La acción individual promovida por acreedores sociales (STS 1.^a de 5 de noviembre del 2019)

Fernando Marín de la Bárcena

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Se analizan los presupuestos y el fundamento del ejercicio por parte de los acreedores de una sociedad desaparecida «de hecho» de la acción individual de responsabilidad contra los administradores de esa sociedad y la improcedencia de dicha acción cuando la sociedad haya sido declarada en concurso de acreedores.

1. Introducción

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre del 2019 trata sobre una acción individual de responsabilidad de administradores promovida por el acreedor de una sociedad que posteriormente fue declarada en concurso.

La demanda que dio lugar al proceso solicitaba que se condenase a la sociedad y a su administrador a pagar solidariamente dos deudas: a) una cantidad derivada de la «prestación de servicios y transportes a la demandada», pendientes de pago, y b) cierta suma en concepto de «daños y perjuicios por la custodia de bienes abandonados por la demandada en las instalaciones de la actora». La acción de responsabilidad del administrador se basaba con carácter principal en el incumplimiento de los deberes de promoción de la disolución (art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital o LSC); subsidiariamente, se promovía la acción individual de responsabilidad (mal llamada «responsabilidad individual») para reclamar idéntica suma, pero en concepto de «daño directo» (art. 241 LSC).

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

La sociedad demandada había cesado en su actividad poco tiempo después de la prestación de los servicios de los que dimanaban las facturas (mayo del 2011) y de la causación de los daños y, además, había sido declarada en concurso en diciembre del 2013. La declaración de concurso provocó precisamente que la demandante desistiera de la acción por no promover la disolución y se continuara sólo por la acción individual, que es la que llega al Tribunal Supremo.

La Audiencia Provincial de Barcelona consideró que no concurrían los presupuestos para el ejercicio de esta acción porque, tanto el hecho de haberse retrasado el administrador en la solicitud del concurso como el haber realizado una hipotética liquidación inadecuada de los activos sociales —que era el fundamento de la acción individual que invocaba la demanda—, debía juzgarse en la sección de calificación del concurso. El Tribunal Supremo confirma la resolución por los argumentos que analizamos seguidamente.

2. El fundamento de la acción individual cuando la promueven los acreedores

El Tribunal Supremo recuerda, en primer lugar, los presupuestos sobre los que se asienta la doctrina jurisprudencial sobre acción individual promovida por los acreedores:

No puede identificarse la actuación antijurídica de la sociedad que no abona sus deudas y cuyos acreedores se ven impedidos para cobrarlas porque la sociedad deudora es insolvente, con la infracción por su administrador de la ley o los estatutos, o de los deberes inherentes a su cargo. Esta concepción de la responsabilidad de los administradores sociales convertiría tal responsabilidad en objetiva y se produciría una confusión entre la actuación en el tráfico jurídico de la sociedad y la actuación de su administrador.

Efectivamente, los acreedores no pueden basar las demandas de responsabilidad de los administradores de la sociedad deudora en la idea de que el administrador «no hizo lo suficiente para procurar el pago de la deuda» o no «veló» porque la sociedad pagara, ni argumentos de esta naturaleza. Ésa es una doctrina plenamente compartible, aunque, al exponerla, el tribunal hace algunas afirmaciones que deben matizarse:

- En primer lugar, no es que la responsabilidad «se convierta» en «objetiva». Con esa afirmación, la sentencia nos devuelve al tiempo en que se decía que la responsabilidad por deudas del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital era «objetiva» y la responsabilidad del artículo 241 de la misma ley no lo era al ser responsabilidad por daños.

La denominación *responsabilidad objetiva* se utilizó en su momento para referirse a la responsabilidad por riesgo y para diferenciarla de la responsabilidad por culpa, pero ya entonces se dijo que la creación de un riesgo también tenía que ser atribuida

subjetivamente y que esa denominación de *responsabilidad objetiva* resultaba equívoca. Lo cierto es que la responsabilidad de los administradores (y toda responsabilidad) es siempre subjetiva porque, ya se trate del incumplimiento de un deber legal (como el de promover la disolución) o del incumplimiento de otros deberes inherentes al desempeño del cargo, la atribución a título de culpa de esos incumplimientos es necesaria, como se deduce claramente del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital. Por ejemplo, un administrador podría perfectamente basar su defensa ante una demanda de responsabilidad por deudas en que, a pesar de emplear la diligencia promotora debida para cumplir el deber legal de disolver la sociedad, no pudo hacerlo por hechos externos (por ejemplo, por la imposibilidad de acceder a la contabilidad), es decir, en su falta de culpa en un sentido subjetivo.

- En segundo lugar, el argumento de la «confusión» entre la actuación en el tráfico de la sociedad y la del administrador también podría explicarse de otro modo. La idea de la «confusión de esferas» se utiliza normalmente para extender al administrador la obligación de pagar deudas de la sociedad sobre la base de un principio de protección de la confianza en la apariencia representativa (el tercero confía en que contrata con otra persona), pero no es lo que ocurre en estos casos.

Es en el siguiente párrafo cuando el Tribunal Supremo explica correctamente el fundamento de su razonamiento:

Para que pueda prosperar la acción individual es necesario identificar una conducta propia del administrador, distinta de no haber pagado el crédito, que pueda calificarse de ilícito orgánico y a la cual pueda atribuirse la causa de no haber sido satisfecho el crédito.

Es acertado. Para declarar la responsabilidad de los administradores no es suficiente apelar a la mera infracción de un deber contractual que sólo vincula a la sociedad y al acreedor demandante (art. 1257 CC), sino que es preciso alegar un fundamento autónomo de responsabilidad (un ilícito orgánico de los previstos en el art. 236 LSC). De otro modo, eso sí, se estarían trasladando sobre los administradores los riesgos derivados de los contratos suscritos por la sociedad y se produciría la «confusión» a la que alude la sentencia.

No obstante, todavía se podría matizar más y afirmar que es necesario distinguir el tipo de daño que reclama el demandante.

Si lo que se reclama es un daño derivado de la realización de un riesgo contractual típico (por ejemplo, el impago de las facturas por los servicios prestados o, para la otra parte, daños derivados de la defectuosa prestación del servicio), la acción individual se debe rechazar como regla porque de ese riesgo responde exclusivamente la sociedad que contrató con el acreedor demandante. Sólo cuando el comportamiento antijurídico del administrador genere un

nuevo riesgo no previsto por las partes en el momento de contratar o produzca un incremento del riesgo de impago o incumplimiento se podrá fundamentar una acción individual por la causación de un daño de este tipo (por ejemplo, a quien dolosamente impaga una factura en un momento en que la sociedad es solvente le es atribuible el incremento del riesgo de impago derivado de la posterior insolvencia de la sociedad deudora, aunque ésta se deba a razones externas).

Es posible —como hemos dicho— que al administrador le sea imputable la generación de un riesgo distinto al contractual típico que, si se realiza en un daño directo, pueda generar la responsabilidad personal del administrador o, simplemente, que el acreedor no resulte perjudicado como parte contractual, sino como propietario. Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento, esto puede ocurrir cuando, además de no pagar las facturas del alquiler, se produzcan destrozos en la propiedad del arrendador al retirar elementos adheridos a ella. Quizá se podría haber fundamentado así la solicitud de indemnización del daño directo derivado de los gastos de custodia a su vez derivados del abandono de materiales en sus instalaciones al que apelaba el demandante en este caso. Ese sería un daño producido en la fase de liquidación (no en la de cumplimiento) del contrato, pero la demanda carecía de un argumento de este tipo.

3. La acción individual y el cierre de hecho de las sociedades

Efectivamente, de la lectura de las sentencias citadas se deduce que la fundamentación jurídica de la acción individual no se centró en la indebida injerencia del administrador en la fase de ejecución del contrato con la sociedad, sino en la desaparición «fáctica» de la sociedad: cesa en la actividad, no se disuelve ni se liquida y no se solicita el concurso.

Los acreedores que no pueden acogerse al artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital —porque sus créditos son anteriores a la concurrencia de la causa de disolución— o que tratan de evitar la paralización de las acciones interpuestas por declaración del concurso de acreedores de la sociedad demandada (art. 58 de la Ley Concursal o LC) suelen recurrir a la acción individual por cierre de hecho como petición subsidiaria.

Se trata de una estrategia que puede funcionar si el demandante prueba el conjunto de circunstancias que la jurisprudencia considera relevantes para imputar al administrador, como daño directo, la imposibilidad de cobrar un crédito. Entre esas circunstancias resulta fundamental alegar que la sociedad deudora tenía activos que, de haberse liquidado ordenadamente, habrían permitido el cobro del demandante, de modo que se pueda inferir que la falta de liquidación ordenada de esos activos perjudicó el derecho de crédito de éste en su faceta de derecho a ejecutar el patrimonio del deudor para obtener el pago de la prestación debida (o la indemnización derivada del incumplimiento). Sin embargo, esto no se hizo en el caso y el Tribunal Supremo lo explica en este párrafo:

En este caso el ilícito orgánico denunciado ha sido realizar un cierre de hecho sin practicar operaciones de liquidación. En un supuesto como éste la dificultad radica en apreciar

una relación de causalidad entre esta conducta y el impago de la deuda, pues se precisa la constatación de la existencia de concretos activos cuya realización hubiera permitido abonar total o parcialmente la deuda. Algo que realizado hubiera servido para pagar el crédito.

Y a continuación explica lo que ocurre cuando, aunque se haya acreditado la existencia de activos cuya ordenada liquidación habría permitido cobrar, la sociedad deudora es declarada en concurso de acreedores:

Cuando un cierre de hecho de una sociedad viene seguido de una declaración de concurso de acreedores de la sociedad, aunque sea dos años después, esa relación de causalidad se difumina tanto que dificulta su apreciación. Aun en el supuesto en que se demostrara que al tiempo de verificarse el cierre había algún activo concreto pendiente de ser liquidado, con el que se hubiera podido pagar el crédito del demandante, la posterior apertura del concurso pone de relieve la existencia de otros acreedores concurrentes, lo que dificulta concluir que con aquella correcta liquidación se hubiera pagado necesariamente el crédito del demandante. [...] Y, en su caso, los posibles fraudes derivados de la distracción de bienes o del retraso en la solicitud del concurso, como afirma la sentencia, tienen un cauce natural para su apreciación y sanción, que es la calificación concursal».

En definitiva, si la demanda sobre la acción individual se basa en el incumplimiento de los deberes que sirven de fundamento a la calificación y a la responsabilidad concursal, la tramitación de esa demanda debe suspenderse o su incoación rechazarse si la sociedad ha sido declarada en concurso de acreedores. Esto es así por la misma razón por la que se suspenden y no pueden iniciarse acciones contra los administradores por incumplimiento de deberes de promoción de la disolución (art. 51 bis LC).

Por otro lado, no hay que olvidar que estamos ante un supuesto de extensión extraordinaria del ámbito de aplicación de la acción individual. Si se distraen activos de la liquidación, esto perjudica el patrimonio social y es perseguible mediante la acción social. Lo que ocurre es que, si la sociedad ha desaparecido, no hay contabilidad, no hay cuentas anuales y no hay procedimiento de liquidación, no tiene sentido remitir al acreedor a la acción social (240 LSC) y se abre la puerta a la individual. Pero si hay un concurso abierto, entonces la acción individual debe decaer para que la responsabilidad de los administradores se dilucide en ese procedimiento mediante la acción social o en la sección de calificación, en beneficio de la colectividad de los acreedores sociales. La liquidación temporánea y ordenada del patrimonio de una sociedad de capital es un deber cuya infracción en el contexto próximo a la insolvencia puede determinar la calificación culpable del concurso (art. 164 LC). En esa sección, la desaparición de hecho, la falta de llevanza de la contabilidad y la infracción masiva de deberes de prevención, evitación y minoración de los efectos de la insolvencia determinarán normalmente la obligación de pagar todo el déficit concursal (art. 172 bis LC).

4. Conclusión

La doctrina que contiene esta sentencia del Tribunal Supremo, con las matizaciones apuntadas en los apartados anteriores, nos parece correcta. No obstante, podría resultar útil advertir de que la distracción de activos titularidad de la sociedad incluso en fase de liquidación es un daño al patrimonio social que debe ser indemnizado mediante la acción social de responsabilidad.

Es conveniente tener en cuenta que la ampliación del ámbito de la acción individual a los supuestos de cierre de hecho de empresas se construyó sobre supuestos de hecho en los que no concurre sólo una distracción de activos, sino una acumulación de factores, como la falta de depósito de las cuentas anuales, la propia desaparición de hecho, la falta de apertura de la liquidación o el concurso, que justificaron una solución pragmática: no tiene sentido remitir al acreedor indirectamente perjudicado al ejercicio de la acción social si ha sido el propio administrador quien ha impedido el funcionamiento «normal» del sistema de acciones de responsabilidad de administradores.

Lógicamente, si el concurso se declaró, se deben volver a aplicar las reglas generales y dilucidar en el procedimiento concursal las consecuencias de todos los comportamientos que, por implicar una infracción de deberes de prevención, evitación o minoración del riesgo de insolvencia, pudieran determinar la condena a reintegrar el patrimonio de la concursada mediante la acción social de responsabilidad o la calificación culpable del concurso.

Sería distinto si la acción individual se hubiese basado en un comportamiento antijurídico observado cuando la sociedad era aún solvente y no era previsible su insolvencia o en la infracción de otro tipo de deberes sobre los que no pudiera fundamentarse la calificación culpable de un concurso (por ejemplo, causación de daños personales o a los derechos reales del acreedor, dolo, infracción de normas jurídicas, creación de nuevos riesgos no típicos del contrato, etcétera). En estos casos no se produce una concurrencia de regulaciones y por eso procedería el ejercicio de la acción individual al margen del concurso de acreedores.