

El desarrollo económico y social provoca que el sistema general de responsabilidad recogido en el artículo 1902 y siguientes del Código Civil resulte insuficiente.

Esto hace que el legislador vaya introduciendo sistemas específicos de responsabilidad.

La tendencia en los citados sistemas específicos es la de objetivizar la responsabilidad, es decir se tiende a imputar responsabilidades, no por el hecho de actuar con negligencia, sino por producir situaciones de riesgo "quien crea el riesgo paga" (legislación sobre riesgos nucleares, productos, etc..)

Afortunadamente para los directivos, en el artículo 133 de la L.S.A. no se establece una responsabilidad objetiva para los administradores de empresas, aunque sí la hace más estricta que la existente en el Código Civil. La responsabilidad ya no es solamente exigible por la concurrencia de negligencia, sino también por no observar la diligencia de un ordenado comerciante.

Para cubrir posibles responsabilidades dimanantes de este artículo de la L.S.A. la industria aseguradora crea una póliza específica basándose en las llamadas pólizas de D+O de los países anglosajones.

PÓLIZA

Definición:

Técnicamente es una póliza de todo riesgo, es decir, cubre todo aquello que no este específicamente excluido.

Las exclusiones que analizaremos con más detenimiento a continuación hace de ésta póliza una póliza residual, es decir excluye, a parte de las conductas dolosas, todos aquellos supuestos que pueden ser cubiertos por otras pólizas de responsabilidad civil (general, errores y omisiones, etc.) de forma que nos encontramos con una cobertura residual mediante la que se cubre la responsabilidad civil profesional de los gestores por sus actos en su faceta de administradores.

Es importante resaltar esto último ya que los directivos de empresa frecuentemente realizan actos que son "de tráfico" y no de gestión; de los actos de tráfico también pueden derivarse responsabilidades, pero técnicamente se cubren por pólizas de errores y omisiones, no de consejeros.

Asegurados:

Aunque en los cuestionarios al uso, las compañías de seguros suelen exigir determinación de los nombres de las personas a las que se desea otorgar cobertura, esta información es requerida sobre todo para evaluar el riesgo rechazando ó utilizando primas disuasorias en aquellas empresas en que sus gestores hayan actuado de forma notoriamente incompetente.

Por lo demás la cobertura de reaseguro se da a todas aquellas personas que conforme a la ley española hayan sido nombrados directivos de la empresa consignada en póliza, esto hace que sigan siendo asegurados aquellas personas que hayan cesado en sus funciones por hechos realizados durante su gestión siempre que la reclamación se presente estando la póliza en vigor o durante el período de notificación.

En resumen la cobertura de reaseguro se otorga a las personas que conforme a la ley y los estatutos realicen actos de gestión de la empresa de lo que se deduce que los asegurados deben de tener poderes suficientes de su sociedad, no se pueden causar un perjuicio como administrador de una empresa, si no se tienen poderes de la misma.

Ámbito Temporal:

Aunque alguna vez he oído lo contrario, el mercado de Londres sí suscribe pólizas en base a fecha de ocurrencia, siempre que se trate de tipos de negocio de (estas dos últimas palabras deben interpretarse en sentido asegurador) como puede ser la responsabilidad de explotación de una oficina.

El problema surge en las garantías de productos y profesionales en las que los aseguradores no saben durante cuanto tiempo van a tener que mantener sus reservas para hacer frente a eventuales reclamaciones. En estos se aplica sin excepción la cláusula "claims made".

La póliza de consejeros al tratarse de una póliza de responsabilidad civil profesional utiliza la cláusula claims made, esto es, cubre como todos sabéis todas aquellas reclamaciones realizadas durante el período de póliza.

Los hechos en los que se basen las reclamaciones deben haber ocurrido durante el período de retroactividad pactado, que varía mucho, desde retroactividad plena, fecha de entrega en vigor del nuevo art. 133 de la L.S.A. etc.

además casi todas las pólizas ofrecen períodos de información sobre posibles reclamaciones en caso de no renovación del seguro. Estos períodos varían mucho de unas pólizas a otras pero varían de 3 meses a un año, en este último caso casi siempre se exige una prima adicional.

La cláusula claims made ha causado muchos problemas entre los reaseguradores de Londres y las compañías españolas ya que los primeros se negaron a seguir en caso que la cláusula fuera anulada por tribunales españoles, un principio básico del reaseguro: "follow the fortunes", seguir la suerte de la cedente.

Sin entrar a valorar las Sentencias del Tribunal Supremo que anularon la cláusula "claims made". Desde mi punto de vista en este tipo de pólizas, la cláusula es ventajosa para el asegurado, ya que sería muy difícil, utilizando el criterio de fecha de ocurrencia, determinar el momento preciso de las actuaciones que dieron pie a los hechos reclamados, es más, es posible que no exista ya que pueden tratarse de actuaciones continuadas.

En segundo lugar, y como se ha mencionado anteriormente, en este tipo de póliza es normal que exista un desfase de tiempo entre los actos en los que se basa la reclamación y la reclamación misma, durante ese período la póliza puede haber cambiado de compañía o esta puede haber devenido a peor fortuna con lo que la posición del asegurado se ve comprometida.

El inconveniente que tiene el criterio de fecha de reclamación es la no renovación de la póliza por parte de la Compañía, es por ello por lo que para evitar una situación de indefensión de los asegurados las pólizas dan un período de información, es esencial en caso de no renovación notificar a la compañía de seguros de una forma exhaustiva los hechos y circunstancias que se supone puedan dar lugar a reclamaciones:

EXCLUSIONES:

Exclusiones que derivan del principio general de no cobertura del dolo.

- Reclamaciones por ventajas, beneficios o retribuciones que se hayan reservado personas aseguradas sin fundamento legal o contra lo dispuesto en la Ley o Estatutos. En esta exclusión no se hace mención expresa de conducta deliberada, pero se presupone la existencia de la misma en conductas contrarios a las leyes o estatutos.
- Reclamación surgida como consecuencia de dolo o mala fe, aquí, como la responsabilidad establecida en la L.S.A. es solidaria y el número de asegurados normalmente es alto, hay que señalar que el dolo de un asegurado no puede perjudicar a otros asegurados.
- Reclamaciones ocasionadas o causadas por acciones u omisiones realizadas con anterioridad a la fecha de efecto de la póliza y de las cuales el Asegurado tuviera conocimiento, o esperase que razonablemente puede dar lugar a reclamación.
- Exclusiones por actos contrarios a las leyes en la que se presupone mala fe; incumplimiento legislación en materia de autocartera, etc.

- . Exclusiones basadas en coberturas cubiertas por otras pólizas.
- Daños personales y materiales a terceros (cubiertas en pólizas de responsabilidad civil general).
- Responsabilidad civil contractual
- Daños morales
- Daños por contaminación
- R.C. profesional por actuaciones profesionales de los administradores (casos en los que los administradores actúan al mismo tiempo de gerentes y de profesionales arquitectos, médicos, etc..)
- Exclusión riesgos nucleares.
- . Exclusion específica de reclamaciones de accionistas con control:

En principio las pólizas suelen excluir reclamaciones de accionistas con más del 15%; este porcentaje es arbitrario y puede negociarse con la Compañía de Seguros, que pueden incrementar el porcentaje hasta cifras cercanas al 50%, no se llega al 50% porque en ese caso no existiría tercero a quién reclamar, los accionistas con mayoría, si ven que sus intereses no están gestionados con eficacia, deben cambiar al administrador no esperar a que su gestión produzca efectos desfavorables para la compañía y luego reclamar.

- Póliza de Consejeros en relación a la póliza de errores y omisiones.

A menudo los asegurados consultan casos concretos para que se les aclare si estarían cubiertos bajo la póliza de consejeros, la mayoría de las veces se trata de supuestos de errores y omisiones.

Diferencias más significativas son las siguientes:

	Consejeros	Errores y Omisiones
Contra quién se dirige la reclamación	A consejeros y/o Administradores	La propia Sociedad
Quién reclama	Accionistas, la sociedad terceros perjudicados	clientes de la propia compañía ó acreedores
Actos que dan lugar a reclamación	Actos concretos ó actuaciones continuadas	Hechos concretos en operaciones de tráfico que impiden que el cliente colme sus expectativas

Existen lógicamente ciertas zonas grises en las que un error cometido por un gerente, podría discutirse si se trata de una operación rutinaria o de tráfico de la empresa (Errores y omisiones) y de un verdadero acto de gestión (Póliza de Consejeros).

Para evitar estas zonas grises existen pólizas combinadas de errores y omisiones-Consejeros, pero su colocación en reaseguro es muy problemática.

- - - - -

LA LEY

REVISTA JURIDICA ESPAÑOLA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y BIBLIOGRAFIA

Monterrey, 1. Km 17,200 Car. de La Coruña, 28230 Las Rozas (Madrid). Tel.: 634 22 00 (28 líneas) Fax: 634 54 41 (Redacción) y 634 54 73 (Atención al Cliente)

RECTOR, José Manuel OTERO LASTRES

AÑO XV. Número 3554

Madrid, viernes, 1 de julio de 1994

ASPECTOS CONFLICTIVOS EN LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD ANONIMA

Por MARTA LLAVERO
Abogado

SUMARIO: I. Introducción: Comentarios generales al Texto Refundido.—II. Diferencias sustanciales entre la acción social y la acción individual.—III. Los administradores como representantes de la sociedad.—IV. Ambito de representación de los administradores.—V. Planteamiento introductorio a la responsabilidad de los administradores.—VI. ¿Por cuáles actuaciones responden los administradores?—VII. Responsabilidad solidaria entre los miembros del Consejo.—VIII. Consecuencias prácticas de la responsabilidad solidaria entre administradores.—IX. Causas de exoneración o exculpación de la responsabilidad. Administradores ausentes y gestores de hecho. Jurisprudencia.—X. ¿Cómo es la responsabilidad, frente a terceros, entre los administradores culpables y la sociedad? 1. Enfoque de la cuestión. 2. Responsabilidad directa de la sociedad. Supuestos de insolvencia y responsabilidad personal de los administradores. 3. Responsabilidad directa de los administradores (artículo 135 del Texto Refundido). 4. Especial referencia a la responsabilidad solidaria entre la sociedad y los administradores en el Texto Refundido. 5. Principios informantes de la responsabilidad civil en otros cuerpos legales.—XI. Plazo de prescripción de la acción de responsabilidad.—XII. Breve referencia a la responsabilidad fiscal de los administradores.—XIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCION: COMENTARIOS GENERALES AL TEXTO REFUNDIDO

Este breve estudio sobre la responsabilidad personal de los administradores de las sociedades anónimas tiene la finalidad de tratar de esclarecer algunos puntos oscuros que la reforma, pese a la gran oportunidad que tuvo para ello, no pudo o no quiso resolver.

A la hora de plantearnos la viabilidad de una acción de responsabilidad personal contra los administradores de una sociedad anónima son numerosos, en ocasiones, los interrogantes que surgen: ¿Puede dirigirse el tercero perjudicado directamente contra el patrimonio personal de los administradores?, o ¿es necesaria la previa declaración de insolvencia de la sociedad?, ¿en qué supuestos, si la sociedad es insolvente, se puede exigir responsabilidad a los administradores?, ¿hay solidaridad entre la sociedad y los administradores culpables?, ¿qué sucede con el consejero «absentista»? ¿existe «presun-

ción de culpa» de los miembros del órgano de administración?, ¿y las responsabilidades de los administradores frente a los trabajadores?, ¿podemos «arrebatarle» el poder de representación a los administradores?...

Estas son, a título enunciativo, sólo algunas de las dudas que lamentablemente quedan sin despejar en el Texto Refundido, por lo que debemos recurrir a la incipiente Jurisprudencia—contradictoria a veces entre sí— que se ha dictado en estos dos últimos años sobre supuestos fácticos generados después del 1 de enero de 1990, fecha de la entrada en vigor de la Ley.

Una vez más será en la doctrina donde encontremos posibles respuestas y fundamentos para defender nuestros postulados «a favor» o «en contra» de la responsabilidad personal y directa de los administradores y de su posible responsabilidad solidaria entre la sociedad y los administradores.

Además, también se echa de menos en la nueva Ley una Exposición de Motivos, que hubiese iluminado y orientado nuestras dudas hermenéuticas, con el fin de despejar incógnitas ya existentes bajo la legislación anterior y que en nada contribuyen a la consecución de la seguridad jurídica que debe imperar en nuestras relaciones, máxime en temas de responsabilidad y resarcimiento de daños injustamente padecidos.

Bajo esta Ley se ha endurecido la conducta exigida a los administradores de las sociedades anónimas, que bajo la normativa anterior encontraban fácil refugio y amparo, ya que en todo caso, decían, «su conducta no había sido producida con mala fe o culpa grave», por lo que se convertían en civilmente irresponsables, quedando muchas actuaciones sin sanción

(como por ejemplo las faltas de gestión) y muchos daños sin ser reparados.

Por lo demás, no hay especialidad alguna respecto a la responsabilidad civil del Derecho Común, manteniéndose, con todo su vigor, los cinco elementos que dan lugar a la misma, esto es: la existencia de un daño producido, en relación causa-efecto, por una acción u omisión dolosa, culposa o antijurídica. Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que exigen la concurrencia de estos elementos para que nazca la responsabilidad civil: sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 12 de abril de 1989, 13 de febrero y 3 de abril de 1990 y de la Audiencia Provincial de Barcelona Secc. 15.ª de 19 de febrero de 1991.

Recordemos que, contra los administradores, son dos las acciones de responsabilidad civil que regula nuestro Texto Refundido: la acción social del art. 134 y la acción individual del art. 135. La diferencia sustancial entre ambas radica en el objeto jurídico protegido. En aquélla lo que se protege e intenta reconstruirse mediante la indemnización por los administradores es el

En este Diario
hay una buena noticia para que
Ud., en materia CIVIL,
**NO SE QUEDE
FUERA
DE LA LEY**
(Información en páginas centrales)

DOCTRINA

Aspectos conflictivos en la responsabilidad personal de los administradores de una sociedad anónima, por MARTA LLAVERO 1

JURISPRUDENCIA

CONCURRENCIA, PREFERENCIA Y PRELACION DE CREDITOS (TS). La anotación preventiva de embargo no supone un derecho preferente frente a otros créditos inscritos 10

RESEÑA DE SENTENCIAS 11

LA LEY no se identifica con las opiniones vertidas en los artículos, comentarios y reseñas firmadas que publica.

patrimonio de la sociedad deudora que se ha visto lesionado por actos culpables de tales administradores. Por el contrario, en la mal llamada acción individual se protege el patrimonio individual de los socios o terceros directamente dañados por tal conducta culpable de los administradores.

En ambas acciones los administradores responderán, tal como prescribe el art. 133 en relación con el art. 127 del Texto Refundido, por los daños causados por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que debe desempeñar su cargo, cual es la de un ordenado empresario y la de un representante leal.

El art. 133 del Texto Refundido, aunque se refiere a la acción social de responsabilidad, complementa a los restantes artículos, siendo también aplicable a la acción individual del art. 135 en lo que se refiere al tipo de actuación de los administradores que puedan dar lugar a una acción de responsabilidad civil contra ellos. En ambas acciones la responsabilidad civil de los administradores se establecerá con fundamento en la concurrencia de la culpa, el daño y la relación causa-efecto entre aquella y éste.

En la acción social de responsabilidad del art. 134 del Texto Refundido (antiguo art. 80 de la Ley de 1951), los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño causado al patrimonio social por los actos arriba descritos.

II. DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE LA ACCIÓN SOCIAL Y LA ACCIÓN INDIVIDUAL

La primera legitimada para interponer esta acción es, por tanto, la sociedad, previo acuerdo de la Junta General, acuerdo que determinará la destitución de los Administradores afectados (art. 134.2). El acuerdo se adoptará por la mayoría de la Junta, no pudiéndose exigir mayorías reforzadas para la adopción del mismo, siendo estas normas de derecho necesario. El art. 134.1 establece que, y como excepción al principio general, el acuerdo de ejercicio o no de la acción podrá ser adoptado aunque no conste en el orden del día.

La Junta podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello el 5 % del capital social. Por ello creemos, en el mismo sentido que E. POLO, que la Junta no podrá adoptar el acuerdo de renuncia o transacción (aunque sí el del ejercicio o no de la acción) sin previo anuncio en el orden del día.

La segunda parte legitimada para interponer la acción social son los accionistas que representen el 5 % del capital social, siempre y cuando la sociedad haya acordado no interponer la acción, o los Administradores no convocasen la Junta solicitada a tal fin o cuando habiendo acordado su ejercicio la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes (art. 134.4).

La Ley concede en último lugar a los acreedores sociales el derecho al ejercicio de la acción social de responsabilidad, teniendo esta acción carácter subsidiario. Pero la Ley concede este derecho a los acreedores no porque les otorgue poder para juzgar la gestión social de los administradores de una sociedad, sino porque en virtud de esa supuesta mala gestión el patrimonio social ha sufrido una pérdida tal que ha resultado insuficiente para satisfacer los créditos de esos acreedores. Por tanto, son tres los requisitos que dan a los acreedores sociales el derecho a tal ejercicio: 1. Que la acción tienda a reconstruir el patrimonio social (porque ello será una garantía indirecta para el cobro por los

demandantes de sus créditos), 2. Que no haya sido ejercitada por la sociedad ni por sus accionistas, y 3. Que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos (art. 134.5).

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1990 (Aranzadi, 1990, núm. 681) señala en su cuarto fundamento de derecho que «en caso de transigir o renunciar al ejercicio de la acción por la Junta determinaría el decaimiento de los acreedores...».

La acción individual del art. 135 (antiguo art. 81 de la Ley de 1951) tiene, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1985 (Aranzadi, 1985, núm. 2406), «no a la indemnización por los Administradores del daño causado al patrimonio social y ordenada a obtener la reconstitución del mismo, sino a indemnizarles de los daños directamente sufridos en su patrimonio, requiriéndose, en su consecuencia, para la viabilidad de esta acción directos requisitos, un acto del administrador y una lesión directa a los intereses del accionista o del tercero demandante, a lo que ha de añadirse que al establecer el precepto una responsabilidad civil de los administradores la misma ha de establecerse con fundamento en la concurrencia de culpa, el daño y la relación causa a efecto entre aquella y éste».

Ambas acciones son independientes entre sí, no perjudicando la renuncia o transacción por la Junta de la acción social para el ejercicio de la acción individual.

La precitada sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1985 (Aranzadi, 1985, núm. 2406) establece claramente las diferencias entre ambas acciones. Así, también esta sentencia revoca la dictada por el Juzgado de Primera Instancia y en su lugar dicta otra absolviendo a los administradores demandados en base a que los acreedores demandantes ejercitaron la acción social de responsabilidad y no la individual, por lo que no pueden pretender recibir directamente la indemnización de los administradores.

El quinto considerando de esta sentencia dice así: «Que la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia... en vez de resolver la cuestión litigiosa como en términos de congruencia le era obligado, conforme a lo alegado por las partes, naturaleza de la acción ejercitada por la demanda..., interpretando erróneamente el alcance del principio *iura novit curia*, haciendo una indebida aplicación del art. 81 de la Ley (actual art. 135 de la acción individual), siendo así que la acción ejercitada por la demanda tenía su fundamento en el último párrafo del art. 80 (actual art. 134 de la acción social) de la propia Ley, acción que al requerir como uno de los presupuestos ineludibles para su viabilidad que tienda a reconstruir el patrimonio social y no de manera inmediata a reparar la lesión inferida por los administradores de la sociedad al patrimonio del demandante, que no puede prosperar en el caso de la presente litis, en la que se pretende que la indemnización que frente a los administradores se postula sea percibida directamente por los demandantes».

Para concluir señalemos que en esta ocasión los legisladores españoles se han adelantado a la Comunidad Económica Europea ya que la 5.ª Directiva comunitaria, que regula estas materias, se halla pendiente de aprobación. Los principios contenidos en esta Directiva son semejantes a los que han inspirado nuestra reforma: responsabilidad por culpa leve, antijuridicidad como causa de responsabilidad (aun en el hipotético supuesto que una conducta fuese contraria a la Ley o a los Estatutos sin haber mediado culpa o negligencia), responsabilidad solidaria de los miembros del órgano de administración, no convalidación de los actos de los administradores por el mero hecho de haber sido aproba-

dos en la Junta General, acción social de responsabilidad, responsabilidad de los administradores como no excluyente de la de la sociedad...

III. LOS ADMINISTRADORES COMO REPRESENTANTES DE LA SOCIEDAD

El art. 128 del Texto Refundido establece que «la representación de la sociedad, en juicio y fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada en los Estatutos». De la sola lectura de este artículo se deriva una atribución —*ex lege*— de la representación de la sociedad en sus administradores y ello independientemente de la forma en que se articule tal representación, solidaria, mancomunada o colegiada, según se trate de administradores solidarios, mancomunados o miembros del Consejo de Administración. Bajo la anterior legislación y por el art. 76 de la Ley de 1951 surgían algunas dudas acerca de si esta atribución legal de la representación de la sociedad en sus administradores estaba, sólo, implícita en el cargo de Consejero, y no así cuando se trataba de otras formas de administración, en cuyo caso se estaría a lo que al respecto determinasen los Estatutos.

Asimismo, y para algún autor, la aseveración de que la representación de una sociedad recae, necesariamente y por imperativo legal, en sus administradores, viene a ponerse en tela de juicio con la dicción del actual art. 9 h) de la Ley, al ordenar que en los Estatutos deberá constar a qué administradores se ha conferido el poder de representación, como si se pudiese «atribuir» sólo a algunos en perjuicio de los otros, quienes verían así «arrebataadas» sus facultades de representación.

Por el contrario, y frente a esta hipotética posibilidad de poder introducir, voluntaria y estatutariamente, una separación entre los órganos de gestión, administración o representación de una sociedad anónima, nos encontramos con el art. 124 del Reglamento del Registro Mercantil, en el que se establecen las reglas, de cumplimiento imperativo, bajo las cuales los administradores, y no otros, representarán a la sociedad.

Pero por otro lado, si el art. 124.2 del Reglamento parece que no ofrece duda respecto a la representación única del administrador único, ni respecto a la representación solidaria de los administradores solidarios (independientemente de que los Estatutos y a los solos efectos internos puedan decidir sobre la distribución de facultades de los administradores), ni tampoco respecto a la representación mancomunada de los administradores conjuntos, no sucede así respecto a los miembros del Consejo de Administración. En efecto, se plantea el interrogante de si acaso el art. 124.2 d) supone una deslegalización del poder de representación de los administradores, pudiéndose «sustraer», por vía estatutaria, el poder de representación orgánica de algún o algunos de los consejeros en beneficio de los otros, bien a título individual o conjunto.

En igual sentido que E. POLO, consideramos que no ha sido ésta la intención del legislador. Como señala este autor, el Reglamento establece la posibilidad de atribuir, subjetiva y estatutariamente, la representación de la sociedad anónima a alguno o algunos de los miembros del Consejo de Administración (aunque no es una atribución nominal sino por medio de los cargos designados), pero ello no significa «una sustracción estatutaria del poder de representación orgánica conferido legalmente, en el art. 128, a los administradores de la sociedad».

La 1.ª Directiva de la Comunidad Económica Europea (68/151/CEE) prevé en su art. 9 —y en ella se fundamentan los que sostienen una deslegalización de la representación de los

miembros del Consejo de Administración— la posibilidad de que cada legislación nacional determine el órgano que ostentará el poder de representación de la sociedad, no imponiéndonos, a no ser que nuestras Leyes lo determinen, que sean los administradores los que necesariamente ostenten tal poder. Asimismo el núm. 3 de esta Directiva prevé que cuando la legislación nacional autorice que el poder general de representación se pueda atribuir a una o varias personas (que en este último caso tendrán, necesariamente, que actuar conjuntamente y no solidariamente), podrán, también, dichas legislaciones nacionales prever la oponibilidad de tal disposición estatutaria frente a terceros.

Por tanto, y como ya hemos argumentado, nuestra legislación de sociedad anónima no ha recogido tales previsiones, por lo que la sociedad no podrá oponer frente a tercero que el contrato o la obligación en cuestión no fue otorgado, en su caso, por el consejero-delegado que tuviera concedido el poder de representación de la sociedad. Pero ello siempre y cuando el contrato hubiese sido otorgado por los miembros consejeros en reunión de Consejo debidamente convocada y habiéndose cumplido todas las previsiones legales y estatutarias al respecto. Como sabemos, la existencia de tales Consejeros Delegados tiene, fundamentalmente, la finalidad de facilitar y agilizar las actuaciones del Consejo y evitar que en sus relaciones con terceros tenga que intervenir todo el Consejo colegiadamente.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 24 de noviembre de 1989 (LA LEY, 1990-1, 464) declara que la representación orgánica de la sociedad corresponde *ex lege* al Consejo, haciendo la distinción entre representación orgánica, que no tiene su base en una relación de mandato, y los apoderamientos, que sí la tienen. Por ello no será necesario en los Estatutos que se especifiquen las distintas facultades representativas que se confieren al órgano social.

Otra de las expresiones del art. 124.2 d) del Reglamento del Registro Mercantil que da lugar a interpretaciones ambiguas es la que se refiere al modo de actuar, en su caso, de los miembros del Consejo a los que se les haya atribuido el poder de representación. E. POLO se plantea el interrogante de qué es lo que el Reglamento del Registro Mercantil ha querido decir con «no obstante, los Estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto», preguntándose si con la expresión «título individual» se prevé la actuación solidaria o si sólo se refiere a la actuación individual de un único administrador. Parece que esta 1.ª Directiva, que comentamos, prevé la actuación conjunta en los supuestos de que se confiera el poder de representación a varias personas.

Por el contrario, creemos que la intención de nuestro legislador no ha sido la de excluir la actuación solidaria de los Consejeros Delegados, en beneficio de una actuación conjunta, sino que ambas posibilidades encuentran amparo, aunque por vía indirecta, en el artículo del Reglamento que comentamos. Si así no fuese incurriría en contradicción el párrafo *in fine* del art. 124, ya que establece que en los Estatutos se tiene que indicar el régimen de actuación de tales Consejeros Delegados, especificación que obviamente sería innecesaria si se excluyese la posibilidad de actuación solidaria de los mismos.

Por último señalemos, como recuerda J. M. NEILA, que la representación de la sociedad por los administradores lo es durante el tiempo de actividad normal de la sociedad, ya que en otro caso, y dependiendo de la situación jurídica, los representantes serán los liquidadores, el órgano de administración pero intervenido, y en los casos de quiebra, las personas que correspondan. Así también, y como recuerda este autor, la sociedad será representada por la persona que de-

signe el juez en los supuestos de impugnación de acuerdos de la junta por el administrador único y a su vez actor de la impugnación—art. 117.3 de la Ley de Sociedades Anónimas—.

IV. AMBITO DE LA REPRESENTACION DE LOS ADMINISTRADORES

Es éste uno de los aspectos más pacíficos de la doctrina y donde, exceptuando posiciones aisladas, tanto la doctrina como la jurisprudencia muestran opiniones unánimes.

El art. 129 de la Ley es claro al determinar que aunque los administradores, investidos de sus facultades representativas, realicen un acto que no esté comprendido en el objeto social (o que comprendido se haya excluido de las facultades representativas de los administradores), este acto vinculará a la sociedad, que quedará obligada frente a terceros.

Esta vinculación contiene únicamente una excepción, pudiéndose anular el acto cuya realización no estaba incluida en el objeto social cuando la sociedad demuestre que el tercero obró de mala fe, dolo o con culpa grave. Debemos tener en cuenta que la buena fe del tercero goza de presunción legal y que no quedará desvirtuada, como así se deriva del art. 129.2 de la Ley, por la posibilidad de que el tercero conociese tal limitación del objeto social al hallarse insertos los Estatutos en el Registro Mercantil. El conocimiento de dicha limitación o la ignorancia (gravemente) culpable del tercero que contrato habrá que probarla, y no se considera, repito, ignorancia culpable el no haber acudido al Registro Mercantil para conocer el objeto social allí inscrito.

Y aún más, en el supuesto de limitaciones al poder de representación de los administradores, insertos en el Registro Mercantil, éstas no podrán siquiera ser alegadas como una circunstancia indicativa de la culpa grave o dolo de tercero.

Como vemos, por tanto, se consagra la responsabilidad de la sociedad por los actos realizados por los administradores con abuso de su poder, y ello sin perjuicio de que la sociedad posteriormente repita contra ellos para resarcirse de los daños y perjuicios causados, interponiendo para ello una acción social de responsabilidad regulada en los arts. 133 y 134 del Texto Refundido (El art. 9 de la 1.ª Directiva se pronuncia en igual sentido).

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 24 de noviembre de 1989 (LA LEY, 1990-1, 464) determina que «el Consejero delegado actúa frente a terceros con poderes ilimitados en virtud del mandato legal, aunque frente a la sociedad deberá moverse dentro de los poderes recibidos, por lo que el art. 1713 del Código Civil no se aplica a los órganos de gestión y representación de una sociedad mercantil, pues admitida la distinción entre representación orgánica —que no tiene su base en una relación de mandato— y los apoderamientos —que sí la tienen—, conforme al art. 76, es el órgano el que ostenta la facultad representativa, sin que sea preciso que en la escritura o en los estatutos se especifiquen las distintas facultades representativas que se confieren al órgano social».

V. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO A LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

De nuevo lamentamos que el legislador no haya introducido en el nuevo Texto Refundido las pertinentes modificaciones o precisiones eliminando las lagunas legales ya existentes.

Era ésta una gran ocasión para haber recogido y regulado en nuestro Texto Refundido

y Reglamento del Registro Mercantil las deficiencias que a lo largo de estas cuatro décadas han demostrado existir en la antigua Ley de 1951 respecto a la responsabilidad de los administradores.

Y por el contrario, algunos artículos claves en esta materia han quedado redactados en iguales términos que en la legislación anterior, como así sucede con el art. 135 en relación al antiguo art. 81, que regula la acción individual de responsabilidad.

Y lo lamentamos especialmente por ser éste un tema ya de por sí complejo que suscita importantes interrogantes, y ello especialmente por tratarse de la responsabilidad civil de personas jurídicas. Por un lado estamos tratando con problemas de imputabilidad, culpabilidad, dolo, elementos éstos puramente subjetivos (e incluso psicológicos) y predicables sólo, en sí mismos, respecto a las personas físicas, individualmente consideradas, ya que obviamente, y bajo un prisma conceptual de puridad lógica, la persona jurídica en cuanto tal no puede, como ya se ha dicho, «delinquir ni cometer ilícito»; pero por otro lado es la persona jurídica, en principio, «la causante» del daño y por tanto la que debe indemnizar, y ello a pesar de encontrar reticencias en ese sector minoritario que defiende a ultranza la imposibilidad de transferir el ilícito doloso (o culposo) civil (o penal) a las personas jurídicas con la subsiguiente, en primer lugar, irresponsabilidad civil de las mismas y en segundo lugar, por tanto, responsabilidad directa y personal de los representantes, personas físicas, que hayan cometido el ilícito.

Esta corriente doctrinal, minoritaria y residual, considera que en los supuestos de existencia de dolo (o culpa) en el representante de una persona jurídica, la relación orgánica que media entre ambas desaparece automáticamente, por lo que responden directamente tales personas físicas y no la sociedad. Este sector de la doctrina extrapola la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas —art. 15 bis del Código Penal— a la irresponsabilidad civil de las mismas, campos éstos sustancialmente diferentes y donde la imputabilidad subjetiva, con su dolo civil o penal y las consecuencias que de los mismos derivan, llevan inherentes sellos de distinción.

Es éste, sin lugar a dudas, un tema delicado donde la jurisprudencia ha mantenido criterios poco unánimes y contradictorios y donde la doctrina ha manifestado posturas discrepantes basadas en argumentos heterogéneos. Además, las todavía vigentes lagunas legales, importantes protagonistas en esta materia, en nada han contribuido al logro de una mayor equidad y al consiguiente esclarecimiento de quién tiene la legitimación pasiva para soportar la acción individual de la responsabilidad por daños.

Y todo ello provoca una sensación de inseguridad jurídica, con lo que se agrava aún más el daño del perjudicado, que hace que los propios juristas y con la Ley en la mano se sigan planteando, en algunos supuestos, los siguientes interrogantes: ¿hay responsabilidad solidaria entre el administrador culpable y la sociedad?, ¿y responsabilidad subsidiaria?, ¿qué sucede si la sociedad es insolvente?, ¿y respecto a la solidaridad de los Consejeros?...

VI. ¿POR CUALES ACTUACIONES RESPONDEN LOS ADMINISTRADORES?

En primer lugar hemos de señalar que la responsabilidad civil de los administradores, regulada en la Ley de Sociedades Anónimas, no goza de especificidad alguna respecto a la responsabilidad civil del Derecho Común, por lo que ambas gozan de iguales características, requisitos y elementos.

Efectivamente, estamos en presencia de una misma institución, la institución resarcitoria de la responsabilidad civil, cuya finalidad y aspiración, que debe presidir y guiar nuestros planteamientos, es la de resarcir a la víctima a la que se le ha producido un daño.

A modo de recordatorio, y sin ánimo de adentrarnos en un análisis exhaustivo de los elementos de la responsabilidad civil, vamos a realizar una breve reseña de los mismos, reseña que, por otro lado, estimo suficiente y donde la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina muestran puntos de vista convergentes.

Ya vimos que los principios generales que deben presidir la conducta de los administradores vienen impuestos por los arts. 127 y 133 del Texto Refundido. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia que corresponde a un ordenado empresario y a un representante leal y bajo el cumplimiento de las leyes y de los Estatutos. Cualquier daño que tenga su origen y nexo de causalidad en alguna acción u omisión (art. 1088 Código Civil), doloso, culpable o antijurídico, de estos deberes legales dará lugar al nacimiento de la responsabilidad civil. (Precisemos también que, como señalan GARRETA y E. POLO, se trata de obligaciones de «medios» y no de «resultado»).

Como vemos, se aprecia un endurecimiento y profesionalización del grado de culpabilidad exigido en la legislación anterior —antiguo art. 79— desapareciendo, como se ha dicho, el «injustificado privilegio» del que gozaban los administradores.

Efectivamente, no sólo los administradores que hayan procedido (por acción u omisión) con dolo, abuso de facultades o negligencia grave responderán del daño causado sino también en aquellos supuestos en los que se aprecia una culpa leve, tomando como modelo de conducta la diligencia de un ordenado empresario, e incluso en los supuestos de conductas antijurídicas, prescindiendo, en este último caso, si cabe, de toda referencia a la culpa. En este supuesto, el Juez, con sus facultades discrecionales de moderación —art. 1103 del Código Civil—, deberá repartir o aminorar, en su caso, las responsabilidades de los administradores de aquellas sociedades en las que, por ejemplo, la intervención de Letrado Asesor es preceptiva.

Asimismo, y como una proyección concreta del nivel de exigencia que deriva de una representación leal, el art. 127 hace expresa referencia al deber de guardar secreto en las informaciones confidenciales. Este deber tiene difícil encaje en los supuestos de administradores que representan a su vez a otra persona jurídica, y ello por el deber del mandatario de dar cuenta de sus obligaciones tal como prescribe el art. 1720 del Código Civil.

El ser un representante leal de una empresa va más allá del tiempo que dure el cargo, por lo que tal lealtad se traduce en guardar secreto sobre tales informaciones e incluso «aun después de cesar en sus funciones».

Así también, y como otra consecuencia de este deber, el administrador deberá entregar a la sociedad y no utilizar en beneficio propio las ventajas económicas que reciba por razón de su cargo, ya que de lo contrario, como señala GARRETA, resultaría deudor frente a la sociedad.

El Texto Refundido a lo largo de su articulación menciona, expresa o tácitamente, algunos de los deberes que competen al administrador de una sociedad anónima, en su doble condición de representantes y/o gestores de la sociedad. Pero tal enumeración es meramente enunciativa y por tanto existen otros muchos deberes que derivarán y se podrán introducir en el saco sin

fondo del deber de diligencia de un ordenado empresario, «adecuado al tiempo y al lugar» (art. 1104 del Código Civil). Así por ejemplo, cabría, como señala E. POLO, la responsabilidad de los miembros del Consejo por culpa *in eligendo* de los administradores elegidos por cooptación o por culpa *in vigilando* de los Consejeros Delegados.

Recordemos las dos acciones de responsabilidad frente a los administradores:

A) Acción social y responsabilidad contractual:

La acción social, de los arts. 133 y 134, que se entablará por la sociedad o en su defecto por los accionistas minoritarios o por los acreedores sociales. El bien jurídico protegido es el patrimonio social. La responsabilidad es contractual si por esta entendemos, junto con GARRIGUES, que los actos de los administradores se derivan, frente a la sociedad, de una obligación, legal y estatutaria preconstituida (aunque ésta no sea un contrato). La conducta culpable de los administradores que dará lugar a la misma viene regulada en el art. 133 al señalar que los mismos responderán por «actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo».

B) Acción individual y responsabilidad extracontractual:

La acción individual del art. 135 se entablará por los socios o terceros que hayan sufrido un daño directo en sus intereses. El bien jurídico protegido es el patrimonio individual del socio o del tercero. La responsabilidad que deriva de esta actuación frente a terceros es, en principio, extracontractual, porque no trae su causa en una obligación preestablecida entre ambos, sino en una responsabilidad por hechos ilícitos. Este artículo no hace referencia alguna al grado de culpabilidad de los administradores. Tal omisión ha llevado a algún autor a estimar aplicable el grado de culpa de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 del Código Civil, con la consiguiente «suavización» de la misma y la posible irresponsabilidad civil de hipotéticos actos «antijurídicos sin culpa».

Por el contrario, consideramos aplicable a todo el instituto de la responsabilidad civil de los administradores el grado de diligencia y culpabilidad exigido en los arts. 127 y 133 del Texto Refundido, por considerar que estos preceptos contienen principios generales y aplicables a toda la institución.

Otra de las lagunas que se mantienen en el Texto Refundido es la de determinar a quién corresponde la carga de la prueba de la culpabilidad de los administradores. En principio, y como la culpabilidad no se presume, será el que alega su existencia —el demandante— el que tendrá que probar, en la medida de lo posible y teniendo en cuenta las limitaciones fácticas que conlleva, tal aseveración. Y ello con la excepción de las actuaciones contrarias a las leyes o a los estatutos, ya que estas actuaciones antijurídicas llevan implícitas una presunción de culpabilidad, por lo que sería en principio suficiente con probar el daño y el nexo de causalidad entre éste y el acto contrario a la Ley y a los Estatutos, correspondiendo al administrador probar las causas de exoneración o atenuación de su responsabilidad (como sería el supuesto donde hubiese intervenido el Letrado Asesor).

Por último, señalemos que lo que el demandante habrá de probar no son meras actuaciones o conductas de los administradores sino actos y hechos concretos causantes del daño, como así se pronuncia la sentencia de la Audiencia de Barcelona de 23 de marzo de 1983.

VII. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ENTRE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO

La mención expresa de la solidaridad en la responsabilidad civil de los miembros del Consejo de Administración era de obligada inclusión en la nueva Ley de Sociedades Anónimas. No se ha hecho más que dar cobertura legal, por otro lado necesaria en virtud del art. 1137 del Código Civil, a lo que ya empezaba a ser criterio de aplicación en nuestra doctrina y Jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1975, 15 de octubre de 1976, 23 de octubre de 1978, etc.). Además, y como manifiesta la mayoría de la doctrina, suponía una «injustificada desigualdad de trato» que ellos gozasen del «beneficio de la mancomunidad» frente a los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada, que recogían expresamente la solidaridad en su antiguo art. 13 *in fine*.

La responsabilidad solidaria de los miembros del órgano de administración viene expresamente mencionada en la acción social de responsabilidad (contractual) del art. 133 del Texto Refundido. El art. 135, que regula la acción individual de responsabilidad extracontractual, no menciona expresamente tal solidaridad. Dicha omisión, junto con la frase inicial de este artículo, «no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes», ha hecho plantearse a algún autor (E. POLO) si, en virtud del precepto art. 1137 del Código Civil (sólo habrá lugar a responsabilidad solidaria cuando la obligación expresamente lo determine), no cabría aplicar la solidaridad de los Consejeros en los supuestos de daños extracontractuales del art. 135.

A mi juicio, creo que no ha sido ésta la intención del legislador. En primer lugar porque es precisamente en las relaciones extracontractuales, del art. 1902 del Código Civil, donde la solidaridad, vía jurisprudencia, ha tenido su campo de aplicación, en los supuestos donde el daño era producido por un ilícito civil en el que intervenían varios autores. Es precisamente la presunción de mancomunidad, y no de solidaridad, la que se ha decretado respecto a la responsabilidad contractual.

Creemos que la solidaridad entre los Consejeros juega tanto en la acción social como en la individual, como así decretaron numerosas sentencias bajo la legislación anterior, cuando incluso era mucho más dudosa su admisión por no mencionarse expresamente, ni siquiera en el art. 79, que era el que regulaba la acción social de responsabilidad.

Por otro lado, creo que el art. 133, con sus causas de exoneración, contiene principios generales más ambiciosos y por tanto, aplicables a todo el tema de la acción de responsabilidad de los administradores, ya sea ésta social o individual. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1990 al prescribir «la relación o concordancia entre el art. 79 (actual art. 133) y el art. 81 (actual art. 135) que de tal modo lo completa». A mi entender, la razón por la que se ha omitido dicha mención expresa de la solidaridad de los consejeros en la acción individual obedece más a razones de inercia de los legisladores, que han dejado intacta la redacción de este art. 135 respecto al antiguo art. 81 de la Ley de Sociedades Anónimas. Además, la expresión «no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes» se refiere a la independencia en el planteamiento y ejercicio de ambas acciones, en el sentido, como ponen de relieve GARRIGUES y URÍA, que la renuncia o transacción de la acción por parte de la sociedad no puede ser obstáculo al ejercicio de la acción individual ni tampoco puede estar condicionada o limitada por ningún acuerdo de la Junta General ni por ninguna cláusula estatutaria de la sociedad.

VIII. CONSECUENCIAS PRACTICAS DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ENTRE ADMINISTRADORES

Como sabemos, los efectos prácticos que la solidaridad conlleva son de importante trascendencia para garantizar el resarcimiento de los daños producidos a la víctima, sea ésta la sociedad o el tercero. Podrán el perjudicado o los perjudicados dirigirse contra todos o contra cualquiera de los miembros del Consejo para reclamarles el pago de la totalidad del daño producido (sin que deba éste ser distribuido en cuotas, una vez, claro está, que demuestren la existencia de todos los elementos inherentes al instituto de la responsabilidad civil).

Los arts. 1144 y siguientes del Código Civil regulan los efectos de la solidaridad de deudores. El acreedor gozará del *ius eligendi*, ya que puede dirigirse contra todos o contra cualquiera de los administradores hasta que haya visto por completo satisfecha su deuda.

El perjudicado, y en virtud de la solidaridad que presume la culpa colectiva de los consejeros, por ser éste un órgano colegiado que toma acuerdos conjuntos, no tendrá que probar la culpa individual de cada consejero, sino que bastará con probar la existencia de culpa del órgano de administración corporativamente considerado.

Cada uno de los Consejeros estará obligado al pago de la totalidad del daño y únicamente no responderá si consigue probar —porque a él le corresponde, a tenor del art. 1214 del Código Civil, la carga de la prueba que desvirtúa la presunción de culpa colectiva—, alguna de las causas de exoneración previstas en el art. 133 núms. 2 y 3, como veremos en el siguiente epígrafe.

Todo ello no es óbice para que el consejero vía de regreso repita —art. 1145.2 del Código Civil— contra los otros administradores, y alegue su menor participación en el acuerdo lesivo (o menor culpabilidad, por ejemplo, por ser un consejero con cargo no retribuido —art. 1726 del Código Civil—) y por tanto menor contribución en el pago de la indemnización, como así dictaminarán o no los Tribunales, en virtud de sus facultades discrecionales de moderación en lo que a la graduación de la culpa se refiere (arts. 1103, 1726 y 1904 del Código Civil).

Por el contrario, cuando de administradores mancomunados se trata, habrá que dirigirse contra ambos administradores para reclamarles el total pago de la indemnización, ya que en principio ninguno de ellos está obligado a pagar íntegramente (sino que el pago será distribuido en cuotas), ni tampoco, y en caso de existir varios acreedores, podrá cada acreedor reclamar íntegramente la prestación (art. 1137); o cuando se trate de administradores solidarios, que responderá el que haya adoptado la decisión con resultado dañoso o haya omitido la realización de los actos necesarios tendientes a evitar la producción del daño.

IX. CAUSAS DE EXONERACION O EXCULPACION DE LA RESPONSABILIDAD. ADMINISTRADORES AUSENTES Y GESTORES DE HECHO. JURISPRUDENCIA

Aunque celebramos la nueva redacción del art. 133.2 del Texto Refundido, echamos en falta una mayor concreción en los supuestos que dan lugar a una exculpación de la responsabilidad de los administradores. En efecto, si hemos superado la abstracción de «... estarán exentos quienes haya salvado su voto...», no por ello hemos salvado otras dudas que surgen o se mantienen con la nueva redacción.

¿Qué significa «hacer todo lo conveniente» para evitar el daño del acuerdo lesivo, como cau-

sa de exoneración prevista en el art. 133.2? Junto con la mayoría de la doctrina entendemos que tal falta de rigurosidad debe ser paliada por los Tribunales, en el sentido de exigir a los administradores disidentes, si quieren ver exonerada su responsabilidad, que utilicen las vías legales de oposición que la Ley les ofrece, y en concreto la impugnación de acuerdos del art. 143.

Asimismo tal impugnación del acuerdo supuestamente lesivo se le debería exigir al administrador ausente para eximirle de responsabilidad, además de que, obviamente, justificase su falta de asistencia al órgano de administración y, por tanto, consiguiente incumplimiento de su deber legal de asistencia del art. 104.2 de la Ley.

En este sentido se ha pronunciado la reciente y revolucionaria sentencia, dictada por la Audiencia Provincial de Lleida, que viene a ratificar la dictada por su Juzgado de Primera Instancia. En esta sentencia (extraída en el periódico *Expansión* el 8 de septiembre de 1993) se declaró la responsabilidad solidaria de los dos administradores de la sociedad por las deudas contraídas con una empresa de suministros, a las que la sociedad no pudo hacer frente por declararse insolvente; y así, frente a la causa de exoneración, que uno de los dos administradores alegó, esto es, que desconocía la existencia de ese contrato de suministros, firmado por el otro administrador, el Tribunal concluyó que aquél adoptó «una posición absolutamente absentista de los deberes del cargo, desconociendo la marcha de la sociedad sin que pueda acogerse al desconocimiento de la actitud del otro administrador, cuando no realizó ni empleó la adecuada diligencia para conocerla», a lo que nosotros añadimos, y si una vez conocida no hizo nada, esto es, impugnar el acuerdo lesivo, para evitar el daño.

Asimismo, también, se extenderá la responsabilidad a los gestores de hecho y a los administradores con cargo caducado o cesados, como así se declara, y GARRETA recuerda, en resolución de 24 de junio de 1968 ratificada por otra de 30 de mayo de 1974, en la que se manifiesta que no hay caducidad automática de los cargos y sí un mandato «prorrogado de hecho», ya que la sociedad no puede quedar «acéfala» ni sin representación legal. (Por otro lado, tengamos en cuenta para una fase posterior de acción de regreso y de concurrencia de culpas entre la sociedad y los administradores, que el nombramiento y renovación de los administradores compete a la Junta.)

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 8 de mayo de 1990, comentada por EMBID IRUJO en LA LEY, 1990-4, 659, declara la responsabilidad frente a la sociedad del gestor de hecho, aplicándole no las normas de la Ley de Sociedades Anónimas, sino las más genéricas del Código Civil (cuya culpabilidad responsable no precisaba de dolo o negligencia grave como por el contrario sí requería la Ley de Sociedades Anónimas de 1951). Y ello, como resalta este autor, sin, inexplicablemente, hacer referencia alguna al art. 1889 del Código Civil, que es el que expresamente regula la responsabilidad del gestor oficioso. En cualquier caso, comenta EMBID IRUJO, sorprende también la no aplicación, al administrador de hecho, de la responsabilidad del administrador debidamente nombrado.

Por otro lado, la Junta no tendrá derecho alguno para exonerar de responsabilidad a los administradores, vía adopción, ratificación o autorización del acuerdo lesivo ni por la aprobación de las cuentas anuales (art. 134.3). En otro caso, y de poder hacerlo, se podrían ver despojados de tutela y dañados en sus intereses sociales los accionistas minoritarios. Si la Junta quiere exonerar de responsabilidad social a los administradores tendrá que renunciar o transigir al ejercicio de la acción, que en ningún caso tampoco podrá hacerlo si se opone el 5 % del capital so-

cial (art. 134.2). Algún autor ha manifestado la posible contradicción de este precepto legal con la doctrina de que «no se puede ir contra los propios actos», ya que por un lado pide la Junta aprobar o autorizar un acuerdo que posteriormente denunciará y buscará culpables.

Como ya quedó expuesto más arriba, tampoco quedarán exentos de responsabilidad los miembros del Consejo en las sociedades que tengan Consejeros Delegados y ello, entre otros, por el deber de vigilancia que incumbe a todo consejero. A este deber añadimos el agravamiento, en su caso, de la responsabilidad por culpa *in eligendo* en los supuestos de Consejeros elegidos por cooptación.

Tengamos en cuenta que son normas de derecho necesario y carácter de orden público, con lo que no cabe derogación de la aplicación de las mismas ni por acuerdo de la Junta ni por los Estatutos.

Por último, invocamos la aplicación del art. 14.2 de la 5.ª Directiva en el sentido de permitir la exoneración siempre (y sólo) que el administrador demuestre que la falta no le es imputable personalmente.

X. ¿COMO ES LA RESPONSABILIDAD, FRENTE A TERCEROS, ENTRE LOS ADMINISTRADORES CULPABLES Y LA SOCIEDAD?

1. ENFOQUE DE LA CUESTIÓN

Es ésta una pregunta clave y de enorme trascendencia práctica, por ser la acción individual del art. 135 la que tendrá una mayor aplicación. Cuando vemos dañado directamente nuestro patrimonio y no indirectamente, a través de un perjuicio causado al patrimonio social de la compañía de la que somos accionistas o acreedores (acción social del art. 134), nos volvemos más reivindicativos y exigentes en orden a que se nos repare el daño que hemos sufrido injustificada y culpablemente.

A pesar de ello, y como ya dijimos, la redacción del art. 135 de la nueva Ley de 1989, que regula la acción individual de responsabilidad, permanece, bajo nuestro asombro, redactado en idénticos términos que el antiguo art. 81 de la Ley del año 1951.

En anteriores epígrafes hemos hecho referencia a los actos de los administradores que darán lugar a una posible acción de responsabilidad. Centrémonos ahora en examinar —una vez que se dé el acto culpable y/o antijurídico con resultado de daño en el patrimonio individual de los socios o terceros— quién es el que directamente debe responder y en su caso si hay responsabilidad «subsidiaria» de la sociedad o de los administradores o si cabría la responsabilidad solidaria entre ambos.

Pero, antes de adentrarnos en un estudio de estos aspectos, tenemos que tener claro cuál es la razón de ser de esta institución, que es el que la víctima vea reparado el perjuicio ocasionado sin someterla a una espera injustificada que no tuviese en cuenta los criterios de economía procesal, y que agravaría aún más el daño, o condicionar el pago de su indemnización a que pruebe «imposibles» fácticos o jurídicos sobre los que ni siquiera los juristas, la doctrina y la jurisprudencia se han puesto todavía de acuerdo.

Y nos referimos especialmente a la carga de la prueba sobre si el acto los administradores lo han hecho o no en el ejercicio de sus facultades de representación o de mera gestión, con las distintas consecuencias que ello conlleva a la hora de determinar el sujeto responsable de la indemnización; o a la carga de la prueba sobre si «exactamente» ha sido la conducta del

administrador la causa de la insolvencia de una empresa que al mismo tiempo hizo «desaparecer de hecho», o por el contrario ha sido la consecuencia y por tanto se rompería el nexo causal con la consiguiente declaración de irresponsabilidad civil.

De no tener esto presente, la acción que hoy nos ocupa quedaría hueca y sin contenido y desde luego no cumpliría el fin principal para la que ha sido creada: garantizar los derechos patrimoniales y restituirlos cuando han sido indebidamente violados.

Si a la finalidad resarcitoria de cualquier acción de responsabilidad civil, y que debe siempre guiar nuestros enfoques, añadimos la ambigüedad e imprecisión de los términos utilizados en el art. 135, junto con la complejidad de la materia al tratar por un lado con personas jurídicas y por otro con conceptos de culpabilidad e imputabilidad (inherentes sólo a las personas físicas), llegamos a la conclusión de que no es éste el campo de aplicación de criterios dogmáticos o principios irreductibles e inflexibles, que en nada, por otro lado, nos ayudarían a buscar una solución justa y adecuada a cada caso en concreto.

En principio, y como marco general, tenemos que tener claro, dentro de lo complejo que es la materia y falta de unanimidad en la doctrina, cuándo los administradores actúan en representación o no de la sociedad.

Como señalan E. POLO y GARRETA, los supuestos de actos de los administradores, como tales, son encuadrables, en principio, en dos grandes grupos:

— Actos de representación de la sociedad en los que la sociedad queda directamente vinculada y por tanto su responsabilidad frente a terceros es directa; como ejemplo citamos los contratos que los administradores realicen en nombre y por cuenta de la sociedad.

— Actos de los administradores investidos también de su cargo, pero en calidad de gestores y de administradores no representantes de la sociedad, por lo que responden directa y personalmente tanto frente a terceros como frente a los socios; como ejemplo citamos las violaciones a los derechos del accionista tales como negación del derecho de suscripción preferente o no pago de dividendos pasivos, o frente a terceros el administrador que induce a suscribir acciones sobre un balance falsificado, etc.

2. RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA SOCIEDAD SUPUESTOS DE INSOLVENCIA Y RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS ADMINISTRADORES

Pasamos a analizar el primer grupo de estos actos:

— Actos de los administradores realizados en sus funciones orgánicas de representación de la sociedad (es decir, actos realizados por los administradores en nombre de la sociedad) y que por tanto vinculan y se atribuyen directamente a la misma. En este supuesto estarían también incluidos aquellos actos de representación que incluso excedan del objeto social —art. 129 del Texto Refundido—.

Como razonan GARRIGÜES y URÍA, estos supuestos de daños producidos por los administradores por actos realizados en nombre de la sociedad no aparecen contemplados en el art. 135 de la Ley (que es el que hace referencia a la responsabilidad directa de los administradores como gestores de la sociedad y no como representantes de la misma), y ello por el emplatamiento de este artículo en la sección tercera, que es la que está consagrada a los administradores.

El marco legal de la responsabilidad civil directa de la sociedad lo encontramos en el Código Civil, en los arts. 1101 y siguientes de 1902 y siguientes, según se trate, respectivamente, de responsabilidad civil contractual o extracontractual, que deriva en este último caso del genérico deber «de no causar daño a otros».

Cuando, y en virtud de estos actos de representación, se produzca un daño al patrimonio individual (socio o tercero) será responsable directa la sociedad. Y ello en virtud de la teoría del órgano de las personas jurídicas, que impregna nuestra legislación, y que nos lleva a afirmar, en palabras de DIEZ PICAZO: «La persona considerada como órgano es la misma persona jurídica actuando».

Ello no es óbice para que posteriormente la sociedad repita en vía de regreso —art. 1904 del Código Civil— contra los administradores lo que hubiere satisfecho, interponiendo para ello la oportuna acción social de responsabilidad del art. 134 del Texto Refundido, siempre y cuando los administradores hubiesen actuado con dolo o culpa (como serían los supuestos de actuaciones con exceso de poder).

Si la Jurisprudencia no ha estimado la responsabilidad de los administradores en supuestos de insolvencia de la sociedad ha sido, en numerosas ocasiones, por falta de la prueba del nexo causal del art. 1107 del Código Civil, existente entre el acto culpable o antijurídico de los administradores y el resultado de insolvencia que posteriormente ha provocado el daño o impago de la deuda. Son numerosas las sentencias en las que se declara la no responsabilidad de los administradores «por faltar la base objetiva que permitiera establecer el nexo entre la actuación de los administradores y la materialización de unos concretos daños»: sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 12 de abril de 1989, 13 de febrero y 3 de abril de 1990 y de la Audiencia Territorial de Barcelona de 23 de marzo de 1983.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de septiembre de 1985 (LA LEY, 1985-4, 753) revoca la sentencia de primera instancia declarando que la actora carece, en virtud del contrato de arrendamiento de obras del art. 1544, de donde nace la acción de reclamación de cantidad ejercitada, de derecho para dirigirse contra el administrador codemandado en base a los arts. 79 y 81 de la Ley de Sociedades Anónimas. Esta sentencia determina que no se da la *lex tuitio ad causam* pretendida por la actora, no habiéndose constituido la obligación, respecto a los administradores demandados, con el carácter de solidaria.

En su penúltimo Considerando establece que «el concepto jurídico del daño es totalmente diferente al de débito o deuda y que de la Ley de Sociedades Anónimas no se deriva ningún principio de responsabilidad objetiva, ni de solidaridad entre el patrimonio social y el individual del administrador», por lo que es claro que para determinar un daño emergente de carácter contractual ha de acudirse a la doctrina del art. 1101 del Código Civil, en los supuestos de violación del derecho de crédito, en que modificándose la obligación primitiva, ésta se transforma en prestación e indemnización; pero como dice reiterada jurisprudencia y consta el art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas, «toda indemnización de daños y perjuicios requiere la imputabilidad al agente de las causas que pudieran producirlos; por ello no puede predicarse en el administrador demandado la existencia de una culpa directa, con vagas imputaciones carentes de toda probanza, puesto que en autos no se acredita cuál fue el acto directo cometido por el citado demandado a título de culpa que produjera el impago de lo adeudado a la reclamante... y no puede atribuirse a la sociedad demandada una disolución *de facto* y

una desaparición, cuando en autos se acredita fehacientemente su domicilio social, sin haber intentado la autora ninguna diligencia en el citado domicilio».

Recordamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida que expusimos más arriba, y en virtud de la cual se declaró la responsabilidad personal y solidaria de los dos administradores de la sociedad por las deudas sociales derivadas de un contrato de suministro, y a las que la empresa no pudo hacer frente por declararse insolvente. La Sala estimó que la conducta negligente de ambos administradores «constituyen causa directa y eficiente de la insolvencia de la sociedad a la que representaban», insolvencia que provocó el impago de la deuda contraída con la empresa de suministros.

En igual sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1990 (Aranzadi, 1990, núm. 681). Esta sentencia confirma la dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, condenando solidariamente a los tres codemandados Consejeros al pago de la deuda contraída por la sociedad también demandada «si ésta no hace efectiva la condena a que esta sentencia se refiere». Transcribo literalmente, por la indudable trascendencia de esta sentencia, las siguientes líneas de su segundo fundamento de derecho: «... que la situación creada por los administradores demandados (declarada en rebeldía la sociedad) es evidentemente irregular, y si hubiese desaparecido el patrimonio de la sociedad y los administradores lo han contemplado sin haber tomado las precauciones y garantías para resguardar las obligaciones de la sociedad demandada frente a su acreedores, es evidente que no se han comportado con la diligencia de un comerciante ordenado o un representante legal que exige el art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas, por ello deben ser condenados los tres codemandados Consejeros de la sociedad demandada si ésta no hace efectiva la condena a que esta sentencia se refiere, como responsables por negligencia grave; esta condena a los tres codemandados no lo es en calidad de socios de la sociedad, sino como miembros del Consejo».

GARRETA trae a colación (ob. cit., págs. 134 y ss.) la sentencia de la Audiencia de Pamplona de 31 de octubre de 1989 por la que se declara la responsabilidad personal de los administradores ante incumplimiento de contrato por parte de la sociedad y giro de letras de cambio sin provisión de fondos, apreciándose malicia o negligencia en el administrador, y así nos dice: «no entendemos que exista el más mínimo obstáculo para que este acreedor insatisfecho no ya por vía contractual, sino por esta directa, pueda intentar resarcirse del perjuicio patrimonial sufrido, ya que de no ser así la actuación, lindando el campo delictual del administrador o administradores, quedaría totalmente impune...».

Así también, recuerda el precitado autor, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1988 condena personalmente a los administradores de una empresa que la hicieron desaparecer del mundo mercantil por la vía de hecho, «omitiendo absolutamente el conjunto de formalidades para la disolución y liquidación de la sociedad... y que con ello impidió la ordenada satisfacción de los acreedores sociales, y en concreto de su crédito... pues con tan desordenada gestión de los asuntos sociales causó el daño sufrido directamente por la acreedora».

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15.ª) de 19 de febrero de 1991 (LA LEY, Rep. IX, 15098) al señalar: «... en efecto, los demandados llevaron a cabo el cierre *de facto* del establecimiento social y la desaparición material de la empresa sin haber abonado parte alguna de sus créditos a los acreedores, con in-

fracción notoria de la Ley y de la diligencia con la que deberían desempeñar su cargo, que es la de un ordenado comerciante —art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas—, por parte de quienes ostentaron la administración social, pues eludieron todo proceso de ordenada y transparente liquidación del patrimonio social mediante la desaparición de hecho del mundo mercantil, impidiendo con ello toda posibilidad de realización de los créditos contra la sociedad; así pues, el supuesto de responsabilidad directa de los administradores frente a terceros es claro, por lo que procede la estimación de la demanda».

En sentido contrario se pronuncian numerosas sentencias en las que, aun admitiendo una conducta irregular en los administradores de la sociedad, no determinaron la responsabilidad de estos porque faltaba la prueba de la relación de causalidad entre ese comportamiento irregular y el daño causado. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1990 (Aranzadi, núm. 2690) señala en su primer fundamento de derecho: «... pero todo ello no integra el supuesto de hecho de la norma invocada tanto del art. 81 como del 79 de la Ley de Sociedades Anónimas, es decir, no son hechos que deriven de ellos qué intereses han resultado directamente lesionados, ya de los socios o ya de terceros» y en su tercer fundamento: «... el precepto legal invocado no sólo se refiere a la malicia, abuso de facultades o negligencia grave de los administradores, sino que presupone un daño causado y una relación de causa a efecto entre esa situación irregular o perjudicial y el daño causado, ya que el objeto de la acción es obtener una indemnización o resarcimiento del daño... y esos elementos de la responsabilidad (daño y relación causal), no han sido en absoluto probados...».

3. RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LOS ADMINISTRADORES (ARTÍCULO 135 DEL TEXTO REFUNDIDO)

Como ya expusimos más arriba, el segundo grupo de actos lo constituyen los de los administradores investidos también de su cargo, pero en calidad de gestores y de administradores no representantes de la sociedad, por lo que responden directa y personalmente tanto frente a terceros como frente a los socios que han visto dañado su patrimonio personal.

Frente a los socios será una responsabilidad contractual si se deriva de actos realizados en su calidad de administradores, pero dentro de su esfera competencial (y en base, por tanto, a la «obligación preconstituida» existente entre ambos), como supondría la violación de derechos individuales del accionista reconocidos en la Ley o los Estatutos: no pago de dividendos pasivos, negación de derecho de suscripción preferente, no facilitarle al socio o a su representante el derecho de asistencia impidiéndole el ejercicio del voto, amortizando las acciones en la forma no prevista, impedir el reembolso de las acciones del socio que hubiere ejercitado el derecho de separación, etc. En otro caso, ya sea frente a los socios o terceros, se tratará de una relación extracontractual.

Frente a terceros será una responsabilidad extracontractual, que derivará de actos de los administradores en cuanto tales, pero o bien por actos de gestión o administración (pero no en sus funciones de representación) o bien por actos que queden fuera de sus estrictas competencias orgánicas de gestión. Como ejemplo típico tenemos, como señalan numerosos autores, el administrador que induce a suscribir acciones sobre la base de un balance falseado que atribuya a las acciones un valor que realmente no tienen, induciéndoles, por ejemplo, a la concesión de créditos a una sociedad en situación real de insolvencia.

GARRETA trae a colación (ob. cit., pág. 135) la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1988, en las que se declara la responsabilidad individual del administrador, por «inducir a terceros a contratar con la entidad representada cuando ésta se halla en situación real de insolvencia». (Pero tengamos en cuenta, según determina alguna doctrina, que también en estos casos será preciso discernir si el administrador obró en nombre de la sociedad o en su propio nombre, ya que en el primer caso, la responsabilidad recaerá directamente sobre la sociedad misma y por tanto no estaríamos en el supuesto de la responsabilidad directa de los del art. 135).

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 21 de mayo de 1992 (LA LEY, 1992-3, 14768-R) declara la no responsabilidad civil de los administradores a pesar de demostrarse la falta de diligencia de los mismos, y cito en base a lo que a continuación transcribo: «el art. 81 exige la lesión de intereses primarios y directos lo que refuerza el elemento causal, y su aplicación aconseja evitar que una laxa interpretación de los preceptos convierta en todo caso a los administradores en responsables absolutos, con responsabilidad patrimonial universal, por encima o además del patrimonio social; por lo que, admitido en el caso que existe la declaración fáctica de que los administradores no han ejercido su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y que no han amparado los derechos de los terceros acreedores, no hay sin embargo declaración alguna en la sentencia de instancia que permita afirmar la existencia de la relación causa efecto entre la actuación y el resultado dañoso y en consecuencia se han infringido los arts. 79 y 81 de la Ley de Sociedades Anónimas y el art. 1902 del Código Civil».

4. ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ENTRE LA SOCIEDAD Y LOS ADMINISTRADORES EN EL TEXTO REFUNDIDO

El Texto Refundido, en su art. 262.5, ha introducido, con acierto, lo que sin duda constituye una de sus principales novedades, esto es, la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales entre la sociedad y los administradores que hayan incumplido, en su caso, el deber de disolver la sociedad.

El art. 260 determina las causas en las que habrá de procederse a la disolución de la sociedad. Serán causas voluntarias de disolución cuando así lo acuerde la Junta sin que venga obligada a ello o la sociedad se disuelva por fusión o escisión total (art. 260 núms. 1 y 6).

En los demás supuestos las causas de disolución serán legales o estatutarias y los administradores vendrán obligados a promover los procedimientos previstos en la Ley para disolver la sociedad. Únicamente procederá la disolución automática cuando se cumpla el término fijado en los Estatutos (art. 260 núm. 2 y art. 261).

Procederá por tanto la obligación de los administradores de disolver la sociedad en los siguientes supuestos: por conclusión o imposibilidad de la empresa de realizar su objeto social o paralización de los órganos sociales (art. 260.2); por pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste aumente o se reduzca en la medida suficiente (art. 260.4); por reducción del capital social por debajo del mínimo legal (art. 260.5); por cualquier otra causa que determinen los Estatutos (art. 260.7).

Es ésta una obligación que los administradores deberán además cumplir dentro de un plazo determinado, por lo que si se cumplen pero de manera tardía no se verán exonerados de responsabilidad, aunque ésta podrá atenuarse.

Efectivamente, cuando se den estos supuestos los administradores deberán en primer lugar, y en el plazo de dos meses, proceder a la convocatoria de la Junta para que ésta acuerde la disolución. Entiendo, a diferencia de algún sector de la doctrina, que deberá contarse dicho plazo a partir no de que los administradores conozcan la existencia de tal causa de disolución, sino a partir del momento en que los administradores, observando la mínima diligencia de un ordenado empresario, deberían haberla conocido.

En segundo lugar, si convocada la Junta ésta no se constituye válidamente por no asistir ningún accionista o por que los Estatutos exijan un quórum superior (en virtud del art. 102.2), o el acuerdo de la Junta fuese contrario a la disolución, los administradores deberán solicitar la disolución judicial. El plazo para ello será de dos meses a contar de la fecha prevista para la celebración de la Junta o desde que se tomó el acuerdo denegatorio.

Nos remitimos respecto a las causas de exoneración de la responsabilidad de los administradores al epígrafe correspondiente.

Asimismo, traemos aquí a colación lo ya dicho sobre responsabilidad personal y solidaria de los administradores. Únicamente añadir que el acreedor social podrá dirigirse directa e indistintamente contra cualquiera o todos los administradores así como contra la sociedad, sin que sea necesaria, en aquel caso, la previa insuflencia patrimonial de la sociedad. Y podrá dirigirse simultánea o sucesivamente contra los mismos hasta que vea satisfecho el pago de la totalidad de su deuda o resarcimiento del daño irrogado.

En este mismo sentido se pronuncia la importante sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Secc. 3.ª) de 19 de abril de 1993. Esta sentencia declara la responsabilidad solidaria de los administradores en base al art. 260.3 en relación con el art. 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y ante la total desatención por parte de los administradores codemandados de las obligaciones legales que les incumbían, no procediendo además a la disolución de la sociedad en la forma que prevé el art. 262. Entre dichas obligaciones legales la sentencia hace especial referencia a la elaboración y presentación de las cuentas anuales a la Junta, depósito de las mismas en el Registro Mercantil, paralización de los órganos sociales, imposibilidad de realizar el fin social previsto en los Estatutos y permitir por último que tal situación de la sociedad se prolongue, aunque hubiera surgido con anterioridad al 1 de enero de 1990, sin promover la disolución de la sociedad en la forma prevista por el art. 262.

En distinto sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Secc. 6.ª) de 1 de diciembre de 1992. Esta sentencia declara la no imputación a los administradores demandados de la responsabilidad pretendida, al faltar el requisito de la relación de causalidad entre el impago de la deuda y el incumplimiento de las obligaciones legales prescritas en el art. 262 de la nueva Ley, y ello debido a que la situación de insolvencia *de facto* de la sociedad es previa al incumplimiento de las obligaciones legales de los demandados.

El administrador que ha pagado podrá, en vía de regreso, dirigirse contra los demás administradores y contra la sociedad. Por el contrario, como señalan URÍA, MENÉNDEZ y BELTRAN, si la sociedad hubiese pagado se extinguirá la obligación y por tanto la sociedad no podrá dirigirse, por este concepto, contra los administradores. Es ésta una responsabilidad solidaria que juega a efectos externos, en las relaciones de la sociedad con terceros, pero no en el ámbi-

to interno. Y ello porque la sociedad es el verdadero deudor aunque los administradores respondan frente a terceros por ser responsables de la infracción cometida.

Otros supuestos donde el Texto Refundido decreta la responsabilidad civil solidaria de los fundadores y los administradores con la sociedad son: el art. 17, referente a los daños y perjuicios producidos por no inscribir la sociedad (En este supuesto, como sabemos, la sociedad no habría nacido como tal y por tanto no tendría personalidad jurídica, ya que la inscripción de la sociedad anónima en el Registro Mercantil es constitutiva); el art. 18, donde también responderán solidariamente por la realidad de las aportaciones sociales; el art. 30, donde se determina la responsabilidad solidaria de los otorgantes por daños producidos antes de proceder a la inscripción de la sociedad anónima; el art. 31 respecto a las obligaciones solidarias de los promotores por las obligaciones asumidas frente a terceros con la finalidad de constituir la sociedad; el art. 32, donde se declara la responsabilidad de los promotores de la realidad de las aportaciones o desembolsos y de las listas de suscripción.

Asimismo, la disp. adic. 3.ª declara la responsabilidad personal y solidaria de los administradores entre sí y con la sociedad de las deudas sociales cuando no hayan adaptado sus Estatutos antes del 30 de junio de 1992.

Y la disp. adic. 6.ª del Texto Refundido determina la responsabilidad personal y solidaria de los administradores, gerentes, directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad que no hubieran presentado en el Registro Mercantil las escrituras en las que consten el acuerdo de aumentar el capital social hasta el mínimo legal, la suscripción total de las acciones emitidas y el desembolso de una cuarta parte, por lo menos, del valor de cada una de sus acciones antes del 31 de diciembre de 1995. En estos supuestos la sociedad se disolverá de pleno derecho, cancelándose de oficio los asientos correspondientes, pero los administradores responderán personal y solidariamente con la sociedad de las deudas sociales.

5. PRINCIPIOS INFORMANTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN OTROS CUERPOS LEGALES

Lamentamos que el Texto Refundido no haya hecho mención expresa, a modo de principio, a la posible responsabilidad solidaria o subsidiaria, frente a terceros, entre la sociedad y los administradores. Por el contrario, como ya vimos, sí ha declarado expresamente en algunos supuestos aislados (art. 262.5 si no disuelven legalmente la sociedad en los casos que determina la ley en su art. 260, o por actos realizados antes de la inscripción —art. 15—; por falta de presentación de la solicitud de la inscripción —art. 17—...

Se echa de menos la claridad de los principios que han inspirado el régimen de responsabilidad patrimonial de otros cuerpos legales, donde incluso se recoge expresamente la necesidad primordial de hacer efectivo el resarcimiento de los daños injustamente irrogados a los particulares, finalidad esta última de la institución de la responsabilidad civil, y sin la cual la vaciaríamos de contenido.

Así, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas declara la responsabilidad directa de las Administraciones Públicas. El art. 145 dice así: «1.—Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo Primero de ese Título, los particulares exigirán directamente a la Audiencia Provincial correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio. 2.—La Administración

correspondiente, cuando hubiera indemnizado directamente a los lesionados, podrá exigir de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido por dolo, culpa o negligencia grave».

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de agosto de 1954 establece que es suficiente para imputar un hecho dañoso a la Administración que el funcionario actúe por cuenta de la Administración o «lo parezca».

Como ya señalamos en páginas anteriores, el art. 15 bis del Código Penal establece la responsabilidad civil directa de los administradores por los daños que deriven de delito o falta, y «aunque no concurren en el directivo u órgano de la persona jurídica y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para ser sujeto activo del mismo».

El art. 22 establece la responsabilidad subsidiaria de la empresa, declarando numerosa Jurisprudencia tal responsabilidad siempre que se actúe en nombre y por cuenta del principal y dentro de la esfera del servicio u obligación asignada (sentencias de 23 de septiembre de 1965 y 8 de noviembre de 1982), no eximiendo la mera desobediencia al principal, a no ser que se actúe contra la prohibición del presunto responsable civil subsidiario.

Numerosa Jurisprudencia penal viene «adoptando un carácter dominante de ponderado objetivismo, en línea claramente aperturista basada en el principio de quien se beneficia de las actividades de otro que pueden generar daños a terceros, viene obligado a asumir la carga económica derivada de la indemnización de aquéllos, por insolvencia del responsable material» (sentencias 23 de abril y 29 de noviembre de 1982, *Comentarios al art. 22 del Código Penal*, Colex, 1991).

El art. 265 del Real Decreto Legislativo de 26 de junio de 1992, Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, establece que «las personas jurídicas serán sancionadas por las infracciones cometidas por sus órganos o agentes y asumirán el coste de las medidas de reparación del orden urbanístico vulnerado»; para a continuación señalar en el art. 266: «Los que como consecuencia de una infracción urbanística sufrieran daño o perjuicio podrán exigir de cualquiera de los infractores, con carácter solidario, el resarcimiento de la indemnización».

Así también, el Código Civil en su art. 1903 declara la responsabilidad directa, y no subsidiaria, por el hecho ajeno, consistiendo el fundamento de dicha responsabilidad en una presunción de culpa en la elección o en la vigilancia, con independencia de la contraída por el autor material. Por ello los dueños o directores de un establecimiento o empresa responderán directamente por los daños causados por sus dependientes con ocasión de sus funciones. El perjudicado por el acto ilícito puede plantear su pretensión dirigiéndola conjuntamente contra el autor material del daño y contra el que deba responder por culpa *in vigilando* o *in eligendo* [sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 22 de junio de 1988, *LA LEY*, 1988-4, 10808-R, pág. 653]. En este precepto aunque de manera latente subsiste una responsabilidad por riesgo, donde el interés de la víctima justifica esa responsabilidad.

En el campo fiscal, como veremos en el siguiente epígrafe, los administradores son, en principio, responsables subsidiarios de las obligaciones tributarias.

Además, no son pocas las sentencias que para garantizar la indemnización a la víctima han hecho valer la solidaridad de los deudores

—sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1969—.

También se ha preconizado la solidaridad en base a una indivisibilidad jurídica del contenido de la prestación, que ha llevado a la doctrina suiza, como señala J. QUIJANO, a defender la solidaridad activa frente a los acreedores entre la sociedad y los accionistas.

Si bien no pretendemos predicar como norma de principio, como por el contrario sí lo han hecho los precitados cuerpos legales, una responsabilidad solidaria o subsidiaria entre la sociedad y los administradores frente al daño indebidamente causado, tampoco defendemos que conductas ilícitas queden sin sanción y sin la consiguiente obligación de reparar el perjuicio ocasionado.

Lo que no se puede pretender, bajo la «bandera» de la defensa de la independencia del patrimonio de la persona jurídica, es el que los administradores gocen de especiales inmunidades y privilegios, permitiéndoles que sus actos queden en ocasiones al margen del ámbito de aplicación de un Estado de Derecho.

Y digo que tal inmunidad de los administradores se produce cuando hacemos depender la efectividad de la indemnización de la práctica de pruebas que en ocasiones son pruebas «dibólicas» o sobre imposibles. Y me refiero, principalmente, a la carga de prueba sobre si fue «exactamente» la conducta —ya demostrada y negligente del administrador— la que produjo la insolvencia de la sociedad o fue la insolvencia la que produjo esa conducta negligente; o a la carga de la prueba sobre si el administrador actuaba o no como representante de la persona jurídica, excluyendo en cada caso la responsabilidad civil del otro.

No abogo por la aplicación de la teoría unitaria de la culpa en las personas jurídicas o por una culpa objetiva donde se prescindiera en absoluto de los elementos subjetivos de la culpabilidad, pero también debemos tener presente cuál es el fin último de la responsabilidad civil. Y desde luego no garantizaremos la reparación del daño injustamente producido a la víctima si sobre sus ya dañadas espaldas cargamos la práctica de pruebas sobre imposibles fácticos o extremos que en ocasiones ni los juristas se han puesto de acuerdo o sobre la probanza de un nexo causal, entre la conducta de los administradores y el daño, al que exigimos parámetros de relación causa-efecto que a veces son más propios del mundo de la física y de la cibernética que de las relaciones humanas.

XI. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Como señala algún sector de la doctrina, la diferencia práctica sustancial de calificar la responsabilidad como contractual o extracontractual radica en el plazo de prescripción de la acción.

Así, para la responsabilidad civil contractual será de cuatro años a tenor del art. 949 del Código de Comercio. Y para la responsabilidad civil extracontractual será de un año, como así establece el art. 1968.2 del Código Civil.

Algunos autores consideran aplicable el plazo de 4 años a toda la responsabilidad de los administradores y ello en virtud del art. 949 del Código de Comercio, que establece que «la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración».

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1992 (*LA LEY*, 1992-3, 14768-R) in-

cardina el art. 81 de la Ley de Sociedades Anónimas, esto es, el de las acciones individuales de los terceros (actual art. 135), dentro de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 del Código Civil, al no existir vínculo contractual entre las partes del pleito, sino el genérico deber contenido en el principio *naeminem laedere*, que alcanza también a las personas físicas de los administradores, en su aspecto individual y en su condición de órganos —no mandatarios— del ente social. Por ello, nos dice, le es aplicable el art. 1902 del Código Civil y, por tanto, el plazo de prescripción de 1 año del art. 1968.2, por remisión del art. 943 del Código de Comercio.

A continuación señala que el plazo de 4 años a que se refiere el art. 949 del Código de Comercio es aplicable a las otras responsabilidades derivadas de la gestión social o de la representación (es decir, a la responsabilidad contractual regulada en el art. 134 actual), pero no a la responsabilidad del art. 1902 del Código Civil, complementado por el art. 81 (actual art. 135) de la Ley de Sociedades Anónimas.

Por último, determina que la fijación del día inicial y la demostración del transcurso total del lapso corresponde, conforme a la teoría general de la carga de la prueba, a quien formula la excepción —art. 1214—.

XII. BREVE REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD FISCAL DE LOS ADMINISTRADORES

En primer lugar hay que señalar que la responsabilidad fiscal de los administradores es una responsabilidad en general subsidiaria, es decir, que tiene una naturaleza accesoria distinta a la principal del sujeto pasivo, ya sea éste el contribuyente o el sustituto, y por tanto sólo entrará en juego si los sujetos pasivos no pueden cumplir sus obligaciones fiscales (sanciones y/o la totalidad de la deuda).

El Derecho Tributario sancionador se aparta de los postulados del Derecho penal, ya que las personas jurídicas sí pueden «delinquir fiscalmente» y ser sujetos infractores y por tanto, «directamente responsables de las acciones y omisiones tipificadas como infracciones en las Leyes» —art. 77.3 de la Ley General Tributaria—.

La responsabilidad subsidiaria de los administradores tendrá como primer requisito, para su puesta en marcha, «la previa declaración de insolvencia de fallido sujeto pasivo», junto con la notificación reglamentaria, a los administradores, del acto administrativo de derivación de la responsabilidad; y a partir de ese instante se les conferirán todos los derechos del sujeto pasivo (art. 37 núms. 3 y 4 de la Ley General Tributaria).

En segundo lugar, se requerirá un actuar de los administradores doloso o culpable, e «incluso a título de simple negligencia», tal como se deduce del art. 77.1 de la Ley General Tributaria. En igual sentido se pronuncia el art. 38.1, al declarar responsables solidarios de las obligaciones tributarias a «todas las personas que sean causantes o colaboren en la realización de una infracción tributaria». Pero dejemos claro que únicamente responderán cuando la sociedad sea insolvente, y no en otro caso, aunque se hubiesen comportado de manera culpable.

Este actuar doloso o culpable que se requiere en los administradores para que estos devengan fiscalmente responsables se especifica expresamente en el art. 40.1 de la misma Ley, precisándose como conductas responsables las siguientes: 1. Que no realicen los actos necesarios de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas; 2. Consin-

tieren su incumplimiento; 3. Adoptaren acuerdos que hicieren posible tales infracciones.

En este art. 40.1 se diferencia entre las infracciones simples y las infracciones graves. En aquel supuesto los administradores responderán subsidiaria y únicamente de la sanción que corresponda, pero cuando de infracciones graves se trate responderán de la totalidad de la deuda más los recargos e intereses correspondientes.

La responsabilidad fiscal de los administradores es una responsabilidad solidaria entre los mismos, es decir, que la deuda fiscal podrá exigirse íntegramente a cualquiera de ellos (art. 37.5 de la Ley General Tributaria).

Únicamente cuando derive de una decisión colectiva se exonerará de responsabilidad a quien «hubiera salvado su voto o no hubiera asistido a la reunión en que se adoptó la misma», tal como establece el art. 77.4 c). En el supuesto de los administradores ausentes consideramos aplicable lo que dijimos para la responsabilidad civil de los administradores; nada más recordar que tal falta de asistencia deberá estar al menos justificada e incluso estimamos que, si ello fuere posible, deberán tomar una oposición activa al acuerdo causante de la infracción, porque sólo así demostrarán que no «constitieron el incumplimiento».

Como señala GARRETA, son distintas las responsabilidades que se originan tras el cese de las actividades de la sociedad. Y así, respecto a las sociedades disueltas y liquidadas, los administradores y liquidadores responderán subsidiariamente de las obligaciones tributarias pendientes, y en defecto de la responsabilidad solidaria de los socios o partícipes (quienes responden hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere adjudicado, según determina el art. 89.4). La doctrina estima que la transmisión de dichas obligaciones tributarias pendientes incluye las sanciones.

En el supuesto de sociedades en período de liquidación se declaran, a tenor del art. 40.2, responsables subsidiarios a los síndicos, interventores o liquidadores cuando no realicen, culpablemente, las gestiones necesarias para el cumplimiento de las obligaciones tributarias (Pensemos, como señala GARRETA, en la posible responsabilidad de los dichos sujetos cuando hayan pagado cuota de liquidación a los socios sin la previa extinción de los créditos de la sociedad disuelta).

Respecto a las deudas y responsabilidades tributarias de «explotaciones y actividades económicas» que han sido cedidas a terceros, serán responsables directos quienes les sucedan por cualquier concepto en la respectiva titularidad y subsidiariamente los administradores —art. 72.1—.

Por último, y siguiendo a este autor, nos encontramos con las sociedades que *de facto* han cesado sus actividades, no utilizando los medios legales pertinentes y no habiendo procedido por tanto al acuerdo de disolución y liquidación que corresponde. El art. 40.1 establece la responsabilidad subsidiaria de los administradores que responderán «en todo caso». Parece que hay una presunción de culpa o de actuar negligente en los administradores de aquellas sociedades que no se han disuelto ni liquidado sino simplemente han cesado sus actividades.

XIII. CONCLUSIONES

Constituye la responsabilidad civil de las personas jurídicas, con sus administradores al frente, un tema complejo y delicado, donde convergen conceptos inherentes y sólo predicables a las personas físicas, cual es la imputabilidad y culpabilidad, pero cuyas consecuencias, en de-

terminados supuestos, recaen directamente en las mismas personas jurídicas, por ser ellas los sujetos infractores y por tanto responsables del resarcimiento del daño producido.

Por otro lado, estamos en presencia de una institución que adolece de importantes lagunas legales, ya existentes en la anterior legislación sobre sociedades anónimas, y algunas de ellas todavía vigentes en el actual Texto Refundido.

Todo ello, junto con la imprecisión y poca rigurosidad en la dicción de algunos de sus artículos y postulados, nos lleva a la conclusión de que no es éste el campo de aplicación de planteamientos puramente teóricos, dogmáticos e inflexibles que no tuviese en consideración, en todos sus planteamientos y enfoques, la finalidad última de la institución de la responsabilidad civil, esto es, la reparación del daño indebidamente producido a la víctima.

Por ello, y a nuestro juicio, consideramos que no podemos hacer depender la reparación del daño injustificadamente sufrido por la víctima a la «demostración» de extremos sobre algunos de los cuales ni siquiera se han puesto de acuerdo la doctrina y jurisprudencia. Y nos referimos especialmente a la carga de la prueba sobre si «realmente» y hasta qué punto actuó el administrador en sus funciones de representante de la sociedad o como mero gestor, o a la carga de la prueba sobre si fue la conducta del administrador la que produjo la insolvencia, y por tanto el impago de la deuda, o fue la insolvencia la que provocó esa conducta en el administrador (en un afán de descubrir «si fue antes el huevo o la gallina»), excluyéndose en cada supuesto la responsabilidad civil y, por tanto, dejándose desamparada a la víctima.

No podemos, como a veces los Jueces nos exigen, condicionar la reparación del daño a la probanza, «cuasi cibernética» y más propia del mundo de la física, de un nexo causal entre la conducta de los administradores y el perjuicio ocasionado. Y máxime en aquellos supuestos donde la actuación de los administradores, si no ha provocado «exactamente» la insolvencia de la sociedad, sí ha producido una situación de indefensión y menoscabo de la efectividad del cobro de los derechos de crédito de los terceros por no haberse observado las pautas legales que prescribe la Ley en tales supuestos.

No hay ninguna razón por la que la conducta de los administradores, amparándose en la estructura de la separación de patrimonios de las sociedades anónimas, quede fuera del radio de aplicación del Estado de Derecho. Y nos referimos especialmente a las conductas que a pesar de su más que dudosa diligencia profesional o empresarial han quedado impunes habiéndoseles declarado civilmente irresponsables, bajo pretexto de falta de prueba del nexo causal; a modo de ejemplo enunciativo citamos los supuestos de ocultación de sus personas, «fuga» del domicilio social, suscribir contratos conociendo y ocultando la situación real de la empresa, actitud de rebeldía en los procedimientos frente a la sociedad, etc.

Además, y precisamente por estar sumergidos en una economía de mercado donde el liberalismo económico consagrado en el art. 38 de nuestra Constitución preside o debe presidir nuestras relaciones, es por lo que debemos extremar y garantizar el cumplimiento de las pautas del comportamiento jurídico-económico a seguir. Con ello evitaríamos que la responsabilidad civil de los administradores se convirtiera en una responsabilidad ilusoria donde las desviaciones de conducta gozasen además de cobertura jurídica.

Invocamos, en determinados supuestos, la aplicación de los principios subyacentes en otros cuerpos legales (penal, civil, fiscal, admi-

nistrativo, ordenación urbana, etc...), donde se ha predicado una responsabilidad solidaria o subsidiaria en aras de resarcir a la víctima del daño indebidamente producido.

Y todo ello bajo el prisma y tomando en consideración los límites impuestos por la teoría subjetiva de la culpa sobre la que gira, aunque cada vez más objetivizada, nuestra institución de la responsabilidad civil.

BIBLIOGRAFIA

— GARRETA SUCH, J. M., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, Madrid, 1991.

— POLO, E., *Comentarios al Régimen General de las Sociedades mercantiles*, Tomos VI y XI, Madrid, 1992.

— NEILA NEILA, J. M., *La nueva Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1990, págs. 524-636.

— GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Madrid, 1976, págs. 474-492.

— GARRIGUES, J. y URÍA, R., Madrid, 1976, págs. 156-200.

— IRUJO EMBID, J.M., «Rendición de cuentas y responsabilidad de los Administradores

de la Sociedad Anónima», *LA LEY*, 1990-4, 654.

— ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho español*, Madrid, 1977, págs. 110-122.

— DIEZ-PICAZO, L., *La representación en derecho privado*, Madrid, 1979, págs. 70-81.

— ARTHUR ANDERSEN, *Reforma de la legislación mercantil*, Tomo II, págs. 182-198.

— LEGUINA VILLA, J., *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Madrid, 1983, págs. 200-230.

JURISPRUDENCIA

CIVIL

CONCURRENCIA, PREFERENCIA Y PRELACION DE CRÉDITOS / Pólizas de crédito.—Naturaleza de la obligación.—Requisitos para apreciar la preferencia.—Ineficacia al respecto de la anotación preventiva de embargo.

1.—La jurisprudencia analiza el valor, a los efectos de la preferencia, de una póliza de crédito desde la perspectiva de que en los contratos de crédito el banco se obliga a poner a disposición del cliente, en la forma y tiempo convenidos, las cantidades que éste le exija, asumiendo el acreditado, entre otras, la obligación de reintegrar el saldo resultante a favor de aquél al tiempo de la cancelación de la misma, muestra inequívoca de que: a) el cliente sólo puede quedar obligado cuando disponga de todo o parte del crédito, b) que su obligación no es pura y simple, sino que está condicionada, con condición suspensiva y potestativa, a la real y efectiva utilización del crédito obligado; c) que en el primer momento el único verdaderamente obligado es el banco, que se compromete a suministrar al acreditado las sumas pactadas, y d) para determinar el alcance de la obligación del cliente es forzoso conocer el saldo que resulta en su contra, practicando la liquidación prevista, único instante en que el crédito exigible tendrá una autenticidad indubitada (Cfr. TS S 3 Nov. 1971).

2.—Cuando la certeza de un crédito conste por escritura pública, aunque posteriormente haya de acudir a un proceso para lograr simplemente su efectividad, sin que la sentencia recaída en el mismo contradiga ni desvirtúe la expresada certeza quirográfica del crédito, habrá de atenderse a la fecha de la escritura y no a la de la sentencia para resolver el conflicto preferencial que pueda suscitarse entre el mismo y otro u otros de igual naturaleza documental pública (Cfr. TS S 28 May 1991).

3.—La jurisprudencia referente al art. 1924.3 A) CC ha mantenido la preferencia absoluta e incondicional para aquellas pólizas de crédito

que, atendiendo a los propios términos de su contenido o redacción, reflejan una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible, como por ejemplo cuando la cantidad figurada es entregada al tiempo de su suscripción, pero no ocurre lo mismo en aquellos casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precise de una posterior actividad complementaria que permita conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, cual es la oportuna liquidación y fijación del saldo, y en tales casos, la preferencia viene referida a la fecha de esa operación de determinación (Cfr. TS SS 9 Jul. 1990 y 20 Sep. 1991).

4.—La anotación preventiva de embargo no da derecho, al acreedor que la obtiene, de preferencia respecto de otras anteriores, ya que, como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, función propia de la sentencia, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni convierte en real o hipotecana la acción que anteriormente no tenía ese carácter, ni produce otros efectos que los que el acreedor que la obtenga sea preferido en cuanto a los bienes anotados, pues si hubiese que atenderse exclusivamente a la prioridad de acceso al Registro, en el caso de la anotación preventiva, carecería de sentido la aclaración final del art. 1923.4 CC, ya que del embargo como acto procesal y su subsiguiente proyección registral, la anotación nada prejuzga sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos, ni altera la naturaleza de las obligaciones (Cfr. TS SS 8 Abr. 1976 y 30 Oct. 1978).

13.829—TS 1.ª S 22 Mar. 1994.—Ponente: Sr. Almagro Nosete.

Normas aplicadas: arts. 1.ª, 2.ª, 1923 y 1924.3 a) CC

Madrid, 22 Mar. 1994.

Visto por la Sala 1.ª del TS el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la AP Tarragona, como consecuencia de autos, juicio

de menor cuantía, seguidos ante el JPI Tarragona núm. 1, sobre tercería de dominio, cuyo recurso fue interpuesto por la entidad Banco de S. S. A., en el que es recurrida la entidad Banco Z., S.A.

(...)

Ha sido Ponente el Magistrado Sr. Almagro Nosete.

Fundamentos de Derecho

Primero. La entidad bancaria recurrente considera, bajo el cauce procesal del antiguo ordinal 5.º art. 1692 LEC, que no se ha respetado en la tercería de mejor derecho a que el asunto causal se contrae la preferencia de su crédito sobre el del otro banco ejecutante al haberse infringido lo dispuesto en el art. 1924.3 b) CC, según el cual gozan de preferencia los créditos que constan en sentencia firme, si hubieran sido objeto de litigio, razón por la que habiendo alcanzado la categoría de litigiosos ambos créditos, como consecuencia de los juicios ejecutivos habidos, era preferente el del primero por ganar sentencia firme antes que el segundo. La argumentación esgrimida en defensa de este primer motivo no puede prosperar pues esta Sala tiene declarado (SS 1 Mar. 1978, 21 Sep. 1984 y 14 Jun. 1988) que cuando la certeza de un crédito conste por escritura pública, aunque posteriormente haya de acudir a un proceso para lograr simplemente su efectividad sin que la sentencia recaída en el mismo contradiga ni desvirtúe la expresada certeza quirográfica del crédito, habrá de atenderse a la fecha de la escritura y no a la de la sentencia para resolver el conflicto preferencial que pueda suscitarse entre el mismo y otro u otros de igual naturaleza documental pública (TS S 28 May. 1991). En el caso, en efecto, se discute acerca de la preferencia entre dos pólizas, una de préstamo, de fecha 24 Oct. 1981 y vencimiento el 24 Oct. 1982, y otra de crédito de fecha 21 Oct. 1981 de la que se certificó por fedatario público con fecha 25 Jun. 1982, el saldo deudor. Las circunstancias de haberse seguido sendos juicios ejecutivos en relación con los dichos créditos no altera, según lo dicho, la naturaleza escrituraria de los mismos, en atención a que las pólizas intervenidas por corredor oficial de comercio están equiparadas a las escrituras públicas a los presentes efectos (SS 3 Nov. 1989, 9 Jul. 1990 y 29 Oct. 1991).

Segundo. El segundo motivo casacional, con amparo en igual número que el anterior, denuncia la aplicación inadecuada del art. 1924.3 a) CC, pues no se tiene en cuenta el nacimiento de los respectivos créditos o préstamos, con grave olvido, según sostiene, que mientras el del Banco de S. S. A., surge con fecha 21 de octubre, el del Banco Z., S.A., surge el 24 del mismo mes y del propio año, ni 3 días después. Mas la entidad recurrente soslaya la diferencia clara de las operaciones mercantiles documentadas y, en relación con ellas, la determinación de la fecha de la deuda, según, además, criterios jurisprudenciales definidos. La póliza del Banco Z., S.A., refleja una simple operación de préstamo, referido a cantidad determinada que se confiesa recibida en el acto. La póliza del Banco de S. S. A., recoge una operación de crédito que otorga disponibilidad, a partir de una fecha y hasta un límite cuantitativo cuyo saldo es necesario fijar. En efecto, la S 3 Nov. 1971 anali-