



## TÍTULO

**RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR  
PÉRDIDAS**

## AUTOR

**Francisco Javier Bernabéu Escalera**

Tutor  
Curso

©  
©

**Esta edición electrónica ha sido realizada en 2012**

Salvador González Martín

Experto Universitario en Derecho Societario (III)

Francisco Javier Bernabéu Escalera

Para esta edición, la Universidad Internacional de Andalucía



## Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

### Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

### Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciadore (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
  - **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
  - **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
- 
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
  - *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
  - *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

**PROYECTO FINAL**

**III CURSO EXPERTO UNIVERSITARIO EN DERECHO SOCIETARIO**

**RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES  
POR PÉRDIDAS**

**Málaga, 21 de diciembre de 2011**

## **PROYECTO FINAL**

### **III EXPERTO UNIVERSITARIO EN DERECHO SOCIETARIO**

#### **“RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR PÉRDIDAS”**

**AUTOR:** Francisco Javier Bernabéu Aguilera.

**OBJETO:** Análisis de la responsabilidad social de los administradores por incumplimiento de sus deberes de diligencia por no promover la constatación de la existencia de causa legal de disolución por pérdidas.

#### **RESUMEN**

El incumplimiento del deber de instar la disolución cuando se incurran en las causas para ello según la normativa mercantil vigente, y en concreto, cuando las pérdidas dejen reducido el patrimonio neto por debajo del capital social (artículo 363.1.d LSC), es sancionado por la jurisprudencia con la responsabilidad solidaria de los administradores que, debiendo convocar la celebración de la Junta General que acuerde la disolución o habiendo sido el acuerdo contrario a la misma, no lo haga o no inste la disolución judicial de la sociedad desde el momento en que se tiene conocimiento o debió conocerse la situación de disolución.

Se trata de una responsabilidad ex lege y cuasi-objetiva que no exige de otro incumplimiento que la inactividad en la convocatoria de la Junta general.

En los siguientes apartados se realiza un breve estudio sobre las obligaciones de los administradores, asociadas a su deber de diligencia e información, y la relación existente entre el incumplimiento de dichas obligaciones y la responsabilidad solidaria de éstos por las deudas generadas con posterioridad a la situación de disolución.

Finalmente, se incorpora una propuesta de análisis preliminar y periódico de la situación de la sociedad que el administrador debe realizar y un planteamiento práctico de la intervención del perito contable en la acreditación de la situación de desequilibrio patrimonial.

**ABREVIATURAS**

AP	Audiencia Provincial
BOICAC	Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCAA	Cuentas Anuales
CCom	Código de Comercio
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
DGRyN	Dirección General del Registro y el Notariado
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
RRM	Reglamento Registro Mercantil
RM	Registro Mercantil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLSA	Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
TRLSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TS	Tribunal Supremo
PGC	Plan General de Contabilidad
art	artículo
ss	siguientes

**INDICE**

	<b>Pág.</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>5</b>
<b>II. OBLIGACIONES MERCANTILES Y CONTABLES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES</b>	<b>6</b>
II.1. Consideraciones generales	6
II.2. Obligaciones derivadas del Código de Comercio y Reglamento del Registro Mercantil	11
II.3. El Plan General de Contabilidad y resto de normativa contable	15
II.4. Conclusiones sobre el deber de diligencia del administrador	23
<b>III. PATRIMONIO CONTABLE Y DISOLUCIÓN: CONCEPTO</b>	<b>25</b>
III.1. Consideraciones generales sobre patrimonio y disolución	25
III.2. Concepto contable de fondos propios y patrimonio neto	25
III.3. Elementos del concepto "patrimonio contable" a los efectos de la causa de disolución por pérdidas	29
III.4. Evaluación de la situación de disolución	32
III.5. Remoción de la causa de disolución por pérdidas	34
<b>IV. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR PÉRDIDAS</b>	<b>38</b>
IV.1. Consideraciones generales sobre la responsabilidad por pérdidas	38
IV.2. Convocatoria de junta: inicio del cómputo temporal	39
IV.3. Obligación de los administradores ante la situación de pérdidas cualificadas y responsabilidad como órgano pluripersonal	44
IV.4. La naturaleza de la responsabilidad de los administradores por no promover la constatación de la existencia de causa legal de disolución por pérdidas	45
IV.5. Presupuestos para la aplicación de la responsabilidad de los administradores por pérdidas	51
IV.6. Alcance de la responsabilidad del administrador que no ha promovido la disolución	53
<b>V. PROPUESTA DE PROCEDIMIENTOS PARA DETECTAR LA CAUSA DE DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS</b>	<b>54</b>
<b>VI. JURISPRUDENCIA SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR PÉRDIDAS</b>	<b>60</b>
<b>VII. LA PRUEBA. INTERVENCIÓN DEL PERITO ECONÓMICO</b>	<b>65</b>
VII.1. La carga de la prueba	65
VII.2. La prueba pericial contable	67
VII.3. Consideraciones finales sobre la prueba pericial contable	74
<b>VIII. CONCLUSIONES</b>	<b>75</b>
<b>IX. BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>78</b>

# LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR PÉRDIDAS.

## I. INTRODUCCION.

El artículo 209 del Real Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC o TRLSC, establece que “*es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley.*”, conteniendo el artículo 210 TRLSC las distintas modalidades en que los administradores de la sociedad pueden organizarse:

1. *La administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración.*

Cualquiera que sea el modo de organizar la administración de la sociedad, y con las particularidades que para la sociedad anónima y limitada se recogen en la TRLSC, el nombramiento o modificación de los administradores debe elevarse a público e inscribirse en el Registro Mercantil correspondiente, haciendo constar la identidad de los nombrados y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente.

De la misma manera el Código de Comercio (CCom) recoge en su artículo 22 que en la hoja abierta a las sociedades mercantiles y demás entidades a que se refiere el artículo 16 CCom se inscribirá el “*acto constitutivo y sus modificaciones, [...], el nombramiento y cese de administradores, liquidadores y auditores, los poderes generales, [...], y cualesquiera otras circunstancias que determinen las leyes o el Reglamento.*”

Por otra parte, no podemos olvidar que la figura del administrador, en cualquiera de los modos de organizar la administración, puede encomendarse a una persona física o jurídica, debiendo esta última de comunicar fehacientemente la persona física que la representará.

Las obligaciones impuestas a los administradores por la distinta normativa mercantil, contable y fiscal, y su relación con el creciente número de insolvencias y de procedimientos judiciales de reclamación de responsabilidad a los administradores, aconsejan un análisis de la relación existente entre el incumplimiento de las obligaciones y la responsabilidad de los administradores.

El presente trabajo pretende ser una reflexión sobre la relación existente entre las obligaciones impuestas al administrador, en el ámbito del deber de diligencia, y la responsabilidad que se le puede derivar por no instar la disolución de la sociedad cuando así debiera hacerlo.

## **II. OBLIGACIONES MERCANTILES Y CONTABLES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES.**

### **II.1. Consideraciones generales.**

El derecho mercantil y el derecho contable fijan el necesario deber de diligencia del administrador que debe manifestarse, entre otras, en la llevanza de una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa, que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios y el cumplimiento de los deberes inherentes al desempeño de su cargo. (Artículo 25 CCom).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2004 establece que nos encontramos ante un deber de los administradores que éstos están obligados satisfacer frente a la sociedad y que no viene a exigir de los administradores el cumplimiento de una determinada conducta sino que el cargo que ocupan sea desempeñado conforme al modelo de conducta que lo define.

Es decir, a los administradores se les exige que actúen diligentemente en el desempeño de su cargo, pero no que se obtenga un determinado resultado. De ahí que el artículo 236 TRLSO establezca que los administradores responderán por el daño causado por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño de su cargo. Se trata pues de una diligencia de medios y no una diligencia de resultados.



Actualmente, existe un amplio cuerpo normativo que regula las obligaciones de carácter mercantil a que se encuentran sujetos los administradores, entre las que podemos destacar las siguientes normas:

- Código de Comercio de 1885
- Reglamento del Registro Mercantil
- Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, actualmente recogidas en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de Sociedades de Capital.
- Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores.
- Plan General de Contabilidad aprobado por el R.D. 1643/1990, vigente hasta 31 de diciembre de 2007, y desde 1 de enero de 2008, Real Decreto 1514/2007, por el que se aprueba el Plan General de contabilidad y Real Decreto 1515/2007, por el que se aprueba el Plan General de contabilidad para PYMES.
- Desarrollo normativo del PGC para adaptarlo a los distintos sectores de la economía (entidades sin ánimo de lucro, sociedades cooperativas, concesionarias de autopistas, eléctricas, promotoras inmobiliarias, constructoras, etc.).
- Respuestas a las consultas planteadas al ICAC, como órgano interpretativo de la normativa contable.
- Normas contables emitidas por el Banco de España para entidades de crédito, y por la Comisión Nacional del Mercado de Valores para sociedades rectoras, sociedades de bolsa, etc.

En un sentido amplio, los artículos 225 y ss TRLSC recogen los deberes y obligaciones que deben cumplir los administradores y que, no constituyendo una lista cerrada, deben considerarse a los efectos de la aplicación de la diligencia exigida a los mismos.

Así, el artículo 225 TRLSC hace referencia al deber de diligencia del administrador, exigiendo su comportamiento como un ordenado empresario y la obligación de mantenerse informado sobre la marcha del negocio.<sup>1</sup>

El artículo 226 TRLSC exige a los administradores lealtad en su cargo y la defensa de los intereses de la sociedad y no los propios, debiendo cumplir las obligaciones contenidas en la Ley y los estatutos.

Los artículos 227 y 228 TRLSC hacen referencia a la prohibición de que el administrador use los medios de la sociedad para su propio interés o aprovechar las oportunidades de negocio de la sociedad en beneficio propio.

El artículo 299 TRLSC es un deber de información hacia la sociedad, debiendo comunicar el administrador las situaciones de conflicto que pudieran surgir por la participación en negocios o pertenencia a otras sociedades que se desenvuelvan en el tráfico empresarial en el mismo o análogo mercado.

En la misma dirección, el artículo 230 TRLSC exige al administrador obtener autorización expresa de la sociedad para ejercer por cuenta propia o ajena, el mismo género de actividad que entre en competencia con el que desempeña la misma.

Finalmente, se regula el deber de secreto una vez que el administrador cesa en su cargo (art. 232 TRLSC), salvo que las leyes lo autoricen u obliguen a lo contrario.

Los deberes anteriores se trasladan desde los administradores a las personas vinculadas a los mismos, conforme a la redacción dada por el artículo 231 TRLSC.

El artículo 236 TRLSC, al igual que la STS de 23 de febrero de 2004, fija la responsabilidad de los administradores en tanto el incumplimiento del deber de diligencia en su actuación y no en sus resultados.

A lo largo del articulado de la LSC se recogen aquellos deberes de contenido específico que se englobarían dentro del marco de la diligencia general con la que deben desempeñar su cargo los mismos. Estos deberes son los siguientes:

---

<sup>1</sup> Referencia ya contenida en el Código de Comercio.

- a) Deber de presentar a inscripción en el Registro Mercantil la escritura de constitución en el plazo de dos meses desde su otorgamiento (art. 35 TRLSC)
- b) Deber de controlar que, en el momento de llevarse a cabo por la sociedad una adquisición de acciones propias, se respeten las condiciones y requisitos legales (art. 146 TRLSC).
- c) Deber de asistencia a las Juntas Generales (art. 180 TRLSC), así como a las reuniones del Consejo de Administración y de las Comisiones a las que pertenezca (art. 247 TRLSC)
- d) Deber de convocar la Junta General cuando lo soliciten uno o varios socios que representen al menos el cinco por ciento del capital (art. 168 TRLSC).
- e) Deber de continuar en el cargo y al frente de la gestión aun cuando haya transcurrido el plazo para el que se fue nombrado o se haya presentado la dimisión, cuando la vacante generada por el administrado pueda traducirse en la inoperancia del órgano de administración<sup>2</sup>.
- f) Deber de firmar las Cuentas Anuales y el Informe de Gestión (y, en su caso, las Cuentas y el Informe de Gestión consolidados), que deberán ser formulados por el órgano de administración dentro de los tres primeros meses del año (art. 253.2 TRLSC).
- g) Deber de dar nueva redacción a los estatutos sociales cuando se ejecute un aumento de capital, a fin de recoger en los mismos la nueva cifra de capital social (art. 313 TRLSC).
- h) Cuando concurra causa de disolución, deber de convocar la Junta general para que adopte el acuerdo de disolución (art. 365 TRLSC) o de solicitar la disolución

---

<sup>2</sup> Resolución de la Dirección General del Registro y el Notariado de 22 de junio de 1994.

judicial cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado (art. 366 TRLSC).

- i) Deber de notificar a los restantes socios la transmisión, la constitución de derechos reales o el embargo de participaciones sociales que haya llevado a cabo el socio, tan pronto como tengan conocimiento de que se hayan producido (art. 445 TRLSC), señalándose expresamente en el propio precepto legal que los administradores serán responsables de los perjuicios que el incumplimiento de esta obligación pueda ocasionar.
- j) Deber de realizar cualquier cometido específico que le encomiende el Consejo de administración, su Presidente o el Consejero Delegado, en caso de existir, y que se halle razonablemente comprendido en su compromiso de dedicación.
- k) Deber de comunicar al consejo de administración, y en su caso, al resto de administradores, o en caso de administrador único a la junta general, cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. Asimismo, comunicarán la participación directa o indirecta que, tanto ellos como las personas vinculadas a que se refiere el artículo 231 TRLSC, tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, y comunicarán igualmente los cargos o las funciones que en ella ejerzan.

El incumplimiento de los deberes y obligaciones recogidos en el TRLSC descritos en los párrafos anteriores pueden perjudicar directa o indirectamente a la sociedad, e igualmente a los terceros que contratan con la misma.

En los apartados siguientes se realiza una breve descripción de las obligaciones que impone la normativa mercantil vigente a un ordenado empresario, y que, en el marco de la responsabilidad por pérdidas, pudiera tener incidencia en la evaluación y valoración de la misma.

En concreto y dada el amplio espectro de incumplimientos que pudieran tener efecto patrimonial en la sociedad, se incidirá especialmente en el análisis de la responsabilidad de los administradores por no promover la disolución en la sociedad y la relación

existente entre las obligaciones de carácter mercantil y contable y dicha responsabilidad, centrandó el análisis en la normativa general sin entrar a analizar las particularidades asociadas a entidades cotizadas, sociedades de seguros y resto de entidades con una regulación específica .

En este sentido, se trata de un análisis de la responsabilidad desde la perspectiva de la acción social de responsabilidad y no la individual, ya que esta última exige, en cada caso, evaluar el daño sobre el patrimonio particular de socios o de terceros afectados.

## **II.2. Obligaciones derivadas del Código de Comercio (CCom) y Reglamento del Registro Mercantil (RRM)**

### II.2.1. Las obligaciones derivadas del CCom y RRM

El CCom establece determinadas obligaciones formales a cargo de los administradores en tanto empresarios o representantes legales de la sociedad. Estas obligaciones y su cumplimiento suponen una actuación diligente del administrador de la Sociedad. En el mismo sentido, el RRM recoge la obligatoria presentación a inscripción en éste, de los libros oficiales a que se refiere el CCom.

Si bien, el incumplimiento de las obligaciones formales recogidas en el CCom no implican en sí mismas la existencia de responsabilidad del administrador, puesto que es indispensable la existencia de daño patrimonial, no es menos cierto que la falta de diligencia de los administradores, el incumplimiento de las obligaciones impuestas por el CCom en materia registral, tienen trascendencia desde la perspectiva de:

- a) Valor probatorio de los libros de los empresarios (deben estar legalizados), y,
- b) Diligente actuación del empresario exigida e impuesta por el Código de Comercio que puede tener repercusión directa sobre terceros (falta de presentación de cuentas anuales, registro e inscripción de determinados actos, etc.)

En este sentido, el incumplimiento de las obligaciones contenidas en estas normas son elementos esenciales en la consideración y calificación de la responsabilidad de los administradores en sede judicial, como veremos más adelante.

A continuación se estudiarán las obligaciones de carácter formal que el CCom impone a los empresarios en materia de legalización de libros y formulación de cuentas anuales.

### II.2.2. Contenido del CCom y Reglamento del Registro Mercantil en relación con las obligaciones contables del empresario.

El artículo 25 del CCom establece que todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa, que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario.

Adicionalmente, se fija la obligatoriedad de llevanza y legalización de determinados libros de registro que han de ser presentados obligatoriamente en el Registro Mercantil antes de su utilización para su diligencia de apertura (art. 27 CCom). Entre los libros obligatorios se encuentran:

- a. *Libro registro de acciones nominativas en las sociedades anónimas y en comandita por acciones y al libro de registro de socios en las sociedades de responsabilidad limitada. (art. 27 CCom)*
- b. *Libro de Inventario y Cuentas Anuales. (art. 28 CCom).*

El artículo 329 del Reglamento del Registro Mercantil establece que *“los libros que obligatoriamente deben llevar los empresarios con arreglo a disposiciones legales vigentes se legalizarán en el Registro Mercantil de su domicilio. Asimismo, podrán ser legalizados por el Registro Mercantil los libros de detalle del Libro Diario y cualesquiera otros que se lleven por los empresarios en el ámbito de su actividad.”*

El artículo 29 CCom establece que: *“Todos los libros y documentos contables deben ser llevados, cualquiera que sea el procedimiento utilizado, con claridad, por orden de fechas, sin espacios en blanco, interpolaciones, tachaduras ni raspaduras. Deberán salvarse a continuación, inmediatamente que se adviertan, los errores u omisiones padecidos en las*

*anotaciones contables. No podrán utilizarse abreviaturas o símbolos cuyo significado no sea preciso con arreglo a la ley, el reglamento o la práctica mercantil de general aplicación. Las anotaciones contables deberán ser hechas expresando los valores en pesetas”.*

En el artículo 30 CCom se indica que los empresarios conservarán los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros, salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales.

Hace referencia el CCom a que el cese del empresario en el ejercicio de sus actividades no le exime de los deberes impuestos y si hubiese fallecido recaerá sobre sus herederos. En caso de disolución de sociedades, serán sus liquidadores los obligados a cumplir lo prevenido en dicho párrafo.

El artículo 34 del CCom fija la obligatoriedad de formulación de las cuentas anuales al cierre del ejercicio, indicando que éstas deberán redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica.

En el mismo sentido se manifiesta el artículo 365 del Reglamento del Registro Mercantil que recoge expresamente que los administradores de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, comanditarias por acciones y de garantía recíproca, fondos de pensiones y, en general, cualesquiera otros empresarios que en virtud de disposiciones vigentes vengán obligados a dar publicidad a sus cuentas anuales, presentarán éstas para su depósito en el Registro Mercantil de su domicilio, dentro del mes siguiente a su aprobación.

Continúa el artículo 35 CCom y siguientes describiendo determinados aspectos de naturaleza contable (activo, pasivo, patrimonio neto, gastos e ingresos), cuyo desarrollo se realiza con mayor claridad en la normativa contable específica.

Resulta interesante destacar el contenido del artículo 37 CCom, en el que claramente se indica que las cuentas anuales *“deberán ser firmadas por las siguientes personas, que responderán de su veracidad:*

1. *Por el propio empresario, si se trata de persona física.*
2. *Por todos los socios ilimitadamente responsables por las deudas sociales.*
3. *Por todos los administradores de las sociedades.*

*En los supuestos a que se refieren los números 2 y 3 del apartado anterior, si faltara la firma de alguna de las personas en ellos indicadas, se señalará en los documentos en que falte, con expresa mención de la causa. En la antefirma se expresará la fecha en que las cuentas se hubieran formulado.*

Este último artículo se debe analizar desde la perspectiva del deber de diligencia del 225 TRLSC y el deber de estar informado del administrador contenido en el mismo. La firma de las CCAA presupone conocimiento de la situación de la empresa y la marcha de sus negocios, pero la ausencia de su firma, aún estando justificada, no le exime de responsabilidad al administrador ausente.

Si bien se trata de un aspecto regulado expresamente por el Plan General de Contabilidad, sus adaptaciones sectoriales y resto de legislación en materia contable, el artículo 38 CCom establece que el registro y la valoración de los elementos integrantes de las distintas partidas que figuran en las cuentas anuales deberá realizarse conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados.

Contiene el CCom otras obligaciones a que se encuentra sujeta la empresa, como es el caso del sometimiento a auditoría de las cuentas anuales de la empresa cuando así lo establezcan las normas legales y cuando así *“lo acuerde el Juzgado competente, incluso en vía de jurisdicción voluntaria, si acoge la petición fundada de quien acredite un interés legítimo.”*

Las conductas infractoras asociadas al incumplimiento de las obligaciones de registro y llevanza de la contabilidad se contienen en el artículo 24.2 del CCom, donde se sanciona la falta de inscripción de las sociedades en el Registro Mercantil; y en los artículos 221 del TRLSA y 84 SRL, (actuales 282 y 283 TRLSC) en relación con la presentación fuera de plazo de las cuentas anuales en el Registro Mercantil.



Son estos últimos los únicos artículos en los que se recogen infracciones relacionadas directamente con la contabilidad y exclusivamente por la falta de presentación de las cuentas anuales ante el RM, pero no se hace referencia a su contenido, por lo que, en principio, no sería sancionable mediante la aplicación de estos artículos, la presentación de cuentas anuales incorrectas<sup>3</sup>

### **II.3. El Plan General de Contabilidad y resto de normativa contable.**

#### II.3.1. Marco normativo.

El Código de Comercio fija la obligatoriedad de los administradores de la sociedad de formular las cuentas al cierre del ejercicio, con claridad y mostrando la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales.

Estas disposiciones legales a que se refiere el CCom se concretan en los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados que se encuentran contenidos en:

- a) El Código de Comercio y la restante legislación mercantil.
- b) El Plan General de Contabilidad y sus adaptaciones sectoriales.
- c) Las normas de desarrollo que, en materia contable, establezca en su caso el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, y
- d) la demás legislación española que sea específicamente aplicable.

En este sentido, el Plan General de Contabilidad y sus adaptaciones sectoriales recogen los principios y normas contables que deben regir la elaboración y formulación de las cuentas anuales, así como el contenido mínimo de las mismas y su forma de presentación.

La normativa emanada del ICAC a través de respuestas a consultas, ayuda a la interpretación de los principios contables y criterios valorativos, así como la

---

<sup>3</sup> Debe entenderse por incorrectas, la formulación de cuentas anuales con errores, omisión de información, etc. que afecten significativamente a la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad, de manera que los terceros interesados puedan formarse una opinión equivocada respecto a la sociedad.

interpretación de la información contenida de manera obligatoria en las cuentas anuales de acuerdo con las normas anteriores.

### II.3.2. Contenido del Plan General de Contabilidad

Las cuentas anuales de una empresa comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria. Estos documentos forman una unidad. No obstante, el estado de flujos de efectivo no será obligatorio para las empresas que puedan formular balance, estado de cambios en el patrimonio neto y memoria abreviados.

Las cuentas anuales deben redactarse con claridad, de forma que la información suministrada sea comprensible y útil para los usuarios al tomar sus decisiones económicas, debiendo mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales.

La información incluida en las cuentas anuales debe ser relevante y fiable. La información es relevante cuando es útil para la toma de decisiones económicas, es decir, cuando ayuda a evaluar sucesos pasados, presentes o futuros, o bien a confirmar o corregir evaluaciones realizadas anteriormente. En particular, para cumplir con este requisito, las cuentas anuales deben mostrar adecuadamente los riesgos a los que se enfrenta la empresa.

La información es fiable cuando está libre de errores materiales y es neutral, es decir, está libre de sesgos, y los usuarios pueden confiar en que es la imagen fiel de lo que pretende representar.

Una cualidad derivada de la fiabilidad es la integridad, que se alcanza cuando la información financiera contiene, de forma completa, todos los datos que pueden influir en la toma de decisiones, sin ninguna omisión de información significativa.

Adicionalmente, la información financiera debe cumplir con las cualidades de comparabilidad y claridad. La comparabilidad, que debe extenderse tanto a las cuentas anuales de una empresa en el tiempo como a las de diferentes empresas en el mismo momento y para el mismo periodo de tiempo, debe permitir contrastar la situación y rentabilidad de las empresas, e implica un tratamiento similar para las transacciones y demás sucesos económicos que se producen en circunstancias parecidas.

Por su parte, la claridad implica que, sobre la base de un razonable conocimiento de las actividades económicas, la contabilidad y las finanzas empresariales, los usuarios de las cuentas anuales, mediante un examen diligente de la información suministrada, puedan formarse juicios que les faciliten la toma de decisiones.

Las cualidades descritas en estos párrafos van orientadas claramente a que las empresas faciliten una información que sea válida desde la perspectiva del tercero interesado, de manera que éste, a partir de las cuentas anuales, pueda elaborarse el análisis sobre la situación patrimonial y económico-financiera de la sociedad, a fin de tomar decisiones sobre: inversiones, realizar operaciones comerciales, contratación, etc.

Los requisitos descritos deben cumplirse en las cuentas anuales formuladas por la Sociedad, adquiriendo mucha más relevancia con la entrada en vigor, con fecha 1 de enero de 2008, del Real Decreto 1514/2007, de 16 de diciembre y el RD 1515/2010, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad para Pequeñas y Medianas Empresas y Microempresas que, considerando en tamaño de la Sociedad, resultaría de aplicación en la elaboración de su contabilidad y sus cuentas anuales.

A continuación se describen los principios contables contenidos en las CCAA que, siendo obligatorio su cumplimiento en la formulación de las mismas, pudieran tener un efecto significativo sobre el contenido de las mismas y la información que, finalmente, llega a terceros interesados:

### *“3.º Principios contables*

*La contabilidad de la empresa y, en especial, el registro y la valoración de los elementos de las cuentas anuales, se desarrollarán aplicando obligatoriamente los principios contables que se indican a continuación:*

*1. Empresa en funcionamiento.– Se considerará, salvo prueba en contrario, que la gestión de la empresa continuará en un futuro previsible, por lo que la aplicación de los principios y criterios contables no tiene el propósito de determinar el valor del patrimonio neto a efectos de su transmisión global o parcial, ni el importe resultante en caso de liquidación.*

*En aquellos casos en que no resulte de aplicación este principio, en los términos que se determinen en las normas de desarrollo del Plan General de Contabilidad, la empresa aplicará las normas de valoración que resulten más adecuadas para reflejar la imagen fiel de las operaciones tendentes a realizar el activo, cancelar las deudas y, en su caso, repartir el patrimonio neto resultante, debiendo suministrar en la memoria de las cuentas anuales toda la información significativa sobre los criterios aplicados.*

*2. Devengo.- Los efectos de las transacciones o hechos económicos se registrarán cuando ocurran, imputándose al ejercicio al que las cuentas anuales se refieran, los gastos y los ingresos que afecten al mismo, con independencia de la fecha de su pago o de su cobro.*

*3. Uniformidad. – Adoptado un criterio dentro de las alternativas que, en su caso, se permitan, deberá mantenerse en el tiempo y aplicarse de manera uniforme para transacciones, otros eventos y condiciones que sean similares, en tanto no se alteren los supuestos que motivaron su elección. De alterarse estos supuestos podrá modificarse el criterio adoptado en su día; en tal caso, estas circunstancias se harán constar en la memoria, indicando la incidencia cuantitativa y cualitativa de la variación sobre las cuentas anuales.*

*4. Prudencia. – Se deberá ser prudente en las estimaciones y valoraciones a realizar en condiciones de incertidumbre.*

*La prudencia no justifica que la valoración de los elementos patrimoniales no responda a la imagen fiel que deben reflejar las cuentas anuales.*

*Asimismo, sin perjuicio de lo dispuesto en la segunda parte de este Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas en relación con la aplicación del valor razonable, únicamente se contabilizarán los beneficios obtenidos hasta la fecha de cierre del ejercicio. Por el contrario, se deberán tener en cuenta todos los riesgos, con origen en el ejercicio o en otro anterior, tan pronto sean conocidos, incluso si sólo se conocieran entre la fecha de cierre de las cuentas anuales y la fecha en que éstas se formulen. En tales casos se dará cumplida información en la memoria, sin perjuicio de su reflejo, cuando se haya generado un pasivo y un gasto, en otros documentos integrantes de las cuentas anuales.*

*Excepcionalmente, si los riesgos se conocieran entre la formulación y antes de la aprobación de las cuentas anuales y afectaran de forma muy significativa a la imagen fiel, las cuentas anuales deberán ser reformuladas.*

*Deberán tenerse en cuenta las amortizaciones y correcciones de valor por deterioro de los activos, tanto si el ejercicio se salda con beneficio como con pérdida.*

*5. No compensación. – Salvo que una norma disponga de forma expresa lo contrario, no podrán compensarse las partidas del activo y del pasivo o las de gastos e ingresos, y se valorarán separadamente los elementos integrantes de las cuentas anuales.*

*6. Importancia relativa.– Se admitirá la no aplicación estricta de algunos de los principios y criterios contables cuando la importancia relativa en términos cuantitativos o cualitativos de la variación que tal hecho produzca sea escasamente significativa y, en consecuencia, no altere la expresión de la imagen fiel. Las partidas o importes cuya importancia relativa sea escasamente significativa podrán aparecer agrupados con otros de similar naturaleza o función.*

*En los casos de conflicto entre principios contables, deberá prevalecer el que mejor conduzca a que las cuentas anuales expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.”*

De acuerdo con el Real Decreto 1515/2007, las pequeñas y medianas empresas deberán formular el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto y la memoria, que son los documentos que forman parte de sus cuentas anuales, correspondiendo a las empresas que puedan formular balance normal, presentar adicionalmente el estado de flujos de efectivo según prevé el RD 1514/2007.

La imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados, como corolario de la aplicación sistemática y regular de las normas contables, sigue siendo el objetivo de las cuentas anuales en el PGC 2007 al igual que en PGC1990, por lo que en el Marco Conceptual de la contabilidad se precisa que la contabilización de las operaciones debe responder y mostrar la sustancia económica y no sólo la forma jurídica utilizada para instrumentarlas.

II.3.3. Análisis de las obligaciones de información impuestas por la normativa contable que pudieran tener incidencia en la responsabilidad de los administradores. Aspectos prácticos.

El análisis de la responsabilidad de los administradores pasa necesariamente por comprobar el adecuado deber de diligencia en su actuación y, dentro de este último, se encuentra necesariamente el deber de informarse, que no debe ser entendido como el obtener todo el conocimiento disponible sobre la marcha de la entidad, sino el conocimiento suficiente y razonable para formarse una opinión sobre la marcha de la misma.

En este sentido, los administradores han de ser conscientes de la importancia que las cuentas anuales en general, y la memoria de las cuentas anuales en particular, tiene en relación con ese deber de información. Corresponde a los empresarios la firma de las CCAA y si faltase alguna de ellas, debe exponerse las razones de la ausencia, sin que la falta de firma exonere de ningún modo al administrador que nos las firmó.

La normativa contable en general, establece que la Memoria de las CCAA debe aportar determinada información sobre la marcha de la empresa que permita a terceros formarse una opinión sobre el patrimonio de la entidad, sobre la situación financiera y sobre la marcha de sus negocios.

A continuación se detalla la información más significativa que debe incluirse en las cuentas anuales, cuya omisión, interesada o no, puede tener trascendencia en la responsabilidad de los administradores, en tanto puede afectar a la interpretación o conocimiento, que de la situación patrimonial y de solvencia de la sociedad, adquieran los terceros de buena fe a partir de las mismas, de manera que, de haberse formulado conforme a principios contables generalmente aceptados e incluir toda la información obligatoria, pudiera haber modificado la decisión de éstos..

Información a incorporar en la memoria según el PGC

El modelo de memoria contenido en el PGC2007 recoge la referencia a la información mínima que debe contener la memoria de una entidad que formula cuentas en formato normal o abreviado. La adecuada cumplimentación de la información exigida por la norma contable permite al destinatario obtener información sobre la situación patrimonial de la entidad y sobre su solvencia.

En primer lugar, el apartado referido a las “Bases de presentación” establece el obligado cumplimiento por parte de la empresa de que las cuentas anuales reflejen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, así como de la veracidad de los flujos incorporados en el estado de flujos de efectivo, debiendo hacer una declaración explícita de este extremo. Es decir, los administradores han de comprometerse en las cuentas anuales, que ha de ser firmadas por todos ellos, a que las mismas reflejen la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera.

Para ello, deben cumplir con todas las obligaciones de información que se establecen en el PGC2007 y que informan sobre la situación patrimonial de la entidad y su solvencia. Esta información es la siguiente:

1. Información sobre la existencia de incertidumbre en la aplicación del principio de empresa en funcionamiento. La existencia de factores causantes de la duda sobre continuidad, tales como situación de disolución o fondo de maniobra negativo, deben ser objeto de información en la memoria de las cuentas anuales. Así, el modelo normal de memoria incluye la siguiente referencia:

*3. Aspectos críticos de la valoración y estimación de la incertidumbre.*

*a) Sin perjuicio de lo indicado en cada nota específica, en este apartado se informará sobre los supuestos clave acerca del futuro, así como de otros datos relevantes sobre la estimación de la incertidumbre en la fecha de cierre del ejercicio, siempre que lleven asociado un riesgo importante que pueda suponer cambios significativos en el valor de los activos o pasivos en el ejercicio siguiente.*

*Respecto de tales activos y pasivos, se incluirá información sobre su naturaleza y su valor contable en la fecha de cierre.*

*b) Se indicará la naturaleza y el importe de cualquier cambio en una estimación contable que sea significativo y que afecte al ejercicio actual o que se espera que pueda afectar a los ejercicios futuros. Cuando sea impracticable realizar una estimación del efecto en ejercicios futuros, se revelará este hecho.*

*c) Cuando la dirección sea consciente de la existencia de incertidumbres importantes, relativas a eventos o condiciones que puedan aportar dudas significativas sobre la posibilidad de que la empresa siga funcionando normalmente, procederá a revelarlas en este apartado. En el caso de que las cuentas anuales no se elaboren bajo el principio de empresa en funcionamiento, tal hecho será objeto de revelación explícita, junto con las hipótesis alternativas sobre las que hayan sido elaboradas, así como las razones por las que la empresa no pueda ser considerada como una empresa en funcionamiento.*

2. Incumplimiento de obligaciones de pago de préstamos, que informarán sobre la existencia de problemas sobre la aplicación del principio de empresa en funcionamiento o “going concern”:

*9.2. Información sobre la relevancia de los instrumentos financieros en la situación financiera y los resultados de la empresa.*

*h) Impago e incumplimiento de condiciones contractuales*

*En relación con los préstamos pendientes de pago al cierre del ejercicio, se informará de:*

*— Los detalles de cualquier impago del principal o intereses que se haya producido durante el ejercicio.*

*— El valor en libros en la fecha de cierre del ejercicio de aquellos préstamos en los que se hubiese producido un incumplimiento por impago, y*

*— Si el impago ha sido subsanado o se han renegociado las condiciones del préstamo, antes de la fecha de formulación de las cuentas anuales.*

*Si durante el ejercicio se hubiese producido un incumplimiento contractual distinto del impago y siempre que este hecho otorgase al prestamista el derecho a reclamar el pago*



*anticipado, se suministrará una información similar a la descrita, excepto si el incumplimiento se hubiese subsanado o las condiciones se hubiesen renegociado antes de la fecha de cierre del ejercicio.*

3. Información sobre la existencia de contingencias significativas que pudieran afectar a la marcha del negocio:

*2. A menos que sea remota la salida de recursos, para cada tipo de contingencia, se indicará:*

- a) Una breve descripción de su naturaleza.*
- b) Evolución previsible, así como los factores de los que depende.*
- c) Una estimación cuantificada de los posibles efectos en los estados financieros y, en caso de no poder realizarse, información sobre dicha imposibilidad e incertidumbres que la motivan, señalándose los riesgos máximos y mínimos.*
- d) La existencia de cualquier derecho de reembolso.*
- e) En el caso excepcional en que una provisión no se haya podido registrar en el balance debido a que no puede ser valorada de forma fiable, adicionalmente, se explicarán los motivos por los que no se puede hacer dicha valoración.*

4. Información exigida de acuerdo con la *Resolución de 29 de diciembre de 2010, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre la información a incorporar en la memoria de las cuentas anuales en relación con los aplazamientos de pago a proveedores en operaciones comerciales*, que establece la obligatoriedad de incluir información sobre los pagos que superen el período de pago mínimo contenido en el Deber de información de la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

#### **II.4. Conclusiones sobre el deber de diligencia del administrador.**

En los apartados anteriores hemos analizado la distinta normativa que relaciona el deber de diligencia del administrador de la sociedad con las cuentas anuales y aquellos aspectos formales relacionados con la contabilidad.

Como resumen y conclusión de los aspectos analizados, podríamos incluir los siguientes aspectos asociados al deber de diligencia del administrador:

1. Deber de llevanza de una contabilidad ordenada.
2. Deber de formulación de las cuentas anuales conforme a los criterios contables vigentes aplicables a la sociedad.
3. Obligación de convocatoria de la Junta General Ordinaria destinada a la presentación de las cuentas anuales para su aprobación.
4. Obligación de depósito y registro de las cuentas anuales en el Registro Mercantil. El incumplimiento del depósito de las cuentas anuales conlleva una doble sanción: cierre registral y determinadas multas dinerarias.
5. Deber de informarse y, por extensión, informar a terceros en las cuentas anuales, sobre determinados aspectos de la marcha de la entidad que deban plasmarse conforme a la normativa contable vigente, en las cuentas anuales.
6. Obligación de instar la disolución de la sociedad, cuando no sea preceptiva la solicitud de concurso, cuando se cumpla lo prevenido en el apartado 1.d) del artículo 363 TRLSC.

Dado que la información a la que tienen acceso los terceros interesados sobre la situación de la sociedad sólo es posible obtenerla, con carácter general, a partir de sus cuentas anuales debidamente formuladas y depositadas en el Registro Mercantil, una correcta llevanza, presentación, aplicación de criterios y descripción de los riesgos asociados a la actividad de la sociedad, resulta indispensable para que éstos tengan un conocimiento adecuado sobre la evolución de los negocios, la marcha de la sociedad y sobre la situación económico-financiera y patrimonial de la misma, disponer de la citada información en los plazos y bajo los criterios de elaboración que se le exigen a un diligente empresario.

En este sentido, en el tráfico corriente empresarial el proveedor de bienes y servicios debe poder formarse una opinión sobre la situación patrimonial de la entidad y su solvencia a partir de las cuentas anuales disponibles en los registros públicos. De aquí surge la necesidad de que éstas coincidan con la realidad económico-financiera y patrimonial de la entidad, responsabilidad ésta que corresponde a los administradores sociales.

### III. PATRIMONIO CONTABLE Y DISOLUCIÓN: CONCEPTO.

#### III.1. Consideraciones generales sobre patrimonio y disolución

Los conceptos “*patrimonio neto*”, “*patrimonio contable*” y otros asimilados, se han venido utilizando en la normativa mercantil y contable para referirse a conceptos similares.

Adicionalmente, la incorporación en las nuevas normas contables del concepto de “*patrimonio neto contable*” que incluye el concepto tradicional y otros elementos que han surgido de las citadas normas, junto con la distinción del concepto patrimonio a efectos contables y mercantiles, requieren una aclaración sobre qué parámetros utilizar a los efectos de la responsabilidad por pérdidas.

En los siguientes apartados se analizan los conceptos de “*fondos propios*” y “*patrimonio neto*”, al tratarse de conceptos similares que se han venido utilizando en los últimos tiempos.

Por otra parte, se incluye una breve referencia a algunos de los métodos previstos en la normativa mercantil para remover la situación de desequilibrio patrimonial por pérdidas que afectan a los conceptos anteriores.

#### III.2. Concepto contable de fondos propios y patrimonio neto.

Se pueden definir los **fondos propios** como las aportaciones realizadas por los socios a la sociedad en cualquier momento, que no se consideren deudas (préstamos) y estén relacionados con la actividad, así como los resultados acumulados no distribuidos.

El artículo 260 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas hacía referencia al “patrimonio” al definir la causa de disolución cuando las pérdidas dejaran reducido éste a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que se aumentara o se redujera en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal.

En cambio, el artículo 104.1.e) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada utilizaba el concepto de “patrimonio contable” para definir la misma causa de disolución,

cuando las pérdidas dejaran reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente.

En relación con la definición del “*patrimonio contable*”, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas dictó la Resolución de 20 de diciembre de 1996, *por la que se fijan los criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil*.

Dada la diversidad terminológica de la legislación mercantil<sup>4</sup>, la Resolución unificó los distintos términos (*fondos propios, patrimonio neto, patrimonio contable*) y se fijaron los conceptos del balance de las empresas a tener en cuenta para realizar la cuantificación de dicho patrimonio en los casos previstos en la normativa mercantil (art. 260 TRLSA, 104 LSRL, 213 TRLSA...), de forma que en su determinación se computan los distintos conceptos definidos conforme a los modelos de balance del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre.<sup>5</sup>

Con posterioridad a la resolución citada, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, incidía en la aclaración de estos conceptos a través de la respuesta a la consulta número 1 del BOICAC 53 de marzo de 2003, e incluía la siguiente referencia al patrimonio neto y patrimonio neto contable que consideramos interesante reproducir:

*“Las expresiones “patrimonio neto contable” y “patrimonio neto”, empleadas como términos sinónimos por el artículo 213 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, pueden ser definidas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en cuanto a la composición de las partidas que con signo positivo y negativo las hayan de integrar, de forma más restrictiva que la realizada, respecto de los términos de “haber”, “patrimonio” y “patrimonio contable” por la resolución del referido Organismo autónomo de 20 de diciembre de 1996, por la que se fijan los criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable aplicable a los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil, y ello con fundamento en la distinta naturaleza y finalidad que la distribución de dividendos tiene en relación con las operaciones societarias a que se refiere la citada resolución, en la necesidad de proteger los intereses de terceros con antelación a cualquier reparto de*

---

<sup>4</sup> Plan General de Contabilidad de 1990, Ley de Sociedades Anónimas, Ley de sociedades de Responsabilidad Limitada y resto de normativa mercantil en la redacción vigente en 1996.

<sup>5</sup> Actualmente RDL 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad y el RDL 1515/2007, de 16 de noviembre, adaptado a PYMES y Microempresas.

*beneficios, así como en la terminología empleada por el precepto en cuestión –diferente también a la empleada por la normativa reguladora de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades-, sin que dentro del concepto de “patrimonio neto contable” puedan venir comprendidos, en ningún caso, los préstamos participativos, de acuerdo con lo señalado en el artículo 20.d) del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, en la redacción dada a dicho precepto por la disposición adicional segunda de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas.”*

*De acuerdo con lo indicado este Instituto entiende que los términos “patrimonio neto contable” y “patrimonio neto”, a efectos de la distribución de beneficios, contenidos en el artículo 213 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, se determinarán a partir de los modelos de balance contenidos en la cuarta parte del Plan General de Contabilidad, de acuerdo con lo siguiente:*

- a) Con signo positivo se computarán los “fondos propios” recogidos en la agrupación A) del pasivo del balance.*
- b) Con signo negativo se incluirán las “acciones o participaciones propias” que luzcan en el activo del balance dentro de las agrupaciones B) “Inmovilizado” y D) “Activo circulante”.*

La Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, modifica la definición del concepto de patrimonio neto contenida en el artículo 36.1. c) CCom a efectos contables y un concepto de patrimonio neto que debe ser utilizado a los efectos de distribución de beneficios, de reducción obligatoria del capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas. Así, se define el concepto contable de patrimonio neto como “la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos”. Este concepto incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten.

A los efectos de la distribución de beneficios, de la reducción obligatoria del capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas de acuerdo con lo dispuesto en el TRLSA y LSRL, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que este registrado contablemente como pasivo.

Con la entrada en vigor del RD 1514/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, y el RD 1515/2007, el concepto de patrimonio alcanza una dimensión diferente pero que guarda semejanza con los criterios que se venían aplicando para la definición del mismo en situaciones de disolución.

De acuerdo con el Plan General de Contabilidad el “**patrimonio neto**” se define como la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten.

El concepto de patrimonio neto es más amplio que el de “**fondos propios**” puesto que incluye las subvenciones de capital no imputadas a resultados y los ajustes por cambios de valor, concepto este último asociado a productos financieros de cierta complejidad.

Con la definición contenida en el PGC2007, el concepto de patrimonio neto a los efectos de determinar la causa de disolución según se establece en el artículo 363.1.d) del RDL 1/2010, de Sociedades de Capital parece aclararse. *“La sociedad de capital se disolverá [...] d) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.”*

No obstante y como veremos a continuación, es necesaria una pequeña “depuración” del concepto de “patrimonio neto” para diferenciar los conceptos de patrimonio neto contable y patrimonio neto a efectos mercantiles (disolución, distribución de dividendos, etc.).

### **III.3. Elementos del concepto “patrimonio contable” a los efectos de la causa de disolución por pérdidas.**

Con independencia de la diversidad terminológica existente hasta la entrada en vigor del PGC2007 entre el TRLSA y LSRL, la cuantificación del patrimonio contable deberá realizarse teniendo como base las magnitudes contenidas en las cuentas anuales de las empresas, y más concretamente en el balance. En base a lo anterior, hay que determinar qué conceptos del balance de las empresas deben tenerse en cuenta para realizar dicha cuantificación.

Así pues, el concepto contable de “*fondos propios*”, contenido en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, es uno de los elementos que forman parte del patrimonio contable. Su contenido ha sido precisado por el Plan General de Contabilidad incluyendo, con signo positivo: el capital suscrito, la prima de emisión, reservas por revalorización, otras reservas, los remanentes de ejercicios anteriores, las aportaciones de socios para compensación de pérdidas y el beneficio del ejercicio; y con signo negativo: los resultados negativos de ejercicios anteriores, las pérdidas del ejercicio, los dividendos a cuenta entregados y las acciones o participaciones propias adquiridas en ejecución de un acuerdo de reducción de capital

En este sentido, la Resolución del Instituto de Contabilidad de Auditoría de Cuentas (ICAC) de 20 de diciembre de 1996, a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior, fija los criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil, dejando claro cuáles son los elementos que forman parte del mismo a los efectos indicados.

Así, los términos de *patrimonio*, *haber* y *patrimonio contable*, a efectos de la regulación de los supuestos de reducción de capital y de disolución, recogidos en los artículos 163 y 260 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 79 y 104 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, se determinarán a partir de los modelos de balance contenidos en la cuarta parte del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre<sup>6</sup>, incluyendo los fondos propios; las subvenciones de

---

<sup>6</sup> Ahora RD 1514/2007 y RD 1515/2007, por el que se aprueba el PGC.

capital y otros ingresos a distribuir en varios ejercicios, los préstamos participativos; restando las acciones y participaciones propias.

Cabe destacar la incorporación como patrimonio contable ya en 1996 de las subvenciones de capital clasificadas en esas fechas como “*Ingresos a distribuir en varios ejercicios*” fuera del patrimonio y que, actualmente, son un elemento más del patrimonio neto, al igual que los denominados préstamos participativos, regulados en el artículo 20 del RDL 7/1996, de 7 de junio, y que, por sus especiales características, son considerados patrimonio neto atendiendo, fundamentalmente, a su subordinación por detrás incluso de los accionistas.

Ya nos hemos referido a que con la entrada en vigor del PGC2007 el concepto de patrimonio neto contable se clarifica al igual los componentes del mismo, de manera que determinados elementos que con la normativa anterior se encontraban ubicados en el activo del balance de situación, pasan a formar parte directamente del patrimonio neto, eliminando la mínima complejidad que generaba esta dispersión de partidas.

No obstante, la definición introducida por la Ley 16/2007, de 4 de julio, incorpora determinados elementos que permiten diferenciar entre los conceptos de **patrimonio neto contable** y **patrimonio neto a efectos mercantiles**. Estos son los siguientes:

- A los efectos mercantiles, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido.

El patrimonio neto incluye los derechos de crédito asociados a los dividendos pasivos que, a efectos contables, aparecen reduciendo el patrimonio neto de la Sociedad (con signo negativo en el patrimonio neto), ya que se trata de un crédito de la sociedad frente a sus propios socios.

- Préstamos participativos, definidos por la Ley 16/2007, de la siguiente manera: “*Los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil*”. Es decir, continúan considerándose patrimonio neto a los efectos de disolución.



La consulta número 2 del BOICAC 54 de Junio de 2003, hace referencia al contenido de la Resolución del ICAC de 1996, indicando que de la propia Resolución se contempla que el préstamo participativo no goza de una característica especial en cuanto a su contabilización, y es sólo a efectos jurídico- mercantiles y en relación con determinadas circunstancias cuando adquiere una calificación específica.

Más recientemente, la consulta número 1 del BOICAC 78 de junio de 2009, se refiere al tratamiento de los créditos participativos:

*"[...] cabe señalar que los préstamos participativos se clasificarán en alguna de las categorías a las que se refiere a la NRV 9ª del PGC 2007. De acuerdo con los criterios previstos en la citada norma, con carácter general, [...] y para la parte prestataria normalmente han de ser clasificados como "débitos y partidas a pagar".*

- Se considerará como componente del patrimonio neto a las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo (que no constituyan reservas), conceptos que a efectos contables no son parte del patrimonio neto ya que la sociedad tiene que abonar el importe percibido total o parcialmente en un determinado momento, pero que desde la perspectiva mercantil sí forma parte del mismo ya que su nominal fue tomado en consideración con la cifra de capital social.

Con el análisis de los párrafos anteriores, el concepto de patrimonio neto contable y patrimonio neto a efectos mercantiles, queda definitivamente clarificado. Las cuentas anuales aportarán la información mínima para que cualquier tercero interesado pueda determinar la concurrencia o no, de la causa de disolución.

No obstante, debemos tener en cuenta una última cuestión que, en la actual situación de crisis, no puede pasar desapercibida. Esta circunstancia de especial interés se recoge en la Disposición adicional única del "Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementaria" (BOE de 13 de diciembre de 2008), que establece que de forma temporal y para un periodo máximo de los dos ejercicios

sociales que se cierren a partir de la entrada en vigor de dicha disposición, no se tendrán en cuenta para el cómputo de las pérdidas, las que se puedan ocasionar como consecuencia de la valoración del inmovilizado material, las inversiones inmobiliarias y las existencias:

*“1. A los solos efectos de la determinación de las pérdidas para la reducción obligatoria de capital regulada en el segundo párrafo del artículo 163.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y para la disolución prevista en los artículos 260.1.4.º del citado texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 104.1.e) de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no se computarán las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del Inmovilizado Material, las Inversiones Inmobiliarias y las Existencias.*

*2. Lo dispuesto en el apartado anterior únicamente será de aplicación excepcional en los dos ejercicios sociales que se cierren a partir de la entrada en vigor de la presente disposición.”*

Dado que la entrada en vigor se produce el día después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, actualmente este régimen transitorio no resulta de aplicación, pero sí debe ser considerado a los efectos del análisis de la situación de insolvencia de ejercicios pasados, si bien, en mi opinión se trata de un eximente temporal de la responsabilidad de los administradores atendiendo a las especiales circunstancias del momento, pero que no debe entenderse como una interrupción de la obligación de los administradores en cuanto a la diligencia que deben mostrar.

#### **III.4. Evaluación de la situación de disolución**

Desde el punto de vista cuantitativo, y sin entrar en un mayor análisis, las cuentas anuales arrojarán las cifras, siguiendo los criterios expuestos en el apartado anterior, que permitirán al administrador o tercero interesado evaluar la situación patrimonial de la sociedad así como su solvencia, por lo que resulta imprescindible que éstas sean formuladas por los administradores de la sociedad con los principios y normas contables que resultan de aplicación en cada momento, para que la evaluación de esta situación sea posible sin incurrir en errores graves sobre su apreciación.

Por tanto, y como conclusión a lo expuesto hasta ahora, dado que el patrimonio neto contable (obtenido del epígrafe correspondiente de las CCAA), difiere del patrimonio neto a los efectos de disolución de sociedades, se ha elaborado un cuadro resumen en el que se comparan ambos conceptos, de manera que sirva de guía para el estudio, sin mayor profundidad y con la información disponible en las cuentas anuales, de la situación de equilibrio o desequilibrio patrimonial:

<b>PATRIMONIO NETO CONTABLE</b>	<b>PATRIMONIO NETO MERCANTIL (*)</b>
<b>A.1) FONDOS PROPIOS</b>	<b>FONDOS PROPIOS</b>
Capital social	Capital social
Desembolsos no exigidos	
Reservas (incluida primas de emisión)	Reservas (incluida primas de emisión)
Resultados de ejercicios anteriores	Resultados de ejercicios anteriores
Resultados del ejercicio	Resultados del ejercicio
<b>A.2) AJUSTES POR CAMBIOS DE VALOR</b>	<b>AJUSTES POR CAMBIOS DE VALOR</b>
<b>A.3) SUBVENCIONES DE CAPITAL</b>	<b>SUBVENCIONES DE CAPITAL</b>
	PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS (deudas)
	PRIMAS DE ASUNCIÓN O EMISIÓN ( clasificadas como deudas)
<b>TOTAL PATRIMONIO CONTABLE</b>	<b>TOTAL PATRIMONIO MERCANTIL (disolución, distribución de dividendos, etc.)</b>

*(\*) A los efectos de determinar la causa de disolución*

El análisis de las cifras contenidas en las cuentas anuales, debe permitir apreciar la situación de disolución por parte de los administradores de la sociedad (ya que disponen de toda la información) y de los terceros interesados que obtengan la información de las CCAA directamente del Registro Mercantil.

### **III.5. Remoción de la causa de disolución por pérdidas**

La situación de disolución por pérdidas acreditadas sólo se podrá evitar mediante el aumento o disminución del capital social o mediante cualquier otro procedimiento que restablezca el desequilibrio patrimonial que ha llevado a la situación de disolución. El artículo 365 LSC establece que la Junta General podrá adoptar el acuerdo de disolución o, si constare el orden del día, aquél o aquéllos que sean necesarios para la remoción de la causa.

De acuerdo con el artículo 160 de la LSC, es competencia de la junta deliberar y acordar sobre el aumento y reducción de capital social, debiendo coincidir con la Junta general que deba adoptar los acuerdos sobre disolución o remoción de la causa de ésta, adoptar los acuerdos sobre el aumento o disminución del capital social.

No debemos olvidar que tanto el aumento como la reducción del capital social tienen unos requisitos que han de ser cumplidos también en el caso que estamos analizando (art. 301 y art. 318 LSC).

El artículo 317 LSC establece que la reducción de capital social puede tener por finalidad *“el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad, disminuido por consecuencia de pérdidas, [...]”*.

El artículo 320 LSC recoge que cuando la reducción tenga por finalidad el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas, deberá afectar por igual a todas las participaciones sociales o a todas las acciones en proporción a su valor nominal, pero respetando los privilegios que a estos efectos hubieran podido otorgarse en la ley o en los estatutos para determinadas participaciones sociales o para determinadas clases de acciones (como es el caso de las participaciones sociales y las acciones sin voto reguladas en el artículo 100 LSC); que en ningún caso esta reducción podrá dar lugar a reembolsos a los socios o la condonación de la obligación de realizar las aportaciones pendientes, y que no se podrá reducir capital por pérdidas cuando:

- la sociedad limitada cuente con cualquier clase de reservas.
- las sociedades anónimas cuente con cualquier clase de reservas voluntarias o cuando la reserva legal, una vez efectuada la reducción, exceda del diez por ciento del capital.

Con el objeto de evitar abusos de la norma, el artículo 323 LSC establece la necesidad de que el balance que sirva de base para la reducción de capital social por pérdidas se encuentre auditado por el auditor de la sociedad (y si no tiene obligación de auditarse lo nombrarán los administradores) y sea aprobado por la Junta general, debiendo estar referido a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo.

El aumento de capital viene regulado en los artículos 295 y ss de la LSC, debiendo acordarse en Junta general, con los requisitos establecidos para la modificación de estatutos, y puede suscribirse mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias según las condiciones de la ampliación.

El artículo 301 LSC prevé la ampliación de capital mediante la compensación de créditos, exigiéndose que éstos sean totalmente líquidos y exigibles en las sociedades de responsabilidad limitada, y que un veinticinco por ciento de los créditos a compensar deberán ser líquidos, estar vencidos y ser exigibles, y el vencimiento de los restantes no podrá ser superior a cinco años, para las sociedades anónimas.

Una figura, prevista en la LSC y que se usa con cierta asiduidad es la denominada “operación acordeón”<sup>7</sup>. El supuesto de hecho de este tipo de operaciones suele ser, precisamente, la acumulación sucesivas de pérdidas que han generado un grave desequilibrio patrimonial hasta llegar, o no, a la causa de disolución, pero que en todo caso, los administradores se encuentran obligados a restablecer el equilibrio patrimonial mediante la citada operación.

---

<sup>7</sup> La validez de este tipo de operaciones ha sido puesta de manifiesto por nuestra DGRyN en sus resoluciones de fecha 9 de mayo de 1991, de 28 de abril de 1994 y de 16 de enero de 1995.

La “operación acordeón” se regula en el artículo 343 y ss de la LSC y consiste en la reducción y aumento simultáneo del capital social y, una de sus características, es que permite importantes cambios en la estructura accionarial de la sociedad.<sup>8</sup>

Las medidas anteriores constituyen soluciones para restablecer el equilibrio patrimonial en el marco de la LSC. No obstante, existen otras alternativas que igualmente pueden utilizarse para el restablecimiento de equilibrio y solventar la situación de disolución:

- Aumento de capital con prima de emisión. La prima de emisión es una reserva que forma parte del patrimonio neto de la sociedad y que, a los efectos de determinar la causa de disolución debe ser considerada en todo caso. Esta alternativa debe ser evaluada en cuanto puede ser utilizada para permitir el acceso a nuevos inversores sin afectar significativamente a la estructura de capital preexistente.
- La formalización de préstamos participativos; y
- la aportación de los socios para compensar pérdidas.

Los préstamos participativos son considerados patrimonio contable a los efectos de la causa de disolución por pérdidas tal y como hemos comentado en apartados anteriores (Resolución del ICAC de 20 de noviembre de 1996 y consultas emanadas del ICAC). No obstante, para que un préstamo sea considerado participativo y, en consecuencia, patrimonio contable a los efectos de la causa legal de disolución, éste debe reunir las siguientes características:

- i. el prestamista debe percibir un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la prestataria;
- ii. para el caso de amortización anticipada, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con un aumento en igual cuantía de sus fondos propios; y

---

<sup>8</sup> El tema ha sido tratado por la Resolución de la DGRyN de 2 de marzo de 2011, que exonera a la sociedad de la obligación de que el balance, que sirve de base a la operación, sea auditado (art. 323 TRLSC).

iii. el préstamo es subordinado. Es decir, el prestamista se sitúa después de los acreedores comunes en situación de concurso.

No precisa ser documentado en escritura pública ni es inscribible, por lo que no se incurre en gastos de notaría ni registrales. En cuanto al tratamiento fiscal, el préstamo participativo no generará tributación en concepto de operaciones societarias y los intereses generados por el préstamo participativo tienen la consideración de gastos deducibles en el Impuesto sobre Sociedades. No obstante, si la operación se realiza entre los socios y sociedad al tratarse de una operación entre personas vinculadas, el préstamo participativo deberá ser formalizado en “términos de mercado”.

En cuanto a la aportación para compensar pérdidas, básicamente consistiría en una aportación dineraria directa por parte de los socios para compensar las pérdidas de la sociedad. Desde el punto de vista contable, estas aportaciones se clasifican en el Patrimonio neto contable bajo el epígrafe de “Otras aportaciones de socios”.

Esta operación no necesita ser formalizada ante notario y no es inscribible en el Registro Mercantil por lo que bastaría con documentar privadamente la aportación, con el consiguiente ahorro de gastos notariales y registrales. No obstante, la aportación de los socios para reponer pérdidas sí está sujeta a tributación en operaciones societarias (en 2011 y 2012 se ha introducido la exención de esta tributación para pymes al igual que para ampliación de capital<sup>9</sup>). La principal desventaja de esta alternativa es que dicha aportación se realiza a fondo perdido, así que no podrá recuperarse por parte del socios una vez se haya realizado.

En cada situación, deben analizarse las circunstancias particulares que han originado la situación de desequilibrio así como las alternativas, de entre las analizadas (y otras posibles como operaciones de reestructuración empresarial), que permitan la remoción de la situación de desequilibrio.

---

<sup>9</sup> Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.

#### **IV. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR PÉRDIDAS.**

##### **IV.1. Consideraciones generales sobre la responsabilidad por pérdidas.**

La responsabilidad de los administradores asociada al incumplimiento de los deberes derivados de la concurrencia de una causa de disolución (art. 367 LSC) fue modificada, primero, por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y, posteriormente por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España. Actualmente, el TRLSC recoge el régimen jurídico de la responsabilidad de los administradores por pérdidas, existiendo amplia jurisprudencia al respecto que ha aclarado en gran medida los aspectos más litigiosos relacionados con la misma.

El artículo 365 de la LSC contiene el régimen jurídico de las causas legales o estatutarias de disolución contenidas en el artículo 363 LSC, que, por sí mismas, no disuelven automáticamente la sociedad, requiriendo a los administradores la diligencia adecuada para el análisis, constatación de la situación, y la promoción de las medidas para la revocación o, finalmente, instar la disolución.<sup>10</sup>

El modelo legal de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital diferencia la responsabilidad por daños causados a la sociedad, los socios o los acreedores (contenida en los arts. 236 a 241 LSC), de la responsabilidad por obligaciones sociales, derivada del simple incumplimiento de deberes impuestos ante la concurrencia de causa de disolución (art. 367 LSC). Esta última supone que los administradores de la sociedad responden solidariamente por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de una causa legal de disolución cuando incumplan los deberes legalmente impuestos: promover la disolución y solicitar la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad

Consideramos importante resaltar que la LSC basa la eficacia del sistema en las obligaciones impuestas a los administradores de la sociedad, que deben promover la convocatoria de la Junta general para que adopte los acuerdos necesarios que permitan la desaparición de la causa de disolución o el acuerdo de disolución (art. 365.2 LSC).

---

<sup>10</sup> Siempre que no procede instar el concurso conforme a la ley concursal.



Los administradores disponen de un plazo de dos meses para convocar una junta general en la que se deba discutir acerca de la disolución de la sociedad, de manera que en el anuncio de la convocatoria debiera expresarse que los temas a tratar incluirán la posibilidad de la disolución de la sociedad.<sup>11</sup>

Lo que sí parece quedar claro de la redacción del artículo 365 LSC, es la necesidad de que en el anuncio de convocatoria quede claramente explicitados los acuerdos que pudieran tomarse para la remoción de la causa de disolución, con los requisitos que la Ley establece (ampliación de capital, compensación de créditos, operación acordeón, reducción de capital, etc.), si es que se pretenden adoptar medidas en ese sentido.

#### **IV.2. Convocatoria de junta: inicio del cómputo temporal.**

El momento en que se inicia el cómputo de dos meses a partir de los cuales los administradores han de cumplir con los deberes específicos de promover la disolución de la sociedad, resulta trascendental a los efectos de la responsabilidad por pérdidas.

La LSC no establece el momento en el cual se deben determinar las pérdidas sufridas por la sociedad y se trata de un aspecto que no se presenta con una claridad meridiana como se deduce de las dos posturas que se han venido manteniendo por la jurisprudencia y doctrina:

- Las pérdidas pueden ser cuantificadas en cualquier momento del ejercicio económico de una sociedad, sin que sea necesario tener que esperar a la formulación de las cuentas anuales por parte de los administradores sociales.<sup>12</sup>

Según la jurisprudencia, el plazo debe contarse desde el momento en el que el administrador tuvo conocimiento o podría haber tenido conocimiento si hubiera obrado con la diligencia normal de su cargo, constituyendo, por tanto, una cuestión de hecho que resultará del examen y valoración de la prueba. En consecuencia, no será necesario esperar a que las pérdidas vengán recogidas en las cuentas anuales.

---

<sup>11</sup> La RDGRN de 21 de junio de 1995 indica que los administradores no tienen obligación de establecer la causa concreta que, según su criterio, se ha producido, puesto que la Ley no establece esta concreción en ningún momento.

<sup>12</sup> A favor de esta argumentación SSTs de 30 de octubre de 2000, 20 de julio de 2001, 16 de diciembre de 2004, 9 de marzo de 2006, 23 de marzo de 2006, 4 de julio de 2007 y 23 de octubre de 2008.

- La causa de disolución no existirá hasta que las pérdidas graves no vengam reflejadas en un balance que forme parte de las cuentas anuales.<sup>13</sup>

Ambos planteamientos presentan argumentos válidos, si bien, encaja más con el deber de diligencia y de estar informado de los administradores el primero de ellos, de manera que no parece razonable que haya que esperar a la confección de las cuentas anuales para que la sociedad en cuestión pueda determinar si se encuentra o no en causa de disolución.

Como se analizará en los apartados siguientes, se encuentran a disposición de cualquier empresario los medios para analizar la evolución de sus negocios y de su situación patrimonial, puesto que, sin necesidad de incurrir en un elevado coste, se pueden implementar medios que faciliten esta información.

El establecimiento de los mecanismos que mantengan informados a los administradores de la sociedad, no puede eludirse sobre la base de un coste elevado o la falta de medios, puesto que forma parte del deber de diligencia, de vigilancia y de información, estructurar adecuadamente los medios disponibles e implementar los mecanismos, conforme a las posibilidades de cada entidad, para obtener información relevante, fiable y oportuna.

Ese deber de diligencia establecido en nuestro ordenamiento, implica que los administradores deben mantenerse informados acerca de la marcha de la sociedad de manera que, conociendo la evolución del negocio y su situación patrimonial, puedan adoptar medidas dirigidas a corregir una situación que no tiene por qué ser de pérdidas, pero que de no adoptarse las medidas adecuadas, pudieran generarse.

Por otra parte, el deber de información de los administradores va más allá del simple conocimiento de las pérdidas de la entidad, y debe ampliarse para obtener un conocimiento adecuado de la marcha del negocio que pudiera llevar a generar las pérdidas que, a la postre, determinarán la causa de disolución de la entidad.

Esta última interpretación quizás sea excesivamente rigurosa y quede fuera de la responsabilidad prevista en nuestro ordenamiento, pero puede calificar la actuación de los administradores en la valoración de la prueba. Así, si hubiera que esperar al cierre del

---

<sup>13</sup> En contra de la jurisprudencia anterior, la STS de 23 de febrero de 2004.

ejercicio económico y a la formulación de las cuentas anuales, la sociedad podría continuar actuando en el mercado cuando ya se encuentran incursas en causa de disolución.

No obstante, no se puede exigir a una pequeña empresa que mantenga un departamento financiero que elabore informes periódicos recurrentes sobre la situación de la entidad, pero sí se le puede reclamar un mínimo interés, conocimiento de su negocio y de las obligaciones contables y mercantiles a las que se encuentran sometidos, de manera que se dediquen unos recursos mínimos a analizar la situación patrimonial de la entidad con cierta periodicidad y, con mayor celo, en una situación de riesgo continuado (caída de ventas, aumento o restricción del endeudamiento, etc.).

En relación con el momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de dos meses a que se refiere el artículo 365 LSC, se pronuncia la STS de 23 de octubre de 2008. En este caso, el recurrente alega, con base en el artículo 171.1 del TRLSA (*"Los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados"*), que la fecha que debe tomarse como de conocimiento efectivo y real de la situación económica por parte del administrador ha de ser el 31 de marzo, que es cuando ha transcurrido el plazo de tres meses señalado en el citado artículo 171 TRLSA.

Se añade en la citada sentencia que la entidad formuló sus cuentas anuales en fecha 29 de marzo de 1999, convocando Junta de Accionistas el 31 de mayo de 1999, acordándose en la misma la presentación del estado legal de quiebra voluntaria ante el Juzgado competente, hecho que se realizó en fecha 11 de junio de 1999, por lo que no llegó a transcurrir el plazo de dos meses a que se refiere el artículo 262. 5º del TRLSA.

Se argumenta por parte del juzgador que es doctrina jurisprudencial de la Sala del TS que el *"dies a quo"* para el cómputo del plazo de dos meses (para convocar Junta general), es el del conocimiento por parte del administrador del desequilibrio patrimonial, si bien, a efectos probatorios es difícil la demostración, planteando en el recurso la parte recurrente su disconformidad con el modo en que se ha procedido a la inversión de la carga probatoria y con otras consideraciones relativas al examen y valoración de la prueba, y la falta de negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de los administradores condenados.

La Sentencia apelada, ratificando lo considerado en la primera instancia, estimó que el cómputo del plazo de dos meses debe iniciarse desde que el administrador debió conocer la causa de disolución, pues lo contrario podría suponer premiar la incuria del administrador en el cumplimiento de sus obligaciones, contrariando lo establecido en el artículo 127 del TRLSA, que impone al administrador la obligación de diligencia en el desempeño de sus funciones.

Asimismo, consideró acreditado que la causa legal de disolución invocada en la demanda, pérdidas que hubieran dejado reducido el patrimonio social por debajo de la mitad del capital social, concurría con mucha anterioridad al cierre del ejercicio de 1998, no ateniéndose al parámetro de normalidad que las pérdidas hubieran aflorado de la nada al cerrar el ejercicio, particularmente cuando no se ha expuesto que exista una causa concreta que las pueda explicar, entendiendo como absolutamente razonable considerar que un administrador diligente pudo y debió conocerlas con mucha anterioridad, ya que lo presumible es que se fueran acumulando durante todo el ejercicio de 1998, exponiendo datos y valoraciones sobre la situación económica de la sociedad que avalan tal consideración.

En primer lugar, ha de señalarse que, efectivamente, el cómputo del plazo de los dos meses previstos en el artículo 262.5 del TRLSA ha de contarse desde que el administrador conoció o pudo conocer, de haber obrado con la diligencia normal de su cargo, la situación patrimonial de la sociedad. La determinación del momento en el que se pudo conocer tal situación constituye una *"quaestio facti"*, que resulta del examen y valoración de la prueba, función que corresponde al Tribunal de instancia. En tal sentido se pronuncia el TS en Sentencias de 30 de octubre de 2000 (R.º. núm. 3341/1995), al razonar que *"el dato decisivo para efectuar el cómputo del plazo de dos meses (del artículo 262.5) no se puede reconducir de modo absoluto al momento en que se conoce el resultado de las cuentas anuales, sino que se ha de contemplar en relación con el conocimiento adquirido, o podido adquirir (con la normal diligencia exigible a un administrador social, artículo 127.1 LSA), acerca de que se da una situación en la que el patrimonio social es inferior a la mitad del capital social"*. La determinación del momento o tiempo en que se da o puede adquirir el conocimiento es un tema fundamentalmente probatorio, cuyo acceso a la casación es el general seguido para las *"questiones facti"*; Sentencia de 16 de diciembre de 2004 (R.º. núm. 3375/1998), en la que se declara que *"hay que coincidir con la doctrina mayoritaria"*

*cuando acepta que el plazo para la convocatoria de la Junta General para la disolución de la sociedad debe contarse desde que los administradores tuvieron o debieron tener conocimiento de tal situación, siendo válido para determinar el desequilibrio patrimonial de la sociedad tanto un balance de comprobación como un estado de situación", y en la que también se considera, y ello es de particular interés respecto de la responsabilidad del administrador, que "el texto legal no ofrece duda: se impone un plazo inexorable de dos meses a los administradores de las sociedades anónimas para convocar la Junta de Accionistas para que en su caso acordar la disolución o las medidas sustitutivas adecuadas."*

Si fuese la voluntad del legislador el establecer una excepción o cesación de responsabilidad por un cumplimiento tardío, tal cosa sería lógicamente incompatible con el establecimiento de un término fatal, cual es el de dos meses, para convocar la junta. Si la responsabilidad se alzase en el momento del cumplimiento tardío ello supondría que los administradores en cualquier momento (transcurridos meses o años), cumplido que fuera su deber se liberarían de la responsabilidad que la norma les atribuye y carecería de sentido alguno el plazo bimensual que tan claramente ha establecido la Ley"; y, finalmente, en la Sentencia de 4 de julio de 2007 (R.º, núm. 4503/2000), que resume la jurisprudencia de esta Sala sobre la fecha inicial del cómputo del plazo bimensual del artículo 262 LSA, y así, se cita la sentencia de 30 de octubre de 2000 (recurso núm. 3341/95) que declara que la obligación legal de convocar la Junta en el plazo de dos meses nace "una vez conocida la situación económica que constituye el supuesto normativo" (núm. 4, apartado 1 del artículo 260 LSA); la Sentencia de 18 de julio de 2002 (recurso núm. 328/97), que toma como referencia la época en que los administradores "no podían ignorar la grave situación de descapitalización" de la sociedad, "sin necesidad de esperar al final del ejercicio económico"; y en la que se cita también la reseñada Sentencia de 16 de diciembre de 2004 y la de 9 de marzo de 2006 (recurso núm. 2325/99), que ratifica que el plazo bimensual comienza a correr desde que los administradores pueden conocer la situación de desequilibrio patrimonial".

En resumen, tanto una interpretación lógica de los deberes del diligente administrador como la doctrina emanada del TS, parece dejar claro que el administrador debe convocar la Junta General en el plazo de dos meses desde que tiene conocimiento o debiera haberlo tenido de la situación de desequilibrio patrimonial previsto en el artículo 363.1.d) LSC, correspondiendo a éste acreditar que se ha cumplido diligentemente en la convocatoria al invertirse la carga de la prueba.

### **IV.3. Obligación de los administradores ante la situación de pérdidas cualificadas y responsabilidad como órgano pluripersonal.**

Tal y como venimos reiterando en apartados anteriores, corresponde a los administradores convocar la junta general que ha de adoptar las medidas encaminadas a la disolución o a la remoción de las causa de disolución. Se trata de una obligación de carácter orgánico que afecta personalmente a cada uno de los miembros del órgano de administración en cuanto tales, y de su incumplimiento en los plazos legalmente establecidos se deriva su responsabilidad personal y solidaria por las obligaciones posteriores al acaecimiento de la causa de disolución.

La responsabilidad de los administradores se genera sin necesidad de que concurra culpa o negligencia, y se extiende a todos los miembros el consejo de administración.<sup>14</sup> Cuando el órgano de administración es pluripersonal los administradores no podrán alegar desconocimiento puesto que es un deber inherente a su cargo, convirtiéndose algo difícil probar que ha actuado con la diligencia exigida ya que se le ocultaron datos, o que no fue posible conocer la situación aún siendo un administrador diligente. En este caso corresponde al administrador probar esta circunstancia.

En caso de que siendo un consejo de administración éste no convoque la Junta que deba tratar sobre la disolución, el administrador consejero debe instar la disolución judicial en los plazos legales, puesto que su actuación diligente exige la promoción de la convocatoria de Junta o la solicitud de la disolución judicial, no bastando que el administrador se oponga expresamente al acuerdo del consejo de no convocatoria de la Junta.<sup>15</sup>

El artículo 366 LSC establece que los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo que se adopte sea contrario a la disolución o no pudiera ser logrado. En cambio, el mismo artículo establece que cualquier interesado podrá instar la disolución judicial si la junta no fuera convocada, no se

---

<sup>14</sup> STS Sala Primera, de lo Civil, 29 de julio de 2009: “y que la responsabilidad derivada del artículo 262.5 LSA se genera por el mero incumplimiento de la obligación de convocar Junta General, sin necesidad de que concurra cualquier otro género de culpa o negligencia, y se extiende a todos los miembros del Consejo de Administración.”

<sup>15</sup> En este sentido la SAP de Zaragoza de 7 de diciembre de 1994 que afirma que “subsiste la obligación de instar la disolución judicial, pero dada su solicitud de convocatoria de la junta es de moderar la responsabilidad de dicho requirente en la relación interna de responsabilidad entre administradores...”

celebrara o no se adoptar alguno de los acuerdos destinados a la remoción de la causa de disolución.

De la lectura del artículo 366 LSC podría entenderse que los administradores deberían instar la disolución judicial incluso si el acuerdo al que se llega no es el de disolución, sino el de una ampliación de capital (o cualquier otro mecanismo previsto en la Ley) que permita restablecer el equilibrio patrimonial.

En mi opinión, si de los acuerdos adoptados por la junta general se deduce que están destinados a la remoción de la causa de disolución y para ello se han seguido los cauces legales adecuados (presentación del informe del administrador, del informe de auditoría en los casos de ampliación por compensación de créditos, etc.), el administrador no tendría que promover la disolución judicial, si bien, deberá estar atento a la ejecución de los acuerdos adoptados para evitar su responsabilidad.

#### **IV.4. La naturaleza de la responsabilidad de los administradores por no promover la constatación de la existencia de causa legal de disolución de la sociedad por pérdidas.**

La responsabilidad de los administradores por no promover la convocatoria de la junta que constate la existencia de una causa de disolución y acuerde su disolución, remoción o concurso y, en su caso, por no solicitar la disolución judicial, se recoge en el artículo 367 LSC, redactado en los siguientes términos:

*“Artículo 367.*

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

*2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.”*

El citado artículo, y anteriormente el 262 TRLSA y 104 LSRL, pretende proteger al acreedor social garantizando la eficacia del mecanismo de disolución contenido en la LSC, haciendo responsables a los administradores entre sí y con la sociedad de las deudas que se generen con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución, si incumplen las obligaciones impuestas. Se pretende por tanto, evitar que existan en el tráfico mercantil empresas carentes de viabilidad al inducir a error a los terceros de buena fe la conducta omisiva de los administradores, haciéndoles creer que contratan con una sociedad con “buena salud” desde el punto de vista económico y financiero.

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1997 afirmó que la responsabilidad del administrador es una pena civil por la inactividad de aquellos (los administradores) al no solicitar el acuerdo de disolución de ésta en aquellos casos en que tal causa puede colocar a la entidad en una situación de insolvencia frente a los acreedores. En la STS 30 de junio de 1997 ya se había referido el Tribunal al carácter sancionador de dicha responsabilidad.<sup>16</sup>

No obstante, otras sentencias<sup>17</sup> y más recientemente las STS de 30 de junio de 2010 y STS de 29 de septiembre de 2010, niega su carácter puramente sancionador, tal y como se deduce del Fundamento de Derecho siguiente:

*“Tal responsabilidad tiene ciertas peculiaridades ya que, como afirma la reciente sentencia número 124/2010, de 12 marzo: “no exige la concurrencia de más negligencia que la consistente en omitir el deber de promover la liquidación de la sociedad mediante convocatoria de la Junta o solicitando que se convoque judicialmente cuando sea el caso -y ahora también mediante solicitud de la declaración de concurso, cuando concurra su presupuesto objetivo-. No se exige, pues, una negligencia distinta de la prevista en la LSA (STSS de 20 y 23 de febrero de 2004 y de 28 de abril de 2006). Tampoco es menester que se demuestre la existencia de una relación de causalidad entre el daño y el comportamiento del administrador, sino que la imputación objetiva a éste de la responsabilidad por las deudas de la sociedad se realiza ope legis [por ministerio de la ley] (SSTS de 28 de abril de 2006, 31 de enero de 2007, 10 de julio de 2008, RC n.º 4059/2001, y 11 de julio de 2008, RC n.º 3675/2001)”.*

---

<sup>16</sup> Otras sentencias que confirman el carácter sancionador: STS de 22 de diciembre de 1999, STS de 30 de enero de 2001, STS de 31 de mayo de 2001; STS de 20 de julio de 2001, STS de 9 de enero de 2006, STS de 26 de junio de 2006.

<sup>17</sup> STS 20 de julio de 2001 y STS de 9 de enero de 2006.



33. Ahora bien, las peculiaridades de la responsabilidad regulada en el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, determinantes de que con frecuencia se halla calificado de "responsabilidad abstracta" o de "responsabilidad formal", no alteran su naturaleza para transformarla en "sanción", como lo prueban:

1) El hecho de que no sólo determina un efecto negativo para el administrador, sino un correlativo derecho para los acreedores.

2) Que la norma no impide al administrador subrogarse en la posición del acreedor y repetir contra la sociedad con éxito en el caso de que la sociedad, pese a estar incurso en causa de disolución, tenga bienes suficientes para atender su crédito,

34. Esta naturaleza es la que proclama la sentencia número 205/2008 de 1 diciembre al afirmar que: "La responsabilidad, en consecuencia, cuando se articula al amparo del artículo 262.5 LSA , puede calificarse de abstracta o formal, característica que, quizá con menor propiedad semántica, ha sido también descrita como objetiva o cuasi objetiva (SSTS de 3 de abril de 1998, 20 de abril de 1999, 22 de diciembre de 1999, de 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 25 de abril de 2002, 14 de noviembre de 2002, 26 de junio de 2006, rec. 4434/1999).

35. También la sentencia número 500/2007, de 14 mayo afirma que: "es una acción de responsabilidad (SSTS de 4 de abril de 2006 y 24 de abril de 2006 ) dotada de singularidad en cuanto al requisito general de la relación de causalidad (STS 27 de octubre de 2006 ), pues la jurisprudencia ha venido declarando que esta responsabilidad no depende de la existencia de un nexo causal con el daño originado a los acreedores reclamantes, ni siquiera de la existencia del daño mismo, pues constituye una responsabilidad formal de carácter solidario respecto de las deudas sociales, que ha sido frecuentemente descrita como objetiva o cuasi objetiva, pues nace de la omisión del deber de promover la disolución en los supuestos legalmente previstos (SSTS de 3 de abril de 1998, 20 de abril de 1999, 22 de diciembre de 1999, de 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 25 de abril de 2002 y 14 de noviembre de 2002 , entre otras) y responde a que el orden público societario exige eliminar del tráfico aquellas sociedades en las que concurre alguna de causa de disolución con el fin de garantizar la seguridad del mercado y los intereses de los accionistas y terceros acreedores".

36. Ciertamente esta Sala en reiteradas ocasiones se ha referido a la responsabilidad regulada en el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas como "sanción", llegándose a plantear en la sentencia de 9 de enero de 2006 la posibilidad de aplicar retroactivamente la «Ley penal más favorable» como

se establece en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 47 de la Carta de Derechos.

Fundamentales de la Unión Europea, pero lo cierto es que, como afirma la sentencia número 417/2006, de 28 de abril, en gran parte de las sentencias se ha empleado esta expresión no tanto para referirse a la idea de "pena" cuanto a "reacción del ordenamiento ante el defecto de promoción de la liquidación de una sociedad incurra en causa de disolución que no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto del administrador, ni lo que se ha denominado un «reproche culpabilístico» que hubiera que añadir a la constatación de que no ha habido promoción de la liquidación mediante convocatoria de Junta o solicitud judicial, en su caso (o, después de la reforma operada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, solicitud de declaración de Concurso), ni una negligencia distinta de la prevista en el propio precepto del artículo 262.5 LSA ( Sentencias de 1 de marzo de 2004, de 26 de marzo de 2004, 20 de octubre y 23 de diciembre de 2003, 20 y 23 de febrero de 2004, entre otras).

37. En idéntico sentido la sentencia 953/2007, de 26 de septiembre, afirma que "no cabe olvidar que el carácter sancionador que los recurrentes atribuyen al artículo 105.5 de la Ley 2/1995 -y al artículo 262.5 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas - solo puede admitirse en un sentido impropio -se suele afirmar con el fin de facilitar la distinción entre el supuesto previsto en dichos preceptos y el consistente en la responsabilidad por daños-. Y es que, en sentido propio, la norma a que se refiere el motivo no forma parte del derecho sancionador. En efecto, que al administrador que omite el comportamiento exigido en el artículo 105 se le imponga responder por las deudas sociales constituye una reacción del ordenamiento, ante una conducta omisiva considerada antijurídica, que se traduce en una medida aflictiva para su autor. Pero dicha medida no persigue -mas que remotamente- la protección del interés general, sino, propiamente, la de los intereses de los acreedores sociales, que ven correlativamente ampliada la esfera de sus facultades de cobro mediante un incremento del número de sus deudores -solidarios-, ante el peligro que representa para sus créditos el que una sociedad que está sometida a la regla de limitación de responsabilidad subsista sin disolverse -y liquidarse-, cuando ello era lo procedente.

38. En definitiva, como afirma la sentencia de esta Sala número 228/2008, de 25 marzo: "La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales, con carácter solidario con la sociedad, prevista en los arts. 260.1, num. 3º y 4º y 260.5 de la LSA, constituye una responsabilidad por deuda ajena "ex lege", en cuanto su fuente -hecho determinante- es el mero reconocimiento legal, sin que sea reconducible a perspectivas de índole contractual o extracontractual. Se fundamenta en una conducta omisiva del sujeto al que por su específica condición de administrador se le exige un

*determinado hacer, y cuya inactividad se presume imputable -reprochable-, salvo que acredite una causa razonable que justifique o explique adecuadamente el no hacer. Responde a la "ratio" de proporcionar confianza al tráfico mercantil y robustecer la seguridad de las transacciones comerciales, cuando intervienen personas jurídicas mercantiles sin responsabilidad personal de los socios (arts. 1 LSA y 1 LSRL), evitando la perdurabilidad en el tiempo de situaciones de crisis o graves disfunciones sociales con perturbación para otros agentes ajenos, y la economía en general. No tiene naturaleza de sanción o pena civil por lo que no se plantea en el asunto ninguna eventual consideración de derecho intertemporal.*

De acuerdo con esta sentencia *"no constituye una responsabilidad indemnizatoria"*, pero entiende la sentencia que las peculiaridades del sistema legal no alteran su naturaleza para transformarla en "sanción", por *"el hecho de que no sólo determina un efecto negativo para el administrador, sino un correlativo derecho para los acreedores"* y porque *"la norma no impide al administrador subrogarse en la posición del acreedor y repetir contra la sociedad con éxito en el caso de que la sociedad, pese a estar incurso en causa de disolución, tenga bienes suficientes para atender su crédito"*, considerando que se trata de una responsabilidad por deuda ajena ex lege.

En el mismo sentido, la STS de 29 de septiembre de 2010, se expresa en los siguientes términos:

*"Ciertamente esta Sala en reiteradas ocasiones se ha referido a la responsabilidad regulada en el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas como "sanción", llegándose a plantear en la sentencia de 9 de enero de 2006 la posibilidad de aplicar retroactivamente la «Ley penal más favorable» como se establece en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pero lo cierto es que, como afirma la sentencia número 417/2006, de 28 de abril, en gran parte de las sentencias se ha empleado esta expresión no tanto para referirse a la idea de "pena" cuanto a "reacción del ordenamiento ante el defecto de promoción de la liquidación de una sociedad incurso en causa de disolución que no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto del administrador, ni lo que se ha denominado un «reproche culpabilístico» que hubiera que añadir a la constatación de que no ha habido promoción de la liquidación mediante convocatoria de Junta o solicitud judicial, en su caso (o, después de la reforma operada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, solicitud de declaración de Concurso), ni una negligencia distinta de la prevista en el propio precepto del artículo 262.5 LSA ( Sentencias de 1 de marzo de 2004, de 26 de marzo de 2004, 20 de octubre y 23 de diciembre de 2003, 20 y 23 de febrero de 2004, entre otras).*

*En idéntico sentido la sentencia 953/2007, de 26 de septiembre, afirma que "no cabe olvidar que el carácter sancionador que los recurrentes atribuyen al artículo 105.5 de la Ley 2/1995 -y al artículo 262.5 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas - solo puede admitirse en un sentido impropio -se suele afirmar con el fin de facilitar la distinción entre el supuesto previsto en dichos preceptos y el consistente en la responsabilidad por daños-. Y es que, en sentido propio, la norma a que se refiere el motivo no forma parte del derecho sancionador. En efecto, que al administrador que omite el comportamiento exigido en el artículo 105 se le imponga responder por las deudas sociales constituye una reacción del ordenamiento, ante una conducta omisiva considerada antijurídica, que se traduce en una medida aflictiva para su autor. Pero dicha medida no persigue -más que remotamente- la protección del interés general, sino, propiamente, la de los intereses de los acreedores sociales, que ven correlativamente ampliada la esfera de sus facultades de cobro mediante un incremento del número de sus deudores -solidarios-, ante el peligro que representa para sus créditos el que una sociedad que está sometida a la regla de limitación de responsabilidad subsista sin disolverse -y liquidarse-, cuando ello era lo procedente.*

*En definitiva, como afirma la sentencia de esta Sala número 228/2008, de 25 marzo: "La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales, con carácter solidario con la sociedad, prevista en los arts. 260.1, num. 3º y 4º y 260.5 de la LSA, constituye una responsabilidad por deuda ajena "ex lege", en cuanto su fuente -hecho determinante- es el mero reconocimiento legal, sin que sea reconducible a perspectivas de índole contractual o extracontractual. Se fundamenta en una conducta omisiva del sujeto al que por su específica condición de administrador se le exige un determinado hacer, y cuya inactividad se presume imputable -reprochable-, salvo que acredite una causa razonable que justifique o explique adecuadamente el no hacer. Responde a la "ratio" de proporcionar confianza al tráfico mercantil y robustecer la seguridad de las transacciones comerciales, cuando intervienen personas jurídicas mercantiles sin responsabilidad personal de los socios (arts. 1 LSA y 1 LSRL), evitando la perdurabilidad en el tiempo de situaciones de crisis o graves disfunciones sociales con perturbación para otros agentes ajenos, y la economía en general. No tiene naturaleza de sanción o pena civil por lo que no se plantea en el asunto ninguna eventual consideración de derecho intertemporal.*

*25. Lógica consecuencia de lo expuesto es que, rechazado que la responsabilidad regulada en el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas tenga naturaleza punitiva, sean de aplicación las reglas generales sobre la retroactividad de la norma, por lo que, prevista en el artículo 2.3 del Código Civil la irretroactividad de las leyes si no dispusieren lo contrario, la irretroactividad de la modificación introducida por la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, deriva de que la misma no dispone su carácter retroactivo y, desde luego no puede admitirse que tenga tal carácter "inequívocamente".*

La jurisprudencia ha venido interpretando la responsabilidad de los administradores como una responsabilidad ex lege y cuasi-objetiva<sup>18</sup>, que se basa en el *“hecho objetivo en el cual asienta el legislador la responsabilidad de los administradores sin otras consideraciones<sup>19”</sup>*, y cuya retroactividad ha de ser excluida por mor del artículo 9.3. de la constitución española, que se ha de aplicar a las normas sancionadoras.

La responsabilidad de los administradores surge por el simple incumplimiento de los deberes impuestos en los artículos 365 y 366 LSC, y dicha inactividad debe ser además demostrable, al tratarse de una responsabilidad “ex lege” en la que los acreedores deben demostrar la existencia de una obligación social exigible, la presencia de una causa de disolución y el incumplimiento por parte de los administradores de las obligaciones prevista en los preceptos descritos.

Los administradores pueden evitar su responsabilidad probando que no concurren los presupuestos de responsabilidad, que la obligación es anterior a la causa de disolución o bien la ausencia de la negligencia que no permita imputarles el incumplimiento, invirtiéndose en este caso la carga de la prueba.

#### **IV.5. Presupuestos para la aplicación de la responsabilidad de los administradores por pérdidas.**

Los presupuestos objetivos para la responsabilidad de los administradores se hallan en la aparición legal de disolución, el incumplimiento de la obligación de convocar la Junta General o solicitar la disolución judicial dentro de los plazos legales, y la existencia de una obligación/deuda social posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución según artículo 367 LSC.

Para que surja la responsabilidad de los administradores por el incumplimiento de las obligaciones recogidas en los artículos 365 y 366 LSC, solo es necesaria la existencia de una causa de disolución (363 LSC) y que los administradores no convoquen la Junta general en el plazo de dos meses o, habiéndola convocado y siendo el acuerdo contrario a la disolución o no pudiendo ser logrado, no soliciten la disolución judicial en el plazo de

---

<sup>18</sup> STS 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001 y 25 de abril de 2002.

<sup>19</sup> STS 12 de junio de 2002.

dos meses prevista para la celebración de la Junta o desde el día de la Junta si no se hubiese logrado el acuerdo (o la remoción de la causa de disolución).

Es importante destacar que la obligación del administrador es la de convocar la Junta general que constate la existencia de causa de disolución, no pudiendo instar la disolución judicial directamente, por lo que no cesa su responsabilidad en caso de no convocar la Junta general.

Este régimen de la disolución por pérdidas es una manifestación de la función que se establece para el capital social como garante de los acreedores, de manera que, en la medida que el capital social se encuentre menoscabado o, como en este caso, reducido por debajo de la mitad del mismo como consecuencia de las pérdidas incurridas, la disolución cumple una función de prevención de la insolvencia.

La existencia de causa de disolución no implica necesariamente la existencia de una situación de insolvencia, pero se puede afirmar que, en una situación de pérdidas continuadas, la insolvencia terminará apareciendo en el horizonte de la sociedad. Por ese motivo, y con una función de garantía, se fija la cifra de la mitad del capital social, como indicativa de una situación que puede derivar en insolvencia, pretendiendo proteger al acreedor que comercia con la sociedad en situación de disolución ante un agravamiento definitivo de la empresa.

Las obligaciones de los administradores deben cumplirse dentro de los plazos previstos, por lo que el cumplimiento fuera de los plazos exigidos tampoco exonera a los administradores de la responsabilidad, si bien, **podría interpretarse que sí limitaría la responsabilidad en relación con las deudas posteriores a la fecha del cumplimiento.**

Igualmente, los administradores también incumplen sus obligaciones y son responsables, si instan la disolución en vez de la declaración del concurso y ésta, se dirimirá en la sección de calificación del concurso.

De acuerdo con lo anterior, el acreedor deberá probar la existencia de una deuda social, líquida, vencida y exigible de la que es titular, así como una causa legal de disolución, y el transcurso de los plazos establecidos por los artículos 365 y 366 LSC, sin que los administradores hayan cumplido sus obligaciones. No se exige que exista una relación de

causalidad entre el comportamiento de los administradores y el incumplimiento de la deuda social.

Esta responsabilidad a la que hacemos mención, es una responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, por lo que la sociedad, como deudor principal, sigue respondiendo con su patrimonio frente a los acreedores por las deudas sociales, no siendo necesario que las deudas hayan sido o no reclamadas previamente a la sociedad o que la sociedad no pueda cumplir. Es decir, la deuda sigue siendo de la sociedad y los administradores no sustituyen a la sociedad en su posición deudora, sino que se convierten en garantes directos frente al acreedor.

Igualmente, el deber de diligencia impide al administrador renunciar a su cargo después de la aparición de la causa legal de disolución sin cumplir antes con las obligaciones que le vienen impuestas en los artículos 365 y 366 LSC, no olvidando que la inscripción en el Registro Mercantil del cese tiene efectos constitutivo<sup>20</sup>, por lo que haber cesado como administrador y no serlo en el momento en que se produce la causa de disolución permite limitar la responsabilidad del administrador que no era tal en ese momento, si bien, corresponde a éste probar su cese y que había otros administradores en ese momento.

#### **IV.6. Alcance de la responsabilidad del administrador que no ha promovido la disolución.**

El artículo 367.1 LSC afirma que los administradores serán responsables de las obligaciones sociales contraídas con posterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución, no alcanzando a las deudas que venzan y sean exigibles después de la aparición de la causa de disolución<sup>21</sup>, pero sí se incluirían aquellas deudas anteriores documentadas en pagarés o letras de cambio de fecha posterior a la aparición a la causa de disolución<sup>22</sup>.

El artículo 367.2 LSC establece que las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad salvo que los administradores acrediten que son de fecha posterior, de manera que la carga de la prueba

---

<sup>20</sup> STS de 27 de noviembre de 2008 y STS de 10 de mayo de 1999

<sup>21</sup> SAP de Barcelona de 16 de abril de 2009. STS de 9 de enero de 2009

<sup>22</sup> SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de mayo de 2009

recae sobre estos últimos que deben probar la fecha de aparición de la causa de disolución en relación con la fecha de adquisición de la deuda reclamada.

## **V. PROPUESTA DE PROCEDIMIENTOS PARA DETECTAR LA CAUSA DE DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS.**

Hasta ahora hemos hecho referencia a los deberes de los administradores y la relación existente entre el deber de diligencia y el cumplimiento de las obligaciones en materia contable y mercantil.

La estrecha relación existente entre contabilidad, como instrumento que permite reflejar la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad a través de las cuentas anuales, y la causa de disolución por pérdidas, y de esta última con el deber de diligencia e información del administrador y su responsabilidad, exigen a éste último permanecer atento a la marcha del negocio y la evolución de la situación patrimonial de la sociedad.

Los administradores han de identificar si se han implantado los procedimientos adecuados que les permitan cumplir con su deber de información y de diligente empresario, manteniéndose informado de la marcha del negocio.

Para ello, se ha elaborado un sencillo questionario que nos permita identificar qué nivel de involucración en la marcha del negocio y evolución de la situación económico-financiera y patrimonial, tienen los administradores.

### **CUESTIONARIO DE SEGUIMIENTO SITUACIÓN PATRIMONIAL**

#### **OBJETIVO**

Identificar la actitud de los administradores en relación con el cumplimiento de las obligaciones contables y mercantiles asociadas al conocimiento de la situación económico-financiera y patrimonial de la sociedad.



## CUESTIONARIO

1. La empresa formula las cuentas anuales conforme a los principios y normas contables generalmente aceptadas?

*Nota: Esta pregunta deberá ser siempre positiva ya que una respuesta negativa invalidaría el resto del cuestionario.*

2. Se cumplen los plazos para la legalización de libros, formulación de cuentas anuales y aprobación de las cuentas anuales?

*Nota: Esta pregunta está encaminada a determinar si la sociedad viene cumpliendo con la obligación de:*

- *Legalizar sus libros oficiales: actas, diarios de operaciones, balances y cuentas anuales (4 meses después del cierre);*
- *Si se formulan las cuentas en plazo, lo que implicaría la llevanza al día de la contabilidad. (3 meses posteriores al cierre)*
- *Si se aprueban las cuentas en plazo (6 meses posteriores al cierre).*
- *Si se depositan las cuentas en plazo (1 mes tras la aprobación en Junta general)*

3. Se lleva la contabilidad razonablemente actualizada sin que se produzcan retrasos no justificados en operaciones básicas de conciliaciones bancarias, registros de operaciones recurrentes (amortizaciones, subvenciones, valoración de existencias, etc.)

*Nota: Para una buena gestión de la información es imprescindible que la información sea íntegra, fiable y oportuna, por lo que la llevanza de la contabilidad debe encontrarse al día.*

4. Se elaboran por parte del departamento de administración o contabilidad informes de situación de la empresa con una periodicidad, como mínimo, trimestral? En caso contrario, qué procedimiento se sigue por los administradores para tener conocimiento de la marcha de los negocios? Describir.

*Nota: Obtener información sobre si el empresario tiene fijados procedimientos de flujo de información, formales o no, que le permitan obtener información sobre la marcha de la sociedad y sobre la situación de equilibrio o desequilibrio patrimonial.*

*La realización de cierres trimestrales permitirá al administrador obtener información sobre la situación patrimonial de la entidad y junto con el resto de información relativa a la marcha del negocio, (ventas, costes, contratos cerrados, etc.) obtener la información suficiente sobre la situación actual y previsible de la entidad.*

5. Si existen los informes periódicos del punto anterior, incluyen un análisis de la situación económico-financiera (patrimonial y de solvencia) y de evolución de los negocios?.
6. En caso de que no existan informes periódicos y se haya optado por otro mecanismo, qué información se suministra a los administradores?
7. Se reporta por parte de los responsables de administración de manera inmediata aquellos riesgos identificados que puedan afectar a la solvencia?
8. Se realiza un seguimiento por parte de los administradores de los riesgos identificados?
9. Existe por parte de los administradores un adecuado conocimiento de sus obligaciones en materia de sociedades en relación con las causas de disolución e insolvencia?

Es responsabilidad de los administradores de la sociedad mantener un adecuado sistema de control interno que incluya la revisión de aquellas circunstancias de riesgo para la continuidad del negocio y la identificación de situaciones de desequilibrio patrimonial.

La relación entre responsabilidad de los administradores por pérdidas y la responsabilidad concursal no es objeto de este estudio y tienen trámites procesales

diferentes, pero no podemos obviar la relación existente entre causa de disolución por pérdidas y situación de insolvencia.

Las distintas circunstancias que rodean a cada empresa impiden establecer unos criterios o mecanismos específicos aplicables a todas ellas con carácter general, pero es posible elaborar una lista que, en determinados períodos del año, los administradores apliquen con el objetivo de evaluar la situación de su negocio.

Es evidente que este *check list* debe partir de una correcta llevanza de la contabilidad conforme a los principios y normas contables generalmente aceptados en la normativa española vigente en cada momento, puesto que la ausencia de esta premisa básica impedirá obtener conclusiones válidas y, en fase de prueba, pueden ser fácilmente rebatidas.

Por este motivo, a continuación se presenta un *check list* sobre algunas de las cuestiones que deben analizarse desde la perspectiva de cualquier interesado, sobre la base de un conocimiento mínimo de la empresa, y que informan sobre riesgos de insolvencia o situación de desequilibrio patrimonial, como paso previo a la realización de una auditoría o revisión en profundidad sobre las cuentas anuales y la documentación contable y mercantil.

### **REVISIÓN FORMAL DE LAS CUENTAS ANUALES**

#### **OBJETIVO**

Identificar el cumplimiento de la normativa mercantil y contable en la elaboración y formulación de las cuentas anuales, analizando que éstas contienen la información relacionada con los riesgos asociados a la situación patrimonial de la entidad.

#### **CHECK LIST**

1. Se han formulado las cuentas en plazo (3 meses) y éstas han sido aprobadas y presentadas en tiempo y forma?

*Nota: La aprobación y/o presentación fuera de plazo son indicativas de una dejación en el deber de diligencia del ordenado empresario y puede ser un indicio de una actuación inadecuada por parte del empresario.*

2. Las cuentas anuales se han formulado conforme a los criterios y normas contables que le resulta de aplicación, incluido el Plan General aplicable y las adaptaciones sectoriales vigentes?

*Nota: Las sociedades deben formular sus cuentas anuales conforme a lo previsto en el PGC y las adaptaciones sectoriales vigentes, de manera que existen requisitos de información y presentación diferentes atendiendo a la aplicabilidad de una adaptación sectorial o no (clasificación de clientes de ciclo corto o largo en empresas inmobiliarias, etc.).*

3. Se puede deducir a partir de una revisión general de las cuentas anuales que existe equilibrio patrimonial?

*Nota: Con anterioridad a la realización de un análisis de detalle, la información contenida en las cuentas anuales destinada a terceros puede mostrar indicios, bien de una situación patrimonial débil, o bien, poner de manifiesto la ausencia de información suficiente para llegar a esa conclusión previa.*

4. Realizar una revisión visual de los siguientes componentes de las cuentas anuales que informan sobre la situación económico-financiera de la empresa:

- Epígrafe de PATRIMONIO NETO del balance de situación pasivo.
- Epígrafe de FONDOS PROPIOS del balance de situación pasivo.
- Partida de resultados de los últimos dos ejercicios y concordancia con la Cuenta de Pérdidas y Ganancias.
- Fondo de maniobra de los dos últimos ejercicios (Activo Corriente – Pasivo Corriente).
- Evolución de los pasivos bancarios a largo y corto plazo según aparece reflejados en el balance de situación pasivo, así como de la partida de gastos financieros de la cuenta de pérdidas y ganancia.
- Información sobre el grado en que los activos propiedad de la sociedad se encuentran sujetos a garantía hipotecaria o pignoratícia. Esta información se puede obtener de las distintas notas de la memoria.
- Información sobre la existencia de cuotas de préstamos impagados durante el ejercicio y la situación a cierre del ejercicio. Esta información se puede obtener de la nota específica de la memoria.
- Información sobre aplazamiento en el pago a proveedores a partir de 2010.

5. Se informa en la memoria sobre la existencia de pasivos contingentes no contabilizados y que pudieran tener incidencia sobre la situación patrimonial?

6. Revisar los factores causantes y mitigantes de la duda sobre la continuidad de los negocios de la sociedad, como pueden ser: fondo de maniobra negativo, pérdidas continuadas en los últimos años, existencia de créditos participativos, etc.

7. Información relativa a ampliaciones de capital en curso.

8. Revisar la existencia de préstamos participativos, quién los concede y características de los mismos.

#### **ANALISIS ECONÓMICO-FINANCIERO PRELIMINAR A PARTIR DE LAS CUENTAS ANUALES**

9. Aplicar una batería básica de ratios a partir de la información contenida en las cuentas anuales. En la medida de lo posible, se debe disponer de información referida a varios años.

- ✓ Solvencia
- ✓ Liquidez
- ✓ Endeudamiento
- ✓ Prueba ácida
- ✓ Distancia al concurso
- ✓ Período medio de cobro y de pago
- ✓ Rotación del activo (existencias, deudores, etc.)

10. Aplicar una batería de análisis evolutivos de partidas significativas de los balances de situación y cuenta de pérdidas y ganancias.

- ✓ Evolución de los fondos propios y patrimonio neto
- ✓ Evolución de la cifra de ventas
- ✓ Evolución de los pasivos bancarios
- ✓ Evolución de los gastos financieros, en términos absolutos y en relación con las ventas
- ✓ Evolución de los gastos de personal, en términos absolutos y en relación con las ventas

- ✓ Evolución de los costes de aprovisionamientos, en términos absolutos y en relación con las ventas

11. Se han identificado en las cuentas anuales, a partir de la revisión realizada anteriormente, la existencia de partidas significativas:

- ✓ Representativas de derechos de crédito sin movimiento o de lenta recuperación? (Créditos no recuperables por importe significativo que forman parte del Activo corriente pero cuyo cobro no está asegurado o se producirá en el largo plazo).
- ✓ Cuya clasificación contable en el corto o largo plazo no se adapte a las condiciones reales de los contratos que las sustentan o que, de la evolución de las mismas, se deduzca otra cosa? (clasificación de pasivos bancarios a largo o corto plazo, operaciones de crédito a largo plazo con clientes (clientes de ciclo largo en promotoras inmobiliarias), etc.
- ✓ En concreto, se observa una evolución de las existencias acorde con la evolución de la cifra de ventas y los porcentajes que representan los aprovisionamientos sobre el total de ventas?

A partir de la revisión realizada se puede obtener información sobre la situación de insolvencia o desequilibrio patrimonial actual o inminente. Si bien este *check list* se aplica sobre las cuentas anuales ya formuladas, determinados apartados se pueden aplicar sobre los cierres periódicos (balances mensuales o trimestrales) que elabore el administrador, de manera que la información contenida en la memoria se sustituya por la información suministrada por el departamento de contabilidad a los mismos efectos (cuotas de préstamos impagadas, aplazamiento de pago a proveedores, contingencias vivas, etc.)

## **VI. JURISPRUDENCIA SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR PÉRDIDAS.**

En este apartado se realiza una breve recopilación de las sentencias de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la jurisprudencia menor sobre la responsabilidad de los administradores por pérdidas, reproduciendo parcialmente aquellas que se consideran más ilustrativas y a las que no se ha hecho referencia en otros apartados.

✓ **STS de 15 de julio de 1997 y STS de 30 de junio de 1997**

La responsabilidad del administrador es una pena civil por la inactividad de aquellos (los administradores) al no solicitar el acuerdo de disolución de ésta en aquellos casos en que tal causa puede colocar a la entidad en una situación de insolvencia frente a los acreedores.

✓ **STS de 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 25 de abril de 2002 y STS 12 de junio de 2002**

La jurisprudencia ha venido interpretando la responsabilidad de los administradores como una responsabilidad ex lege y cuasi-objetiva, que se basa en el *“hecho objetivo en el cual asienta el legislador la responsabilidad de los administradores sin otras consideraciones”*, y cuya retroactividad ha de ser excluida por mor del artículo 9.3. de la constitución española, que se ha de aplicar a las normas sancionadoras

✓ **STS de 23 de febrero de 2004**

La causa de disolución no existirá hasta que las pérdidas graves no vengán reflejadas en un balance que forme parte de las cuentas anuales.

✓ **STS de 22 de diciembre de 1999, STS de 30 de enero de 2001, STS de 31 de mayo de 2001; STS de 20 de julio de 2001, STS de 9 de enero de 2006, STS de 26 de junio de 2006.**

Sentencias que confirman el carácter sancionador de la responsabilidad.

✓ **STS de 30 de octubre de 2000, 20 de julio de 2001, 16 de diciembre de 2004, 9 de marzo de 2006, 23 de marzo de 2006, 4 de julio de 2007.**

Las pérdidas pueden ser cuantificadas en cualquier momento del ejercicio económico de una sociedad, sin que sea necesario tener que esperar a la formulación de las cuentas anuales por parte de los administradores sociales.

✓ **STS de 23 de octubre de 2008**

Se argumenta que es doctrina jurisprudencial de la Sala del TS que el "dies a quo" para el cómputo del plazo de dos meses es el del conocimiento por parte del administrador del desequilibrio patrimonial

✓ **STS de 27 de noviembre de 2008 y STS de 10 de mayo de 1999**

No puede el administrador renunciar a su cargo después de la aparición de la causa legal de disolución sin cumplir antes con las obligaciones que le vienen impuestas en los artículos 365 y 366 LSC, no olvidando que la inscripción en el Registro Mercantil del cese tiene efectos constitutivo.

✓ **STS de 9 de enero de 2009, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de mayo de 2009. SAP de Barcelona de 16 de abril de 2009.**

Los administradores serán responsables de las obligaciones sociales contraídas con posterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución, no alcanzando a las deudas que venzan y sean exigibles después de la aparición de la causa de disolución, pero sí se incluirían aquellas deudas anteriores documentadas en pagarés o letras de cambio de fecha posterior a la aparición a la causa de disolución.

✓ **STS Sala Primera, de lo Civil, 29 de julio de 2009**

La responsabilidad de los administradores se genera sin necesidad de que concurra culpa o negligencia, y se extiende a todos los miembros el consejo de administración.

✓ **STS de 20 de julio de 2001, STS de 9 de enero de 2006, STS de 30 de junio de 2010 y 29 de septiembre de 2010**

Niegan el carácter sancionador de la responsabilidad del administrador

✓ **SAP de Zaragoza de 7 de diciembre de 1994**

Subsiste la obligación de instar la disolución judicial, pero dada su solicitud de convocatoria de la junta es de moderar la responsabilidad de dicho requirente en la relación interna de responsabilidad entre administradores..."



✓ **Sentencia de la AP de las Palmas, Secc. 4ª, 20 de abril de 2009**

*“Con ello no sólo incumplieron un deber esencial de los administradores sociales que tiene como efecto el cierre del R. Mercantil para cualquier acto que no sea el cese de los administradores..., sino que impidieron que los terceros, entre los que se hallaba la sociedad aquí demandante, conocieran la situación económica de la sociedad,... Imposibilitando así que los acreedores pudieran probar la disminución patrimonial existente en relación con la causa 4ª del artículo 260 LSA”*

✓ **Sentencia de la AP de Lugo (s. 1ª) de 23 de septiembre de 2010**

*“La falta de presentación de las cuentas anuales a partir del año 2008 y las demás irregularidades reseñadas supone el incumplimiento por parte de los administradores de su obligación legal de diligencia, pero ello no basta para colegir que han incumplido su deber de gestionar la insolvencia o concurso de la sociedad. Como ya se ha dicho, a la conducta negligente habría que sumar la prueba de la inactividad social o falta de patrimonio.*

✓ **Sentencia de la AP de Zaragoza, s. 5ª, de 16 de noviembre de 2010**

La ausencia de presentación de cuentas anuales impide conocer la situación patrimonial de la sociedad demandada, de manera que, cualquier tercero de buena fe ha podido contratar con la misma entendiendo que esta presentaba una situación de equilibrio cuando, realmente, pudiera encontrarse en causa de disolución.

Otras sentencias de la jurisprudencia menor a las que no se ha hecho referencia en otros apartados de este trabajo, son las siguientes:

**AP Pontevedra, Sec. 1ª, 5 octubre 2009<sup>23</sup>**

*Se trata de una responsabilidad de naturaleza objetiva o cuasi-objetiva, que se resumen en que se declaración no exige la concurrencia de un reproche culpabilístico que hubiera que añadir a la constatación de que no se había promovido la liquidación de la sociedad mediante la convocatoria de la junta o solicitud judicial (o concurso cuando concurra el*

---

<sup>23</sup> AP Pontevedra 31-7-2009. AP Barcelona 21-7-2009; AP Madrid 17-7-2009; AP Madrid 17-4-2009+

*presupuesto objetivo), del mismo modo que no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto de los administradores, o, en otros términos, no exige más que el enlace causal preestablecido en la propia norma.*

*Así en la Sentencia de la AP Pontevedra de 26 de junio de 2006, se señala que “dicha responsabilidad no participa de la naturaleza de la responsabilidad civil derivada de culpa extracontractual, como sí ocurre con la derivada del artículo 135, sino que surge sólo por el hecho de que el administrador incumplía la obligación legal de promover la disolución de la sociedad cuando concurra causa para ello; se trata por lo tanto de una responsabilidad ex lege y cuasi-objetiva que no cabe subordinar ni supeditar a la concurrencia de un nexo causal entre aquel incumplimiento y el daño que haya podido producirse al acreedor social ante el impago de su crédito, pues lo que el legislador ha pretendido con ello, según claramente se advierte por el redactado de sus preceptos reguladores ha sido añadir a la garantía patrimonial que ofrezca la sociedad, una responsabilidad solidaria personal e ilimitada de los administradores frente a la sociedad.*

**AP Madrid, Sec. 28ª, 17 julio 2009**

*“La responsabilidad exigida en dicho precepto no exige más negligencia que la prevista en él, que surgirá en el momento mismo en que los administradores conocen o debieron conocer la situación patrimonial y sin embargo no procedieron a convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adoptase el acuerdo de disolución. Es esta pasividad de los administradores, al no realizar las actuaciones exigidas en los artículos 262 TRLSA y 105 LSRL (actual 363 LSC), la que lleva aparejada su responsabilidad solidaria por obligaciones sociales.”<sup>24</sup>*

*Tampoco se exige relación de causalidad entre el incumplimiento del administrador y el impago de la deuda<sup>25</sup>, puesto que la responsabilidad ex lege del artículo 262.5 TRLSA y el 105.5. LSR (actual 363.1.d) no persigue que los impagos en que pueda incurrir la entidad tenga que cubrirlos sus administradores sin que por éstos se reaccione para prevenir que en el tráfico mercantil puedan seguir operando entidades mercantiles carentes de viabilidad.”*

---

<sup>24</sup> STS de 14 de abril de 2000 y 20 de julio de 2001.

<sup>25</sup> STS de 28 de abril de 2006, 27 de octubre de 2006 y 7 de febrero de 2007, sobre causalidad.

Resumen: Se trata de una responsabilidad ex lege y cuasi-objetiva que deriva del simple hecho de incumplir con la obligación de convocar la junta para adoptar las medidas oportunas, de manera que la responsabilidad patrimonial de la sociedad se complementa con la responsabilidad solidaria personal e ilimitada de los administradores. No es necesaria la existencia de nexo causal entre el incumplimiento del administrador y el impago de la deuda.

## **VII. LA PRUEBA. INTERVENCIÓN DEL PERITO ECONÓMICO.**

### **VII.1. La carga de la prueba.**

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y otra jurisprudencia menor ha dejado claro no es necesaria la existencia de un nexo causal entre el daño causado (falta de cobro de la deuda) y situación de insolvencia, debiendo probar los administradores sociales que en el momento en que se produce la causa de disolución la deuda ya resultaba vencida y exigible. Es decir se produce una inversión en la carga de la prueba.

*“En virtud del principio de facilidad y disponibilidad probatoria establecido en el art. 217.6 LEC, serán los administradores los que, probado el incumplimiento o el acto o acuerdo lesivo, prueben que el daño no se debe a su conducta negligente o que su conducta no supone incumplimiento legal o estatutario, ya que en su condición de administradores disponen de los medios probatorios necesarios y la probanza les resulta más fácil.”<sup>26</sup>*

En este sentido se han pronunciado sentencias como las de AP de Pontevedra de 15 de julio de 2009, en la que se manifiesta “...presumiendo que son de fecha posterior salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior...”

En la acreditación de que la situación de disolución es posterior a la deuda, resulta destacable la ausencia de presentación de las cuentas anuales por parte de los administradores, cuyo incumplimiento no provoca por sí misma la responsabilidad de

---

<sup>26</sup> Modulo 2. Tema 4. “Responsabilidad de los administradores”. Salvador González Martín. UNIA. 2010-2011

éstos pero sí trae consigo la inversión de la carga de la prueba, debiendo ser los administradores los que acrediten la ausencia de la causa de disolución.<sup>27</sup>

Adicionalmente, y quizás con mayor claridad sobre este tema, se pronuncia Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, s. 5ª, de 16 de noviembre de 2010, que establece que la ausencia de presentación de cuentas anuales impide conocer la situación patrimonial de la sociedad demandada, de manera que, cualquier tercero de buena fe ha podido contratar con la misma entendiendo que esta presentaba una situación de equilibrio cuando, realmente, pudiera encontrarse en causa de disolución.

En caso de ausencia de presentación de cuentas anuales, y ante el planteamiento de derivación de responsabilidad a los administradores por incumplimiento del deber de convocar junta general de socios conforme a lo previsto en el actual artículo 367.1 LSC, conviene la sentencia que se produce una inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al demandado demostrar que la sociedad no se encuentra en causa de disolución y, por tanto, no debió convocar junta general en el plazo legalmente previsto.

En la misma dirección la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (s. 1ª) de 23 de septiembre de 2010 se pronuncia como sigue:

*“La falta de presentación de las cuentas anuales a partir del año 2008 y las demás irregularidades reseñadas supone el incumplimiento por parte de los administradores de su obligación legal de diligencia, pero ello no basta para colegir que han incumplido su deber de gestionar la insolvencia o concurso de la sociedad. Como ya se ha dicho, a la conducta negligente habría que sumar la prueba de la inactividad social o falta de patrimonio.*

*En este caso, con inversión de la carga de la prueba, como lo entienden pertinente algunas Sentencias como la de la AP de Las Palmas, de 20 de mayo de 2009 (“la no presentación de las cuentas anuales en el Registro mercantil no constituye causa de disolución de la Sociedad Anónima pero sí trae consigo la inversión de la carga de la prueba respecto de la existencia de la causa de disolución 4º del 260 de la LSA, debiendo ser los administradores demandados*

---

<sup>27</sup> AP de las Palmas, Secc. 4ª, 20 de abril de 2009, “Con ello no sólo incumplieron un deber esencial de los administradores sociales que tiene como efecto el cierre del R. Mercantil para cualquier acto que no sea el cese de los administradores..., sino que impidieron que los terceros, entre los que se hallaba la sociedad aquí demandante, conocieran la situación económica de la sociedad,.... Imposibilitando así que los acreedores pudieran probar la disminución patrimonial existente en relación con la causa 4ª del artículo 260 LSA

*quienes acrediten que la sociedad no ha incurrido..."), los administradores han demostrado que la sociedad no ha incurrido en las causas de disolución aducidas por la demandante."*

## **VII.2. La prueba pericial contable.**

En determinadas circunstancias, corresponde al administrador social probar que la causa de disolución es posterior a la deuda y, consecuentemente, su responsabilidad no alcanza a las mismas.

En otras ocasiones, la carga de la prueba recae sobre el acreedor que ve imposible el cobro de su crédito y recurre a la reclamación judicial al administrador, de la deuda impagada. En este caso, corresponde al acreedor la acreditación de la situación de desequilibrio patrimonial y la derivación de responsabilidad.

Dado que la casuística que puede presentarse es muy diversa y excede del alcance de este trabajo, a continuación exponemos dos supuestos de prueba pericial contable en la que se pretende acreditar la causa de disolución previa al nacimiento de la deuda impagada.

### **CASO 1. Responsabilidad de los administradores. Acreedor impagado y ausencia de presentación de cuentas anuales.**

#### **▪ Objeto de la pericial contable.**

Acreditar, por encargo del acreedor impagado, la situación de disolución de la sociedad con anterioridad al nacimiento de la deuda, derivando la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 363.1.d) LSC a los administradores.

#### **▪ Características de la sociedad.**

Sociedad limitada auditada en los ejercicios 2006 y 2007 según consta en las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil, que ha incumplido reiteradamente la obligación de depósito y auditoría a partir de ese ejercicio (falta depósito de los ejercicios 2008, 2009 y 2010).

▪ **Información utilizada en el informe.**

Este tipo de periciales presenta siempre el problema de no disponer de más información que la que obra en registros públicos y la obtenida de terceros. En este caso, la información disponible fue la siguiente:

1. *Cuentas anuales de la sociedad "XYZ, S.L.", correspondientes a los ejercicios 2006 y 2007 obtenidas del Registro Mercantil, junto con sus informes de auditoría.*
2. *Certificación digital del Registrador Mercantil, de fecha 14/01/2011, relativa a los actos inscritos por "XYZ, S.L." a la fecha de certificación.*
3. *Información de procesos judiciales publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) y en el Boletín Oficial de la Provincia de \_\_\_\_ (BOP).*
4. *Noticias publicadas en Internet sobre problemas económicos de la constructora "XYZ, S.L."*

▪ **Procedimientos aplicados y resultados más significativos.**

La inexistencia de cuentas anuales depositadas por la sociedad demandada desde el ejercicio 2008 en adelante (incluido este último), hace difícil determinar la situación de causa de disolución de la misma a los efectos de derivar la responsabilidad de los administradores, por lo que la pericial se orientó hacia la acreditación de:

1. Incumplimiento generalizado de las obligaciones de los administradores de formulación y depósito de cuentas desde el ejercicio 2007, lo que impedía a terceros conocer la verdadera situación de la misma.
2. Incumplimiento de someter a auditoría obligatoria las CCAA de la sociedad.
3. Incumplimiento reiterado en la convocatoria de Junta general ordinaria para la presentación y aprobación de las cuentas anuales.
4. Situación de disolución a 31 de diciembre de 2007 a partir de las CCAA auditadas a esa fecha.

De los datos contenidos en las CCAA auditadas disponibles, no se ponía de manifiesto la situación de desequilibrio patrimonial de la sociedad, pero la interpretación adecuada de las salvedades incluidas en el informe de auditoría, demostraba que la sociedad se encontraba en causa de disolución a pesar de que sus CCAA reflejaban otros datos.

# A

"[...] Si se corrigieran las cuentas anuales en este sentido, el resultado y el patrimonio de la Sociedad quedarían notablemente reducidos. El impacto resulta especialmente significativo en el caso de los saldos de clientes no confirmados, para ello se han simulado tres escenarios en los que se produjeran unos fallidos de estos clientes del 5%, del 10% y del 15%, bastaría con que se cuestionara solo un 5% de los saldos de clientes para que el patrimonio de la sociedad se viera reducido en 423.401 euros (8.468.020 euros x 5%).

Si corrigiéramos las Cuentas Anuales de 2007 en estas tres partidas (siguiendo con el ejemplo de provisionar un 5% de los saldos no confirmados), la Sociedad quedaría con un patrimonio contable inferior al 50% de la cifra de capital, según el siguiente cuadro:

	<b>Ejercicio 2007</b>		
	<b>Escenario 1</b>	<b>Escenario 2</b>	<b>Escenario 3</b>
<b>Porcentaje del saldo de cliente no confirmado</b>	<b>5%</b>	<b>10%</b>	<b>15%</b>
<b>I. Capital suscrito</b>	570.000,00	570.000,00	570.000,00
<b>II. Reservas</b>	354.508,45	354.508,45	354.508,45
<b>1. Reserva Legal</b>	114.000,00	114.000,00	114.000,00
<b>5. Otras reservas</b>	240.508,45	240.508,45	240.508,45
<b>VI. Pérdidas y ganancias</b>	7.783,72	7.783,72	7.783,72
<b>Correcciones auditoría</b>			
<b>Salvedad párrafo 5º</b>	-299.954,90	-299.954,90	-299.954,90
<b>Limitación alcance párrafo 3º</b>	-67.408,00	-67.408,00	-67.408,00
<b>Limitación alcance párrafo 4º</b>	-423.401,00	-846.802,00	-1.270.203,00
<b>Fondos propios corregidos</b>	<b>141.528,27</b>	<b>-281.872,80</b>	<b>-705.273,8</b>

Los datos anteriores muestran que, con corregir un porcentaje mínimo de los saldos a cobrar (escenario 1, 5% del saldo de clientes no confirmado), la Sociedad quedaría en una situación de causa de disolución, al quedar su patrimonio en una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente

## A

*solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal. (Artículo 104.1.e) Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Lo mencionado anteriormente se agrava en los escenarios 2 y 3 en los que al pasar a fallidos un 10% y un 15% sobre los saldos no confirmados de clientes, hace que los fondos propios sean negativos quedando su patrimonio por debajo del 50% de capital social.*

### ▪ **Conclusión.**

La pericial contable puso de manifiesto la situación de disolución de la sociedad demandada en el ejercicio 2007 cuando la deuda tenía origen en el ejercicio 2010, por lo que se inicia procedimiento destinado a derivar la responsabilidad a los administradores por la deuda no atendida por la sociedad.

De acuerdo con la jurisprudencia corresponderá a los administradores, que no han presentado cuentas anuales, acreditar que no se encontraban en situación de disolución antes de que se generara la deuda con el acreedor, circunstancia ésta que resultaba difícil ante la ausencia de formulación de cuentas anuales, depósito y celebración de junta general ordinaria desde el ejercicio 2006.

### **CASO 2. Responsabilidad de los administradores. Cese e inicio de acción de responsabilidad contra los administradores salientes iniciada por acuerdo de la Junta General de socios.**

#### ▪ **Objeto de la pericial contable.**

Verificar el incumplimiento de las obligaciones mercantiles y contables a las que se encontraba sujeta la sociedad durante el período 2004 a 2008, fecha de cese de los administradores, y análisis de la situación patrimonial de la sociedad al objeto de la derivación de responsabilidad por pérdidas a los administradores sociales salientes.

#### ▪ **Características de la sociedad.**

Sociedad limitada de reducida dimensión con posibilidad de formular cuentas anuales conforme al RD. 1515/2007, de 16 de noviembre por la que se aprueba el Plan General de Contabilidad para pequeñas y medianas empresas a partir de 2008 o cuentas anuales



abreviadas de acuerdo con el RD. 1643/1990, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad hasta 31 de diciembre de 2007.

La sociedad no estaba obligada a auditarse ni se ha venido auditando voluntariamente durante el período analizado. No obstante, los socios minoritarios solicitaron el nombramiento de auditor al Registro Mercantil para la revisión de las cuentas anuales del ejercicio cerrado al 31 de diciembre de 2007, sin que el auditor nombrado pudiera aplicar los procedimientos de auditoría por limitaciones impuestas por los administradores demandados.

Los nuevos administradores no disponen de contabilidad correspondiente a los ejercicios anteriores a la fecha de toma de posesión de sus cargos (febrero de 2008), a excepción de unos balances de sumas y saldos, balances de situación y cuentas de pérdidas y ganancias de los ejercicios 2004 a 2008. Adicionalmente, la sociedad ha despedido a su personal y se encuentra en situación de inactividad.

▪ **Información utilizada en el informe.**

La pericial requerida presenta importantes limitaciones documentales puesto que los administradores no han formulado cuentas anuales, se desconoce cómo han llevado la contabilidad social al no existir diario de operaciones ni legalización de libros oficiales, las cuentas anuales no han sido aprobadas en Junta General, ni se han depositado en el Registro Mercantil durante el período 2004 a 2008.

La documentación disponible utilizada a los efectos de la pericial es la siguiente:

1. *Acta Notarial de la Junta General de Socios celebrada el \_\_ de febrero de 2009.*
2. *Certificaciones digitales del Registro Mercantil, de fechas 3/01/2011, 23/05/2011 y 31/05/2011, relativas a los actos inscritos por "ABC, S.L." a la fecha de certificación.*
3. *Certificación del Registrador Mercantil de fecha 15/05/2009, relativa a los depósitos de cuentas anuales de los ejercicios 2004, 2005 y 2006, y a la situación registral de la Sociedad.*
4. *Balances de situación y cuentas de pérdidas y ganancias de los ejercicios 2004 a 2008 recogidos en el acta Notarial de la Junta General de Socios de fecha \_\_ de febrero de 2009, a excepción del balance pasivo de 2007.*
5. *Extractos de las cuentas bancarias disponibles.*
6. *Diversa documentación fiscal correspondiente a los ejercicios 2002 a 2009.*

7. *Certificado emitido por el auditor nombrado por el Registro Mercantil a requerimiento de los minoritarios para realizar la auditoría de las cuentas anuales del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2007.*
8. *Certificado de deudas actualizado a mayo de 2011 relativo a los pasivos con la Tesorería de la Seguridad Social y la Hacienda Pública.*

▪ **Procedimientos aplicados y resultados más significativos.**

Ante la ausencia de documentación mercantil y contable de la sociedad correspondiente al período objeto de la pericial, los procedimientos se diseñaron para poner de manifiesto la dejación de funciones y el incumplimiento de los deberes de diligencia en la llevanza de la contabilidad y cumplimiento de las obligaciones contables, mercantiles, fiscales y laborales de los administradores salientes.

La pericial incluyó la verificación del cumplimiento de las principales obligaciones mercantiles (llevanza de la contabilidad como un ordenado empresario, formulación y depósito de cuentas, llevanza y legalización de libros oficiales, etc.), contables (formulación de cuentas y llevanza de la contabilidad) y fiscales (liquidación y presentación de impuestos, etc.)

Por otra parte, y con el objeto de derivar responsabilidad por pérdidas ante la inactividad de los administradores que debieron instar la disolución y no lo hicieron, se realizó un análisis de la situación patrimonial durante los ejercicios 2004 a 2008 a partir de los balances de sumas y saldos, balances de situación y cuentas de pérdidas y ganancias que los administradores salientes presentaron en la última Junta General en la que se procedió a su cese, considerando los errores identificados en la valoración de activos o pasivos que la información facilitada ponía de manifiesto.

Como resultados más significativos de los procedimientos aplicados se puso de manifiesto la falta de diligencia total por parte de los administradores en la llevanza de la contabilidad y cumplimiento de las obligaciones mercantiles generales que todo ordenado empresario debe cumplir de acuerdo con su deber de diligencia. Las últimas cuentas formuladas por los administradores se corresponden con el ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2003, por lo que se había producido el cierre registral.

Se observó el incumplimiento de determinadas obligaciones fiscales, fundamentalmente, liquidación y presentación del Impuesto sobre Sociedades.

Los administradores salientes impidieron al auditor nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de la minoría realizar su trabajo correspondiente al ejercicio 2007.

▪ **Conclusión.**

Como resultado fundamental de la pericial elaborada, una vez demostrada la falta de diligencia en las obligaciones impuestas a los administradores por la legislación mercantil vigente en cada momento, se elaboró un cuadro de situación patrimonial que ponía de manifiesto que, tras la consideración de los “errores” identificados por el perito a partir de la información disponible, la situación patrimonial manifestada en los balances de situación aportados (que no cuentas anuales) era la de desequilibrio hasta alcanzar la causa de disolución prevista en la normativa mercantil, como mínimo, desde el ejercicio 2007.

Partida	31/12/2008	31/12/2007
<b>Patrimonio Neto (*)</b>	<b>11.208,55</b>	<b>10.083,64</b>
Fondos Propios	11.208,55	10.083,64
• Capital	3.606,07	3.606,07
• Reservas	36.773,26	36.773,26
• Resultados negativos ejercicios anteriores	(30.295,69)	(34.907,08)
• Pérdidas y ganancias	1.124,91	4.611,39
<b>ERRORES E INCUMPLIMIENTOS CONTABLES IDENTIFICADOS (**)</b>		
• Sobrevaloración de existencias	(21.151,07)	(17.803,60)
• Sobrevaloración de activos materiales	(2.705,03)	(5.410,05)
<b>Total valoración errores</b>	<b>(23.856,10)</b>	<b>(23.213,65)</b>
<b>PATRIMONIO NETO AJUSTADO</b>	<b>(24.254,38)</b>	<b>(13.130,01)</b>
<b>CAPITAL SOCIAL</b>	<b>3.606,07</b>	<b>3.606,07</b>

(\*) Datos obtenidos del balance de situación del ejercicio 2008 formulado conforme al PGC1990, debiendo haberse realizado conforme al PGC de 2007, en vigor a esa fecha.

(\*\*) Interpretación técnica sobre la valoración de determinados activos de acuerdo con la información suministrada. En este caso, sobrevaloración de existencias y de inmovilizado material.

Los errores contables identificados que afectan al patrimonio de la sociedad, se referían a sobrevaloración de activos (existencias y clientes), y de su correcto registro y valoración conforme a normas y principios contables generalmente aceptados, que hubieran determinado la generación de unas pérdidas en ejercicios anteriores que situarían a la sociedad en causa de disolución.

Corresponde a los administradores salientes, ante la ausencia de cuentas anuales depositadas, probar la inexistencia de causa de disolución en los ejercicios analizados.

### **VII.3. Consideraciones finales sobre la prueba pericial contable.**

El perito se encuentra en muchas ocasiones con dificultades o limitaciones en el alcance de su trabajo que impiden que éste pueda realizarse con la amplitud necesaria para acreditar, la situación de desequilibrio patrimonial de la sociedad y, por tanto, la derivación de responsabilidad a los administradores sociales por las deudas generadas con posterioridad al momento en que debió instarse la disolución.

Si la sociedad ha venido cumpliendo regularmente con las obligaciones de presentación y depósito de sus cuentas anuales, el perito puede recurrir a las mismas para realizar el análisis necesario aún con datos limitados. En este caso, la acreditación de las causas de disolución (desde la perspectiva del acreedor instantáneo) pueden presentar muchos problemas si la sociedad ha venido cumpliendo con sus obligaciones mercantiles y no se detectan incumplimientos significativos que, sin auditoría, permitan afirmar por un perito que las cuentas presentadas en el Registro no son fidedignas, ni representan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la empresa.

Cuando el empresario ha venido incumpliendo regularmente con sus obligaciones mercantiles, la pericial puede orientarse a poner de manifiesto los incumplimientos que el administrador ha incurrido, de manera que haga “más creíble” ante el juzgador, la interpretación que el perito realiza sobre la situación patrimonial de la entidad a partir de los datos disponibles.

Así, los errores identificados sobre unas cuentas anuales no auditadas y puesta de manifiesto la falta de diligencia de los administradores en el cumplimiento de sus deberes como tales, invierten la carga de la prueba hacia el administrador y sustenta razonablemente las conclusiones de la pericial.

Si los errores se han recogido en un informe de auditoría de cuentas anuales de la sociedad, la interpretación del efecto que éstos errores tendrían sobre el patrimonio se sustentan en la opinión técnica de un experto contable, debiendo igualmente los administradores de la sociedad acreditar que no se han producido los efectos descritos sobre el patrimonio de ésta.

#### **VIII. CONCLUSIONES.**

La responsabilidad por obligaciones sociales se incorporó a nuestra legislación en la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea, adquiriendo especial relevancia en la actual situación de crisis económica y financiera que atraviesa nuestro país.

Probablemente por ello, la Ley Concursal, además de contemplar una responsabilidad concursal compatible con la responsabilidad societaria (arts. 48.2 y 172.3 LC 22/2003), modificó las Leyes de sociedades anónimas y de sociedades limitadas (disposiciones finales vigésima y vigésimo primera LC) para establecer que los administradores no serían sancionados con esa asunción de obligaciones sociales cuando, concurriendo simultáneamente a la causa de disolución el estado de insolvencia, instaran el concurso de la sociedad. Posteriormente, se produjo una nueva modificación legal de estas normas, en la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, delimitando el alcance de la responsabilidad a las obligaciones sociales *«posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución»*, estableciendo, además, que *«las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior»*.

La legislación mercantil vigente en materia de sociedades de capital ha venido regulando en los artículos 262.5 TRLSA y 105 LSRL la responsabilidad de los administradores sociales por la inactividad en el cumplimiento de su obligación de instar la disolución o remover la causa de disolución. La causa de disolución concurre cuando, de acuerdo con el actual artículo 363.1 LSC:

*1. La sociedad de capital deberá disolverse:*

- a) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto.*
- b) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.*
- c) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.*
- d) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.*
- e) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley.*
- f) Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años.*
- g) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.*

Este trabajo se ha centrado en el análisis de la causa de disolución recogida en el apartado 1.d) anterior del artículo 363, cuando el patrimonio de la sociedad quede reducido por debajo del capital social que, como ha manifestado el Tribunal Supremo, tiene su ratio en la conducta omisiva del administrador que induce al acreedor a contratar con la sociedad al hacerle creer que ésta se encuentra en una situación de normalidad desde la perspectiva patrimonial y económico-financiera.

La jurisprudencia ha interpretado dicha responsabilidad como de naturaleza ex lege y cuasi-objetiva, con carácter sancionador que se genera por la simple inactividad de los administradores, sin que se exija la existencia de una relación entre el daño (impago de la deuda) y situación de disolución.

La relación existente entre el cumplimiento de las obligaciones mercantiles y contables impuestas al ordenado empresario (administrador) y la identificación de la situación de disolución de la sociedad, impiden que éste pueda interponer el desconocimiento de la situación como atenuante de su culpa.

El deber de diligencia e información le exigen estar al tanto de la evolución de los negocios de la sociedad y de su situación patrimonial, fijándose un plazo de dos meses desde el momento en que se conoció o debió conocerse la situación de desequilibrio patrimonial para instar la disolución de la sociedad.

Si bien la jurisprudencia invierte la carga de la prueba a la hora de que el acreedor inicie el procedimiento de derivación de responsabilidad al administrador, correspondiendo a éste último acreditar que no se encontraba en causa de disolución en el momento del nacimiento de la deuda, el acreedor debe poner de manifiesto a través de la prueba que estime oportuna al situación de causa de disolución no instada por el administrador.

\* \* \* \* \*

## **IX. BIBLIOGRAFÍA.**

- GUERRA MARTIN, GUILLERMO y otros. *“La Responsabilidad de los administradores de Sociedades de Capital”*. LA LEY. 1ª Edición. Marzo 2011.
- MOYA BALLESTER, JORGE. *“El Procedimiento de disolución y liquidación en la Ley de Sociedades de Capital”*. LA LEY. 1ª Edición. Diciembre 2010.
- ROJO, ANGEL. Apuntes sobre *“Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”*. Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid. (Estudio basado en normativa anterior a RDL 1/2010).
- Base de datos del Poder Judicial (CENDOJ)
- SEPIN Mercantil. *“Al Detalle: Jurisprudencia. Responsabilidad de los administradores. Acción por falta de disolución del artículo 262.5 TRLSA”*. 2º Trimestre de 2010. Revista Nº 6
- ÚBEDA, ELENA. *“Sociedades Anónimas: Responsabilidad General y sobre las cuentas anuales”*. Partida Doble. Revista número 160. Noviembre de 2004.