de derivación de responsabilidad es viable."

⁷³ Entre otras Vid., STS Cont.-Admtivo., de 16 de mayo de 1991, (ROJ 14531)/, STS Cont.-Admtivo., de 8 de junio de 1994,(ROJ 11968) en ésta última de establece: " sin tener en cuenta que la exigencia de la responsabilidad subsidiaria reclama para su efectividad la previa declaración de fallido del deudor principal con arreglo al art. 37.3 de la Ley General Tributaria , requisito cuyo incumplimiento en este caso, bastaría para determinar la nulidad de la liquidación girada contra la empresa en tal concepto."

⁷⁴ En este sentido la Resolución del TEAC de 9 de junio de 2010, (NR: 1065/2010).: "Y en esto consiste precisamente lo que la doctrina científica denomina el beneficio de excusión, según el cual, antes de dirigirse contra el responsable subsidiario, ha de comprobarse y establecerse de manera no meramente formal que el deudor principal no puede hacer frente a la deuda, en todo o en parte, por carecer de patrimonio suficiente, teniendo en cuenta que no se trata de acreditar la total ausencia de bienes, sino la ausencia de bienes realizables."

⁷⁵ La STS, Cont.-Admtivo., de 17 de mayo de 2008 (ROJ 921) establece: "Por ello puede decirse que aunque el responsable solidario responda solidariamente, su nota diferenciadora con respecto al responsable subsidiario es que responde en primer grado, de forma inmediata, sin necesidad de seguir un orden determinado en la ejecución de la deuda sobre el patrimonio de distintos deudores."

en la medida en que el requisito previo es el impago de la deuda en periodo voluntario por parte del deudor principal.

III. 2. La responsabilidad subsidiaria del administrador.-

La legislación tributaria no declara responsable al administrador de una sociedad por el mero hecho de serlo, sino que sólo lo hace cuando la sociedad haya cometido infracciones tributarias o actos encaminados a evitar o eludir la satisfacción del crédito tributario. En estos casos, en la medida en que estos administradores no han actuado conforme al deber de diligencia y que han tenido un comportamiento negligente la administración tributaria les hace responsables.

El art. 43 de la LGT extiende los supuestos de responsabilidad subsidiaria a las siguientes personas o entidades:

- La responsabilidad de los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que han cometido infracciones tributarias, siempre y cuando el administrador no haya realizado los actos necesarios para evitar la comisión de una infracción tributaria, hubieran consentido tal incumplimiento por personas dependientes de ellos, o hubieran adoptado acuerdos que posibiliten las infracciones.

- La responsabilidad de los administradores de hecho o de derecho de entidades jurídicas que cesan sus actividades, por las obligaciones tributarias pendientes antes del cese y cuando no se hayan tomado las medidas necesarias para su pago o bien se hubiesen tomado medidas que imposibilitaren su pago.

- La responsabilidad de los administradores concursales y los liquidadores de entidades que no hubieran realizado las gestiones necesarias para el cumplimiento de las obligaciones tributarias devengadas con anterioridad al concurso.

Las notas características de esta responsabilidad son las siguientes:

- Se trata de una responsabilidad subsidiaria, esto supone, como ya hemos manifestado con anterioridad, que solo se incurre cuando haya una declaración de fallido del deudor principal y en su caso, en el supuesto en que los haya, de los responsables solidarios,

conforme al procedimiento antes indicado del art.76 de la LGT. Por tanto la declaración de fallido, resulta ser el requisito "sine qua non"⁷⁶ para la derivación de la responsabilidad tributaria. Con respecto a la mención expresa en la declaración de fallido de los responsables solidarios, debemos indicar que existen varias resoluciones judiciales en las que se considera que la constancia en el expediente de la declaración de fallidos de los responsables solidarios sólo es exigible cuando los haya. En el caso de que no existieran, la ausencia en el expediente de esta manifestación se consideraría un defecto formal⁷⁷ que nunca invalidaría el expediente de derivación de responsabilidad.

- Se extiende tanto a los administradores de hecho como a los de derecho, por tanto, los socios de las sociedades mercantiles que no desempeñen cargo de administrador no estarán sujetos a esta responsabilidad. Respecto a los administradores de hecho, se incluirían tanto a las administradores notorios (los que sin cargo desempeñan las funciones propias del administrador formalmente nombrado) como a los ocultos (los que dominan de facto y bajo su dirección actúan los administradores de derecho)⁷⁸.

Otro aspecto a tratar sería quienes son los administradores responsables en el caso de que se hubiera producido cambios en la figura del administrador, en estos casos se plantea la

⁷⁶ PASCUAL GONZALEZ, M.: "*La limitación de la responsabilidad tributaria de los administradores de sociedades según la reciente jurisprudencia*", Actum Fiscal nº 59, Enero 2012, pág.3. En este mismo sentido STS, Cont.-Admtivo., de 18 de octubre de 2010 (RJCA 53), ST AN, Cont.-Admtivo., de 17 de enero de 2005 (RJCA 107).

⁷⁷ En este sentido la STS, Cont.-Admtivo., de 18 de octubre de 2010 (ROJ 53) establece que: " ... la ausencia en el expediente de la declaración de fallido del deudor principal no invalida el acuerdo de declaración de responsabilidad subsidiaria, se trata de un mero defecto formal ". La misma sentencia manifiesta que: " ... en el ámbito del procedimiento administrativo está presente el carácter instrumental de las formas con la consiguiente reducción de la entidad y consecuencias de los vicios puramente formales; así como arreglo a los principios rectores de economía procesal, celeridad y eficacia, solamente se puede admitir como situaciones de indefensión las materiales, es decir, a aquellos supuestos en los que la indefensión haya sido real y suponga una disminución efectiva y trascendente de garantías, incidiendo en la decisión de fondo, circunstancias que no concurren en el caso de autos, desde el momento que la parte alegó ante el órgano económico administrativo lo que consideró oportuno sobre el fondo, sin plantear el tema formal".

⁷⁸ PERDICES HUETOS, A...: " Significado actual de los administradores de hecho": los que administran de hecho y los que de hecho administran" Revista de Derecho de sociedades, núm 18, 2002, pág. 277 y ss. "En ambos casos los intereses que se pretenden proteger son diferentes, en el primer caso en el administrador notorio se trata de proteger los intereses del tráfico jurídico, de tal manera que los actos del administrador de hecho que carece de título conservarán la validez jurídica. En el caso de los administradores de hecho ocultos lo que se pretende proteger es la seguridad jurídica de tal manera que la persona que realmente realizó una actuación debe de responder de la misma.

duda de quién será el administrador responsable. A este respecto, la jurisprudencia ha manifestado que será responsable de la deuda tributaria el administrador que tuviese esta condición en el momento de la comisión de la infracción imputable a la persona jurídica⁷⁹.

Los supuestos de responsabilidad que se determina la ley son claramente diferenciados:

- Administradores que no haya realizado los actos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones tributarias y deberes tributarios. El administrador dentro de sus funciones y competencias no ha cumplido con lo establecido por la ley, de tal manera que la omisión del administrador supone un incumplimiento de la normativa tributaria. En este caso, el administrador será responsable cuando concurra mera negligencia en sus deberes normales como gestor, no es necesario que concurra intención o malicia por su parte, bastando sólo que se produzca "la dejación de sus funciones"⁸⁰ como administrador y de su obligación de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones fiscales de la sociedad. En este mismo sentido, por tanto, volvemos a la LSC y decimos que se entiende que hay incumplimiento por parte de los administradores cuando no se actúa con la diligencia exigible⁸¹ a un ordenado comerciante.

- Administradores que hayan consentido el incumplimiento por parte de quienes dependan de ellos. El administrador en este caso tiene *culpa in vigilando o in eligendo*⁸², de tal manera que no podrá eludir la responsabilidad por los actos de sus subordinados. Con respecto a los mandatarios es responsabilidad del administrador el controlar a los mismos, de

⁷⁹ En este sentido HERRERA MOLINA, P...: " La responsabilidad de los administradores por participación en ilícitos tributarios", Revista Técnica Tributaria, número 57, 2002.

⁸⁰ En este sentido la STS, Cont.-Admtivo., de 17 de mayo de 2008 (ROJ 921), y la STS Cont.-Admtivo., de 20 de mayo de 2010 (ROJ 3350)

⁸¹ La STS, Cont.-Admtivo., de 6 de octubre de 2010 (ROJ 5019), establece que sólo que no actúe con la diligencia exigible de un ordenado comerciante, eso ya es motivo suficiente para considerar " de forma incuestionable el requisito de la negligencia grave en las infracciones cometidas (no siendo por tanto necesaria otra acreditación de la conducta ilícita de los administradores en ninguno de tales supuestos),..."

⁸² GUERRA MARTIN, G.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, CAYON GALIARDO, A.: "La responsabilidad tributaria de los administradores de sociedades. Administradores de Personas Jurídicas que hubiesen cometido una infracción tributaria " cit., pág. 487 y ss.

tal manera que responderán por los actos cometidos por estos, salvo en los supuestos en que hayan excedido del mandato concedido⁸³.

- Administradores que hayan adoptado acuerdos que posibiliten las infracciones. El administrador en este caso tiene culpa, ya no nos limitamos a que no haya cumplido con el deber de diligencia. En el caso de Consejos de administración, el art. 179.2.c) LGT, establece que no dará lugar a la responsabilidad, se exoneran de responsabilidad, en materia de infracciones tributarias en el caso de que se deriven de una decisión colectiva para los miembros que hubieran salvado su voto o no asistieran a la reunión en la que la misma se adoptó.

En cuanto a la sanción tributaria generadora de la responsabilidad del administrador, se debe de tratar de una sanción firme, al menos en vía administrativa, y debe de existir entre ésta y la deuda que se reclama una correlación entre la infracción cometida y la deuda tributaria no satisfecha. De tal manera que, no siempre que exista una infracción tributaria va a ser posible derivar la responsabilidad a los administradores por la totalidad de sus deudas.⁸⁴

- Administradores de sociedades que cesen en sus actividades, dejando obligaciones tributarias devengadas que se encuentren pendientes en el momento del cese. Debido a la situación de crisis económica por la que hemos atravesado, ha sido un hecho muy común el dejar inactivas sociedades mercantiles que arrastraban deudas, sin cumplir el plazo establecido en el art. 363.1 a) LSC. A este respecto surge la duda de si es necesario esperar al plazo del art. 363.1a) y por tanto si es necesario que se produzca el incumplimiento de la legislación mercantil para que la Administración tributaria pueda proceder a la derivación de responsabilidad. Varias resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central⁸⁵, en

⁸³ Conforme se establece en la La STS, Cont.-Admtivo., de 6 de octubre de 2010 (RJCA 5019).

⁸⁴ En este sentido opina CAYON GALIARDO, A. Véase GUERRA MARTIN, G.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*. CAYON GALIARDO, A.: "La responsabilidad tributaria de los administradores de sociedades. Administradores de Personas Jurídicas que hubiesen cometido una infracción tributaria " cit., pág. 479 y ss.

⁸⁵ Resolución TEAC de 25 de junio de 2015, R 00460/2015, Resolución TEAC de 22 de julio de 2011, R2418/2010. En ambas resoluciones se manifiesta que la Administración Tributaria " podrá acordar la derivación de responsabilidad subsidiaria a los administradores de sociedad que hayan cesado en sus actividades y se le declare fallida, independientemente de que siga existiendo con personalidad jurídica propia. No es necesario que la sociedad esté disuelta y liquidada o sometida a proceso de suspensión de pagos o quiebra... ".

adelante TEAC, establecen que, en orden de declarar la responsabilidad la Administración Tributaria, no tiene que acudir al Tribunal correspondiente de lo Mercantil en demanda de su derecho de cobro, ni le corresponde instar la disolución de la sociedad, sino que sólo debe comprobar que se ha producido un cese en la actividad de la sociedad. Esto es, que la sociedad se encuentre total o prácticamente inactiva de hecho. Por tanto, no es requisito necesario la existencia de un previo pronunciamiento en el orden jurisdiccional civil que determine si se incurre en el requisito del cese de la actividad de la sociedad.

Ante la falta de definición normativa el Tribunal Supremo⁸⁶ define lo que es cese de actividades, considerando que el cese de actividades ha de ser completo, definitivo e irreversible. Por lo expuesto, no se puede establecer la responsabilidad del administrador de una sociedad cuando no se ha producido un cese real y efectivo de su actividad económica, y por tanto no basta con una simple paralización parcial de la actividad.

Otro requisito que debe cumplirse en este caso es que la conducta del administrador debe dificultar el pago de la deuda tributaria. Y la dificultad del pago viene por el hecho de que el administrador no hubiera adoptado las medidas necesarias para proceder al pago, esto es que el administrador no haya actuado de manera diligente. No sólo se exige que se cumpla

⁸⁶ STS Cont.-Admto., de 19 de mayo de 2013 (ROJ 2760). Esta sentencia establece: "La imputación de responsabilidad a los administradores sociales por el cese de actividad por la sociedad requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

La cesación de hecho de la actividad de la persona jurídica, teniendo la misma obligaciones tributarias pendientes; y

La condición de administrador al tiempo del cese, extendiéndose la responsabilidad a las obligaciones tributarias pendientes de las personas jurídicas, exceptuadas las sanciones.

Ante la ausencia de definición normativa del concepto "cese de actividades", se han generalizado las posiciones doctrinales y jurisprudenciales según las cuales el cese de actividad que integra el presupuesto de responsabilidad del artículo 40.1, párrafo segundo, de la LGT/1963 constituye un concepto fáctico, no jurídico ni formalista, consistente en una situación de hecho caracterizada por la paralización material de la actividad mercantil societaria en el tráfico o mercado, sin que se produzca, conforme a Derecho, la extinción y desaparición de la entidad, la cual conserva intacta su personalidad jurídica. El cese de actividades ha de ser completo, definitivo e irreversible, no bastando una cesación meramente parcial o la suspensión temporal de las actividades.

La exigencia de paralización de la actividad mercantil ha de matizarse en cada caso al objeto de evitar posibles conductas fraudulentas, por lo que el cese no puede identificarse siempre con la desaparición integra de todo tipo de actuación, pudiendo apreciarse el mismo en aquellos supuestos en que, a fin de eludir las responsabilidades que pudieran resultar exigibles en el pago de las deudas tributarias, se simule la existencia de cierta actividad o se mantenga un nivel mínimo de actuaciones derivado de la simple inercia del tráfico comercial".

por parte de los administradores aquellas obligaciones que impone la normativa mercantil⁸⁷ sino además, se exige que hubieran hecho todo lo necesario para el pago de las obligaciones tributarias devengadas, o hubieren adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago. No debemos olvidar que la LSC establece la responsabilidad solidaria de los administradores en el supuesto de 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. Y esto ocurrirá cuando la sociedad haya cesado en sus actividades y haya transcurrido un plazo de inactividad superior a un año.

III.3. La responsabilidad solidaria.

El art. 42 de la LGT determina los responsables solidarios de las deudas tributarias y en ningún caso se hace mención expresa a los administradores sociales. Debemos detenernos en el estudio del mencionado precepto para comprobar que los administradores pueden estar incluidos en el mismo, y por tanto hacerles responsables solidarios. El mencionado artículo establece la responsabilidad solidaria de las personas o entidades que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria (art. 42.1 a) LGT); los participes o cotitulares de las entidades a que se refiere el art. 35.4 (Herencias yacentes, Comunidades de bienes, y demás Entidades que carentes de personalidad jurídica que constituyan una unidad económica) (art. 42.1.b) LGT); los que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de las explotación o actividades económicas. (art. 42.1.c) LGT, sean causantes o colaboren en la ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la Administración Tributaria. ((art. 42.2. a) LGT); los que por culpa o negligencia incumplan las órdenes de embargo ((art. 42.2. b) LGT); los que, con conocimiento del embargo, medida cautelar o constitución de garantía, colaboren o consientan en el levantamiento de los bienes embargados ((art. 42.2. c) LGT); las personas depositarias de los bienes del deudor que consientan el levantamiento de los bienes ((art. 42.2. d) LGT)

⁸⁷ MARTINEZ PASTOR, E...:"La responsabilidad tributaria de los administradores". *Revista Estrategia Empresarial*, nº 233, Noviembre 2006, pág. 75.

De todos estos supuestos, el art. 182 LGT asigna responsabilidad solidaria además del pago de la deuda tributaria al pago de las sanciones a los supuestos del art. 42.1.a), art. 42.1.c) y art. 42.2., en las condiciones expresamente reguladas en este artículo. De todos los supuestos expuestos, nos limitaremos al estudio del art. 42.1.a) y del art. 42.2 a).

- La responsabilidad de los administradores por la participación activa en la comisión de infracciones tributarias, art. 42.1 a) LGT. Para imputar la responsabilidad se exige que se cumplan tres requisitos; el primero de ellos es que exista la comisión de una infracción tributaria, el segundo se trata del impago de la deuda tributaria y sanción en su caso, y el tercero la participación en la comisión de esa infracción por parte del administrador⁸⁸. Es necesario que exista una conducta dolosa o culposa en quien participa en la comisión de la infracción, en este caso en el administrador, para que pueda ser declarado responsable solidario⁸⁹. Conviene no obstante, diferenciar la responsabilidad subsidiaria del art. 43.1 a) LGT con la responsabilidad solidaria que se deriva del art. 42.1.a) LGT. La responsabilidad subsidiaria se imputa al administrador que por una conducta pasiva (recordemos que se establecía que respondía de forma subsidiaria los administradores que no hayan realizado los actos, que consentían los incumplimientos de normas tributarias), por contra la responsabilidad solidaria del administrador supone "una actitud activa dirigida a la comisión de la infracción"⁹⁰.

La concurrencia de los dos tipos de responsabilidad en un mismo administrador es posible, en este sentido el art. 43 LGT reconoce expresamente que salvo que exista responsabilidad del art. 42, es decir responsabilidad solidaria, los administradores en los

⁸⁸ "El último de los requisitos es, sin duda, el que mayores problemas suscita en cuanto a su determinación. En términos generales, la redacción del precepto nos indica que la conducta desplegada por el administrador debe reunir dos requisitos. De un lado, constituir un ilícito, es decir, debe tratarse de una conducta que pueda calificarse como de colaboración en la realización de una infracción tributaria. De otro lado, no nos encontramos ante una responsabilidad objetiva, sino que el comportamiento del administrador debe ser culpable. El problema se centra en determinar qué grado de culpabilidad es necesario para poder apreciar la concurrencia del presupuesto de hecho". ALVAREZ MARTINEZ, J.: *La responsabilidad de los administradores de personas jurídicas en la nueva Ley General Tributaria*, cit., pág.7576.

⁸⁹ En este sentido GUERRA MARTIN, G.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, La Ley, Madrid, 2011. GIMENEZ COMPAIRED, I.: "Los administradores como responsables solidarios" pág. 542 y ss.

⁹⁰ Vid, GUERRA MARTIN, G.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*. GIMENEZ COMPAIRED, I.: "Los administradores como responsables solidarios" cit., pág. 542 y ss.

supuestos ya estudiados responderán de forma subsidiaria. Así podemos comprobar cómo se da una prioridad a la responsabilidad solidaria en caso de concurrencia de ambas.

- La responsabilidad solidaria de los administradores en la ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado al pago, con la finalidad de impedir la actuación de la Administración tributaria, art. 42.2.a) LGT. Se trata de una responsabilidad solidaria limitada, puesto que existe un límite, el del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar por la Administración. Existe tres elementos que comportan esta responsabilidad, el primero consiste en la falta de pago del deudor principal a la Administración tributaria, el segundo sería la realización de actos por parte del responsable⁹¹ que supongan la ocultación o la transmisión de los bienes o derechos y por último, la consecuencia de los puntos anteriores implica que se impida o dificulte la acción de la Administración⁹². El administrador que ayuda a la ocultación o la transmisión tiene que actuar con conciencia de lo que está realizando, tiene que conocer la situación en la que se encuentra el deudor principal. Esta intención debe de probarse por la Administración para que exista la responsabilidad solidaria, de tal manera que, el órgano que vaya a declarar la responsabilidad tiene que probar el nexo entre la imposibilidad del embargo y la actuación del administrador⁹³. Respecto a los bienes o derechos deben de haber desaparecido jurídicamente el patrimonio del deudor, y por tanto debe de darse dos posibles situaciones, que no existan

⁹¹ " ... De la redacción dada por el legislador, se deduce que la intervención de un tercero junto al deudor resulta necesaria e imprescindible para que se realice el presupuesto de hecho de la responsabilidad. Valga la redundancia, la administración puede declarar como responsable a la persona física o jurídica que adquiere la titularidad o la posesión de los bienes y derechos del deudor. de manera fraudulenta, con la finalidad de impedir la acción de la administración.

Ello supone que el tercero, al que se le va a declarar responsable, tiene que participar materialmente, para que se pueda delimitar el significado de "causar o colaborar", en los negocios jurídicos simulados o fraudulentos realizados por el obligado con la finalidad de ocultarlos ... " RUIZ HIDALGO, C.: " La declaración de responsabilidad del artículo 42.2 a) LGT y la prescripción: una interpretación integradora de la LGT " , *Revisa Técnica Tributaria AEDAF*, nº 109, Abril - Junio de 2015, pág. 6 y ss.

⁹² Se necesita para que exista responsabilidad tal y como señala la STS, Cont- Admtivo , 6 de junio de 2014, (ROJ 2619), SAN, Cont- Admtivo, 21 de mayo de 2012 , (ROJ 2256):

"1)... una conducta activa de los sujetos, es decir, que a través de su actuación se revele la búsqueda de la finalidad perseguida, que no es otra que intentar impedir la actuación de la Administración tributaria.

2) No es necesaria la consecución de un resultado, sino la dicción literal del precepto revela que basta con que los actos realizados por los responsables tiendan a la ocultación o transmisión sin necesidad de que se consuma dicho resultado"

⁹³ STJ Valencia, Cont- Admtivo, 830/ 2000, de 17 de mayo de 2000. Vid, RUIZ HIDALGO, C.: " La declaración de responsabilidad del artículo 42.2 a) LGT y la prescripción: una interpretación integradora de la LGT", cit., pág. 7 y ss.

bienes o que los que existan no sean suficientes para garantizar la deuda tributaria. Sólo en estos casos se daría el supuesto de hecho de la responsabilidad.

Sin embargo en este sentido, sería conveniente destacar que puede darse una venta de bienes o derechos de la sociedad al administrador, en este caso para que estemos ante un supuesto de responsabilidad solidaria debería de haberse producido la venta por un valor inferior al valor de mercado o sin coste alguno, simulándose el pago⁹⁴, puesto que si la contraprestación es por valor de mercado⁹⁵, concurriendo a la compra de la misma manera que un tercero sin que se produzca ningún tipo de privilegio en cuanto a condiciones de pago, entendemos que no procede aplicar en este último supuesto el art. 42.2 a) LGT. El alcance de la responsabilidad solidaria, será el de la deuda tributaria pendiente y, en su caso, el de las sanciones tributarias, incluidos el recargo y el interés de demora del período ejecutivo, cuando procedan.

Con respecto al procedimiento a seguir en cuanto a la valoración de los bienes la Administración tributaria, puede aceptar la valoración que hayan dado las partes a los bienes ocultados/transmitidos. Así conforme determina el TEAC⁹⁶ la Administración puede partir de la valoración efectuada por los propios interesados con motivo de la transmisión de los bienes, especialmente cuando ésta se efectúe en el mercado a favor de terceros ó, si considera

⁹⁴ Las transacciones entre partes vinculadas que no cumplan los requisitos de independencia, transparencia y equidad son nulas, en este sentido STS 2383/2013, de 8 de abril de 2013.

⁹⁵ Conforme al art.16.3 Ley Impuesto de sociedades, la operación administrador - sociedad, se considera operación vinculada. Esto supone que se debe valorar las operaciones con partes vinculadas de acuerdo a su valor de mercado, y debe ser el propio contribuyente quien pruebe documentalmente que la valoración que ha efectuado es conforme a mercado. Desde el ejercicio 2007, la carga de la prueba le corresponde al contribuyente, de tal manera que debe de probar los precios aplicados en sus operaciones vinculadas.

⁹⁶ Resolución nº 00/120/2014 de Tribunal Económico-Administrativo Central, 30 de Octubre de 2014. En este sentido, se pronuncia este Tribunal Central en su resolución RG 2425/2011 de fecha 2 de abril de 2013, confirmada por sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de enero de 2014 (Rec. nº 269/2013). Así: " En primer lugar, este Tribunal Central debe destacar el carácter potestativo que para la Administración tributaria tiene la utilización de tales mecanismos toda vez que el propio artículo 57 señala que "el valor de las rentas, productos, bienes y demás elementos determinantes de la obligación tributaria podrá ser comprobado por la Administración tributaria (...)" De acuerdo con lo anterior, este Tribunal Central entiende que, en los casos en que entren en juego valoraciones de rentas productos o bienes, la Administración puede partir de la valoración efectuada por los propios interesados con motivo de la transmisión de los bienes, especialmente cuando ésta se efectúe en el mercado a favor de terceros ó, si considera que la misma no se ajusta a su valor real, proceder a una valoración pericial de conformidad con el artículo 57 de la Ley General Tributaria, a cuyo valor se le deberán restar el importe de las cargas y gravámenes reales para conocer el valor real resultante."

que la misma no se ajusta a su valor real, en este caso se procederá a una valoración pericial de conformidad con el artículo 57 de la Ley General Tributaria.

CONCLUSIONES

Tras haber profundizado en la responsabilidad del administrador en relación con la Ley de Sociedades de Capital y la Ley General Tributaria, viendo la evolución que se viene produciendo hacia un modelo garantista que refuerza la seguridad jurídica y exige una mayor diligencia del administrador, se detallan los aspectos fundamentales del trabajo a modo de conclusión.

1.- La figura del administrador en las sociedades de capital conlleva una serie de deberes inherentes al cargo. La mejora en la gestión de las sociedades se ha materializado a través de dos principios básicos sobre los cuales se estructura la responsabilidad del administrador, el deber de diligencia y el deber de lealtad. El deber de lealtad, como base del funcionamiento de la empresa, obliga al administrador a anteponer los intereses de la sociedad frente a los propios. Por este motivo, el legislador ha incrementado el grado de responsabilidad del administrador en actuaciones que infrinjan este deber. La infracción de la lealtad supone un plus de responsabilidad respecto a la infracción de la diligencia, en la medida en que el incumplimiento de este deber puede suponer para el administrador la devolución de los beneficios obtenidos y la impugnación y en su caso la resolución de los acuerdos que hubiera suscrito con terceros.

2.- Como medida para incentivar la gestión estratégica de la empresa, la Ley 31/2014 introduce el derecho a la discrecionalidad, como una vía para mantener al administrador a salvo de reclamaciones sobre las decisiones estratégicas tomadas en la gestión de la empresa. De tal forma que, se entenderá que ha actuado con la diligencia de un ordenado empresario y no podrán ser objeto de responsabilidad los éxitos o fracasos empresariales basados en actuaciones del administrador siempre que estas decisiones hayan sido tomadas de buena fe, sin interés personal en el asunto, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

3.- La extensión de la responsabilidad del administrador, hace que se encuentre en la esfera de sujetos responsables, la figura del administrador de hecho. Para que esta responsabilidad se extienda se debe de desarrollar una actividad de gestión en materias

propias del administrador, esa actividad debe de haberse realizado de forma sistemática y continuada, debiéndose prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión y con respaldo de la propia sociedad. Esto implica que, se puede extender la responsabilidad a los altos directivos con funciones ejecutivas, así como a los socios o familiares del administrador. Esta situación se agrava, tornándose más compleja, en las pequeñas empresas, donde la gestión está menos profesionalizada y el accionariado está vinculado directamente a la figura del administrador, ya sea porque el socio ejerce el cargo o porque éste es asumido por un familiar directo. Esto significa que, en este tipo de sociedades, se esté desfigurando el principio básico del tráfico mercantil que establece la limitación de responsabilidad de las sociedades mercantiles en donde los socios y administradores no responden por las deudas sociales.

4.- En el ámbito mercantil se conceden tres tipos de acciones dirigidas a la sociedad, socios y acreedores con la finalidad de exigir responsabilidad al administrador. La acción social va dirigida a proteger los intereses de la sociedad. La acción individual tiene como finalidad hacer responder al administrador de los perjuicios causados a socios y terceros. En esta acción, la finalidad es proteger a los terceros perjudicados por las actuaciones negligentes del administrador. Sin embargo, el impago de las deudas no se considera perjuicio directo por lo que, si la finalidad del tercero es cobrar la deuda no satisfecha, deberá de interponer la acción de responsabilidad solidaria por deudas sociales. En este caso se hace responsable solidario al administrador de la sociedad, que estando en causa de disolución, incumpla el deber de convocar, en el plazo legalmente establecido, la Junta general para instar la disolución o en su caso el concurso. En este último caso se encuentra el administrador en dos supuestos de hecho muy comunes en la actualidad, la inactividad de la sociedad dejando deudas pendientes y la existencias de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social.

5.- En materia concursal, la responsabilidad que asume el administrador puede desvirtuar la limitación de responsabilidad entre el patrimonio de la sociedad y el administrador. En este caso, con la finalidad de proteger a los acreedores, el juez podrá establecer, como medida provisional, embargar sus bienes y en el caso de que el concurso sea culpable, hacerle responder frente a los acreedores que no hayan podido ver satisfechos sus créditos. En estos casos el hacer responsable de un concurso al administrador, acarrea la responsabilidad de su patrimonio en la parte que el haber social no cubra las deudas.

6.- En materia tributaria, la responsabilidad del administrador surge como medida para garantizar el pago de la deuda tributaria en los casos en los que, ya sea por falta de diligencia, como por intencionalidad del administrador, la sociedad no ha procedido al cumplimiento de las obligaciones tributarias. La responsabilidad subsidiaria exige siempre la declaración de fallido del deudor principal y opera en el caso de que el administrador haya actuado de forma poco diligente, puesto que con su actuación, no se ha cumplido las obligaciones y deberes tributarios. Este tipo de responsabilidad es el más común siendo frecuentes las declaraciones de responsabilidad exigidas por los órganos de recaudación de la Administración tributaria como medida de reacción frente a los supuestos de insolvencia empresarial o cese de actividades, en los que la sociedad deja sin satisfacer deudas pendientes.

7.- Respecto a la responsabilidad solidaria del administrador en materia tributaria, hay que destacar que opera en el caso de que exista intención y el administrador colabore en la realización de la infracción tributaria. Surgiendo la responsabilidad solidaria en el supuesto que, teniendo la sociedad deuda tributarias proceda el administrador a la venta de los bienes de la misma descapitalizándola. En este caso, desgraciadamente, muy común en el tráfico mercantil la Agencia tributaria exigiría responsabilidad al administrador con el límite del valor de los bienes dejados de embargar o enajenar.

8.- Por último, destacar que, en la actualidad, la profesión de administrador es una profesión de riesgo puesto que exige un nivel de profesionalización alto. Su comportamiento debe desarrollarse conforme al deber de lealtad y diligencia incurriendo en responsabilidad ante cualquier incumplimiento. En este marco, el legislador debe proteger por un lado la seguridad jurídica y por ello los intereses de los socios y los terceros de buena fe y por otro tratar de respetar el principio de limitación de responsabilidad de las sociedades mercantiles.

BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ MARTINEZ, J.: *La responsabilidad tributaria de los administradores concursales*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

AVILA VILLEGAS, I.: "El seguro de responsabilidad civil de los administradores (D&O)", *Revista de la Asociación de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 20, 4 trimestre, 2006.

CASTELLANOS TORRES, J.A.: "El procedimiento de derivación de responsabilidad tributaria" *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales ICADE*, 2009.

DE CASTRO CID, B.: *Cuestiones de Teoría del Derecho*, León, 1990.

DIAZ MORENO, ALBERTO.: " La business judgment rule en el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital", Análisis Gómez Acebo&Pombo, Julio 2014, <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/la-business-judgment-rule-en-el-proyecto-de-ley-de-modificacion-de-la-ley-de-sociedades-de-capital.pdf>.

FERNANDEZ ELORZA, I., Y GONZALEZ ROUCO, C.: "El concepto de patrimonio neto a efectos mercantiles tras la reforma contable y otras modificaciones legales posteriores". *Revista de derecho del mercado de valores*, Nº. 5, 2009.

GUERRA MARTIN, G.: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, La Ley, Madrid, 2011:

- ALVAREZ MARTINEZ, J.: "La responsabilidad subsidiaria de los administradores de sociedades que hubieren cesado en sus actividades".

- SACRISTAN BERGIA, F.: "La responsabilidad de los administradores por no promover la disolución en las sociedades de capital".

- CAYON GALIARDO, A.: "La responsabilidad tributaria de los administradores de sociedades. Administradores de Personas Jurídicas que hubiesen cometido una infracción tributaria ".

- GIMENEZ COMPAIRED, I.: "Los administradores como responsables solidarios".

- PEREZ CARILO, E.F.: " El seguro de responsabilidad de administradores de sociedades mercantiles " .

- PULGAR EZQUERRA, J.: " La responsabilidad concursal de los administradores sociales".

HERRERA MOLINA, P.: " La responsabilidad de los administradores por participación en ilícitos tributarios", *Revista Técnica Tributaria*, número 57, 2002.

MARTINEZ PASTOR, E.: "La responsabilidad tributaria de los administradores". *Revista Estrategia Empresarial*, nº 233, Noviembre 2006.

MAZORRA MANRIQUE DE LARA, S.: *Los Responsables Tributarios*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

MUÑOZ PAREDES, A.: *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria*, Aranzadi, Navarra, 2015.

PASCUAL GONZALEZ, M.: "La limitación de la responsabilidad tributaria de los administradores de sociedades según la reciente jurisprudencia", *Actum Fiscal*, nº 59, Enero 2012.

PERDICES HUETOS, A.: "Significado actual de los administradores de hecho": los que administran de hecho y los que de hecho administran" *Revista de Derecho de sociedades*, núm 18, 2002.

RONCERO SANCHEZ, A.: "El seguro de responsabilidad civil de los administradores", *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2005.

RUIZ HIDALGO, C.: " La declaración de responsabilidad del artículo 42.2 a) LGT y la prescripción: una interpretación integradora de la LGT", *Revista Técnica Tributaria AEDAF*, nº 109, Abril - Junio de 2015.

SANCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las Sociedades de Capital*, Civitas, Madrid 2007.

SANCHEZ CALERO, F. y SANCHEZ -CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I*. Aranzadi. Navarra 2013.

URIA MENENDEZ,: " Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil", Madrid, 2015, en www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia_UM.pdf?id=5679

ZURITA VICIOSO, J.M.: "La Responsabilidad de los Administradores", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Volumen 10, Septiembre 2015.