

La responsabilidad de los administradores por deudas sociales a la luz de la ley concursal

Antonio Perdices Hueto

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

295

Abstract

La responsabilidad de los administradores sociales recogida en los arts. 262.5 Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA) y 105.5 Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL) es un tema clásico de nuestra doctrina y jurisprudencia¹. A partir de ello, tanto la Ley Concursal como el derecho proyectado de sociedades anónimas, sub specie de enmienda parlamentaria a la modificación en materia de sociedad anónima europea, están dando un nuevo sesgo a esa responsabilidad tal y como se ha venido entendiendo. A continuación se intenta una primera aproximación al sistema de responsabilidad del art. 262.5 LSA, tal y como esas modificaciones legales lo configuran, intentando trazar sus líneas más generales.

Sumario

- 1. El nuevo sistema de responsabilidad en la sociedad anónima**
- 2. El problema de los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada**
- 3. Bibliografía**

¹ La literatura en ese sentido es abrumadora y dispensamos al lector de su cita completa; por mencionar sólo los libros monográficos, véanse, José MACHADO PLAZAS, *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Madrid, 1997; Alfredo ÁVILA DE LA TORRE, *La responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad anónima*, Madrid, 1997; Antonio MOYA JIMÉNEZ, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 2ª ed., Barcelona, 1998 y Fernando CERDÀ ALBERO, *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, Valencia, 2000, poniendo de relieve la visión alternativa de este último, que apunta a la naturaleza de responsabilidad por daños y no de sanción civil de esas normas.

1. El nuevo sistema de responsabilidad en la sociedad anónima

El nuevo art. 260.1 4ª LSA (correspondiente *ad pedem litterae* al art. 104.1 e) LSRL) dispone que será causa de disolución el verificarse pérdidas cualificadas no ajustadas contablemente “*siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley concursal*”². Ello parece abrir en caso de pérdidas cualificadas una doble vía de carácter alternativo: la societaria –disolución sin concurso- cuando esas pérdidas no supongan esa situación de insolvencia [art. 262.2 I LSA] (a), y la concursal –concurso sin disolución- cuando las pérdidas cualificadas conlleven insolvencia (b). No obstante, parece que aún cabría una tercera vía de carácter optativo: la de elegir entre iniciar el procedimiento de disolución o solicitar el concurso ante pérdidas cualificadas que sólo supongan una situación de insolvencia inminente (c).

- a) De un lado, es posible que las pérdidas no hayan generado una situación de insolvencia, ni actual ni inminente, de modo que no sea *procedente* –léase aquí ese término como *posible*-solicitar la declaración de concurso. En tal caso, *nulla é innovato*. Lo que han de solicitar los administradores de la junta convocada al efecto de acuerdo con los arts. 262.1 y 262.2 I LSA es la disolución de la sociedad³, y en defecto de tal acuerdo por la causa que sea, la disolución judicial de conformidad con el nuevo art. 262.4 LSA⁴. Y nótese que sólo concurre

²Art. 260.1.4º LSA 2004 “*Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal.*» Como es sabido, el Anteproyecto de Ley concursal de 2001 se limitaba, como el Proyecto de Ley de 2002 (BOCG de 23 de julio) a declarar en sus DD.FF. 20ª y 21ª la disolución de la sociedad anónima o limitada en caso de apertura de la liquidación. Eso cambia con el Informe de la Ponencia (BOCG de 24 de marzo de 2004) y el subsiguiente Dictamen de la Comisión (BOCG 1 de abril de 2003), que derogando el art. 260.1 4º LSA establecía un nuevo apartado 3 al art. 260 LSA, por el cual «*La sociedad anónima solicitará la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente*», y modificaba el apartado 5 del artículo 262 de la LSA de la forma siguiente: «*5. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial o el concurso de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución*». Finalmente, las enmiendas introducidas en el Senado (BOCG 19 de junio de 2003) dejaron el texto en su versión actual y definitiva. Sobre los avatares de la reforma en este punto, véanse las consideraciones y propuestas de Juana PULGAR EZQUERRA, “La aprobación de la reforma concursal en el pleno del Congreso ¿cambio de sentido de la reforma”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 5788, 22-V-2003, pp. 4-5, y respecto al texto definitivo en “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores”, en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, Madrid, 2003, pp. 55 y ss.

³ Art. 262.1 LSA 2004 «*Cuando concurra alguna de las causas previstas en los números 3, 4, 5 y 7 del apartado 1 del artículo 260, la disolución de la sociedad requerirá acuerdo de la junta general constituida conforme al art. 102*». Art. 262.2 I LSA 2004 «*Los administradores deberán convocar Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución*».

⁴ Art. 262.4 LSA 2004 «*Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado. La solicitud habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado*». Véase un ejemplo numérico de esa situación de pérdida grave no generadora de insolvencia en Guillermo ALCOVER GARAU, “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales ex art. 262.5 y los procedimientos concursales”, *Revista Derecho de Sociedades* 8 (1997), pp. 265 y ss., p. 266.

la causa del art. 260.1. 4º LSA y en consecuencia el deber de convocar del art. 262.1 LSA si las pérdidas cualificadas no hacen *procedente* la declaración de concurso; en otro caso, si esa declaración de concurso fuera *procedente*, parece que no concurriría causa de disolución sino de concurso (art. 260.1 4º *in fine*)⁵. Si no es procedente el concurso, procede la disolución, si lo es, procede el concurso: *tertium non datur* –al menos en principio-. Si los administradores incumpliesen sus deberes en plazo en este sentido (convocatoria de la junta y en su caso instancia de la disolución judicial), se desatará la conocida sanción civil del art. 262.5 LSA, que a pesar de su nueva redacción dada por la Ley concursal permanece inmutada en lo referido a este punto⁶.

- b) De otro lado, es posible que esas pérdidas hayan generado una situación de insolvencia de acuerdo con el art. 2 [Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal](#) (en adelante, LC) y sea *procedente* solicitar la declaración de concurso. En tal caso, como parecen indicar los art. 260.1.4º y 260.2 LSA no se está ante una causa de disolución y por tanto no se debe activar el entero mecanismo del art. 262 LSA –intitulado precisamente “*Acuerdo social de disolución*”- previsto a tal fin. Ése es un mecanismo estrictamente dirigido y activado por la concurrencia de causas de disolución. No obstante, y con carácter preliminar, lo primero que habría que determinar al respecto es cuándo resulta *procedente* solicitar la declaración de concurso para el administrador de una sociedad de capital, y si ello acontece sólo cuando sea *obligatorio* -insolvencia actual- o también cuando sea simplemente *posible* –insolvencia inminente-.

La procedencia, y con ello la inexistencia de causa de disolución, será desde luego indudable en los casos de *insolvencia actual*, donde existe una obligación o carga legal de solicitar el concurso. Así, a partir del momento en que sea consciente de esa situación –es decir, desde que constate esas pérdidas y su consecuencia sobre la solvencia-, el órgano de administración (art. 3.1 II LC) tiene un plazo de dos meses para decidir sobre ese extremo y realizar esa solicitud (art. 5 LC). Si no lo hace, eso generará una presunción de culpa grave a la hora de calificar la insolvencia (art. 165 1 LC), con la consecuencia de la posibilidad de exigir responsabilidad por el residuo a los administradores de la persona jurídica (art. 172.3 LC). Como es patente, en este caso de insolvencia actual no se puede llegar siquiera a plantear la eventual aplicación de la norma y la sanción societaria del art. 262.5 LSA: la sanción que en su caso procederá es la estrictamente concursal. Otra cosa es que la apertura de la liquidación suponga la disolución de la sociedad (art. 260.2 LSA)⁷, pero eso es ya irrelevante a estos efectos⁸.

⁵ El problema, como veremos, es determinar cuándo es *procedente*. Apunta esa alternatividad Juana PULGAR EZQUERRA, “El presupuesto objetivo de apertura”, p. 87.

⁶Aunque como se verá de inmediato el ámbito objetivo de esa responsabilidad está en trance de ser reducido drásticamente.

⁷ Véase el artículo 556 del Borrador de Anteproyecto de Sociedades Mercantiles. «*Disolución de la sociedad en caso de apertura de la liquidación concursal.*

1. *La sociedad mercantil declarada en concurso de acreedores se disolverá de pleno derecho en caso de apertura de la fase de liquidación. En la resolución por la que se abre la fase de liquidación, a solicitud de la sociedad o de acreedor o de oficio, el Juez del concurso declarará disuelta a la sociedad y nombrará liquidadores a los administradores judiciales. La liquidación de la sociedad se realizará conforme a lo establecido en la legislación concursal.*

2. *La declaración judicial de concurso de acreedores de uno de los socios colectivos no produce la quiebra de la sociedad colectiva o comanditaria simple o por acciones, pero será causa de exclusión del socio*». [Por cierto, mientras en

Sin duda, el principal reproche que se puede hacer a lo anterior sea la contradicción de valoración que hoy por hoy ello encierra: no parece sensato imponer una responsabilidad más dura en sede societaria que en sede concursal. O dicho de otro modo: si las pérdidas no llegan a producir insolvencia, la pasividad del administrador se castigaría más *ex art.* 262.5 LSA –responsabilidad solidaria con la sociedad por todas las deudas sociales- que si la llegan a producir, *ex art.* 172.3 LC –responsabilidad de complemento de la social por esas mismas deudas-, con los incentivos discutibles que eso conlleva. Sin duda por ello, el derecho proyectado ha redactado diversamente el art. 262.5 LSA –aunque olvidándose por cierto del art. 105.5 LSRL-, más en consonancia con los ordenamientos comparados y en un afán de restablecimiento de la coherencia del sistema. Nos

este artículo se habla de *concurso de acreedores*, en el art. 561 se habla de *quiebra o suspensión de pagos*, sin duda un *lapsus calami* de los autores del Borrador].

⁸ Cuestión diversa es si los administradores de una sociedad anónima deben en todo caso convocar junta para someter a los socios una cuestión estrictamente técnica como es la solicitud de concurso necesario. En el derecho anterior, y a partir de materiales normativos dispersos (art. 2.5 *Ley de 26 de julio de 1922, de Suspensión de Pagos*, art. 934.3 *Código de Comercio*) se entendía necesaria por la doctrina la necesidad de convocatoria de junta de socios para la solicitud de apertura de procedimientos concursales; véase, Fernando CERDÀ ALBERO/Ignacio SANCHO GARGARILLO, *Curso de derecho concursal*, Dilex, Madrid, p. 77-78 y p. 257; ahora lo sostiene Juana PULGAR EZQUERRA, en “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores”, p. 89, aludiendo al art. 262.2 III LSA –facultad de los socios para solicitar junta en casos de existencia de causas de disolución o concurso-, si bien sosteniendo que el acuerdo favorable no será necesario en caso de insolvencia actual. En contra, aunque similar en los resultados, y a la luz del tenor literal del art. 3 LC, M^a del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, “Comentario al art. 3” en *Comentarios a la Ley concursal*, [Rodrigo BERCOVITZ (Dir.)], T.I., Madrid, 2004, pp. 53-55. entiende que los administradores tienen plena competencia *ad extra* para solicitar el concurso sin perjuicio de un deber frente a los socios de convocar junta para decidir sobre ese extremo. A nuestro juicio, el tenor del art. 3 LC no sólo es claro en sus términos –“será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación”-, sino coherente con la obligación legal que se impone a estos administradores con independencia de la suerte o el sentido de una junta convocada al efecto. Abunda en ello la ausencia de cualquier dato en la normativa concursal que haga una referencia siquiera indiciaria a la *necesidad* de celebración de junta en este sentido; es más, el art. 6.2 III LC, que llega a contener la exigencia de facilitar una lista de socios para la solicitud de concurso, no se refiere en ningún momento a la presentación del acuerdo de la junta o a la justificación de su convocatoria o de su resultado. Así, la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 sólo exigía la presentación de la “certificación de la decisión o del acuerdo aprobando la presentación”, términos que claramente hacían referencia a las decisiones de órganos de administración unipersonales (decisión) o pluripersonales (acuerdo), y no del acuerdo en junta de socios. Otra cosa parece suceder en sede societaria, donde la reforma de la Ley concursal hace referencias constantes aunque imprecisas y de difícil interpretación a acuerdos de la junta acerca del concurso (arts. 262.2 III, art. 262.5 LSA). No obstante, creemos que esas referencias, introducidas por vía de enmienda en el Senado, no debe llevar a confusión: desde luego es posible que los administradores decidan convocar junta para comunicar, consultar o someter a la misma la decisión de solicitar el concurso, pero eso no es ni se configura en ninguna parte de la ley como una obligación o requisito legal previo de validez de esa decisión. Esa interpretación vendría avalada por el tenor del art. 262.2 III LSA que facultaría, muy discutiblemente por otro lado, a cualquier socio para requerir a los administradores a convocar esa junta si, a su juicio, existe causa de concurso. Así las cosas, nos parece claro que una interpretación gramatical y sistemática de la “competencia para decidir” de los administradores la configura como material, no meramente procesal, y que por tanto el único órgano competente y responsable es el de administración, sin que sea preciso o necesario convocar junta para someter una cuestión ya decidida de antemano por la ley, de la que sólo ellos son responsables y sobre la que esa junta no podrá ni debería influir de ningún modo –aunque siempre puedan hacerlo *motu proprio ex art.* 262.2 II LSA o a instancia de un socio *ex art.* 262.2 III LSA-. Tal vez pueda parecer excesivo lo anterior y se le reproche que el socio se pueda encontrar de la noche a la mañana con su sociedad concursada; sin embargo, y aparte de que económicamente eso será evidente mucho antes de que lo sea jurídicamente, el hecho de que las pérdidas del art. 260.1 4º LSA deban constar en balance aprobado en junta y el debate que sin duda eso provocará en su seno conjura suficientemente esa posible sorpresa. Sobre que las pérdidas deben resultar de un balance, aunque sea postura minoritaria véanse los convincentes argumentos de Ángel ROJO, “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, en *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. II, Madrid, 2002, pp. 1437 y ss., pp. 1459 y ss.

referimos a la Enmienda del G.P. Socialista en el Congreso BOCG, 16 de marzo de 2005 BOC serie A 19-5 enmienda nº 34, que en su punto 8 propone la siguiente redacción a esa norma:

«Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso⁹».

En consecuencia y ante una insolvencia definitiva causada por pérdidas cualificadas, la no convocatoria de junta –que aunque no creemos que sea debida se puede desde luego realizar- o el retraso en solicitar el concurso no producirán, como ya se señaló, la responsabilidad del art. 262.5 LSA, sino, en su caso, la posibilidad de exigencia de responsabilidad por el residuo a los administradores de la persona jurídica (arts. 5, 165.1 y 172.3 LC), que absorberá sobradamente la procedente por no instar la disolución¹⁰.

- c) Otra cosa cabría plantearse en los casos de insolvencia inminente, es decir, cuando esas pérdidas cualificadas hayan generado un estado en el que prevea el deudor que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2 LC). En tal caso, donde no hay una carga de solicitar el concurso, sino un beneficio para el deudor (art. 2.3 y 5 LC), cabe plantearse si es o no *procedente* a los efectos del art. 260.1 4º LSA la solicitud de concurso. O dicho de otro modo, *si las pérdidas cualificadas que generan no una insolvencia actual sino sólo inminente son o no causa de disolución de la sociedad que activen el procedimiento del art. 262 LSA*. Al respecto, nos parece claro que, de un lado existe un *deber* de disolución de la sociedad derivado del art. 260.1.4º y 262.1 LSA; de otro, existe la *posibilidad* de solicitar concurso inminente de acuerdo con los arts. 2 y 3 LC y el art. 262.2 II LSA¹¹. En esta disyuntiva, es

⁹ Motivación: «8. Finalmente, la modificación del artículo 262.5 del TRLSA lleva a cabo la necesaria coordinación que en materia de responsabilidad de los administradores debe existir entre esta ley y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y que en estos momentos no se produce. Con la regulación actualmente en vigor, en el Derecho societario se sanciona a los administradores infractores de sus deberes en los supuestos en los que concurra una causa de disolución de la sociedad con la responsabilidad solidaria frente a terceros por todas las deudas sociales, la cual es muy superior a la que contiene la Ley Concursal en caso de insolvencia de la sociedad causada o agravada por los administradores. Con esta modificación se eliminan también las dudas interpretativas que ha suscitado en esta materia la Ley 22/2003, de 9 de julio».

¹⁰ Esto, por otro lado, despeja el eventual problema del cómputo de plazos, punto donde regirá sin problema alguno el de dos meses de la Ley concursal. Lo plantea, sobre la base de la necesidad de junta en todo caso de insolvencia, actual o inminente, Juana PULGAR EZQUERRA, en “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores”, pp. 94-95.

¹¹ Art. 262.2 II LSA 2004 «Asimismo podrán solicitar la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, siempre que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal». Curiosa norma ésta que interpretada literal y aisladamente no añade absolutamente nada a lo dispuesto en la Ley concursal. Por lo demás, parece claro que si partimos de que el legislador no ignora las más elementales reglas del Derecho de sociedades de capital “la referida reducción” no es la de capital, sino la del inciso primero de esa norma, o sea, la reducción del patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital.

claro que, en principio, lo que se *debe* hacer debe primar sobre lo que se *puede* hacer, y por tanto, lo que de forma inmediata debe llevar a cabo el administrador es activar el proceso de disolución. No obstante, si lo que puede hacer satisface los intereses protegidos por la conducta que le es debido hacer, cabe razonablemente entender que la responsabilidad derivada de no hacer lo “debido” no se le debe exigir si hace lo “podido” –con perdón-. O dicho de otro modo, si en lugar de activar la disolución activa el concurso, eso debe ser considerado como cumplimiento “por equivalente” del deber de disolución.

Desde esa perspectiva es de interés la lectura del art. 262.5 LSA según redacción dada por la Ley Concursal que transcribimos en el texto, señalando entre corchetes las interpolaciones en que reside su novedad y entre paréntesis la única supresión meramente estilística del contenido del antiguo texto:

«Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, (o) [así como los administradores] que no soliciten la disolución judicial [o, si procediere, el concurso de la sociedad,] en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución [o al concurso]»¹².

Las interpolaciones parlamentarias a esa norma, vendrían a dar pie, junto al contenido que hasta ahora venía teniendo ese artículo a que simplemente se estaría previendo que, en caso de insolvencia inminente provocada por pérdidas cualificadas, se admite la solicitud de concurso como forma de cumplimiento alternativo de la obligación de los administradores de procurar la disolución¹³. No proclamaría esa norma -aunque su tenor literal no deje de hacer pensar en ello-

No obstante, entiende con la consecuente crítica que se hace referencia a la reducción de capital Juana PULGAR EZQUERRA, “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores”, pp. 91-92.

¹² Véase el art. 561 del Borrador de Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles. *«Responsabilidad solidaria de los administradores por infracción de los deberes legales en orden a la disolución por pérdidas de la sociedad.*

1. *Cuando concurra la causa legal de disolución por pérdidas y los administradores no hubieran formulado las cuentas en los tres primeros meses del ejercicio social y no hubieran convocado la junta de socios o, en su caso, no hubieran solicitado la disolución judicial de la sociedad, responderán solidariamente entre ellos y con la propia sociedad de todas las deudas sociales, salvo que la sociedad hubiera instado la declaración judicial de suspensión de pagos o de quiebra. [de concurso de acreedores habla sin embargo el art. 556 de este mismo texto]*

2. *El cumplimiento tardío por los administradores de los deberes a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior extinguirá la responsabilidad legal de éstos frente a aquellos acreedores que no hubieran exigido judicialmente esa responsabilidad.*

3. *Las acciones de responsabilidad de los administradores, en relación con la disolución de la sociedad, prescribirán a los cuatro años desde el día en que pudieran ejercitarse».*

¹³ En efecto, como es sabido, ha venido siendo una *vexata quaestio* de nuestra jurisprudencia si la solicitud de concurso por los administradores de una sociedad en situación de pérdidas cualificadas del art. 260.1. 4º LSA les exonera de su obligación de acudir a los mecanismos para la disolución de la misma o a la disolución judicial. Al respecto, algunas sentencias han equiparado la solicitud de la declaración de quiebra o suspensión de pagos a la diligencia del administrador que procura la disolución social, mientras que otras niegan la posibilidad de un cumplimiento alternativo, dada la disparidad de concurso y disolución. Blas Alberto GONZÁLEZ NAVARRO, “En torno al cumplimiento alternativo de los administradores sociales: el concurso preventivo”, *La Ley*, año XXIV. Número 5875. Martes, 21 de octubre de 2003, pp. 1 y ss. , con interesantes observaciones sobre el *iter legislativo* de la reforma en este punto.

que los administradores de una sociedad anónima deban *en todo caso* convocar junta para someter a los socios una cuestión estrictamente técnica como es la solicitud de concurso. Como se ha señalado antes, la “*competencia para decidir*” es material, no meramente procesal, y por tanto el único órgano competente es el de administración, incluso ante una insolvencia inminente. Nótese en ese sentido que el primer inciso del nuevo art. 262.5 sólo hace referencia a convocar “*para que adopte en su caso el acuerdo de disolución*”: ninguna referencia al concurso; esa referencia aparece sólo en el *in fine* de la norma, tal vez –sin duda– como resultado de una ocurrencia poco meditada y de última hora¹⁴. Así las cosas, si la sociedad opta en la junta por la disolución, será luego competencia de los liquidadores el decidir si se solicita o no el concurso, con exoneración de los administradores¹⁵. Si la junta no se llega a celebrar o no alcanza un acuerdo sobre la disolución, los administradores podrán optar entre solicitar la disolución judicial o solicitar el concurso, y ambas conductas les liberarán de responsabilidad *ex art. 262.5 LSA*. Otra cosa es que los administradores sometan también el concurso a la junta, como parece indicar el art. 262.2 II LSA, pero lo que creemos indudable es que si los administradores, valorando la situación de la sociedad y sus posibilidades de saneamiento, solicitan directamente el concurso ante una situación de insolvencia inminente sin activar la disolución ni solicitar la conformidad de la junta, habrán actuado correctamente, en ejercicio de sus funciones societarias y de su deber de diligencia, con pleno amparo de los intereses protegidos por la legislación concursal.

Lo curioso es que la nueva –y confusa– redacción daría solución al antiguo problema que el viejo 262.5 LSA planteaba en la jurisprudencia. En efecto, es como si el nuevo art. 262.5 LSA hubiese legislado como si nada hubiese cambiado en el art. 260.1 4º, admitiendo ese jurisprudencialmente debatido cumplimiento alternativo sin darse cuenta de que no es ya posible salvo en el caso de la insolvencia provisional. Si hay obligación de disolver eso supone que no hay causa de solicitud de concurso, porque en tal caso, si hubiera presupuesto objetivo concursal, no habría causa de disolución (art. 260.1 4º LSA).

Lo anterior supone que sólo se plantearía la vigencia de la responsabilidad de los administradores del art. 262.5 LSA paralelamente al concurso de la sociedad en los *casos de sucesión temporal de causa de disolución* (art. 260.1 4º inciso primero) y *posterior insolvencia y concurso* (art. 2 LC)

¹⁶. Es decir, el supuesto en que, surgida la responsabilidad de los administradores por no disolver ante pérdidas cualificadas sin insolvencia actual (art. 262.5 LSA), y ante su contumaz pasividad

¹⁴ En efecto, el texto, salvo ese “*in fine*”, se corresponde con el del Informe de la Ponencia (BOCG de 24 de marzo de 2004) y el subsiguiente Dictamen de la Comisión (BOCG 1 de abril de 2003). Luego, en el Senado, se añadió el desafortunado estrambote “*o al concurso*”.

¹⁵ Liquidadores, para los que por cierto no regirá ya el art. 281 LSA, derogado por la Disposición derogatoria única 3.6º LC, sino el art. 5 LC.

¹⁶ Véase, no obstante, José María MUÑOZ PLANAS / José María MUÑOZ PAREDES, *Revista de Derecho Mercantil* 250 (1993), pp. 1341 y ss., que admiten como no problemático el ejercicio en el concurso de la acción del art. 262.5 LSA.

ante ese grave hecho, sobreviniese posteriormente el mentado estado de insolvencia¹⁷. Piénsese en una sociedad que sufre pérdidas cualificadas sin insolvencia donde el administrador no procede en dos meses a la convocatoria de junta. Si pasados, por ejemplo, ocho meses de la constatación de esas pérdidas las mismas provocan la insolvencia de la sociedad y la apertura de su concurso, se produciría la acumulación de la responsabilidad societaria con la concursal, la primera consistente en la responsabilidad por las deudas asumidas producida ya la causa de disolución; la segunda, en su caso, consistente en la responsabilidad de complemento de cualesquiera deudas sociales¹⁸.

2. El problema de los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada

Los problemas anteriores se plantean con distinta perspectiva en la sociedad de responsabilidad limitada¹⁹. En esta forma social, y sin duda por un prurito de diferenciación de la anónima y del resto de formas sociales, la situación es más compleja. Como en la anónima, se parte de que las pérdidas cualificadas que generen insolvencia no son causa de disolución sino de solicitud de concurso (art. 104.1 e LSRL, idéntico al art. 260.1.4º LSA). No obstante eso, el art. 105, intitulado “Acuerdo de disolución” indica en su número 1 que:

«En los casos previstos en las letras c) a g) del apartado 1 del artículo anterior, la disolución o la solicitud de concurso requerirá acuerdo de la Junta General adoptado por la mayoría a que se refiere el apartado 1 del artículo 53. Los administradores deberán convocar la Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o inste el concurso. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna de dichas causas de disolución, o concurriera la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley concursal».

Aparte de demostrar lo inútil de poner título a los artículos, por mucho que sea una exigencia de técnica y disciplina legislativa, esa norma resulta inquietante al parificar en cuanto al procedimiento la disolución con la solicitud de concurso. Así, la competencia para decir sobre la

¹⁷ Ese es el supuesto del que precisamente parece partir como más común Guillermo ALCOVER GARAU, *Revista Derecho de Sociedades* 8 (1997), pp. 265 y ss., p. 269, letra b).

¹⁸ Véase, en general, sobre los problemas de coordinación de las responsabilidades societarias y concursales de los administradores A. ALONSO UREBA, “La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 del proyecto de ley concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)”, en *Jornadas sobre la reforma del derecho concursal español*, (REFOR), Madrid, 2002, pp. 193 ss.

¹⁹ Si bien el Anteproyecto de 2001 y el Proyecto de 2002 sólo alteraban la LSRL para introducir la apertura de la liquidación como causa de disolución automática, el Informe de la ponencia de 24 de marzo de 2003 y luego el Dictamen de la Comisión de 1 de abril de 2003 proponían la redacción siguiente: “Los apartados 1 y 5 del artículo 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada quedan redactados de la forma siguiente: 1. En los casos previstos en las letras c) a g) del apartado 1 del artículo anterior, la disolución requerirá acuerdo de la Junta General adoptado por la mayoría a que se refiere el apartado 1 del artículo 53. Los administradores deberán convocar la Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna de dichas causas de disolución. 5. El incumplimiento de la obligación de convocar Junta general o de solicitar la disolución judicial o el concurso de acreedores de la sociedad determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales».

solicitud de concurso ante pérdidas cualificadas es de la junta de socios, que debe ser convocada para decir sobre ello (art. 105.1 LSRL)²⁰. De no hacerse así, procederá la responsabilidad de los administradores por todas las deudas sociales (art. 105.5 LSRL)

*«El incumplimiento de la obligación de convocar Junta General o de solicitar la disolución judicial o, si procediera, el concurso de acreedores de la sociedad determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales».*²¹

Como se ve, y ante el tenor expreso de la Ley de sociedades limitadas no se plantean los problemas de competencia que se acaban de ver en la anónima, pero surgen otros de no menos difícil solución. En efecto, extender la responsabilidad del antiguo art. 105.5 LSRL a los administradores que no solicitan el concurso levanta una gran perplejidad, por decirlo suavemente, si se consideran varios factores: de un lado se olvidan las razones que llevaron a establecer la exorbitante sanción del art. 262.5 LSA –y luego del art. 105.5 LSRL 1995-, que no eran otras que acabar con las disoluciones *de facto* de sociedades que simplemente cerraban sus puertas de la noche a la mañana. ¿Existe la misma racionalidad en el caso del concurso para extender al mismo esta regla tan desproporcionada y excepcional?²² Por otro lado, y a la luz del desapoderamiento del art. 105.1 LSRL, ¿podrán los administradores solicitar la declaración de concurso como forma de cumplimiento alternativo a la convocatoria de junta? En definitiva, ¿cómo se compadece valorativamente y se compagina técnica y procesalmente esta responsabilidad con la derivada del art. 172.3 LC para los administradores que no instaron el concurso debiendo hacerlo? La tarea que han proporcionado las disposiciones finales de la Ley concursal al intérprete es desde luego considerable. Posiblemente, y por coherencia, deban trasladarse también a esta sede las conclusiones antes manifestadas a propósito de la sociedad anónima:

- a) En caso de pérdidas cualificadas del art. 104.1 e) LSRL sin insolvencia permanece el régimen anterior.
- b) En caso de pérdidas cualificadas con insolvencia actual, los administradores, sin necesidad de acuerdo en junta, deberán solicitar la declaración de concurso (arts. 2, 3.2 y 5 LC).
- c) Sólo en el caso de pérdidas cualificadas con insolvencia inminente jugará el art. 105 LSRL, de modo que los administradores sociales deberán convocar junta para proponer la

²⁰ Como se puede ver, parece que el legislador concursal ha previsto una derogación de la Ley concursal (art. 3.2) en sus propias disposiciones finales (!!).

²¹ Claro, el problema es que de acuerdo con el art. 105.1 LSRL la competencia es de la junta, no de los administradores. Parece que habría que interpretar que si el acuerdo fuese contrario al concurso, los administradores deberían solicitarlo en todo caso *ex art.* 3.2 LC.

²² Sobre ello, dada su autorizada participación en la génesis de esta norma, remitimos a las observaciones de Ángel ROJO, “Consideraciones sobre los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Sánchez Calero*, Madrid, 2002, Tomo II, págs. 1437 y ss.

disolución o el concurso. Si no se alcanza acuerdo alguno, deberán solicitar del juez la disolución o el concurso para eludir su responsabilidad personal

3. Bibliografía

Guillermo ALCOVER GARAU (1997), "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales ex art. 262.5 y los procedimientos concursales", *Revista Derecho de Sociedades* 8, pp. 265 y ss.

Alberto ALONSO UREBA (2002), "La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 del proyecto de ley concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)", en *Jornadas sobre la reforma del derecho concursal español*, (REFOR), Madrid.

Alfredo ÁVILA DE LA TORRE (1997), *La responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad anónima*, Madrid.

Fernando CERDÀ ALBERO (2000), *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Fernando CERDÀ ALBERO/Ignacio SANCHO GARGALLO (2000), *Curso de derecho concursal*, Dilex, Madrid.

M^a del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO (2004), "Comentario al art. 3" en *Comentarios a la Ley concursal*, [Rodrigo BERCOVITZ (Dir.)], T.I., Madrid.

Blas Alberto GONZÁLEZ NAVARRO (2003), "En torno al cumplimiento alternativo de los administradores sociales: el concurso preventivo", *La Ley*, año XXIV. Número 5875. Martes, 21 de octubre de 2003, pp. 1 y ss.

José MACHADO PLAZAS (1997), *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Civitas, Madrid.

Antonio MOYA JIMÉNEZ (1998), *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 2^a ed., Bosch, Barcelona.

José María MUÑOZ PLANAS / José María MUÑOZ PAREDES, *Revista de Derecho Mercantil* 250 (1993), pp. 1341 y ss.

Juana PULGAR EZQUERRA (2003), "El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores", en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, Madrid, pp. 55 y ss.

– (2003), “La aprobación de la reforma concursal en el pleno del Congreso ¿cambio de sentido de la reforma”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 5788, 22-V-2003, pp. 4-5.

Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (2002), “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, en *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. II, Madrid, pp. 1437 y ss.