

RESPONSABILIDAD POR NO PROMOCIÓN DE LA DISOLUCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO RECTOR

Jorge Moya Ballester

Profesor de la Universidad de Alicante

RESUMEN

El trabajo tiene como objeto el estudio de la aplicación del régimen de responsabilidad de administradores, establecido en la Ley de Sociedades Anónimas, al consejo rector de la sociedad cooperativa. En concreto, se pretende analizar la hipotética aplicación del sistema de responsabilidad contenido en el artículo 262.5 LSA a los miembros del consejo rector. Para ello se analizan dos posibles vías de aplicación. En primer lugar, la ley estatal de sociedades cooperativas establece en su artículo 43 una remisión completa al régimen de responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas. En segundo lugar, el artículo 4 del Código Civil contempla la analogía como método para la integración de lagunas legales. Ambas posibilidades son estudiadas con el fin de poder determinar si la responsabilidad por no promoción de la disolución es aplicable a los miembros del consejo rector.

PALABRAS CLAVE

Consejo rector; responsabilidad; promoción de la disolución; remisión; y analogía.

I. INTRODUCCIÓN

Los administradores de sociedades mercantiles se encuentran sometidos a dos sistemas de responsabilidad distintos desde el punto de vista del derecho societario. Por un lado, encontramos la acción social y la acción individual que persiguen reparar el daño cometido por los administradores sobre el patrimonio de la sociedad, de los socios considerados de forma individual, o de los acreedores. Por otro lado, se encuentra el sistema de responsabilidad contenido en el artículo 262.5 LSA que surge cuando los administradores incumplen sus concretos deberes respecto a la promoción de la disolución de la sociedad. Pues bien, el art. 43 de la Ley de Cooperativas Estatal, Ley 27/1999, de 16 de julio (en adelante, LCE) establece para los administradores de la sociedad cooperativa una remisión general al régimen de responsabilidad establecido en la Ley de Sociedades Anónimas.

Por otro lado, el art. 70 LCE recoge la obligación de disolver la sociedad cooperativa, entre otros, en el caso de paralización de los órganos sociales o de la actividad, también por la reducción del número de socios por debajo del mínimo establecido en la propia ley, por la realización del objeto social o la imposibilidad de su cumplimiento. Las causas de disolución contempladas en el art. 70 LCE son similares a las contempladas en el art. 260 LSA, existiendo las normales diferencias basadas en las particularidades de la sociedad cooperativa. Asimismo, el procedimiento de disolución es muy similar al contemplado en la LSA¹. En primer lugar, surge a cargo de los miembros del consejo rector, la obligación de convocar una asamblea general para que ésta adopte el acuerdo de disolución, estableciendo, a continuación, que si no se lograra dicho acuerdo de disolución cualquier interesado podrá solicitar la disolución judicial.

Pese a lo anterior, la LCE sólo impone el deber a cargo de los administradores sin contemplar consecuencia jurídica alguna para el caso en que se incumpliera el referido deber de promover la disolución judicial. Por lo tanto, la LCE no establece para los administradores de la sociedad cooperativa el riguroso sistema de responsabilidad por incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad que sí incorpora la LSA en su art. 262.5 LSA.

El presente trabajo tiene como objetivo estudiar la posible aplicación de la responsabilidad ex art. 262.5 LSA a los miembros del consejo rector de una sociedad cooperativa que incumpliesen su deber de promover la disolución. En este sentido, dos son las vías por las que se podría extender la aplicación de la responsabilidad por no promoción de la disolución a la sociedad cooperativa. En primer lugar, cabe

1. Vid., Pastor Sempere, C., "La responsabilidad del órgano de administración de las sociedades cooperativas a la luz de la "ley de transparencia" 26/2003, de 17 de junio y de la "ley concursal" Ley 22/2003, de 9 de julio" en *Libro Homenaje a Iván Sánchez Trujillo*, 2006, en prensa, pág. 10.

preguntarse si la remisión general que contiene el art. 43 LCE a la normativa sobre responsabilidad de administradores de sociedades anónimas alcanza también a la responsabilidad por no promoción de la disolución de la sociedad. En segundo lugar, también cabe estudiar la posible aplicación analógica del art. 262.5 LSA a los consejeros de la sociedad cooperativa. Se trata fundamentalmente de analizar si se dan los requisitos necesarios para poder aplicar analógicamente a la sociedad cooperativa la responsabilidad *ex art.* 262.5 LSA.

Además, también es objeto de análisis en el presente trabajo la modificación operada por la Ley 19/2005, Ley sobre la Sociedad Anónima Europea y las posibles consecuencias que dicha modificación pueda tener en relación a la cuestión estudiada. Asimismo, en esta materia resulta necesario revisar las distintas soluciones que los legisladores autonómicos han adoptado.

II. APLICABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD EX ART. 262.5 LSA A LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA

a) Remisión general al régimen de responsabilidad de administradores del artículo 43 LCE

Como ya se ha señalado con anterioridad, el art. 43 LCE establece para los consejeros de la sociedad cooperativa una remisión general al régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas. En concreto, el art. 43 LCE señala que:

*La responsabilidad de los consejeros e interventores **por daños causados**, se regirá por lo dispuesto para los administradores de las sociedades anónimas, si bien, los interventores no tendrán responsabilidad solidaria. El acuerdo de la Asamblea General que decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad requerirá mayoría ordinaria, que podrá ser adoptado aunque no figure en el orden del día. En cualquier momento la Asamblea General podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción siempre que no se opusieren a ello socios que ostenten el cinco por ciento de los votos sociales de la cooperativa.*

De esta forma, atendiendo al tenor del precepto resulta evidente que la remisión que hace la Ley de Cooperativas Estatal es a la responsabilidad por daños a la que están sometidos los administradores de las sociedades de capital. Así, para que la responsabilidad *ex art.* 262.5 LSA estuviera comprendida dentro de la remisión establecida en el art. 43 LCE, dicha responsabilidad debería poder ser clasificada dentro de la responsabilidad indemnizatoria o por daños.

En este sentido, nuestra doctrina ha mantenido una postura considerablemente homogénea, al considerar que la responsabilidad por no promoción de la disolución no es una responsabilidad de carácter indemnizatorio² y que, en consecuencia, no requiere la producción de un determinado daño para que surja la responsabilidad a cargo de los administradores. No ocurre lo mismo en el ámbito de la jurisprudencia. Al menos durante los primeros años de vigencia de la actual Ley de Sociedades Anónimas entre las resoluciones de las audiencias provinciales se produjo una notable polémica acerca de la consideración de la responsabilidad *ex art.* 262.5 LSA como responsabilidad por daño³. Esta polémica jurisprudencial fue, finalmente, zanjada por el Tribunal Supremo que sentó doctrina al considerar que la responsabilidad *ex art.* 262 no debía ser considerada como una responsabilidad por daño⁴.

La responsabilidad *ex art.* 262.5 LSA por no promoción de la disolución, ni por su función ni por los presupuestos de ejercicio, es reconducible al clásico mecanismo de indemnización civil de los daños causados. En el supuesto que nos ocupa, la ley no indemniza un daño producido, sino que trata de evitar una situación que considera peligrosa para la sociedad (la pérdida de más de la mitad del capital social). La ley no pretende reparar ningún daño en concreto, sino evitar que se menoscabe la garantía de cobro que tienen los acreedores. Se trata pues, de evitar un incumplimiento concreto, no de reparar un daño. Cuando analizamos el sistema contenido en los artículos 133, 134 y 135 LSA observamos de forma clara el carácter indemnizatorio de dicha responsabilidad. Sin embargo, en la responsabilidad *ex art.* 262.5 LSA no existe ningún carácter indemnizatorio, sino que se impone como consecuencia del incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad en diversas situaciones. Por lo tanto, no importa si se ha producido un daño en el patrimonio de los acreedores o no. Lo realmente relevante para que surja esta responsabilidad es que se produzca el incumplimiento establecido en la ley, es decir,

2. Son pocos los autores que sostienen que la responsabilidad *ex art.* 262.5 responde a los caracteres de la responsabilidad por daño. En este sentido tanto el profesor Vicent Chuliá en *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2003, pág. 408, como el profesor Cerdá Albero, en *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, 2000, págs. 123-127.

3. A favor de la consideración de la responsabilidad por no promoción de la disolución como responsabilidad por daños podemos encontrar la SAP de Zaragoza de 4 de diciembre de 1992; SAP de Córdoba de 5 de mayo de 1994; SAP de Granada de 14 de mayo de 1994; SAP de Lérida de 5 de junio de 1995; SAP de Vizcaya de 13 de noviembre de 1997, etc. En contra de esta concepción podemos encontrar SAP de Málaga de 20 de marzo de 1993; SAP de Valencia de 8 de abril de 1993; SAP de Tarragona de 13 de junio de 1995; SAP de Valladolid de 26 de julio de 1995; SAP de Vizcaya de 23 de marzo de 1996; y SAP de Baleares de 4 de septiembre de 1997, entre otras muchas.

4. El Tribunal Supremo negó la necesidad de acreditar el nexo causal en sus sentencias de 3 de abril de 1998 y STS 21 de septiembre de 1999 y de 30 de octubre de 2000, señalando que este tipo de responsabilidad

que los administradores incumplan su deber de promover la disolución de la sociedad en el caso de que se produzcan algunas de las causas de disolución⁵.

Una vez hemos señalado que la responsabilidad por no promoción de la disolución no puede ser considerada como un mecanismo de tipo indemnizatorio, resulta claro que no es posible su aplicación a la sociedad cooperativa por medio de la remisión general contenida en el art. 43 LCE. Este precepto establece que “la responsabilidad de los consejeros e interventores por daños causados...”. Así, la remisión del art. 43 LCE hará referencia a la acción social y a la acción individual, acciones contenidas en los art. 133-135 LSA, pero no a la responsabilidad por no promoción de la disolución, ya que ésta no tiene carácter indemnizatorio o reparador de los daños causados. La responsabilidad *ex art.* 262.5 LSA no surge por los daños producidos sino por el incumplimiento del específico deber de promoción de la disolución que la ley establece a cargo de los administradores cuando se den determinadas causas de disolución.

b) Aplicación analógica a la sociedad cooperativa de la responsabilidad ex art. 262

Una vez desechada la posibilidad de aplicar el sistema de responsabilidad *ex art.* 262.5 LSA como consecuencia de la remisión general del art. 43 LCE, resta por analizar la segunda opción que se apuntaba en la introducción de este trabajo, esto es, aplicar analógicamente la mencionada responsabilidad por no promoción de la disolución. De acuerdo con lo establecido en el art. 4 de nuestro Código Civil: “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.” Sin embargo, en el párrafo siguiente se establece que “las leyes penales, la excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos a los comprendidos expresamente en ellas.”

El análisis sobre la existencia de la identidad de razón no resulta una cuestión especialmente complicada. En primer lugar, debemos señalar que las cooperativas son sociedades que tienen carácter mercantil y actúan como actores económicos en el tráfico empresarial. Esta afirmación se desprende del art. 1.1 LCE que define

5. Vid. Esteban Velasco, G., “Algunas reflexiones sobre de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, en *RdS*, núm. 5, 1995, págs. 71 y ss; Uría, Menéndez y Beltrán, “Disolución y liquidación de la sociedad anónima (arts. 260 a 281 de la LSA)” en Uría, Menéndez y Olivencia (Dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, IX. Madrid, 2002, págs. 79 y ss.; García-Cruces González, “La responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución de las sociedad: consideraciones en torno al debate jurisprudencial”, en Galán Corona, J. y García Cruces, J.A., (Coord.), *Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades de capital en La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, aspectos civiles, Penales y fiscales*. Madrid, 1999, págs., 62 y ss.; y Machado Plazas, J., *Pérdida de capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*. Madrid, 1997, cit., págs. 318 y ss.

a la cooperativa como una sociedad constituida para la realización de actividades empresariales. Esta opinión es compartida por nuestra doctrina más relevante que considera que el carácter mercantil de la sociedad cooperativa no sólo se desprende de su sumisión al estatuto del empresario, sino también de la sujeción a “las exigencias del mercado”. Asimismo, cabe recalcar que la ley establece como “objetivo prioritario” “la consolidación empresarial de la cooperativa”⁶, tal y como recoge la exposición de motivos de la LCE

En segundo lugar, ambas sociedades requieren de forma necesaria la existencia de un órgano de administración. La doctrina señala que los administradores de una sociedad anónima ocupan una posición orgánica que se deriva de la propia constitución de la sociedad. El nacimiento de la personalidad jurídica de la sociedad implica que ésta deba dotarse de un órgano que ejerza tanto las funciones internas de gestión como las funciones externas de representación⁷. Del mismo modo, la sociedad cooperativa requiere también de forma necesaria de la existencia de un órgano de administración que ejerza las funciones gestión y de representación de la sociedad. De acuerdo con lo establecido en el artículo 32 LCE este órgano no es otro que el consejo rector. Por lo tanto, ambos tipos de sociedades se dotan de un órgano de administración cuya naturaleza jurídica.

Por lo que respecta al régimen jurídico aplicable a ambos órganos, cabe decir que algunas de las diferencias clásicas se han ido difuminando paulatinamente⁸. Por un lado, el principio clásico del autoorganicismo propio de las sociedades cooperativas se encuentra en franco retroceso. Así, el artículo 37 LCE y varias leyes autonómicas⁹ establecen que personas distintas de los socios podrán ocupar puestos en el consejo rector, siempre y cuando no excedan de un tercio del total. En este sentido, la Ley 8/2006, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Especiales de Extremadura en su artículo 9 establece que no será necesario tener la condición de socio para ser nombrado miembro del consejo rector, sin establecer limitación alguna respecto. Por otro lado, otra característica propia de la sociedad cooperativa como es la posibilidad de que la asamblea general impartiera instrucciones sobre determinadas decisiones que son competencia del consejo rector, ya no es una característica exclusiva de las cooperativas. De este modo, la Ley de Sociedades

6. Vid., Uría, Menéndez y Vérguez en *Curso de Derecho Mercantil*, pág. 1427. También Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte en *Instituciones de Derecho Mercantil*, págs. 664-665.

7. Por todos, vid. Sánchez Calero, F., *Los administradores en las Sociedades de Capital*, Pamplona, 2005, pág. 93.

8. Escapa al objeto de este estudio realizar un análisis completo del régimen jurídico del consejo rector. Sobre esta cuestión, vid., Pastor Sempere, C., “Órgano de Administración”, en “Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación” (dir) Pulgar Ezquerro, Madrid, 2006, págs. 536 y ss.

9. Vid, art. 37 Ley 14/2006, de 11 de diciembre, Ley Foral de Cooperativas de Navarra y artículo 50 Ley 8/2006, de 16 de noviembre, Ley de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia.

de Responsabilidad Limitada de 1995 dispone en su artículo 44.2 que la junta general podrá “impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión”. Por consiguiente, parece claro que las diferencias en cuanto al régimen jurídico de ambos órganos cada vez son menores.

En tercer lugar, la identidad de razón también se produce por la similitud entre las normas, contenidas en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Cooperativas Estatal, relativas a las causas de disolución y al procedimiento para proceder a la efectiva disolución de la sociedad. Así, entre las causas comunes de disolución entre ambos tipos de sociedades encontramos el acuerdo de la junta general (asamblea general en el caso de la cooperativa), el cumplimiento del tiempo fijado en los estatutos, la paralización de los órganos sociales, la realización del objeto social, la imposibilidad de alcanzar la realización de dicho objeto social, la reducción del capital social por debajo del capital mínimo, la fusión o escisión total y cualquier otra causa establecida en los estatutos.

Además, tal y como ha puesto de manifiesto la profesora Pastor Sempere¹⁰, la regulación para proceder a la efectiva disolución en el caso en el que se produzca alguna de las causas de disolución que no operan de forma ipso iure es muy similar en ambos tipos de sociedades. En ambas regulaciones se establece la obligación de los administradores de convocar la junta general (o asamblea general) en el caso de que efectivamente se produzca la causa de disolución. Si dicha junta general no es convocada, se convoca pero no se llega a celebrar o el acuerdo adoptado es contrario a la disolución, entonces surgirá la posibilidad de que cualquier interesado pueda solicitar la disolución judicial. Sin embargo, pese a que se trata de supuestos semejantes, la LCE no contempla consecuencia jurídica alguna para el caso de que se dé un incumplimiento por parte de los administradores respecto de su deber de convocar la asamblea para que ésta adopte el acuerdo de disolución.

Ahora bien, el problema para la aplicación analógica no se plantea en cuanto a la identidad de razón, sino en si el sistema de responsabilidad contenido en el art. 262.5 LSA debe ser considerado como una norma excepcional o no. Si se considerase una norma excepcional su aplicación analógica por mor del art. 4 CC no sería posible, ya que las normas excepcionales constituyen una de las excepciones a la analogía contempladas en el segundo párrafo del mencionado art. 4 CC. Sobre esta cuestión no existe acuerdo en nuestra doctrina, lo que también impide que exista acuerdo sobre la posible aplicación analógica del referido sistema de responsabilidad por no promoción de la disolución. Por un lado, existe un sector que entiende que la responsabilidad establecida en el art. 262.5 LSA tiene un carácter eminentemente sancionador y que, como toda norma jurídica sancionadora, debe ser aplicada de

10. Pastor Sempere, C., “La responsabilidad del órgano ...” ob. cit., pág. 10.

forma restrictiva sin que se pueda aplicar esta norma de forma analógica, dado su carácter sancionador y excepcional¹¹.

Por otro lado, existe otro sector de la doctrina que niega que la responsabilidad por no promoción de la disolución tenga un carácter excepcional y que, en consecuencia, defiende una aplicación de la norma no restrictiva¹². Resulta especialmente relevante la aportación de los profesores Rodríguez Artigas y Marín de la Bárcena Garcimartín que sostienen que el objetivo del legislador no es tanto sancionar a los administradores como proteger a acreedores sociales. Estos autores sostienen que con el establecimiento de esta responsabilidad no se pretende un enriquecimiento injustificado y que, en consecuencia, no es posible negar la acción de regreso. Señalan también que la calificación de responsabilidad-sanción, con la que habitualmente se conoce a la responsabilidad por no promoción de la disolución, surge como forma para poder distinguirla de las acciones de responsabilidad individual y social de carácter indemnizatorio. Se ha señalado que en este caso “sanción” se utiliza en sentido amplio, como reacción jurídica para el caso de incumplimiento de una norma o de una obligación contractual¹³. Esta responsabilidad *ex art.* 262.5 no tiene carácter punitivo, sino que crea la obligación de responder por las deudas sociales como consecuencia del incumplimiento de una norma jurídica (la que obliga a promover la disolución).

De forma similar se pronuncia nuestro Tribunal Supremo¹⁴ al señalar que la responsabilidad por no promoción de la disolución social contemplada en el art.

11. Vid., Martínez Segovia, F. J., “La técnica de regulación empleada por la legislación cooperativa en materia de liquidadores, en particular para determinar su responsabilidad” en <http://www.ucm.es/info/eec/seminarios.php>; y Morillas Jarillo, M.J. y Feliú Rey, M. I., en *Curso de Cooperativas*, Madrid, 2002, pág. 593. También Sequeira Martín, A. y Sacristán Bergia, F., “Una reflexión sobre la responsabilidad de los miembros del consejo rector de las cooperativas, en *RdS*, núm. 21, 2003, pág. 222 y 230. Estos últimos autores sostienen que si bien es cierto que no se puede aplicar el art. 262.5 a los miembros del consejo rector, sí que será posible que los administradores de una sociedad cooperativa respondan por el incumplimiento del deber de promoción de la disolución, ya que este específico deber de los administradores se puede reconducir al genérico deber de diligencia que pesa sobre todo administrador. Estos autores consideran de forma acertada que el art. 127 LSA es aplicable a los administradores de la sociedad cooperativa. De esta forma y siempre según los autores citados, los administradores responderán por su incumpliendo respecto de los deberes de promoción cuando se interponga la acción individual de responsabilidad. Por otro lado, el profesor Alcover Garau en “La doble reforma de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 4, 2006, pág. 89, también considera que se trata de una norma de carácter sancionador que debe ser interpretada de forma restrictiva.

12. Vid., Rodríguez Artigas, F. y Marín de la Bárcena Garcimartín, F., “Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de Sociedad Anónima por no promoción de la disolución en caso de pérdidas (art. 262.5 LSA). STS 1º de 16 de diciembre de 2004” en *RdS*, núm.24, 2005, pág. 310; y Pastor Sempere, en “la responsabilidad del órgano...” *ob. cit.*, págs. 11 y 12.

13. Vid., Quijano González, J., “Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad (art. 262.5 TRLSA [RCL 1989, 2737]” en *RdS*, núm. 5, 1995, pág. 81.

14. Vid., STS de 28 de abril de 2006.

262.5 LSA “evoca no tanto el concepto de pena cuanto el concepto de una reacción del ordenamiento ante el defecto de promoción de la liquidación de una sociedad incursa en causa de disolución...” Continúa el Tribunal Supremo señalando que “esta idea de “sanción” no excluye que, si bien con rasgos muy específicos, no haya de alejarse el operador jurídico, al interpretar y aplicar las normas en examen, del territorio de la responsabilidad civil, pues de otro modo no se explica que se imponga a los administradores una “responsabilidad solidaria” por las obligaciones sociales, sobre todo cuando la sociedad puede hallarse incursa en causas disolución que no impliquen riesgo de especie alguna para el buen fin de los créditos que ostenten frente a los acreedores”.

A la hora de analizar la posibilidad de aplicar analógicamente a las sociedades cooperativas el régimen de responsabilidad contenido en el art. 262.5 LSA, es importante tomar en consideración la modificación que introduce la ley 19/2005, tal y como se hace a continuación.

III. LA INCIDENCIA DE LAS ÚLTIMAS NOVEDADES LEGISLATIVAS EN LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EX ART. 262.5 LSA A LA SOCIEDAD COOPERATIVA

En virtud de la responsabilidad contemplada en el art. 262.5 LSA, tal y como estaba configurada en el momento en el que entró en vigor la Ley de Sociedades Anónimas en 1989, los administradores respondían de forma personal y solidaria por todas las deudas sociales. Sin embargo, tal y como apunta el profesor Rojo¹⁵, en los inicios del proyecto de reforma de la Ley de Sociedades Anónimas estaba previsto tan solo hacer responsables a los administradores por las deudas surgidas con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución. De esta forma, la norma sólo pretendía que aquellas sociedades que se encontraran en causa de disolución se abstuvieran de seguir operando en el tráfico mercantil. Así, se trataba de proteger a terceros que pudieran contratar con una sociedad que se encontrara incursa en causa de disolución. Sin embargo, posteriormente, en el Anteproyecto de Ley elaborado por la Secretaría General Técnica cambia el criterio y se procede a realizar una extensión del “ámbito objetivo” de la responsabilidad de los administradores, al extenderla no sólo a las deudas surgidas con posterioridad al nacimiento de la

15. Rojo, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, en *Derecho de Sociedades, libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*. Madrid, 2002, págs. 1437 y ss., pág. 1449.

causa de disolución, sino también a las deudas surgidas con anterioridad al nacimiento de la causa de disolución. De esta forma, la norma no sólo pretende la inactividad de aquellas sociedades que se encuentran incursas en causa de disolución, sino que además pretende la disolución de todas aquellas sociedades que se encuentren inactivas. Al extender la responsabilidad de los administradores a las deudas anteriores, el legislador pretendía acabar con el llamado fenómeno del cierre de hecho de la sociedad, muy extendido en nuestro país. En el momento en el que entró en vigor la Ley del 1989, en España era extremadamente frecuente que las sociedades no procedieran a su ordenada extinción, sino que simplemente dejaran de actuar en el tráfico. El legislador pretendía acabar con la inseguridad jurídica que creaba la existencia de un gran número de sociedades no operativas¹⁶. Así, la responsabilidad *ex art.* 262.5 no sólo tenía como objetivo obligar a las sociedades a dejar de actuar en el tráfico, sino sancionar a aquellos administradores que no promoviesen la disolución de la sociedad cuando ésta estuviera incursa en causa de disolución. Esta responsabilidad, tal y como fue configurada en el momento de la promulgación, ha sido ampliamente criticada al ser considerada como una sanción desmesurada. De este modo, varios autores consideraban que la responsabilidad por no promoción de la disolución era desmedida¹⁷.

Sin embargo, según nuestra doctrina, el legislador de 2005 consideraba que después del cambio legislativo operado en el derecho concursal, ya no era necesaria una norma tan rigurosa como la del art. 262.5¹⁸. El legislador decide reducir el ámbito de esta responsabilidad a las deudas surgidas con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución. Si mantenemos el razonamiento que realiza el profesor Rojo, la responsabilidad *ex art.* 262.5 ya no constituye un instrumento de lucha contra el cierre de hecho de las sociedades, pues ya no tiene como objetivo sancionar a los administradores que incumplen su deber de promover la disolución de la sociedad. Al hacer que los administradores sólo respondan por las deudas

16. Vid., Rojo, A. "Los deberes de los administradores..." en AAVV, *Derecho de sociedades, libro homenaje...*, cit., págs. 1447-1449.

17. Cabe recordar a este respecto las fuertes críticas que ha recibido la responsabilidad *ex art.* 262.5 como consecuencia del riguroso sistema implantado. En este sentido, el profesor Sánchez Calero que califica esta responsabilidad de "inaudita" y de "extremada", en *Instituciones ... ob. cit.*, pág. 715. También el profesor Alcover Garau en "La doble reforma ... ob.cit.", pág. 83, calificaba la responsabilidad contenida en el art. 262.5, hasta la reforma operada por la Ley 19/2005, como una responsabilidad "irracional".

18. Vid., Alcover Garau, G., "La doble reforma..." ob. cit., pág. 84. Sostiene este autor que hasta la promulgación de la Ley Concursal, los procedimientos concursales eran procedimientos obsoletos que justificaban que una norma tan severa como la contemplada en el art. 262.5 se mantuviera con el objetivo de que los administradores procuraran la disolución de la sociedad. Esta opinión, aunque resulte justificada, no viene avalada por la propia ley que nada dice en su exposición de motivos sobre las razones que llevaron al legislador a este cambio legislativo. También resulta necesario criticar la forma en la que el legislador realizó este cambio legislativo, mediante una disposición final de la Ley sobre Sociedad Anónima Europea.

generadas con posterioridad al momento en que se produce la causa de disolución, siguiendo la argumentación anterior, la ley sólo castiga a los administradores cuando la sociedad incurso en causa de disolución continúe operando en el tráfico mercantil.

De esta forma, con la modificación operada por la Ley 19/2005, la responsabilidad *ex art.* 262.5 LSA pierde una gran parte de su carácter sancionador y adopta una función más orientadora. Deja de sancionar hechos pasados para prevenir la comisión de actos futuros (la actividad de una sociedad que ya se encuentra incurso en causa de disolución). Así, parte del carácter “excepcional” y “sancionador” que una parte de la doctrina tradicionalmente ha atribuido a esta responsabilidad desaparece, o cuanto menos, queda muy atenuado.

Por lo tanto, si el carácter sancionador de la responsabilidad *ex art.* 262.5 LSA se reduce (al originarse la responsabilidad sólo cuando la sociedad sigue actuando estando incurso en causa de disolución), la objeción que mantenía un sector de la doctrina sobre la aplicación analógica de la responsabilidad *ex art.* 262.5 LSA también pierde importancia. La idea de sanción civil a la que alude el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de abril de 2006, alejada de la idea de sanción administrativa o norma excepcional, adquiere mayor protagonismo. La norma protege a los acreedores de aquellas sociedades que debiendo haberse disuelto, no sólo han incumplido su obligación de disolverse, sino que además continúan operando de forma activa en el mercado.

IV. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR NO PROMOCIÓN DE LA DISOLUCIÓN

Una vez ha sido analizado el régimen que establece la ley estatal de cooperativas y los problemas de interpretación, cabe hacer un breve análisis de la situación en la que se encuentran las normativas autonómicas en relación con la responsabilidad por no promoción de la disolución. En la mayoría de las leyes de cooperativas autonómicas, pese a que se establece un procedimiento para dotar de eficacia al procedimiento de disolución, no se contiene ninguna mención a la responsabilidad por no promoción de la disolución. Sin embargo, en la ley de cooperativas de Madrid, Ley 4/1999, de 30 de marzo, en la ley de cooperativas de Castilla la Mancha, Ley 20/2202, de 14 de noviembre y en la ley de Cooperativas de Murcia, Ley 8/2006, de 16 de noviembre, sí que se establece un régimen de responsabilidad para los miembros del consejo rector de la cooperativa para el caso de que ésta no proceda a su disolución cuando se encuentre en causa de disolución. En concreto, el art. 97.4 de la ley murciana y el art. 92.5 de la ley castellano manchega recogen normas muy similares a la contenida en el art. 94.5 de la ley madrileña que establece que “el incumplimiento de la obligación de convocar la Asamblea General o de solicitar

la disolución judicial determinará la responsabilidad solidaria de los miembros del Consejo por las deudas sociales nacidas a partir del momento en que concurra efectivamente la causa de disolución.”¹⁹

Por otro lado y pese a lo dicho en el párrafo anterior, las comunidades de Castilla la Mancha y Madrid no son las únicas en aplicar un sistema de responsabilidad similar al contenido en el art. 262.5 LSA. En el País Vasco, aunque en su ley de cooperativas, Ley 4/1993, de 23 de junio, no se contempla de forma específica ningún sistema de responsabilidad similar al contenido en el art. 262.5 LSA, la Audiencia Provincial de Vizcaya aplicó en su sentencia de 18 de abril de 2005 de forma analógica la responsabilidad ex. art. 262.5 a los administradores de una sociedad cooperativa. La sentencia aplica la responsabilidad por no promoción de la disolución a los administradores de una sociedad cooperativa al considerar que “si del mismo precepto se deriva que en el supuesto de las sociedades anónimas se considera como causa de responsabilidad el incumplimiento de tales deberes, es obvio que tal conducta, omisión de norma específica que así lo establezca, debe merecer el mismo calificativo cuando se trate de una sociedad cooperativa pues de otra suerte primaríamos a éstas frente a las anónimas en claro perjuicio de sus acreedores, estableciendo ámbitos de impunidad civil en relación con conductas ilícitas en sí mismas consideradas.”

De esta forma, al margen de la laguna normativa de la ley estatal, la responsabilidad por no promoción de la disolución se aplica al menos en las comunidades de Madrid, de Castilla la Mancha, Murcia y en la provincia de Vizcaya. Tal y como señalan los profesores Sequeira Martín y Sacristán Bergia²⁰ debido a las grandes diferencias que muestran las distintas normativas autonómicas entre sí y también con relación a la normativa estatal, en esta materia se corre el riesgo de que se produzca una “fractura de la unidad de mercado, desconcierto e inseguridad jurídica”. En este sentido, resulta complicado encontrar el fundamento en virtud del cual se debe proteger de una forma más eficiente al acreedor de una sociedad cooperativa radicada en Madrid o en Bilbao frente al acreedor de aquella sociedad cooperativa que tiene su domicilio social en la ciudad de Barcelona. Es más, tal y como señala la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya no existe tampoco razón que justifique la discriminación que se produce entre el acreedor que contrata con

19. La Ley de Cooperativas de Castilla la Mancha establece como diferencia frente a la Ley de Cooperativas de Madrid que los “administradores” responderán “por las deudas sociales nacidas a partir del momento en que expira el plazo para solicitar la disolución judicial”. La ley murciana establece la responsabilidad solidaria de los miembros del consejo rector por “todas las deudas sociales generadas un mes después de que se constatará la causa que justifica la disolución o declaración de concurso”. Por consiguiente, existe una diferencia en cuanto al ámbito temporal.

20. Vid., Martín Sequeira, A. y Sacristán Bergia, F. en “Una reflexión sobre ...” ob. cit., Pág. 229.

un empresario, que adopta la forma de sociedad cooperativa, frente al acreedor de un empresario, que adopta la forma de sociedad anónima.

De lo dicho hasta el momento debemos concluir que las especiales particularidades que caracterizan a la sociedad cooperativa no implican en modo alguno que no sea posible la aplicación de un tipo de responsabilidad como la contenida en el art. 262.5 LSA, tanto es así que tres normativas autonómicas contemplan dicha responsabilidad y la Audiencia Provincial de Vizcaya la aplica a este tipo de sociedades con el fin de no producir efectos discriminatorios en el tráfico mercantil.

Pues bien, dado que la responsabilidad por no promoción de la disolución se regula de forma específica para los administradores de las cooperativas de Murcia, Madrid y Castilla la Mancha y que en la provincia de Vizcaya también se aplica dicho régimen, la aplicación analógica queda reforzada porque ya no sólo se hace esta aplicación analógica respecto de los administradores de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, sino también respecto de los administradores de sociedades cooperativas²¹. Además, tal y como hemos tenido ocasión de analizar en el apartado anterior, cabe recalcar que con la modificación operada por la Ley sobre la Sociedad Anónima Europea, Ley 19/2005, de 15 de noviembre, los administradores de las sociedades anónimas sólo responderán de las deudas sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución. Con esta modificación se produce una identidad temporal entre el ámbito objetivo de la responsabilidad que establecen las normas de sociedades de capital y las normas autonómicas de cooperativas que regulan de forma expresa este tipo de responsabilidad. Hecho que hace desaparecer el que, quizás, fuese el último impedimento para proceder a hacer una aplicación analógica de la responsabilidad por no promoción de la disolución.

21. En este último caso no estaríamos hablando tanto de una aplicación analógica como de una orientación de una suerte de derecho comparado autonómico.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G., en “La doble reforma de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 4, 2006, págs. 89 y ss.
- CERDA ALBERO, F., *Administradores insolvencia y disolución por pérdidas*, Valencia, 2000.
- ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, en *RdS*, núm. 5, 1995, págs. 47 y ss.
- GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J.A., “La responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución de las sociedad: consideraciones en torno al debate jurisprudencial”, en Galán Corona -García-Cruces: *Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades de capital en La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, aspectos civiles, Penales y fiscales*. Madrid, 1999.
- MACHADO PLAZAS, *Pérdida de capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*. Madrid, 1997.
- MARTINEZ SEGOVIA, F. J., “La técnica de regulación empleada por la legislación cooperativa en materia de liquidadores, en particular para determinar su responsabilidad” en <http://www.ucm.es/info/eec/seminarios.php>.
- MORILLAS JARILLO, M.J./ FELIU REY, M. I., *Curso de Cooperativas*, Madrid, 2002.
- QUIJANO GONZALEZ, J., “Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad (art. 262.5 TRSLA [RCL 1989, 2737]” en *RdS*, núm. 5, 1995, págs. 265 y ss.
- RODRIGUEZ ARTIGAS, F./ MARIN DE LA BARCENA GARCIMARTIN, F., “Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de Sociedad Anónima por no promoción de la disolución en caso de pérdidas (art. 262.5 LSA). STS 1ª de 16 de diciembre de 2004” en *RdS*, núm.24, 2005, págs. 295 y ss.
- ROJO, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, en *Derecho de Sociedades, libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*. Madrid, 2002, págs. 1437 y ss.
- SANCHEZ CALERO/ SANCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Cizur Menor, 2005.
- SANCHEZ Calero, F., *Los administradores en las Sociedades de Capital*, Pamplona, 2005.

SEMPERE PASTOR, C.,

-“La responsabilidad del órgano de administración de las sociedades cooperativas a la luz de la “ley de transparencia” 26/2003, de 17 de junio y de la “ley concursal” Ley 22/2003, de 9 de julio” en *Libro Homenaje a Iván Sánchez Trujillo*, 2006, en prensa.

- “Órgano de Administración”, en Pulgar Ezquerro (dir), “Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación”, Madrid, 2006

SEQUEIRA MARTIN, A./ SACRISTAN BERGIA, F., “Una reflexión sobre la responsabilidad de los miembros del consejo rector de las cooperativas, en *RdS*, núm. 21, 2003, pág.219 y ss.

URIA/ MENENDEZ/ VERGUEZ en Uría-Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 2006.

URIA/MENENDEZ/BELTRAN, “Disolución y liquidación de la sociedad anónima (arts. 260 a 281 de la LSA)” en Uría, Menéndez y Olivencia (Dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, IX. Madrid, 2002.

VICENT CHULIA, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2003.