

LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD EN EL ARTÍCULO 241 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

JOSÉ DANIEL CUADRADO RAMOS

*Profesor de Derecho Mercantil, del grado en ADE,
de la Escuela de Negocios Novacaixagalicia
(centro asociado a la Universidad de Vigo).
Doctor en Derecho Común (Derecho Mercantil)
por la Universidad de Santiago de Compostela*

Extracto:

Las sociedades capitalistas, con responsabilidad limitada de sus socios por sus actuaciones, son el empresario por antonomasia actualmente; teniendo un importante peso económico en el mercado las sociedades anónimas. Esta realidad actual se lleva a su máximo exponente por el hecho de que esta limitación de responsabilidad por sus actuaciones también se extiende a sus administradores, quienes, en lo que se ha denominado *managerial revolution*, han concentrado el poder de las mismas en ellos.

Para controlar esa concentración de poder, el legislador ha regulado diversos mecanismos de control *ex ante* y *ex post* a sus actuaciones, tanto a nivel interno como externo a la propia sociedad. Entre los controles posteriores e internos que tienen los terceros, los acreedores y los accionistas de la sociedad respecto a los administradores, es de destacar la acción individual de responsabilidad contra los mismos que se regula en el artículo 241 de la LSC.

Palabras clave: responsabilidad de los administradores, sociedad anónima, acción individual, Derecho privado especial, norma imperativa, mánager.

THE INDIVIDUAL ACTION OF RESPONSIBILITY IN THE ARTICLE 241 GIVES THE LAW OF CAPITAL COMPANIES: CONCEPT AND JURIDICAL NATURE

JOSÉ DANIEL CUADRADO RAMOS

*Profesor de Derecho Mercantil, del grado en ADE,
de la Escuela de Negocios Novacaixagalicia
(centro asociado a la Universidad de Vigo).
Doctor en Derecho Común (Derecho Mercantil)
por la Universidad de Santiago de Compostela*

Abstract:

THE capitalist companies, with limited responsibility of his partners for their actions, are the businessman par excellence nowadays; having an important economic weight on the Inc. companies market. This current reality is taken to its maximum exponent by the fact that this limitation of responsibility over their actions also spreads to its administrators, who in what has been named «managerial revolution» have concentrated the power of those ones in them.

In order to control this concentration of power, the legislator has regulated several mechanisms of control ex-before and ex-post to his actions, both to internal level as to externally to the own company. Between the later and internal controls, that third parties have, the creditors and the shareholders of the company with regard to the administrators, it has to be emphasized the individual action of responsibility against themselves that is regulated in the article 241 of the LSC.

Keywords: administrators responsibility, incorporated (american english), public limited company (british english), individual action, special private law, legal regulation requirement, managers.

Sumario

I. Naturaleza jurídica.

1. Fines y política jurídica de la normativa.
2. Criterios que delimitan la naturaleza jurídica.
 - A. Disyuntiva entre Derecho común o Derecho especial de responsabilidad.
 - B. Posición jurídica de los administradores y su autonomía orgánica.
 - C. Responsabilidad contractual o extracontractual.
 - D. Es una norma imperativa de orden público.

Bibliografía.

I. NATURALEZA JURÍDICA

1. Fines y política jurídica de la normativa

Para entender el régimen jurídico y el concepto de la acción individual, recogido en el artículo 241 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), antes artículo 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA) ¹, y su engarce con toda la normativa que le circunda y delimita, es obligado formular unas reflexiones previas ². Estas deben ir encaminadas a señalar el significado general de esta norma y los motivos que parecen haber intervenido no solo en favor de su promulgación de forma expresa desde hace más de cincuenta años, sino también en su permanencia a lo largo de la historia en el Derecho europeo.

Es crucial para su entendimiento fijar un conjunto de criterios, muchas veces ya contrastados en otros ordenamientos, que den como resultado la individualización de este tipo de responsabilidad de los administradores y la acción que la controla. A partir de ahí se podrá abordar el estudio de esta cuestión con una perspectiva de mayor alcance, que no se agote en el puro análisis –más o menos prolijo o detallado– de este tipo de acción.

La descripción del régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas puede y debe hacerse distinguiendo un doble tipo de aspecto: los sustantivos o materiales, que se refieren a la diligencia exigida y a los elementos constitutivos del supuesto de hecho de la responsabilidad, y los calificables como procesales o adjetivos, que se refieren a las acciones de responsabilidad ³.

¹ El artículo 135 del TRLSA abordaba la acción individual de responsabilidad diciendo: «No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos». El actual artículo 241 de la LSC reproduce el citado texto suprimiendo únicamente el comienzo del mismo, que decía «no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes». Modificación de nimia importancia y que no altera su contenido, pues la citada afirmación, en sí misma, es redundante.

² El artículo 3 del Código Civil recalca esta postura pues señala que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

³ QUIJANO GONZÁLEZ: *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Valladolid, 1985, pág. 131.

Es obvio que la decisión de regular en la LSC este tipo de acción de responsabilidad para determinadas conductas y prácticas que tienen su ámbito natural en el seno del citado tipo de sociedad mercantil no puede desvincularse de un fenómeno más general. El mismo consiste en combatir las prácticas abusivas y dañosas para terceros que surgen de las características actuales de las relaciones económicas y de la propia magnitud y complejidad de las sociedades anónimas. Hoy, como antes, esta norma se aplica a todas las sociedades de capital.

Estas circunstancias se unen a la habitual acumulación en los órganos de administración de poderes de gestión prácticamente absolutos, que pueden ejercerse de forma franca y autónoma y sin injerencia alguna por parte de los accionistas. Así veremos que desde el punto de vista político-jurídico, el análisis no solo reside en saber cómo debemos interpretar la acción individual en el sentido adjetivo o procesal. El análisis debe profundizar y averiguar cómo afecta a la materialización concreta del equilibrio poder-responsabilidad la fórmula o presupuestos de hecho, que son la base material del ejercicio de la misma y que están contenidos en los artículos que la preceden.

Todo ello va a hacer que sea más o menos rigurosa la función de control que lleva explícitamente asignado el régimen de responsabilidad de los administradores; con la pretensión común al resto de elementos de ese sistema de *motivar* o estimular que la actividad de administración de la sociedad se desarrolle correctamente *para proteger* los intereses concretos de la sociedad, de los socios, de los acreedores o de los terceros en general que se ven afectados por esa actuación ⁴.

Por otro lado, la regulación específica de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas por los daños causados a terceros por causa de su actuar negligente contribuye como mínimo a la formación de una conciencia social de censura hacia dichos hechos.

De ser dejada su regulación a una normativa más general, como la del Derecho civil, podría parecer que merecen una mayor tolerancia ⁵. Sin embargo, hemos de señalar que la relevancia constitucional de un determinado interés impone al legislador la tarea de tutelarlos, sin predeterminar la forma de hacerlo ⁶. Pese a ello, el establecimiento de una disciplina específica, como el legislador se ha propuesto, indudablemente dota de particular protección a unos intereses que ha considerado dignos de tutela. En este caso, intereses que es preciso referir a los terceros con los que la sociedad se pone en relación, a través de una particular actuación de los administradores, pero que, en definitiva, cabe derivar de una genérica exigencia de protección al tráfico mercantil que se realiza con representantes.

⁴ Sobre la finalidad y función del régimen de responsabilidad, véase GALGANO, F.: *Diritto Commerciale. Le Società*, Bolonia, 1990, pág. 289; ALLEGRI, V.: *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milán, 1979, pág. 120; y ESTEBAN VELASCO, G.: «Artículo 14. Responsabilidad de los administradores», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, coord. PAU PEDRÓN, Madrid, 1992.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos societarios: un enfoque mercantil*, Madrid, 1996, pág. 22. El citado autor, a la hora de justificar la tipificación de los delitos societarios recogidos en el artículo 290 y siguientes del Código Penal, destaca la «labor propedéutica y educativa que a menudo despliega el proceso de criminalización de ciertas conductas, al permitir así la formación de una conciencia social de censura hacia hechos que con anterioridad han podido ser merecedores de una mayor tolerancia».

⁶ TERRADILLOS: *Delitos societarios*, Madrid, 1987, pág. 23, «la relevancia constitucional de un interés no impone la necesidad de acudir al instrumento sancionatorio penal: simplemente impone al legislador la tarea de tutelarlos, sin predeterminar cuál pueda ser el medio más idóneo para hacerlo».

Ahora bien, el campo de acción de esta exigencia protectora, que se vincula al tráfico mercantil realizado con la presencia de representantes, no es posible limitarlo a la esfera de los terceros con los que la sociedad se pone en relación por medio de sus administradores, sino que es preciso referirlo también a la esfera de intereses propios de la misma sociedad ⁷.

El legislador ha ido variando, según evolucionaban los tiempos, la regulación de la responsabilidad de los administradores. Esta evolución, como es lógico, fue paralela a la que experimentó la de la sociedad anónima en su conjunto. El tránsito del sistema de autorización judicial que instauró el Código de Comercio (CCom.) de 1829 al sistema de libertad de constitución a que responde el vigente Código exigió que se promulgara un régimen legal completo que disciplinara la sociedad por acciones en todos los momentos de su vida ⁸, desde su fundación hasta su extinción, como sucedía en el resto de países de Europa. Esa regulación es exigida por el privilegio de la limitación de la responsabilidad de los accionistas y por la necesidad de proteger a los inversores. La Exposición de Motivos de la LSA de 17 de julio de 1951 ya señalaba que sus normas jurídicas se inspiraban en ofrecer la mayor garantía posible a los accionistas y a los acreedores y, en definitiva, al bien común; al que por principio ha de subordinarse el interés privado ⁹.

En este punto se debe precisar que el orden económico es un concepto superior al de orden patrimonial clásico. Aunque en este caso ambos confluyen y se entremezclan por los diferentes tipos de sujetos que intervienen en la relación. La diferencia fundamental o más perceptible entre ambos órdenes descansa en la distinta forma de intervención del Estado. En el orden económico el Estado interviene de una manera más activa y protagonista, imponiendo determinadas obligaciones a los ciudadanos y relacionándose directamente con ellos. Esta intervención del Estado en la vida económica se va consolidando cada vez más, en especial en determinados sectores ¹⁰.

Resulta evidente que el artículo 241 de la LSC no solo pretende proteger a los terceros de los daños patrimoniales que le causen los administradores en determinados supuestos, sino que también debe ser visto en todo el conjunto de normas que se refieren a la actuación de los administradores y que pretenden garantizar la protección de todo el orden económico y su perfecto funcionamiento.

Es innecesario referirse a los delitos societarios regulados en el Código Penal, así como a las normas fiscales o laborales que se refieren a los mismos, pues se da un salto al no pretender ya tanto la protección de bienes jurídicos individuales, como algunos intereses que exceden a los meramente particulares ¹¹.

⁷ SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ: «Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 85, 1962, pág. 78.

⁸ HIERRO ANIBARRO, S.: *El origen de la sociedad anónima en España*, Madrid, 1998.

⁹ La Exposición de Motivos de la antigua LSA de 17 de julio de 1951 señala que pese a ser «justo reconocer que, pese al (a causa del) ambiente de honestidad en que generalmente se desenvuelve la vida de los negocios en España ... la pieza maestra de la economía industrial moderna, debe ser sometida a una ley que, ... la encauce por normas jurídicas inspiradas en la mayor garantía de accionistas y acreedores y, en definitiva, en el bien común; al que, por principio, ha de subordinarse el interés privado, por respetable que sea».

¹⁰ MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte especial*, 6.^a ed., Sevilla, 1985, pág. 743.

¹¹ HASSEMER: «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno», *Anuario de Derecho Penal*, 1993, págs. 239 y ss. Habla de la aparición de nuevos tipos penales que incorporan nuevos bienes protegidos, como los de medio ambiente, Derecho penal económico, protección de datos, drogas, impuestos, comercio exterior, etc.

De todo ese conjunto se aprecia que la posición sistemática y hermenéutica del citado artículo hace trascender su finalidad de la simple protección del orden patrimonial clásico, llegando a garantizar la seguridad y estabilidad del orden económico.

También señalar que otra garantía frente a otros métodos de protección ¹² es que el coste de la acción individual se sabe a priori y vendrá determinado para el que la ejercita por la suma indemnizatoria que reclame, con lo cual queda en su mano predeterminar la suma a que se elevará la defensa por su Letrado, Procurador y prueba que practique, entre otras la pericial, o en su caso las costas que le generaría si pierde el pleito y tiene que pagar los gastos de la contraria.

Esta estimación resulta bastante fácil, debiendo partir del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) (antiguo 523) ¹³ y de la limitación que el mismo, al igual que el anterior, establece en cuanto a la imposición de las costas, siendo lo máximo sancionable la tercera parte de la cuantía del proceso. El artículo 251 de la ley adjetiva (antiguo 489) señala que el valor de las demandas para determinar por él la cuantía de la clase de juicio declarativo en que hayan de ventilarse se calculará a tenor de las reglas que en el mismo se establecen.

El artículo 251, en su párrafo 1.º, señala que «si se reclama una cantidad de dinero determinada, la cuantía de la demanda estará representada por dicha cantidad; y si falta la determinación, la demanda se considerará de cuantía indeterminada» ¹⁴. Tras lo establecido en la LEC, se aplicarían a la cantidad señalada las Normas de Honorarios de los Ilustres Colegios de Abogados ¹⁵, que aplican una combinación de cantidades mínimas a pagar, o en caso de exceso sobre ellas un porcentaje sobre la

¹² Por ejemplo: sistema de impugnación de acuerdos ante los tribunales, separación y destitución de administradores, reconocimiento de derechos de minorías, etc.

¹³ El citado artículo precisa que «en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho ...cuando ...se impusieren las costas al litigante vencido, éste solo estará obligado a pagar, de la parte que corresponde a los Abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa por arancel, una cantidad total que *no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso...*; a estos solos efectos las pretensiones inestimables se valorarán en 18.000 euros...».

¹⁴ El citado artículo no señala, como el anterior 489.8.º, que «siempre que el actor haga una estimación del valor de lo reclamado, aunque no figure determinado en el título, habrá de tener el correspondiente reflejo en la demanda». Aunque se debe entender lo mismo, pues el artículo 399, referente al contenido de la demanda en el juicio ordinario, y el 437, referente al juicio verbal, precisan que esta deberá «fijar con claridad y precisión lo que se pida».

¹⁵ Actualmente los baremos de los Ilustres Colegios de Abogados son orientativos y no vinculantes. El letrado con su cliente pactará el importe que le cobre por la dirección de su defensa, siendo utilizados los baremos únicamente para fijar el importe cuando se condena en costa a la contraria en la litis, y para que el coste de los honorarios del letrado que llevó la defensa de la acción ganadora pueda ser informado y fijado por Su Señoría en la correspondiente tasación. En el Ilustre Colegio de Abogados de Vigo, el día 5 de febrero de 2008, se editaron los *Criterios utilizados por la Junta de Gobierno del Colegio en sus informes para las impugnaciones de honorarios en las taxaciones de costas*, en concreto en su Libro I referente a la Jurisdicción Civil se establece una cantidad mínima a minutar según la cuantía del asunto, o en caso de que exceda de ella se aplicará la escala tipo a la cantidad reclamada. Así como ejemplo, un pleito de cuantía de 5.500 euros genera unos honorarios de Abogado de 1.131 euros más el IVA; de 50.000 euros genera unos honorarios de 6.161 euros; de 300.000 euros genera 28.661 euros; de 1.200.000 euros genera 85.661 euros; y a partir de 6.000.000 de euros que genera 295.661 euros, esa cuantía aumenta un 1 por 100.

cuantía; debiendo posteriormente y para el pago de los gastos de Procurador, en los casos en que sea necesario ¹⁶, tener en cuenta los aranceles establecidos para los mismos por real decreto ¹⁷.

La misma aplicación y razonamiento de normas se debe dar respecto a la acción social de responsabilidad, con lo cual su coste para el actor sería fácilmente determinable e incluso, como en el anterior caso, quedaría el mismo a su arbitrio pudiendo moderarlo según lo que él estimara como reclamable o que supiera que podría probar, apartándose de reclamaciones, podríamos decir, extravagantes o hetéreas.

Esta matización del coste monetario de la acción individual, pues el temporal viene determinado en cada juzgado o tribunal por el número de asuntos que lleve, se realiza para resaltar que a veces no basta con que todo el mundo tenga derecho a ejercitar una acción o un derecho, sino que también debemos saber cuál va a ser el coste que el ejercicio del mismo conlleva, pues muchas veces puede hacerse ilusorio o no compensar, implicando incluso un coste a mayores para los administradores en el ejercicio de su defensa, tanto en materia civil, como laboral, fiscal, administrativa, etc.

Es importante precisar, por ejemplo, que el *Baremo de Honorarios dos Colexios de Avogados de Galicia*, siguiendo la línea marcada en las anteriores Normas de Honorarios de los Ilustres Colegios de Abogados de Galicia en su artículo 113 ¹⁸, establecía para la impugnación de acuerdos de sociedades mercantiles, artículo 37 ¹⁹, un derecho básico para cualquier accionista o consejero, una remuneración que viene determinada en función de la cuantía del procedimiento; suprimiendo la anterior referencia a la importancia de la entidad y su capital social entre otros vectores. Ahora los baremos son orientarivos y no vinculantes, solo a efectos de tasación de costas.

Pese a ser el coste importante, parece reducirse conforme a lo anterior expuesto, que para impugnar un acuerdo de una multinacional o entidad ya no se toma como referencia su capital social multimillonario, lo que provocaría que tal derecho no fuera practicable por el riesgo elevado que se correría al ponerlo en práctica en cuanto a su coste económico, tanto si la litis sale favorable como contraria. Aún así, los acuerdos sociales suelen estar relacionados con cuantías importantes, lo que encarece el procedimiento y, por tanto, el ejercicio de este derecho.

¹⁶ Como señala el artículo 23.2.º de la LEC, en todos salvo en los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 2.000 euros y para la petición inicial de los procedimientos monitorios; ... y cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio.

¹⁷ Los aranceles de los Procuradores se establecen en el Real Decreto de 22 de julio de 1991 (Ar. 1877).

¹⁸ El artículo 113 de las citadas Normas señalaba que por la impugnación de acuerdos de sociedades mercantiles, un derecho que podríamos considerar de los más básicos de todo accionista o consejero, «se devengarán los siguientes honorarios: a) Con cuantía determinada: el 80 por 100 de la Escala Tipo. b) Con cuantía indeterminada (la mayoría de los casos): se minutará el 80 por 100 de la Escala Tipo sobre la posible transcendencia patrimonial del acuerdo impugnado, computándose como índices de incremento, prudencialmente, la *importancia de la sociedad, su capital y actividades*. En uno y otro caso, con un mínimo de 70.000 pesetas».

¹⁹ El artículo 37 señala que «en los juicios sobre impugnación de acuerdos de la Junta General, del Consejo de Administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, o de la Asamblea de Obligacionistas de la sociedad, así como en lo referente a balances, y sobre reducción del capital, fusión o escisión de la sociedad, se devengará el 100 por 100 de la escala tipo, sobre la cuantía del procedimiento, si está determinada».

2. Criterios que delimitan la naturaleza jurídica

A. Disyuntiva entre Derecho común o Derecho especial de responsabilidad

A la hora de analizar la acción individual de responsabilidad debemos comenzar por la ubicación e interpretación sistemática del precepto, señalando que el mismo se encuentra dentro del Derecho privado pero en la escisión surgida del mismo en la Baja Edad Media ²⁰, que dio lugar al Derecho mercantil.

Debido a tal origen, la distinción entre el Derecho civil y el mercantil no puede fijarse en el terreno de los principios que fueron y son comunes a ambos, sino que tiene que buscarse en cuestiones con un valor puramente tradicional y empírico, cambiando el mismo constantemente al compás de la evolución económica ²¹, social, cultural y política.

El Derecho, en cuanto sistema de normas que con carácter coactivo regula las relaciones de los hombres entre sí en cuanto miembros de la sociedad (Derecho objetivo), aparece dividido desde los tiempos de Roma en dos grandes sectores: el público y el privado ²².

El Derecho civil y el mercantil constituyen, a su vez, las dos ramas fundamentales del Derecho privado. Pero la división no existió siempre pues, como señalamos, hay que esperar a la baja Edad Media para presenciar el alumbramiento del Derecho mercantil como ordenamiento jurídico autónomo y distinto del Derecho común. Su nacimiento está íntimamente ligado a la actividad de los gremios o corporaciones de mercaderes.

Es el Derecho creado por los comerciantes para regular las diferencias entre sí, o las de estos con sus clientes, ello en razón del trato o comercio que profesionalmente realizaban ²³; es decir, era un Derecho especial para la actividad profesional de una clase de ciudadanos o individuos, los comerciantes, y los actos que realizan, frente al Derecho civil, que es común y general, opinión sostenida por Fernando SÁNCHEZ CALERO ²⁴.

Posteriormente se trató de objetivar su eje y se decía que su característica o peculiaridad residía en que regulaba los actos de comercio, criterio que todavía pervive en nuestro Derecho, en con-

²⁰ PANIAGUA ZURERA, M.: «Empresa, empresario agrario individual y Derecho mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 238, octubre-diciembre, 2000, pág. 1.717. También SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, tomo I, Madrid, 1999, pág. 4, señala que el Derecho mercantil surge en la Edad Media ... en los siglos X y XI; en particular en Italia.

²¹ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. I, Madrid, 1984, pág. 123.

²² DORS, Á.: *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1983, págs. 27 y 28. Precisar que el mismo señala que «las cuestiones... que podían dar lugar a juicios *públicos*, solo empezaron a interesar a aquellos jurisperitos en un momento relativamente tardío de la historia de la Jurisprudencia romana».

²³ RODRIGO URÍA: *Derecho mercantil*, Madrid, 1986, pág. 5.

²⁴ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 18.

creto en el artículo 2 del CCom. Sin embargo y pese a destacar esa posición objetiva durante el siglo XIX, actualmente ha resurgido el criterio subjetivo, siendo su eje central la empresa o empresario, opinión que compartimos pues, como señala el profesor GÓMEZ SEGADÉ, existen síntomas suficientes para hablar de un sistema *predominantemente subjetivo*²⁵ pues, como ha subrayado certeramente DUQUE: «sin abandonar el criterio objetivo, conquista irrenunciable de la evolución histórica del Derecho mercantil, se vuelve a una concepción subjetiva profesional, sin incurrir en el privilegio de una clase o estamento...»²⁶.

El profesor GÓMEZ SEGADÉ desarrolla el argumento apoyándose en el Derecho comparado, precisando en la citada obra que la promulgación del *Handelsgesetzbuch* alemán de 1897 coloca al comerciante como centro del sistema mercantil, citando entre otros a ASCARELLI y BROSETA²⁷, aunque él matiza que no resulta acertado hoy día hablar del Derecho de los comerciantes porque el comercio ha sido ampliamente superado por otras actividades económicas que también están sujetas al Derecho mercantil²⁸, aunque la citada norma tuvo el gran mérito de reconocer e instaurar de nuevo la base profesional de este *Derecho especial*; lo cual se repite al hablar del *Codice Civile* italiano de 1942²⁹. En España, Díez PICAZO, Luis: «Codificación, descodificación y recodificación», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 1992, págs. 473 y siguientes, precisa que el CCom. de 1885 se limitaba a plasmar un instante de la realidad y, precisamente por este motivo, pronto quedó desbordado por los nuevos acontecimientos sociales y económicos que fueron produciéndose; por lo cual su validez indefinida es una mera utopía. Es más, GONDRA: *Derecho mercantil*, tomo I, Madrid, 1992, págs. 65 y 66, reconoce que existen continuamente instituciones y situaciones nuevas que piden una especial protección, pues muchas van cobrando un creciente valor económico.

En el campo doctrinal, por lo que se refiere concretamente a España, es claro el predominio, entre los mercantilistas de una teoría netamente subjetiva sobre el concepto del Derecho mercantil, como es la teoría de la empresa, de algún modo reconocida por el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia de 16 de noviembre de 1981³⁰, lo que se enlaza con el desarrollo de la misma por el profesor LANGLE, que no habla del Derecho mercantil como un Derecho de empresa sino que con relación al tema que nosotros abordamos, encuadra las sociedades dentro una parte del Derecho mer-

²⁵ GÓMEZ SEGADÉ, J.A.: «Algunos problemas actuales del Derecho mercantil», separata de *Estudios de Derecho mercantil en homenaje de Rodrigo Uria*, Madrid, 1978, págs. 211 y ss. En dicha obra y páginas desarrolla una defensa fundamentada y razonada de por qué se trata de un sistema *predominantemente subjetivo*, acudiendo tanto al Derecho comparado como a la regulación normativa española, sin dejar de lado la vertiente doctrinal, todo lo cual suscribimos de una forma absoluta.

²⁶ DUQUE: *Gran Enciclopedia Rialp*, tomo VII, Madrid, 1972, pág. 489.

²⁷ Véanse ASCARELLI: *Iniciación al estudio del Derecho mercantil*, en la traducción de EVELIO VERDERA, Barcelona, 1964, pág. 86; BROSETA, M.: *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid, 1965, págs. 69 y ss.

²⁸ Véase ALONSO UREBA, A.: *Elementos de Derecho mercantil*, tomo I, Madrid, 1989, págs. 14 y 15. El mismo señala que la verdadera autonomía del Derecho mercantil viene provocada por la propia realidad económica que constituye el objeto de la disciplina.

²⁹ Precisar que el Derecho italiano en un solo Código regula ambas disciplinas. Sin embargo, y pese a esto que podía generar confusión, la mayoría de la doctrina italiana considera que el Derecho mercantil subsiste con plena autonomía substancial. Véase FERRI: *Manuale di Diritto commerciale*, Turín, 1972, pág. 13.

³⁰ BOE de 28 de noviembre de 1981, en la cual se señala que la rama del Ordenamiento que representa el Derecho mercantil habrá de incluir, en todo caso, la regulación de las relaciones jurídicas privadas de los empresarios mercantiles.

cantil que él denomina el Derecho mercantil de empresa, la cual tiene una visión parcial del fenómeno económico y jurídico, revelándose contra las realidades evolutivas que podían pretender unificar todo el Derecho privado ³¹ y rompiendo la idea de fusión gradual ³².

Si bien algunos autores, como MENÉNDEZ, señalan que los estudiosos deben estar alerta ante los nuevos cambios, con objeto de no seguir atrapados en el sistema codificado del Derecho mercantil. Ni siquiera en su construcción como Derecho de la empresa; pues este sistema cumplió ya su misión ³³. Señalar que nosotros hablamos de empresario, sistema predominantemente subjetivo y no de empresa.

También otros autores pretenden aportar una concepción del Derecho mercantil superadora de la dialéctica: sistema subjetivo *versus* sistema objetivo, siendo dicho denominador común la presencia de un ámbito económico al que se adscribe el sujeto y se sitúa en la propia actividad económica; refiriéndose naturalmente al mercado, un Derecho del mercado.

Fue quizá en nuestro país José María CALVO ALFAGEME quien por vez primera presentó el Derecho mercantil como un Derecho del mercado ³⁴, precisando PUENTE MUÑOZ que el Derecho mercantil es esencialmente un Derecho de mercado, pues siempre se ha caracterizado por ser un Derecho del tráfico, esto es, un Derecho que hace referencia al movimiento de los bienes en el mercado, siendo el Derecho mercantil el Derecho del mercado en toda la amplitud económica actual de este término; concepción a la que parece haberse incorporado el profesor DUQUE ³⁵.

Sin embargo, el profesor GÓMEZ SEGADÉ vuelve a reiterar que el empresario, yo añadiría tanto persona física como jurídica, es el heredero del viejo comerciante, y se convirtió en el centro del nuevo Derecho mercantil predominantemente subjetivo. Recalcar que en nuestro Derecho se entiende por empresario la persona física o jurídica que ejercita una empresa, y esta es un especial modo de desarrollar una actividad económica cualificada.

Basta esta sencilla definición para señalar que ambos conceptos (empresa-empresario) son correlativos, no pudiendo existir uno sin el otro, llegando a confundirse durante mucho tiempo ambos, aplicándose como sinónimos ³⁶. Por todo ello, la nota de historicidad de nuestro Derecho aparece en

³¹ Una exposición fundamentada de estas teorías unificadoras puede apreciarse en VICENT CHULIÀ, F.: «La unificación del derecho de obligaciones», *Revista de Derecho patrimonial*, núm. 2, 1999-1, el cual reconoce, en su página 21, que «solo son compartidas por un sector minoritario de la doctrina mercantil». Pese a ello menciona a favor de su tesis el Código de Obligaciones suizo de 1881 y los Códigos Civiles italiano de 1942 y holandés de 1970-1992; al igual que el Derecho inglés.

³² LANGLE: «Las directrices fundamentales del Derecho mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, 1947, pág. 390.

³³ MENÉNDEZ: «El Derecho mercantil en el siglo XXI», *La Ley*, 26 de diciembre de 1990, págs. 3 y 4.

³⁴ PUENTE MUÑOZ: «Notas para un estudio del concepto de Derecho mercantil», *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, 1971, pág. 83. En la misma se cita el desarrollo de esta postura por CALVO ALFAGEME.

³⁵ DUQUE: «Constitución económica y Derecho mercantil», *La reforma de la legislación mercantil*, 1972, págs. 63 y ss. y pág. 79.

³⁶ Recordar, como hace PANIAGUA ZURERA, M.: «Empresa, empresario agrario individual y derecho mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, 2000, núm. 238, octubre-diciembre, pág. 1.694, que actualmente la doctrina mercantil entiende que la materia mercantil, su contenido y el concepto mismo se vertebran o estructura sobre tres elementos o nociones básicas: el empresario, la empresa y el mercado, citando entre otros a GARRIGUES, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, BROSETA, SÁNCHEZ CALERO, URÍA, OLIVENCIA, FONT GALÁN, MASSAGUER, etc.

el caso de nuestra disciplina mucho más acusada que en otras, particularmente comparada con el Derecho civil³⁷.

El profesor SÁNCHEZ CALERO señala que mientras el Derecho civil ha sido calificado como el Derecho privado común, el Derecho mercantil se denomina Derecho privado especial. Lo cierto es que el Derecho mercantil tiene un «tempo» más ágil, vivo o rápido que el Derecho civil, lo cual le aboca entre otras cosas a un devenir constante y a una regulación de plazos y relaciones más rápidas o fugaces. De esta forma, la sociedad anónima debe ser considerada como el empresario por antonomasia en nuestro mundo occidental y este, como vimos, es el heredero del viejo comerciante.

Como bien señala el profesor Díez PICAZO, el Derecho privado común regula o pretende regular la realidad jurídica y social en todas sus facetas o aspectos, es decir, la vida considerada en su totalidad; mientras que el Derecho privado especial, el mercantil o de empresa en este caso, lo que trata es de regular materias o relaciones determinadas y concretas; considerándose en nuestro ordenamiento jurídico como Derecho privado común al Código Civil (CC), aunque esto no es totalmente exacto³⁸, pues existen una serie de materias reguladas a través de legislación especial recogida fuera del citado Código y que también son Derecho privado.

Llegados a este punto y vista la distinción, debemos preguntarnos si hay una categoría de responsabilidad especial de los administradores, en concreto en lo referente a la acción individual, que la haga perfectamente diferenciable de la regulada en el CC para los simples particulares.

El propio artículo 4.3.º del CC preceptúa que «las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes»; entendiéndose que si esas leyes establecen otros criterios de supletoriedad, esta disposición estará subordinada a la misma, con lo cual parece evidente que la regulación base de este estudio tiene una absoluta independencia respecto al Derecho civil.

Esa especialidad se justifica formalmente además de por su citada posición sistemática, por razón de la materia que regula y por el sujeto legitimado pasivamente. El elemento común y definidor de la misma es realizarse en el ámbito de actividades societarias o servirse de estructuras asociativas para su ejecución; es decir, es una conducta que se define precisamente por su intrínseca conexión con el funcionamiento y la operatividad de las sociedades anónimas, al tener que tomar de estas la totalidad de los elementos empleados para la integración o cualificación de la norma³⁹. Se caracteriza por el hecho de producirse en el seno de una sociedad anónima y en conexión con la estructura

³⁷ SÁNCHEZ CALERO: *Principios de Derecho mercantil*, Madrid, 1996, pág. 4.

³⁸ Díez PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1984, pág. 42.

³⁹ Este mismo razonamiento lo siguen, para justificar la especialidad de la acción social de responsabilidad contra los administradores, GIRÓN TENA, J.: «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, 1959, y SUÁREZ-LLANOS, L.: «Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima (disciplina de la acción social)», *Anuario de Derecho Civil*, 1962. Recordar además, como señala PANIAGUA ZURERA, M.: «Empresa, empresario agrario...», ob. cit., pág. 1.695, que en el Derecho mercantil y sus instituciones conviven normas públicas y privadas con nuevos intereses objeto de tutela en materia mercantil; y que VICENT CHULIÁ, F.: «La unificación del derecho de...», ob. cit., pág. 27, viene a reiterar al reconocer que ciertas normas mercantiles debido a su uso pasan a ser generales (letra de cambio, pagaré, cheque, sociedades mercantiles, valores...).

y las reglas de funcionamiento que caracterizan a estas, precisando que además de la tutela directa del patrimonio del perjudicado, la regulación específica de la responsabilidad del administrador provoca que indirectamente se tutelén otros intereses, tanto individuales como colectivos (jurídicos, políticos, sociales, económicos, fiscales, administrativos, etc.)⁴⁰. Se puede también decir que el Derecho penal en esta materia se convierte en una norma penal en blanco que se remite al Derecho mercantil para completarse.

Al objeto de delimitar el enfoque de este estudio, señalaremos que la adaptación al campo de las sociedades anónimas del instituto de la responsabilidad civil derivada del daño se opera en la normativa de la LSA, del TRLSA con posterioridad, y de la LSC actualmente, por un doble cauce: por la vía de la responsabilidad a que se somete a los administradores que con su actuación negligente han causado un daño en la esfera patrimonial de la sociedad y por la vía de la responsabilidad que para los mismos administradores se deriva del hecho de haber causado un daño en la esfera patrimonial particular de socios y extraños.

Una y otra se corresponden con lo que la doctrina ha denominado los «dos grandes regímenes de responsabilidad» de los administradores en el seno de la sociedad anónima. Al primero de ellos se le reserva unánimemente el calificativo de especial, mientras que al segundo, inexactamente a nuestro juicio, tal especialidad le viene negada por virtud de una plena sumisión en la esfera del Derecho Común⁴¹, con lo cual estamos en absoluto desacuerdo tal y como hemos relatado en este apartado, pues es una norma especial dentro de un Derecho especial.

Aunque la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de noviembre de 1999 comienza señalando que «la responsabilidad de los administradores es de *naturaleza civil*, por cuanto persigue la reintegración de los daños sufridos por la sociedad o por los terceros (y que) ... por tratarse de tal los presupuestos que es necesario identificar son idénticos que los del régimen general o común...»; tal razonamiento de principio implica que no es asimilable al citado régimen común.

Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 20 de mayo de 1999 señala definitivamente que «dicha acción de responsabilidad está *enmarcada en el ámbito del derecho común relativo a la responsabilidad civil contractual o extracontractual, de la que constituye un supuesto específico...*». Esta postura se reitera en otra sentencia de la misma Audiencia, de 11 de febrero de 1999. Si bien, como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1989 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de noviembre

⁴⁰ En este punto parafraseamos lo que se afirmaba de una forma rotunda en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 1992, que dio lugar a la inclusión en el nuevo Código Penal que entró en vigor el 24 de mayo de 1996, del Capítulo XIII «De los Delitos Societarios», en el Título XIII, del Libro II, y que señalaba que «las figuras comunes de estafa, apropiación indebida y falsedad documental no siempre son aplicables a las peculiares prácticas fraudulentas que pueden producirse en una sociedad mercantil, y ello porque la relación bilateral que en aquellos tipos comunes se aprecia con nitidez, no se presenta con la misma claridad en el ámbito societario, pues la relación jurídico-penal puede trazarse entre socios, entre administradores y socios, entre administradores y terceros presentes o futuros, siendo incluso en ocasiones difícil fijar cuánto hay de perjuicio material y cuánto de deslealtad, ingrediente valorable penalmente, pero que no es propio de un clásico delito patrimonial».

⁴¹ SUÁREZ LLANOS: «Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima», *Anuario de Derecho Civil*, 1962, págs. 922 y ss.

de 1998, que cita otras, «la representación societaria (es) un régimen de representación especial, orgánico y regido por sus propias reglas...».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de fecha 26 de octubre de 1998 señala que en los casos de los artículos 127, 133 y 135 del TRLSA nos hallamos ante una *responsabilidad civil*, tal y como reitera la Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián de 16 de julio de 1996.

B. Posición jurídica de los administradores y su autonomía orgánica

Resulta evidente, a tenor de lo relatado por la doctrina y tipificado en el Derecho positivo, que la evolución histórica de la posición jurídica de los administradores frente a la sociedad ha discurrido desde su conceptualización contractual, especialmente como mandatarios de la misma, hasta su perfil actual como órganos de la sociedad, pese a posturas peculiares y puntuales que también analizaremos ⁴².

Todo ello ocurrió de una forma paralela al proceso de objetivación de las relaciones ínter e intrasocietarias, lo que nos traslada de aspectos contractuales a aspectos legales; y no fundándose la unión con la sociedad por la idea de administrar un patrimonio ajeno sino por una concepción estructural de la misma ⁴³.

Como señala MINERVINI ⁴⁴, a la hora de abordar este punto, como cualquier otro, debemos tener claro y repudiar como apriorística, entre otras, la llamada teoría orgánica de la persona jurídica, pues la misma abstractamente considerada puede valer para su participación en el comercio jurídico tanto de órganos como de representantes y la elección de uno u otro sistema depende del Derecho positivo, pudiendo solo encontrarse una solución después de haber ponderado en todos sus aspectos la disciplina de la figura.

El mismo autor señala que la individualización de la solución solo puede constituir un punto de llegada, y no un punto de partida por proceder una del otro corolario; para que de este modo la investigación tenga una finalidad sistemática. En el comienzo de la obra citada, el autor señala que nada puede ir más contra el procedimiento lógico que reconocer a la persona jurídica una determinada naturaleza a priori de la cual hacer descender la aplicación de una determinada disciplina. El proceso tiene que ser a la inversa.

⁴² Por todos véase MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F.: «La acción individual de responsabilidad de los administradores de sociedad anónima frente a socios y terceros (art. 135 LSA)», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 13, 1999, pág. 310. En el mismo se señala que se trata de una responsabilidad orgánica, pues deriva del incumplimiento de una obligación impuesta a los administradores en su condición de miembros del órgano de administración de la sociedad. También partiendo de la definición de los administradores de su condición de titulares del órgano de administración social, se toma como punto de inflexión para el estudio de la diligencia, PÉREZ CARRILLO, E.F.: «El deber de diligencia de los administradores de sociedades», *Revista de Derecho de Sociedades*, 2000-2, pág. 276.

⁴³ Sobre esta evolución es interesante BERDAH, J.P.: *Fonctions et responsabilité des dirigeants de la Société Anonyme*, París, 1974, la cual pone de relieve la inadecuación de la concepción del mandato al régimen de responsabilidad de los administradores que configura como régimen legal.

⁴⁴ MINERVINI: *Gli amministratori di Società per azioni*, Milano, 1956, pág. 1.

Sin embargo y teniendo en cuenta esto, se debe hacer una precisión importante, la cual nos va a permitir aclarar el carácter del calificativo «especial» que debe regir el estudio del ejercicio de la acción individual de responsabilidad, acorde con la naturaleza jurídica del administrador.

En realidad, la norma del artículo 241 de la LSC es tan específica del campo de las sociedades anónimas como las de los artículos 225, 226, 227, 228, 229, 231, 232 y 238, entre otros, del mismo cuerpo. Una y otras derivan, ciertamente, por vía de especialización de la disciplina de la responsabilidad civil de Derecho privado común. Pero no puede pensarse que el legislador, tanto el de 1951 como el de 1989 y 2010, haya pretendido únicamente incorporar al sistema de la Ley un precepto (el actual art. 241) con el exclusivo propósito de dejar constancia de algo por lo demás evidente; que la persona física que reúna la condición jurídica de administrador de una sociedad anónima no por eso viene sustraída a la aplicación de la norma contenida en el artículo 1.902 del CC u otras, pues ello les liberaría de toda responsabilidad creando una pantalla de defensa.

A nuestro juicio, el relegar plenamente la normativa del artículo 241 al campo del Derecho común deriva como consecuencia lógica de un vicio de interpretación del citado precepto, cometido bajo la influencia exagerada de la concepción orgánica de los administradores, vigente en la mayoría de la doctrina ⁴⁵.

Por regla general, se valora la expresión «actos de los administradores» en el sentido de actos evidentemente realizados dentro del círculo de sus actividades como tal administrador, pero no como órgano social, ya que en el marco de sus facultades legales y estatutarias no puede estar la realización de hechos ilícitos ⁴⁶. Aparte de que resulte muy difícil individualizar un acto que al mismo tiempo sea realizado dentro de las actividades de administrador y como tal, pero no como órgano social, es cierto que si se realizara como tal órgano, el acto sería imputable directamente a la sociedad, quien vendría llamada a responder, por cuanto lo actuado por un órgano social vale como hecho por el ente social; y esta no puede ser la hipótesis a que hace referencia el artículo 241 (antes 135), que contempla exclusivamente la responsabilidad personal de los administradores frente a los accionistas y frente a los terceros. Ello sin perjuicio de que respondan ambos (administrador y sociedad) judicialmente, tal y como sucede.

En este punto es donde reside el vicio del razonamiento motivado por la presente configuración orgánica de los administradores, lo cual se nos da como un prius para todo supuesto y en este caso nos conduce fatalmente a una evidente petición de principio. Como señala MINERVINI, la imputación jurídica del acto ilícito al «administrador» y no a la sociedad es uno de los argumentos que el Derecho positivo suministra en contra de la configuración jurídica de los administradores como «órganos» de la sociedad ⁴⁷; abriéndose una vía para la configuración de los mismos desde una perspectiva totalmente diferente a la de la posición orgánica.

⁴⁵ Entre otros, RODRIGO URÍA: *Derecho mercantil*, Madrid, 1996.

⁴⁶ GARRIGUES-URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo II, Madrid, 1953, pág. 159.

⁴⁷ MINERVINI: *Gli amministratori di Società per azioni*, Milano, 1956, págs. 2 y 362 y ss.

Por ello, el que la doctrina haya calificado la responsabilidad como de naturaleza orgánica en su origen es debido a la caracterización de los administradores como órganos sociales que ejercen las competencias que legal y estatutariamente le han sido atribuidas en condición de órgano de la sociedad. Todo ello sin perjuicio de que esa responsabilidad pueda reconducirse a los conceptos tradicionales de responsabilidad contractual y extracontractual que luego precisaremos, pero que ya van a ir predeterminados por esa idea de concepción orgánica maximalista que hemos reseñado, y que nosotros rechazamos pues no puede ser simplificada en una posición orgánica, sino en un exceso en el ejercicio de la misma o vulneración de sus reglas.

La jurisprudencia se inclina por la calificación como una representación orgánica, y así la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de noviembre de 1998 señala que «(se trata) la representación societaria de un régimen (es) representación especial, orgánico y regido por sus propias reglas», según quedó sentado en las Resoluciones de 27 de septiembre de 1933, 19 de marzo de 1936 y 4 de marzo y 21 de noviembre de 1985, y Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1989. Con ello se recoge expresamente la denominación de orgánica sin definirlo claramente.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de noviembre de 1999 define expresamente como uno de los caracteres de la responsabilidad de los administradores el «c) ... *orgánico*, porque estructural y funcionalmente se concreta con la actuación del órgano de administración al que compete la dirección de la empresa. Se dice que la responsabilidad es orgánica porque surge del daño generado por las decisiones, acuerdos o actuaciones ilegítimas llevadas a cabo por el órgano de administración». La Sentencia de la Audiencia Provincial de León completa esta definición al decir que «el artículo 135 del TRLSA (hoy, 241 LSC) se refiere a la responsabilidad de los administradores por actos llevados a cabo en el ejercicio de sus funciones de administrador (actividad orgánica) y no en el ámbito de su esfera personal ajena a la gestión societaria; es decir, se refiere a la actividad de organización societaria y gestión de la empresa que incumbe institucionalmente a los administradores; es claro, que su caracterización como órgano...».

C. Responsabilidad contractual o extracontractual

El encabezamiento del presente criterio se realiza a efectos de claridad expositiva, pues la citada distinción ha dejado de tener la importancia que tuvo en otros momentos; es más, como veremos a lo largo del análisis del mismo, su caracterización, o mejor dicho su maximalización, si se siguiera, produciría importantes consecuencias negativas para nuestro estudio y para una visión clara del problema.

Por ello, creemos que debemos desligar la acción individual de su asimilación a la acción de responsabilidad extracontractual recogida en el artículo 1.902 del CC⁴⁸ o bien de la contractual reco-

⁴⁸ Según el artículo 1.902 del CC: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

gida en el artículo 1.101 y siguientes del mismo cuerpo sustantivo⁴⁹; resaltando sus diferencias aunque se pueda encontrar algún paralelismo con alguna⁵⁰.

Es evidente que las viejas tesis de las faltas de gestión o incumplimiento del mandato, concepción típica del CCom., daban lugar a su asimilación a la responsabilidad contractual, mientras que las derivadas de la infracción de una ley, tanto civil como penal, y que tenían carácter extracontractual han quedado desfasadas como consecuencia de una importante evolución.

Esto a partir de la idea de que la responsabilidad contractual no es privativa de los supuestos en que se incumple una relación contractual preestablecida, como antítesis al deber general de no dañar a otro que abre la vía de la responsabilidad extracontractual. Es doctrina unánime⁵¹ que siempre que hay una obligación previamente delimitada, tanto si proviene de la ley como de un contrato, se afirma la contractualidad de la responsabilidad.

Pero la citada polémica, aplicada a la responsabilidad de los administradores, tenía una simple finalidad integrativa a efectos de colmar por vía subsidiaria las lagunas de los regímenes legales incipientes en la materia, máxime cuando la posición jurídica de los administradores, como hemos visto, se explicaba desde el punto de vista de la aplicación del contrato de mandato como nexo con la entidad mercantil⁵².

Desde el momento en que la evolución del Derecho de sociedades ha avanzado en perfección técnica, llegando a reivindicar la existencia de unos conceptos y principios propios, sobre todo en materia de acciones, como vemos en este estudio, y en la medida en que la tesis del mandato ha sido superada y sustituida por la orgánica, las opciones han perdido buena parte de su sentido.

Hoy se puede decir, en términos asépticos, que la distinción ha quedado superada, configurándose como *una responsabilidad legal específica, ni contractual ni extracontractual, siendo la acción individual de carácter societario*⁵³; aunque sí podemos señalar que para fines concretos la utilización de elementos de uno u otro signo es conveniente.

⁴⁹ Según el artículo 1.101 del CC: «Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas».

⁵⁰ En el mismo sentido, con respecto a la regulación de la responsabilidad contractual y extracontractual y la naturaleza de la culpa, aplicando a la misma las dos regulaciones, véase SANTOS BRIZ, J.: «La culpa en Derecho civil. Ampliación actual de su concepto», *Revista de Derecho Privado*, 1967, págs. 614 y ss.

⁵¹ Entre otros, CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil, español, común y ...*, tomo III, ob. cit., pág. 94; señala como obligaciones procedentes de los contratos las pactadas por las partes y a falta de pacto expreso de las partes, claro es que se rigen –termina concluyendo– por las disposiciones del Código.

⁵² Algún autor, como nosotros, considera que hay dos grandes regímenes de responsabilidad, uno para la sociedad anónima y otro para el Derecho común contractual o extracontractual que no queda excluido por aquel y que entra en juego en favor del que sufra daño directo. Así, GIRÓN TENA, J.: «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español», *Estratto dagli Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, Padua, 1960, pág. 30.

⁵³ LLEBOT MAJO, J.O.: «El sistema de la responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia», *RDS*, año IV/1996, núm. 7, pág. 60.

Esta legitimidad y conveniencia se puede detectar en abundante jurisprudencia, debiendo citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 27 de mayo de 1996, la cual, a su vez, hace referencia a la doctrina manifestada de una forma continuada por el Tribunal Supremo, en la cual señala que «los artículos 133 a 135 de la LSA regulan la responsabilidad de los administradores, diferenciando la acción social, encaminada a la reconstitución del patrimonio de la persona jurídica, que pueden entablar la sociedad o sus accionistas, y subsidiariamente los acreedores sociales siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos, y la acción individual, que pueden ejercitar los socios o los terceros por actos de los administradores contrarios a la ley o a los estatutos, o realizados sin la diligencia exigible en el desempeño de sus cargos, que lesionen directamente sus intereses».

El Tribunal Supremo ha situado la acción individual de los acreedores sociales frente a los administradores en la órbita de la responsabilidad extracontractual (SSTS de 11 de octubre de 1991 y 21 de mayo de 1992), pues al no mediar vínculo contractual entre las partes se enmarca en el ámbito de las relaciones jurídico-societarias externas, de manera que su ejercicio por terceros no accionistas provoca la aplicación del régimen común de la culpa aquiliana del artículo 1.902 y concordantes del CC, optando por el viejo criterio con el que no estamos de acuerdo.

Así, ese estadio ha quedado superado⁵⁴ por la calificación de la posición jurídica del administrador como de naturaleza orgánica en su origen⁵⁵, es decir, derivada del ejercicio de las competencias atribuidas al órgano de administración⁵⁶. Esta caracterización, como ya hemos reseñado, es común a los dos tipos de acciones contenidas en la ley (social e individual) y con independencia de quien las ejercite; pudiendo siempre reconducirse a los conceptos tradicionales y con independencia de que no se exija al órgano de administración, sino a uno de sus miembros; siendo esa reconducción un criterio para la determinación del régimen legal aplicable⁵⁷.

No cabe duda de la naturaleza contractual de la acción social de responsabilidad por cuanto se ejercita en el ámbito de las obligaciones y deberes surgidos de las relaciones que unen al administrador con la sociedad. En cambio, como vemos, tal dato no está claro en la acción individual, dependiendo el encuadramiento, contractual o extracontractual, según cuál sea la naturaleza del acto lesivo realizado por el administrador o incluso cuál sea el bien jurídico lesionado y la persona de su titular⁵⁸; lo que nos debe llevar a analizar los distintos supuestos de hecho en los que opera la responsabilidad de los administradores en el artículo 241 de la LSC.

⁵⁴ Para ver un resumen de este debate, con exposición de las distintas posiciones, GHEZI, F.: «I "doveri fiduciari" degli amministratori nei "Principles of Corporate Governance"», *Rivista delle società*, 1996, págs. 470 y ss.

⁵⁵ Véase MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F.: «La acción individual de responsabilidad de los administradores de sociedad anónima frente a socios y terceros (art. 135 LSA)», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 13, 1999, pág. 310.

⁵⁶ Precisar que algún autor, para analizar cuestiones como la diligencia, señala que se debe partir de una consideración mixta (orgánica y contractual) de la posición jurídica de los administradores; pues son titulares del órgano de administración social y al mismo tiempo están vinculados por la relación jurídica de administrar la sociedad. Véase PÉREZ CARRILLO, E.F.: «El deber de diligencia de los administradores de sociedades», *Revista de Derecho de Sociedades*, año 2000-2, pág. 276.

⁵⁷ ALCALÁ DÍAZ: «Acción individual de responsabilidad frente a los administradores», *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 1, 1993, pág. 169.

⁵⁸ En el tema de la prescripción de este tipo de acción, la individual, el Tribunal Supremo y los diferentes órganos judiciales le aplican un criterio contractual o extrancontractual a la misma según el tipo de infracción, predominando este último terminológicamente.

Pese a no discutirse cuál es el bien jurídico protegido (los intereses directos e individuales de los accionistas y de los terceros), no hay acuerdo sobre cuál pueda ser la actuación de los administradores cuyas consecuencias tratan de reparar la acción y que es crucial para determinar su naturaleza. Si partiéramos de la posición orgánica de los mismos, en cuanto tal órgano, sus actos serían imputables a la sociedad, sin perjuicio de que esta pudiera repetir contra ellos después de haber reparado previamente el daño, renaciendo, en suma, una acción social.

Pero parece ser que el artículo 241 de la LSC (antiguo 135 TRLSA) no puede referirse a esta hipótesis, ya que su emplazamiento en el Capítulo V del Título VI y en la Sección 3.^a del Capítulo V, respectivamente, indica claramente que la ley no ha contemplado en este lugar la hipótesis de las acciones de los terceros contra la sociedad por actos realizados por los administradores a nombre de ella; por ello, serían actos realizados en su función o cargo de administrador, pero no obrando como órgano social que vincula a la sociedad en su actuación. Pero no parece que esta concepción pueda aceptarse en su integridad, pues frente a terceros el administrador puede realizar actuaciones orgánicas, no representativas, que generen una responsabilidad extracontractual, como la confección de un balance falso.

Ello quiere decir que la responsabilidad personal de los administradores por los daños causados a los intereses de los terceros y de los socios no depende, en ningún caso, de que su actuación se pueda calificar o no de orgánica. Frente a terceros, se tratará siempre de una responsabilidad extracontractual que solo nacerá de aquellas actuaciones culpables de los administradores, tanto si son puramente personales como orgánicas, siempre –en este último caso– que se trate de actos de gestión y no de representación, en cuyo caso sería la sociedad la única responsable.

En cambio, frente a los accionistas, la «organicidad» o no del acto lesivo o su pertenencia o no pertenencia a la esfera de competencias orgánicas influirá directamente sobre la naturaleza –contractual o extracontractual– de la responsabilidad de los administradores, pero no sobre su nacimiento y exigencia por los socios ⁵⁹.

Nosotros consideramos que en la acción individual se está ejerciendo una exigencia de *responsabilidad legal específica, ni contractual ni extracontractual*, con unas peculiaridades y características que la diferencian de ambas, de la contractual de una forma clara y definitiva y de la extracontractual con ciertas similitudes pero con claras diferencias ⁶⁰. Es evidente que no se puede

⁵⁹ (Coord.) RODRIGO URÍA: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VI, 1992, págs. 372 y ss.

⁶⁰ Todo ello sin desconocer, como señala VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho mercantil*, Valencia, 2001, pág. 366, que «existe un importante debate sobre la cuestión de si el artículo 135 incorpora y repite la acción aquiliana común de daños reconocida en el artículo 1.902 del CC (con lo que sería una norma inútil), o si innova. Una prestigiosa corriente doctrinal (SÁNCHEZ CALERO, E.V.) distingue entre la acción otorgada a los socios y la reconocida a los terceros. La acción individual de los terceros sería la común del artículo 1.902 del CC. En cambio, la otorgada a los socios vendría a reconocer una responsabilidad contractual entre administradores y socios, reflejo de que los administradores ejercen su cargo al servicio del interés de la sociedad y de los socios, tal como dicen expresamente algunas legislaciones modernas (Código de Sociedades Comerciales Portugués, Propuesta de Quinta Directiva). Y tal como reconoce la jurisprudencia de Estados Unidos, que califica a los administradores como "rustees" de todos y cada uno de los socios ... Sin embargo a nuestro entender, estamos en ambos casos ante responsabilidad extracontractual ya que entre el socio y el administrador no existe ningún contrato (STS de 21 de mayo de 1992 y SAP de Barcelona, Secc. 15.^a, de 11 de noviembre de 1997)».

discutir la ausencia de una relación jurídica preexistente entre el tercero dañado y la sociedad, aunque generalmente, y así se constata en la práctica, en la mayoría de los casos siempre existe una relación contractual adyacente y preexistente que soporta generalmente una relación económica cuya valoración va a servir para fijar los daños que se han causado. Este primer dato constatado en la práctica nos sirve para distinguir ambas figuras, y nos hace fijar una realidad de hecho concreta que pretende ser protegida y elevada a la categoría de realidad jurídica que difiere de la realidad de hecho que pretende proteger el artículo 1.902 del CC.

Además, y como se verá posteriormente, los presupuestos de hecho que se tipifican en el artículo 241 de la LSC y demás artículos concordante difieren sustancialmente de los civiles, más aún en el derogado artículo 79 de la antigua LSA, en el que se circunscribía el nacimiento de la obligación de indemnizar el perjuicio ocasionado al supuesto del daño causado con malicia, abuso de facultades o negligencia grave, es decir, un grado de culpabilidad más alto que el exigido civilmente.

Siguiendo nuestra línea argumental, señalar que el grado de culpabilidad que se exige al administrador no se equipara al exigible civilmente, pues como resalta de una forma clara y directa el artículo 236 de la LSC, y abundan los concordantes, deben actuar conforme a la ley, a los estatutos y a *cumpliendo los deberes que esta ley impone*⁶¹ *al desempeño del cargo*, añadimos nosotros *de administrador*, lo cual, a diferencia de lo reseñado anteriormente, exige una diligencia superior a la media de cualquier persona normal y corriente, pues en realidad es un técnico que incluso puede cobrar por el desempeño de su cargo.

Con respecto a ello se podría decir que la culpa exigida en el artículo 1.902 del CC también varía según las circunstancias de cada caso, lo cual es correcto y aplicable a este supuesto, pero ello no desvirtúa el hecho de que el artículo 241 está concretando unos deberes de diligencia y fiduciarios mucho más estrictos y rígidos que los de cualquier otro ciudadano al que va dirigida de una forma concreta y clara la regulación civil, e incluso más rígidos, como veremos, que los que el CCom. prevé para el empresario normal o comerciante.

Así, el *Código Olivencia* (1998) a primera vista parece que responde al paradigma contractualista ya que parte de que el objetivo último de la compañía es la creación de valor para el accionista, al que identifica expresamente con el interés social; aunque posteriormente el *Código Aldama* (2003) ya recalca y matizaba que la misión de todos los miembros del Consejo es defender la viabilidad de la empresa, protegiendo los intereses generales de la sociedad; y que el *Código Conthe* (*Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas*) (2006), en su recomendación 7, concreta que el Consejo dispense el mismo trato a todos los accionistas y se guíe por el interés de la compañía, entendiendo como hacer máximo, de forma sostenida, el valor económico de la empresa. Aún así, y ya con el primer Código referido en vigor, el reglamento tipo del Consejo de Administración elaborado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores ha matizado este planteamiento ya que si por un lado mantiene esa misma concepción, al afirmar [art. 6.3 a)] que el Consejo adoptará las medidas necesarias para asegurar que la dirección de la empresa persiga la creación de valor para los accio-

⁶¹ Antes de la reforma de 1989 se empleaba el término *diligencia* en el citado párrafo.

nistas y propugnar la reducción al máximo de las reservas voluntarias [art. 6.2 c)], por otro parece introducir ciertas dosis de institucionalismo, al sostener (art. 6.1) que el criterio que ha de presidir en todo momento la actuación del Consejo es la maximización del valor de la empresa que, como es notorio, no es lo mismo que la maximización del valor de la empresa en interés de los accionistas. Necesariamente habrá de desarrollarse respetando las exigencias impuestas por el Derecho, cumpliendo de buena fe los contratos explícitos e implícitos concertados con los trabajadores, proveedores, financiadores y clientes y, en general, observando aquellos deberes éticos que razonablemente imponga una responsable conducción de los negocios ⁶².

Esto resalta los deberes fiduciarios que tiene el administrador con los accionistas, pudiendo dar lugar a una responsabilidad mercantil del mismo respecto a ellos que no sea la civil, o que no necesite que esta última exista pudiendo exigirse solamente la primera. Es más, este deber fiduciario, profundizado y matizado ya anteriormente al hablar de la diferente acepción civil y mercantil en cuanto al concepto que existe de administrador en ambas disciplinas ⁶³, contribuye a fundamentar y justificar la postura que defendemos de *responsabilidad legal específica* que regula esta acción.

Todo ello hace que debido a esta concienciación y concepción comentada, se produzca una evolución legislativa clara, pues en la regulación anterior a 1989 de la sociedad anónima existía una intolerable franquicia favorable para los administradores y que ahora ha desaparecido, exigiéndoles una mayor responsabilidad. Incluso, y muestra de ello, la diferencia fundamental estriba en que de la interpretación sistemática del articulado de la LSC, en concreto de su artículo 237, antes 133.3 del TRLSA ⁶⁴, se establece que los miembros del órgano de administración responderán solidariamente por el acto dañino ejecutado, lo cual implica a su vez una presunción de que todos colaboraron en la comisión del mismo, debiendo cada uno de ellos probar que no fue así, desvirtuando esa presunción *iuris tantum*. La diferencia con el artículo 1.902 es clara, pues en esta el actor debe probar de una forma específica la persona que le causó el daño, lo que en el caso de los miembros del órgano de administración implicaría la desaparición de la citada presunción de responsabilidad solidaria.

El problema es que debido a la estructura de la sociedad anónima y de su órgano de administración, así como la complicación de las relaciones en que surge el evento dañoso, en materia de responsabilidad de los administradores la carga de la prueba impuesta al perjudicado llevaría al no plan-

⁶² Véase SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M.ª: «El Código Olivencia y la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración», *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 11, Año VII/1999, pág. 136; en donde se recoge y explicita lo anteriormente relatado.

⁶³ LORENTE AZNAR, C.J.: *La responsabilidad legal de administradores y directivos de empresas*, 2.ª ed., Zaragoza, 1995, págs. 21 y 22.

⁶⁴ El artículo 133.3.º, antiguo párrafo 2.º, del TRLSA señalaba que «responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel». Dicha presunción se acoge de una forma clara y reiterada por la jurisprudencia. El actual artículo 237 de la LSC sigue señalando, pero con una redacción más clara, que «todos los miembros del órgano de administración que hubieran adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel».

teamiento de reclamaciones o a la pérdida de la mayoría de las mismas debido a la imposibilidad de conocer el autor del daño, al poder encubrirse en el funcionamiento del órgano ⁶⁵.

A efectos de una mayor claridad expositiva y para apreciar la discordancia a la que nos llevaría el asunto, debemos señalar, a efectos dialécticos, que la equiparación entre el artículo 241 de la LSC, antes 135 del TRLSA, y el 1.902 del CC se podría predicar también del artículo 238 de la LSC, antes 134 del TRLSA, referente a la acción social de responsabilidad, y del 1.111 del CC, que trata de la acción subrogatoria; aunque en este último supuesto es evidente que con la acción subrogatoria se pretende que lo reclamado ingrese en el patrimonio del acreedor perjudicado, mientras que con la acción social de responsabilidad se pretende reconstruir el patrimonio de la sociedad para que el acreedor perjudicado pueda hacer efectivo al reclamarle a ella su deuda ⁶⁶. La mayoría de la doctrina discrepa en cuanto a la primera matización, pero no en cuanto a la segunda.

La jurisprudencia sienta una doctrina diferente a la que nosotros mantenemos, aunque de una lectura profunda de la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 14 de octubre de 1999 se puede inducir lo relatado a lo largo del presente apartado, pues precisa que el artículo 135 del TRLSA «rompe ese esquema formal de irresponsabilidad personal y permite una reclamación directa contra los administradores en supuestos especiales, que se explican en el *marco de la responsabilidad extracontractual*, al faltar una previa relación jurídica entre el perjudicado y el administrador, *pero cuya integración no queda remitida a la violación de la cláusula general de prudencia y diligencia que prevé el artículo 1.902 del CC...*», es más, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1998 señala que «la acción individual se configura como *extracontractual en cuanto la responsabilidad demandada se sitúa en el ámbito de las relaciones jurídico societarias externas...*». Precisar que la jurisprudencia no tiene ninguna duda en señalar el carácter extracontractual de la acción cuando el daño se causa frente a un tercero y no un socio, así las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora de 25 y 11 de febrero de 1999 aclaran que «cuando la responsabilidad es de los administradores frente a terceros, como es el caso de autos, estamos en presencia de un supuesto de responsabilidad extracontractual derivada del daño producido por la acción culpable realizada por el administrador o administradores investidos de su cargo...».

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2000, que señala que «se habla de una acción indemnizatoria ... responsabilidad, pues, claramente extracontractual con la exigencia de los presupuestos del artículo 1.902 del CC y entre ellos, el indispensable nexo causal –Sentencia de 28 de junio de 2000–...»; completada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2001 que la califica como «el ejercicio de una acción personal y directa, por los perjudicados...» y las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2001 y 28 de junio de 2001 al recalcar que «el artículo 135 prevé la acción individual de responsabilidad a favor de los terceros

⁶⁵ Cfr. OTERO SÁNCHEZ: «Responsabilidad dos administradores de SA: por débedas da sociedades e por danos orixinados ós acreedores», *Revista Xurídica Galega*, núm. 5, 3.º trimestre de 1993, pág. 249. En la misma se siguen unos razonamientos diferentes a los expuestos por este autor en cuanto a la diferencia entre el artículo 1.902 del CC y el 135 de la LSA.

⁶⁶ VICENT CHULIÀ, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I-1.º, 1991. El citado autor en la página 660 de su obra afirma la absoluta innecesariedad del artículo 134 de la LSA referente a la acción social de responsabilidad, pues su finalidad queda cubierta por el artículo 1.111 del CC, que trata de la acción subrogatoria. Lo mismo señala del artículo 135 de la LSA y del 1.902 del CC.

por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos... se trata de una acción resarcitoria, para la que están legitimados los acreedores sociales».

En cuanto a la descripción de la acción en relación con su naturaleza, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2000 precisa que «la sentencia de la Audiencia, en grado de apelación, corrigió aquel defecto, señalando como cuestión inicial y con carácter previo, procede determinar la naturaleza de la acción ejercitada por la parte actora en su demanda. Examinado el *petitum* y la *causa petendi* contenidas en el escrito iniciador del presente procedimiento puede afirmarse que se ejercita una acción individual que trata de defender el patrimonio de la actora, quien ha visto lesionados directamente sus intereses por la actuación del señor L. administrador de "S., SA", es por ello que nos encontramos ante una acción de responsabilidad individual contemplada en el artículo 135 del TRLSA, ya que la actora pretende obtener una indemnización, por la lesión sufrida en su patrimonio a causa de la incorrecta actuación del codemandado señor L. como administrador de "S., SA"».

D. Es una norma imperativa de orden público

En cuanto instrumento ordenador de las relaciones sociales y humanas, el Derecho y las normas jurídicas que lo integran se caracterizan por su imperatividad, es decir, es un mandato que tiene por finalidad ser cumplido ⁶⁷.

Sin embargo, el mandato normativo no tiene siempre el carácter de una imposición o prohibición al ciudadano. Algunas veces la norma tan solo pretende regular una situación para el caso de que las partes de un contrato o acto jurídico no lo hagan. Pero otras veces existen otro tipo de normas, llamadas de Derecho necesario (*ius cogens*), caracterizadas porque el mandato normativo no permite modificación alguna por los particulares. En estos casos, el supuesto de hecho regulado queda obligatoriamente circunscrito a la previsión legal, sin que la voluntad contraria de los sujetos intervinientes pueda derogar o sustituirlo por otra regla diferente.

Como señala LASARTE ÁLVAREZ ⁶⁸, hablando en términos muy generales, el Derecho civil está compuesto fundamentalmente por normas dispositivas, regulando supuestos de hecho que pueden ser sustituidos por las personas interesadas en ellos por reglas diversas. Por el contrario, el Derecho público (administrativo, fiscal o procesal) desconoce prácticamente la autorregulación por los particulares.

Algunos autores señalan que la legislación referente a las sociedades anónimas tiene carácter público, esto ya refiriéndose a la regulación que contenía el CCom. ⁶⁹.

⁶⁷ Véase CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y ...*, tomo I, vol. 1, ob. cit., pág. 73 y ss. Él mismo define el Derecho como «la ordenación de las relaciones sociales mediante un sistema de normas obligatorias fundadas en principios éticos y efectivamente impuestas y garantizadas, o susceptibles de serlo por la voluntad imperante en una comunidad organizada que, a través de las decisiones y de los hechos en que tales normas se traducen, regulan la organización de la sociedad y las relaciones individuales y agrupaciones que viven dentro de ella, para asegurar el conseguimiento armónico de los fines individuales y colectivos».

⁶⁸ LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho civil*, tomo I, Madrid, 1992, pág. 66.

⁶⁹ GAY DE MONTELLA, R.: *Código de Comercio español comentado*, tomo III, Barcelona, 1936, pág. 263.

Por lo que a este estudio y materia se refiere, resulta evidente que la propia LSC al encabezar o rubricar el artículo 241, como ya hacía anteriormente el artículo 135 del TRLSA, señala que trata la *acción individual* de responsabilidad, habiendo abordado en los artículos anteriores la *acción social*, en cuya profusión de párrafos establecen los trámites, podríamos decir que procesales, para ejercerla, sin que los mismos sean de posible disposición o alteración por las partes.

Los mismos, como los propios artículos señalan en diferentes párrafos, se establecen de una forma rigurosa garantizando los derechos de la minoría a ejercitar una acción frente a la posible renuncia o transigencia por la mayoría ⁷⁰, pues después de regular esos trámites *procesales*, el artículo 241 comienza señalando que «quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios o a terceros...», lo que implica que pese a que la mayoría haya renunciado o transigido a la acción social, el particular a título propio podrá ejercitar la acción individual sin que pueda ser privado de este derecho por un acuerdo o pacto; máxime tratándose la acción ahí recogida de una acción derivada de un *neminem laedere* o *cuasi delicto*, lo que constata el carácter público de la misma, nunca sometido a la junta general de accionistas ni a ningún pacto, pues la puede ejercer cualquiera, incluso un tercero totalmente extraño a la entidad ⁷¹. Recordar que el artículo 135 del TRLSA comenzaba con la afirmación de que «no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes...», lo que ahondaba en lo señalado.

Por si esto no fuera suficiente, los artículos concordantes de la LSC, así como lo hacían los del TRLSA, se aplican a ambos tipos de acciones, en especial en lo referente a sus presupuestos. Por todo ello, ambas deben tener y tienen el carácter de indisponible por las partes ⁷².

Parafraseando a QUIJANO GONZÁLEZ, hemos de señalar que sin perjuicio de la valoración de la diversa tipología de cláusulas estatutarias que alteren o modifiquen el régimen legal, no ofrece duda que la disciplina de las acciones, en la que predominan los aspectos procedimentales aunque en la individual no sean tantos, no admite derogación convencional ⁷³.

⁷⁰ Este carácter de indisponibilidad de ambas normas sustantivas, pero con un contenido procesal, se desprende o fundamenta entre otros en los párrafos del artículo 238 de la LSC, antes 134 del TRLSA, que señalan que «1. La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general... (y) Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo. 2. (Además) En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el 5 por 100 del capital». También el artículo 239 de la LSC señala por otro lado que «Los socios que representen, al menos, el 5 por 100 del capital social, podrán solicitar la convocatoria de la junta general para que esta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad». Esto aclararía la inderogabilidad por las partes de este artículo, pero debe tenerse en cuenta que el artículo 241 comienza señalando que «quedan a salvo las acciones de indemnización...», lo cual implica que el mismo también es indisponible para las partes, pues pese a los acuerdos de renuncia o transacción que existan, cualquier socio o cualquier tercero podrá ejercitar la acción sin que nadie pueda alegar un acuerdo de no ejercicio.

⁷¹ GAY DE MONTELLA, R.: *Código de Comercio español ...*, ob. cit., pág. 264.

⁷² Se habla del carácter de *ius cogens* de todo el régimen. Así ver GARRIGUES/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: «El gobierno de las sociedades: un punto de vista jurídico», en AA.VV.: *Los Consejos de Administración españoles en una economía globalizada*, Madrid, 1997, pág. 257.

⁷³ QUIJANO GONZÁLEZ: *La responsabilidad civil de los administradores...*, ob. cit., pág. 141.

Así, SÁNCHEZ ÁLVAREZ señala que el régimen de responsabilidad de los administradores, por ser *ius cogens*, solo puede modificarse por vía legislativa; y quizá por ello, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en sintonía con lo que constituye la opinión dominante en nuestra doctrina respecto a la delegación de funciones en el Consejo de Administración, precisa que la implantación del Código Olivencia y sucesivos no afectan al régimen de responsabilidad de los administradores, ya que el Consejo sigue siendo un órgano único. Por ese motivo, aceptando el carácter de *ius cogens* de dicho régimen, creemos que la efectiva implantación del Código Olivencia conlleva una alteración de los *presupuestos fácticos* que presume el régimen legal de responsabilidad de los administradores, por lo que resulta necesario reconsiderar los criterios que guían su aplicación sin que deba descartarse que, a largo plazo, aquel deba redefinirse ⁷⁴.

Es evidente que el mentado Código Olivencia y el reglamento tipo que lo desarrolla, elaborado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, así como los posteriores, han producido una alteración en los elementos de hecho que configuran la responsabilidad de los distintos miembros del Consejo, delegados y comisiones, lo cual implicará que cuando se plasme legalmente se habrá cerrado el círculo del cambio definitivamente ⁷⁵, aunque nosotros creemos que ello ya se puede aplicar en la práctica, pues a la hora de hablar de la responsabilidad y sus presupuestos se deben tener en cuenta todos los pactos sociales, estatutarios y demás circunstancias concurrentes con el hecho.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1997 recoge claramente la postura señalada y manifiesta que «la responsabilidad de los administradores tiene su origen en una obligación *ex lege* y, por ello, un aspecto de institución de orden público o Derecho necesario, que no puede soslayarse, mediante artificios estatutarios que directa o indirectamente tiendan a restringir el ejercicio de la acción social determinante de su declaración ... (y ello) ... solo puede significar que ha de aplicarse en materia de "acción social de responsabilidad" el artículo 134 de la LSA, inclusive la prohibición de establecer mayoría distinta a la que previene el párrafo segundo del apartado uno, lo que, en otras palabras supone que ... no cabe (otros acuerdos) se convierta en un obstáculo que impida la expeditividad de la acción que tratamos y sus consecuencias legales, debiendo, por tanto, ceñirse su contenido a lo que son especialidades expresas de la ley que no entren en contradicción con la eficacia de aquella acción».

En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de noviembre de 1999, la cual a la hora de tratar sobre los caracteres de la acción de responsabilidad señala los de «a) *responsabilidad legal*, por su fundamento normativo en tanto que es fijada en la ley como sanción al incumplimiento de los deberes de diligencia en el ejercicio del cargo ... b) *responsabilidad de orden público* de manera que los estatutos sociales no pueden alterar el régimen legal de responsabilidad, aunque sí reforzarlo o especificarlo. El carácter imperativo de estas normas se pone especialmente de relieve en el régimen de exoneración de la responsabilidad y del ejercicio de las acciones reclamatorias y en los presupuestos de la responsabilidad...»; y después cita su carácter orgánico, personal y civil, los cuales ya fueron comentados anteriormente.

⁷⁴ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M.ª: «El Código Olivencia y la responsabilidad de los miembros del...», *Revista de Derecho de Sociedades*, ob. cit., pág. 149.

⁷⁵ Recientemente han recogido esta idea GARRIGUES/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: «El gobierno de las sociedades: un punto de vista jurídico», en AA.VV.: *Los Consejos de Administración españoles en una economía globalizada*, Madrid, 1997, pág. 257.

Bibliografía

- ALCALÁ DÍAZ: «Acción individual de responsabilidad frente a los administradores», *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 1, 1993, pág. 169.
- ALLEGRI, V.: *Contributto allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milán, 1979, pág. 120.
- ALONSO UREBA, A.: *Elementos de Derecho mercantil*, tomo I, Madrid, 1989, págs. 14 y 15.
- ASCARELLI: *Iniciación al estudio del Derecho mercantil*, en la traducción de EVELIO VERDERA, Barcelona, 1964, pág. 86.
- BERDAH, J.P.: *Fonctions et responsabilité des dirigeants de la Societé Anonyme*, París, 1974.
- BROSETA, M.: *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid, 1965, págs. 69 y ss.
- CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. I, Madrid, 1984, pág. 123.
- DÍEZ PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1984, pág. 42.
- DORS, Á.: *Derecho privado romano*, Pamplona, 1983, págs. 27 y 28.
- DUQUE: *Gran Enciclopedia Rialp*, tomo VII, Madrid, 1972, pág. 489.
- «Constitución económica y Derecho mercantil», *La reforma de la legislación mercantil*, 1972, págs. 63 y ss. y pág. 79.
- ESTEBAN VELASCO, G.: «Artículo 14 Responsabilidad de los administradores», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, coord. Pau PEDRÓN, Madrid, 1992.
- FERRI: *Manuale di Diritto commerciale*, Turín, 1972, pág. 13.
- GALGANO, F.: *Diritto Commerciale. Le Società*, Bolonia, 1990, pág. 289.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Los delitos societarios: un enfoque mercantil*, Madrid, 1996, pág. 22.
- GARRIGUES/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: «El gobierno de las sociedades: un punto de vista jurídico», en AA.VV.: *Los Consejos de Administración españoles en una economía globalizada*, Madrid, 1997, pág. 257.
- GARRIGUES-URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo II, Madrid, 1953, pág. 159.
- GAY DE MONTELLA, R.: *Código de Comercio español comentado*, tomo III, Barcelona, 1936, pág. 263.
- GHEZI, F.: «I "doveri fiduciari" degli amministratori nei "Principles of Corporate Governance"», *Rivista delle società*, 1996, págs. 470 y ss.
- GIRÓN TENA, J.: «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español», *Estratto dagli Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, Padua, 1960, pág. 30.

- GÓMEZ SEGADE, J.A.: «Algunos problemas actuales del Derecho mercantil», separata de *Estudios de Derecho mercantil en homenaje de Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs. 211 y ss.
- HASSEMER: «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», *Anuario de Derecho Penal*, 1993, págs. 239 y ss.
- HIERRO ANIBARRO, S.: *El origen de la sociedad anónima en España*, Madrid, 1998.
- LANGLE: «Las directrices fundamentales del Derecho mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, 1947, pág. 390.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho civil*, tomo I, Madrid, 1992, pág. 66.
- LORENTE AZNAR, C.J.: *La responsabilidad legal de administradores y directivos de empresas*, 2.ª ed., Zaragoza, 1995, págs. 21 y 22.
- LLEBOT MAJO, J.O.: «El sistema de la responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 7, IV/1996, pág. 60.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F.: «La acción individual de responsabilidad de los administradores de sociedad anónima frente a socios y terceros (art. 135 LSA)», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 13, 1999, pág. 310.
- MENÉNDEZ: «El Derecho mercantil en el siglo XXI», *La Ley*, 26 de diciembre de 1990, págs. 3 y 4.
- MINERVINI: *Gli amministratori di Società per azioni*, Milano, 1956, pág. 1.
- MUÑOZ CONDE: *Derecho penal. Parte especial*, 6.ª ed., Sevilla, 1985, pág. 743.
- OTERO SÁNCHEZ: «Responsabilidad dos administradores de SA: por débedas da sociedades e por danos orixinados ós acreedores», *Revista Xuridica Galega*, núm. 5, 3.º trimestre de 1993, pág. 249.
- PANIAGUA ZURERA, M.: «Empresa, empresario agrario individual y Derecho mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 238, octubre-diciembre, 2000, pág. 1.717.
- PÉREZ CARRILLO, E.F.: «El deber de diligencia de los administradores de sociedades», *Revista de Derecho de Sociedades*, 2000-2, pág. 276.
- PUENTE MUÑOZ: «Notas para un estudio del concepto de Derecho mercantil», *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, 1971, pág. 83.
- QUIJANO GONZÁLEZ: *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Valladolid, 1985, pág. 131.
- RODRIGO URÍA: *Derecho mercantil*, Madrid, 1986, pág. 5.
- *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VI, 1992, págs. 372 y ss.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M.ª: «El Código Olivencia y la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración», *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 11, 1999, pág. 136.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Principios de Derecho mercantil*, Madrid, 1996, pág. 4.
- *Instituciones de Derecho mercantil*, tomo I, Madrid, 1999, pág. 4.

SANTOS BRIZ, J.: «La culpa en Derecho civil. Ampliación actual de su concepto», *Revista de Derecho Privado*, 1967, págs. 614 y ss.

SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ: «Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima (disciplina de la acción social)», *Anuario de Derecho Civil*, 1962, págs. 922 y ss.

— «Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 85, 1962, pág. 78.

TERRADILLOS: *Delitos societarios*, Madrid, 1987, pág. 23.

VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I-1.º, 1991.

— «La unificación del derecho de obligaciones», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, 1999-1.

— *Introducción al Derecho mercantil*, Valencia, 2001, pág. 366.