



# Acciones del acreedor frente al administrador de la sociedad de capital distintas a la prevista en el artículo 367 de la Ley de sociedades de capital

## Responsabilidad del administrador negligente por deudas de la sociedad

**Gaspar Echeverría Echeverría**

*Doctor en Derecho. Abogado*

*Profesor de Derecho Mercantil. Universidad de Cádiz (España)*

[gasparecheve@hotmail.com](mailto:gasparecheve@hotmail.com) | <https://orcid.org/0000-0002-4376-3820>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos Lema Devesa, don José Luis Blanco Pérez, don Pablo Hernández Lahoz, doña Esther Muñiz Espada, don Javier Serra Callejo y don Francisco Javier Silván Rodríguez.

### Extracto

La mayoría de los estudios relativos a las acciones del acreedor frente al administrador de la sociedad de capital se ciñen al supuesto de responsabilidad previsto en el artículo 367 de la Ley de sociedades de capital (LSC), referido al administrador que asume obligaciones en nombre de la sociedad habiendo incumplido el deber de promover la disolución o el concurso de acreedores de la compañía. Pero existen otros supuestos en los que el impago obedece a comportamientos antijurídicos y culpables del administrador distintos al contemplado en el citado precepto. Piénsese, por ejemplo, en el administrador que contrae una deuda cuando la sociedad es solvente, pero a sabiendas de que no podrá abonarla a su vencimiento; o cuando, aun siendo imprevisible la posterior insolvencia, esta hubiera sido provocada por su negligente actuación. También cabe pensar en el administrador que incumple, injustificadamente, la obligación de gestionar el pago de una deuda líquida, vencida y exigible, cuando la sociedad es solvente, sobre todo si, con posterioridad, dicha sociedad deviene en estado de insolvencia eliminando las expectativas de cobro del acreedor. Tales supuestos son objeto de estudio en este artículo, que propone fundamentar la reclamación frente al administrador en el régimen general de responsabilidad previsto en el artículo 236 de la LSC.



**Cómo citar:** Echeverría Echeverría, G. (2023). Acciones del acreedor frente al administrador de la sociedad de capital distintas a la prevista en el artículo 367 de la Ley de sociedades de capital. (Responsabilidad del administrador negligente por deudas de la sociedad). *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 267, 35-60. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.18631>



Esta propuesta no es ajena a la reticencia que se advierte en el ámbito forense a declarar la responsabilidad del administrador por deudas de la sociedad en supuestos distintos al contenido en el artículo 367 de la LSC, por lo que el trabajo contiene un análisis crítico de alguno de los argumentos que de manera recurrente esgrimen las resoluciones judiciales para eximir de culpa al administrador.

**Palabras clave:** sociedad de capital; responsabilidad del administrador; impago de la deuda social; deber de diligencia del administrador; artículo 236 de la LSC; artículo 367 de la LSC.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado: 05-04-2023



# Actions of the creditor against the administrator of the capital company other than those provided for in article 367 of the capital companies law

## Responsibility of the negligent administrator for debts of the company

Gaspar Echeverría Echeverría

This paper has been selected for publication by: Mr. Carlos Lema Devesa, Mr. José Luis Blanco Pérez, Mr. Pablo Hernández Lahoz, Mrs. Esther Muñiz Espada, Mr. Javier Serra Callejo y Mr. Francisco Javier Silván Rodríguez.

### Abstract

The majority of the studies related to the actions of the creditor against the administrator of the capital company keep to the subject of responsibility regulated in article 367 of the capital companies Law (CCL), referring to the administrator who assumes obligations in the name of the company having failed in his duty to promote the dissolution or the bankruptcy of the company. But there are other cases in which the non-payment is because of unlawful and culpable behaviour of the administrator different to that provided for in the quoted precept. Think, for example, in the administrator who incurs a debt when the company is solvent, but knowing that it will not be able to pay it when due; or when, although the later insolvency is unforeseeable, it would have been provoked by his negligent action. Also, we can consider the administrator who does not, unjustifiably, comply with the obligation of handling the payment of a debt overdue and liable, when the company is solvent, over all if, later, said company becomes insolvent eliminating hope of payment to the creditor. Such suppositions are the object of study in this article, that proposes to support the claim against the administrator in the general regulation of responsibility provided for in article 236 CCL.



**Citation:** Echeverría Echeverría, G. (2023). Acciones del acreedor frente al administrador de la sociedad de capital distintas a la prevista en el artículo 367 de la Ley de sociedades de capital. (Responsabilidad del administrador negligente por deudas de la sociedad). *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 267, 35-60. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.18631>



This proposal is not unaware of the reluctance that is observed in the judicial circles to declare the responsibility of the administrator for the debts of the company in suppositions different to those included in article 367 CCL, for which the work contains a critical analysis of some of the arguments that are recurrently put forward by court decisions to exempt the administrator from guilt.

**Keywords:** capital company; responsibility of the administrator; non-payment of the company debt; duty of diligence of the administrator; article 236 CCL; article 367 CCL.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published: 05-04-2023



## Sumario

1. Introducción
  2. La reticencia del Tribunal Supremo a declarar la responsabilidad del administrador por deudas de la sociedad cuando se ejercitan acciones distintas a la prevista en el artículo 367 de la LSC
  3. El impago de la deuda social como comportamiento antijurídico: examen de la posible culpabilidad del administrador y de la acción ejercitable, en su caso
    - 3.1. El impago en situación de insolvencia
      - 3.1.1. La asunción de la deuda en situación de solvencia
      - 3.1.2. La asunción de la deuda en situación de insolvencia
    - 3.2. El impago en situación de solvencia
  4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

El objeto de este artículo se enmarca en el ámbito de la responsabilidad del administrador frente al acreedor de la sociedad de capital, materia acerca de la que se han escrito ríos de tinta, pero casi siempre desde la perspectiva del artículo 367 de la Ley de sociedades de capital (en adelante, LSC), referido al administrador que asume una deuda en nombre de la compañía habiendo incumplido su deber de promover la disolución o el concurso de la sociedad. Se ha llegado, incluso, a identificar esa norma con la responsabilidad del administrador por deudas de la sociedad, cual si fuera el único supuesto en que el administrador debe indemnizar al acreedor social. Sin embargo, la posibilidad de que la responsabilidad del administrador por deudas de la sociedad traiga su causa en comportamientos antijurídicos distintos al previsto en el citado precepto lleva a exponerlos en este estudio y plantear la acción de responsabilidad que corresponda al amparo del régimen general, recogido en el capítulo V «La responsabilidad de los administradores» del título VI «La administración de la sociedad» de la LSC.

Sucede, por ejemplo, cuando el administrador contrae una deuda en un momento en que la sociedad es solvente, pero a sabiendas de que no podrá abonarla a su vencimiento; o cuando, aun siendo imprevisible la posterior insolvencia, esta hubiera sido provocada por su negligente actuación. A pesar del evidente comportamiento antijurídico de quien contrata infringiendo la más elemental pauta de negociar de buena fe o provoca la insolvencia de la sociedad, no resultaría aplicable el artículo 367 de la LSC, al tratarse de una deuda anterior –y no posterior, como requiere esa norma– a la situación de disolución o insolvencia.

Otro tanto ocurre cuando el administrador incumple, injustificadamente, la obligación de gestionar el pago de una deuda líquida, vencida y exigible, teniendo la sociedad suficiente capacidad económica para abonarla. Se produce un comportamiento antijurídico por parte del administrador, cuyo deber de diligencia le obliga a tramitar puntualmente el pago de las deudas sociales (como haría un ordenado empresario). Mientras la sociedad continúe siendo solvente, el comportamiento antijurídico del administrador que no tramita el pago no causaría un perjuicio determinante o definitivo, ya que el acreedor podrá intimar a la sociedad y obtener el cobro por vía ejecutiva, si es preciso. El problema se presenta si, con

posterioridad al vencimiento –producido en un contexto de normalidad económica–, la sociedad deviniera en situación de insolvencia, frustrándose así las expectativas de cobro del acreedor. A modo de ejemplo, cabe plantear la hipótesis en que el administrador no tramita el pago de la deuda, siendo la sociedad solvente y sin motivo que justifique el impago, lo que obligaría al acreedor a instar la vía judicial contra la sociedad. Si la compañía quedara insolvente durante el tiempo por el que se prolonga el procedimiento, sería definitivo el perjuicio causado al acreedor por el administrador que pudo –y debió– efectuar el pago en su momento. Sin embargo, tampoco entonces procedería la acción de responsabilidad del artículo 367 de la LSC, por ser la deuda anterior a la insolvencia de la sociedad.

Son supuestos que acaecen con frecuencia y en los que apenas ha reparado la doctrina, de ahí la conveniencia de abordarlos y ofrecer argumentos jurídicos que permitan fundamentar la acción de responsabilidad que corresponda.

Para la elaboración del trabajo se toma como punto de partida la reticencia que se observa en el ámbito forense a declarar la responsabilidad del administrador por deudas de la sociedad en supuestos no contemplados en el artículo 367 de la LSC. Se examinan e impugnan algunos de los pretextos en que, habitualmente, se basan las resoluciones judiciales para librar de culpa al administrador. Posteriormente, se valora la posible aplicación del régimen general de responsabilidad del administrador en esos supuestos que quedan fuera del alcance del artículo 367 de la LSC, a cuyo fin se analizan los presupuestos establecidos en el artículo 236 de la LSC y se proponen las acciones de responsabilidad ejercitables, en su caso. Por último, se formulan una serie de conclusiones de las que se infiere la necesidad de ajustar el criterio jurisprudencial al texto legal y al espíritu de la norma.

La consecución del proyecto presentado entraña cierta dificultad, pues viene a romper una arraigada línea de indulgencia con el administrador social. Con todo, se emprende esta tarea desde la convicción de que el saneamiento del mercado no pasa tanto por una modificación legislativa, sino por la rigurosa aplicación de la normativa vigente.

## **2. La reticencia del Tribunal Supremo a declarar la responsabilidad del administrador por deudas de la sociedad cuando se ejercitan acciones distintas a la prevista en el artículo 367 de la LSC**

Vaya por delante que se comparte la idea, tantas veces reiterada por el Tribunal Supremo<sup>1</sup>, de que el administrador no es garante de las deudas de la sociedad por el mero hecho

---

<sup>1</sup> Véase, por todas, la STS núm. 665/2020, de 10 de diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018), último párrafo del apartado 4 del fundamento de derecho quinto.

de ocupar su cargo, si bien, esta máxima no debiera ser obstáculo para exigirle responsabilidad cuando el impago haya sido causado por su comportamiento antijurídico y culpable.

Sentada la premisa anterior, llama la atención que el Tribunal Supremo enfatice en la personalidad jurídica propia de la sociedad, distinta a la de sus administradores, para preservar el patrimonio personal de estos respecto de las deudas de la compañía<sup>2</sup> y, sin embargo, pase por alto que el administrador está sujeto a una serie de deberes, por cuyo incumplimiento sí tendría que responder. Dicho de otro modo, el administrador no responde personalmente de las deudas de la sociedad por razón de su cargo, pero sí debería hacerlo cuando su comportamiento antijurídico y culpable haya sido determinante en el impago.

Se trata, en definitiva, de aplicar la norma sin incurrir en esa especie de interpretación dogmática que se viene consolidando en la jurisprudencia y que obliga al acreedor social a llevar a cabo un esfuerzo probatorio y argumentativo desmesurado en el ejercicio de la acción de responsabilidad contra el administrador, salvo cuando esta se sustenta en el artículo 367 de la LSC. El Alto Tribunal lo reconoce expresamente, llegando a manifestar que es preciso que concurren «circunstancias muy excepcionales y cualificadas»<sup>3</sup> para admitir que la imposibilidad del cobro de sus créditos por los acreedores sociales es imputable al órgano de administración.

<sup>2</sup> STS núm. 665/2020, de 10 de diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018), fundamento de derecho quinto: «Con carácter general, hemos declarado de forma reiterada (por todas, sentencia 274/2017, de 5 de mayo [NCJ062492]) que no puede recurrirse indiscriminadamente a la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento contractual de la sociedad o por cualquier deuda social, aunque tenga otro origen, que resulte impagada. Lo contrario supondría violentar los principios fundamentales de las sociedades de capital, como son la personalidad jurídica de las mismas, su autonomía patrimonial y su exclusiva responsabilidad por las deudas sociales, u olvidar el principio de que los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan, como proclama el art. 1257 CC».

<sup>3</sup> La STS núm. 665/2020, de 10 de diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018), en su fundamento de derecho quinto afirma que «debe hacerse un esfuerzo argumentativo por mostrar la incidencia directa del incumplimiento de un deber legal cualificado en la falta de cobro de aquellos créditos» para concluir que es preciso que concurren «circunstancias muy excepcionales y cualificadas», haciéndose eco de otras dos sentencias del Alto Tribunal en las que se relacionan algunas de esas circunstancias. De un lado, la STS núm. 150/2017, de 2 de marzo (recurso de casación núm. 2118/2014 [NCJ062282]), que se refiere a «sociedades que por la realización de embargos han quedado sin bienes y han desaparecido de hecho, pese a lo cual los administradores, en su nombre, han seguido contrayendo créditos; concertación de servicios económicos por importe muy elevado justo antes de la desaparición de la empresa; desaparición de facto de la sociedad con actuación de los administradores que ha impedido directamente la satisfacción de los créditos de los acreedores; vaciamiento patrimonial fraudulento en beneficio de los administradores o de sociedades o personas con ellos vinculados que imposibilitan directamente el cobro de los créditos contra la sociedad, etc.»; de otro, la STS núm. 274/2017, de 5 de mayo (recurso de casación núm. 3298/2014 [NCJ062492]), que estimó también la acción en un caso en que se identificó como conducta negligente la salida injustificada del activo social de una elevada suma (en relación con el patrimonio de la sociedad), en un contexto de liquidación de hecho, que privó *de facto* a la sociedad de cualquier posibilidad de pagar el crédito reclamado.

Para declarar la responsabilidad del administrador bastaría, teóricamente, con acreditar la concurrencia de los presupuestos fijados en el artículo 236 de la LSC, que se corresponden con los previstos para cualquier tipo de responsabilidad subjetiva (acto antijurídico y culpable, daño y relación de causalidad entre ambos), y que la jurisprudencia ha desarrollado: un comportamiento activo o pasivo de los administradores; que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; que el daño que se infiere sea directo al tercero, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero<sup>4</sup>.

Sin embargo, como se ha indicado *ut supra*, predomina en el ámbito forense una interpretación excesivamente rigurosa y restrictiva que exige un plus –más allá de los presupuestos citados– para declarar la responsabilidad, lo que denota una manifiesta indulgencia con el administrador social<sup>5</sup>.

En esa línea de sobreprotección al administrador, el Tribunal Supremo alude al riesgo comercial entre empresas, como si de una circunstancia eximente se tratase:

Esta sala ha declarado que el impago de las deudas sociales 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<sup>6</sup>.

Efectivamente, el impago de la deuda social representa un riesgo comercial, lo cual resulta incuestionable, pero no por ello deja de constituir un comportamiento antijurídico que merece reproche, en caso de que exista culpa. El hecho de operar en el mercado implica asumir los riesgos consustanciales al mismo, lo que no debería empecer el reproche de los comportamientos antijurídicos a quienes intervienen en él y el derecho de los perjudicados a que se les repare el daño. De lo contrario, cualquier empresario podría apelar al riesgo

<sup>4</sup> Véase, por todas, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 253/2016, de 18 abril (NCJ061144).

<sup>5</sup> «La doctrina legal resultado tiene como base una política jurídica restrictiva e indulgente hacia los administradores de los límites del nacimiento, contenido y ámbito de aplicación de la obligación personal de responsabilidad civil individual del administrador ante los acreedores sociales» (Alonso Espinosa, 2020, p. 300).

<sup>6</sup> Fundamento de derecho quinto, apartado 4, de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 665/2020, de 10 diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018).

comercial para rehusar el pago de sus deudas, aduciendo que quien actúa en el comercio lo hace asumiendo esta eventualidad.

Sin perjuicio de lo anterior, debe diferenciarse, de un lado, el riesgo que surge de forma imprevisible o inevitable, que no puede ser reprochado al administrador; y, de otro, el riesgo generado o agravado por el comportamiento antijurídico del administrador, lo que le hace responsable, salvo que exista causa eximente<sup>7</sup>.

El segundo argumento utilizado por el Tribunal Supremo en el texto reproducido censura que «se pretenda desvirtuar el principio básico de que los socios no responden personalmente de las deudas sociales». Deja entrever –cuando menos– cierto despiste, por cuanto no se enjuicia la responsabilidad del socio sino del administrador. Esta aparente confusión es reflejo, según se ha apuntado doctrinalmente (Alonso Espinosa, 2020, p. 304), del «subconsciente» del juzgador, en quien se advierte una clara reticencia a estimar las acciones de responsabilidad contra el administrador de la sociedad.

También se ha referido el Alto Tribunal al «principio de que los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan»<sup>8</sup> para desvincular al administrador del posible incumplimiento por parte de la sociedad. No parece un argumento sólido ya que, aunque es cierto que los administradores no son parte en los contratos que la sociedad concluye con terceros,

el título jurídico por cuya virtud los administradores quedarían obligados al pago de tales deudas sociales no sería, por tanto, el contrato del que derive la obligación de su pago, sino que tal título jurídico es la obligación legal de responsabilidad civil personal y directa ante el acreedor que nacería contra ellos en el caso de concurrir los presupuestos establecidos (Alonso Espinosa, 2020, p. 305)<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> «Ello no significa que los administradores se puedan imputar todos los daños que experimente la sociedad: hay que distinguir el riesgo de empresa de lo que es el riesgo de una gestión negligente, siendo solo imputable a los administradores el daño derivado del segundo» (Morillas Jarillo, 2002, p. 368). En parecidos términos: «Una cosa es el riesgo de empresa que asume la sociedad (aun cuando de la gestión de los administradores resulten pérdidas) y otra muy distinta el riesgo de una gestión negligente de los administradores, derivada de incumplir sus deberes legales o estatutarios con resultado dañoso para la sociedad, los socios o los terceros» (Cerdá Alberó, 2000, p. 169). En idéntico sentido se han manifestado Alonso Ureba (1990, p. 648) y Sánchez Calero (2007, p. 317).

<sup>8</sup> STS núm. 665/2020, de 10 de diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018), fundamento de derecho quinto.

<sup>9</sup> Como acierta a señalar el citado autor, en el mismo párrafo: «En otros términos: el título jurídico de nacimiento de tal obligación individual de responsabilidad civil del administrador no es nunca un contrato (acaso ex art. 1257 CC), sino el art. 241 LSC en relación con el art. 236.1 LSC y con el art. 1089 CC, según el cual "las obligaciones nacen [...] de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia"».

La responsabilidad del administrador no dimana del incumplimiento del contrato, del que –efectivamente– no es parte, sino de la inobservancia de los deberes inherentes al cargo.

Para evitar incurrir en este tipo de interpretaciones tan condescendientes con el administrador, las cuales pueden llegar a desvirtuar la causa del contrato de la sociedad mercantil –si acaso no se ha desvirtuado ya–, dando lugar a la constitución de compañías con el único objetivo de eludir la responsabilidad patrimonial del empresario individual, se propone admitir, exclusivamente, las causas eximentes previstas con carácter general en el artículo 1105 del CC (caso fortuito y fuerza mayor), o a las más específicas del artículo 237 de la LSC (desconocer el acuerdo lesivo o, conociéndolo, hacer todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, oponerse expresamente a aquel).

Esta propuesta coadyuva a una mayor seguridad jurídica<sup>10</sup>, ya que se ajusta estrictamente a los presupuestos de responsabilidad recogidos en el artículo 236 de la LSC y, además, coincide con la *mens legis*, que –de hecho– presume la culpabilidad del administrador en aquellos comportamientos antijurídicos contrarios a la ley o a los estatutos sociales (art. 236.1 LSC).

La evolución normativa es también acorde con esa idea de intransigencia respecto de los comportamientos antijurídicos y culpables del administrador. Así, el legislador ha ido endureciendo el grado de responsabilidad del administrador, que pasa de la culpa grave (malicia, abuso de facultades o negligencia grave) que exigía el primitivo artículo 79 de la Ley de sociedades anónimas de 1951 en su redacción original<sup>11</sup>, a la culpa leve (falta de diligencia) requerida en la posterior redacción –tras la modificación en 1989–<sup>12</sup> del citado precepto<sup>13</sup>. El progresivo endurecimiento del grado de responsabilidad se hace aún más

---

<sup>10</sup> Alonso Espinosa también ha criticado el menoscabo a la seguridad jurídica que subyace en el criterio jurisprudencial adoptado por el Tribunal Supremo: «Se trataría de una política jurídica cuyos efectos pudieran acaso no ser del todo compatibles con la seguridad jurídica y del tráfico porque podría dar como resultado dos posibles situaciones: (i) la de limitar en exceso, quizá más allá de lo razonable y en perjuicio de la seguridad del tráfico, el nacimiento de la obligación legal de responsabilidad civil del administrador ex art. 241 LSC; (ii) o bien, la de quedar su nacimiento y aplicación dentro de un ámbito de escasa seguridad jurídica ante las dudas que puede generar la subsunción de cada caso concreto objeto de enjuiciamiento dentro de la doctrina legal o criterios establecidos para su nacimiento» (Alonso Espinosa, 2020, p. 301).

<sup>11</sup> Artículo 79 de la LSA de 1951, en su redacción original: «Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal, y responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave. En cualquier caso estarán exentos de responsabilidad los administradores que hayan salvado su voto en los acuerdos que hubieren causado daño».

<sup>12</sup> Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades (LRyA) (BOE núm. 178, de 27 de julio de 1989).

<sup>13</sup> Artículo 79 de la LSA de 1951, en su redacción modificada por el artículo séptimo de la LRyA: «1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y representante

patente en la regulación vigente, cuya presunción de culpa choca con la relativa impunidad de la que goza el administrador social en el ámbito forense, cuando no se ejercita la acción del artículo 367 de la LSC.

Se aboga, en resumidas cuentas, por la aplicación de la responsabilidad del administrador sin más requisitos que la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos y sin otras eximentes que las previstas en la normativa. Ello contribuiría al saneamiento del mercado, mitigando la constitución de sociedades anónimas y limitadas con el único propósito de eludir la responsabilidad del empresario individual; asimismo, dotaría de mayor seguridad el tráfico mercantil, reduciendo el abuso por parte de aquellos administradores que se amparan en su posición orgánica en perjuicio del acreedor social, circunstancia que han criticado voces autorizadas en la materia<sup>14</sup>.

Sobre la base de lo expuesto, se analiza, a continuación, el supuesto en que el impago de la deuda social está motivado por el comportamiento antijurídico y culpable del administrador, a fin de valorar la posible concurrencia de los presupuestos fijados en el artículo 236 de la LSC y aplicar, en su caso, la correspondiente acción de responsabilidad.

### **3. El impago de la deuda social como comportamiento anti-jurídico: examen de la posible culpabilidad del administrador y de la acción ejercitable, en su caso**

El análisis de los presupuestos de la responsabilidad del administrador social obliga a distinguir, previamente, los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad. La primera se

---

leal. Deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial aun después de cesar en sus funciones. 2. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. 3. 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. 4. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general».

<sup>14</sup> «La exigencia de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital es algo que ayuda [...] al saneamiento del parque empresarial de una nación» (Rodríguez Ruiz de Villa, 2009, p. 1527). En la misma línea, Esteban Velasco apostilla una afirmación de Quijano (sostiene este último autor: «El administrador es eso, un administrador; no un socio colectivo, ni un fiador, ni un avalista solidario o subsidiario de las deudas de la sociedad» (Quijano, 1990, p. 23), apuntillando Esteban Velasco lo siguiente: «Pero tampoco debe estar desprotegido el acreedor ante los supuestos de actuación claramente abusiva de su posición orgánica en la sociedad» (Esteban Velasco, 1996, p. 1701).

concede como un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico<sup>15</sup>, considerándolo como un hecho objetivo, esto es, sin valorar ni las circunstancias personales de quien lo comete ni el contexto en que se produce. La culpabilidad, por su parte, representa el elemento subjetivo de la responsabilidad, lo que implica un juicio de valor acerca de la diligencia exigible al sujeto y de la posible concurrencia de causas eximentes. Existe culpa cuando se infringe el ordenamiento jurídico de manera injustificada, esto es, pudiendo actuar conforme a derecho<sup>16</sup>.

El impago de una deuda líquida, vencida y exigible constituye, *per se*, un comportamiento antijurídico, que contraviene uno de los postulados básicos del derecho: dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*). En caso de impago de la deuda social, el comportamiento antijurídico de la compañía ocurre en el ámbito de las competencias de su administrador, a quien corresponde gestionar las obligaciones asumidas por la sociedad (Esteban Velasco, 1996, p. 1.697; y 1999, p. 102) y, por ende, tramitar el pago de las deudas a su vencimiento<sup>17</sup>. Por tanto, el incumplimiento de la obligación de pago por la sociedad dimana del comportamiento antijurídico de su administrador, que no tramita el referido pago.

Ahora bien, para que exista responsabilidad es necesario que, junto al comportamiento antijurídico, concorra el elemento culpable. Es menester recordar, en este sentido, que la administración de la sociedad es una obligación de medios (Aranguren Urriza, 1999, p. 33; y Guerrero Trevijano, 2014, p. 269), en virtud de la cual las funciones propias del cargo se llevan a cabo con el propósito de lograr el objeto social<sup>18</sup>, sin llegar a garantizar su efectiva consecución o resultado exitoso<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> «Antijurídica es toda conducta humana que contradice el ordenamiento jurídico como un todo» (Santos Briz, 1963, p. 25).

<sup>16</sup> «El juicio de culpabilidad reprocha al agente haber obrado antijurídicamente cuando pudo haberse conducido conforme a Derecho» (Santos Briz, 1963, p. 96).

<sup>17</sup> «Entra dentro de las competencias del titular de la posición de órgano hacer cumplir las obligaciones de la persona jurídica (*v. gr.*, hacer cumplir los contratos suscritos por la sociedad, pagar los impuestos, cumplir con las disposiciones sobre seguridad e higiene en el trabajo, etc.), pero sobre la base de que son obligaciones de Esta que, de forma interina, están obligados a desempeñar sus administradores: son «deberes reflejos» del titular de la posición jurídica de órgano; su observancia es un deber que les corresponde autónomamente y es condición para que el ejercicio de sus poderes en el desempeño del cargo sea conforme a Derecho» (Marín de la Bárcena Garcimartín, 2005, p. 101). En términos parecidos: «El estándar de diligencia del ordenado empresario incluye también la ejecución de los contratos y operaciones concertadas en el desarrollo del objeto social» (Roncero Sánchez, 2011, p. 216).

<sup>18</sup> «Comprende un conjunto de actos, de diversa naturaleza, tendentes a la consecución del objeto social» (Sánchez Calero, 2007, p. 46). En la misma línea Cámara Álvarez (1992, p. 52), Guerrero Trevijano (2014, p. 142), Quijano González (1990, p. 153) y Rodríguez Artigas (1971, p. 76).

<sup>19</sup> «La obligación de administrar que concierne a los administradores sociales es una obligación de medios, por lo que no puede determinarse su incumplimiento o cumplimiento defectuoso en función de los resultados», SAP de Madrid (Sección 28.ª), núm. 168/2007, de 13 de septiembre (párrafo segundo del fundamento de derecho sexto). No se trata de obligar al administrador a una gestión exitosa, «sino tan

A lo que sí se compromete el administrador es a observar los deberes inherentes al cargo, entre los cuales se encuentra el deber de diligencia, que no es el genérico del «buen padre de familia» establecido con carácter general en el artículo 1104 del Código Civil (CC), sino el de un «ordenado empresario», fijado en el artículo 225.1 de la LSC. De ello se deduce que el ejercicio del cargo de administrador requiere una diligencia cualificada, con arreglo a las funciones de gestión y representación que comprende, circunstancia que debiera tenerse en cuenta para determinar la culpabilidad del administrador cuando incumple injustificadamente tareas tan elementales como tramitar el pago de las deudas de la sociedad, cuando oculta la situación de insolvencia de la compañía al contratar con un tercero, o en caso de que provoque la insolvencia.

De lo anterior se colige que, para poder imputar culpa al administrador, el impago de la deuda social ha de ser consecuencia directa de la inobservancia de la diligencia de un ordenado empresario y representante leal. Esta es la idea que preside la elaboración de este trabajo, pero sin llegar a convertirla en un obstáculo inquebrantable que exija *circunstancias muy excepcionales y cualificadas* distintas a las que se fijan en la ley (esto es, la negligencia –y no solamente el dolo–) para declarar la responsabilidad del administrador.

Por todo ello, se hace indispensable delimitar el contexto en que tiene lugar el impago y examinar cuál ha sido el comportamiento del administrador. Solo entonces se podrá valorar si este ha actuado con la debida diligencia, así como la incidencia que dicha actuación ha tenido en el perjuicio causado al acreedor social.

En este cometido importa, especialmente, verificar la solvencia de la compañía en el momento en que vence la deuda, a fin de conocer si la sociedad tiene capacidad económica suficiente para que su administrador pueda tramitar el pago y, en caso de insolvencia, si se ha advertido dicha circunstancia al contratante, si se ha promovido el preceptivo concurso de acreedores, y si la insolvencia trae su causa en el comportamiento antijurídico del administrador o se ha producido por circunstancias ajenas a él.

### 3.1. El impago en situación de insolvencia

El estudio de la responsabilidad del administrador que no tramita el pago cuando la sociedad es insolvente puede generar cierta confusión, pues la imposibilidad material de atender las deudas invita a eximir de culpa al administrador, en tanto carece de recursos para

---

solo de haber adoptado todas aquellas medidas que, en el caso concreto, un ordenado comerciante y un representante leal suelen adoptar en el planteamiento y ejecución del negocio de que se trate» (Garrigues Díaz-Cañabete, 1976, p. 159). En el mismo sentido, Quijano González (1990, p. 159), Esteban Velasco, (1996, p. 1697) y (1999, p. 102), Guerrero Trevijano (2014, p. 144), Sánchez Calero (2007, p. 180) y Valmaña Cabanes (2011, p. 129).

gestionar el pago, como ha considerado el Tribunal Supremo<sup>20</sup>. Sin embargo, la insolvencia de la sociedad no siempre puede servir como pretexto para exonerar a su administrador. La cuestión encierra mayor complejidad de lo que aparenta ya que, para determinar la posible culpabilidad del administrador en estos casos, es necesario comprobar la situación económica de la compañía no solo al vencimiento de la deuda, sino también al tiempo de contraer la obligación, para poder valorar si el administrador actuó con la diligencia debida al contratar en nombre de la sociedad.

### 3.1.1. La asunción de la deuda en situación de solvencia

Quando la sociedad es solvente al momento de contraer la obligación, no cabe *a priori* reprochar al administrador el impago derivado de la posterior insolvencia sobrevinida, por cuanto la perfección del contrato tiene lugar en circunstancias de normalidad económica, lo que hace imprevisible la posterior crisis social<sup>21</sup>.

Interesa recalcar la imprevisibilidad de la insolvencia en este supuesto, ya que si, por el contrario, el administrador fuera consciente de que la sociedad asume una deuda cuyo pago será inviable (por insolvencia inminente, por ejemplo) y oculta dicha circunstancia al acreedor, estaría actuando en contra de la prudencia<sup>22</sup> *ínsita* en el deber general de diligente

<sup>20</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 274/2017, de 5 de mayo (recurso de casación núm. 3298/2014 [NCJ062492]), fundamento de derecho quinto, apartado 3: «No puede identificarse la actuación antijurídica de la sociedad que no abona sus deudas y cuyos acreedores se ven impedidos para cobrarlas porque la sociedad deudora es insolvente, con la infracción por su administrador de la ley o los estatutos, o de los deberes inherentes a su cargo. Esta concepción de la responsabilidad de los administradores sociales convertiría tal responsabilidad en objetiva y se produciría una confusión entre la actuación en el tráfico jurídico de la sociedad y la actuación de su administrador». Dicho criterio ha sido reproducido, entre otras, en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 665/2020, de 10 diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018).

<sup>21</sup> «Nos parece discutible que la omisión de deberes con ocasión de la concurrencia de determinadas causas de disolución o de los presupuestos para la apertura de procedimiento concursal provoque propiamente un daño directo en los acreedores anteriores a ese momento, que han establecido sus relaciones con la sociedad en condiciones normales y que deben en principio asumir los riesgos eventuales de crisis e insolvencia de la otra parte» (Esteban Velasco, 1999, p. 103).

<sup>22</sup> «El grado de diligencia que corresponde a un ordenado empresario comprende cualidades como la prudencia, preparación, capacidad de iniciativa, de previsión y de análisis de los riesgos de las operaciones; planificación adecuada de la actividad con criterios de previsión y rentabilidad» (Morillas Jarillo, 2002, p. 367). En este sentido se manifiesta la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 995/2004, de 27 de octubre (rec. núm. 2597/1998) (NCJ036591), en cuyo fundamento de derecho quinto se dice: «Esa lesiva intromisión en la relación contractual entre las dos sociedades, como causante de un daño patrimonial directo para la demandante, se afirma probada en la Sentencia recurrida. En el fundamento de derecho tercero de la misma se indica que "[...] pese a la crisis, la entidad demandada concertó un contrato de importantes consecuencias y dimensiones económicas con la actora, siendo así que la posibilidad de venta

administración (art. 226 LSC), así como de la buena fe que ha de presidir la negociación<sup>23</sup>, como principio general del derecho (art. 7.1 CC) e inspirador de las relaciones contractuales (art. 1258 CC). Se produciría, entonces, una intromisión ilegítima del administrador en la fase de formación del contrato, causante del error en el acreedor<sup>24</sup>, quien no habría contratado de haber conocido la futura insolvencia de la sociedad<sup>25</sup>. En definitiva, existiría un comportamiento antijurídico y culpable determinante en el perjuicio causado, lo que daría lugar a la responsabilidad del administrador.

Se ha apuntado doctrinalmente la controvertida posición del administrador que, o bien vulnera el deber de secreto y lealtad frente a la sociedad, informando al acreedor de la verdadera situación de la compañía; o bien infringe el deber de información precontractual con el tercero, ocultando la crisis de la sociedad (Alfaro Águila-Real, 2002, p. 69). Conviene tener presente, a este respecto, que aunque el deber de lealtad obliga al administrador a actuar en el mejor interés de la sociedad, conforme al artículo 227 de la LSC, tal compromiso está supeditado al cumplimiento del resto de normas del ordenamiento jurídico, en virtud del deber de diligencia fijado en el artículo 226 de la LSC<sup>26</sup>.

Como acertadamente señala la Comisión Olivencia, actuar en interés de la sociedad no significa perseguir el objeto social a toda costa, obviando el resto de normas del ordenamiento jurídico<sup>27</sup>. Por ello, debe rechazarse la legitimidad de aquellos comportamientos

---

y cobro a terceros era más bien limitada, por lo que era absolutamente previsible el que no se pudiera hacer frente a corto plazo a una deuda como la contraída».

<sup>23</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 665/2020, de 10 de diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018), fundamento de derecho quinto: «El principio de la buena fe no solo constituye un límite al ejercicio de los derechos, sino que también es fuente de deberes de conducta, cuya infracción es un ilícito y, como tal, fuente de responsabilidad (arts. 1.101 y 1.902 CC)».

<sup>24</sup> Podría plantearse, incluso, la anulación del contrato por vicio en el consentimiento del tercero, que creía que contrataba en situación de normalidad (arts. 1300 y ss. CC). Desarrolla esa posibilidad en su tesis doctoral Vizcaíno Garrido (2014, pp. 42 y ss.).

<sup>25</sup> Esta intromisión ilícita del administrador incide en la «formación de las relaciones jurídicas con la sociedad [...]. Una mención especial merecen en este marco los comportamientos que inducen a contratar con sociedad insolvente o en situación de crisis que se oculta al tercero», (Esteban Velasco, 1996, p. 1.696).

<sup>26</sup> «Cuando el mandato legal es claro, nadie podrá pedir explicaciones al administrador, pues este es su primer deber, el cumplimiento de la ley. Por ello obsta decir que el interés social no puede justificar el incumplimiento de las normas legales» (Vizcaíno Garrido, 2014, p. 120). También Ribas Ferrer (2012, p. 81).

<sup>27</sup> «Pero esto no significa que el Consejo y la dirección de la compañía hayan de perseguir los intereses de los accionistas a cualquier precio, desconsiderando o considerando insuficientemente a los que atañen a otros grupos implicados en la empresa y a la propia comunidad en que esta se ubica. En este sentido, el interés de los accionistas proporciona una guía de actuación que necesariamente habrá de desarrollarse respetando las exigencias impuestas por el derecho (por ejemplo, normas fiscales o medioambientales), cumpliendo de buena fe las obligaciones contractuales explícitas e implícitas concertadas con otros interesados (trabajadores, proveedores, acreedores, clientes) y, en general, observando aquellos deberes éticos que razonablemente sean apropiados para la responsable conducción de los negocios» (Comisión

contrarios a la ley que pretenden utilizar el interés de la sociedad como excusa para ocultar al contratante el previsible incumplimiento de la compañía.

Para formular la reclamación contra el administrador que contrata en nombre de una sociedad solvente, pero a sabiendas de que no podrá abonar la deuda a su vencimiento, debe descartarse el ejercicio de la acción de responsabilidad del artículo 367 de la LSC, ya que la deuda es asumida con anterioridad a la insolvencia. Procede, en tal caso, el ejercicio de la acción individual prevista en el artículo 241 de la LSC, en cuanto concurre un comportamiento antijurídico y culpable (la inducción al error) determinante en la causación del daño directo al acreedor (quien no habría contratado de conocer los datos esenciales ocultados por el administrador).

De otro lado, cabe también plantear en este apartado el supuesto en que se contrata en situación de solvencia, si bien, la posterior insolvencia –incluso siendo imprevisible al momento de contraer la deuda– es motivada por causa imputable al negligente actuar del administrador. Se provoca un daño a la sociedad que, a su vez, perjudica indirectamente al acreedor, que ve frustradas sus expectativas de cobro, por lo que estaría legitimado subsidiariamente para el ejercicio de la acción social contra el administrador (Suárez-Llanos Gómez, 1996, p. 2503)<sup>28</sup>, cuando no la hubieran ejercitado la propia sociedad o sus socios, a tenor del artículo 240 de la LSC<sup>29</sup>.

### 3.1.2. La asunción de la deuda en situación de insolvencia

Quando una sociedad se encuentra en situación de insolvencia, su administrador debe promover el concurso de acreedores, conforme a lo previsto los artículos 3 y 5 de la Ley concursal. En caso de no hacerlo, el administrador responderá por las deudas sociales contraídas con posterioridad a dicha situación, en virtud del artículo 367 de la

---

Olivencia, 1998, p. 19). En el mismo sentido se ha dicho que «la consecución del "interés de la sociedad" (art. 127 bis LSA [actual art. 226 LSC]), por mucho que sea un comportamiento debido frente a esta, no justifica en ningún caso la causación de un daño directo a los socios o terceros, como lo demuestra el propio reconocimiento legal de la responsabilidad frente a sujetos distintos de la sociedad en el art. 135 LSA [actual artículo 241 LSC]» (Marín de la Bárcena Garcimartín, 2020, p. 190); «El administrador no cumple tampoco con su deber de diligente administración si, buscando la maximización del resultado, toma decisiones que perjudican a los terceros acreedores de la sociedad» (Valmaña Cabanes, 2011, p. 23).

<sup>28</sup> Ello serviría para dotar del sentido que aparentemente carece el ejercicio de la acción social por los acreedores, como apunta Calbacho Losada (1999, p. 475).

<sup>29</sup> El artículo 240 de la LSC no determina de forma concreta el momento en que nace la legitimación del acreedor, lo que ha obligado a la doctrina a realizar una interpretación analógica del artículo 239 de la LSC: si transcurrido el plazo de un mes desde que surge la legitimación subsidiaria de los socios minoritarios, estos no la entablen, el acreedor social podrá considerarse legitimado. Véase, por todos, Sánchez Calero, (2007, p. 401).

LSC, cuyo estudio ha quedado fuera del objeto de este trabajo –como ya se dijo en la introducción– por ser más que abundantes y completos los trabajos que se ocupan del análisis de esta norma.

No obstante, la exhaustividad con la que se pretende tratar la cuestión obliga a plantear el supuesto «de laboratorio», en el cual el administrador contrata en nombre de una sociedad insolvente, pero posteriormente promueve el concurso dentro del plazo legalmente establecido. La ocultación de la crisis de la sociedad al contraer la deuda constituye un comportamiento antijurídico y culpable del administrador, por cuanto está actuando en contra de la buena fe que ha de presidir cualquier negociación, aunque no procede aplicar el artículo 367 de la LSC, ya que el administrador cumple –después de contraer la deuda– el deber de instar el concurso, en el plazo fijado.

Descartado el artículo 367 de la LSC, la reclamación contra el administrador en el supuesto planteado habría de encauzarse mediante la acción individual del artículo 241 del citado cuerpo legal al concurrir, junto al comportamiento antijurídico y culpable, un daño directo al acreedor y una relación de causalidad, *ínsita* al comportamiento antijurídico, en tanto que el acreedor no habría contratado de haber conocido la crisis de la compañía.

### 3.2. El impago en situación de solvencia

Cuando el administrador de la sociedad incumple de forma injustificada su obligación de tramitar el pago de una deuda social líquida, vencida y exigible, siendo la sociedad solvente, está cometiendo una intromisión ilícita en la fase de ejecución de las relaciones existentes entre la sociedad y los terceros<sup>30</sup>.

Antes de ahondar en el análisis de este supuesto, es menester recalcar que la capacidad de pago de la sociedad ha de verificarse justo en el momento en que la deuda vence y resulta exigible. Sucede, con frecuencia, que la comprobación de la solvencia de la sociedad se lleva a cabo, erróneamente, tiempo después del vencimiento de la deuda. Así, suele analizarse la solvencia de la sociedad en el instante en que se ejercita la acción contra administrador, una vez que la reclamación frente a la compañía ha resultado infructuosa, precisamente por su insolvencia. Ese error inicial, que consiste en verificar la capacidad de pago cuando se decide reclamar al administrador y no en la fecha de vencimiento de la

---

<sup>30</sup> Dicho incumplimiento se enmarca dentro de los «supuestos de intromisión ilícita en las relaciones jurídicas de la sociedad con terceros», y específicamente en los «supuestos de intromisión lesiva en la fase de ejecución de las relaciones existentes entre la sociedad y los terceros, de forma que el comportamiento de los administradores incide en el incumplimiento de la sociedad (falta de prestación total o parcial, exacta o tempestiva)» (Esteban Velasco, 1996, pp. 1.696 y 1.697).

deuda, puede dar lugar a un planteamiento equivocado, considerando este supuesto como un impago en situación de insolvencia. De ahí la necesidad de hacer hincapié en la importancia de comprobar la solvencia de la sociedad en el momento en que se produce el vencimiento de la deuda y no cuando se ejercita la acción de responsabilidad.

El administrador que, sin justificación alguna, no tramita el pago de la deuda de la sociedad, siendo esta solvente, está vulnerando el deber de diligencia que le obliga a desempeñar el cargo como lo haría un ordenado empresario, lo que comporta, entre otros cometidos, la gestión de las obligaciones sociales y, en consecuencia, el pago puntual de la deuda. La omisión injustificada de la gestión de pago supone el incumplimiento de la diligencia debida –sea voluntaria (dolo) (Esteban Velasco, 1996, p. 1.697 y 1.999, p. 101; Marín de la Bárcena Garcimartín, 2020, pp. 321 y 322) o fruto de la desidia o despreocupación (imprudencia)–<sup>31</sup> e implica, por ende, la culpabilidad del administrador.

En este punto debe recordarse que el administrador no puede eludir su obligación de tramitar el pago bajo el pretexto de que el cumplimiento perjudicaría a la sociedad<sup>32</sup>, ya que –como se dijo *ut supra*–<sup>33</sup> actuar en interés de la sociedad no significa perseguir el objeto social a toda costa, obviando el resto de normas del ordenamiento jurídico.

Tampoco es ajustado a derecho apelar a la regla de juicio empresarial (art. 226 LSC) para justificar el impago, ya que la conocida *business judgment rule* contempla el desatino del administrador en una decisión estratégica de negocio sujeta a discrecionalidad empresarial, quedando al margen las normas imperativas<sup>34</sup>. En este sentido, resulta indubitado

<sup>31</sup> Así se ha pronunciado la STS 567/2001, de 11 de junio (recurso de casación núm. 1145/1996), que condena al administrador en un supuesto de impago, bajo el siguiente argumento contenido en su fundamento de derecho segundo: «No ha desempeñado su cargo con "la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal" como dispone el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas [vigente arts. 225 y 227 LSC], y ha coadyuvado a la adopción y ejecución del acto lesivo, al encargar la realización de diversos servicios de transporte y ocasionar un perjuicio a la sociedad actora por su falta de abono, con la consiguiente conexión entre su conducta y el daño, de manera que cabe reprocharle su despreocupación al no realizar el pago por parte de la sociedad por él regida, en tanto que es el único administrador de la misma y actuó en este caso en su carácter de tal, es decir, como órgano social y no como mero socio o como particular, por lo que ha generado la consiguiente responsabilidad».

<sup>32</sup> «Los llamados *efficient breach of law*, así como los incumplimientos contractuales –*efficient breach of contract*– se dan cuando, a juicio del administrador, los daños derivados del incumplimiento serían menores que los que se derivarían si cumplieran con las obligaciones legalmente impuestas o las contraídas contractualmente. [...] el daño derivado de este tipo de supuestos en que conscientemente se incumplen obligaciones legales o contractuales tratando de evitar daños mayores a la sociedad que se derivarían del correcto cumplimiento es presupuesto de la responsabilidad de los administradores» (Guerrero Treviño, 2014, pp. 386 y 387).

<sup>33</sup> Véase el epígrafe 3.1.1. La asunción de la deuda en situación de solvencia.

<sup>34</sup> «En todas las decisiones en que exista una obligación legal los administradores carecerán, en principio, de margen de maniobra, de modo que, si incumplen tales previsiones normativas, incurrirán en respon-

que la decisión relativa al pago de una deuda líquida, vencida y exigible no está sujeta a la discrecionalidad empresarial, sino que se trata de un deber de obligado cumplimiento<sup>35</sup>.

En relación con la omisión injustificada de la gestión de pago de la deuda de la compañía, adquiere especial relevancia el argumento expuesto por el Tribunal Supremo en el segundo párrafo del punto 3 del fundamento de derecho sexto de la Sentencia de 10 de diciembre de 2020<sup>36</sup>: «La pasividad del administrador, al omitir adoptar las medidas necesarias para restituir el cobro de lo indebido por parte de la sociedad, supone un incumplimiento de su obligación de desempeñar su cargo con diligencia». El Alto Tribunal reprocha al administrador su pasividad, por haber omitido los trámites necesarios para restituir a un tercero una cantidad abonada indebidamente a la sociedad administrada por él. Pues bien, en coherencia con ese argumento y conforme a la misma lógica, debería declararse la responsabilidad del administrador que, de forma arbitraria y teniendo la sociedad capacidad económica para hacerlo, no tramita el pago de las deudas sociales a su vencimiento.

En ambos casos, tanto si no se restituye lo indebidamente cobrado como si no se paga lo debido, el administrador está quebrantando uno de los principios más elementales del derecho (dar a cada uno lo suyo) y, también en ambos casos, concurre el elemento culpable que se materializa en la pasividad (falta de diligencia) del gestor que no cumple con el estándar de un ordenado empresario (pagar una deuda líquida, vencida y exigible –con independencia de su origen–), por lo que no parece acertado dar un tratamiento jurídico distinto a uno y otro caso. Sorprende, por ello, que la citada resolución judicial desligue el supuesto enjuiciado de «un mero incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales de la sociedad administrada»<sup>37</sup> –dando a entender que en este último caso no se apre-

---

sabilidad» (Guerrero Trevijano, 2014, p. 386); «Donde la ley contiene normas suficientemente concretas e imperativas, que no dejan al Management margen de arbitrio, se encuentra el juez, sin remedio, en la situación de examinar y enjuiciar las decisiones empresariales sobre la base del modelo de conducta preestablecido» (Holger Fleischer, 2002, p. 1.748).

<sup>35</sup> «Aunque no se expresa así en el proyectado art. 226.1 LSC, parece claro que la regla del juicio empresarial requiere que la decisión de los administradores no haya sido contraria a la Ley o a los estatutos. En muchos casos este requisito se identifica con el relativo al seguimiento del procedimiento establecido para la toma de decisiones. Pero no siempre. En efecto, hay ocasiones en que los administradores actúan con violación de normas legales no referidas al procedimiento o ni siquiera relativas al derecho de sociedades (incluso para lograr un beneficio para la sociedad). Si en esas hipótesis hubiera daño, no se estaría en el círculo de actividad protegido por la *business judgment rule* (y es que, estrictamente hablando, no habría ámbito de discrecionalidad)» (Díaz Moreno, 2014, p. 6).

<sup>36</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 665/2020, de 10 diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018).

<sup>37</sup> Así lo expone la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 665/2020, de 10 diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018) en el apartado 6 del fundamento de derecho sexto: «En las circunstancias de la litis, también es imputable a la referida conducta del administrador, pues no estamos en el caso de un mero incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales de la sociedad administrada, sino ante un incumplimiento vinculado a una conducta del administrador (al obviar un requerimiento claro de restitu-

ciaría la responsabilidad—, pues tanto uno como otro son comportamientos antijurídicos y culpables que deberían recibir idéntico tratamiento.

Aunque de manera muy puntual, también doctrinalmente se ha considerado la posibilidad de dirigirse contra el administrador que impaga una deuda siendo solvente la sociedad, si bien, se ha referido esa hipótesis al incumplimiento doloso<sup>38</sup>. En realidad, la norma conecta la responsabilidad del administrador a la falta de diligencia y no al dolo —como sí lo hacía antaño—<sup>39</sup>. No obstante, esta cuestión no tiene especial trascendencia a efectos prácticos, ya que lo habitual es que el acreedor reclame el pago cuando la deuda no es satisfecha a su vencimiento por lo que, si persiste el impago después de la reclamación, ya no se está ante un simple descuido del administrador que pudiera haber olvidado abonar la deuda a su vencimiento (falta de diligencia), sino ante un comportamiento intencionado consistente en el incumplimiento injustificado de su obligación de tramitar el pago de una deuda líquida, vencida y exigible, que se ha reclamado previamente (dolo).

Sea como fuere, el administrador que omita injustificadamente su obligación de tramitar el pago cuando la sociedad tiene capacidad económica para hacerlo, provoca un perjuicio directo al acreedor, que no deriva de un daño previo a la sociedad<sup>40</sup>. Antes bien, al contra-

---

ción de un pago indebido que imponía, cuando menos, una revisión de su realidad y justificación), que se traduce en una infracción nítida del deber general de diligencia que le impone la ley, pues sin causa justificada (ni de carácter jurídico, ni de imposibilidad fáctica) se niega reiteradamente a efectuar el reembolso de las cantidades cobradas indebidamente por la sociedad que administra. Y esta situación se mantiene durante un plazo de tiempo dilatado, más allá del que se pueda considerarse razonable para realizar las averiguaciones de las circunstancias concretas que permitieran, a un administrador diligente, recabar la información precisa para constatar el hecho del cobro indebido».

<sup>38</sup> Así, para Marín de la Bárcena (2020): «Solo cuando el comportamiento antijurídico del administrador genere un nuevo riesgo no previsto por las partes en el momento de contratar o produzca un incremento del riesgo de impago o incumplimiento se podrá fundamentar una acción individual por la causación de un daño de este tipo (por ejemplo, a quien dolosamente impaga una factura en un momento en que la sociedad es solvente le es atribuible el incremento del riesgo de impago derivado de la posterior insolvencia de la sociedad deudora, aunque esta se deba a razones externas)» (pp. 3 y 4).

<sup>39</sup> El artículo 79 de la antigua Ley de 17 de julio de 1951, de régimen jurídico de las sociedades anónimas (BOE núm. 199, de 18 de julio de 1951), aplicable también a la sociedad de responsabilidad limitada en virtud del artículo 11 de la Ley de 17 de julio de 1953, sobre régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada (BOE núm. 199, 18 de julio de 1953) hacía únicamente responsable al administrador que hubiera actuado con malicia, abuso de facultades o culpa grave. Así, pese a que la norma exigía al administrador actuar con la diligencia de un ordenado comerciante y representante leal, únicamente le hacía responsable del daño derivado de un comportamiento doloso.

<sup>40</sup> «El daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, en este caso, al acreedor, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad: evidentemente el daño es directo para los actores que pagaron una cantidad a cuenta por una vivienda que no tienen sin que tampoco se les haya reembolsado su dinero». Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pamplona (provincia de Navarra) Sentencia núm. 3/2018, de 4 enero (procedimiento núm. 513/2016).

rio, «la sociedad ha experimentado un enriquecimiento injusto y no un daño patrimonial»<sup>41</sup>. Por ello, la demanda frente al administrador por impago de la deuda cuando la sociedad es solvente a su vencimiento ha de formularse mediante la acción individual, recogida en el artículo 241 de la LSC.

## 4. Conclusiones

El impago de la deuda por parte de la sociedad tiene lugar en el ámbito de las competencias de su administrador a quien, como gestor, le corresponde tramitar el cumplimiento de las obligaciones de la compañía. A partir de ahí, y bajo la premisa de que el administrador no es garante de las deudas de la sociedad por el mero hecho de ocupar su cargo, se ha elaborado el presente estudio con el ánimo de llamar la atención sobre aquellos supuestos de responsabilidad por impago distintos a los previstos en el artículo 367 de la LSC, referido a la asunción de la deuda habiendo incumplido el deber de promover la disolución o el concurso de la sociedad.

Como quiera que son supuestos ajenos al artículo 367 de la LSC, se propone fundamentar la acción de responsabilidad contra el administrador al amparo de lo previsto en el régimen general de responsabilidad, recogido en el capítulo V «La responsabilidad de los administradores» del título VI «La administración de la sociedad» de la LSC.

La declaración de responsabilidad del administrador cuya actuación negligente provoca el perjuicio al acreedor social no debería plantear controversia, pues concurren los presupuestos del artículo 236 de la LSC, sobre todo considerando la presunción de culpabilidad contenida en el último párrafo de su apartado primero. Sin embargo, el Tribunal Supremo se viene mostrando reticente a estimar acciones de responsabilidad distintas a la prevista en el artículo 367 de la LSC. De un lado, el Alto Tribunal obliga al acreedor a llevar a cabo un esfuerzo probatorio y argumentativo excesivo, más allá de acreditar la concurrencia de los presupuestos legalmente fijados; de otro, pasa por alto comportamientos ciertamente reprochables, dando cabida a pretextos como el riesgo comercial, la no responsabilidad de los socios –confundiéndose la figura de administrador y socio– o la no participación del administrador en el contrato, entre otros. Son argumentos que nada tienen que ver con las causas eximentes previstas con carácter general en el artículo 1105 del CC (caso fortuito y fuerza mayor), ni con las más específicas del artículo 237 de la LSC (desconocer el acuerdo lesivo o, conociéndolo, hacer todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, oponerse expresamente a aquel).

---

<sup>41</sup> Así lo recoge el apartado 1 del fundamento de derecho sexto de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 665/2020, de 10 diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018).

Esa especial condescendencia que se observa en las resoluciones del Tribunal Supremo puede dar lugar al abuso por parte del administrador y a la creación de sociedades con la única intención de eludir la responsabilidad patrimonial del empresario individual, desnaturalizando así el objeto del contrato de sociedad. Para impedir que esto suceda se aboga por la aplicación de la norma sin más requisitos que la concurrencia de los presupuestos establecidos en el artículo 236 de la LSC y sin otras eximentes que las previstas en los artículos 1105 del CC y 237 de la LSC.

Para determinar la posible responsabilidad del administrador es indispensable analizar el contexto en que se produce el impago de la sociedad y, principalmente, la solvencia de la compañía al vencimiento de la deuda.

Cuando una sociedad es insolvente al vencimiento de la deuda, el pago resulta inviable, no cabe duda, pero esta circunstancia no siempre exonera de culpa al administrador. La exhaustiva valoración de la responsabilidad por el impago, en este caso, pasa por examinar la situación económica de la sociedad al momento de contraer la deuda.

Así, cuando la sociedad es solvente al asumir la obligación de pago y posteriormente deviene insolvente, no parece que haya razón para responsabilizar al administrador, salvo que este supiera al contratar que el pago resultaría imposible y hubiera ocultado esta circunstancia al acreedor, actuando en contra de la buena fe que ha de presidir cualquier negociación. Correspondería, entonces, el ejercicio de la acción individual del artículo 241 de la LSC, en tanto que el comportamiento antijurídico y culpable del administrador habría causado un perjuicio directo al acreedor.

Podría suceder, asimismo, que la posterior insolvencia de la sociedad –que era solvente al contratar– hubiera sido motivada por la falta de diligencia del administrador (por endeudamiento progresivo e infundado, por ejemplo), lo que también daría lugar a la declaración de responsabilidad, si bien, en esta ocasión el perjuicio al acreedor sería indirecto –reflejo del daño previo a la sociedad–, quien estaría legitimado subsidiariamente para el ejercicio de la acción social del 240 del LSC, cuando no hubiera sido ejercitada por la sociedad o sus socios.

Si, por el contrario, la sociedad ya fuera insolvente al contraer la deuda y el administrador no hubiera instado la declaración de concurso de la compañía, procedería la acción de responsabilidad prevista en el artículo 367 de la LSC. Con todo, y ante la posibilidad de que el administrador contrate siendo insolvente la sociedad y, posteriormente, promueva el concurso dentro del plazo legalmente previsto –haciendo inaplicable el antedicho precepto–, es preciso señalar que tal hipótesis habría de conectarse a la acción individual contenida en el artículo 241 de la LSC, al concurrir, junto al comportamiento antijurídico y culpable del administrador –que contrata ocultando la crisis–, un daño directo al acreedor y una relación de causalidad, insito al comportamiento antijurídico, en tanto que el acreedor no habría contratado de haber conocido la precaria situación social.

Cuando, a diferencia de los supuestos que se acaban de exponer, la sociedad es solvente al vencimiento de la deuda líquida y exigible, el administrador que incumple injustamente su obligación de tramitar el pago incurre en un comportamiento antijurídico y culpable, en cuanto está omitiendo el deber de gestión que tiene encomendado, faltando a la diligencia del ordenado empresario. En este caso, no existiría daño si el acreedor pudiera lograr, por vía ejecutiva, el pago de la sociedad. El problema surge cuando la sociedad deviene insolvente en el espacio de tiempo entre el vencimiento de la deuda –momento en que la compañía era solvente– y la ejecución forzosa del pago. El examen de este supuesto entraña cierta dificultad, ya que podría concebirse, de manera equivocada, como un impago en situación de insolvencia. Sin embargo, debe recalarse que el comportamiento antijurídico, en tal caso, sucede en el momento del vencimiento de la deuda, cuando la sociedad es solvente y no existe causa que justifique la omisión de pago. De ahí la importancia de verificar la capacidad de pago de la compañía al vencimiento de la deuda y no en un momento posterior. También en este supuesto sería ejercitable la acción individual del artículo 241 de la LSC, pues el daño causado al acreedor trae su causa directa en el comportamiento antijurídico y culpable del administrador, que omitió su obligación de tramitar el pago injustificadamente, ya que la sociedad era solvente al vencimiento de la deuda.

## Referencias bibliográficas

- Alfaro Águila-Real, J. (2002). La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales. *Revista de Derecho de Sociedades*, 18(1), 45-76.
- Alonso Espinosa, F. J. (2020). La responsabilidad civil del administrador por deudas sociales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (algunas anotaciones críticas). *Revista de Derecho de Sociedades*, 59, 291-334.
- Alonso Ureba, A. (1990). Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima. *RDM*, 198, 639-727.
- Aranguren Urriza, F. J. (1999). Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: causas, efectos y extinción. *Estudios de Derecho Judicial*, 24, 17-56.
- Calbacho Losada, F. (1999). *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima (Doctrina y jurisprudencia)*. Tirant lo Blanch.
- Cámara Álvarez, M. de la (1992). La administración de la sociedad anónima. *Revista Jurídica del Notariado*, 51-153.
- Cerdá Alberó, F. (2000). *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*. Tirant lo Blanch.
- Comisión Olivencia (Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Con-

- sejos de Administración de las Sociedades). (1998). *El gobierno de las sociedades cotizadas*. [http://www.cnmv.es/Portal\\_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf](http://www.cnmv.es/Portal_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf)
- Díaz Moreno, A. (2014). La Ley de Reforma de la LSC. La *business judgment rule* en el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital. *Análisis Gómez Acebo & Pombo*. <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/la-business-judgment-rule-en-el-proyecto-de-ley-de-modificacion-de-la-ley-de-sociedades-de-capital.pdf>
- Esteban Velasco, G. (1996). Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: Acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución. En Iglesias Prada (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (tomo II, Sociedades Mercantiles, pp. 1679-1719). Civitas.
- Esteban Velasco, G. (1999). La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital. *Estudios de Derecho Judicial*, 24, 57-130.
- Garrigues Díaz-Cañabate, J. (1976). Órganos de la sociedad. En Garrigues y Uría, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo II, capítulo IV (3.ª ed., revisada por Menéndez Menéndez y Olivencia Ruiz). Aguirre.
- Guerrero Trevijano, C. (2014). *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*. Aranzadi.
- Holger Fleischer, Li. M. (2002). La *business judgment rule* a la luz de la comparación jurídica de la economía del derecho. *RDM*, 246, 1727-1753.
- Marín de la Bárcena Garcimartín, F. (2005). *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*. Marcial Pons.
- Marín de la Bárcena Garcimartín, F. (2020). La acción individual promovida por acreedores sociales (STS 1.ª de 5 de noviembre del 2019). *Gómez Acebo & Pombo*. <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-accion-individual-promovida-por-creedores-sociales-sts-1-a-de-5-de-noviembre-del-2019/>
- Morillas Jarillo, M. J. (2002). *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*. La Ley.
- Quijano González, J. (1990). La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima en el Texto refundido de 22 de diciembre de 1989. *Boletín Informativo del Colegio de Abogados de Valladolid*, 4.
- Ribas Ferrer, V. (2012). Deberes de los Administradores en la Ley de Sociedades de Capital. *Revista de Derecho de Sociedades*, 38, 73-96.
- Rodríguez Artigas, F. (1971). *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*. Montecorvo.
- Rodríguez Ruiz de Villa, D. (2009). Últimas modificaciones de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en pérdidas. *Diario La Ley*, 7156.
- Roncero Sánchez, A. (2011). La acción individual de responsabilidad. En Guerra Martín (Coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (capítulo V, pp. 195-222). La Ley.
- Sánchez Calero, F. (2007). *Los administradores en las sociedades de capital*. (2.ª ed.). Aranzadi.
- Santos Briz, J. (1963). Derecho de Daños. *Revista de Derecho Privado*.



Suárez-Llanos Gómez, L. (1996). La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima. En Iglesias Prada (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (tomo II, pp. 2.481-2.508). Civitas.

Valmaña Cabanes, A. (2011). *Las acciones contra la sociedad y su administrador*. Bosch.

Vizcaíno Garrido, P. L. (2014). *Los deberes fiduciarios de los administradores de las sociedades en crisis: Acreedores frente a socios*. Universidad Carlos III de Madrid. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19143#preview>

**Gaspar Echeverría Echeverría** se licenció en Derecho por la Universidad de Granada en el año 2000. Posteriormente se doctoró en Derecho Financiero y Tributario por la Universidad de Granada (2004). Es también doctor en Derecho Mercantil por la Universidad de Cádiz (2017). Desde 2006 ejerce la abogacía, principalmente en el ámbito del derecho mercantil, habiendo intervenido como administrador concursal en varios procedimientos. <https://orcid.org/0000-0002-4376-3820>